



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA
DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE ED AZIENDALI
“MARCO FANNO”

DIPARTIMENTO DI AFFERENZA DEL RELATORE
SCIENZE POLITICHE, GIURIDICHE E STUDI INTERNAZIONALI
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN ECONOMIA
INTERNAZIONALE
LM-56 Classe delle lauree magistrali in SCIENZE DELL'ECONOMIA

Tesi di Laurea
Sospensione e scioglimento dei contratti nel concordato preventivo

Suspension and termination of pending contracts in the Italian
“concordato preventivo”

Relatore: Ch.mo Prof. Ettore Scimemi

Laureanda: Libero Erika

Anno Accademico 2016-2017

Il presente lavoro è originale e non è già stato sottoposto, in tutto o in parte, per il conseguimento di un titolo accademico in altre Università italiane o straniere. Il candidato dichiara che tutti i materiali utilizzati durante la preparazione dell'elaborato sono stati indicati nel testo e nella sezione "Riferimenti bibliografici" e che le eventuali citazioni testuali sono individuabili attraverso l'esplicito richiamo alla pubblicazione originale.

INDICE

<i>Abstract</i>	8
1 Il concordato preventivo	10
1.1 Il concordato preventivo in bianco	10
1.1.1. Il concordato in bianco: i requisiti	14
1.1.2. Il concordato in bianco: il ricorso	17
1.1.3. Il concordato in bianco: gli effetti del deposito	19
1.1.4. Il concordato in bianco: i suoi possibili esiti.....	21
1.2 Il concordato in continuità aziendale: brevi cenni.....	23
1.2.1 Le caratteristiche del piano e l'attestazione	24
2 La disciplina dei contratti pendenti <i>ex art. 169-bis l.fall.</i>	26
2.1. Il compimento delle formalità	27
2.2. La nozione di contratti pendenti <i>ex art. 169-bis l.fall.</i>	28
2.3. L'art. 169- <i>bis</i> l.fall. nei contratti di durata	31
2.4. I contratti non disciplinati dall'art. 169- <i>bis</i> l.fall.....	33
2.5. I contratti esclusi dall'art. 169- <i>bis</i> l.fall.	37
2.6. L'applicazione dell'art. 169- <i>bis</i> l.fall. nel concordato in bianco.....	40
3 I presupposti di sospensione e scioglimento.....	44
3.1 Il vantaggio per la massa dei creditori.....	45
3.2 La richiesta di autorizzazione.....	46
3.3 I presupposti specifici della sospensione.....	48
3.4 I presupposti specifici dello scioglimento	50
4 Il sindacato del Tribunale	52
4.1. Il giudizio del Tribunale	52
4.2. La tutela degli interessi contrapposti.....	56
4.2.1. La tutela del debitore e dei creditori	57
4.2.2. La tutela del contraente <i>in bonis</i>	59
4.2.3. Altri interessi in gioco: tutela del sistema economico e della concorrenza	64

5.	Gli effetti della sospensione e dello scioglimento	68
5.1	Gli effetti per il debitore	70
5.2	Gli effetti per il contraente <i>in bonis</i>	72
5.3	Gli effetti per i creditori.....	73
5.4	La cessazione del concordato in bianco	74
6.	L'autotutela del contraente <i>in bonis</i>	78
6.1.	L'autotutela nel concordato preventivo del contraente <i>in bonis</i>	80
6.1.1	L'adempimento coattivo e l'eccezione di inadempimento	80
6.1.2	La sospensione	83
6.1.3	La risoluzione contrattuale.....	84
6.1.4	Il confronto tra l'art. 72 l.fall. e l'art. 1458 c.c.	90
7.	Nello specifico: il contratto di <i>leasing</i>	94
7.1	La prosecuzione del contratto la disciplina applicata.....	97
7.2	I rimedi del contraente <i>in bonis</i> : la risoluzione	99
7.2.1	La risoluzione invocata ante deposito del ricorso	100
7.2.2	La risoluzione per inadempimento successivo all'ammissione alla Procedura.	101
7.2.3	La risoluzione per inadempimento precedente invocata dopo l'ammissione alla Procedura: i canoni pregressi.	102
7.3	I rimedi dell'utilizzatore in crisi: sospensione e scioglimento.	102
7.3.1	La situazione normativa prima del D.L. n. 83/2012.	103
7.3.2	La situazione normativa tra il D.L. n. 83/2012 e il D.L. 83/2015.....	105
7.3.3	La situazione normativa dopo il D.L. 83/2015.	108
8.	L'inefficacia di “ <i>eventuali patti contrari</i> ” nell'art. 186- <i>bis</i> l.fall.	112
8.1	Raffronto con la disciplina fallimentare	113
8.1.1	L'art. 72, comma 6°, l.fall.....	113
8.2	I contratti pubblici	118
8.2.1	I contratti di appalto	120
9	Abuso del diritto	124
9.1	L'abuso nel concordato preventivo	125
9.1.1	I presupposti dell'abuso	128

9.1.2	Alcuni esempi di abuso nel concordato preventivo	130
9.1.3	L'abuso nella sospensione e nello scioglimento dei contratti.....	131
9.1.4	Le Sanzioni	132
9.1.5	La rinuncia della domanda di concordato	133
9.2	L'abuso nelle clausole contrattuali.....	135
Riferimenti bibliografici		140
Dottrina.....		140
Giurisprudenza		150
Siti consultati		160

Abstract

L'attività di revisione e innovazione voluta dal Legislatore, iniziata nei primi anni 2000, ha di recente registrato un incremento con l'emanazione del D.L. n. 83/2012 e successivamente con il D.L. n. 83/2015.

Il presente elaborato si prefigge l'obiettivo di analizzare il tema dei "contratti pendenti" nella procedura di concordato preventivo alla luce dei recenti interventi normativi.

Il Legislatore, se da una parte, con la nuova disciplina introdotta, ha dotato gli operatori del settore di strumenti più adeguati per affrontare la crisi, dall'altra ha fornito loro una "*disciplina disorganica e condizionata da molteplici opacità*".¹

Diversamente dal fallimento la disciplina prevista per il concordato preventivo è costituita da un insieme di norme tra loro non collegate, difatti l'art. 169-*bis* l.fall., rubricato sotto la voce "contratti pendenti", introduce la possibilità, per il debitore in concordato preventivo, di poter sospendere o sciogliere "*un contratto ineseguito o non compiutamente eseguito*", mentre l'art. 186-*bis* l.fall., che disciplina il concordato con continuità aziendale, al comma 3°, definisce il principio della naturale prosecuzione dei contratti in corso di esecuzione.

L'incertezza e la mancanza di unitarietà, che caratterizza la disciplina che regola la procedura di concordato preventivo, ha spinto nel 2016 il Consiglio dei Ministri ad approvare un disegno di legge delega, elaborato dalla Commissione Rordorf, con l'intento di perseguire un adeguamento, in materia di insolvenza e crisi di impresa, della legislazione italiana a quella degli altri paesi dell'Unione Europea.

Il disegno della legge delega prevede interventi riformatori non solo per il concordato preventivo, ma anche per tutti quegli elementi che permettono di individuare, con anticipo, la crisi dell'impresa, così da permettere un tempestivo intervento di ristrutturazione aziendale al fine di salvaguardarne i valori.

Il presente lavoro si compone di nove capitoli.

Il **primo capitolo** ripercorre le novità normative introdotte in tema di concordato preventivo dai D.L. n. 83/2012 e n. 83/2015, con particolare riferimento al concordato in bianco e al concordato con continuità aziendale.

Nel **secondo capitolo** è introdotta la disciplina applicata ai contratti pendenti, *ex art. 169-bis* l.fall. ponendo particolare attenzione alla nozione di contratti pendenti e all'individuazione di quali formalità legittimanti rendono un contratto opponibile alla procedura. Sarà evidenziando il differente trattamento previsto nella soddisfazione delle prestazioni rese in esecuzione di

¹ G. MORESCHINI, *I contratti pendenti nel concordato preventivo*, Giuffrè Editore, Varese, 2016, XV.

contratti di durata rispetto a quelli a esecuzione istantanea. Verranno analizzati i contratti non disciplinati dall'art. 169-*bis* l.fall. e quelli esclusi per esplicita previsione normativa.

Il **terzo capitolo** definisce quali sono i presupposti comuni e quali quelli specifici il cui rispetto è necessario affinché l'autorizzazione alla sospensione e/o allo scioglimento di un contratto possa essere concessa.

Il **capitolo quarto** analizza il compito svolto dal Tribunale, o dal Giudice Delegato, per la concessione dell'autorizzazione *ex art. 169-bis* l.fall. e identifica quali sono gli interessi in gioco, che devono essere bilanciati, per poter concedere l'autorizzazione.

Il **capitolo cinque** è stato sviluppato analizzando gli effetti che produce l'autorizzazione di sospensione e scioglimento, una volta concessa, nei confronti dei diversi soggetti coinvolti. Si vedrà inoltre cosa accade nell'ipotesi in cui alla procedura di concordato in bianco non segua l'ammissione *ex art. 163* l.fall.

Nel **capitolo sei** vengono individuati i rimedi, previsti dal diritto comune, che possono essere utilizzati dal contraente *in bonis*, per tutelarsi dagli inadempimenti del debitore in concordato.

Il **capitolo sette** discute il caso specifico del contratto di *leasing*, in particolare concentrandosi sugli effetti prodotti dalla risoluzione esercitata dal contraente *in bonis*, oltre a quelli prodotti dalla concessione dell'autorizzazione a sospendere e/o sciogliere il rapporto contrattuale.

Il **capitolo otto** si concentra sull'analisi dell'inefficacia dei patti contrari inserita nell'art. 186-*bis* l.fall., comma 3°, l.fall., in particolare confrontandolo con la disciplina fallimentare.

Il **capitolo nove** si pone l'obiettivo di analizzare i profili dell'abuso di diritto in tema di concordato preventivo.

1 Il concordato preventivo

Lo strumento del concordato preventivo negli ultimi anni è stato oggetto in particolare di due ondate di riforme introdotte come segue:

- la prima dal D.L. n. 83/2012 conosciuto anche come “Decreto Sviluppo”, convertito con modifiche dalla Legge n. 134/2012 e successivamente corretto dal D.L. n. 69/2013, quest’ultimo convertito con modifiche dalla Legge n. 98/2013;
- la seconda dal D.L. n. 83/2015 e convertito con modifiche dalla Legge n. 132/2015.

Grazie a queste modifiche il Legislatore ha previsto nuovi strumenti che consentono al debitore di prediligere e di ottenere con maggiore facilità una “*soluzione negoziata dello stato di crisi*”.²

È stata, infatti, introdotta la facoltà, per il debitore, di poter sospendere o sciogliere i contratti ai sensi dell’art. 169-*bis* l.fall., di contrarre finanziamenti *ex art. 182-quinquies* l.fall.,³ ma ciò che ha rappresentato una vera e propria novità, di cui meglio si dirà in seguito, è stata quella di permettere al debitore di accedere alla procedura di concordato in bianco, *ex art. 161 l.fall.*, comma 6° e di poter presentare un piano che preveda la continuazione dell’attività di impresa *ex art. 186-bis l.fall.* in alternativa al già conosciuto concordato “*per cessio bonorum*”.

1.1 Il concordato preventivo in bianco

Con l’emanazione del D.L. n. 83/2012, meglio noto come “Decreto Sviluppo”, convertito con modifiche in L. n. 134/2012, il Legislatore ha voluto introdurre, nel nostro sistema, una visione innovativa nel campo delle procedure concorsuali volta alla salvaguardia, soprattutto, della continuità aziendale e quindi alla conservazione dei valori economici e sociali che le imprese possono sviluppare.

L’intento del Legislatore di prediligere la continuità, rispetto alla liquidazione aziendale, o comunque l’adozione di una soluzione della crisi diversa dal fallimento, si era già palesato quando, con le riforme introdotte dal D.Lgs. n. 5/2006, vennero favoriti “*meccanismi e tecniche di conservazione delle strutture produttive, in base all’idea che la crisi di impresa è evento sì patologico e negativo, ma non necessariamente distruttivo*”⁴.

² G. MORESCHINI, *I contratti pendenti nel concordato preventivo*, Giuffrè Editore, Varese, 2016, 23.

³ Con i c.d. finanziamenti interinali il debitore può contrarre finanziamenti prededucibili, *ex art. 111 l.fall.*, purché un professionista, in possesso dei requisiti previsti dall’art. 67 l.fall., 3° comma, “*attesti che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori*”

⁴ A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, ed. 3a, Il Mulino, Bologna, 2014, 281.

E' per perseguire tale intento che il Legislatore si è spinto, con la prima riforma, a modificare l'istituto del concordato fallimentare rendendo il suo utilizzo più allettante e quindi più agevole, liberandolo da vincoli stringenti nella formulazione del contenuto della proposta.

Successivamente con l'introduzione del D.L. n. 83/2012, il Legislatore ha voluto ribadire e rafforzare l'interesse per la continuità privilegiando forme di ristrutturazione aziendale, anziché la mera liquidazione atomistica dei singoli beni che compongono l'azienda, così perseguendo non solo lo scopo della soddisfazione dei creditori concorsuali, ma altresì la tutela dei rapporti economici sviluppati nel territorio e la salvaguardia dei livelli occupazionali.

Il Legislatore, per raggiungere tale obiettivo, ha introdotto, in particolare, il concordato con riserva, altrimenti detto "concordato in bianco" ed ha inoltre innovato la disciplina del concordato con continuità aziendale, oggetto del nuovo art. 186-*bis* l.fall., oltre ad avere apportato modifiche sostanziali all'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182-*bis* l.fall., per le situazioni in cui la crisi non manifesta ancora evidenti segni d'insolvenza.

Il concordato con riserva prevede la possibilità per il debitore, di beneficiare, attraverso la concessione di un termine per la presentazione del piano, di un periodo di tempo, determinato con provvedimento del Tribunale, per valutare e pianificare il migliore strumento di tutela della realtà aziendale e di soddisfazione del ceto creditorio.

Il concordato con continuità aziendale, ora disciplinato con regole *ad hoc*, prevede la prosecuzione dell'attività aziendale, sotto la guida del "vecchio imprenditore" o, se necessario, sotto la guida di una diversa *governance* ovvero anche con un diverso assetto proprietario.

Questa visione protesa alla salvaguardia delle aziende non può far altro che richiamare alla mente lo strumento dell'"*Automatic Stay*" proprio del diritto degli Stati Uniti, previsto e disciplinato dal *Chapter XI* del *Bankruptcy Code*, che persegue l'obiettivo di salvaguardare i valori aziendali, concedendo all'impresa debitrice un periodo utile al fine di vagliare l'ipotesi della mera liquidazione o dell'attuazione di un piano di risanamento, ponendola nel frattempo al riparo da potenziali azioni esecutive individuali da parte dei creditori.

Infatti, secondo le norme statunitensi, il debitore che si trova in uno stato di forte tensione finanziaria, per evitare che l'impresa arrivi al collasso con l'interruzione traumatica dell'attività produttiva, può, attraverso la presentazione di una "*petition*", palesare la propria situazione di indebitamento e manifestare l'intenzione di attuare una ristrutturazione dei debiti. È infatti con il deposito della *petition* che scatta l'*Automatic Stay* il quale prevede una

sorta di ‘segregazione’ del patrimonio aziendale fintanto che il piano di ristrutturazione non sia stato perfezionato.

Questo strumento adottato oltre Atlantico è stato fonte d’ispirazione per i legislatori europei, e solo da ultimo anche per quello Italiano.

Il Legislatore tedesco, per esempio, mutuando molti aspetti dal *Chapter XI* del *Bankruptcy Code*, ha introdotto nel proprio ordinamento, come corpo unico, l’*Insolvenzordnung* (abbreviato ‘InsO’, e cioè la legge sull’insolvenza), che è entrata in vigore nel 1999, sostituendo le tre normative prima vigenti che disciplinavano separatamente il fallimento (*Konkursordnung*), il concordato preventivo (*Vergleichsordnung*) e la legge sull’insolvenza (*Gesamtvollstreckungsordnung*).

In buona sostanza, la legge tedesca introduce così un’unica procedura volta a conseguire principalmente il risanamento e la prosecuzione dell’attività aziendale, grazie all’ausilio della figura del curatore fallimentare, che si sostituisce nell’amministrazione, nel caso in cui il debitore subisca lo spossessamento dei beni, ma altresì con la previsione alternativa che lo spossessamento non venga attuato e che sia la stessa impresa debitrice a continuare, in autonomia, la gestione dei propri affari attraverso la “*Eigenverwaltung*”.

Questa procedura viene richiesta con una domanda (“*Antrag*”) che deve essere presentata al Tribunale Fallimentare competente (art. 2 InsO), da parte dei creditori o dal debitore stesso. In quest’ultimo caso, la richiesta può provenire sia da chi ha la rappresentanza della società, sia dal socio illimitatamente responsabile dei debiti societari e sia dai liquidatori (art. 15 InsO).

Dal deposito dell’*Antrag* (il ricorso) e sino all’apertura della procedura, il Tribunale Fallimentare adotta tutti i provvedimenti necessari a salvaguardare il patrimonio del debitore (art. 21 InsO) – tra cui la nomina di un Curatore Provvisorio, al quale il debitore dovrà chiedere l’autorizzazione per il compimento di qualsiasi atto, a lui inoltre spetterà imporre il divieto di compiere azioni esecutive, da parte dei creditori o vietare al debitore di disporre del proprio patrimonio – così da non peggiorare la situazione finanziaria e, conseguentemente, inficiare l’esito della domanda.

Per quanto riguarda il nostro Paese, un primo tentativo di protezione del debitore in crisi, comunque finalizzato alla migliore soddisfazione di tutto il ceto creditorio, è stato realizzato con l’introduzione, ad opera del D.L. n. 78/2010, dei commi 6° e 7° nell’art. 182-*bis* l.fall., nell’ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti, ancorché limitato alla fase delle trattative con i creditori.

Successivamente, tale primo timido intervento di protezione del patrimonio del debitore è stato implementato, con il c.d. “Decreto Sviluppo”, attraverso l’inserimento dell’innovativo

istituto della concessione del termine nel concordato preventivo, attribuendo al debitore il tempo necessario per predisporre il piano di ristrutturazione (se attuabile) congelando le azioni esecutive individuali che possono compromettere la buona riuscita del piano a vantaggio dei creditori più solerti e più “strutturati” (banche e/o grandi imprese) con danni irreparabili per i creditori più “deboli”.

Sempre con il medesimo decreto è stato inoltre introdotta la previsione dell’inefficacia, rispetto ai creditori antecedenti il concordato, delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni antecedenti la pubblicazione del ricorso, proposto ai sensi dell’art. 161 l.fall., nel Registro delle Imprese.

Possono depositare ricorso per accedere all’istituto del concordato con riserva sia l’imprenditore che abbia già individuato *ab origine* il concordato preventivo quale specifico strumento per la ristrutturazione aziendale, sia l’imprenditore che non abbia ben chiaro da subito lo strumento concretamente attuabile (concordato preventivo o accordo di ristrutturazione dei debiti), che potrà essere scelto entro la scadenza del termine assegnato dal Tribunale, ma che parimenti necessita della protezione dalle iniziative individuali dei creditori, così da poter mantenere il proprio patrimonio intatto.

L’istituto del concordato con riserva è stato poi oggetto di modifiche da parte del D.L. n. 69/2013 – conosciuto come “Decreto del Fare”, e convertito con modifiche dalla L. n. 98/2013 – per limitare il dilagante abuso di tale strumento.

Infatti, nonostante le “buone intenzioni”, il Legislatore è stato costretto ad assistere in molti casi all’utilizzo distorto (*i.e.* all’abuso) dell’istituto da parte degli imprenditori, al solo fine di ritardare la dichiarazione di fallimento, beneficiando temporaneamente del blocco delle azioni esecutive individuali, senza alcuna reale volontà di proporre una risoluzione della crisi ai creditori, a volte anche con ulteriori distrazioni a danno della massa creditizia.

Al fine di evitare siffatto abuso, o comunque di ridurlo, con il “Decreto del Fare” il Legislatore ha voluto limitare il “libero arbitrio” del debitore, introducendo gli “obblighi informativi periodici”⁵ e la facoltà del Tribunale di nominare, già nella fase di concordato in bianco, un Commissario Giudiziale, che deve vigilare sull’operato del debitore in relazione all’amministrazione dei beni durante la procedura, sul rispetto degli obblighi informativi, sull’attività di predisposizione del piano e della proposta, e che ha l’onere di riferire al Tribunale quando siano realizzate condotte previste dall’art. 173 l.fall., nonché di rilasciare i

⁵ Gli obblighi informativi, previsti all’art. 161, comma 8°, l.fall., indicano che “la predisposizione della proposta e del piano costituisce la misura più rilevante al fine di evitare la strumentalizzazione della procedura di concordato preventivo” M. ARATO, *Il Concordato preventivo con riserva*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, 103.

pareri sulle istanze di autorizzazione presentate dal debitore per il compimento degli atti urgenti di straordinaria amministrazione.

1.1.1. Il concordato in bianco: i requisiti

I presupposti, soggettivo e oggettivo, per accedere al concordato preventivo con riserva sono i medesimi del concordato preventivo c.d. “pieno”, trattandosi di una fase meramente prodromica alla presentazione dello stesso.

L'individuazione di tali presupposti nelle disposizioni della legge fallimentare non è però immediata, in quanto non è contenuta in un'unica disposizione.

Anzitutto, l'art. 160, l.fall., al comma 1°, stabilisce il c.d. presupposto soggettivo e cioè la caratteristica alla quale deve aderire il soggetto che propone il concordato, che deve necessariamente essere quella di un *“imprenditore che si trova in stato di crisi”*.

Il tenore letterale della norma sembra attribuire la possibilità di accedere al concordato a qualunque imprenditore, sia esso pubblico o privato, commerciale o agricolo, purché in stato di crisi.

Tuttavia i soli soggetti per i quali sia possibile accedere alla procedura di concordato preventivo con riserva sono i medesimi che soggiacciono alla disciplina del fallimento e del concordato preventivo, come previsto all'art. 1 l.fall. e all'art. 2221 c.c., questo perché la prosecuzione più ovvia al concordato preventivo in bianco è l'ammissione alla procedura di concordato preventivo c.d. pieno.

Escludere dall'elenco dei soggetti legittimati coloro che sono già sottoposti alle disposizioni di fallimento e di concordato preventivo risulta illogico, soprattutto se pensiamo che queste ultime rappresentano due dei possibili esiti del concordato preventivo con riserva.

Quanto sopra appena esposto garantisce, da una parte, un'interpretazione unitaria al sistema, data la colleganza tra fallimento e la procedura concorsuale minore del concordato preventivo e dall'altra permette di evitare l'ipotesi di un'applicazione, in quest'ultima procedura, più estesa rispetto alle ipotesi di applicazione contemplate dal fallimento.

Un'ulteriore precisazione è necessaria prendendo in considerazione quanto disposto dagli artt. 2 e 3 l.fall., dove ritroviamo che le società soggette a liquidazione coatta amministrativa non sono sottoposte alla disciplina del fallimento, mentre, se non disposto diversamente, esse possono essere ammesse alla procedura di concordato preventivo.

Le maggiori difficoltà per la determinazione dei requisiti soggettivi per accedere al concordato con riserva le troviamo in relazione alla previsione secondo la quale uno dei possibili esiti del concordato “in bianco” è l’accordo di ristrutturazione dei debiti.

Infatti a quest’ultima procedura, prevista dall’art. 182-*bis* l.fall., possono accedere anche soggetti che non soddisfano i requisiti della fallibilità e quindi i requisiti per poter accedere alla procedura di concordato preventivo, in particolare soggetti quali: banche, SIM, SICAV, SGR, gli imprenditori che per limiti dimensionali non possono essere dichiarati falliti, nonché gli imprenditori agricoli, quando non esercitano prevalentemente attività commerciali⁶, (questi ultimi grazie all’art. 23, comma 43, del D.L. n. 98/2011, se versano “*in stato di crisi o di insolvenza possono accedere alle procedure di cui agli artt. 182-bis e 182-ter*”).

Quanto sopra potrebbe trarre in inganno e far pensare che anche questi soggetti, non sottoposti alla disciplina del fallimento, ma per i quali è possibile presentare un accordo di ristrutturazione dei debiti, possano proporre un concordato con riserva.

E’ vero invece il contrario poiché, nel dettaglio:

- banche, SIM, SGR e SICAV sono figure imprenditoriali che non possono, per dettato normativo, accedere ad una procedura concorsuale quale è invece il concordato preventivo, secondo quanto previsto dall’art. 80, comma 6, D.Lgs. n. 385/1993 e art. 57, comma 3, D.Lgs. n. 58/1998;
- gli imprenditori che non superano le soglie di fallibilità possono accedere alla procedura per la composizione della crisi da sovra-indebitamento, che di fatto, pur se regolata come il concordato, è diversa da quest’ultimo;
- l’imprenditore agricolo, secondo l’orientamento giurisprudenziale prevalente, non può presentare ricorso *ex art. 161, comma 6, l.fall.*, anche se vi è la successiva intenzione di depositare un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis l.fall.*, poiché naturale conseguenza del primo comprende anche la procedura di concordato preventivo “*a cui l'imprenditore agricolo non può accedere in quanto non rientrante nella previsione di cui all'art. 1 l.f.*”⁷.

⁶ La Cassazione con una recente sentenza ha precisato che, nonostante la riforma fallimentare abbia mantenuto l’esclusione dell’imprenditore agricolo dalla disciplina del fallimento, l’esonero non possa essere applicato in termini assoluti, ma debba essere verificato di volta in volta in particolare quando le attività connesse, previste dall’art. 2135 c.c., “*assumano rilievo decisamente prevalente, sproporzionato rispetto a quelle di coltivazione, allevamento e silvicoltura*”, Cass., Sez. I. Civ., 8.8.2016, n. 16614, in www.ilcaso.it.

La corte d’Appello di Brescia ha precisato che per dichiarare il fallimento della società che nell’oggetto sociale prevede l’esercizio esclusivo dell’attività agricola, *ex art. 2135 c.c.*, è necessario accertare lo svolgimento dell’attività commerciale, con particolare riferimento al periodo in cui è stata depositata l’istanza di fallimento, App. Brescia, 12.8.2016, in www.ilcaso.it.

⁷ Così in particolare: Trib. Mantova, 27.9.2012, in www.ilcaso.it, nello stesso senso si veda anche M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, 40.

Appaiono inoltre legittimati a presentare domanda di concordato preventivo con riserva anche gli imprenditori irregolari, sia individuali che collettivi, poiché a seguito della riforma del 2006 è stato eliminato il requisito che richiedeva l'iscrizione nel Registro Imprese da almeno due anni; nonché le società in liquidazione, l'imprenditore cessato o gli eredi dell'imprenditore defunto, purché non sia decorso un anno dalla cessazione o dalla morte; le imprese che per loro dimensioni sono soggette a procedure di amministrazione straordinaria, poiché il concordato preventivo è stato ritenuto adottabile anche da loro⁸, permettendo in quest'ultimo caso di mantenere l'amministrazione dell'impresa, anche se sotto controllo giudiziario, in capo alla *governance* della società.

Il requisito oggettivo, come per il concordato pieno, è rappresentato dalla sussistenza dello "*stato di crisi*", ritenendo tale "*anche lo stato di insolvenza*" (art. 160, comma 3°, l.fall.).

Sulle differenze che intercorrono tra lo stato di crisi e lo stato di insolvenza sono sorti numerosi dubbi interpretativi, a causa dell'assenza di una chiara definizione dello stato di crisi, rispetto al concetto di insolvenza espresso nell'art. 5 l.fall.

Sin da subito la discussione si focalizzò sull'esistenza o meno di differenze tra i due concetti, inoltre tra chi sosteneva esistere una diversità tra i due termini, vi era altresì discordanza nell'attribuire un significato univoco al concetto di "crisi".

Solamente con l'emanazione del D.L. n. 273/2015, che ha aggiunto il comma 3° all'art. 160 l.fall., parte dei dubbi sono stati risolti.

Lo stato di crisi viene ora identificato come una condizione che ricomprende anche lo stato di insolvenza, ma che ad esso non può essere equiparato.

Nonostante l'intervento legislativo, sopracitato, si continua a discutere sulla differente condizione economico – finanziaria in cui il debitore versa a seconda che si ritrovi in stato di insolvenza piuttosto che in quello di crisi.

Una parte della dottrina interpreta l'insolvenza una condizione irreversibile, mentre lo stato di crisi una condizione caratterizzata da reversibilità e identifica la differenza tra i due concetti, nell'attualità dell'insolvenza, così come richiesto dall'art. 5 l.fall. (non potrebbe infatti essere richiesto il fallimento del debitore qualora l'insolvenza risultasse imminente, cioè futura e non attuale), contrapponendosi allo stato di crisi, di cui parla l'art. 160, comma 1°, l.fall. che ingloba anche l'eventuale pericolo di insolvenza.⁹

⁸ Grazie all'art. 3, comma 2°, del d.lgs. n. 270/1999 si rinviene che alla procedura di concordato preventivo posso accedervi anche le imprese soggette all'amministrazione straordinaria, poiché considerata alternativa a quest'ultima e al fallimento. G. BERSANI, *Il concordato preventivo: giudizio di fattibilità del tribunale, formazione delle "classi dei creditori", transazione fiscale*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, 107 e Trib. Roma 20.4.2010, in www.ilcaso.it.

⁹ L'insolvenza, così come descritta nell'art. 5 l.fall., è identificata nella condizione di oggettiva impossibilità per il debitore di adempiere, regolarmente, alle obbligazioni sociali assunte. L'impossibilità non deve essere pertanto

Lo stato di crisi si presenta pertanto anche quando, nonostante l’*“evidente impossibilità di predeterminare in anticipo e con esattezza il concreto evolversi degli eventi”*, l’imprenditore presenta *“una oggettiva probabilità di non riuscire, nel breve periodo, ad adempiere regolarmente le proprie obbligazioni”*.¹⁰

Oltre ai sopra esposti requisiti, è previsto, al comma 9°, dell’art. 161 l.fall., il rispetto di un terzo requisito (anche se più correttamente si dovrebbe parlare di condizione): il ricorrente infatti non deve aver *“nei due anni precedenti, ..., presentato altra domanda, ..., alla quale non abbia fatto seguito l’ammissione alla procedura di concordato preventivo o l’omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti”*: e ciò per evitare il verificarsi di un abuso da parte del debitore, che presentando ripetutamente domande di concordato senza che queste poi sfocino in una “concreta” procedura, continui, o ancor peggio aggravi, il dissesto del patrimonio a danno del ceto creditorio, senza nutrire il reale desiderio di addivenire ad una soluzione della crisi.

1.1.2. Il concordato in bianco: il ricorso

Per la presentazione del concordato “in bianco” l’art. 161, comma 6°, l.fall., indica quello che possiamo definire il contenuto obbligatorio del ricorso, comprendente la domanda di concordato, e la documentazione necessaria che l’imprenditore deve depositare unitamente al ricorso - in assenza della quale la domanda viene dichiarata inammissibile - per permettere al Tribunale di eseguire un controllo preliminare sul soddisfacimento dei requisiti, oggettivo e soggettivo, da parte del debitore, nello specifico sul superamento delle soglie di fallibilità, sull’esistenza dello stato di crisi e per verificare che l’intento primario del debitore non sia solo quello di evitare il pagamento temporaneo dei creditori.¹¹

Il Legislatore ha, di fatto, voluto semplificare l’accesso alla procedura, prevedendo che la domanda di concordato preventivo in bianco potesse essere agevolmente predisposta, il contenuto richiesto, infatti, non è particolarmente gravoso e la documentazione da produrre è individuata in pochi documenti: i bilanci degli ultimi tre esercizi e l’elenco nominativo dei

psicologica, non deve perciò essere collegata alla volontà o meno del debitore di adempiere. Essa inoltre deve essere caratterizzata dall’attualità, ossia deve sussistere nel momento in cui viene accertata, non può essere né pregressa e né futura.

¹⁰ A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, ed. 3°, Il Mulino, Bologna, 2014, 354-355.

¹¹ Tribunale di Milano, *Interpretazione delle norme di carattere concorsuale contenute nel Decreto Sviluppo (D.L. n. 83/2012 convertito in legge n. 134/2012). Prassi da adottare. Plenum* tenutosi in data 18 ottobre 2012, 2012. Disponibile su: www.ilfallimento.it

creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, fatta salva documentazione ulteriore richiesta da alcuni Tribunali e di cui si dirà nel proseguo.

Riguardo al primo dei documenti richiesti, in molti Tribunali è divenuta prassi richiedere, qualora il ricorrente non abbia ancora provveduto all'approvazione dell'ultimo bilancio, che venga depositata una situazione patrimoniale ed economica aggiornata a non oltre un mese la data di presentazione del ricorso.¹²

Sull'individuazione del Tribunale competente, e sull'indicazione di chi abbia il potere di firma nel ricorso, anche in assenza di specifica disciplina, appare evidente come si debba applicare la medesima normativa prevista per la domanda di concordato preventivo c.d. "pieno": conseguentemente il Tribunale competente è quello nella cui circoscrizione il debitore ha la sede principale dei propri affari e il potere di firma spetta al debitore (nel caso di società al legale rappresentante).

Non è del tutto chiaro, tuttavia, se i verbali notarili¹³, previsti dagli artt. 152, comma 2°, l. fall. e 161, comma 4°, l.fall., necessari per il deposito della domanda di concordato "pieno", siano dovuti anche per il concordato con riserva.

Nel merito la giurisprudenza esaminata presenta pareri contrastanti. Il Tribunale di Mantova, ad esempio, con sentenza n. 8752/2013¹⁴, ha previsto che la società, che presenta ricorso di ammissione alla procedura di concordato preventivo con riserva, debba altresì produrre i verbali previsti dall'art. 152 l.fall.; di diverso avviso invece il Tribunale di Milano, il quale stabilisce che il deposito possa avvenire anche successivamente, ossia quando la società provvede al deposito della "proposta", questo per evitare che la decisione, o la delibera, risulti essere *"troppo generica o comunque non adeguatamente motivata sul tipo di proposta"*.¹⁵

Negli anni inoltre si è consolidata la prassi, in molti Tribunali, di richiedere l'esibizione di documentazione ulteriore o comunque più dettagliata rispetto a quella prevista dal dettato normativo.¹⁶ Si ricordano le linee guida del Tribunale di Monza¹⁷, che richiedono la

¹² Tribunale di Milano, *Interpretazione delle norme di carattere concorsuale contenute nel Decreto Sviluppo (D.L. n. 83/2012 convertito in legge n. 134/2012). Prassi da adottare*. Plenum tenutosi in data 18 ottobre 2012, 2012. Disponibile su: www.ilfallimento.it

¹³ In caso di società di persone si provvederà con il deposito della delibera assembleare, mentre in caso di società di capitali, o per le cooperative, le condizioni e la proposta concordataria verranno indicate nella determina dell'organo amministrativo.

¹⁴ Trib. Mantova, 14.3.2013, n. 8752, in www.ilcaso.it

¹⁵ Tribunale di Milano. *Interpretazione delle norme di carattere concorsuale contenute nel Decreto Sviluppo (D.L. n. 83/2012 convertito in legge n. 134/2012). Prassi da adottare* Plenum tenutosi in data 18 ottobre 2012, in www.ilfallimento.it

¹⁶ Continuando la ben nota abitudine, nell'ambito della disciplina fallimentare, che vede predominante rispetto alle norme vigenti, l'introduzione di prassi differenti nei diversi fori. Nello specifico è utile rammentare che al Tribunale spetta il compito di verificare, sulla base della documentazione depositata dalla società ricorrente, la soddisfazione dei requisiti soggettivi ed oggettivi per poter accedere alla procedura, oltre che evitare un utilizzo strumentale dell'*automatic stay*, da parte di coloro che, non essendo in crisi, perseguono esclusivamente l'intento di congelare temporaneamente il pagamento dei debiti.

produzione di una relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, risalente a non più di tre mesi dal deposito, qualora il bilancio dell'anno precedente non sia stato ancora approvato, mentre, per il concordato in continuità, viene richiesta l'indicazione precisa della situazione finanziaria, della società, al momento di presentazione della domanda, così da rendere possibile un esame sull'andamento dell'impresa durante il periodo concesso per il deposito della proposta di concordato.

Il Tribunale di Milano¹⁸ richiede, dal canto suo, per poter eseguire una compiuta valutazione sull'esistenza dei requisiti dimensionali di fallibilità e sulla propria competenza territoriale, ex artt. 9 e 161 l.fall., il deposito del certificato camerale, nonché la copia delle dichiarazioni fiscali.

1.1.3. Il concordato in bianco: gli effetti del deposito

Il ricorso per concordato anche se “in bianco” una volta depositato dovrà essere pubblicato, a cura della Cancelleria, nel Registro delle Imprese entro il giorno successivo al deposito, tale pubblicazione (e non il deposito) produrrà effetti non irrilevanti sia per il debitore che per i suoi creditori.

Dopo il deposito del ricorso¹⁹ e fino al decreto d'ammissione ex art. 163 l.fall., e quindi anche per il periodo in riserva, il debitore potrà compiere solamente gli atti che rientrano nell'ordinaria amministrazione, mentre il compimento degli atti che sono considerati di straordinaria amministrazione dovrà essere preventivamente autorizzato dal Tribunale, il quale acconsentirà solamente al compimento di quegli atti che presentano il requisito dell'urgenza.

Una volta ottenuta l'ammissione alla procedura si applicherà l'art. 167 l.fall., che prevede anch'esso la possibilità per l'imprenditore di compiere, senza autorizzazione, solamente gli atti di ordinaria amministrazione, ma che a differenza del comma 7°, dell'art. 161 l.fall., attribuisce il potere di autorizzare gli atti di straordinaria amministrazione non più al

¹⁷ Tribunale di Monza. *Linee guida per la preparazione della domanda di concordato preventivo completa ai sensi dell'art. 161 L.F.*, in www.ilcaso.it

¹⁸ Tribunale di Milano, *Plenum tenutosi in data 20.9.2012, verbale riassuntivo*, in www.dirittobancario.it

¹⁹ Il momento iniziale in cui cominciano a manifestarsi gli effetti dello spossessamento “attenuato”, cui è sottoposto il debitore ad opera dell'art. 167 l.fall., è stato oggetto, in passato, di controverse interpretazioni, che solamente con l'introduzione del D.L. n. 83/2012 sono state superate. Il “decreto sviluppo” ha individuato nella data di pubblicazione al Registro Imprese del ricorso, ex art. 161 l.fall., il momento iniziale della protezione dalle azioni individuali dei creditori, oltre che determinare il momento preciso in cui i crediti maturati anteriormente sono sottoposti alle “regole del concordato omologato”. È sempre il D.L. n. 83/2012 che ha introdotto il concordato in bianco prevedendo che il debitore, dal deposito del ricorso e sino all'emissione del decreto ex art. 163 l.fall., possa compiere solo atti di ordinaria amministrazione, mentre per quelli di straordinaria amministrazione è necessaria l'autorizzazione del Tribunale.

Tribunale, ma al Giudice Delegato, sentito anche in questa fattispecie il Commissario Giudiziale.²⁰

Come si può vedere per tutto il periodo di durata della procedura, ossia dal deposito del ricorso, *ex art. 161 l.fall.*, fino all'omologa, si attua il c.d. "spossessamento attenuato" del debitore, il quale mantiene l'amministrazione del patrimonio e la gestione dell'impresa con i limiti autorizzativi di cui si è detto.

Il debitore in corso di procedura non potrà altresì procedere al pagamento di crediti sorti anteriormente al deposito del ricorso *ex art. 161, comma 6°, l.fall.*, se non per i casi previsti dall'*art. 182-quinquies l.fall.* se autorizzati o inseriti nel piano; inoltre non potrà contrarre nuovi finanziamenti ad eccezione di quelli disciplinati del medesimo articolo quando questi siano funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori.

Un'altra conseguenza derivante dal deposito del ricorso per concordato, anche se "in bianco", riguarda la non applicabilità delle norme sulla riduzione e perdita del capitale sociale (*artt. 2446 c.c., comma 2° e 3°, 2447 c.c., 2482-bis c.c., comma 4°, 5° e 6° e 2482-ter c.c., 2484 c.c. n. 4 e 2545-duodecies c.c.*).

Di conseguenza la disciplina dedicata alla tutela del capitale sociale non viene applicata per tutto il periodo concordatario, poiché l'intervento per mantenere integro il capitale sociale potrebbe ostacolare l'attività di risanamento o persino essere superfluo quando il concordato preveda la liquidazione della società.²¹

Solo dopo l'omologa ritorneranno operative le norme sul capitale sociale che, con la contabilizzazione del c.d. "*bonus da concordato*"²², potrà essere ricostituito, quando possibile, il minimo legale, con la copertura delle perdite pregresse. Qualora l'ammontare del *bonus* non fosse sufficiente a ricostituire il capitale sociale, alla soglia del minimo legale, sarà necessario ricoprire il *deficit* con un apporto di cassa (ad esempio attraverso la sottoscrizione di azioni di nuova emissione).

Dalla data di pubblicazione del ricorso nel Registro delle Imprese si producono inoltre gli effetti protettivi definiti dall'*art. 168 l.fall.*, che, anche se non previsti espressamente per il concordato con riserva, possono essere applicati anche a quest'ultimo. Conseguentemente i creditori non possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sui beni e sul patrimonio del debitore e non possono neppure acquistare diritti di prelazione con efficacia

²⁰ Il medesimo parere è rilasciato dal Commissario Giudiziale, quando nominato, per quelle autorizzazioni richieste, nel periodo del concordato con riserva, per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione.

²¹ L. PANZANI, *Concordato con riserva*, Speciale Decreto Sviluppo, Il Fallimentarista, 2012, 1 e ss., in www.ilfallimentarista.it

²² Il *bonus* concordatario, dato dalla differenza tra l'ammontare complessivo dei debiti maturati in chirografo e le risorse finanziarie destinate alla loro soddisfazione, ricopre il ruolo di ricostituire il patrimonio netto.

nei confronti dei creditori concorrenti, con effetti che, per le ipoteche giudiziali, risulteranno anche precedenti alla pubblicazione del ricorso, in quanto quelle iscritte nei 90 giorni precedenti sono inefficaci per i creditori anteriori alla data di pubblicazione del ricorso.

Gli altri effetti che si producono con la presentazione della domanda “in bianco” riguardano l’arresto del calcolo degli interessi e l’applicazione dell’art. 45 l.fall. sull’inopponibilità degli atti compiuti dopo la pubblicazione del ricorso.

1.1.4. Il concordato in bianco: i suoi possibili esiti

Il deposito del ricorso per concordato “in bianco”, che già ricordato è stato introdotto dal Legislatore per dar modo all’imprenditore di valutare lo strumento concretamente attuabile per risolvere la crisi. Entro la scadenza del termine assegnato dal Tribunale, il debitore ha dunque la possibilità di scegliere se presentare un piano di concordato, liquidatorio o in continuità aziendale, oppure richiedere l’omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti. Accanto a questi due esiti, che potremmo definire fisiologici perché previsti dalla norma, possono esservi altre due conclusioni alternative del ricorso.

La prima, non prevista dal Legislatore, consiste nell’eventualità per il debitore di decidere, in ogni momento, di ritirare la domanda; la seconda, patologica, consiste nella possibilità che ha il Tribunale di dichiarare l’improcedibilità o l’inammissibilità della domanda e, qualora ve ne siano i presupposti, il fallimento del debitore.

Dal momento in cui la decisione del debitore si concentri sulla “naturale” scelta di accedere alla procedura di concordato preventivo, sia esso liquidatorio o in continuità, continueranno a prodursi gli effetti protettivi previsti dall’art. 168 l.fall., e si continueranno a non applicare le disposizioni previste dagli artt. 2446 c.c., comma 2° e 3°, 2447 c.c., 2482-*bis* c.c., commi 4°, 5° e 6° e 2482-*ter* c.c., 2484 c.c. n. 4 e 2545-*duodecies* c.c., e questo fino all’omologa.

Nell’ipotesi in cui, invece, il debitore proceda con il deposito di un accordo di ristrutturazione dei debiti anche in questo caso gli effetti prodotti dal ricorso di cui all’art. 161, comma 6°, l.fall. continueranno sino a che non si giungerà all’omologa dell’accordo.

Nel caso invece il ricorso conduca a un esito ‘patologico’, ossia sfoci in una dichiarazione di improcedibilità o di inammissibilità, per i motivi più diversi dal caso in cui il debitore non adempia agli obblighi informativi, o per il compimento, da parte del debitore, di atti senza aver acquisito le necessarie autorizzazioni, ovvero quando si verifichi una delle condizioni previste dall’art. 173 l.fall., il Tribunale, accertata l’esistenza di una di queste situazioni, dichiara, se vi sono i presupposti, il fallimento del debitore. Si ricorda che anche nel caso in

cui il debitore non deposita il piano entro il termine assegnato si applica l'art. 162, commi 2° e 3° l.fall., con la conseguenza che il Tribunale, sentito il debitore in camera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo, dichiara inammissibile la proposta di concordato.

In quest'ultimo caso (dichiarazione di improcedibilità o di inammissibilità) vengono meno le protezioni previste sia dall'art. 168 l.fall. e sia quelle previste dall'art. 182-*sexies* l.fall., quindi si dovrà tornare ad applicare la disciplina prevista per la riduzione del capitale sociale, i creditori potranno dar seguito alle azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore e riacquisteranno efficacia, nei confronti di tutti i creditori, le ipoteche giudiziali, anche se iscritte nei 90 giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel Registro delle Imprese (che comunque, in caso di fallimento, potranno essere revocate secondo quanto previsto dall'art. 67 l.fall.).²³

Al debitore sarà inoltre preclusa la possibilità, nei due anni successivi, di ripresentare un nuovo ricorso *ex art.* 161, comma 6°, l.fall., ma non gli sarà negata la possibilità di depositare domanda di concordato “pieno” ovvero un ricorso per l'omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti, in entrambi i casi comunque sempre senza una precedente domanda “in bianco”.

In questa sede è utile ricordare che, secondo quanto di recentemente sancito dalla Cassazione²⁴, se nel momento in cui viene depositato il ricorso sono presenti istanze di fallimento, *ex art.* 6 l.fall., il Tribunale, potrà, ai sensi dell'art. 22, comma 1°, l.fall., respingere il ricorso per la dichiarazione di fallimento motivando il decreto, ma non potrà procedere a dichiarare il fallimento del debitore.

La Corte precisa che l'impossibilità di dichiarare il fallimento in presenza di una procedura concordataria non comporta la sospensione della procedura prefallimentare, che potrà essere proseguita e terminare con un eventuale rigetto. La dichiarazione di fallimento potrà essere emessa successivamente e solamente nel momento in cui il concordato preventivo giunga ad un esito negativo, questo grazie al principio di prevalenza cui aderisce il concordato, rispetto al fallimento, che trova conferma nell'art. 161, comma 10°, l.fall.

Nel caso in cui non vi siano istanze di fallimento depositate, una volta dichiarata l'inammissibilità o l'improcedibilità del ricorso, secondo il recente orientamento della Corte di Cassazione²⁵ e qualora vi siano i presupposti, il Tribunale dovrà indicare al Pubblico Ministero l'insolvenza del debitore cosicché quest'ultimo procederà secondo quanto previsto

²³ Si ricorda che in questo caso i termini per le revocatorie decorreranno dal deposito del ricorso *ex art.* 161, comma 6°, l.fall., in base al principio della “*consecutio*” fra le procedure.

²⁴ Cass., Sez. Un., 15.5.2015, n. 9935, con nota di G.B. Nardecchia, tratta da il Quotidiano Giuridico Wolters Kluwer, in www.altalex.it

²⁵ Cass., sez. Un., 18.4.2013, n. 9409, in www.ilcaso.it

dagli artt. 6 e 7 l.fall..

1.2 Il concordato in continuità aziendale: brevi cenni

L'art. 186-*bis* l.fall. è stato introdotto con l'intento più ampio di disciplinare il concordato in continuità, che a differenza del concordato con cessione dei beni (disciplinato dall'art. 182 l.fall.), non prevede la mera liquidazione degli *assets* aziendali, ma la prosecuzione dell'attività aziendale da parte dello stesso imprenditore/debitore, anche se solo per un periodo di tempo breve,²⁶ o da parte di altri soggetti che divengono così cessionari o conferitari.

Si parla quindi di continuità diretta quando l'attività di impresa è proseguita dall'imprenditore e di continuità indiretta quando viene ceduta a terzi o conferita in una o più società anche di nuova costituzione.²⁷

È nelle previsioni del piano che si dovrà individuare la tipologia di concordato e la disciplina da adottare²⁸, anche se spesso la sua qualificazione non è così immediata, in particolar modo quando la proposta prevede anche la dismissione di cespiti aziendali, ritenuti non più strategici alla continuità aziendale (c.d. concordato misto).

Nel concordato "misto", che presenta sia caratteri riconducibili alla continuità, che alla liquidazione, per individuare la corretta disciplina da applicare si dovrà far riferimento al principio della prevalenza, sia in termini quantitativi, che in termini qualitativi.

Si dovrà pertanto capire se l'attività di liquidazione sia limitata ad alcuni cespiti, oramai divenuti superflui, ovvero rappresenti la maggiore quota dell'attivo concordatario, poiché la presenza di elementi riconducibili all'attività di liquidazione non fa di per sé scattare l'obbligo del rispetto della percentuale di pagamento dei creditori chirografari introdotta al comma 4°, dell'art. 160 l.fall.²⁹

²⁶ È questo il caso del concordato preventivo la cui proposta preveda che la continuità si protragga limitatamente nel tempo e a cui consegua la liquidazione dei beni aziendali per l'ottenimento delle risorse necessarie al soddisfacimento del ceto creditorio. Cfr. Trib. Torre Annunziata, 29.7.2016, in www.ilcaso.it

²⁷ M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, Sezione II, Dottrina e opinioni, documento n. 303, 2012, 22, in www.ilcaso.it. Viene qui identificata nell'interpretazione fornita dal Legislatore, per la continuità aziendale, una nozione "*spuria in quanto sono accomunate al medesimo destino sia quelle imprese in cui l'azienda in esercizio viene trasferita (o conferita) a terzi sia quelle in cui l'attività d'impresa resta in capo al medesimo imprenditore (non importa, qui, se affiancato da nuovi investitori)*".

²⁸ Ricordiamo che l'individuazione e l'applicazione di quest'ultima non produce effetti trascurabili: nel caso cui la scelta ricada sul concordato liquidatorio, la proposta dovrà assicurare il pagamento di almeno il 20% ai creditori chirografari, mentre il concordato in continuità aziendale, che non richiede una soglia minima di soddisfazione, prevede che i creditori privilegiati vengano soddisfatti entro un anno dall'omologa della procedura.

²⁹ Trib. Vercelli, 13.8.2014, in www.ilcaso.it, nello stesso senso si vedano: Trib. Pistoia, 29.10.2015, in www.ilcaso.it, Trib. Alessandria, 18.1.2016, in www.ilcaso.it. Altri Tribunali hanno sostenuto l'applicazione di

Qualora l'attività prevalente risulti di difficile individuazione, per prassi è prevista la possibilità, per il Tribunale, di richiedere dei chiarimenti ai sensi dell'art. 162, comma 1°, l.fall. È questo il caso dell'affitto d'azienda, inserito nel piano di un concordato come elemento di continuità aziendale, che anche se non espressamente previsto dall'art. 186-bis l.fall., spesso viene utilizzato per il fine ultimo di cedere l'azienda preservandone l'utilità aziendale (avviamento).

Secondo un primo orientamento³⁰ la mancanza di espliciti riferimenti normativi e la cessazione dell'attività da parte del debitore escluderebbero la continuità nel caso di un affitto di azienda.

Esclusione che non viene contemplata da un secondo orientamento, il quale interpreta l'affitto d'azienda, anche se stipulato anteriormente alla data di deposito del piano, purché prodromico al trasferimento, come una continuazione dell'attività da parte del debitore affittante, e non una cessazione, poiché in caso di scioglimento del contratto, o di scadenza, l'azienda è destinata a retrocedere.³¹

Altre tesi ritengono possibile parlare di continuità solamente quando nel contratto di affitto non sia stato preventivamente indicato il prezzo di cessione dell'azienda e quindi, quando nell'accordo non sia contenuto un impegno irrevocabile all'acquisto, con la conseguenza che il rischio dell'impresa rimane in capo al debitore affittante, oppure quando il contratto non sia stato stipulato prima del deposito del ricorso ex art. 161 l.fall.³²

1.2.1 Le caratteristiche del piano e l'attestazione

Quando il piano concordatario prevede la continuità aziendale, sia essa operata dello stesso imprenditore, o da terzi soggetti, oltre ad applicare la disciplina prevista dall'art. 161 l.fall., comma 2°, lettera e), che richiede una descrizione delle modalità e dei tempi previsti per la

un criterio diverso (c.d. di combinazione), che prevede l'applicazione della diversa disciplina di concordato a seconda che i creditori vengano soddisfatti dal ricavato della continuità piuttosto che dal ricavato della liquidazione, si vedano Trib. Ravenna, 28.4.2015, in www.ilcaso.it e Trib. Torre Annunziata, 13.4.2016, in www.ilcaso.it.

³⁰ F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, Officina del diritto, Il Civilista, ed. 1, Giuffrè Editore, Milano, 2012, 58; Trib. Como, 29.4.2016, in www.ilcaso.it; Trib. Ravenna, 22.10.2014, in www.ilcaso.it.

³¹ A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, Il Fallimento n. 3 (2013), 13.5.2013, 269-270, in www.ipsoa.it. Dello stesso avviso Ambrosini, che sottolinea come ciò che conta è il rispetto del requisito oggettivo, rappresentato dal rispetto della continuità aziendale sia che essa avvenga ad opera dello stesso imprenditore/debitore, o da parte un soggetto terzo. Egli ribadisce che il rischio dell'attività di impresa debba rimanere in capo al debitore e il risultato dell'attività ripercuotersi sull'esito del piano concordatario, in S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, Crisi di impresa e fallimento, 2013, 9, in www.ilcaso.it. Si veda inoltre la giurisprudenza di merito: Trib. Alessandria, 18.1.2016, in www.ilcaso.it e Trib. Udine, 5.5.2016, in www.ilcaso.it.

³² M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico e pratico*, ed. 3a, Cedam, Padova, 2014, 2702.

realizzazione del piano, si dovrà prevedere anche quanto richiesto dall'art. 186-*bis* l.fall., ossia un'indicazione dettagliata dei costi che si andranno a sostenere e dei ricavi che si otterranno dalla continuazione, le risorse finanziarie necessarie e le modalità di copertura.

Quanto richiesto dal Legislatore è volto a porre in evidenza ai creditori le conseguenze, sia economiche che patrimoniali, derivanti dalla prosecuzione aziendale, in modo da rendere loro fattibile una valutazione informata e consapevole.

Il piano prenderà le sembianze di un *business plan*, nel quale dovranno essere inseriti gli investimenti futuri e i costi da sostenere, oltre che una stima dei flussi in entrata attesi, incombenza quest'ultima, che si semplifica qualora la continuità venga prevista in capo a terzi soggetti che si faranno carico del rischio dell'andamento degli affari.

In quest'ultimo caso il piano, che dovrà elaborare il debitore, si limiterà a rilevare i flussi in entrata derivanti dai canoni di un eventuale affitto d'azienda, o dell'incasso dell'eventuale corrispettivo di cessione.

L'attestatore è chiamato a svolgere, anche nel piano con continuità, un ruolo fondamentale, dovrà verificare che la continuità aziendale risulti funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, ossia che le entrate stimate dalla prosecuzione della gestione caratteristica, o dalla riscossione del prezzo di cessione dell'azienda,³³ permettano di raggiungere ai creditori un grado di soddisfazione maggiore rispetto a quello che, “*con ogni ragionevole probabilità*”,³⁴ otterrebbero dalla liquidazione, intendendo con questo non solo la realizzazione di un concordato liquidatorio, ma altresì l'ipotesi fallimentare.

³³ L'attestatore avrà quindi anche il compito di attestare la solvibilità del terzo soggetto che acquista l'azienda, anche previa stipula di contratto di acquisto funzionale alla cessione. In tal senso si è espresso il Tribunale di Roma che nello specifico ha previsto, che poiché la fattibilità del piano è strettamente collegata alla riscossione dei canoni di affitto e dal prezzo di cessione dell'azienda, l'attestatore dovrà verificare la capacità del locatario o dell'acquirente ad adempiere agli obblighi contrattuali non solo con il proprio patrimonio e con le garanzie fornite alla procedura, ma anche attraverso la realizzazione di un piano industriale. Cfr. Trib. Roma, 24.3.2015, in www.ilcaso.it.

³⁴ S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, Crisi di impresa e fallimento, 2013, 11, in www.ilcaso.it

2 La disciplina dei contratti pendenti *ex art. 169-bis l.fall.*

Il D.L. n. 83/2012 ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento una disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo, sancendo il principio della continuazione automatica dei rapporti giuridici, ma allo stesso tempo prevedendo, per il debitore, la possibilità di sciogliersi dagli obblighi contrattuali, eliminando obbligazioni che contrastano con le necessità di ristrutturazione o di liquidazione aziendale,³⁵ se ciò può giovare alla massa dei creditori.

Prima della riforma, l'assetto normativo era connotato da uno squilibrio tra quanto previsto nel fallimento e quanto invece previsto nelle procedure concorsuali minori, giacché solamente nel primo caso, all'art. 72 l.fall., era presente una disciplina sui contratti pendenti, mentre nel concordato preventivo è stata inserita successivamente con l'emanazione del "Decreto Sviluppo".

La nuova disciplina, così come novellata dal Legislatore, può essere sintetizzata come segue:

- nel concordato preventivo i rapporti contrattuali seguono la loro naturale prosecuzione;³⁶
- la richiesta di sospensione/scioglimento dei contratti può essere avanzata solo da colui che richiede l'accesso alla procedura concorsuale, ovvero dai creditori che presentano una proposta concorrente ai sensi dell'art. 163, comma 4°, l.fall.;
- non possono essere oggetto di scioglimento, né di sospensione, i contratti di lavoro subordinato, i contratti preliminari di vendita *ex art. 72*, comma 8°, l.fall. i finanziamenti destinati ad uno specifico affare *ex art. 72-ter* l.fall., e i contratti di locazione immobiliare *ex art. 80* l.fall., nel caso in cui sia il locatore ad accedere alla procedura concorsuale (cfr. successivo paragrafo 2.5.);
- nel caso di concordato con continuità aziendale, i contratti in corso di esecuzione, fermo quanto previsto dall'art. 169-bis l.fall., proseguono anche se la controparte contraente è rappresentata da pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 186-bis l.fall.

³⁵ Di tale avviso: Trib. Monza, 21.1.2013, in *www.ilcaso.it*.

³⁶ Nell'art. 169-bis l.fall. non vi è un esplicito riferimento alla continuazione dei rapporti contrattuali, ma si può ricavare indirettamente, ossia qualora non si presentino quegli elementi interruttivi o sospensivi che in esso vengono contemplati. Solamente nel concordato in continuità aziendale e precisamente al comma 3°, dell'art. 186-bis l.fall. vi è un esplicito riferimento alla continuazione dei rapporti contrattuali, che prescinde dall'apertura della procedura. Anche se la disciplina è prevista per il concordato in continuità si ritiene che essa possa essere applicata a tutte le tipologie di procedure concordatarie e che gli artt. 169-bis l.fall. e 186-bis l.fall. siano espressione del medesimo principio generale. (Cfr. G. MORESCHINI, *I contratti pendenti nel concordato preventivo*, Giuffrè Editore, Varese, 2016, 46).

2.1. Il compimento delle formalità

Per richiedere lo scioglimento, o la sospensione, primariamente è necessario verificare che siano state compiute tutte le formalità legittimanti, che rendono il contratto opponibile ai terzi, anteriormente al deposito del ricorso *ex art. 161, comma 6°, l.fall.*

Questo significa che il contratto dovrà avere, prima di tutto data certa anteriore all'iscrizione della domanda prenotativa di concordato al Registro delle Imprese e tutte le formalità necessarie per renderlo opponibile ai terzi, quindi anche nei confronti dei creditori, siano state compiute prima della pubblicazione, come ad esempio, la trascrizione del preliminare di vendita nei pubblici registri immobiliari dovrà essere anteriore al deposito della domanda (come vedremo nel successivo cap. 2.5, non tutti i preliminari di compravendita immobiliare possono essere assoggettati alla disciplina dell'*art. 169-bis l.fall.*).

L'assunto deriva dall'*art. 45 l.fall.*, che richiamato dall'*art. 169 l.fall.*, prevede per il concordato preventivo il compimento delle stesse formalità che sono richieste per il fallimento: conseguentemente le formalità compiute dopo il deposito del ricorso non producono effetti nei confronti dei creditori concorsuali.³⁷

L'articolo 45 l.fall. definisce un principio generale secondo il quale quando un contratto non è opponibile alla massa dei creditori, ossia quando non siano espletate tempestivamente tutte le formalità necessarie per renderlo tale, il Curatore, ma nel caso del concordato l'imprenditore, per non dover sottostare agli obblighi contrattualmente previsti dal contratto non necessariamente deve richiederne lo scioglimento, bensì potrà limitarsi a eccepire il difetto di formalità.

È utile ricordare che l'inopponibilità di un contratto, *ex art. 45 l.fall.*, non opera automaticamente, ma dovrà essere richiamata da chi ne abbia l'interesse, nulla vieta infatti al Curatore o all'Imprenditore, rispettivamente di subentrare nel contratto o di continuarlo qualora sia di interesse per la massa di creditori.

Alquanto singolare appare come un istituto pensato per tutelare la massa dei creditori, il cui utilizzo nel fallimento è attribuito al Curatore, possa essere applicato anche nel concordato preventivo, dove lo spossessamento "attenuato" prevede che il suo esercizio sia affidato alla società debitrice, che nel contratto pendente è parte attrice.

Si presume che l'intento perseguito dal Legislatore sia quello di affidare al debitore la responsabilità di tutelare gli interessi del ceto creditorio munendolo di appositi poteri e strumenti, che ricomprendono non solo l'inopponibilità *ex art. 45 l.fall.*, ma spaziano dalla

³⁷ P.F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, Crisi d'Impresa e Fallimento, 2013, 7-8, in www.ilcaso.it.

nullità delle azioni esecutive e cautelari, poste in essere sul patrimonio, *ex art. 168, comma 1°, l.fall.*, all'inefficacia d'ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la pubblicazione del ricorso nel Registro delle Imprese, *ex art. 168, comma 3°, l.fall.*³⁸

Al Tribunale, prima di autorizzare quanto richiesto dal debitore, spetta la verifica che tutte le formalità necessarie siano state eseguite, prima del deposito del ricorso *ex art. 161 l.fall.*, affinché un contratto si possa ritenere valido e atto a produrre effetti nei confronti dell'impresa in concordato e quindi potenzialmente oggetto di sospensione e/o scioglimento.³⁹

2.2. La nozione di contratti pendenti *ex art. 169-bis l.fall.*

L'art. 169-*bis l.fall.* evidenzia, come già anticipato, che la regola generale da applicare è la prosecuzione automatica dei rapporti contrattuali.

Tale regola tuttavia può essere derogata con la richiesta della sospensione o dello scioglimento dei contratti, che può essere formulata da chi è sottoposto alla procedura di concordato preventivo, ovvero dai creditori che abbiano presentato una proposta concorrente ai sensi dell'art. 163 l.fall.

Inizialmente, il Decreto Sviluppo faceva riferimento ai “*contratti in corso di esecuzione*” e nessuna definizione, o indicazione ulteriore, forniva per delinearne le caratteristiche.

L'assenza di maggiori elementi identificativi diede origine a un vivace dibattito, che sfociò in due diversi orientamenti, il primo dei quali equiparava la nozione di “*contratti in corso*” a quella, prevista nel fallimento, dei “*rapporti pendenti*” *ex art. 72 l.fall.*,⁴⁰ mentre il secondo riteneva corretto ricomprendere nella definizione di contratti in corso di esecuzione anche i contratti che, al momento del deposito della domanda di concordato, presentano obbligazioni ancora da eseguire da parte anche di un solo contraente, facendo leva sul fatto che le due locuzioni erano tra di loro diverse e che lo stesso art. 169-*bis l.fall.* non richiama esplicitamente l'art. 72 l.fall.⁴¹

La disputa giurisprudenziale è stata risolta dalla recente modifica apportata dal D.L. n. 83/2015, alla rubrica dell'art. 169-*bis l.fall.*, che ora riporta la locuzione di “*contratti pendenti*”, in sostituzione della precedente “*contratti in corso di esecuzione*”, rendendo così

³⁸ P.F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, Crisi d'Impresa e Fallimento, 2013, 11-12, in www.ilcaso.it.

³⁹ Trib. Pistoia, 9.7.2013, in www.unijuris.it

⁴⁰ Si veda la sentenza emessa dal Tribunale di Milano, 28.5.2014, in www.ilcaso.it e nello stesso senso P.F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, Crisi d'Impresa e Fallimento, 2013, 1 e ss., in www.ilcaso.it.

⁴¹ Si vedano F. PEDOJA, *I contratti pendenti nel concordato preventivo: sospensione e scioglimento*, Fallimenti e Società, 2014, 2-3, in www.fallimentiesocietà.it; G. LO CASCIO, *Il Concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, ed. 9a, Giuffrè Editore, Milano, 2015, 421 e App. Venezia, 20.11.2013, in www.ilcaso.it.

possibile un'interpretazione univoca con quella dei “*rapporti pendenti*” prevista dall'art. 72 l.fall.

Conseguentemente dovranno intendersi “*pendenti*” solo quei rapporti la cui esecuzione sia ancora incompiuta da tutti i contraenti, nel momento in cui uno di essi presenta la domanda di concordato. Così facendo il recente intervento normativo ha escluso la possibilità che il contenuto dell'art. 169-*bis* l.fall. potesse essere applicato anche a quei contratti interamente eseguiti da una sola delle parti, ribadendo il concetto già più volte espresso dalla giurisprudenza maggioritaria.⁴²

Ciò nonostante, anche se oramai è pacifica l'uguaglianza terminologica, non possiamo asserire che la regola applicata al fallimento sia la medesima applicata al concordato preventivo.

Nel fallimento vige, infatti, il principio dell'immediata sospensione dei contratti, e del successivo possibile subentro da parte del Curatore nell'interesse della massa dei creditori, ovvero, quando più conveniente, dello scioglimento in base a decisioni che dovranno essere presa sulla sorte di valutazioni di carattere prettamente economico avendo come unico interesse la protezione della Massa e quindi la necessità di proteggere il patrimonio del fallimento a loro destinato.

La scelta di prosecuzione dei contratti, e di conseguenza la tutela dei traffici commerciali, attuata dal Legislatore è in linea con i principi del diritto comune, primo fra tutti quello enunciato dall'art. 1372 c.c., secondo il quale il contratto vincola tutti i contraenti e può essere sciolto solamente con il consenso unanime.⁴³

La sospensione, ma più di tutti lo scioglimento rappresentano dunque l'eccezione alla regola, che si può applicare solo nel momento in cui mantenere in vita un contratto diviene non solo d'intralcio alla risoluzione della crisi aziendale, ma addirittura dannoso.

Nel concordato è il debitore, nell'ambito della formazione del piano che a lui compete, che decide quali contratti mantenere e quali invece sospendere e/o sciogliere⁴⁴ per meglio risolvere la crisi, dovendo comunque agire sotto il doveroso controllo esercitato dagli Organi della procedura a seconda di quando il provvedimento autorizzativo viene rilasciato (il

⁴² Cfr. App. Milano 29.1.2015, in www.ilcaso.it; App. Venezia 26.11.2014, in www.ilcaso.it.

⁴³ Il contraente *in bonis* può inoltre tutelare i propri diritti, richiamando gli strumenti previsti dall'art. 1453 c.c. e seguenti, in particolare l'eccezione di inadempimento (*ex art. 1460 c.c.*) e la sospensione dell'esecuzione della prestazione per sopraggiunte variazioni nel patrimonio del contraente sottoposto a procedura (*ex art. 1461 c.c.*), per approfondimenti si rimanda al cap. 6 del presente elaborato.

⁴⁴ In caso di proposte concorrenti, *ex art. 163, commi 4° e 5°, l.fall.* la decisione spetta altresì ai creditori (cfr. cap. 5.3.). L'introduzione di questo strumento permette a soggetti diversi dal debitore di poter presentare proposte di concordato preventivo alternative “*e ciò nel quadro di un disegno complessivo di “apertura al mercato” delle procedure concorsuali*”. Cfr. A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali. Appendice di aggiornamento in relazione al d.l. n. 83/2012, conv. dalla l. n. 134/2012*. Il Mulino, Bologna, 2016, 14, in www.mulino.it

Tribunale nella fase che intercorre tra il deposito del ricorso *ex art. 161, comma 6°, l.fall* e l'ammissione; il Giudice Delegato nella fase successiva all'ammissione della società alla procedura di concordato preventivo).

Le uniche eccezioni espressamente previste, dalla normativa, alla possibilità di sospensione o scioglimento, riguardano le clausole compromissorie, i rapporti di lavoro subordinato, i contratti preliminari di vendita, *ex art. 72, comma 8°, l.fall.*, nonché i finanziamenti destinati ad uno specifico affare, *ex art. 72-ter l.fall.* e i contratti di locazione di immobili nel caso sia il locatore ad accedere alla procedura concorsuale, *ex art. 80 l.fall.*

Dal punto di vista pratico, quando si intende sospendere o sciogliere un contratto ci si trova a fronteggiare tre interessi differenti e contrapposti tra di loro:

- l'interesse del contraente *in bonis* ad ottenere l'adempimento del contratto;
- l'interesse del debitore a realizzare il piano concordatario senza dover sopportare il peso di vincoli contrattuali non più utili;
- l'interesse dei creditori concorsuali a non dover sopportare i costi della prosecuzione di contratti troppo onerosi, poiché detti costi graverebbero sulle risorse messe a disposizione per il loro soddisfacimento.

La valutazione che il Tribunale deve eseguire, sentito l'altro contraente,⁴⁵ dovrà tener conto e cercare di bilanciare⁴⁶ i tre diversi interessi in gioco, avendo riguardo all'esecuzione del concordato e alla compatibilità tra questo e la prosecuzione dei contratti pendenti.

Il Tribunale, per tutelare tutti gli interessi coinvolti, dovrà considerare che l'eventuale decisione di scioglimento diverrà definitiva e non sarà più revocabile, qualunque sia lo scenario che si realizzi in futuro.

Qualora si facesse ricadere sul solo debitore la scelta di quali contratti proseguire senza il controllo esercitato dall'organo giudiziario, si correrebbe il rischio di veder attuati comportamenti opportunistici, da parte del ricorrente, il cui unico scopo potrebbe essere quello

⁴⁵ L'obbligo inserito dal Legislatore, all'art. 169-bis, comma 1°, l.fall., è espressamente previsto nel caso in cui la richiesta del debitore contempli il solo scioglimento dei contratti pendenti, nulla viene detto nel caso in cui ad essere richiesta sia la sospensione. La giurisprudenza considera utile l'espletamento di un contraddittorio anche nel caso della sospensione, che, al pari dello scioglimento, produce ugualmente effetti che ricadono sul contraente *in bonis* (si vedano a tal proposito le sentenze emesse dal Tribunale di Bolzano, 5.4.2016 e dal Tribunale di Reggio Emilia, 8.7.2015, in *www.ilcaso.it*).

⁴⁶ In passato orientamenti giurisprudenziali hanno ritenuto che il Tribunale dovesse limitarsi a prendere atto dell'esercizio, da parte del debitore, di un diritto potestativo a lui riservato (in questo senso la sentenza emessa dal Tribunale di Salerno del 25.10.2012, in *www.ilcaso.it*), mentre di recente si è diffusa l'opinione che il Tribunale conceda o meno le autorizzazioni perseguendo il criterio della miglior soddisfazione dei creditori, valutata di volta in volta nel concreto in base alla tipologia di concordato proposto e considerando anche il sacrificio imposto al contraente *in bonis*, che non dovrà essere eccessivamente sproporzionato (per maggiori approfondimenti in merito si rimanda al cap. 4).

di perseguire interessi differenti da un concreto piano di risanamento.⁴⁷

Senza il bilanciamento di tutti gli interessi in gioco lo scioglimento potrebbe essere considerato come “*un’ipotesi di recesso e non come ipotesi di risoluzione del contratto*”,⁴⁸ poiché i requisiti per il suo esercizio non sono i medesimi previsti per la risoluzione (eccessiva onerosità, inadempimento, impossibilità sopravvenuta), ma riguardano una valutazione economica e quindi una valutazione sulla convenienza o meno della prosecuzione del vincolo contrattuale.

I presupposti per richiedere lo scioglimento di un contratto, all’interno della procedura di concordato preventivo, non sono i medesimi richiesti per la risoluzione, poiché il Legislatore concede la facoltà di sospendere o eliminare definitivamente gli obblighi contrattuali solo nell’eventualità in cui ciò possa agevolare la conservazione dei valori aziendali e il superamento della crisi nell’interesse di tutti i creditori e non per incoraggiare l’inadempimento da parte dell’imprenditore in crisi.

La crisi di un’impresa è infatti un evento traumatico che interessa non solo l’imprenditore debitore, ma, tutti quelli che intorno ad esso gravitano (dipendenti, fornitori, istituti di credito, erario, ecc.), ed è per questo motivo che la nuova disciplina dei rapporti pendenti è tesa ad una maggiore “*semplificazione degli atti d’impresa nella crisi*”,⁴⁹ anche se ciò può comportare un sacrificio per i terzi, purché compiuto per raggiungere il superiore obiettivo del superamento della crisi.

2.3. L’art. 169-bis l.fall. nei contratti di durata

Sino al momento in cui il ricorso *ex art. 169-bis l.fall.* non viene depositato il rapporto contrattuale dovrà proseguire sulla base delle condizioni originariamente pattuite dalle parti e ad esso dovrà applicarsi l’ordinaria disciplina prevista per i contratti a prestazioni corrispettive.

⁴⁷ Come si avrà modo di vedere anche nel prosieguo, l’art. 169-bis l.fall. attribuisce il diritto di influenzare le sorti dei contratti a una sola delle parti, ossia all’imprenditore in crisi e il contraente *in bonis* viene posto in una “*situazione di soggezione di fronte all’altrui iniziativa giudiziale*” come ricordato dal Tribunale di Ravenna, che con decreto del 22.10.2014, ha sottolineato come l’aver affidato all’organo giurisdizionale la scelta, di concedere o meno le autorizzazioni per sciogliere o sospendere i contratti, comporta l’esercizio di una valutazione volta a controllare la coerenza tra l’autorizzazione richiesta ed il piano proposto e l’eventuale ricorso abusivo agli strumenti previsti dall’art. 169-bis l.fall. (cfr. Trib. Ravenna, 22.10.2014, in www.ilcaso.it). Nel caso di concordato con riserva un palese utilizzo distorto e abusivo si ha quando, una volta ottenuta l’autorizzazione allo scioglimento, l’imprenditore proceda al ritiro del ricorso prenotativo di concordato, rendendo vano il sacrificio imposto al contraente *in bonis* dell’interruzione del contratto.

⁴⁸ V. RICCIUTO, *Sulla sorte dei contratti nel «concordato in continuità»*, Rivista di diritto dell’impresa 2-3, 2013, 218, in www.edizioniesi.it

⁴⁹ M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico e pratico*, ed. 3a, Cedam, Padova, 2014, 2281.

Questo comporta la possibilità, nel caso in cui una parte non adempia regolarmente alle proprie prestazioni, di poter richiedere la risoluzione del contratto oltre che il riconoscimento di un risarcimento del danno, ovvero avvalersi dell'eccezione di inadempimento,⁵⁰ o, in alternativa della clausola risolutiva espressa contenuta nel contratto.

Il contraente *in bonis* che eseguirà le proprie prestazioni, successivamente alla pubblicazione del ricorso *ex art. 161 l.fall.* al Registro delle Imprese, avrà diritto al pagamento integrale alle scadenze contrattualmente previste, poiché maturate in prededuzione e quindi non sottoposte alle falcidia concordataria.

Il medesimo trattamento non può essere garantito alle prestazioni che sono state eseguite anteriormente alla pubblicazione del decreto nel Registro delle Imprese, esse infatti dovranno essere pagate in moneta concordataria e secondo i tempi e le modalità previste nel piano.

Dal punto di vista pratico la questione si complica nel momento in cui le valutazioni sul trattamento da adottare per le prestazioni svolte anteriormente alla data di pubblicazione del ricorso nel Registro delle Imprese, si debbano applicare ai contratti di durata ad esecuzione periodica e ai contratti di durata ad esecuzione istantanea.

La difficoltà emerge poiché solamente i contratti di durata ad esecuzione periodica sono caratterizzati da una pluralità di prestazioni, che vengono ripetute periodicamente nel tempo, mentre i contratti ad esecuzione istantanea sono caratterizzati dall'inscindibilità delle prestazioni, e quindi, unicamente nel primo caso, è possibile la distinzione e l'individuazione delle singole prestazioni.

Dalla scindibilità o meno delle prestazioni nei contratti di durata derivano delle evidenti conseguenze, nei contratti ad esecuzione periodica si dovrà infatti applicare il divieto previsto dall'art. 168 l.fall. e il principio sancito dall'art. 55 l.fall.,⁵¹ alle prestazioni ineseguite anteriormente alla data di pubblicazione del ricorso, che saranno così soggette a falcidia concordataria.

Ai contratti ad esecuzione istantanea, che non permettono la scindibilità delle prestazioni, poiché unico è considerato l'adempimento, si dovranno applicare le regole del diritto comune

⁵⁰ In discussione è la possibilità per il contraente *in bonis*, a seguito del deposito di ricorso *ex art. 161 l.fall.* da parte dell'imprenditore in crisi, di poter richiamare l'eccezione dilatoria, *ex art. 1461 c.c.*, così sospendendo la prestazione dovuta. La soluzione al problema potrebbe essere individuata nell'esame di ogni singola casistica, poiché la richiesta di ammissione alla procedura concordataria potrebbe non rappresentare a fortiori "*un peggioramento delle condizioni patrimoniali del contraente*", così da rappresentare un rischio alla prosecuzione del rapporto. Il peggioramento, affinché il contraente *in bonis* possa avvalersi della forma di autotutela prevista dall'art. 1461 c.c., deve essere serio e irreversibile. L'art. 169-bis l.fall., inoltre sembra avere la priorità rispetto all'esercizio dell'eccezione dilatoria se il deposito del primo sia avvenuto anteriormente. (Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *Concordato preventivo e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione*, 2013, 16-17, in www.judicium.it). Per approfondimenti si rimanda al cap. 6.

⁵¹ Si deve infatti ricordare il divieto di eseguire le azioni individuali sul patrimonio del debitore e la scadenza di tutti debiti alla pubblicazione del ricorso, per effetto del richiamo all'art. 169 l.fall., comportando che i contratti le cui prestazioni sono scindibili e quindi identificabili saranno soggette alla falcidia concordataria.

per l'esecuzione del contratto, poiché ad essi non si estende il divieto imposto dall'art. 168 l.fall., cosicché il pagamento delle prestazioni eseguite anteriormente al deposito del ricorso dovrà avvenire regolarmente senza che per essi debba essere richiesta l'autorizzazione per il pagamento di crediti anteriori.⁵²

Riassumendo quindi l'imprenditore, ammesso alla procedura di concordato, che decide di continuare un contratto ad esecuzione istantanea, dovrà, a causa dell'inscindibilità delle prestazioni, soddisfare in prededuzione tutte le obbligazioni da questo scaturenti,⁵³ mentre per i contratti ad esecuzione periodica si dovranno individuare quali prestazioni sono state rese prima della pubblicazione del ricorso, ex art. 161 l.fall. nel Registro delle Imprese, e quali quelle rese successivamente.

Il contraente *in bonis*, che ha sottoscritto un contratto ad esecuzione istantanea che prosegue, potrà agire nei confronti del debitore in concordato per ottenere l'adempimento delle obbligazioni, anche se anteriori all'ammissione alla procedura di concordato preventivo e potrà avvalersi dell'eccezione d'inadempimento prevista dall'art. 1460 c.c., ovvero richiedere di sospendere l'esecuzione della propria prestazione ex art. 1461 c.c. qualora vi siano i presupposti,⁵⁴ o in alternativa richiedere la risoluzione del contratto.⁵⁵

Per i contratti invece che proseguono, le cui prestazioni risultano caratterizzate dal principio della scindibilità delle prestazioni, il contraente *in bonis* non potrà invocare, dopo la pubblicazione del ricorso ex art. 161 l.fall., l'eccezione di inadempimento o la sospensione delle proprie obbligazioni nei confronti del debitore che si sia reso inadempiente ante procedura.

2.4. I contratti non disciplinati dall'art. 169-bis l.fall.

Vi sono delle fattispecie contrattuali per le quali la disciplina prevista dall'art. 169-bis l.fall. non può operare.

⁵² Il decreto emesso dal Tribunale di Padova, il 7.1.2014, depositato in Cancelleria il 9.1.2014, identifica le prestazioni inscindibili quando non separabili se non “spezzando artificialmente le fasi esecutive di una medesima prestazione, con conseguente inapplicabilità del divieto di cui all'art. 168 L.F., dovendo il contratto pendente essere adempiuto secondo le regole del diritto comune”, in www.fallimentiesocieta.it, nello stesso senso si veda A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, Il Fallimento n. 3/2013, 266 e ss., in www.ipsoa.it.

⁵³ M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, 124 e ss.

⁵⁴ A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, Il Fallimento n. 3/2013, 266, in www.ipsoa.it. Per approfondimenti si rimanda al cap. 6.

⁵⁵ In ogni caso il contraente *in bonis*, anche nel caso in cui ottenga una condanna di risarcimento dei danni non potrà violare il divieto previsto dall'art. 168 l.fall. relativo alle azioni cautelari, né sulle azioni esecutive sul patrimonio del debitore in concordato, finché il decreto di omologa non divenga definitivo.

Si tratta innanzitutto di quei contratti che non sono opponibili alla massa dei creditori ai sensi dell'art. 45 l.fall.: sospensione e scioglimento, infatti, possono essere applicate esclusivamente a quei rapporti giuridici il cui *iter* formativo si è concluso prima dell'iscrizione del ricorso, ex art. 161 l.fall., al Registro delle Imprese (si rinvia a quanto detto nel paragrafo 2.1.).

Le altre fattispecie contrattuali, per le quali non è possibile l'applicazione della disciplina prevista dall'art. 169-bis l.fall., riguardano quei contratti la cui unica prestazione, ancora da eseguire, consta nel pagamento da parte del ricorrente di un debito, scaduto o non ancora scaduto alla data di pubblicazione del ricorso. Queste fattispecie fuoriescono infatti dall'ambito di applicazione dell'art. 169-bis l.fall., poiché danno origine esclusivamente ad un credito che la controparte adempiente vanta nei confronti del debitore e la cui soddisfazione dovrà seguire le ordinarie regole del concorso nel rispetto del principio della *par condicio creditorum*.

Alla luce di quanto appena esposto possiamo quindi escludere dal perimetro di applicazione dell'art. 169-bis l.fall. il contratto di mutuo, giacché in tale contratto reale il mutuante adempie ed esaurisce la propria obbligazione con il versamento della somma pattuita al mutuatario, mentre su quest'ultimo, una volta percepita la somma di denaro, grava il solo obbligo restitutorio.

È per tale motivo che il contratto di mutuo non può essere annoverato tra i contratti pendenti, sussistendo il solo obbligo, da parte del mutuatario, di rimborsare il finanziamento ottenuto alle scadenze prestabilite, che per opera dell'art. 55 l.fall., quest'ultimo richiamato dall'art. 169 l.fall., vengono meno, in quanto il debito si considera scaduto con il deposito della domanda prenotativa di concordato.

Analoghe conclusioni, sulla non applicabilità dell'art. 169-bis l.fall., si raggiungono, nell'ambito dei contratti bancari, anche per le linee di credito autoliquidanti pendenti nel momento in cui è depositato il ricorso per accedere alla procedura di concordato preventivo o di concordato in bianco.

Le linee di credito autoliquidanti si configurano come un contratto di apertura di credito col quale l'ente creditizio anticipa l'importo dei crediti commerciali (documentati da fatture, contratti, ri.ba, ecc.), che non sono ancora giunti a naturale scadenza e che il cliente vanta nei confronti di terzi, il cui rimborso avviene successivamente, a seconda degli accordi intervenuti tra le parti, mediante la formula di cessione dei crediti, ovvero attraverso il rilascio di un mandato all'incasso (*in rem propriam*), quest'ultimo solitamente accompagnato dal patto di compensazione/elisione a favore della banca.

Una volta che l'istituto di credito ha erogato la somma concordata come anticipo ed ha adempiuto alla propria obbligazione, la fattispecie contrattuale, al pari del mutuo, si può identificare come “unilaterale” in quanto ciò che residua è il solo credito che la banca vanta nei confronti del debitore e vi è l'impossibilità di considerare pendente un rapporto la cui prestazione è stata posta in essere dal terzo contraente (l'Istituto di Credito) prima del deposito del ricorso *ex art. 161 l. fall.*, anche se tale interpretazione è stata oggetto in passato di numerose dispute dottrinali e giurisprudenziali.⁵⁶

In caso di cessione dei crediti non si rinvencono particolari criticità, o dubbi interpretativi, circa la non applicabilità dell'*art. 169-bis l.fall.*, dato che ciò che permane, dopo l'erogazione, è il solo debito originato dall'anticipazione: a seguito della cessione, l'istituto di credito diviene non solo il titolare effettivo del credito, ma anche l'unico soggetto legittimato a trattenere le somme riscosse, purché la cessione sia stata resa opponibile mediante notifica alle parti coinvolte, prima della presentazione del piano *ex art. 161 l.fall.*⁵⁷

Dubbi sull'applicabilità dell'*art. 169-bis l.fall.* sorgono quando le linee di credito vengono affiancate dal mandato all'incasso che, a differenza del caso precedente, non prevede la cessione del credito alla banca, ma legittima quest'ultima alla riscossione.

La titolarità esclusiva del credito viene infatti mantenuta in capo alla Società mandante⁵⁸ e il patto di compensazione, quando contrattualmente previsto, prevede solo la possibilità di poter compensare quanto incassato da terzi con gli anticipi erogati, anche se questi ultimi sono stati eseguiti ante procedura.

Sul punto, la giurisprudenza di merito⁵⁹ si è espressa definendo non ammissibile una domanda di scioglimento dei “contratti bancari autoliquidanti”, proposta ai sensi dell'*art. 169-bis l.fall.*, sostenendo che questi ultimi non possono essere considerati contratti pendenti dal momento che una parte, ossia la banca, ha già adempiuto alla propria obbligazione prima del deposito del ricorso e quindi tutto ciò che residua è un debito del ricorrente nei confronti dell'istituto di credito e non un rapporto bilaterale pendente passibile di scioglimento *ex art. 169-bis l.fall.*

Di recente sono state elaborate delle linee guida interpretative alla L. 132/2015 all'esito delle esperienze maturate nei diversi Tribunali, che hanno permesso di risolvere numerosi dei dubbi sorti sulla gestione delle linee di credito autoliquidanti e di individuare un orientamento comune da seguire.

⁵⁶ In particolare si veda il decreto del Tribunale di Padova, del 7-9.1.2014, che ha sospeso il contratto quadro relativo alla linea di credito di anticipo su contratti, in www.fallimentiesocietà.it.

⁵⁷ Sul punto si vedano: Trib. Ferrara, 23.7.2015, in www.ilcaso.it; App. Venezia, 11.3.2015, in www.ilcaso.it.

⁵⁸ Cass., Sez. III Civ., n. 19054/2003.

⁵⁹ Si veda per tutte: Trib. Padova, 7-9.1.2014, in www.fallimentiesocietà.it.

Secondo queste interpretazioni ad essere sciolti possono essere solamente quei contratti, la cui anticipazione è avvenuta *ante* deposito della domanda di concordato, ma a condizione che l'anticipo non sia stato interamente rimborsato e residuino prestazioni ancora ineseguite in capo alla banca, come ad esempio l'“apertura di credito o il castelletto di sconto non ancora interamente consumato”, nel qual caso le anticipazioni che verranno erogate successivamente alla data di deposito del ricorso *ex art.* 161 l.fall. genereranno un credito di natura prededucibile e il contratto in base al quale le anticipazioni sono state erogate non potrà essere oggetto né di sospensione e né di scioglimento.⁶⁰

Quando le obbligazioni contrattuali siano state interamente eseguite da parte dell'istituto di credito si discute sulla possibilità da parte della banca, di trattenere le somme incassate da terzi, per poterle compensare con i propri crediti vantati nei confronti del ricorrente, successivamente alla pubblicazione del ricorso *ex art.* 161 l.fall., senza che ciò sfoci in una violazione del divieto di pagare debiti anteriori.

In passato l'orientamento più diffuso riteneva che la banca non potesse, anche se eseguendo il mandato, trattenere le somme riscosse, poiché contrario a quanto previsto dall'art. 56 l.fall., che esclude la compensazione tra crediti di natura concorsuale e crediti maturati successivamente all'apertura della procedura.⁶¹

Sul punto di recente si è espressa la Corte di Cassazione (al cui orientamento si è poi adeguata anche la prevalente giurisprudenza di merito), stabilendo invece la possibilità della banca di trattenere le somme incassate da terzi per compensarle con i crediti che essa vanta, per le erogazioni eseguite a titolo di anticipi, ma solo nell'ipotesi in cui sia stato contrattualmente previsto un patto di compensazione (*rectius* patto di annotazione ed elisione nel conto di partite di segno opposto), non valendo in tal caso né il principio del “concorso tra i creditori” né quello di “cristallizzazione dei crediti” *ex artt.* 56, 168 e 169 l.fall.⁶²

Secondo l'accennato orientamento della Cassazione, l'ammissione alla procedura di concordato preventivo “*non determina lo scioglimento del rapporto di conto corrente bancario e di quelli di volta in volta in esso confluenti*”, con la conseguenza che “*la prosecuzione attiene al rapporto nella sua interezza e, dunque, si estende a tutte le clausole pattizie che lo regolano, ivi compresa quella con la quale le parti abbiano attribuito alla banca il diritto di "incamerare" le somme riscosse per conto del correntista*”.⁶³

⁶⁰ G. B. NARDECCHIA, (su segnalazione di), *Procedure concorsuali: linee guida interpretative su alcuni profili della L. 132/2015*, 2016, in www.ilcaso.it.

⁶¹ Cass., 23.7.1994, n. 6870; Cass., 7.3.1998, n. 2539.

⁶² Cass., Sez. I Civ., 1.9.2011, n. 17999, in www.unijuris.it

⁶³ Cass., 7.3.1998, n. 2539, osserva che: “*il patto, infatti, è connesso in modo essenziale al negozio di credito bancario strutturalmente collegato al potere attribuito alla banca (in forza di un mandato, o per effetto di una*

Alla stregua di tale orientamento, il bisogno di tutelare la *par condicio creditorum*, evitando che venga soddisfatto in via preferenziale un credito della banca maturato *ante* concordato, non potrebbe quindi essere appagato attraverso il rilascio di un'autorizzazione a sciogliersi dai contratti, perché non praticabile per i contratti per i quali residua solo la prestazione del debitore (ovvero un'operazione tecnica di annotazione ed elisione).

2.5. I contratti esclusi dall'art. 169-bis l.fall.

Come già anticipato in precedenza, le disposizioni dell'art.169-bis l.fall. non possono essere applicate, per esplicita previsione normativa, alla clausola compromissoria, ai rapporti di lavoro subordinato, al contratto preliminare di vendita, *ex art. 72*, comma 8°, l.fall., ai finanziamenti destinati ad uno specifico affare, *ex art. 72-ter* l.fall., ed al contratto di locazione di immobili, nel caso sia il locatore ad accedere alla procedura concorsuale, *ex art. 80* l.fall., e per i quali viene applicata la regola della prosecuzione.

Nello specifico analizziamo le singole tipologie di contratti per cui non è possibile una deroga al principio di prosecuzione.

La clausola compromissoria

L'introduzione del divieto di estendere l'art. 169-bis l.fall. alla clausola compromissoria conferma quello che già si era affermato sia in giurisprudenza⁶⁴ che in dottrina con riferimento alla neutralità del concordato preventivo per quanto riguarda l'efficacia della clausola compromissoria, al contrario di quanto invece avviene nel fallimento per la clausola arbitrale, disciplinata dall'art. 83-bis l.fall.

La neutralità della procedura concorsuale minore si basa sulla scelta del Legislatore di voler rispettare la volontà delle parti relativamente alle modalità scelte per la definizione delle controversie,⁶⁵ evidentemente ricollegandosi al principio dello "spossessamento attenuato" che caratterizza il concordato preventivo rispetto al fallimento.

cessione di credito) di riscuotere il credito del correntista, nel senso che attenendo esso alla regolamentazione delle modalità di soddisfazione del credito della banca, in sua carenza l'operazione non sarebbe stata posta in essere, sicché negozio e patto non possono che essere interdipendenti. In simile prospettiva, però, risulta inammissibile, prima ancora sul piano logico che su quello giuridico, qualsiasi costruzione giuridica incentrata sulla prosecuzione - nel corso di una procedura concorsuale minore - del complesso unitario rapporto di conto corrente bancario, compresa l'obbligazione di dar esecuzione all'incarico di incassare le ricevute, ma con esclusione del patto (va ribadito, inscindibile rispetto a quel rapporto) della "compensazione" attraverso il mezzo tecnico della annotazione in conto delle somme riscosse ad elisione delle partite di debito verso la banca".

⁶⁴ Cass., 10.3.1995, n. 2802.

⁶⁵ A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, Il Fallimento n. 3 (2013), 265, in www.ipsoa.it.

I contratti di lavoro subordinato

Negli anni il tema della protezione dei livelli occupazionali ha da sempre dato origine a dibattiti oltremodo accesi, poiché la questione vede contrapposti due differenti interessi: da una parte l'interesse della società in concordato preventivo, che necessita di misure urgenti per risolvere la crisi e di adottare una struttura meno rigida, per perseguire lo scopo di rinascita e di riposizionamento sul mercato, quando l'intento liquidatorio non sia l'unico perseguibile,⁶⁶ e dall'altro l'interesse sociale di salvaguardare l'occupazione.

Il tema della salvaguardia dell'occupazione e dei diritti dei lavoratori è di preminente interesse non solo per il nostro Paese e per l'Unione Europea (che ha appositamente emesso le direttive n. 75/129/CEE, del 17.2.1975; la direttiva n. 80/987, del 20.10.1980, quest'ultima modificata dalla direttiva n. 74 del 23.9.2002). Infatti a dimostrarsi attivi ed interessati sono stati anche gli altri Governi dei singoli Stati membri dell'Unione, come nel caso del già citato *Insolvenzordnung*, in vigore nella Repubblica Federale Tedesca, che prevede, nello specifico all'art. 108 InsO, la prosecuzione dei rapporti di lavoro durante la procedura di insolvenza del datore di lavoro.

L'intento del Legislatore Italiano, di escludere la possibilità di chiedere lo scioglimento nel caso dei contratti di lavoro subordinato, potrebbe essere ragionevolmente spiegato giacché tali contratti si riferiscono a interessi primari protetti dalla Costituzione.

Dal punto di vista pratico è rilevante sottolineare come il rapporto di lavoro subordinato è classificato al pari di un contratto di durata in cui le prestazioni risultano essere caratterizzate da scindibilità, pertanto considerate di competenza nel periodo in cui vengono rese: conseguentemente i crediti per prestazioni maturate ante deposito del ricorso ex art. 161 l.fall. dovranno essere soddisfatte in moneta concordataria, mentre le prestazioni rese successivamente dovranno essere soddisfatte regolarmente, in prededuzione, secondo le disposizioni contrattualmente previste.

I contratti preliminari

Sono applicate al concordato preventivo le medesime forme protezionistiche che sono applicate e previste nella procedura fallimentare, all'art. 72, comma 8°, l.fall. e all'art. 80 l.fall.

La ragione di queste forme garantiste è focalizzata sulla tutela del diritto di abitazione, anch'esso di rilevanza costituzionale, e per trovare applicazione è necessario che il contratto

⁶⁶ Escludere lo scioglimento e la sospensione dei contratti di lavoro subordinato permette di attivare gli ammortizzatori sociali, previsti dal sistema, anche nel caso in cui il concordato sia liquidatorio e non in continuità.

preliminare di compravendita sia stato trascritto ai sensi dell'art. 2645-*bis* c.c. Questo significa che la trascrizione deve essere avvenuta prima del deposito del ricorso ex art. 161 l.fall., rendendo opponibile il contratto alla massa dei creditori ai sensi dell'art. 45 l.fall. (v. par. 2.1.).

Un ulteriore requisito, specificato dalla normativa, richiede che l'immobile, oggetto del contratto preliminare trascritto, sia destinato a divenire, come recita l'art. 72 l.fall., “*l’abitazione principale dell’acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado*”, ovvero a divenire “*la sede principale dell’attività di impresa dell’acquirente*”.

È evidente che al promissario acquirente viene concessa una sorta di immunità sugli effetti che produce il concordato preventivo, difatti egli non viene sottoposto alla redistribuzione del rischio di insolvenza, a cui invece soggiacciono gli altri creditori concorsuali, e mantiene il diritto di vedere eseguito il preliminare.

I finanziamenti destinati ad uno specifico affare

L'esclusione dei contratti di finanziamento destinati a uno specifico affare,⁶⁷ dall'ambito delle possibili applicazioni dell'istituto della sospensione e dello scioglimento dei contratti pendenti trova il suo fondamento nella volontà del Legislatore di perseguire ancora una volta la tutela dei valori aziendali attraverso la continuazione dell'operazione.

Il progetto potrà quindi continuare sotto la direzione del terzo finanziatore anche in caso di difficoltà del soggetto finanziato, poiché ciò che è garantito è l'autonomia del progetto finanziato e il cui rimborso dovrà avvenire esclusivamente attraverso i proventi conseguiti dalla sua esecuzione.⁶⁸

I contratti di locazione di immobili

Una criticità emerge quando guardiamo al contratto di locazione, poiché l'art. 169-*bis* l.fall., non rimanda interamente alla disciplina prevista nella procedura fallimentare per la medesima tipologia di contratto, in particolar modo al comma 2, dell'art. 80 l.fall., dove vengono

⁶⁷ I finanziamenti destinati ad uno specifico affare trovano la loro disciplina negli artt. 2247-*bis*, comma 1°, lettera b), c.c. e 2447-*decies* c.c. La particolarità di questi finanziamenti è strettamente collegata alla particolare operazione economica posta in essere. I finanziamenti sono concessi in conformità a un progetto strutturato in modo da restituire nel tempo la provvista finanziaria erogata (*project financing*). Oltre all'individuazione degli elementi di rischio, che potrebbero insorgere durante l'esecuzione, vengono già individuati, in fase di progettazione, anche le coperture per tali rischi. Un esempio tipico di copertura è rappresentato dalla possibilità per il finanziatore di proseguire il progetto, anche in caso di crisi del soggetto che ha beneficiato del finanziamento, assumendone direttamente il controllo.

⁶⁸ A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, Il Fallimento n. 3 (2013), 265, in www.ipsoa.it.

stabilite le modalità di recesso, attuabili dal Curatore, qualora il contratto presenti una durata superiore a quattro anni.

Non essendoci un chiaro rimando alla disciplina applicata in caso di fallimento, sembra quasi che i contratti di locazione, indipendentemente dalla loro durata, nel concordato preventivo non possano essere sciolti.

La scelta del Legislatore di vietare lo scioglimento dei contratti di locazione di immobili, è senz'altro collegata “*alla natura giuridica del rapporto in forza del quale sorge, a favore del conduttore, un diritto personale di godimento opponibile ai terzi acquirenti, tra i quali devono essere compresi anche coloro che acquistano il bene locato in sede di vendita forzata (art. 2923 c.c.)*”:⁶⁹ conseguentemente il rispetto del diritto maturato dal terzo contraente dovrà essere rispettato con la prosecuzione del rapporto anche in capo alla procedura.

2.6. L'applicazione dell'art. 169-bis l.fall. nel concordato in bianco

Dottrina e giurisprudenza negli anni si sono scontrate sulla possibile applicazione della disciplina prevista dall'art. 169-bis l.fall. anche al concordato con riserva.

Si sono quindi sviluppate tesi a favore dell'estensione di sospensione e scioglimento e dall'altra argomentazioni fortemente contrarie allo scioglimento/sospensione dei contratti pendenti nel concordato in bianco.

Sul fronte si sono schierati da una parte i “possibilisti” i quali ritengono che l'art. 169-bis l.fall. possa essere applicato anche al concordato con riserva e dall'altra i “negazionisti” cioè coloro che, di vedute più ristrette, interpretano come unica soluzione attuabile la sola sospensione, anche prorogabile, finché non venga depositata la domanda “piena” di concordato, corredata di tutti i documenti necessari.

Coloro che aderiscono alla prima tesi fanno leva innanzitutto sul fatto che l'art. 169-bis l.fall. contiene un esplicito rimando all'art. 161 l.fall. senza operare distinzione alcuna se il suo impiego possa avvenire esclusivamente per il concordato “pieno”, previsto dal 1° comma dell'art. 161 l.fall., o anche per quello “in bianco”, previsto dal comma 6° del medesimo articolo.

L'unico elemento necessario per poter chiedere l'autorizzazione alla sospensione e/o scioglimento anche nel concordato “in bianco” riguarda il deposito da parte del debitore di una “*disclosure*”, che contenga adeguate informazioni sulle finalità della procedura.

La necessità della *disclosure* è, in primo luogo, quella di consentire al Tribunale di effettuare

⁶⁹ S. AMBROSINI, *Gli effetti dell'ammissione al concordato e i contratti in corso di esecuzione*, Fallimenti e società, 2014, 11-12, in www.fallimentiesocietà.it.

una valutazione consapevole sui possibili effetti che si possono produrre sia in caso di sospensione e/o scioglimento dei contratti e sia in caso di non prosecuzione della procedura di concordato.

Inoltre la *disclosure* permette al Tribunale di attuare l'esame sull'eventuale vantaggio economico derivante dallo scioglimento, soprattutto per quanto attiene al risparmio di risorse che si dovessero realizzare a favore di una maggiore soddisfazione dei creditori.⁷⁰

L'ulteriore beneficio che una *disclosure* apporterebbe riguarda il compito di fornire al terzo contraente la possibilità di poter costruire la propria linea difensiva e di argomentare in modo motivato il proprio dissenso.

Coloro i quali negano l'applicazione dello scioglimento nel concordato preventivo con riserva ritengono non conciliabile la definitività degli effetti prodotti da uno scioglimento con la reversibilità e non definitività di un ricorso depositato ai sensi dell'art. 161, comma 6°, l.fall., anche a causa dei suoi possibili e svariati esiti.

A conferma di quest'ultima tesi si evidenzia il silenzio dell'art. 161 l.fall.

La predetta norma nulla dice in merito all'art. 169-*bis* l.fall., che a sua volta tace sulla sua eventuale applicazione al concordato con riserva, rilevando inoltre come solamente una proposta precisa ed un piano dettagliato possano permettere una più completa visione e adeguata valutazione sulla sospensione o sullo scioglimento.⁷¹

Si osserva inoltre come il Legislatore abbia dichiarato espressamente quando ritenesse opportuno applicare la disciplina dell'art. 182-*quinquies* l.fall. anche al concordato con riserva e ciò non gioca a favore della prima tesi secondo la quale il silenzio vale come applicazione estensiva della materia, pertanto l'autorizzazione per la sospensione e lo scioglimento non possono essere né richieste né rilasciate qualora non esista un piano completo che permetta una valutazione concreta e libera da ogni dubbio sulle reali intenzioni del debitore.

A sostegno della tesi negativa vi è poi il fatto che l'imprenditore che deposita una domanda di 'pre-concordato' può anche decidere di depositare, alla scadenza del termine concesso, un accordo di ristrutturazione dei debiti, con la conseguenza che in questo caso si potrebbe

⁷⁰ Trib. Bolzano, 5.4.2016, in www.ilcaso.it; App. Milano 4.2.2015, in www.ilcaso.it; Trib. Rovigo, 6.3.2014, in www.ilcaso.it; App. Genova, 10.2.2014, in www.ilcaso.it. Su tale punto P.F. CENSONI, attribuisce alla *disclosure* il pregio di spingere il debitore a concretizzare il piano e "*poiché medio tempore fra la presentazione della domanda e l'apertura del procedimento di concordato la tutela degli interessi dei creditori è rimessa anche alla diligenza del debitore proponente, potrebbe persino configurarsi un dovere di quest'ultimo di attivarsi per liberare il patrimonio assoggettato al vincolo concordatario dagli oneri derivanti dall'eventuale esecuzione di taluni rapporti in corso non compatibili con la situazione di crisi o di insolvenza in cui versa la sua impresa, per non pregiudicare la garanzia patrimoniale dei creditori medesimi e non incorrere in eventuali responsabilità*", *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, Crisi d'Impresa e Fallimento, 2013, 16-17, in www.ilcaso.it.

⁷¹ Trib. Roma, 3.7.2015, in www.ilcaso.it; Trib. Firenze 23.4.2015, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 28.5.2014, in www.ilcaso.it.

ottenere l'autorizzazione allo scioglimento anche in ipotesi di presentazione di un concordato preventivo che non vedrà mai l'omologa.

3 I presupposti di sospensione e scioglimento

Come abbiamo già visto nei capitoli che precedono, ciò che ora è maggiormente incoraggiato dal Legislatore è il risanamento delle realtà aziendali, che si trovano in stato di crisi, al fine di perseguire l'obiettivo di mantenere attivi i rapporti economici e garantire la continuazione degli scambi commerciali.

È per proteggere il tessuto socio-economico che la prosecuzione dei rapporti giuridici è necessaria e la regola generale da applicare ai contratti è focalizzata sulla salvaguardia, nonché sulla loro continuazione, così aderendo al principio fondamentale del diritto riassumibile nella locuzione latina "*pacta sunt servanda*".

Scioglimento e sospensione rappresentano dunque un'opzione che può essere attuata su richiesta del debitore, solo nel caso in cui i vantaggi raggiungibili, attraverso la loro applicazione, siano maggiori dei costi prededucibili da sostenere, e ciò anche a discapito della posizione del singolo contraente *in bonis* (la cui posizione viene sacrificata a fronte della prevalenza del "migliore soddisfacimento" della massa).

L'intento è consentire l'eliminazione di contratti che, producendo costi inutili a carico dell'impresa in crisi, comportano una diminuzione delle risorse economiche destinate a soddisfare i creditori e che, se mantenuti in essere, non solo rischiano di appesantire la struttura aziendale, ma possono altresì compromettere la realizzazione del piano di concordato e, in particolare, laddove sia prevista la continuità aziendale.

La medesima finalità può essere perseguita anche in caso di concordato preventivo liquidatorio dove i creditori concorsuali vengono soddisfatti con il ricavato ottenuto dalla vendita dei beni messi a disposizione dall'imprenditore; non tutti i contratti infatti potranno essere proseguiti e portati a termine, prendiamo ad esempio un bene concesso in *leasing* il cui valore di mercato risulti di gran lunga inferiore rispetto alla somma dei canoni residui e al prezzo da pagare per il riscatto, in questo caso l'unica opzione eseguibile risulta essere apparentemente quella dello scioglimento.

La richiesta di scioglimento e sospensione non può comunque seguire una regola generale, ogni caso dovrà essere valutato singolarmente non perdendo di vista quale sia lo scopo primario del piano sia che esso sia redatto nell'ottica della continuazione e sia che sia proteso alla liquidazione.

Vista l'irreversibilità degli effetti prodotti dallo scioglimento e al fine di evitare che questo strumento divenisse, nelle mani di alcuni, facile stratagemma per liberarsi da onerosi

contratti⁷², senza dover subire le ripercussioni tipiche derivanti da una “normale” risoluzione contrattuale, la giurisprudenza maggioritaria si è mossa verso la creazione di alcuni vincoli, o meglio l’identificazione di alcuni presupposti da rispettare affinché anche la sola richiesta di sospensione possa essere analizzata nel dettaglio per evitare di assecondare comportamenti opportunistici da parte del debitore ricorrente.

I presupposti appena menzionati si contraddistinguono in comuni e specifici.

Il presupposto comune più importante, già visto in precedenza, riguarda la necessità che i contratti siano “pendenti” e che, alla data di pubblicazione del ricorso, ex art. 161 l.fall., al Registro delle Imprese, siano rimasti almeno in parte ineseguiti da entrambi i contraenti. Diversamente non si potrà applicare l’art. 169-bis l.fall. (si veda il precedente paragrafo 2.2.). Vi sono poi altri presupposti che accomunano sia la sospensione e sia lo scioglimento, che verranno trattati nei paragrafi seguenti.

3.1 Il vantaggio per la massa dei creditori

La scelta di eliminare gli effetti di un contratto o semplicemente sospenderli per un periodo determinato di tempo deve essere valutata con riferimento a tutti gli interessi in gioco, che, spesso, sono confliggenti tra loro.

Se da una parte vi è la necessità dell’impresa in crisi di realizzare un piano di ristrutturazione aziendale, spesso volto a permettere all’Azienda di ritornare a essere competitiva sul mercato, dall’altra vi sono l’interesse del contraente *in bonis*, proteso verso la prosecuzione del rapporto e l’interesse dei creditori di non dover subire i costi della conservazione di rapporti non più utili e/o troppo onerosi.

Data l’assenza di precise indicazioni, fornite dal Legislatore, sul criterio da adottare per rilasciare queste autorizzazioni, il Tribunale⁷³ dovrà compiere una comparazione e un bilanciamento degli interessi in gioco e dei vantaggi raggiungibili in seguito all’applicazione dell’art. 169-bis l.fall., si troverà dunque nella condizione di dover considerare: la richiesta di scioglimento, i diritti del terzo contraente, gli effetti che uno scioglimento produrrebbe sulla

⁷² Di tale avviso il decreto emesso dal Tribunale di Pistoia, 9.7.2013, che focalizzandosi sugli effetti definitivi e irreversibili che caratterizzano lo scioglimento dei contratti, ricorda il possibile utilizzo strumentale dell’art. 169-bis l. fall., da parte dell’imprenditore ricorrente, che una volta ottenuta l’autorizzazione potrebbe procedere al ritiro della domanda di concordato depositata ai sensi dell’art. 161 l.fall., comma 6°, senza che della società ne possa essere dichiarato il fallimento, o per mancanza d’istanze o perché a seguito dell’autorizzazione venga meno il presupposto oggettivo dello stato di insolvenza, ai danni del contraente *in bonis* che “*non potrebbe avvalersi né dello strumento dell’abuso del diritto né di una eventuale actio nullitatis*”, in www.unijuris.it

⁷³ Per approfondimenti si rinvia al cap. 4.

migliore soddisfazione dei creditori (utilizzando l'art. 182-*quinquies* l.fall. come modello di valutazione) e in ultima la realizzazione del piano concordatario.⁷⁴

Il Tribunale, nel rilasciare l'autorizzazione richiesta, dovrà quindi eseguire una valutazione comparativa “*all'esito della quale risulti che, in virtù della resiliazione di quel singolo contratto, è perseguito secondo un criterio prognostico-probabilistico il miglior interesse dei creditori e ciò in qualunque scenario possibile*”.⁷⁵

Nella valutazione non dovrà essere tralasciato l'interesse del contraente *in bonis* a vedere eseguito il contratto oltre che la determinazione del sacrificio a quest'ultimo imposto, verificando che il sacrificio sia equilibrato rispetto ai benefici che ne ricavano imprenditore e creditori, un'eccessiva sproporzione peraltro non potrebbe essere autorizzata.

Al terzo contraente si dovrà comunque garantire un trattamento non peggiore rispetto al trattamento spettante in caso di fallimento, dove l'indennizzo potrebbe essere altresì cospicuo specie nel caso in cui ci trovassimo di fronte a contratti la cui continuazione è obbligatoria anche col fallimento.⁷⁶

L'intento da perseguire, che rappresenta presupposto comune di sospensione e scioglimento, con l'ausilio dei nuovi strumenti normativi messi a disposizione dal Legislatore, sarà quindi quello di agevolare la risoluzione della crisi mediante la migliore realizzazione del piano concordatario e non quello di tutelare il contraente *in bonis* dall'inadempimento dell'imprenditore.⁷⁷

3.2 La richiesta di autorizzazione

La richiesta di sospensione o di scioglimento di uno o più contratti pendenti deve essere presentata o all'interno del ricorso *ex art. 161 l.fall.* oppure con apposita istanza nel periodo che intercorre tra la richiesta di ammissione e l'ammissione della società alla procedura *ex art. 163 l.fall.*, o ancora, successivamente. Solamente nel 2015 il Legislatore ha posto fine a un acceso dibattito introducendo l'avverbio “successivamente”: prima di questa modifica

⁷⁴ M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, Volume II, Concordato Preventivo, Zanichelli Editore, Bologna, 2014, 496 e ss. Dello stesso avviso: A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, Il Fallimento n. 3/2013, 268, in www.ipsoa.it; G. SCOGNAMIGLIO, *Concordato preventivo e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione*, 2013, 22 e ss., in www.judicium.it, M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, 121.

⁷⁵ M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, Volume II, Concordato Preventivo, Zanichelli Editore, Bologna, 2014, 496.

⁷⁶ Di tale avviso M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, Volume II, Concordato Preventivo, Zanichelli Editore, Bologna, 2014, 497.

⁷⁷ Si veda: Trib. di Venezia, 27.3.2014, in www.ilcaso.it, Trib. Ravenna 24.12.2012, in www.ilcaso.it.

appariva alquanto dubbia la tempistica secondo la quale il debitore avrebbe potuto presentare l'autorizzazione.

A causa di quest'alea d'incertezza si erano create due correnti di pensiero. La tesi maggioritaria considerava possibile richiedere l'autorizzazione anche in seguito al deposito del ricorso *ex art. 161, comma 6°, l.fall.*,⁷⁸ ma prima dell'ammissione della società alla procedura di concordato preventivo⁷⁹, ritenendo che il debitore potesse presentare la richiesta unitamente ad un'apposita *disclosure*, per indicare, anche solo succintamente, le intenzioni del piano concordatario, così permettendo al Tribunale di effettuare una valutazione consapevole.⁸⁰

Una tesi minoritaria⁸¹ sosteneva invece, che la richiesta dovesse essere formulata solamente e unicamente all'interno del ricorso *ex art. 161 l.fall.*, e che non potesse essere presentata in seguito all'ammissione della società alla procedura di concordato.

Il Giudice Delegato, designato, era quindi considerato l'Organo preposto a rilasciare l'autorizzazione richiesta solo nel caso in cui il Tribunale non avesse provveduto al momento dell'emissione del decreto *ex art. 163 l.fall.*

Questa interpretazione era sorretta dalla convinzione che il Tribunale per provvedere al rilascio di una tale autorizzazione avrebbe dovuto richiedere ed elaborare maggiori informazioni rispetto a quelle necessarie per decidere sull'ammissione o meno della ricorrente alla procedura di concordato preventivo e, inoltre, avrebbe dovuto altresì procedere con l'audizione del terzo contraente in *bonis* causando, di conseguenza, un allungamento dei tempi necessari per l'emissione del decreto *ex art. 163 l.fall.*⁸²

Il Legislatore per risolvere i numerosi dubbi e per evitare questi ritardi, che avrebbero potuto inficiare sul buon esito del piano concordatario, è intervenuto prevedendo che l'autorizzazione potesse essere rilasciata, anche dopo l'ammissione alla procedura concordataria, dal Giudice Delegato nominato.

⁷⁸ Cfr. P. F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, Crisi d'Impresa e Fallimento, 10, in www.ilcaso.it.

⁷⁹ A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, Il Fallimento n. 3 (2013), 268-269, in www.ipsoa.it, il quale ritiene che l'autorizzazione *ex art. 169-bis l.fall.* debba essere contenuta nel ricorso *ex art. 161 l.fall.*, così da poter dare risposta immediata alla necessità del contraente in *bonis* di ricevere tempestive informazioni sulla sorte dei contratti pendenti, ritenendo non attuabile l'ipotesi che la richiesta avvenga dopo l'apertura delle operazioni di voto, *ex art. 175, comma 2°, l.fall.*

⁸⁰ M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico e pratico*, ed. 3a, Cedam, Padova, 2014, 2285.

⁸¹ Si veda ad esempio il decreto emesso dal Tribunale di Verona, 31.10.2012, che ritiene possibile avanzare la richiesta di sospensione o di scioglimento di un contratto esclusivamente nel ricorso per il concordato preventivo c.d. "pieno", mentre la esclude per il concordato in bianco, in www.ilcaso.it

⁸² Cfr. G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, Concordato preventivo e accordi, Il Fallimento e le altre procedura concorsuali n. 9/2013, Ipsoa, 2013, 1125; Trib. Pistoia, 9.7.2013, in www.unijuris.it.

La modifica introdotta nel 2015 non riguarda quindi solo l'identificazione di quali contratti possano essere oggetto di autorizzazione, ma riguarda anche la tempistica per richiedere lo scioglimento e/o la sospensione e l'obbligo per il Tribunale, prima di emettere il decreto motivato, di instaurare con il terzo contraente *in bonis* il doveroso contraddittorio, ai sensi dell'art. 169-bis, comma 1°, 1. fall.⁸³

Gli altri presupposti, che devono essere rispettati da chi presenta un'istanza di scioglimento e/o sospensione, vengono individuati: nella dettagliata indicazione di quali contratti sono oggetto della richiesta, non potendosi riferire indistintamente a tutti i contratti in corso e nell'indicazione delle valutazioni economiche e non, che sono state eseguite prima di raggiungere la consapevolezza che il contratto debba essere interrotto o sospeso.⁸⁴

La giurisprudenza maggioritaria richiede altresì che l'Istante debba presentare una richiesta non solo motivata con le necessità che lo spingono a formulare la richiesta, ma altresì corredata di un'indicazione degli oneri che scaturirebbero dalla prosecuzione dei contratti oggetto dell'analisi, di quelli invece che conseguirebbero dallo scioglimento e/o sospensione, anche accompagnata da un'indicazione, anche sommaria, della proposta concordataria che si intende proporre.⁸⁵

3.3 I presupposti specifici della sospensione

Nello specifico si possono ritrovare due motivazioni alla base di una richiesta di sospensione: la necessità di evitare temporaneamente la maturazione di costi scaturenti da un contratto, oppure l'esigenza di 'bloccare' temporaneamente l'esecuzione di un contratto.

In entrambi i casi l'esigenza di ottenere, attraverso l'autorizzazione concessa dal Tribunale, una sorta di "*moratoria ex lege*",⁸⁶ deriva dall'incertezza che spesso caratterizza questa fase della vita societaria, in cui l'imprenditore non è già in grado di individuare con assoluta certezza quale percorso intraprendere per risolvere la crisi.

La sospensione permette quindi di "*sottrarsi, anche temporaneamente, alla esecuzione di disposizioni contrattuali*" consentendo all'imprenditore di valutare ed elaborare "*soluzioni*

⁸³ Prima della recente modifica, introdotta nel 2015, non essendo prevista alcuna indicazione al riguardo, si discuteva se fosse necessario o meno instaurare il contraddittorio con il terzo contraente. Un orientamento minoritario aveva ritenuto non necessario l'espletamento di tale incombenza (Trib. Udine, 25.9.2013, in www.ilcaso.it, mentre l'orientamento maggioritario aveva individuato nel diritto del contraddittorio per il contraente *in bonis* un elemento fondamentale e imprescindibile. (cfr. par. 4.2.2.2.)

⁸⁴ Cfr. A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, Il Fallimento n. 3 (2013), 265, in www.ipsoa.it,

⁸⁵ Si vedano sul punto le pronunce del Tribunale di Biella, 13.11.2012, in www.ilcaso.it e del Tribunale di Monza, 16.1.2013, in www.ilcaso.it.

⁸⁶ Espressione di F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, Officina del diritto, Il Civilista, ed. 1a, Giuffrè Editore, Varese, 2012, 51.

concordate” per superare la crisi aziendale,⁸⁷ contemporaneamente all’esigenza di evitare il maturare di costi, da soddisfare in prededuzione⁸⁸ che potrebbero rivelarsi inutili oltre che corrodere le già sofferenti risorse societarie a danno di tutti gli altri creditori.

Ogni scelta porta allo sviluppo di scenari futuri differenti tra loro.

Prendiamo come esempio quelli che si possono concretizzare nel concordato in continuità piuttosto di quelli realizzabili nel concordato liquidatorio, diversità collegate alle peculiarità delle due procedure, la prima tesa alla prosecuzione del “*complesso produttivo*”⁸⁹ e l’altra alla liquidazione dei beni: conseguentemente, anche la prosecuzione di alcuni contratti potrebbe rivelarsi a posteriori superflua a seconda del mezzo scelto dal debitore per superare la propria crisi.

La sospensione, prevista per un periodo massimo di 60 giorni, può essere prorogata una sola volta e consente all’imprenditore ricorrente di poter sospendere l’esecuzione di un contratto, fino ad un massimo di quattro mesi (*rectius* 120 giorni), evitando così il temporaneo maturare di oneri ulteriori in capo alla procedura, finché non verrà riconosciuta l’utilità nella prosecuzione di uno specifico contratto ovvero la necessità di sciogliersi dal vincolo contrattuale.

Allo scadere del periodo concesso, se non si ottiene l’autorizzazione allo scioglimento, il contratto riprenderà a produrre effetti, che per un breve periodo di tempo sono stati “congelati”, restando tuttavia possibile richiedere lo scioglimento anche dopo che il contratto abbia ripreso il suo “normale” decorso.

Un’altra motivazione, a mio avviso la più importante, per cui la sospensione potrebbe essere richiesta riguarda la possibilità di agevolare l’attività di redazione del piano, salvaguardando l’integrità del patrimonio del debitore. È proprio nel periodo di formazione del piano che può essere utile la sospensione di un contratto, al solo scopo di sospenderne i costi, senza veder pregiudicata la possibilità di proseguirlo in seguito qualora, una volta definito il piano di ristrutturazione, tale contratto risulti strategico per la continuazione dell’attività.

La scelta di attuare una sospensione, anche in assenza di piano, presenta profili meno critici rispetto allo scioglimento; essa, infatti non produce effetti duraturi ed irreversibili, e a maggior ragione è più agevole⁹⁰ quando il ricorrente preannuncia già la volontà di accedere

⁸⁷ Trib. Pavia, 24.11.2014, in www.ilcaso.it.

⁸⁸ È utile ricordare che le prestazioni eseguite, in buona fede e nel rispetto degli obblighi contrattuali, dopo la pubblicazione del ricorso *ex art.* 161 l.fall. al Registro delle Imprese da origine a crediti che devono essere soddisfatti in prededuzione.

⁸⁹ Trib. Bolzano, 10.3.2015, in www.ilcaso.it.

⁹⁰ Nonostante la sospensione non presenti caratteri di definitività, comunque produce degli effetti che si ripercuotono sul contraente *in bonis* e per il Tribunale che dovrà decidere se autorizzarla o meno potersi avvalere di una *disclosure*, nel caso di concordato in bianco, che anticipi la proposta concordataria permette di ottenere più informazioni così da raggiungere una visione di insieme più nitida e ben delineata. Se alla *disclosure* si aggiunge

alla procedura di concordato per *cessio bonorum*, il cui unico obiettivo è la soddisfazione dei creditori attraverso la liquidazione e la monetizzazione dei beni sociali; esso difatti consente di individuare agevolmente quali contratti continuare e quali invece cessare.

Vi è una doverosa precisazione da fare, che riguarda la difficoltà di attuare una sospensione per determinati contratti. Spesso infatti, il contraente in *bonis*, anche se i contratti sono “sospesi”, non può interrompere, anche se solo temporaneamente, l’esecuzione della propria prestazione (prendiamo in considerazione ad esempio il locatore che concede in affitto un immobile o il concedente di un *leasing*). Il contraente in *bonis* non solo non si vedrà corrispondere il canone pattuito durante il periodo della sospensione, ma il debitore continuerà ad avere la disponibilità del bene condotto in locazione o in *leasing* e conseguentemente nella possibilità di utilizzarlo.

Una volta giunto al termine il periodo di sospensione, qualora l’imprenditore decida di non richiedere lo scioglimento del contratto, dovrà così procedere al pagamento, in un’unica soluzione, di quanto maturato durante la sospensione, ma anche di quanto maturato al suo termine.⁹¹

3.4 I presupposti specifici dello scioglimento

I presupposti specifici dello scioglimento sono collegati all’esigenza di ottenere effetti duraturi ed irreversibili, in contrasto con la “provvisorietà” degli effetti derivanti dalla sospensione, e quindi alla necessità per l’imprenditore di svincolarsi da contratti divenuti oramai superflui, a maggior ragione se di ostacolo alla realizzazione del piano ideato per la risoluzione della crisi.⁹²

Il sacrificio richiesto al contraente in *bonis* potrà essere giustificato solo nel caso in cui un determinato contratto non corrisponda più alle mutate esigenze aziendali e divenga doveroso attuare una scelta di scioglimento, poiché divenuta l’unica percorribile ed economicamente vantaggiosa.⁹³

poi l’informazione che il concordato in fase di pianificazione è un concordato per cessione dei beni all’organo giudicante verrà suggerito come molti contratti in essere non potranno più continuare e la richiesta di sospensione di alcuni di essi, avanzata dall’imprenditore, è volta ad ottenere un arresto temporaneo delle obbligazioni contrattuali tale da consentirgli il tempo necessario per istruire la richiesta di scioglimento ed eseguire il calcolo di un adeguato indennizzo dovuto al contraente in *bonis*. Non si deve inoltre dimenticare che nel piano in progettazione dovranno essere compresi tutti questi elementi e che il terzo contraente sarà in grado, con l’espressione del proprio voto, anche di influenzare gli esiti della procedura.

⁹¹ A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, ed. 6a, Cedam, Padova, 2013, p. 1138. Per approfondimenti sul contratto di *leasing* si rimanda al capitolo 7.

⁹² Di tale avviso: Trib. Piacenza, 5.4.2013, in www.unijuris.it

⁹³ Di tale avviso: Trib. Monza 21.1.2013, in www.ilcaso.it

La richiesta di scioglimento, in caso di concordato “in bianco”, come sopra illustrato, dovrà essere motivata e accompagnata da elementi significativi che chiariscono il piano che si andrà a proporre ai creditori, attraverso una *disclosure* che ne delinearà i tratti essenziali e senza la quale non sarà possibile eseguire, da parte del Tribunale, alcuna valutazione consapevole.

Di fondamentale importanza, dopo le recenti modifiche diviene l’instaurazione del contraddittorio con il contraente *in bonis* affinché quest’ultimo possa esprimere le sue eventuali ragioni di opposizione allo scioglimento (cfr. par. 4.2.2.2.).

Nel presentare il ricorso, l’imprenditore chiederà di esercitare il diritto potestativo di sciogliersi da un contratto, che dovrà essere necessariamente autorizzato e, i cui effetti, in caso di accoglimento dell’istanza, si attueranno esclusivamente con la comunicazione al contraente *in bonis* dello scioglimento, prima della quale essi non potranno prodursi.⁹⁴

⁹⁴ Trib. Vicenza, 28.5.2015, in www.fallimentiesocieta.it. Per approfondimenti si rimanda al cap. 5.

4 Il sindacato del Tribunale

Una volta depositata l'istanza per richiedere la sospensione o lo scioglimento di un contratto pendente, toccherà al Tribunale, o al Giudice Delegato, eseguire i controlli necessari e procedere o con l'accoglimento del ricorso, autorizzandolo, o con un suo diniego.

Da una prima lettura dell'art. 169-*bis* l.fall. sembrerebbe emergere la volontà del Legislatore di voler conferire, in questa fattispecie, al Tribunale un pregnante controllo, esercitato attraverso il rilascio delle autorizzazioni di sospensione o scioglimento, ponendosi in netto contrasto con l'intento perseguito negli ultimi anni dalle riforme volte alla limitazione del potere di controllo del giudice. In particolare, la Commissione Vietti si è occupata di attuare una liberalizzazione per l'accesso alla procedura di concordato preventivo con un "*ridimensionamento del ruolo del Giudice*",⁹⁵ riequilibrando così i poteri si è cercato di favorire una maggiore autonomia privata rispetto all'attività decisoria e di controllo esercitata dalla magistratura nella risoluzione della crisi d'impresa.

Una chiave di lettura più approfondita permette invece di capire che l'intento reale perseguito dal Legislatore è individuato nell'esigenza di voler tutelare tutti gli interessi coinvolti, in particolare quello del contraente in *bonis*, così da poter evitare, attraverso l'intervento di un soggetto terzo ed imparziale (il giudice), il compiersi di eventuali comportamenti opportunistici da parte dell'imprenditore ricorrente, ma soprattutto per "*conservare l'identità economico-organizzativa del piano*"⁹⁶ redatto dell'imprenditore, evitando, in quest'ultimo caso, sospensioni o scioglimenti di nessuna utilità pratica ai fini del buon esito della ristrutturazione proposta ai creditori.

4.1. Il giudizio del Tribunale

Molto discussa è l'individuazione della tipologia di giudizio che il Tribunale, o il Giudice Delegato successivamente all'ammissione, sono chiamati a esprimere.

In particolare ci si chiede se il controllo del Giudice debba sfociare in un giudizio di merito ovvero in un giudizio di legittimità.

L'incertezza è alimentata da un ulteriore dubbio sorto in un contesto ben più ampio, poiché l'autorizzazione richiesta ai sensi dell'art. 169-*bis* l.fall. può essere considerata un "*segmento*

⁹⁵ G. TERRANOVA, *L'autonomia del diritto concorsuale. Problemi e prospettive*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016, 229.

⁹⁶ M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico e pratico*, ed. 3a, Cedam, Padova, 2014, 2284.

del più generale giudizio concernente il piano concordatario".⁹⁷

Nello specifico la perplessità emerge dacché il Legislatore non ha precisato se il "sindacato sulla fattibilità del piano" e quindi il giudizio che il Tribunale è chiamato a fornire sulla sua concreta attuabilità, sia esso stesso identificabile in un giudizio di legittimità o di merito.

Prima che intervenisse la Corte di Cassazione nel 2013,⁹⁸ ma anche successivamente, sul punto sono emersi negli anni numerosi pareri contrastanti, sia in dottrina che in giurisprudenza.

L'orientamento inizialmente diffuso non contemplava la formulazione di un giudizio sulla fattibilità del piano da parte del Tribunale, ma prevedeva esclusivamente l'esercizio di un mero controllo della documentazione presentata unitamente al ricorso *ex art. 161 l.fall.*, (c.d. controllo di legalità formale).⁹⁹

In netto contrasto con il precedente, un altro orientamento ammette che il Tribunale formuli un giudizio di merito (c.d. controllo di merito) sulla "fattibilità del piano", anche mediante l'esame sulla fondatezza del giudizio di fattibilità espresso dall'attestatore ai sensi dell'art. 161, comma 3°, l.fall.¹⁰⁰

Numerose sono state le pronunce dei giudici di merito a favore di quest'ultima tesi, fra tutte si cita la sentenza emessa dal Tribunale di Bari,¹⁰¹ che ha individuato per il Tribunale l'obbligo di procedere con un esame di merito della proposta concordataria, da esperire in sede di ammissione alla procedura di concordato preventivo e, qualora ricorressero i presupposti previsti dall'art. 173 l.fall., procedere con la revoca.

La sopra citata sentenza prosegue rilevando che il controllo di merito dovrà essere altresì esercitato anche in fase di omologa del concordato, questo grazie all'intervento normativo del d.lgs. 169/2007, che ha permesso di estendere l'esercizio del potere di controllo dall'inizio della procedura e sino all'omologa.

⁹⁷ G. MORESCHINI, *I contratti pendenti nel concordato preventivo*, Giuffrè Editore, Varese, 2016, 85.

⁹⁸ Cass. Sez. Un., 23.1.2013, n. 1521 in www.ilfallimento.it, con nota di N. GRAZIANO, 11.3.2013, *Brevi riflessioni interpretative a Cassazione, Sezioni Unite Civili, del 23 gennaio 2013 n. 1521*, in www.ilcaso.it

⁹⁹ Trib. Savona, 25.11.2015, in www.ilcaso.it. Trib. Rimini, 10.09.2015, in www.ilcaso.it. A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Il Mulino, Bologna, 2014, 361, nel quale si esclude "che il tribunale possa entrare nel merito della proposta", ma aggiunge che "il giudizio di ammissibilità non si esaurisca in un controllo formale di legittimità, dovendo l'autorità giudiziaria verificare, ad esempio, che il piano sia sufficientemente chiaro ed analitico e che la documentazione prodotta consenta di ricostruire con esattezza la condizione economico-patrimoniale del debitore, al fine di permettere ai creditori di esprimere in modo consapevole il voto in sede di accettazione della proposta".

¹⁰⁰ S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Trattato di diritto commerciale, vol. XI, Tomo II, Cedam, Padova, 2008, 67.

¹⁰¹ Trib. Bari, 25.2.2008, in G. BERSANI, *Il concordato preventivo: giudizio di fattibilità del tribunale, formazione delle "classi dei creditori", transazione fiscale*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, 151 e ss.

L'introduzione dell'art. 173 l.fall., come illustrato dal già citato Bersani,¹⁰² ha permesso di dotare la procedura di alcune *“valvole di sicurezza [...] che consentivano e consentono al Giudice di intervenire ed interrompere autoritativamente la procedura, che consentono al Tribunale di non sottoporre all'adunanza dei creditori situazioni anomale o di non omologare proposte anche approvate dall'adunanza”*, attribuendo agli organi preposti al controllo gli strumenti utili a bloccare una minaccia, qualora questa si presenti e si rinverano elementi necessari a considerarla come tale.

Un altro orientamento, considerato intermedio rispetto ai due precedenti, ha attribuito all'attestatore il compito di esprimere il giudizio sulla veridicità dei dati aziendali e sulla fattibilità del piano, come peraltro richiesto dall'art. 161 l.fall., mentre al Tribunale affida la verifica della correttezza di quanto indicato dal professionista (c.d. controllo di legittimità sostanziale).¹⁰³

Se i sostenitori del “controllo di merito” ritengono che il giudice possa raccogliere i dati aziendali, in autonomia e compararli con i dati indicati dall'attestatore al fine di elaborare una propria valutazione *super partes* sulla veridicità dei dati aziendali e sulla fattibilità del piano, i fautori del “controllo di legittimità sostanziale” circoscrivono il giudizio del giudice alla sola verifica della documentazione prodotta e, in particolare, all'idoneità dell'attestazione a fornire quanto più possibili informazioni ai creditori al fine di consentire loro di esprimere un voto informato sulla proposta di concordato.

Sul punto, come abbiamo già anticipato, si è espressa, nel 2013, la Corte di Cassazione¹⁰⁴ concludendo che *“il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando tale giudizio escluso dall'attestazione del professionista[...]. Benché, nel concordato preventivo, al professionista attestatore sia demandato il compito di certificare la veridicità dei dati forniti dall'imprenditore e di esprimere una valutazione in ordine alla fattibilità del piano dallo stesso proposto, occorre precisare che il controllo del giudice su questi aspetti non è di secondo grado, [...]”; il giudice può, infatti, discostarsi dal giudizio espresso dal professionista, [...]”*.

Secondo la Cassazione inoltre la fattibilità del piano del concordato *“non va confusa con la convenienza della proposta, vale a dire con il giudizio di merito certamente sottratto al Tribunale”*, poiché attribuito ai creditori e nemmeno può essere interpretata come una

¹⁰² G. BERSANI, *Il concordato preventivo: giudizio di fattibilità del tribunale, formazione delle "classi dei creditori", transazione fiscale*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, 152.

¹⁰³ App. Ancona, 26.3.2014, in www.ilcaso.it. Trib. Genova, 7.7.2014, in www.ilcaso.it: il G.D. ha rilevato come *“detti Principi -pur essendo privi di efficacia normativa- possono essere ritenuti un valido orientamento idoneo a valutare la qualità delle attestazioni”*.

¹⁰⁴ Cass. Sez. Un., 23.1.2013, n. 1521 in www.ilfallimento.it, con nota di N. GRAZIANO, 11.3.2013, *Brevi riflessioni interpretative a Cassazione, Sezioni Unite Civili, del 23 gennaio 2013 n. 1521*, in www.ilcaso.it.

“astratta verifica in ordine agli elementi dell'attivo e del passivo, [...]. E' invece più propriamente da ritenere che la fattibilità si traduca in una prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati, il che implica una ulteriore distinzione, nell'ambito del generale concetto di fattibilità, fra la fattibilità giuridica e quella economica[...]. Orbene se non è dubbio che spetti al giudice verificare la fattibilità giuridica del concordato e quindi esprimere un giudizio negativo in ordine all'ammissibilità quando modalità attuative risultino incompatibili con norme inderogabili”, la fattibilità economica rimane a carico dei creditori essendo “legata ad un giudizio prognostico, che fisiologicamente presenta margini di opinabilità ed implica possibilità di errore, che a sua volta si traduce in un fattore rischio per gli interessati.”

La Cassazione ha quindi voluto individuare non solo la necessità che il Tribunale esegua un controllo a prescindere dalla valutazione resa dall'attestatore, ma ha precisato che ad esso spetta un giudizio sulla fattibilità giuridica, mentre il giudizio sulla fattibilità economica della proposta spetta ai creditori, perché su di essi ricadono gli effetti del piano.

Se da una parte è vero che il dubbio sulla tipologia di controllo richiesto sull'autorizzazione *ex art. 169-bis l.fall.* segue le vicissitudini del giudizio richiesto per la proposta concordataria, non dobbiamo dimenticare che esso attiene a una valutazione, quella dello scioglimento e della sospensione di portata differente rispetto all'omologa di una procedura di concordato preventivo.

Si rileva, infatti, che tra gli effetti prodotti dalla domanda di concordato e quelli prodotti dall'autorizzazione richiesta ai sensi dell'art. 169-*bis l.fall.*, vi è una differenza non da poco, poiché nel secondo caso gli effetti si producono in una fase che precede la votazione dei creditori e si propagano nonostante l'esito della procedura e quindi anche nell'eventualità in cui non si giunga all'omologa.

Proprio tali differenze dovrebbero comportare la necessità di ottenere un giudizio e quindi l'esercizio di un potere di controllo non solo di portata differente, ma dotato di caratteristiche e strumenti differenti, rispetto a quello che viene richiesto per l'analisi di una proposta concordataria, ma non essendoci una distinzione nella norma anche in questo caso sono state numerose le interpretazioni fornite sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina.

Citiamo al solo scopo esemplificativo le ragioni poste a sostegno di una tesi minoritaria che interpreta nell'assenza di un metodo in base al quale poter parametrare l'autorizzazione richiesta ai sensi dell'art. 169-*bis l.fall.*, la possibilità di considerarla “una mera presa d'atto” dell'esercizio, da parte del debitore, di un diritto potestativo ad egli riservato.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Trib. Salerno, 25.10.2012. in www.ilcaso.it

Per trovare una soluzione al problema può essere utile ripartire dalla distinzione eseguita dalla Suprema Corte, in tema di controllo ai fini dell'omologa, che identifica nel giudizio di fattibilità giuridica della proposta concordataria, la valutazione attribuibile al Tribunale e applicandola per analogia, anche ai contratti pendenti, si rileva come “*sia possibile definire l'ambito di intervento del giudice in maniera coerente ed armonica con il resto del sistema*”.¹⁰⁶

Alla luce di quanto sopra appare non sostenibile la tesi di coloro che affidano al solo debitore la valutazione esclusiva delle sorti dei contratti pendenti, bensì risulta più adeguata la tesi di coloro che sostengono che il Giudice, o il Tribunale, per fornire l'autorizzazione richiesta, dovrà compiere un controllo di merito non limitandosi alla forma, ma altresì valutare la compatibilità del piano e della proposta con le autorizzazioni richieste cercando di bilanciare i vari interessi in gioco.¹⁰⁷

4.2. La tutela degli interessi contrapposti

La necessità di tutelare tutti gli interessi in gioco si presenta quando le varie categorie di soggetti coinvolti presentano esigenze differenti e confliggenti tra loro.

L'obiettivo primario della società ricorrente è la risoluzione della crisi aziendale attraverso la realizzazione del piano che, in estrema sintesi, coincide con quello dei creditori, vale a dire l'interesse a non proseguire rapporti troppo onerosi e privi di utilità per la massa, ai quali si contrappone quello del contraente in *bonis* che è volto alla prosecuzione del rapporto contrattuale, instaurato prima della richiesta dell'imprenditore di ammissione alla procedura di concordato preventivo.

La scelta del Legislatore di assegnare il compito di autorizzare lo scioglimento o la sospensione, dei contratti pendenti, all'organo giudiziario permette di rendere possibile non solo una valutazione di tutte le posizioni coinvolte, ma altresì un corretto bilanciamento degli interessi contrapposti evitando inoltre l'insorgere di comportamenti opportunistici e la violazione di principi generali quali la tutela della concorrenza.

¹⁰⁶ F. BENASSI, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo: il compito dell'imprenditore di dar forma alla proposta e la tutela del terzo contraente*, Crisi d'Impresa e Fallimento, 2014, 9, in www.ilcaso.it

¹⁰⁷ Trib. Roma, 16.2.2015, in www.ilcaso.it Trib. Modena, 7.4.2014, in www.ilcaso.it. Trib. Novara, 27.3.2013, in www.ilcaso.it

4.2.1. La tutela del debitore e dei creditori

Quale sia il criterio al quale il Tribunale, o il Giudice Delegato, debba ispirarsi per rilasciare l'autorizzazione richiesta non è ben chiaro, questo perché l'art. 169-*bis* l.fall. sul punto nulla dice, al contrario di quanto invece avviene in altri casi come ad esempio in materia di nuovi finanziamenti o di pagamento di debiti pregressi, due strumenti introdotti dall'art. 182-*quinqüies* l.fall.

Una tesi inizialmente diffusa giustificava l'assenza d'indicazione di un criterio nell'art. 169-*bis* l.fall. nel dovere del Tribunale di prendere semplicemente atto dell'esercizio da parte del debitore di un diritto potestativo ad egli riservato, ossia la libertà di decidere autonomamente quali contratti pendenti sospendere e/o sciogliere.¹⁰⁸

Una diversa opinione, maggiormente diffusa, prevede che il criterio da adottare per rilasciare l'autorizzazione è il perseguimento dell'obiettivo del "miglior interesse per i creditori", in qualunque situazione, anche nell'ipotesi di fallimento, giacché lo scioglimento di un contratto dispiega i suoi effetti anche nel caso in cui il concordato preventivo non giunga all'omologa e il modello valutativo di riferimento da utilizzare è quello introdotto dall'art. 182-*quinqüies* l.fall.¹⁰⁹

Recentemente la giurisprudenza¹¹⁰ ha tentato di contrastare quest'ultima visione sottolineando che tale principio può operare solo nel caso in cui tutti i creditori abbiano il medesimo interesse, e ciò avviene "*nell'ambito degli istituti di cui all'art. 182 quinqüies, così come per la stessa configurazione del concordato con continuità aziendale (art. 186 bis, co. 2, lett. "b"), in quanto il riferimento è alla tutela della massa dei creditori tutti insieme considerati e nessuno escluso*", ciò invero non avviene nella richiesta di scioglimento dove il contraente in *bonis* presenta un interesse confliggente a quello degli altri creditori ed il Tribunale dovrebbe esclusivamente controllare che non vi siano contraddizioni fra la richiesta di scioglimento ed il piano, oltre a verificare che le doverose condizioni formali (v. par. 3.2) vengano soddisfatte.

¹⁰⁸ A titolo esemplificativo si riporta un passaggio cruciale della sentenza emessa dal Tribunale di Salerno, depositata in cancelleria il 25.10.2012: "*rilevato che la norma non indica un criterio in base al quale parametrare questo genere di autorizzazioni potendosi anche ritenere che si tratti di una mera presa d'atto di un diritto potestativo del debitore che sceglie di sciogliersi da un determinato rapporto giuridico nell'ambito di un proprio disegno imprenditoriale che nel caso del pre-concordato non è obbligatorio comunicare al Tribunale chiamato ad attendere il deposito del piano*", in www.ilcaso.it

¹⁰⁹ M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, volume II, *Concordato Preventivo*, Zanichelli Editore, Bologna, 2014, 496.

¹¹⁰ Citiamo a solo scopo esemplificativo la sentenza del Tribunale di Pistoia, 9.7.2013, in www.unijuris.it

Quest'ultimo intervento giurisprudenziale contiene delle zone d'ombra,¹¹¹ poiché se da un lato è vero che gli istituti contenuti dall'art. 182-*quinquies* l.fall. adottano come criterio valutativo la miglior soddisfazione dei creditori è anche vero che in entrambi i casi - contrarre nuovi finanziamenti e pagare debiti pregressi - si verificano delle situazioni in cui gli interessi dei creditori non sono tutti uguali, basti pensare all'autorizzazione richiesta per il pagamento dei debiti pregressi, sicuramente gli interessi della massa dei creditori non collimano con gli interessi del creditore a cui questa autorizzazione è rivolta dato che si realizza una sorta di violazione "legittimata" della *par condicio creditorum*.

Un altro caso in cui gli interessi possano essere manifestamente confliggenti si riscontra sempre nell'art. 182-*quinquies* l.fall. quando vengono avanzate richieste per ottenere autorizzazioni a contrarre nuovi finanziamenti, assistiti da pegno o ipoteca, essi maturano infatti come crediti da soddisfare in prededuzione ponendosi in pieno contrasto con l'interesse degli altri creditori prededucibili (*rectius* sorti *post* presentazione).

In entrambi i casi nonostante sorgano evidenti problemi di conflitto d'interessi, il criterio adottato dal Tribunale rimane quello del "miglior soddisfacimento dei creditori", per analogia appare quindi congruo applicare il medesimo criterio anche all'art. 169-*bis* l.fall.

Non bisogna inoltre dimenticare che la regola in caso di concordato preventivo è la naturale prosecuzione dei contratti, mentre sospensione e scioglimento rappresentano la deroga che dovrebbe essere applicata solamente in casi eccezionali, non appare quindi corretto che il Tribunale esegua un mero controllo formale della documentazione prodotta dall'istante prima di rilasciare l'autorizzazione.

Riassumendo, con quanto visto anche nel precedente paragrafo, il giudizio che il Tribunale, o il Giudice Delegato, è chiamato a rilasciare dovrà verificare che le autorizzazioni richieste dal debitore siano in linea con il piano depositato, o con la *disclosure* in caso di concordato in bianco, effettuando un controllo di legittimità sulla completezza della documentazione presentata ed un controllo di merito sulla congruità delle autorizzazioni richieste con il piano e la proposta concordataria e in caso di conflitto di interesse, tra tutti gli attori coinvolti, il criterio a cui fare riferimento sarà quello del "miglior soddisfacimento dei creditori".

¹¹¹ Si veda al riguardo M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, 120-121.

4.2.2. La tutela del contraente *in bonis*

A prescindere dalla prima e più importante garanzia per il terzo contraente rappresentata dall'obbligatorietà del contraddittorio di cui si dirà nel proseguo, una volta ottenuta l'autorizzazione allo scioglimento, o alla sospensione, di un contratto pendente il contraente *in bonis* avrà maturato tre distinti diritti:

- il riconoscimento di un indennizzo;
- il diritto di poter esprimere il proprio voto sulla proposta concordataria;
- il pagamento in prededuzione del credito maturato a seguito di prestazioni eseguite “*in conformità agli accordi o usi negoziali*” dopo la pubblicazione del ricorso *ex art. 161 l.fall.* nel Registro delle Imprese.

Quanto al riconoscimento di un indennizzo, è l'ammontare che dovrà essergli corrisposto in chirografo, a seguito del venir meno del rapporto contrattuale e di cui meglio si dirà nel successivo paragrafo.

Molto sottile e dai confini poco chiari è la distinzione tra l'indennità, citata nell'art. 169-*bis* l.fall. e il risarcimento del danno al punto da divenire, per la dottrina, motivo di profonda riflessione.

Se una prima interpretazione li identifica come due strumenti tra loro alternativi, un'altra vede nel risarcimento un concetto ben più ampio, che può ricomprendere anche l'indennizzo, mentre una terza opinione prevede che i due concetti possano sommarsi sino a divenire un elemento identico e di pari significato.

Da ciò consegue che la prima interpretazione attribuisce all'indennità una funzione sanzionatoria e al risarcimento una funzione compensativa, nel secondo caso si rileva una certa “*continuità e progressività di tutela*”,¹¹² mentre nel terzo caso ai due strumenti è attribuita la medesima funzione compensativa.

Quanto al diritto di voto, la determinazione dell'indennizzo può divenire fondamentale esclusivamente per l'espressione del voto e per il calcolo delle maggioranze, come previsto dall'art. 176 l.fall., soluzione che ha effetti provvisori, poiché essa non pregiudica l'ottenimento di un accertamento, attraverso l'attivazione di giudizi ordinari di cognizione e al di fuori del concorso, sulla quantificazione del credito in caso di disaccordo sull'ammontare dell'indennizzo riconosciuto.

La necessità di riconoscere in prededuzione le prestazioni rese, dopo la pubblicazione del ricorso, *ex art. 161 l.fall.* nel Registro delle Imprese, è volta a evitare che il debitore si “serva”

¹¹² A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, 159.

dei contratti pendenti pretendendo la prosecuzione delle prestazioni post-pubblicazione e che successivamente, richiedendo lo scioglimento dei contratti, pretenda di eseguire il pagamento in moneta concordataria.

Dall'altra parte è necessario che non siano considerati crediti maturati in prededuzione, quelli per prestazioni rese dal contraente in *bonis* che agisca in malafede, o in contrasto con quanto disciplinato nel contratto.

4.2.2.1 L'indennità dovuta al terzo contraente

La norma così come formulata prevede il pagamento di un indennizzo per ristorare la controparte del danno subito a seguito del venir meno del rapporto contrattuale, ed è stata concepita per agevolare le società in crisi incapaci di far fronte agli obblighi contrattualmente assunti, che normalmente, se lasciate alle regole del mercato, sarebbero soggette all'esercizio della risoluzione contrattuale per inadempimento, da parte del contraente in *bonis*.

L'indennizzo inizialmente è stato interpretato come il risarcimento del danno che scaturisce dalla mancata prosecuzione del contratto e che deve essere riconosciuto al contraente in *bonis*.

L'interpretazione, sulla natura dell'indennizzo, è stata oggetto di numerose critiche, perché se da una parte è riconosciuto il diritto al risarcimento del danno per la mancata prosecuzione di un rapporto contrattuale, dall'altra bisogna ricordare che lo scioglimento o la sospensione sono diritti esercitati dal debitore, perché a lui concessi dalla legge, conseguentemente non si può parlare di risarcimento del danno per inadempimento contrattuale.¹¹³

Al riguardo si è concordi nel ritenere che l'indennizzo debba essere quantificato seguendo i criteri utilizzati per il calcolo del risarcimento del danno,¹¹⁴ ma che da esso nella sostanza si differenzia, nonostante comprenda sia il danno emergente, ossia la perdita subita, che il lucro cessante, ossia il cessato guadagno,¹¹⁵ poiché l'origine del credito è il compimento di un atto lecito e non illecito.¹¹⁶

Lo scioglimento è da considerarsi compimento di atto lecito, poiché strumento previsto dalla legge e a fortiori, perché il suo esercizio deve essere autorizzato o dal Tribunale, se l'autorizzazione è concessa durante il periodo di concordato in bianco, o se l'autorizzazione

¹¹³ P.F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, Crisi d'Impresa e Fallimento, 2013, 20-21, in www.ilcaso.it

¹¹⁴ G. SCOGNAMIGLIO, *Concordato preventivo e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione*, 2013, 38-39, in www.judicium.it

¹¹⁵ Sul punto si veda M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, 129. G. LO CASCIO, *Il Concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, ed. 9a, Giuffrè Editore, Milano, 2015, 428.

¹¹⁶ M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, Vol. II, Zanichelli, Bologna, 2014, 503.

perviene dopo il decreto di ammissione, dal Giudice Delegato, che vi provvede con decreto motivato. È per tali ragioni che l'indennizzo, da riconoscere alla controparte che "subisce" lo scioglimento, non può essere parificato a un risarcimento del danno, ma piuttosto all'indennizzo che spetta in caso di espropriazione in ragione di un pregiudizio lecitamente causato.¹¹⁷

Una seconda critica mossa, questa volta nei confronti del Legislatore, riguarda l'aver previsto la soddisfazione dell'indennizzo in chirografo, su tale contestazione si è inclini nel ritenere che la scelta di considerare l'indennizzo come un credito da soddisfare in moneta concordataria, quando potenzialmente potrebbe ritenersi un credito maturato in prededuzione, è giustificata dal fatto che l'istante temporale, a cui far retrocedere l'utilità della decisione di sciogliersi da un contratto da parte dell'imprenditore, è quello del deposito della domanda di concordato *ex art. 161 l.fall.*¹¹⁸

Sottoporre l'indennizzo alle regole del concorso tra i creditori non può essere visto come una sorta di eccezione ai generali principi, bensì una conferma, poiché esso è collegato al compimento di un avvenimento che precede l'ammissione della società alla procedura concordataria.¹¹⁹

L'indennizzo, essendo trattato come un credito concorsuale, dovrà poi essere indicato nell'elenco nominativo dei creditori che viene richiesto dalla lettera *b)*, del comma 2°, dell'art. 161 l.fall. e, non godendo di alcun privilegio, dovrà essere riepilogato tra i creditori chirografari.

Nulla vieta al contraente beneficiario dell'indennizzo di poter attuare una compensazione, a norma dell'art. 56 l.fall.,¹²⁰ con i debiti che egli stesso ha maturato nei confronti della società ricorrente.

Giova ricordare che nonostante si parli di credito qualificato come credito anteriore e quindi sottoposto all'*iter* indicato nel piano, con riguardo a tempi, modalità e percentuali di soddisfazione, ci si potrebbe trovare dinanzi ad un credito da soddisfare non in via chirografaria, ma in via privilegiata, questo è quanto portato in rilievo dal Tribunale di Ravenna nella sentenza emessa il 22.10.2014.

¹¹⁷ Si veda al riguardo: P.F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, Crisi d'Impresa e Fallimento, 2013, 18-19, in www.ilcaso.it

¹¹⁸ Sul punto si veda M. FABIANI, *La legge fallimentare. Commentario teorico e pratico*, ed. 3a, Cedam, Padova, 2014, 2286.

¹¹⁹ G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, Concordato preventivo e accordi, Il Fallimento e le altre procedure concorsuali n. 9/2013, Ipsoa, 2013, 1127.

¹²⁰ G. LO CASCIO, *Il Concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, ed. 9a, Giuffrè Editore, Milano, 2015, 428.

Nel caso analizzato, la sezione fallimentare ha rilevato che l'eventuale credito, maturato per indennità riconosciuta a seguito di scioglimento di un contratto di locazione immobiliare, è garantito da privilegio, questo grazie all'azione dell'art. 2764 c.c., che permette di estendere il rango di privilegio speciale ad ogni altro credito dipendente ed in questo caso anche a quello maturato per lo scioglimento di un rapporto di locazione.¹²¹

Non qualificare come prededucibile l'indennità appare una scelta motivata dal preferire la procedura di concordato preventivo rispetto all'ipotesi fallimentare, questo perché nel fallimento, all'art. 72 l.fall., non è previsto il riconoscimento di un risarcimento del danno nel caso di scioglimento di un contratto e il riconoscere un indennizzo al contraente in *bonis*, rispetta questa competitività che si è creata tra le due procedure.¹²²

Sia dottrina, che giurisprudenza sono concordi nel ritenere che sia obbligo del debitore determinare l'ammontare dell'indennizzo spettante al contraente in *bonis* e fornire altresì gli elementi necessari per la ricostruzione della valutazione economica effettuata.

Tale valore, così come quantificato, verrà utilizzato come criterio valido per il conteggio delle maggioranze e per l'esercizio del diritto di voto, solamente in caso di disaccordo sull'ammontare dell'indennizzo quantificato, sarà il giudice ordinario a risolvere la controversia, senza che ciò possa però influenzare il giudizio di scioglimento e/o sospensione del contratto.¹²³

Si ritiene pertanto che non spetti al Tribunale, o al Giudice Delegato, determinare l'ammontare dell'indennizzo per il motivo che non vi è nel concordato preventivo un procedimento endoconcorsuale, presente invece nel fallimento, rivolto all'accertamento dei crediti.¹²⁴

4.2.2.2 Il contraddittorio con il terzo contraente

Come recita il nuovo testo dell'art. 169-bis., al comma 1°, l. fall, il Tribunale potrà procedere con il rilascio delle autorizzazioni richieste solo quando è stato “*sentito l'altro contraente, assunte, ove occorra sommarie informazioni*”.

¹²¹ Trib. Ravenna, 22.10.2014, in www.ilcaso.it

¹²² M. FABIANI, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, Crisi d'Impresa e Fallimento, 2013, 4, in www.ilcaso.it

¹²³ Trib. Padova, 26.3.2013, in www.ilcaso.it; Trib. Venezia 20.1.2015, in www.ilcaso.it; Trib. Bergamo, 28.1.2016, in www.ilcaso.it; M. Ferro, *La legge fallimentare. Commentario teorico e pratico*, ed. 3a, Cedam, Padova, 2014, 2287. F. BENASSI, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo: il compito dell'imprenditore di dar forma alla proposta e la tutela del terzo contraente*. Crisi d'Impresa e Fallimento, 2014, 12, in www.ilcaso.it

¹²⁴ Trib. Treviso, 24.2.2015, in www.ilcaso.it

Tale modifica testuale ha permesso di superare la questione sorta anteriormente che riguardava la necessità di convocare, o meno, il terzo contraente in udienza.

La gran parte delle sentenze di merito, emesse prima della modifica apportata dal D.L. 83/2015, si concentravano sulla necessità di convocare il terzo contraente, considerando tale “passaggio” necessario per il rispetto del principio del contraddittorio, *ex art. 101 c.p.c.* (principio peraltro affine a quelli costituzionalmente previsti del giusto processo *ex art. 111 Cost.*).

La giurisprudenza di merito, salvo alcuni iniziali comportamenti difformi, riteneva necessario applicare gli stessi principi utilizzati in quelle situazioni in cui il Giudice è chiamato a esprimere una valutazione su interessi in conflitto tra loro e il cui intento è volto ad assicurare, a ciascuna parte coinvolta nel procedimento, la possibilità di agire per la tutela dei propri diritti.¹²⁵

Le teorie contrarie a questa visione sostenevano che un’eventuale convocazione del terzo contraente avrebbe posto quest’ultimo in una condizione di disparità rispetto agli altri creditori, poiché considerato un soggetto da tutelare maggiormente, a causa dell’influenza esercitata dalla normativa sul rapporto contrattuale, in grado di contrastare il principio generale di prosecuzione dei contratti.

Questi ultimi, inoltre, giungevano alla conclusione, che la necessità di sentire il terzo avrebbe potuto ostacolare l’urgenza cui la richiesta solitamente è caratterizzata, con ciò causando ritardi irreparabili nell’assunzione delle decisioni.¹²⁶

Il Legislatore, con il D.L. 83/2015, ha, di fatto, recepito quelle che erano le motivazioni, sopra menzionate, a favore del contraddittorio, ritenendo necessario assumere attraverso di esso le informazioni utili per formulare una corretta valutazione di legittimità, che non sarebbe possibile raggiungere con la sola analisi della documentazione prodotta dal debitore e delle motivazioni dallo stesso espresse.

Questa che per alcuni può apparire come un eccesso di tutela è maggiormente giustificata se pensiamo che lo scioglimento dei contratti pendenti, ma così anche la sospensione, dispiega i suoi effetti indipendentemente dall’approvazione o meno del piano concordatario, ciò significa che il “sacrificio” richiesto al contraente *in bonis* potrebbe non essere collegato ad un maggior vantaggio per la massa dei creditori.

¹²⁵ App. Venezia, 20.11.2013, in www.ilcaso.it; App. Milano, 4.2.2015, in www.ilcaso.it; Trib. Bolzano, 5.4.2016, in www.ilcaso.it

¹²⁶ Trib. Padova, 26.3.2013, in www.ilcaso.it; Trib. Udine, 25.9.2013, in www.ilcaso.it; F. Benassi, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo: il compito dell'imprenditore di dar forma alla proposta e la tutela del terzo contraente*. Crisi d'Impresa e Fallimento, 2014, 18, in www.ilcaso.it

La necessità di sentire il terzo non solo rappresenta il rispetto del principio costituzionalmente previsto del contraddittorio, ma convalida l'obbligo del Tribunale, o del Giudice Delegato, di compiere una comparazione tra l'interesse dei creditori e quello del terzo contraente.

Il contraddittorio deve quindi essere funzionale ad ottenere informazioni rilevanti sulla posizione del terzo e sul contratto di cui si chiede lo scioglimento, o la sospensione, gli elementi così raccolti verranno utilizzati per compiere una valutazione completa, pertanto esso non può essere solamente figurativo.

Non è chiaro, soffermandosi sulla sola interpretazione letterale del testo normativo, se il contraddittorio debba essere rispettato anche in caso di richiesta della sola sospensione, sia in giurisprudenza che in dottrina, sono stati espressi pareri contrastanti tra loro.

Coloro i quali, stante la natura provvisoria della sospensione non ritengono necessario convocare il terzo contraente¹²⁷ si contrappongono a coloro che lo ritengono indispensabile,¹²⁸ poiché anche se in misura minore la sospensione non è immune da arrecare pregiudizi al terzo.

L'esempio ritualmente proposto riguarda la sospensione del contratto di locazione finanziaria, nel quale il concedente, durante la sospensione, non può richiedere né la restituzione del bene né il pagamento dei canoni.

Per quanto concerne lo svolgimento del contraddittorio appare condivisibile ritenere che esso avvenga non necessariamente attraverso la fissazione di udienza vera e propria, poiché con tale artefatto il sistema parrebbe eccessivamente appesantito, quanto piuttosto attraverso la concessione di un termine per la produzione "*di scritti e di documenti*".¹²⁹

4.2.3. Altri interessi in gioco: tutela del sistema economico e della concorrenza

La nuova normativa fallimentare, soprattutto in sede di concordato preventivo in continuità, è basata su di una normativa incentivante il risanamento delle imprese poiché come espresso dalla dottrina "*il salvataggio delle imprese insolventi ma suscettibili di produrre ricchezza è un'operazione a favore del sistema economico e della concorrenza*".¹³⁰

¹²⁷ S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, Crisi d'Impresa e Fallimento, 2015, 40, in www.ilcaso.it; F. BENASSI, *Contratti pendenti nel concordato preventivo: natura cautelare e precaria della sospensione e audizione dell'altro contraente*, Crisi d'Impresa e Fallimento, 2016, 4-5, in www.ilcaso.it

¹²⁸ Trib. Reggio Emilia, 8.7.2015, in www.ilcaso.it; Trib. Bolzano, 5.4.2016, in www.ilcaso.it

¹²⁹ Trib. Ravenna, 28.1.2014, in www.ilcaso.it; F. BENASSI, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo: il compito dell'imprenditore di dar forma alla proposta e la tutela del terzo contraente*, Crisi d'Impresa e Fallimento, 2014, 22, in www.ilcaso.it

¹³⁰ L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa tra diritto ed economia. Le procedure d'insolvenza*, Il Mulino, Bologna, 2007, 93.

Si deve tuttavia precisare che, dal punto di vista del mercato, molti dubbi sono sorti sugli aiuti che offrono, alle aziende in crisi, sia l'art. 169-*bis* l.fall. che l'art. 186-*bis* l.fall. o meglio sulla loro possibile conflittualità con le norme costituzionali e comunitarie che disciplinano la libera concorrenza, si è parlato infatti di “*dumping da crisi*”.¹³¹

La distorsione, eventualmente configurabile, riguarda la lesione della concorrenza nel libero mercato, causata dalla disparità di trattamento e in qualche modo dalla violazione dei principi garantiti dalla Costituzione, agli artt. 3 e 41, di uguaglianza e libertà dell'iniziativa economica. Le imprese in crisi potrebbero apparire “avvantaggiate”, rispetto alle normali aziende, essendo dotate di strumenti che consentono loro di liberarsi da contratti a titolo oneroso, divenuti inutili e antieconomici.

Ciò che si rende necessario analizzare è pertanto se l'applicazione dell'art. 169-*bis* l.fall. e dell'art. 186-*bis* l.fall. contrastino la tutela della concorrenza e in caso affermativo individuare sotto quali condizioni l'autorizzazione allo scioglimento e alla sospensione possa essere rilasciata, affinché non si oppongano alla libera concorrenza nel mercato (non dimenticando che l'obiettivo primario che l'imprenditore in crisi deve perseguire è il superamento della crisi societaria e salvaguardare un'azienda vuol dire anche mantenere inalterato il livello di commesse per i sub-fornitori e garantire stabilità ai livelli occupazionali).

Eventuali disparità di trattamento, che si dovessero verificare, sono necessarie al perseguimento di un obiettivo che riveste un interesse di carattere generale individuato nella necessità di collocare le aziende sul mercato in una posizione di rinnovata competitività, nel caso di concordato in continuità.

Il Tribunale, o il Giudice Delegato, che si troverà ad autorizzare uno scioglimento, o una sospensione, dovrebbe pertanto porre l'attenzione sul fatto che l'adozione di eventuali misure potrebbe ledere le imprese concorrenti, ma soprattutto dovrebbe valutare se tali autorizzazioni, che facilitano il mantenimento dell'impresa sul mercato, possano portare degli effetti positivi allo sviluppo in generale della concorrenza.

Al riguardo si deve tuttavia segnalare che nei casi concreti tale onere non sia stato assolto in quanto non sono stati rinvenuti provvedimenti in cui le motivazioni per la sospensione o lo scioglimento siano state basate su interessi al di fuori di quelli del debitore o dei creditori in *bonis*.

Nell'ipotesi di concordato c.d. liquidatorio l'obiettivo da perseguire e di primario interesse non solo per massa dei creditori, ma dell'intero mercato, riguarda l'efficienza con cui la

¹³¹ Espressione utilizzata da F. FIMMANÒ, per identificare il sacrificio imposto, dal Legislatore, ai diritti del terzo contraente nelle procedure concorsuali, ne il *Il difficile “incontro” tra diritto com-merciale, diritto penale, diritto pubblico sul terreno dell'impresa in crisi*, Diritto penale dell'impresa, 2013, 17, in www.ilcaso.it

liquidazione dell'azienda viene condotta e con ciò si intende che da essa ne debba derivare la massima soddisfazione possibile per il ceto creditorio, poiché da essa potrebbe derivare un peggioramento della situazione patrimoniale di tutti coloro che vengono colpiti dalla crisi dell'imprenditore con delle evidenti ricadute negative sulla concorrenza del mercato.

Scioglimento e sospensione potrebbero infatti essere equiparati ad una sorta di “finanziamento forzoso”¹³² e l'indennizzo dovuto al contraente in *bonis*, essendo soggetto a falcidia concordataria, rappresenta un risparmio, che le imprese operanti regolarmente sul mercato, non possono ottenere.

¹³² G. MORESCHINI, *I contratti pendenti nel concordato preventivo*. Giuffrè Editore, Varese, 2016, 94.

5. Gli effetti della sospensione e dello scioglimento

Prima della recente modifica del 2015, il dettato normativo nulla diceva sul momento in cui il provvedimento autorizzativo rilasciato dal Tribunale, o dal Giudice Delegato, ai sensi dell'art. 169-*bis* l.fall., sortisse i suoi effetti.

Mancando un chiaro riferimento normativo, alcuni erano propensi a collegare il momento di origine della produzione degli effetti, alla data di pubblicazione del ricorso nel Registro delle Imprese,¹³³ altri al ricevimento della notifica dell'autorizzazione da parte del contraente *in bonis*,¹³⁴ altri ancora alla successiva ed eventuale omologa del concordato preventivo.

L'esigenza di individuare in quale momento cominciano a prodursi gli effetti, in realtà cela una preoccupazione ben maggiore focalizzata su ciò che potrebbe accadere allo scadere dei termini concessi dal Tribunale alla società che deposita domanda *ex art.* 161, comma 6°, l.fall. poiché un rapporto sciolto è un rapporto che cessa di esistere in modo irreversibile.

Gli scenari che si possono realizzare sono svariati e ad essi corrispondono conseguenze ben diverse, ci si potrebbe accorgere, a posteriori, che il reale intento perseguito dall'imprenditore sia quello di perpetrare un uso strumentale dell'art. 169-*bis* l.fall., senza che egli nutra la reale intenzione di procedere con la presentazione di una proposta concordataria, ma solamente quella di ottenere l'autorizzazione per liberarsi da un vincolo contrattuale divenuto oramai scomodo.

In altri casi la soluzione più opportuna, per la società, potrebbe rivelarsi quella di richiedere l'omologa di un accordo *ex art.* 182-*bis* l.fall., o ancora si potrebbe concretizzare l'eventualità in cui la procedura concordataria possa essere dichiarata inammissibile ovvero non giunga ad omologa per il mancato raggiungimento delle maggioranze in sede di votazione.

Il contratto, una volta ottenuta e notificata al debitore l'autorizzazione allo scioglimento, non tornerebbe più a vivere di vita propria e gli effetti irreversibili di uno scioglimento rimarrebbero, anche nel caso in cui non si realizzi un vantaggio per la massa dei creditori, ossia quando la procedura concorsuale, sulla base della quale è stata concessa l'autorizzazione, venga a mancare per i motivi poc'anzi illustrati.

È per questo motivo che alcune sentenze di merito hanno posto, come condizione necessaria allo scioglimento di un contratto, l'ottenimento dell'omologa alla procedura di concordato

¹³³ G. LO CASCIO. *Il Concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, ed. 9a, Giuffrè Editore, Milano, 2015, 425.

¹³⁴ App. Genova, 10.2.2014, in www.ilcaso.it. La Corte d'Appello di Genova sottolinea, che gli effetti si producono nel momento in cui il debitore notifica al contraente *in bonis* il provvedimento autorizzativo, dello stesso avviso le sentenze del Trib. Modena, 7.4.2014, in www.ilcaso.it e del Trib. Venezia, 27.3.2014, in www.ilcaso.it.

preventivo al pari di una condizione sospensiva,¹³⁵ poiché lo scioglimento, essendo elemento utile alla realizzazione del piano concordatario, non possa dispiegare i suoi effetti irreversibili nel caso in cui non si procedesse all'omologa del concordato.

Seconda questa interpretazione sarebbero i creditori a valutare quella parte della proposta che dispone anche sulla sorte dei rapporti pendenti, giudizio che può essere manifestato durante l'adunanza *ex art.* 174 l.fall. e mediante l'espressione del voto, all'imprenditore rimarrebbe la possibilità di ottenere l'autorizzazione alla sospensione dei contratti i cui effetti non sarebbero sottoposti ad alcuna condizione.

Nonostante questa visione possa essere apprezzata dal punto di vista "protezionistico" per i contratti, altrettanto non può dirsi per la società ricorrente, dacché flessibilità e velocità sono oltremodo necessarie nei periodi di crisi e l'ottenimento di soluzioni in tempi rapidi sono necessarie al fine di rimuovere gli ostacoli per riportare le aziende a ricoprire un ruolo competitivo sul mercato, diversamente un prolungarsi della situazione di crisi potrebbe arrecare una perdita difficilmente recuperabile non solo per i livelli occupazionali, ma anche, nel caso di concordati meramente liquidatori, con inutile drenaggio di finanzia a danno della massa dei creditori.

Per quanto attiene alla sospensione, essa al massimo può essere concessa per un periodo di 60 giorni, prorogabile una volta di altri 60 giorni e quindi per un totale di 120 giorni.

Difficilmente è pensabile che, entro tale termine, si possa giungere all'omologa di un concordato preventivo, più facilmente si può verificare la conseguenza che, trascorsi i 120 giorni, potremmo trovarci di fronte a contratti che tornerebbero a "pesare" non solamente sulle casse aziendali, in termini economici, ma a divenire elementi di disturbo del più auspicabile risanamento, arrecando in tal modo un maggior pregiudizio ai creditori.

L'introduzione del D.L. n. 83/2015 ha spazzato via una parte delle perplessità sopra menzionate, ossia ha individuato il momento in cui gli effetti di scioglimento e di sospensione cominciano a prodursi.

Prima di procedere con l'analisi del momento in cui gli effetti si riverberano sui singoli attori in gioco, importante è rilevare che la loro manifestazione si ha sempre con efficacia *ex nunc*¹³⁶ e quindi dal momento in cui il terzo contraente riceve la comunicazione e non con effetti retroattivi.

¹³⁵ Citiamo a scopo esemplificativo la seguente sentenza: Trib. Pistoia, 9.7.2013, in www.ilcaso.it

¹³⁶ M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, volume II, *Concordato Preventivo*, Zanichelli Editore, Bologna, 2014, 500.

5.1 Gli effetti per il debitore

Gli effetti del provvedimento autorizzativo si producono dal momento in cui la comunicazione viene ricevuta dal terzo contraente *in bonis* e nel periodo intercorso tra l'apertura del concordato e la ricezione della notifica i crediti che egli matura (ad esempio a titolo di penali per ritardi, corrispettivi per le prestazioni rese, ecc.) sono da soddisfare in prededuzione, se, come espressamente previsto dalla normativa, sono collegati a prestazioni “*eseguite legalmente*” e contrattualmente previste.

Come già abbiamo avuto più volte modo di ricordare l'imprenditore, la cui società è ammessa alla procedura di concordato preventivo, rispetto al fallimento, conserva “*l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa*”, questo è quanto previsto dall'art. 167, comma 1°, l.fall., di conseguenza egli potrà decidere se, una volta ottenuta l'autorizzazione ex art. 169-bis l.fall., comunicarla al terzo contraente ovvero non beneficiare del provvedimento ottenuto. Nel provvedimento autorizzativo, rilasciato ai sensi dell'art. 169-bis l.fall., non può essere contenuta anche la dichiarazione allo scioglimento dei contratti, ciò equivale a rilasciare al debitore l'autorizzazione ad eseguire una determinata azione senza sostituirsi a lui, attribuendogli la possibilità di decidere se portare o meno a compimento l'atto per cui ha presentato ricorso.

Questa ulteriore possibilità, di non addivenire al concreto scioglimento del contratto, pur se già autorizzata, viene interpretata, vista come l'ennesima conferma, che la prosecuzione dei rapporti ed il mantenimento attivo degli scambi commerciali è la soluzione che viene preferita dal Legislatore.

Quando viene rilasciato il provvedimento autorizzativo, che per sua natura svolge la sola funzione di rimuovere un impedimento alla realizzazione di un'azione,¹³⁷ il debitore per renderlo “efficace” nei confronti del terzo “*lo dovrà fare mediante un atto di natura negoziale*”,¹³⁸ ossia dovrà rendere noto alla controparte coinvolta la volontà di dar corso all'autorizzazione ottenuta eseguendo lo scioglimento, o la sospensione.

La notifica dell'autorizzazione, che come abbiamo visto è interpretata come atto di natura negoziale, incide direttamente sul contratto pendente, poiché non è prevista un'ulteriore esplicita incombenza a carico del debitore, bastando la stessa, come dichiarazione di volontà del debitore, di dar corso all'autorizzazione ottenuta per la sospensione o lo scioglimento.¹³⁹

¹³⁷ App. Genova, 10.2.2014, in www.ilcaso.it

¹³⁸ F. BENASSI, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo: il compito dell'imprenditore di dar forma alla proposta e la tutela del terzo contraente*, Crisi d'Impresa e Fallimento, 2014, 6, in www.ilcaso.it

¹³⁹ App. Genova, 10.2.2014, in www.ilcaso.it

Essendo scioglimento e sospensione considerati due strumenti introdotti per sostenere le aziende e aiutarle nel superamento della crisi, come indicato nella nota di lettura al D.L. 83/2012,¹⁴⁰ essi sono reputati parte integrante del piano concordatario e le sorti dei contratti e gli effetti, che su di essi vengono prodotti dovranno rispecchiare la strada maestra indicata nel piano.

Potrà avvenire pertanto che, per motivi strettamente collegati alla proposta, il debitore comunichi alla controparte dello scioglimento, o della sospensione, ma che gli effetti dovranno prodursi successivamente e in un momento individuato con precisione; il debitore avrà quindi come compito anche quello di indicare alla controparte l'istante in cui, con precisione, dovranno decorrere gli effetti.¹⁴¹

Questo è evidentemente un passaggio fondamentale, poiché se gli effetti si producono solamente a partire dal ricevimento della notifica da parte del terzo, o successivamente nel momento individuato dal ricorrente, nel periodo che precede e quindi dalla pubblicazione della domanda, *ex art. 161 l.fall.*, nel Registro delle Imprese fino al momento della notifica, si produrranno oneri prededucibili a carico della procedura, inoltre fintanto che il contraente in *bonis* non riceva la comunicazione, al debitore potrà essere ancora applicata la disciplina dell'inadempimento di cui meglio si discuterà nel capitolo che segue (v. cap. 6).

Appare quindi chiaro come la tempestività della comunicazione rivesta un ruolo decisivo: ricade sul ricorrente l'onere di individuare l'esatto momento in cui si produrranno gli effetti, ma quest'ultimo dovrà fare in modo che si propaghino nell'istante più adatto, in sintonia col piano essendo ad esso strumentale.

L'autorizzazione riveste quindi un'efficacia costitutiva e non dichiarativa, poiché i suoi effetti non si propagano e non sono opponibili al terzo finché il debitore non decida di esercitare il potere a lui attribuito.¹⁴²

L'eventualità in cui il debitore una volta ottenuta l'autorizzazione decida di non comunicarla all'altro contraente, è un'ipotesi che si potrebbe verificare qualora, a seguito di mutati scenari il debitore ritenga più proficuo mantenere in essere i contratti oggetto di analisi.

Il dubbio, che questo mutamento di volontà porta alla luce, è che essendo la proposta stata oggetto di valutazione di fattibilità e con essa anche le richieste *ex art. 169-bis l.fall.*, poiché parti integranti del piano, ed essendo il piano stato oggetto nella sua interezza, di un'attestazione resa ai sensi dell'*art. 161, comma 3°, l.fall.*, si renda necessaria una nuova

¹⁴⁰ XVI legislatura Luglio 2012, n. 137A.S. 3426: "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, recante misure urgenti per la crescita del Paese*", 102, in www.senato.it

¹⁴¹ Trib. Modena, 7.4.2014, in www.ilcaso.it

¹⁴² G. REBECCA, *I contratti pendenti nel concordato preventivo. Le novità del DL 83/2015*, 2015, 4, in www.osservatorio-oci.org

attestazione, poiché il cambio di rotta potrebbe configurarsi come una modifica al piano stesso.¹⁴³

5.2 Gli effetti per il contraente *in bonis*

Una volta che l'imprenditore notificherà al contraente in *bonis* l'autorizzazione allo scioglimento, quest'ultimo non sarà più sottoposto all'obbligo di rendere la sua prestazione e d'altro canto non potrà più pretendere che il debitore adempia alle sue obbligazioni.

Il medesimo trattamento è previsto per la sospensione, grazie alla quale le prestazioni di entrambi saranno temporaneamente congelate¹⁴⁴ e riprenderanno, così come gli effetti, allo scadere del termine concesso.¹⁴⁵

La motivazione posta alla base del perché il contratto sospeso possa riprendere a scadenza i suoi effetti è collegato ai principi di diritto comune secondo i quali, all'art. 1256 c.c., comma 2°, l'impossibilità temporanea di proseguire la prestazione, per causa non imputabile al debitore, comporta non solo l'esonero all'adempimento delle obbligazioni in scadenza, ma fino a quando quest'impossibilità permane, il debitore non sarà responsabile del ritardo nell'adempimento.

Questo richiamo ai principi generali ci spiega come sia possibile che il contratto, una volta spirati i termini della sospensione, ricominci a produrre effetti, inoltre come le prestazioni parzialmente rese, prima della sospensione, debbano essere considerate al fine dell'individuazione del compimento dell'obbligazione complessiva, una volta che il contratto continui o venga sciolto e come la sospensione debba essere applicata a tutti i contraenti coinvolti, senza che ciò si traduca in eventuali responsabilità da ritardo.

Il contraente non concorde con il provvedimento autorizzativo potrà manifestare il suo dissenso attraverso l'impugnazione dell'autorizzazione, essendo equiparabile ad un atto soggetto a reclamo ai sensi dell'art. 26 l.fall.,¹⁴⁶ stando attento al rispetto dei termini per una sua proposizione, che decorrono una volta ricevuta la notifica.

Il soggetto, che "subisce" lo scioglimento, o la sospensione del contratto, o entrambi, una volta divenuto creditore del concordato preventivo, a seguito dell'indennizzo riconosciuto,

¹⁴³ M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico e pratico*, ed. 3a, Cedam, Padova, 2014, 2286.

¹⁴⁴ Dello stesso avviso: G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, Concordato preventivo e accordi, Il Fallimento e le altre procedura concorsuali n. 9/2013, Ipsoa, 2013, 1137, in www.commercialistideltriveneto.org; M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, volume II, *Concordato Preventivo*. Zanichelli Editore, Bologna, 2014, 501.

¹⁴⁵ M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico e pratico*, ed. 3a, Cedam, Padova, 2014, 2285.

¹⁴⁶ M. SANDULLI, G. D'ATTORRE (a cura di), *La nuova mini riforma della legge fallimentare. Aggiornamento alla legge 30 giugno 2016, n. 119*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016, 222.

beneficerà di tutti i diritti riservati alla categoria, avrà quindi la possibilità di partecipare alle operazioni di voto, esprimendo il proprio parere sulla proposta concordataria e opporsi all'omologa della procedura concordataria, che nulla avrà a che vedere con l'opposizione ex art. 26 l.fall. allo scioglimento, o alla sospensione, del contratto né per quanto riguarda la causa di cognizione ordinaria proponibile per il computo dell'indennizzo,¹⁴⁷ in caso di disaccordo tra le parti sulla quantificazione.

5.3 Gli effetti per i creditori

Gli effetti che si producono, dallo scioglimento di un contratto, nei confronti dei creditori si concentrano non solo sulla riduzione dei costi, che la procedura non dovrà più sostenere per il mantenimento dei contratti, ma altresì sull'eliminazione di quegli ostacoli che possono creare difficoltà alla realizzazione del piano e alla risoluzione della crisi.

Il principio cardine che deve guidare il debitore, ma anche il Tribunale, o il Giudice Delegato, rispettivamente nel richiedere e autorizzare un ricorso presentato ai sensi dell'art. 169-*bis* l.fall., deve essere quello di realizzare il miglior soddisfacimento dei creditori e deve essere rispettato in tutte le tipologie di concordato preventivo, da quello in continuità a quello liquidatorio.¹⁴⁸

È questo l'obiettivo primario, oltre all'interesse per una più efficiente e veloce risoluzione della crisi aziendale, che ha ispirato il Legislatore ad introdurre le proposte concorrenti, ex art. 163 l.fall., permettendo così ai creditori di divenire attori attivi e partecipi, nel raggiungere lo scopo della massima soddisfazione del proprio credito.

Lo strumento innovativo delle proposte concorrenti apre la questione se anche ai creditori è data la possibilità di richiedere lo scioglimento o la sospensione dei contratti pendenti.

Essendo gli strumenti, di cui all'art. 169-*bis* l.fall., considerati parte integrante del piano quando previsti, si potrebbe dedurre che essi possano essere utilizzati anche dai creditori che presentano un piano alternativo a quello del debitore, nonostante il testo normativo, al comma 1°, dell'art. 169-*bis* l.fall., citi esclusivamente il “*debitore*”.

Affidare ai creditori i medesimi strumenti concessi al debitore, permette loro di poter formulare un'offerta che sia più concorrenziale possibile alla versione presentata dall'imprenditore in crisi, consentendo così di raggiungere l'efficienza nell'utilizzo delle capacità aziendali.

¹⁴⁷ Trib. Pistoia, 9.7.2013, in www.ilcaso.it

¹⁴⁸ Cass., Sez. I Civile, 19.2.2016, n. 3324, in www.ilcaso.it

Di certo non si potrà pensare di poter applicare ai creditori la medesima disciplina prevista per l'imprenditore, che presenta ricorso *ex art. 169-bis l.fall.*, poiché gli effetti, di un eventuale richiesta di scioglimento o sospensione di un contratto contenuta nel piano elaborato dai creditori, potranno prodursi solo dopo l'approvazione della proposta stessa, ossia una volta che sia giunta ad omologa.

5.4 La cessazione del concordato in bianco

Lo scioglimento, come abbiamo già avuto modo di ricordare, comporta l'estinzione delle obbligazioni future, di qualsiasi contratto, nei confronti sia della massa dei creditori e sia del contraente *in bonis*, che viene così liberato da ogni vincolo.

Conciliare lo scioglimento con il concordato c.d. in bianco dà origine ad alcune zone d'ombra, questo perché lo scioglimento di un rapporto pendente è un atto definitivo e i suoi effetti si producono indipendentemente dai possibili esiti di un concordato con riserva. Lo scioglimento presenta infatti degli elementi di definitività che si pongono in netto contrasto con la provvisorietà che invece caratterizza il concordato con riserva.

L'elemento che desta particolare attenzione riguarda l'ipotesi in cui allo scadere del termine concesso, *ex art. 161, comma 6°, l.fall.*, il debitore non provveda al deposito del piano concordatario così rinunciandovi, ma nemmeno proponga un accordo di cui all'*art. 182-bis l.fall.*, ovvero quando depositata la documentazione prevista dall'*art. 161 l.fall.*, il Tribunale, decida di dichiarare l'inammissibilità della proposta e, se sussistono le condizioni, proceda con la dichiarazione di fallimento della società.

La dichiarazione d'inammissibilità¹⁴⁹ del concordato preventivo comporterà l'annullamento con efficacia retroattiva (*ex tunc*) sia degli effetti prenotativi, sia degli effetti protettivi, che si producono dalla data di pubblicazione del ricorso, *ex art. 161, comma 6°, l.fall.*, al Registro delle Imprese.

Al contrario, lo scioglimento non soggiace ai possibili esiti della procedura e una volta autorizzato e comunicato al contraente, è inconvertibile, cosicché il contratto non potrà più tornare in vita.

Nel caso in cui venga emessa la dichiarazione d'inammissibilità del concordato preventivo, ai sensi dell'*art. 162 l.fall.*, e conseguentemente dovesse essere dichiarato il fallimento della società, ai contratti sciolti già prima della declaratoria fallimentare non si dovrà applicare la

¹⁴⁹ Sul punto si vedano le seguenti sentenze di merito: Trib. Terni, 27.12.2013, in *www.ilcaso.it* Trib. Novara, 2.5.2011, in *www.ilcaso.it*. Il Tribunale di Novara in particolare esprimendosi sull'accordo di ristrutturazione dei debiti, ha previsto come la mancata omologa determini il venir meno degli effetti *ex tunc*, dalla data di pubblicazione dell'istanza di sospensione *ex art. 182-bis, comma 6°, l.fall.* al Registro delle Imprese.

disciplina prevista dall'art.72 l.fall. e ss. data la irreversibilità degli effetti prodotti dallo scioglimento.

La definitività degli effetti prodotti dallo scioglimento dei rapporti pendenti si estende non solo al caso del concordato con riserva, ma anche al concordato c.d. "pieno", che a ben vedere anch'esso potrebbe non raggiungere l'omologa ed essere revocato, ai sensi dell'art. 173 l.fall. Nonostante l'esito possa essere quindi incerto anche per una procedura il cui decreto *ex art.* 163 l.fall. sia già stato emesso, ciò che desta maggiore preoccupazione è l'autorizzazione di scioglimento da concedere nel corso di un concordato in bianco, poiché il Tribunale si trova nella situazione di dover emettere un'autorizzazione senza poter visionare la proposta concordataria e il piano, ma sulla base di documentazione riportante scarse informazioni.

La richiesta di scioglimento potrebbe nascondere una condotta abusiva del debitore desideroso di potersi liberare di contratti pendenti divenuti inutili e/o troppo costosi.

È da questa preoccupazione che è emersa, nella prassi, la necessità che il ricorrente unitamente alla richiesta di scioglimento/sospensione di un contratto produca al Tribunale un'apposita *disclosure*, che contenga informazioni più esaustive e conseguentemente permetta una valutazione più approfondita. La *disclosure* dovrà contenere informazioni riguardanti la tipologia di concordato preventivo, che il debitore si accinge a presentare ai creditori, sia esso liquidatorio o in continuità aziendale, oltre alle caratteristiche del proponendo piano.¹⁵⁰

L'ulteriore scenario, indicato nelle premesse, è rappresentato dall'ipotesi in cui il debitore, allo scadere del termine concesso ai sensi dell'art. 161, 6° comma, l.fall., provveda a depositare la domanda di omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti, che potrebbe rivelarsi inconciliabile con l'autorizzazione allo scioglimento, giacché negli accordi di ristrutturazione dei debiti l'istituto del 169-*bis* l.fall. non trova applicazione e il destino dei contratti è deciso dalle parti.¹⁵¹

Alla luce di questa peculiarità è stata negli anni suggerita la possibilità di negare al debitore, che si avvallesse degli strumenti di scioglimento e sospensione, di accedere all'accordo di cui all'art. 182-*bis* l.fall., questo per evitare che fosse utilizzato uno strumento estraneo alla procedura.¹⁵²

La prospettata soluzione, di vietare l'accesso all'accordo di ristrutturazione dei debiti a coloro che hanno ottenuto un provvedimento autorizzativo, ai sensi dell'art. 169-*bis* l.fall., contravverrebbe al reale intento del Legislatore, che nel delineare il concordato con riserva, ha

¹⁵⁰ Si vedano sul punto: Trib. Cassino, 29.10.2014, in www.ilcaso.it; Trib. Bolzano, 5.4.2016, in www.ilcaso.it; App. Milano, 4.2.2015, in www.ilcaso.it

¹⁵¹ G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, Concordato preventivo e accordi, Il Fallimento e le altre procedura concorsuali n. 9/2013, Ipsoa, 2013, 1135, in www.commercialistideltriveneto.org

¹⁵² A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*. Il Fallimento n. 3, 2013, 272, in www.ipsoa.it

voluto concedere alla società un periodo di tempo sufficiente per individuare lo strumento più adeguato alla risoluzione della crisi, garantendole il riparo dalle azioni esecutive individuali.

Così facendo infatti porremmo dei vincoli particolarmente stringenti alla volontà del debitore, il quale una volta attuata l'autorizzazione allo scioglimento, o alla sospensione, con la notifica al terzo contraente, non potrebbe più accedere ad un accordo di ristrutturazione dei debiti.

È stata del resto respinta anche dalla giurisprudenza questa tesi eccessivamente restrittiva. Nello specifico il Tribunale di Terni¹⁵³ ritiene non escludibile a priori la richiesta di un accordo di ristrutturazione dei debiti, depositato allo scadere dei termini concessi ai sensi dell'art. 161, 6° comma, l.fall., qualora il ricorrente abbia ottenuto, nel corso del concordato in bianco, l'autorizzazione allo scioglimento dei contratti pendenti, *ex art. 169-bis l.fall.*, giacché l'indennizzo attribuito al contraente *in bonis* dovrà essere riconosciuto e soddisfatto integralmente, venendo meno la procedura di concordato preventivo che giustifica un degrado a chirografo di tale credito.

Anche per la sospensione si presentano dei punti di criticità, nonostante essa non sia caratterizzata dalla stessa irreversibilità cui è connaturato lo scioglimento.

La sospensione può durare, con la proroga, fino a un massimo di 120 giorni, allo scadere dei quali il rapporto ritornerà a generare diritti e obblighi.

Nonostante la temporaneità dei suoi effetti, in caso di sospensione, come già detto per lo scioglimento, al terzo contraente dovrà essere riconosciuto un indennizzo, che in caso d'inammissibilità della domanda o di successivo accordo di ristrutturazione dei debiti dovrà essere riconosciuto integralmente.

¹⁵³ Trib. Terni, 27.12.2013, in www.ilcaso.it

6. L'autotutela del contraente *in bonis*

I principi del diritto comune, nei contratti caratterizzati da sinallagmaticità che per natura evidenziano interdipendenza tra le contrapposte obbligazioni, permettono al terzo contraente, in caso di inadempimento della controparte, di agire secondo due modalità.

La prima scelta è identificata nella possibilità di sospendere (*ex art. 1461 c.c.*), o di astenersi dall'eseguire la prestazione, finché la controparte non adempia alla propria (*ex art. 1460 c.c.*).

La seconda opzione consiste nella possibilità di agire giudizialmente chiedendo l'adempimento coattivo o la risoluzione contrattuale, oltre al riconoscimento del risarcimento del danno (*ex art. 1453 c.c.*).

Qualora il soggetto inadempiente richieda quindi l'esecuzione della prestazione altrui, la controparte può difendersi sospendendone l'esecuzione, ai sensi dell'art. 1461 c.c., nel momento in cui le condizioni patrimoniali dell'inadempiente subiscano un mutamento e divengano “*tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione*”.

L'art. 1460 c.c. prevede la possibilità di astenersi dall'eseguire la propria prestazione, purché: l'astensione non contravvenga al principio di buona fede,¹⁵⁴ l'inadempimento non possa essere considerato “lieve” e l'obbligazione dell'altro contraente non sia stata oggetto di una dilazione temporale.

L'eccezione di inadempimento, *ex art. 1461 c.c.*, al pari della sospensione, rappresenta una forma di tutela immediata, non richiede il necessario intervento del giudice e la conseguenza del suo richiamo sarà solo quella di sospendere l'esecuzione della prestazione, consentendo di esercitare con urgenza una sorta di difesa legittima, cosicché l'obbligazione non venga meno, ma venga solo sospesa.

Nella seconda ipotesi il terzo contraente potrà agire attivamente dinanzi all'inadempimento della controparte e richiedere l'adempimento coattivo o la risoluzione.

La funzione svolta dall'azione di adempimento è volta principalmente a preservare il rapporto e consiste nel presentare un ricorso per ottenere la condanna del soggetto inadempiente a eseguire la prestazione prevista nel contratto.

Una volta ottenuta la condanna quest'ultima riconosce a parte attrice il titolo per il fare o non fare della prestazione, oltre al riconoscimento del risarcimento del danno¹⁵⁵ provocato dal

¹⁵⁴ Molte sentenze evidenziano come il principio di correttezza e buona fede deve essere oggettivo e ciascuna delle parti coinvolte nel contratto deve agire in modo tale da tutelare l'altra, a prescindere dai vincoli contrattuali o dalle disposizioni di legge, si veda sul punto Cass., Sez. I Civ., 14.10.2013, n. 23232, in A. D'ANGELO, V. ROPPO, *Annuario del Contratto 2013*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, 116.

¹⁵⁵ Il danno conseguente all'inadempimento, o dal ritardato adempimento, è disciplinato dai principi previsti per la responsabilità contrattuale (art. 1223 c.c. e seguenti), sarà quindi determinato considerando due componenti il danno emergente e il lucro cessante, di cui meglio si dirà nel proseguo.

ritardato adempimento. Parte attrice dovrà dal canto suo eseguire la propria prestazione, se non già resa, e avrà l'obbligo di ricevere le prestazioni del terzo contraente.

Per esercitare l'azione di adempimento occorre che vi sia un contratto a prestazioni corrispettive, che vi sia ritardo nell'adempimento e che siano rimaste immutate le condizioni di adempimento per la controparte, ossia che l'inadempimento sia ad essa imputabile e non si tratti di impossibilità sopravvenuta.¹⁵⁶

Dopo aver richiesto l'adempimento, la parte può altresì richiedere la risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c., poiché la richiesta può essere modificata anche dopo l'avvio della causa, ma non è ammesso il contrario, in quanto al comma 3°, è stabilito che dalla data di presentazione della domanda di risoluzione la parte inadempiente non può più eseguire la propria prestazione.¹⁵⁷

Qualora la prestazione, anche se ritardata, non fosse più possibile, o la controparte non avesse più interesse a riceverla, l'unica soluzione percorribile è identificata nella risoluzione contrattuale, che comporta quindi la cessazione del rapporto pendente.

La risoluzione può essere invocata anche quando la controparte non ha tenuto un comportamento consono al rispetto di una clausola fondamentale del contratto.

La risoluzione andrà chiesta con domanda giudiziale, tuttavia non sempre quest'ultima è necessaria, poiché potrà essere richiesta anche in via stragiudiziale.¹⁵⁸

Pur essendo prevista nel concordato preventivo la regola generale che prevede la prosecuzione dei rapporti pendenti, al debitore in concordato viene data la possibilità, ai sensi dell'art. 169-bis l.fall., di poter sospendere o sciogliere i contratti pendenti divenuti oramai superflui, o persino di ostacolo, alla ristrutturazione aziendale, e dall'altra parte nessuna norma vieta al contraente *in bonis* di potersi avvalere degli strumenti civilistici di autotutela.

¹⁵⁶ Diversamente in caso di impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al soggetto inadempiente è prevista l'estinzione dell'obbligo, ma ciò avviene solamente quando l'impossibilità non sia collegata ad alcuna colpa del debitore. L'estinzione così ottenuta non provoca alcuna responsabilità in capo al debitore, salvo l'obbligo di restituire il controvalore della cosa perita, o smarrita, ai sensi dell'art. 1221 c.c., quando l'impossibilità sia sopravvenuta dopo la mora.

¹⁵⁷ Si dovrà poi considerare che la parte inadempiente potrà sollevare anch'essa l'eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c., qualora gli inadempimenti siano stati reciproci. Sul punto si è espressa la Cassazione indicando come necessaria l'attuazione di una "*valutazione unitaria e comparativa*" di tutti gli inadempimenti "*tenendo conto soprattutto dei rapporti di causalità e proporzionalità esistenti tra le prestazioni inadempite, della loro incidenza sulla funzione economico - sociale del contratto, e quindi, degli interessi che le parti perseguono nella stipula*", in Cass., Sez. I Civ., 22.1.2009, n. 1618, in www.diritto24.ilsole24ore.com

¹⁵⁸ Difatti "*il principio valer anche in relazione alle altre modalità risolutive del contratto: per la diffida ad adempiere e per la dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa, purché esse risultino da atti aventi data certa anteriore al fallimento (e, per la prima, acquisito il diritto solo se il termine fissato nell'intimazione scaduto prima della sentenza di fallimento)*". Cfr. A. PATTI, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*. Giuffrè, Milano, 2014, 113,

Nel concordato preventivo, infatti, fatto salvo l'art. 168 l.fall., che vieta l'inizio o la prosecuzione di azioni esecutive e cautelari, da parte dei creditori, non vi è alcun divieto che escluda l'azione di risoluzione, o il richiamo dell'eccezione di inadempimento.

In particolare, per la risoluzione, non vi è alcun esplicito rimando al dettato previsto dall'art. 72 l.fall., che, al comma 5°, ammette l'azione di risoluzione solo se invocata prima della declaratoria fallimentare.

6.1. L'autotutela nel concordato preventivo del contraente *in bonis*

Successivamente alla stipula del contratto, nel caso in cui una delle parti venga ammessa alla procedura di concordato preventivo, il terzo contraente *in bonis*, dinanzi all'altrui inadempimento, non è obbligato ad attendere che l'imprenditore in concordato decida di continuare ovvero di sospendere o sciogliere il rapporto *ex art. 169-bis l.fall.*, bensì potrà individuare la forma di autotutela più consona tra quelle previste dal codice civile.

L'unica eccezione, all'utilizzo degli strumenti di autotutela, è prevista nel concordato in continuità, ove per espressa previsione normativa è definita l'inefficacia delle clausole risolutive contenute nel contratto.

Si individuano, nei paragrafi che seguono, tra i principi di diritto comune le quattro soluzioni alternative tra loro: l'azione di adempimento; l'eccezione di inadempimento; la sospensione e la risoluzione, delle quali solamente le prime tre sono accomunate dall'interesse di conservare il contratto.

6.1.1 L'adempimento coattivo e l'eccezione di inadempimento

Nel corso della procedura di concordato il contraente *in bonis*, nel caso in cui il contratto prosegua e quindi la controparte ammessa alla procedura non richieda lo scioglimento, *ex art. 169-bis l.fall.*, potrà, con l'azione di adempimento, pretendere l'esecuzione da parte del soggetto inadempiente, *ex art. 1453 c.c.*, anche per le prestazioni non adempiute anteriormente all'ammissione della società alla procedura, qualora l'inadempimento non sia individuabile nel mancato pagamento del corrispettivo pattuito.

Questa forma di tutela può essere esercitata anche quando l'imprenditore, ammesso alla procedura di concordato preventivo, si sciogla unilateralmente dal contratto, senza aver

ottenuto le doverose autorizzazioni e rispettato l'*iter* previsto dall'art. 169-bis l.fall.¹⁵⁹

L'alternativa, all'azione di adempimento, attuabile nell'immediato dalla parte adempiente riguarda l'eccezione di inadempimento che *“si fonda sul presupposto della corrispettività tra le prestazioni ed esige le condizioni dell'inadempimento (o della mancata offerta di prestazione) della controparte, della contemporaneità delle prestazioni e della buona fede dell'eccipiente, potendo essere opposta a fronte di un comportamento attuale della controparte medesima, che già comprometta la regolare attuazione del rapporto obbligatorio”*.¹⁶⁰

L'eccezione di inadempimento richiede quindi la mancata esecuzione delle obbligazioni della controparte, il rispetto del principio di buona fede da parte dell'eccipiente e inoltre non richiede l'imputabilità dell'inadempimento.¹⁶¹

Quando l'inadempimento, del soggetto ammesso alla procedura di concordato preventivo, è individuato esclusivamente nel mancato pagamento delle prestazioni anteriormente eseguite dal contraente *in bonis*, alla data di pubblicazione del ricorso, ex art. 161 l.fall., vi sono dei limiti all'esercizio dell'eccezione, ex art. 1460 c.c.

In quest'ultimo caso potrà essere sollevata per i soli contratti pendenti ad esecuzione istantanea¹⁶² e non anche per i contratti di durata, poiché in questi ultimi le prestazioni sono caratterizzate da scindibilità e quindi permettono la corretta individuazione tra prestazioni svolte prima e dopo la pubblicazione del ricorso ex art. 161 l.fall. nel Registro delle Imprese.¹⁶³

È quindi nel solo caso dei contratti ad esecuzione istantanea che è permesso sollevare l'eccezione di inadempimento, per il mancato pagamento delle prestazioni rese anteriormente la pubblicazione del ricorso ex art. 161 l.fall., da parte del contraente *in bonis*, mentre per i contratti di durata questa sarebbe sollevata illegittimamente, poiché in contrasto non solo col principio di buona fede, ma anche col principio di concorsualità.

Dal canto suo il contraente *in bonis* non può rifiutare, nei contratti di durata, l'esecuzione della propria prestazione invocando l'eccezione di inadempimento, poiché, essendo le

¹⁵⁹ A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, Il Fallimento n. 3 (2013), 13.5.2013, 266, in www.ipsoa.it

¹⁶⁰ A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, Il Fallimento n. 3 (2013), 13.5.2013, 266, in www.ipsoa.it

¹⁶¹ L'inadempimento di un'obbligazione, che avviene quando la prestazione non venga eseguita secondo le tempistiche, il luogo o le modalità pattuite nel contratto, può dipendere da cause imputabili alla parte obbligata o da fattori non imputabili ad essa, in quest'ultimo caso si parlerà di non imputabilità dell'inadempimento.

¹⁶² A tali contratti non potendosi applicare il principio della scindibilità delle prestazioni essendo l'adempimento considerato unico, poiché vi è unicità tra sinallagma genetico e funzionale, le prestazioni non possono essere tra loro separate, conseguentemente le prestazioni eseguite anteriormente alla data di pubblicazione del ricorso ex art. 161 l.fall. dovranno essere pagate integralmente e secondo le scadenze pattuite nel contratto, poiché a esse non si potrà applicare il divieto imposto dall'art. 168 l.fall.

¹⁶³ Per la distinzione tra contratti di durata e contratti ad esecuzione istantanea si rimanda al cap. 2.3.

prestazioni considerate scindibili e quindi facilmente individuabili, per gli inadempimenti del debitore anteriori alla data di pubblicazione del ricorso *ex art. 161 l.fall.* e riguardanti il mancato pagamento da parte del soggetto in concordato l'eccezione, se sollevata, è considerata illegittima.

L'eccezione, così invocata, violerebbe il principio di concorsualità, oltre che il principio di buona fede, poiché il contraente *in bonis* pretenderebbe l'adempimento da parte del soggetto in concordato, e quindi il pagamento di prestazioni palesemente identificabili con prestazioni eseguite anteriormente e quindi da soddisfare in moneta concordataria.¹⁶⁴

L'inadempimento commesso dal soggetto in concordato e riguardante le obbligazioni anteriori, dovrà dunque essere disciplinato dalle regole del concorso nel rispetto della *par condicio creditorum* e le prestazioni, già eseguite dal contraente *in bonis*, dovranno essere soddisfatte in moneta concordataria.

Il differente trattamento previsto, tra contratti di durata e ad esecuzione istantanea, è altresì giustificata dall'assenza nel concordato preventivo di alcun riferimento alla disciplina prevista per il fallimento e prevista dall'art. 74 l.fall.,¹⁶⁵ che stabilisce, in caso di subentro del Curatore in un contratto di durata, l'integrale pagamento “*delle consegne già avvenute o dei servizi già erogati*” e che dunque trova applicazione solo in caso di fallimento dichiarato per la parte tenuta a pagare il corrispettivo del servizio ricevuto.¹⁶⁶

Il contraente *in bonis* che, richiamando l'art. 1460 c.c., neghi l'esecuzione della propria prestazione, in contrasto con i principi di cui sopra, potrà a sua volta subire l'azione del debitore in concordato, che potrà agire scegliendo di richiedere al contraente *in bonis* l'adempimento coattivo dell'obbligazione o la risoluzione del rapporto ai sensi dell'art. 1453 c.c.

¹⁶⁴ A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, Il Fallimento n. 3 (2013), 13.5.2013, 266, in www.ipsoa.it; dello stesso avviso M. ARATO, *Il Concordato preventivo con riserva*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, 125.

¹⁶⁵ Sia prima che dopo la Riforma, la disciplina dei rapporti pendenti dettata per il fallimento, non è stata oggetto di richiamo nel concordato preventivo. Vi è chi sostiene che il mancato richiamo sia giustificato dalle differenti finalità perseguite dalle due procedure. Nel concordato preventivo infatti la finalità perseguita è “*volta alla maggiore valorizzazione dell'esercizio dell'impresa, rispetto a quella essenzialmente liquidatoria della procedura fallimentare*”, conseguentemente appare più corretta la previsione della regola generale che prevede la prosecuzione dei contratti pendenti, ritenuti fondamentali per sostenere la continuità aziendale. Cfr. G.B. NARDECCHIA, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*. Il fallimento e le altre procedure concorsuali. Monografie, Ipsoa, Milano Fiori Assago, 2011, 137.

¹⁶⁶ M. FERRO, *La legge fallimentare commentario teorico e pratico*, ed. 3a, Cedam, Padova, 2014, 1020.

6.1.2 La sospensione

La scelta di esercitare la sospensione della propria prestazione, *ex art. 1461 c.c.*, costituisce una risposta del contraente *in bonis* al peggioramento delle condizioni patrimoniali della controparte in concordato, che divengono tali, come recita il dettato normativo da “*porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione*”.

Il peggioramento della situazione patrimoniale della controparte rappresenta sostanzialmente un “pericolo” per l’esecuzione della prestazione, poiché può contribuire ad ostacolarne la realizzazione.

Anche in questo caso, come per l’eccezione di inadempimento, è doveroso distinguere per quali prestazioni il contraente *in bonis* può esercitare il diritto alla sospensione nel corso della procedura.

Se la prestazione del contraente in concordato riguarda esclusivamente il pagamento del corrispettivo dovuto al contraente *in bonis* per la prestazione eseguita, la sospensione è attuabile per le sole prestazioni maturate in prededuzione e quindi dopo l’ammissione della società alla procedura di concordato preventivo, ovvero per le sole prestazioni eseguite in attuazione di contratti ad esecuzione istantanea, poiché per questi ultimi, come ricordato in precedenza,¹⁶⁷ non vige il criterio della scindibilità delle prestazioni, che permette di distinguere quelle eseguite anteriormente alla pubblicazione del ricorso *ex art. 161 l.fall.* rispetto a quelle eseguite dopo.¹⁶⁸

La sospensione potrà essere legittimamente attuata dal contraente *in bonis* “*sino a quando il diritto alla prededuzione non si trasformi in concreto in un pagamento o nella certezza dell’adempimento*”,¹⁶⁹ quindi finché permangono le condizioni che hanno reso possibile il suo richiamo; una volta che queste vengono meno, prolungare il periodo di sospensione potrebbe divenire motivo di contrasto al principio di buona fede.

Il debitore, in concordato preventivo, o depositario del ricorso *ex art. 161 l.fall.*, per opporsi alla sospensione legittimamente esercitata dal contraente *in bonis*, qualora ritenga necessario mantenere in essere il rapporto contrattuale, ai fini del piano, potrà fornire adeguate garanzie a supporto della propria prestazione ovvero eseguirla anticipatamente rispetto alle tempistiche contrattualmente previste.

¹⁶⁷ Cfr. par. 6.1.1.

¹⁶⁸ M. FERRO, *La legge fallimentare commentario teorico e pratico*, ed. 3a, Cedam, Padova, 2014, 2282-2283.

¹⁶⁹ M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, volume II, Concordato Preventivo. Zanichelli Editore, Bologna, 2014, 510.

6.1.3 La risoluzione contrattuale

La risoluzione di un contratto può essere richiesta agendo in via stragiudiziale, ovvero attraverso la presentazione di una domanda giudiziale, con la conseguenza che, una volta esercitata, la controparte non potrà più porre rimedio all'inadempimento attraverso un'esecuzione tardiva.

La risoluzione *ipso iure* può essere esercitata, senza l'emissione di un provvedimento giudiziario volto ad accertare l'esistenza dell'inadempimento e della sua importanza, attraverso la scelta di tre opzioni: con l'invio della diffida ad adempiere, avvalendosi della clausola risolutiva espressa o semplicemente allo scadere del termine essenziale.

Nel primo caso alla parte inadempiente verrà intimata, per iscritto, l'esecuzione della prestazione dovuta entro un termine che non potrà essere inferiore ai 15 giorni con l'avvertenza che una volta trascorso il termine concesso, senza che sia stata eseguita la prestazione, il contratto si intenderà risolto, ai sensi dell'art. 1454 c.c. Alla parte inadempiente spetta il diritto di potersi rivolgere al Giudice per far accertare l'eventuale assenza del requisito della gravità dell'inadempimento.

La clausola risolutiva espressa per essere invocata deve essere presente nel contratto e attraverso di essa le parti si accordano sulla risoluzione in caso di inadempimento di una di esse.

La parte, che intende risolvere il contratto, dovrà dichiararlo all'altra, ai sensi dell'art. 1456 c.c.

La previsione della clausola consente di evitare l'accertamento della gravità dell'inadempimento avendo, con il suo inserimento nel contratto, entrambi i contraenti già eseguito tale valutazione.

La terza opzione, introdotta dall'art. 1457 c.c., prevede che allo scadere del termine convenuto il contratto si intenderà risolto.¹⁷⁰

La risoluzione contrattuale per essere invocata richiede necessariamente che l'inadempimento sia caratterizzato da gravità, a tal proposito vi sono vari indici che debbono essere utilizzati per capire quando l'inadempimento si possa configurare come tale.

Oltre all'elemento soggettivo, rappresentato dall'interesse all'ottenimento della prestazione, si dovrà considerare l'elemento oggettivo raffigurato dall'interesse economico del contratto e si dovrà altresì individuare con certezza che la colpa sia imputabile alla parte inadempiente.

¹⁷⁰ R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Utet Giuridica, Torino, 2016, 1631 e ss.

L'art. 1455 c.c. prevede che la risoluzione possa essere esercitata quando l'inadempimento abbia assunto un ruolo primario rispetto all'interesse che il terzo contraente nutre nel vedere eseguita la prestazione pattuita. Si dovrà dunque, nel valutare la "gravità", la sua esistenza "nel momento della decisione non, in quello della domanda)" e date più inadempienze della stessa parte, la loro importanza è l'importanza di esse prese nella loro totalità". Sulla valutazione della gravità dell'inadempimento si dovrà altresì valutare *"l'inadempimento dell'attore, e la negligenza dell'attore che avrebbe potuto conoscere, prevedere ed evitare il fatto dannoso."*¹⁷¹

La risoluzione contrattuale prevede altresì che il contraente *in bonis* possa richiedere il risarcimento del danno,¹⁷² causato dal comportamento tenuto da parte inadempiente, che andrà commisurato al pari del danno da compimento di illecito e dovrà inoltre essere tenuto distinto dall'eventuale danno originato dal ritardo con cui l'indennizzo verrà corrisposto.¹⁷³

Una volta richiesta la risoluzione del contratto non si potrà più modificare richiedendone l'adempimento coattivo, poiché è preclusa l'esecuzione tardiva dell'obbligazione, secondo quanto previsto dall'art. 1453 c.c.

La risoluzione dispiega i suoi effetti retroattivamente nei confronti delle parti ad eccezione dei contratti di durata per i quali la retroattività non viene applicata alle prestazioni già eseguite.¹⁷⁴

Il suo richiamo spesso è volto a ottenere la restituzione del bene in possesso della controparte inadempiente, poiché come spesso accade la soddisfazione individuata nel piano per i creditori chirografari prevede una percentuale di esigua entità e con tempi di attuazione, del medesimo piano, spesso molto lunghi.

Per l'esercizio della risoluzione, quando la controparte è ammessa alla procedura di concordato preventivo o abbia depositato ricorso, ex art. 161, 6° comma, l.fall., è necessario

¹⁷¹ R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Utet Giuridica, Torino, 2016, 1606 e ss

¹⁷² Il soggetto inadempiente dovrà pagare alla controparte una somma di denaro parametrata ai danni causati dall'inadempimento o dalla ritardata esecuzione. Il danno è composto da due elementi: il danno emergente, rappresentato dalla perdita arrecata alla controparte ed il lucro cessante, rappresentato dal mancato guadagno *"in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta (nesso di causalità fra inadempimento e danno"*. Vi deve quindi essere, come ricorda la Cassazione, un rapporto di causalità tra danno e inadempimento, in quanto non può essere risarcito ogni danno, ma solo quello direttamente e immediatamente causato dall'inadempimento ex art. 1223 c.c. Cfr. Cass., Sez. III Civ., 3.12.2015, n. 24632, in www.itagliure.giustizia.it

¹⁷³ Insieme al principio del risarcimento del danno vi è altresì il principio, previsto dal medesimo art. 1218 c.c., secondo il quale il soggetto inadempiente ha la possibilità di provare che l'inadempimento è stato causato da impossibilità sopravvenuta e quindi da causa a lui non imputabile. È sul soggetto inadempiente che grava la prova, non solo dell'impossibilità oggettiva, che ha impedito l'esecuzione della prestazione, ma anche che l'impossibilità sopravvenuta non sia da lui dipesa. Si può parlare di impossibilità quando: *"non sia imputabile al debitore, ... sia anteriore all'inadempimento, e sempreché l'impossibilità sia definitiva (art. 1258)"* R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Utet Giuridica, Torino, 2016, 1672.

¹⁷⁴ Trib. Ravenna, 28.1.2014, in www.ilcaso.it

distinguere se l'inadempimento sia avvenuto prima o dopo la data di pubblicazione del ricorso *ex art. 161 l.fall.* nel Registro delle Imprese.

Anche per la risoluzione, come già fatto in precedenza per gli altri strumenti di autotutela, si dovrà tener presente il momento temporale in cui si configura l'inadempimento da parte del soggetto ammesso alla procedura di concordato preventivo, o depositario del ricorso *ex art. 161, 6° comma, l.fall.*, conseguentemente si dovrà tener presente quanto già detto per i contratti di durata e per quelli ad esecuzione istantanea,¹⁷⁵ con riferimento agli inadempimenti commessi prima della pubblicazione del ricorso, *ex art. 161 l.fall.*

6.1.3.1. La risoluzione invocata prima della pubblicazione del ricorso

Non essendovi un esplicito richiamo al comma 5° dell'art. 72 l.fall., e quindi alla disciplina prevista per il fallimento in tema di rapporti pendenti, l'azione di risoluzione, nel concordato preventivo, sembra sempre attuabile.

Nella realtà, ciò che è pacificamente sempre attuabile è la risoluzione dei contratti, per gli inadempimenti pregressi, richiesta prima del deposito della domanda di concordato e lo stesso si dica per la risoluzione richiesta dopo la domanda di concordato, ma per gli inadempimenti verificati dopo il deposito del ricorso, *ex art. 161 l.fall.*, poiché non è rinvenibile, in entrambi i casi, alcuna violazione al principio di concorsualità.

In questo scenario la richiesta di risarcimento del danno e le pretese restitutorie non potranno essere definite all'interno del concorso a seguito della *“formazione del titolo (extracontrattuale, in quanto indebito oggettivo) ..., con possibilità di compensazione, ricorrendone i presupposti, delle reciproche partite e pari regolazione extraconcorsuale dell'eventuale differenza”*.¹⁷⁶

Allo stesso modo anche il debitore, in concordato preventivo, potrà sempre richiedere la risoluzione del contratto nei confronti del contraente *in bonis* inadempiente, oltre alla richiesta di risarcimento dei danni, senza che si renda necessario richiedere l'autorizzazione prevista dall'art. 167 l.fall., difatti, l'esercizio della risoluzione è configurabile quale compimento di atto di ordinaria amministrazione.

Non appaiono quindi limiti all'esercizio dell'azione di risoluzione, di un contratto pendente, invocata dal terzo contraente prima che la controparte acceda alla procedura di concordato preventivo.

¹⁷⁵ Cfr. par. 2.3 e 6.1.1.

¹⁷⁶ A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, Il Fallimento n. 3, 2013, 267, in www.ipsoa.it.

I dubbi interpretativi sorgono nel momento in cui la richiesta di risoluzione di un contratto viene invocata dopo la pubblicazione del ricorso *ex art. 161 l.fall.* e l'inadempimento riguarda strettamente un'obbligazione pecuniaria da eseguirsi prima dalla pubblicazione della domanda di concordato.

6.1.3.2. La risoluzione invocata dopo la pubblicazione del ricorso

Come visto al paragrafo che precede, la risoluzione richiesta prima che il ricorso *ex art. 161 l.fall.* venga pubblicato nel Registro delle Imprese, per inadempimenti pregressi è sempre ammessa.

Secondo alcuni appare sempre praticabile la risoluzione dei contratti pendenti, invocata dopo la pubblicazione del ricorso, purché la trascrizione, *ex art. 45 l.fall.*, venga effettuata prima dell'apertura della procedura.¹⁷⁷

Occorre però, prima di addentrarci nell'esame delle tesi che sostengono, o negano, l'esercizio dell'azione di risoluzione avviata dopo la pubblicazione del ricorso, *ex art. 161 l.fall.*, ricordare che i dubbi sorgono solo nel momento in cui ad essere scaduta e non eseguita, sia la sola obbligazione pecuniaria, giacché la risoluzione per l'inadempimento di obbligazioni non pecuniarie (es. consegna della merce) non è ostacolata da alcuna norma e non si rileva alcun impedimento al suo esercizio.

Ricordiamo, inoltre, che il soggetto inadempiente, anche se ammesso alla procedura di concordato preventivo, conserva l'amministrazione dei suoi beni, ai sensi dell'art. 167 l.fall. e l'adempimento di un obbligo contrattuale rientra nel compimento di atto di ordinaria amministrazione, per il quale non è necessaria la richiesta di nessuna autorizzazione.

Una prima sommaria analisi permetterebbe di non escludere la risoluzione, esercitata post pubblicazione del ricorso, *ex art. 161 l.fall.*, per le obbligazioni pecuniarie inadempite ante, giacché nella procedura di concordato preventivo non vi sono norme che la vietano a differenza di quanto invece accade nel fallimento, laddove l'art. 72 l.fall., stabilisce la validità delle richieste esercitate prima della declaratoria fallimentare e l'impossibilità che queste ultime vengano esercitate dopo la dichiarazione.

¹⁷⁷ Cfr. A. BRIGUGLIO, *“Domanda di ammissione al concordato preventivo e reazione all'inadempimento contrattuale del richiedente”*, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 3-4, Cedam, Padova, 2014, pp. 345-351; F. LAMANNA, *“La nozione di contratti pendenti nel concordato preventivo”*, 2013, in www.ilfallimentarista.it, secondo cui la risoluzione proposta “anche dopo il deposito del ricorso per concordato non può considerarsi preclusa, salvo che nel caso in cui la domanda stessa sia soggetta a trascrizione (poiché, essendo prevista l'applicabilità anche al concordato dell'art. 45 l.f., a sua volta richiamato dall'art. 168, occorre, ai fini della relativa opponibilità, che tale formalità sia stata eseguita prima dell'inizio della procedura concordataria)”.

Nella procedura fallimentare è esclusa la possibilità di esercitare la risoluzione per inadempimenti pregressi.

Dopo la dichiarazione di fallimento risulta attuabile una sola soluzione, vengono infatti sospese le obbligazioni contrattuali finché la curatela non ne richieda il subentro, ovvero lo scioglimento, quest'ultimo desumibile, peraltro, anche da fatti concludenti.¹⁷⁸

La motivazione fornita da coloro che sostengono favorevolmente l'esercizio della risoluzione è individuata nella possibilità fornita dal Legislatore al soggetto inadempiente e in concordato preventivo, di poter evitare l'esercizio della risoluzione da parte del contraente *in bonis*, depositando apposito ricorso per ottenere il rilascio dell'autorizzazione, da parte del Tribunale, al pagamento di debiti pregressi, *ex art 182-quinquies l.fall.*, anche prima di aver depositato la documentazione richiesta dai commi 2° e 3° dell'art. 161 l.fall.

Tra chi, invece, nega la possibilità di invocare la risoluzione dopo la pubblicazione del ricorso, *ex art. 161 l.fall.*, nel Registro delle Imprese per inadempimenti verificati antecedentemente, vi è chi riconosce la sola facoltà, per il contraente *in bonis*, di richiedere la risoluzione per gli inadempimenti riguardanti i soli canoni pregressi maturati in attuazione di contratti ad esecuzione istantanea e non anche per quelli ad esecuzione periodica.

Nei contratti ad esecuzione istantanea, le prestazioni, essendo considerate unitarie, sono dunque inscindibili e su di esse prevale il vincolo di sinallagmaticità,¹⁷⁹ mentre le prestazioni eseguite in attuazione di contratti di durata, poiché ritenute facilmente individuabili e dunque frazionabili (es. canoni di locazione), tra quelle eseguite ante e quelle eseguite post la pubblicazione del ricorso, *ex art. 161 l.fall.*, sono soggette a falcidia concordataria e la loro

¹⁷⁸ La Cassazione ha infatti stabilito che la scelta del Curatore, di subentrare o sciogliersi da un contratto pendente può avvenire anche tacitamente o "*per fatti concludenti*", cfr. Cass., Sez. III Civ., 15.1.2013, n. 787, in www.unijuris.it.

¹⁷⁹ Per distinguere le categorie di contratti è necessario individuare quale sia la loro funzione, i contratti ad esecuzione istantanea dove la prestazione è unica, il tempo di svolgimento assume un ruolo secondario, mentre rilevante è il raggiungimento dell'obiettivo: nei contratti a esecuzione periodica il tempo assume ruolo primario, la prestazione si considera "*estinta non già dall'adempimento, ma dal decorso del tempo (che assolve nell'unità periodica alla soddisfazione di bisogni in essa ripetuti), unico essendo il sinallagma genetico ma plurimi i sinallagma funzionali, per l'instaurazione di un rapporto di corrispondenza tra singoli periodi di esecuzione della prestazione continuativa e singole rate di corrispettivo*". Le conseguenze che derivano e che sono collegate alla scindibilità delle obbligazioni "*per il nesso tra loro di equilibrata corrispettività sinallagmatica, c.d. 'a coppie' nei contratti di durata, con la coerente applicazione del divieto posto dall'art. 168 della l. fall. alle prestazioni anteriori ineseguite, soggette alla falcidia concordataria, nel rispetto del principio di concorsualità (con esso riconciliato, sotto tale profilo, il regime dei rapporti pendenti); scindibilità invece non praticabile nei contratti ad esecuzione istantanea, nei quali, come detto, l'adempimento è unico, con unicità del sinallagma (oltre che genetico, anche) funzionale, sicché le prestazioni non sono tra loro separabili, se non spezzando artificialmente le fasi esecutive di una medesima prestazione, con mutilazione di un rapporto unitario: sicché per essi non vige il divieto dell'art. 168 ed il pagamento delle prestazioni anteriori deve avvenire regolarmente, senza necessità di autorizzazione ai sensi dell'art. 167 della l. fall., per la natura ordinaria del pagamento di un debito pregresso*", A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, Il Fallimento n. 3 (2013), 13.5.2013, 266, in www.ipsoa.it.

soddisfazione è disciplinata dalle previsioni del piano, prevalendo per queste ultime il principio di concorsualità.

Coloro i quali invece negano, in termini assoluti, l'esercizio della risoluzione,¹⁸⁰ per gli inadempimenti pregressi, ritengono che, successivamente all'apertura della procedura, solamente il debitore è legittimato a decidere se continuare il rapporto pendente, ovvero richiedere l'applicazione dell'art. 169-*bis* l.fall.

Essi motivano il proprio diniego invocando il vincolo di concorsualità, che vieta il pagamento dei debiti sorti antecedentemente la pubblicazione del ricorso *ex art.* 161 l.fall. e che identifica in un eventuale pagamento una violazione della *par condicio creditorum*, poiché soddisfazione di debito anteriore.¹⁸¹

Conseguentemente, i negazionisti collegano tale vincolo all'impossibilità che il pagamento non eseguito delle obbligazioni, non potendo essere effettuato una volta pubblicato il ricorso, *ex art.* 161 l.fall., si possa considerare inadempimento, *ex art.* 1456 c.c. così neppure inadempimento grave, *ex art.* 1453 e 1455 c.c.¹⁸²

A sostegno il Tribunale di Modena,¹⁸³ e al contrario di quanto evidenziato dai "possibilisti", identifica quale funzione principale svolta dall'art. 182-*quinquies* l.fall., quella di aiutare il debitore in concordato a preservare l'avviamento aziendale. La tutela del patrimonio viene praticata attraverso la richiesta, avanzata al Tribunale, di autorizzare il pagamento di debiti pregressi, così assicurando la continuazione di rapporti ritenuti "strategici", che hanno ad oggetto la fornitura di beni, o la prestazioni di servizi, ritenuti fondamentali per la continuità aziendale.

Nel concordato in continuità, s'inserisce il comma 3° all'art. 186-*bis* l.fall., prevedendo espressamente l'esclusione della risoluzione a seguito dell'apertura della procedura e sancendo l'inefficacia di eventuali clausole contrattuali volte al raggirio di tale divieto.

In conclusione si ritiene di non poter sostenere l'eventualità in cui la risoluzione venga invocata successivamente all'accesso della controparte ad una procedura concorsuale, anche

¹⁸⁰ Si veda ad esempio: Trib. Modena, 6.8.2015, in www.ilcaso.it, e dello stesso avviso Trib. di Massa, 1.2.2016, in www.ilcaso.it

¹⁸¹ Sul punto la Suprema Corte, con sentenza n. 26036 del 29.11.2015, ha rilevato come "*il pagamento di un debito preconcordatario sarebbe in sé legittimo, in quanto sicuramente atto di ordinaria amministrazione, sempreché, in casi particolari, non integri l'ipotesi di un atto "comunque diretto a frodare le ragioni dei creditori", ciò che lo renderebbe non già nullo ai sensi della L. fall., art. 168, comma 1, ma solo sanzionabile con la dichiarazione di fallimento ai sensi dell'art. 173, comma 2, e, subito dopo, revocabile in forza dell'art. 67, comma 2 della stessa legge, nel concorso delle condizioni prescritte dalla legge*", in A. BRIGUGLIO, "Domanda di ammissione al concordato preventivo e reazione all'inadempimento contrattuale del richiedente", Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 3-4, Cedam, Padova, 2014, 348.

¹⁸² Secondo A. BRIGUGLIO, il divieto all'azione di risoluzione, così come l'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c.c., "*si tradurrebbe, processualmente, non in ragione di inammissibilità, bensì in ragione di infondatezza nel merito della domanda risolutoria*". Cfr. A. BRIGUGLIO, "Domanda di ammissione al concordato preventivo e reazione all'inadempimento contrattuale del richiedente", 2014, 3, in www.judicium.it

¹⁸³ Trib. Modena, 6.8.2015, in www.ilcaso.it.

per inadempimenti pregressi, poiché la risoluzione postuma potrebbe nascondere la volontà del contraente *in bonis* di volersi liberare di una controparte divenuta “scomoda” per effetto dell’ammissione alla procedura concordataria.

La risoluzione invocata dal contraente *in bonis*, che identifica il debitore in concordato quale soggetto incapace di ottemperare alle proprie obbligazioni e privo di qualsiasi garanzia per l’adempimento degli obblighi contrattualmente assunti, potrebbe divenire di ostacolo alla realizzazione del piano. È questo il caso in cui l’imprenditore in concordato nel piano preveda la continuazione dei rapporti pendenti, poiché la loro continuazione è ritenuta fondamentale per preservare la continuità aziendale, oltre che a ottenere la miglior soddisfazione per la massa dei creditori.

6.1.4 Il confronto tra l’art. 72 l.fall. e l’art. 1458 c.c.

In questo paragrafo si vuole esaminare un aspetto particolare della risoluzione, ossia quando l’intento primario perseguito dal contraente *in bonis*, con la sua invocazione, sia di richiedere in restituzione il bene oggetto del contratto.

Gli strumenti di autotutela, in precedenza esaminati, quali la sospensione, *ex art. 1461 c.c.* e l’eccezione di inadempimento, *ex art. 1460 c.c.*, non prevedono la possibilità di presentare una domanda restitutoria, pertanto non presentano particolari problematiche ad eccezione di quelle sopra esaminate.

In un concordato dove la percentuale di soddisfazione proposta ai creditori chirografari risulti irrisoria, diviene infatti di primaria importanza, per il contraente *in bonis*, riuscire a recuperare il bene ceduto alla controparte inadempiente.

6.1.4.1. Risoluzione del contratto nella procedura fallimentare

Ancora prima della Riforma del 2006, più volte la Cassazione si era espressa affermando che l’esercizio della risoluzione di un contratto doveva essere avviato prima della declaratoria fallimentare,¹⁸⁴ poiché la sentenza di fallimento comporta non solo lo spossessamento dell’imprenditore, che viene privato dell’amministrazione e della disponibilità dei suoi beni, ma altresì comporta il congelamento delle poste passive e dei diritti maturati dai terzi.

L’eventuale richiesta risolutoria avviata, dopo il fallimento, da parte del terzo contraente, viola il principio della *par condicio creditorum* e ancor più l’eventuale restituzione del bene,

¹⁸⁴ Cfr. Cass. 9.12.1982 n. 6713, Cass. 21.2.1994 n. 1648, Cass. 9.12.1998 n. 12396, Cass., 13.3.2001, n. 4365, Cass., 3.2.2006, n. 2439

già acquisito all'attivo fallimentare a seguito della redazione dell'inventario. La richiesta di risoluzione avviata prima del fallimento permette invece al richiedente di ottenere il riconoscimento di una sorta di "prenotazione" da far valere in sede di ammissione al passivo oltre che di rivendica.

Per la risoluzione giudiziale è quindi necessario che la domanda sia già stata proposta con ricorso prima del fallimento, mentre in caso di risoluzione di diritto è sufficiente che i requisiti siano maturati prima della declaratoria.

La Riforma ha poi previsto, espressamente, all'art. 72, 5° comma, l.fall. quali sono i criteri da rispettare affinché l'azione di risoluzione possa essere considerata efficace e quindi opponibile alla procedura fallimentare.

La risoluzione deve essere invocata prima del fallimento e quando a essere oggetto del contratto sono beni (mobili o immobili), soggetti a iscrizione nei pubblici registri, la trascrizione deve essere stata eseguita prima della declaratoria fallimentare.

La disciplina quindi prevista nel fallimento permette di non applicare quella prevista dall'art. 1458 c.c., che invece appare doverosa nel concordato preventivo, dato il mancato richiamo all'art. 72 l.fall. e seguenti.

6.1.4.2. Risoluzione del contratto nel concordato preventivo

Il 2° comma dell'art. 1458 c.c. definisce un concetto molto importante, infatti, sancisce che la risoluzione "*non pregiudica i diritti acquistati dai terzi*" e quindi che la richiesta di restituzione del bene potrebbe non essere accolta.

La motivazione di tale diniego è da ricercare nel primario interesse di tutelare la circolazione dei beni e dei diritti maturati e trova sostegno nella necessità che la domanda di risoluzione, per essere considerata valida, debba essere trascritta per i beni soggetti a pubblica registrazione.¹⁸⁵

Si deve a questo punto cercare di capire se l'accesso al concordato preventivo, da parte del soggetto inadempiente, costituisca elemento valido per ostacolare ogni pretesa restitutoria avanzata a seguito della risoluzione da parte adempiente.

Coloro che sostengono questa tesi¹⁸⁶ evidenziano come l'art. 169 l.fall. richiami l'applicazione della disciplina prevista dall'art. 45 l.fall., il quale stabilisce che le formalità da

¹⁸⁵ P. BORTOLUZZI, *L'azione di risoluzione del contraente in bonis nel concordato preventivo*, 2015, 9, in www.osservatorio-oci.org.

¹⁸⁶ P. BORTOLUZZI, *L'azione di risoluzione del contraente in bonis nel concordato preventivo*, 2015, 10 e ss, in www.osservatorio-oci.org.

eseguire, per rendere un atto opponibile alla procedura, debbano essere espletate prima della dichiarazione di fallimento.

Nella sua veste, l'art. 45 l.fall. tutela il diritto maturato dai creditori, divenuti tali a seguito del deposito del ricorso, ex art. 161 l.fall., di essere soddisfatti sulla base delle risorse messe a loro disposizione e impedisce a terzi, se privi di titolo, di aggredire l'attivo concordatario.

La funzione di tutela del patrimonio, necessario alla soddisfazione dei creditori, viene poi rafforzata dall'art. 168 l.fall., che vieta l'inizio o la prosecuzione di *“azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore”*, da parte dei creditori.

La stessa funzione di salvaguardia si può individuare nell'analisi dell'art. 167 l.fall., secondo il quale il debitore viene assoggettato allo spossessamento attenuato, poiché *“conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa”*, ma non può compiere atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, se non debitamente autorizzati, questo al fine di evitare che vengano compiuti atti in grado di impoverire il patrimonio.

Come ricorda la Suprema Corte¹⁸⁷ un atto di straordinaria amministrazione è tale quando può influenzare il *“patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o compromettendone comunque la capacità di soddisfare le ragioni dei creditori, alla cui tutela la misura della preventiva autorizzazione è predisposta.”*

Vi sono poi altri elementi, che evidenziano come, una volta depositato il ricorso, ex art. 161 l.fall., il patrimonio riservato ai creditori assuma una vera e propria destinazione e da essa non possa essere distolto.

Uno di questi riguarda l'impossibilità alla rinuncia della domanda di concordato preventivo dopo l'intervenuta omologa¹⁸⁸ e dall'altro l'impossibilità per il debitore di poter procedere autonomamente all'attività di liquidazione, qualora si parli di concordato preventivo per *cessio bonorum*, che viene riservata al liquidatore giudiziale in base al disposto del 1° comma dell'art. 182 l.fall.

Una volta accertati e riconosciuti i diritti maturati dai creditori, sul patrimonio del debitore, e la destinazione che acquisisce quest'ultimo, sembrerebbe inevitabile l'applicazione di quanto previsto dal 2° comma dell'art. 1458 c.c., in base al quale la richiesta di restituzione del bene nella disponibilità di parte inadempiente, a seguito di risoluzione, non può essere accolta, non

¹⁸⁷ Cass., Sez. I Civ., 20.10.2005, n. 20291, in www.ecnews.it

¹⁸⁸ Anche in passato, prima della Riforma, si riconosceva la possibilità di poter rinunciare alla domanda di concordato, ma non era certo sino a quando tale rinuncia potesse essere esercitata, *“secondo l'orientamento che tendeva a porre enfasi sul fenomeno negoziale essa doveva intervenire ... prima dell'approvazione della proposta da parte dei creditori; diversamente, quanti ponevano l'accento sui tratti pubblicistici (e procedurali) dell'istituto facevano coincidere la scadenza con l'emanazione del provvedimento di omologazione”*. Dopo la Riforma la dottrina ha identificato nel giudizio di omologa il limite invalicabile entro il quale esercitare la rinuncia. Cfr. S. AMBROSINI, M. AIELLO, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, Crisi di Impresa e fallimento, 2014, 6, in www.ilcaso.it.

solo per le richieste avanzate dopo la pubblicazione del ricorso, *ex art. 161 l.fall.*, ma anche per quelle già pendenti.

Se la risoluzione esercitata, dopo la pubblicazione del ricorso, *ex art. 161 l.fall.*, e relativa a inadempimenti pregressi, come abbiamo avuto modo di vedere, non può essere accolta¹⁸⁹ per la risoluzione avviata ante procedura, non essendo possibile applicare l'*art. 72 l.fall.* in mancanza di espresso richiamo, parrebbe applicabile la disciplina prevista dall'*art. 1458 c.c.*, secondo il quale il bene rimane acquisito nell'attivo concordatario, ad eccezione di quei beni oggetto di pubblica registrazione, mobili o immobili, per i quali la trascrizione sia stata eseguita antecedentemente.

Con riferimento a quest'ultima interpretazione, in primo luogo, si evidenzia, come una eventuale sua applicazione creerebbe una disparità di trattamento tra coloro i quali hanno maturato diritti reali in capo al fallimento e coloro che invece li hanno maturati in capo al concordato preventivo. L'*art. 72 l.fall.* prevede difatti la possibilità di far valere, in capo al Curatore, la domanda di risoluzione, quindi anche la domanda di restituzione, qualora avviata prima della dichiarazione di fallimento.

L'eventuale diniego, alla pretesa restitutoria, arrecherebbe una disparità di trattamento anche all'interno della medesima procedura di concordato preventivo, ci si troverebbe nella situazione di dover restituire un bene al concedente, se questo ha dovuto eseguire la trascrizione prima della pubblicazione del ricorso, mentre a negarla nel caso in cui il bene non sia soggetto a pubblica registrazione.

¹⁸⁹ Si rimanda a quanto discusso nel par. 6.1.3.2.

7. Nello specifico: il contratto di *leasing*

Il trattamento del contratto di *leasing*, nelle procedure concorsuali, ma non solo, è sempre stato oggetto di numerose interpretazioni e di controversie. Questo perché il modello contrattuale, nato negli Stati Uniti e introdotto nel nostro sistema grazie ai frequenti scambi commerciali, intrattenuti fra i due Paesi, non trova una propria omogenea disciplina nel nostro ordinamento giuridico e nonostante l'istituto sia presente in molte altre norme, anche speciali (quale ad esempio il Testo Unico Bancario), ancora oggi è considerato un contratto atipico.¹⁹⁰

La sua prima definizione fu introdotta dall'art. 17, della Legge n. 183/1976 promulgata per regolamentare gli interventi straordinari nel Mezzogiorno per il quinquennio 1976-1980, che definisce le operazioni di locazione finanziaria come: *“le operazioni di locazione di beni mobili e immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore, su scelta e indicazione del conduttore, che ne assume tutti i rischi, e con facoltà per quest'ultimo di divenire proprietario dei beni locati al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo prestabilito”*.

Trattandosi di un contratto privo di disciplina codificata, negli anni si sono succedute opinioni differenti che hanno cercato di inquadrare il *leasing* nelle fattispecie di altri contratti tipici, primo fra tutti quello di locazione, date le reciproche affinità che accomunano i due.¹⁹¹

Il contratto di locazione non è stato l'unico a essere coinvolto, in quanto altre forme contrattuali sono state richiamate negli anni (ad esempio la vendita con riserva di proprietà,¹⁹² il contratto di mutuo o di prestazione di servizi¹⁹³), al fine di individuare una soluzione

¹⁹⁰ Con la sentenza n. 8766/1987, la Cassazione ha definito il contratto di *leasing* un contratto atipico, avente ad oggetto *“l'acquisto dell'immediata disponibilità di un bene (e solo eventualmente anche della proprietà dello stesso), dietro pagamento di un canone periodico, che non ha la natura di un pagamento rateale del prezzo di acquisto, bensì quella di restituzione del mutuo alla società intermediaria.”*, in A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, ed. 39a, Cedam, Padova, 1999, 764.

¹⁹¹ Il *leasing*, in particolar modo quello di godimento, presenta degli elementi simili al contratto di affitto, soprattutto quando prendiamo in considerazione l'“irripetibilità ex art. 1458, 1° co., seconda parte, c.c. dei canoni pagati dall'utilizzatore in ipotesi di risoluzione del contratto per l'inadempimento di questo” A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, ed. 5a, Cedam, Padova, 2009, 389.

¹⁹² Equiparando il *leasing* al contratto di vendita a rate con riserva di proprietà, lo si accosta *“a quel contratto con effetto traslativo nel quale il compratore acquista la proprietà con il pagamento dell'ultima rata, a ciò pervenendo mediante la esaltazione della finalità prevalentemente traslativa del leasing in quanto volto a far acquisire all'utilizzatore (lessee) la proprietà di un bene che gli procura in uso il concedente (lessor) e che al termine del contratto conserva un valore superiore al prezzo di riscatto.”*, in V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lgs. 12.9.2007, n. 169*, Utet Giuridica, Torino, 2008, 173. Dello stesso avviso A. MAFFEI ALBERTI, che applica in via analogica la vendita con riserva di proprietà al *leasing* *“ed in particolare dell'art. 1526 c.c., con conseguente obbligo per l'utilizzatore inadempiente di provvedere alla restituzione del bene rimasto di proprietà del concedente, cui corrisponde l'obbligo per questo di restituire i canoni riscossi, salvo il diritto ad un equo compenso per l'uso del bene, oltre al risarcimento del danno”*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, ed. 5a, Cedam, Padova, 2009, 390.

¹⁹³ La giurisprudenza ha più volte equiparato il contratto di *leasing* finanziario alle prestazioni di servizi, sul punto si veda la sentenza della Corte di Cass., sez. I, del 8.2.2000, n. 1362, che eguaglia il contratto di *leasing* immobiliare *“nella sua fase antecedente all'eventuale acquisto finale del bene”* alle *“prestazioni di servizi”* e

all'evidente problema causato dall'incertezza della natura e dalla mancanza di regolamentazione del *leasing*, comportando, ogni forzato adeguamento ai diversi schemi contrattuali, risvolti pratici non indifferenti.

Di recente è divenuta prevalente la tesi secondo cui il *leasing* è riconducibile ad un'operazione di finanziamento,¹⁹⁴ in cui il concedente, o *lessor* acquista un bene (e in ciò consiste l'intervento finanziario) al fine esclusivo di concederne l'utilizzo all'impresa dell'utilizzatore, o *lessee*, a fronte del pagamento di un canone (e senza che quest'ultimo ne divenga immediatamente il proprietario).

La materia oltre ad essere stata nel passato fonte di svariate interpretazioni, è ancora oggi oggetto di interventi legislativi.

Il comma 76°, dell'art. 1, della Legge n. 208/2015, viene citato il contratto di *leasing* immobiliare, in particolar modo con riferimento al “*contratto di locazione finanziaria di immobile da adibire ad abitazione principale*”, che viene definito come quel contratto dove “*la banca o l'intermediario finanziario ... si obbliga ad acquistare o a far costruire l'immobile su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che se ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo mette a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tenga conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto. Alla scadenza del contratto l'utilizzatore ha la facoltà di acquistare la proprietà del bene a un prezzo prestabilito*”.

Più in generale, peraltro, il contratto di *leasing* si può definire rifacendosi al suo schema socialmente tipico, in cui il concedente acquista il bene, mobile o immobile, dal fornitore e lo concede, per un periodo prestabilito, in utilizzo ad un terzo soggetto, il quale provvederà periodicamente al pagamento dei canoni e potrà in seguito decidere se acquistarne la proprietà col pagamento del riscatto finale.

La giurisprudenza di merito, adottando le linee guida fornite dalla Corte di Cassazione, che più volte si è pronunciata sulla questione,¹⁹⁵ distingue il *leasing* in due tipologie di contratti

pertanto soggetto all'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto, in Corte Cass., sez. Tributaria Civile, del 27.9.2013, n. 22172, www.ilsole24ore.com.

¹⁹⁴ Si veda sul punto: A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, ed. 5°, Cedam, Padova, 2009, 391.

¹⁹⁵ Cass., 13.12.1989, nn. 5569-5574, in G. MORESCHINI, *I contratti pendenti nel concordato preventivo*, Giuffrè Editore, Varese, 2016, 138-141; Cass., Sez. Un., 7.1.1993, n. 65, che nello specifico differenzia il *leasing* traslativo da quello tradizionale di godimento: “*A questo nuovo tipo di locazione finanziaria si è negata la natura di contratto ad esecuzione continuata o periodica e si è ritenuto, quindi, inapplicabile il regime dell'art. 1458, 1° comma, seconda ipotesi, c.c., non essendo in esso ravvisabile quella perfetta corrispettività a coppie delle prestazioni reciproche e periodiche che caratterizzano invece il leasing tradizionale, poiché tali prestazioni non solo non sono separabili giuridicamente ed economicamente dalle precedenti e dalle successive, ma non realizzano costantemente, durante la vita del rapporto, l'equilibrio sinallagmatico tra prestazione e controprestazione, costituendo ciascun canone il corrispettivo sia della concessione in godimento, per la parte già eseguita fino al momento della risoluzione, sia del previsto trasferimento della proprietà del bene, sicché*

sulla base dell'obiettivo da essi perseguito: il *leasing* di godimento, che ha lo scopo di finanziare il bene per garantirne l'utilizzo e il *leasing* traslativo che persegue la finalità di trasferirne la proprietà.

Il distinguo basato sulla funzionalità è stato più volte confermato dalla Cassazione, la quale ha rilevato che il *leasing* di godimento ha come obiettivo il finanziamento di beni a elevata obsolescenza, e quindi di beni che, al termine del contratto, conservano un valore economico trascurabile, con la conseguenza che i canoni rappresentano esclusivamente il corrispettivo dovuto per l'utilizzo. Ecco perché la durata del *leasing* di godimento coincide con l'intera vita produttiva del bene e, l'eventuale acquisizione della proprietà alla scadenza, da parte dell'utilizzatore, non è un atto scontato.

Contrariamente il *leasing* traslativo ha come oggetto un bene durevole che, come tale, conserva anche dopo la scadenza del rapporto contrattuale, un valore superiore al canone pattuito per l'esercizio dell'opzione di riscatto. E' per questo motivo che per l'utilizzatore diviene di primaria importanza acquisire la proprietà del bene al termine del contratto "*ed i canoni hanno la funzione* [non solo di coprire il corrispettivo del godimento del bene, ma] *di scontare anche una quota del prezzo di previsione del successivo acquisto*"¹⁹⁶ dal punto di vista pratico questa tipologia di *leasing* è riservata all'acquisto di beni durevoli quali ad esempio autovetture o immobili.¹⁹⁷

La distinzione così eseguita comporta la produzione di effetti diversi in caso di risoluzione del contratto a seconda quindi che esso sia funzionale al mero godimento del bene o all'acquisizione della sua proprietà, di cui meglio si dirà nel proseguo.

non sussiste equivalenza delle posizioni delle parti al momento dell'anticipata risoluzione del rapporto e difetta quindi il presupposto essenziale per l'applicazione della disciplina dell'art. 1458 cit. Si è, per contro, ritenuta applicabile per analogia al leasing finanziario, nella forma da ultimo considerata, la disposizione dettata dall'art. 1526 c.c. per la vendita con riserva della proprietà", in <http://online.scuola.zanichelli.it>; Cass., Sez. I Civ., 23.5.2008, n. 13418, la quale conferma l'applicazione in via analogica dell'art. 1526 c.c. per il leasing traslativo, i cui beni oggetto di contratto conservano alla scadenza "un valore residuo superiore all'importo convenuto per l'opzione, e dietro canoni che scontano anche una quota del prezzo in previsione del successivo acquisto (rispetto a cui la concessione in godimento assume funzione strumentale)", in www.altalex.com. La regione pertanto per cui alle due diverse tipologie di locazione finanziaria vengono applicate discipline diverse è da rinvenire nell'interesse dell'utilizzatore, solamente infatti nel leasing traslativo, l'obiettivo perseguito è quello di acquisire la proprietà del bene allo scadere del contratto stipulato, conseguentemente i canoni pattuiti hanno lo scopo di rateizzare il prezzo d'acquisto. Cfr. Cass., Sez. III Civ., 24.6.2010, n. 19287/2010, in www.juriswiki.it.

¹⁹⁶ Cass. Civ., 28.8.2007, n. 18195, in V. TAGLIAFERRI, *Vendita, permuta, leasing, Percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, 221.

¹⁹⁷ Ricondurre il contratto alla tipologia di *leasing* traslativo, piuttosto che a quello di godimento, dipende dalla volontà espressa dalle parti e l'attività di accertamento "*rientra nei poteri del Giudice del merito e non è censurabile in sede di legittimità, se non per violazione dei criteri ermeneutici, ovvero per vizio di motivazione*" (Cass., sez. III, 14.11.2006, n. 24214, Cass., sez. III, 28.11.2003, n. 18229). Cfr. Cass., sez. I civ., 23.5.2008, n. 13418, in www.altalex.com

7.1 La prosecuzione del contratto la disciplina applicata

Finché non venne introdotto l'art. 169-*bis* l.fall., ad opera del D.L. n. 83/2012, nella procedura concordataria non vi era alcuna norma specifica che disciplinava la sorte dei rapporti pendenti, caratterizzati da prestazioni ineseguite da entrambi i contraenti, alla data di apertura della procedura di concordato preventivo o alla data di deposito del ricorso *ex art.* 161 l.fall.

La giurisprudenza maggioritaria riteneva non applicabile quanto previsto in materia fallimentare, dall'art. 72 l.fall. e seguenti, e affermava che i contratti dovessero proseguire aderendo alla disciplina dettata dal diritto comune, così negando la possibilità per gli organi della procedura di poter influenzare le loro sorti.

Questo, dal punto di vista pratico, voleva dire che le obbligazioni derivanti dai contratti pendenti dovevano essere eseguite da entrambi i contraenti e quindi anche dall'imprenditore ammesso al concordato preventivo, disciplina che viene applicata ancora oggi, nonostante i recenti interventi normativi, salvo che il contraente sottoposto a procedura concorsuale non intenda richiedere la sospensione o lo scioglimento *ex art.* 169-*bis* l.fall.

Dato il principio della naturale prosecuzione dei contratti, in caso d'inadempimento, l'imprenditore in concordato può essere sottoposto all'esercizio, da parte del contraente in *bonis*, delle azioni di autotutela (*ex artt.* 1460 e 1461 c.c, v. cap. 6) e della risoluzione del contratto oltre che all'obbligo del pagamento delle sanzioni e del risarcimento degli eventuali danni causati.

Questa interpretazione si fonda: in primo luogo sull'assenza di un esplicito richiamo nel concordato preventivo della disciplina applicata in sede fallimentare,¹⁹⁸ comportandone la non applicazione; in secondo luogo sulla previsione di uno spossessamento "attenuato", che ben si differenzia da quello previsto per il fallimento e in terzo luogo sulla continuazione dell'attività aziendale che implicitamente, come conseguenza, impone anche la prosecuzione dei rapporti pendenti.

Il principio della naturale prosecuzione dei contratti è stato inoltre confermato da recenti interventi normativi che hanno inserito degli accorgimenti volti a incentivare la prosecuzione dei rapporti, anche se questi sono stipulati con pubbliche amministrazioni (si veda la disciplina prevista per il concordato in continuità introdotta dall'art. 186-*bis* l.fall., v. cap. 8).

Il trattamento da riservare alle prestazioni che hanno dato origine a crediti, maturati in capo al contraente in *bonis*, prima della data pubblicazione del ricorso, *ex art.* 161 l.fall., nel Registro

¹⁹⁸ Al contrario di quanto avviene nel concordato preventivo, nel fallimento non è prevista la continuazione dei rapporti pendenti, ma lo scioglimento dei contratti, desumibile anche per fatti concludenti, salvo che il Curatore non decida di subentrarvi con l'autorizzazione concessa dal Comitato dei Creditori, ai sensi dell'art. 72 l.fall.

delle Imprese, ha dato origine in passato a molti dubbi interpretativi, alimentati principalmente dalla distinzione, tra le rate scadute e quelle aventi scadenza successiva alla data di pubblicazione del ricorso, *ex art. 161 l.fall.*

La distinzione, sopra eseguita, è motivata dal fatto che le rate aventi scadenza successiva costituiscono crediti *extra-concorsuali*, ai sensi dell'art. 184 l.fall., e pertanto il loro pagamento è considerato il compimento di un atto di ordinaria amministrazione, poiché, come ricordato, i contratti pendenti conservano la loro efficacia e continuano anche durante la procedura.¹⁹⁹

Al contrario per procedere al pagamento delle rate maturate precedentemente, alla pubblicazione del ricorso, è necessario ottenere l'autorizzazione, *ex art. 161, 7° comma, o 167 l.fall.*, essendo considerato atto di straordinaria amministrazione.

Per il trattamento da riservare al contratto di *leasing* si dovrà distinguere tra: *leasing* di godimento e *leasing* traslativo.

Nel primo caso, dottrina e giurisprudenza maggioritarie, seguendo il principio della sinallagmaticità a coppie delle prestazioni periodiche, pur riconoscendo la prededuzione per i canoni maturati in corso di procedura, assoggettano alla falcidia concordataria le rate maturate ante procedura, che dovranno quindi essere soddisfatte secondo la percentuale prevista nel piano per i creditori chirografi.²⁰⁰

Quando l'utilizzatore prevede la prosecuzione del contratto di *leasing* i canoni già maturati antecedentemente alla pubblicazione del ricorso, *ex art. 161 l.fall.*, devono rientrare tra i crediti da soddisfare in moneta concordataria, mentre quelli maturati successivamente debbono essere riconosciuti in prededuzione, a patto che il ricorrente non intenda esercitare l'opzione di riscatto, in quest'ultimo caso anche le rate maturate precedentemente al deposito del ricorso debbono essere soddisfatte integralmente e in prededuzione.²⁰¹

Il *leasing* traslativo, “*essendo applicabile la disciplina della vendita a rate con riserva di proprietà*”, quindi, essendo un contratto caratterizzato da prestazioni configurabili come uniche e inscindibili, il credito maturato dal concedente sarà esonerato dall'applicazione dell'art. 185 l.fall. con la conseguenza che i crediti maturati ante pubblicazione del ricorso *ex art. 161 l.fall.* dovranno essere soddisfatti integralmente.²⁰²

¹⁹⁹ Trib. Milano, 18.9.1986, in G. REBECCA, G. SPEROTTI, *Leasing e fallimento: guida pratica: come calcolare l'equo compenso per lo scioglimento del contratto, come quantificare il costo del riscatto anticipato*, dott. A. Giuffrè Editore S.p.A., Milano, 1997, 49.

²⁰⁰ M. FERRO, *La legge fallimentare commentario teorico e pratico*, ed. 3a, Cedam, Padova, 2014, 2250.

²⁰¹ M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, Volume II, Concordato Preventivo, Zanichelli Editore, Bologna, 2014, 520-521. Questa soluzione evidentemente richiama l'applicazione della disciplina prevista dall'art. 74 l.fall. in caso di “contratti a esecuzione continuata o periodica”.

²⁰² M. FERRO, *La legge fallimentare commentario teorico e pratico*, ed. 3a, Cedam, Padova, 2014, 2250.

La ragione di questo differente trattamento la si può ritrovare nella diversa finalità perseguita dalla continuazione del rapporto, che nel *leasing* traslativo è volta all'acquisizione della proprietà del bene oggetto del contratto, pertanto il pagamento deve avvenire integralmente per tutte le rate, quelle scadute alla data di presentazione del ricorso e quelle a scadere successivamente a tale data.

Si deve tuttavia segnalare che in passato la dottrina non fu unanime, poiché in molti sostenevano,²⁰³ che le rate scadute ante deposito del ricorso e non pagate (nonostante la prosecuzione del contratto) avrebbero dovuto seguire le regole del concorso e la società di *leasing* avrebbe potuto negare il trasferimento del bene, eccependo così l'inadempimento, esclusivamente nel momento in cui l'utilizzatore non avesse provveduto al pagamento delle rate maturate dopo la data di ammissione alla procedura.

Questa soluzione comportava per il concedente una minore garanzia rispetto all'ipotesi fallimentare che prevede, in caso di subentro del curatore nel contratto, la soddisfazione integrale di tutte le rate contrattualmente previste, è per questo, che l'interpretazione fu ampiamente contestata, poiché prevedeva un trattamento, per il contraente *in bonis*, peggiore rispetto a quello previsto dal fallimento.²⁰⁴

7.2 I rimedi del contraente *in bonis*: la risoluzione

Come abbiamo avuto modo di vedere nel capito che precede, il contraente *in bonis* ha la facoltà di poter tutelare i propri diritti richiamando gli stessi strumenti previsti per l'esercizio dell'autotutela ex artt. 1460 e 1461 c.c., volti, oltre che a preservare i rapporti, anche a mantenere una sorta di equilibrio tra gli interessi delle diverse parti coinvolte, applicando così i principi previsti dal diritto comune.

Il terzo contraente potrà quindi richiamare nei confronti dell'imprenditore inadempiente, anche se in concordato, l'eccezione di inadempimento o sospendere la propria prestazione, oltre che richiedere l'adempimento coattivo.

Al terzo contraente è data inoltre la possibilità di potersi "svincolare" dagli obblighi contrattuali, nonostante il principio di prosecuzione dei rapporti pendenti, qualora l'imprenditore, ammesso al concordato preventivo, o depositario del ricorso ex art. 161, 6° comma, l.fall., risulti inadempiente.

²⁰³ Per tutti si cita: G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, dott. A Giuffrè Editore S.p.A, Milano, 1986, 363.

²⁰⁴ G. REBECCA, G. SPEROTTI, *Leasing e fallimento: guida pratica: come calcolare l'equo compenso per lo scioglimento del contratto, come quantificare il costo del riscatto anticipato*, dott. A Giuffrè Editore S.p.A., Milano, 1997, 49.

L'esercizio della risoluzione, anche per il contratto di *leasing*, può essere invocato in tre momenti differenti tra loro:

- prima che la società depositi il ricorso *ex art.* 161 l.fall. e riguardare un inadempimento pregresso alla data di ammissione alla procedura di concordato preventivo;
- dopo il deposito del ricorso, quando l'inadempimento si verifica durante la procedura;
- quando l'inadempimento è pregresso, ma la risoluzione viene invocata dopo il deposito del ricorso;

nei paragrafi seguenti andremo a esaminare le tre casistiche appena enunciate.

7.2.1 La risoluzione invocata ante deposito del ricorso

Nel caso in cui la risoluzione venga esercitata prima della pubblicazione del ricorso, *ex art.* 161 l.fall., il trattamento previsto, nonostante gli interventi normativi recenti, è sempre il medesimo: a seconda della funzione svolta dal contratto, ossia che esso venga identificato come di godimento o traslativo si andrà ad applicare la disciplina prevista dagli artt. 1458 e 1526 c.c., meccanismo che per altro di recente è stato ribadito con sentenza della Suprema Corte.²⁰⁵

Nel *leasing* di godimento è doverosa l'applicazione dell'art. 1458 c.c. (il quale disciplina gli effetti della risoluzione per inadempimento e nello specifico al comma 1°, per i contratti di durata prevede che gli effetti della risoluzione non si estendano anche alle prestazioni già eseguite), cosicché il concedente non deve procedere alla restituzione dei canoni già percepiti. Nel *leasing* traslativo, non potendosi applicare l'art. 1458 c.c. per le ragioni espresse dalla Suprema Corte,²⁰⁶ trova spazio, in via generale, l'applicazione analogica dell'art. 1526 c.c. che disciplina la risoluzione dei contratti di vendita con riserva di proprietà. Quanto precede, quindi implica, oltre alla restituzione del bene da parte dell'utilizzatore, a carico del "venditore" la restituzione dei canoni già incassati "*salvo il diritto a un equo compenso per l'uso della cosa*" e il riconoscimento di un risarcimento del danno.²⁰⁷

Equo compenso e risarcimento del danno sono due nozioni differenti, che svolgono funzioni distinte tra loro. Se da una parte il risarcimento del danno può derivare da un deterioramento

²⁰⁵ Cass. Civ., sez. I, 9.2.2016, n. 2538, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Mensile di giurisprudenza e dottrina, n. 1/2016, Il Fallimento, Ipsoa, Milanofiori Assago, 802-805, che ha previsto, nel caso in cui la risoluzione del contratto venga invocata per inadempimento imputabile all'utilizzatore prima che venga dichiarato fallito, la non applicazione dell'art. 72-*quater* legge fall., poiché esso richiede che il contratto sia ancora pendente, ma l'applicazione dell'art. 72 l.fall., comma 5°, che definisce come opponibile alla massa dei creditori la risoluzione esercitata prima del fallimento. In questo caso si dovrà dunque distinguere il *leasing* di godimento da quello traslativo e applicare la disciplina prevista dall'art. 1458 o dall'art. 1526 c.c.

²⁰⁶ Si veda la nota n. 195.

²⁰⁷ P. CENDON, *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Cedam, Padova, 2006, 857 e ss.

anormale del bene causato dall'utilizzatore,²⁰⁸ l'equo compenso può ricomprendere non solo la remunerazione per l'utilizzo del bene, ma altresì il suo deprezzamento, non essendo più commerciabile come nuovo, oltre al logorio causato dal suo utilizzo.

Il risarcimento del danno, secondo la Cassazione, non può essere calcolato sulla *“intera differenza necessaria per raggiungere il guadagno atteso, poiché con l'anticipato recupero del bene e del suo valore il concedente è di norma in grado di procurarsi, attraverso il reimpiego di quel valore un proporzionale utile che deve conseguentemente essere calcolato in detrazione rispetto alla somma che l'utilizzatore stesso avrebbe dovuto corrispondere se il rapporto fosse proseguito (sono citate Cass., nn. 4969/2007 e 574/2005)”*.²⁰⁹

7.2.2 La risoluzione per inadempimento successivo all'ammissione alla Procedura.

E' questo il caso in cui l'inadempimento deriva dal mancato pagamento dei canoni maturati in prededuzione nel corso della procedura.

Il contraente *in bonis* creditore per le prestazioni/forniture eseguite successivamente alla pubblicazione del ricorso potrà avvalersi altresì della facoltà di avviare azioni non solo di accertamento, ma anche di condanna nei confronti dell'imprenditore in concordato inadempiente e, nel caso in cui l'inadempimento sia grave potrà altresì richiedere la risoluzione contrattuale, non esistendovi impedimenti all'esercizio della domanda,²¹⁰ giacché il “principio di concorsualità” non si estende anche ai debiti maturati dopo la pubblicazione del ricorso.

Si dovrà, anche in questo caso, per i motivi espressi in precedenza,²¹¹ procedere con la distinzione tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo e solo per il primo anche tra le prestazioni eseguite ante e quelle post pubblicazione del ricorso, *ex art. 161 l.fall.*, prevedendo, per le prime il pagamento nella percentuale concordataria prevista dal piano.

²⁰⁸ Cfr. Cass., Sez. I Civ., 23.5.2008, n. 13418, in www.altalex.com

²⁰⁹ Cass., Sez. III Civ., 7.2.2012, n. 1695, in www.comparazioneDirittocivile.it

²¹⁰ A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, Il Fallimento n. 3 (2013), 13.5.2013, 267, in www.ipsoa.it, il quale prevede che qualora “l'inadempimento riguardi prestazioni successive all'apertura della procedura, non si pongono problemi per alcuna delle parti, per l'inconfigurabilità di violazioni del principio di concorsualità, regolante soltanto le obbligazioni anteriori.”

²¹¹ V. cap. 7.1

7.2.3 La risoluzione per inadempimento precedente invocata dopo l'ammissione alla Procedura: i canoni pregressi.

Per quanto attiene la terza ed ultima ipotesi si rimanda a quanto già detto al cap. 6 con riferimento alla risoluzione di un contratto invocata dopo la pubblicazione del ricorso al Registro Imprese per inadempimenti pregressi, essendo la medesima disciplina applicabile anche al contratto di *leasing*.

Si è concordi nel ritenere non attuabile una richiesta di risoluzione “postuma”, volta principalmente all’eliminazione del legame contrattuale instaurato con un soggetto sottoposto a procedura concorsuale, la cui amministrazione soggetta a vincoli autorizzativi, *ex art. 167 l.fall.*, potrebbe essere interpretata come un ostacolo all’esecuzione del contratto.

Quanto sopra per evitare che contratti ritenuti “strategici” possano essere risolti, così comportando danni irreparabili alla realizzazione del piano concordatario e alla soddisfazione dei creditori.

7.3 I rimedi dell'utilizzatore in crisi: sospensione e scioglimento.

Prima che venissero emanate le recenti riforme, si riteneva che il debitore in concordato preventivo non potesse richiedere lo scioglimento dei contratti pendenti, poiché ad esso non si ritenevano applicabili gli articoli 72 e 83 l.fall., mentre al contraente *in bonis* era consentito sospendere la propria prestazione, ai sensi dell’art. 1461 c.c., sollevare l’eccezione di inadempimento *ex art. 1460 c.c.*,²¹² ovvero invocare l’azione di risoluzione, creando così un disequilibrio tra le azioni esercitabili dal contraente *in bonis* rispetto all’imprenditore in concordato preventivo.

Questa tesi si basava su due argomentazioni: la prima rappresentata dal mancato richiamo alla disciplina fallimentare e la seconda incentrata sullo spossessamento attenuato che caratterizza il concordato preventivo rispetto alla procedura fallimentare, poiché il debitore conserva l’amministrazione dei suoi beni, anche se sotto il controllo del Commissario Giudiziale.

Con l’emanazione del D.L. n. 83/2012 fu introdotta un’opzione del tutto assimilabile a quella prevista dall’art. 104 l. fall., comma 7°, relativo all’esercizio provvisorio dell’impresa in fallimento in base al quale “*durante l’esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l’esecuzione o scioglierli*”.

²¹² Gli strumenti di autotutela previsti dagli artt. 1460 e 1461 c.c. sono concessi al terzo contraente perché l’imprenditore in concordato non potendo fornire adeguate garanzie, con il suo inadempimento può divenire di ostacolo alla conclusione dell’obbligazione oltre che al suo corretto svolgimento. Per approfondimenti si rimanda al cap. 6

Il Legislatore ha quindi previsto, oltre alla continuazione dei contratti la possibilità per il debitore di sospendersi o sciogliersi da essi, previa autorizzazione rilasciata dal Tribunale (o dal Giudice Delegato, se interviene dopo l'ammissione), mentre con il D.L. n. 83/2015 ha poi inserito una disciplina specifica per i contratti di *leasing*, che di seguito andremo a esaminare.

7.3.1 La situazione normativa prima del D.L. n. 83/2012.

Con l'aumentare, nel tempo, dell'adozione dell'istituto del *leasing* negli scambi commerciali, è aumentata anche l'esigenza di disporre, da parte degli operatori del mercato, di un dettato normativo organico che disciplinasse in modo omogeneo il contratto di *leasing*. Necessità che si è intensificata, negli ultimi anni, soprattutto a seguito dell'elevato numero di dichiarazioni di fallimento emesse nei confronti di soggetti "utilizzatori".

In ambito concorsuale, il contratto di *leasing* ha fatto per la prima volta comparsa nella procedura di fallimento con l'inserimento dell'art 72-*quater* l.fall., ad opera del D.Lgs. n. 5 del 2006, introdotto per disciplinare le sorti dei contratti di locazione finanziaria, con la precisazione che il dettato normativo non si occupa del *leasing* di ritorno, altrimenti conosciuto come *lease back*,²¹³ ma esclusivamente del *leasing* finanziario.

Con l'introduzione dell'art. 72-*quater* l.fall., è stata inserita una disciplina specifica volta a regolare i contratti pendenti di locazione finanziaria nel momento in cui venga dichiarato il fallimento dell'utilizzatore, o del concedente.

L'art. 72-*quater* l.fall. ha così permesso di superare, nell'ambito fallimentare, la distinzione tra *leasing* di godimento e traslativo, prevedendo un trattamento univoco in caso di scioglimento dei contratti pendenti, ferma restando la necessità, che questi siano opponibili alla procedura e quindi risultino da atto scritto e siano muniti di data certa anteriore al fallimento.²¹⁴

Nel fallimento dell'utilizzatore, il concedente ha diritto di ricevere in restituzione il bene, ma è tenuto a versare alla procedura l'eventuale differenza positiva tra quanto ricavato dalla vendita del bene a "*valori di mercato*", o da sua diversa allocazione, e il "*credito residuo in linea capitale*" vantato alla data del fallimento con la possibilità, solo in presenza di eventuali differenze negative, per il concedente di procedere con l'insinuazione al passivo.

²¹³ Il *lease back* (o *leasing back*), è conosciuta come operazione di "*sale and lease back*", fornitore e utilizzatore del bene sono la stessa persona, è infatti il produttore che vende alla società di *leasing* il bene e quest'ultima provvede a concederlo in *leasing*. Il produttore, al termine della locazione, avrà la possibilità di riacquistare la proprietà del bene.

²¹⁴ Cass. Sez. I Civ., 24.10.2012, n. 18191, in www.cortedicassazione.it

Nel fallimento del concedente, invece, il 4° comma, dell'art. 72-*quater* l.fall. prevede espressamente la prosecuzione dei contratti.

Nell'ambito della procedura di concordato preventivo, invece, fermo restando la prosecuzione del rapporto, prima dell'introduzione dell'art. 169-*bis* l.fall., lo scioglimento di un contratto di locazione finanziaria risultava escluso e ogni ipotesi di cessazione del rapporto veniva disciplinata dalle norme del diritto civile, ai sensi degli artt. 1458 c.c. e 1526 c.c. (v. cap. 7.2.1).

L'utilizzatore, in caso di inadempimento da parte del contraente *in bonis* di una delle clausole contrattuali, avrebbe potuto richiedere la sospensione della sua prestazione, dunque del pagamento dei canoni, sollevare l'eccezione di inadempimento, oltre che la risoluzione, ma non avrebbe potuto invocare l'ammissione alla procedura di concordato preventivo come motivo di scioglimento del contratto.

La previsione di una disciplina unitaria nel fallimento ha fatto sì che molti operatori avanzassero la richiesta, *de jure condendo*, di estendere la disciplina dell'art. 72-*quater* l.fall. anche alla procedura di concordato preventivo.

Prima del D.Lgs. n. 83/2015 (che ha integrato l'art. 169-*bis* l.fall. inserendo il comma 5°), in assenza di una disposizione *ad hoc*, nel concordato preventivo non era ipotizzabile una regolazione della fattispecie del *leasing* "pendente" in senso identico a quanto previsto dall'art. 72-*quater* l.fall.²¹⁵

Inoltre, nell'ambito di detta procedura, prima del D.Lgs. n. 83/2015, un eventuale scioglimento praticato ai sensi dell'art. 169 *bis* l.fall., nel testo previgente introdotto dal D.L. n. 83/2012, non avrebbe consentito di recuperare, a favore della massa dei creditori, il *surplus* incassato dal concedente stesso a seguito della nuova allocazione.

²¹⁵ Sia dottrina che giurisprudenza, contrastarono l'estensione dell'art. 72-*quater* l.fall. al concordato preventivo, sostenendo che il mancato richiamo da parte del Legislatore, nell'art. 169 l.fall., all'art. 72 l.fall. e seguenti, sia intenzionale e dovuto alla differenza sostanziale che caratterizza il fallimento rispetto al concordato preventivo relativamente allo spossessamento dell'imprenditore; Cfr. G. REBECCA, G. SPEROTTI, *Leasing e fallimento: guida pratica: come calcolare l'equo compenso per lo scioglimento del contratto, come quantificare il costo del riscatto anticipato*, dott. A. Giuffrè Editore S.p.A., Milano, 1997, 50. Di parere favorevole all'estensione: G. LO CASCIO, *Il Concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, ed. 9a, Giuffrè, Milano, 2015, 462 e M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, Volume II, Concordato Preventivo, Zanichelli Editore, Bologna, 2014, 521; Trib. Treviso, 6.5.2011, che nello specifico sostiene positivamente l'estensione della disciplina contenuta nell'art. 72-*quater* l.fall., anche a quei contratti di *leasing*, di tipo traslativo, risolti prima della dichiarazione di fallimento, poiché diversamente applicando l'art. 1526 c.c. si prevede un trattamento per il concedente peggiorativo, in www.ilcaso.it; nello stesso senso si veda anche Trib. Udine 10.2.2012, in www.ilcaso.it.

7.3.2 La situazione normativa tra il D.L. n. 83/2012 e il D.L. 83/2015

L'introduzione dell'art. 169-*bis* l.fall. avvenuta con il disposto del D.L. n. 83/2012, ha permesso in parte, nella prassi, di superare alcuni dei dubbi sorti a causa delle lacune normative.

L'utilizzatore di un bene in *leasing*, grazie a questo nuovo strumento, può ora richiedere sia la sospensione che lo scioglimento del contratto pendente, nonostante nel caso di specie, come per i contratti pendenti in generale, non manchino opinioni contrarie che si oppongono al rilascio dell'autorizzazione di scioglimento in caso di concordato con riserva.²¹⁶

Il debitore deve prevedere, nel piano, o successivamente se l'autorizzazione allo scioglimento viene richiesta in corso di procedura, il riconoscimento di un indennizzo in chirografo,²¹⁷ per l'interruzione anticipata del contratto, oltre che la restituzione del bene.

Di seguito andiamo ad analizzare le importanti novità introdotte dal D.L. n. 83/2012.

7.3.2.1 La sospensione

Preliminarmente si deve ricordare come la sospensione, se non è seguita dallo scioglimento del contratto, perde efficacia *ex tunc* e gli obblighi assunti dal debitore, in concordato preventivo, maturati dopo la pubblicazione del ricorso e sino alla fine del periodo di sospensione, dovranno essere soddisfatti in prededuzione.

Qualora invece alla richiesta di sospensione faccia seguito quella di scioglimento, gli effetti prodotti dalla sospensione si uniranno a quelli prodotti dallo scioglimento e i due periodi potranno essere considerati come uno unico, di conseguenza unico dovrà essere altresì l'indennizzo previsto dal 2° comma dell'art. 169-*bis* l.fall.

Nel concordato in bianco si dovrà, anche per la sospensione, accompagnare il ricorso, *ex art.* 169-*bis* l.fall., da una *disclosure* che indichi le prospettive e le finalità del futuro piano concordatario, oltre all'impatto "*dei canoni di leasing in essere nella gestione ordinaria della società*".²¹⁸ Quindi, oltre ad evidenziare i costi generati dai contratti oggetto dell'autorizzazione richiesta, si dovrà specificare anche come essi influenzino le risorse finanziarie della società, questo per permettere una valutazione più approfondita sulla convenienza di autorizzare o meno la sospensione.

²¹⁶ Cfr. Trib. Milano, 10.7.2014, in www.ilcaso.it.

²¹⁷ Trib. Roma, 16.2.2015, in www.ilcaso.it, nello specifico il collegio identificava anche delle linee guida da seguire per il calcolo dell'indennizzo prendendo come riferimento la differenza tra il valore del bene e il valore finanziario dell'operazione.

²¹⁸ Tribunale di Mantova, 27.9.2012, in www.ilcaso.it

Nella sospensione, nonostante sia caratterizzata da provvisorietà, poiché provvisori sono i suoi effetti, si riscontrano di frequente delle problematiche, in particolare quando le prestazioni di entrambi i contraenti non possono essere “simultaneamente” sospese.

È questo il caso del *leasing* immobiliare, dove l'utilizzatore, nonostante sospenda il pagamento dei canoni periodici, continui a godere del bene ottenuto in *leasing*, senza così permettere al concedente di rientrare nella disponibilità dell'immobile.

Difatti la sospensione del contratto di *leasing* può avvenire con due diverse modalità: vi può essere la sospensione con utilizzo del bene e la sospensione con la restituzione del bene, che come vedremo nel proseguo in taluni casi è un'opzione difficilmente verificabile.

La sospensione con utilizzo del bene.

La sospensione di un contratto di *leasing*, ma non solo, presuppone che le prestazioni vengano “sospese” da entrambi i contraenti, conseguentemente se il concedente non incassa i canoni, l'utilizzatore non dovrebbe usufruire del bene.

Spesso accade che il bene oggetto del contratto di *leasing* sia rappresentato da un immobile, solitamente nei cui locali è posta la sede legale della società e quindi l'utilizzatore si trovi nell'impossibilità di restituire, di fatto, il bene.

In questi casi, dove concretamente risulta impossibile per l'utilizzatore restituire il bene, il problema viene identificato con la difficoltà di quantificare l'importo da corrispondere al concedente per l'indennità di occupazione.

Rappresentando la sospensione, un periodo di “congelamento” del rapporto contrattuale e quindi uno slittamento temporaneo del pagamento dei canoni, la continuazione del godimento del bene dovrà prevedere il pagamento al concedente di un'indennità di occupazione che non potrà essere rappresentata dal semplice pagamento in prededuzione delle rate di *leasing*, una volta spirato il periodo della sospensione, essendo i canoni quantificati sulla base di un concetto diverso dall'indennità di occupazione.

I canoni di *leasing* sono infatti composti sia dalla quota capitale, che dalla quota interessi e ciò che ci si ritrova a pagare non è altro che il prezzo dilazionato del bene oggetto del *contratto*.

L'indennità di occupazione, diversamente dai canoni di *leasing* ricopre la funzione di risarcire il danno causato al proprietario per il mancato utilizzo del bene.²¹⁹ Conseguentemente potrebbe non essere sufficiente il pagamento in prededuzione dei canoni, in quanto al proprietario dovrà essere riconosciuto un importo pari all'indennità di occupazione che potrà verosimilmente essere parametrata al pari di un canone di locazione.

²¹⁹ Cfr. Risoluzione, 17.1.1991, n. 260293/E, secondo la quale l'indennità di occupazione non può essere confusa con i canoni di locazione, in circolare n. 43/E, in www.agenziaentrate.gov.it

La Cassazione, con sentenza n. 18486/2014,²²⁰ recentemente ha ribadito che *“il conduttore rimasto nella detenzione dell'immobile dopo la cessazione del contratto (nella specie, accertata giudizialmente) è tenuto al pagamento, da tale momento, dell'indennità di occupazione ai sensi dell'art. 1591 cod. civ., e non già del canone secondo le scadenze pattuite, perché, cessato il rapporto di locazione, la protrazione della detenzione costituisce inadempimento dell'obbligo di restituzione della cosa locata, anche quando è consentita dalla legge di sospensione degli sfratti”* (Cass., Sez. III, sentenza n. 4484 del 2009; sentenza n. 11373 del 2010). ”

Il conduttore è pertanto tenuto a corrispondere al locatore, dalla cessazione del contratto e fino alla liberazione dell'immobile, un'indennità avente natura di carattere risarcitorio, in base a quanto previsto dall'art. 1 bis del D.L. n. 551/1988, secondo il quale *“durante il periodo di sospensione dell'esecuzione il conduttore è tenuto a corrispondere, ai sensi dell'articolo 1591 del codice civile, una somma mensile pari all'ammontare del canone dovuto alla cessazione del contratto, cui si applicano gli aggiornamenti previsti dall'articolo 24 della legge 27 luglio 1978, n. 392, maggiorato del venti per cento”* e non di un importo pari al canone di locazione, giacché essendo spirati i termini del contratto esso non è più applicabile per disciplinare il rapporto sottostante.

Differentemente dal canone di locazione, l'indennità non si configura più come il prezzo corrisposto per il godimento del bene, ma come una sorta di risarcimento, fatta salva comunque la facoltà del locatore di richiedere il riconoscimento del maggior danno.²²¹

La sospensione senza utilizzo del bene.

Nel caso in cui l'utilizzatore rimetta il bene nelle disponibilità del concedente e quindi sospenda concretamente l'utilizzo dello stesso, il periodo di sospensione “congelerà” il contratto, che subirà così un prolungamento dei termini, mentre gli effetti ricominceranno a prodursi solamente allo scadere del termine concesso.

In questo caso, l'indennizzo dovuto al terzo contraente, per il periodo di sospensione, si dovrà quantificare calcolando gli interessi sull'ammontare del capitale residuo, alla data di deposito dell'istanza ex art. 169-bis l.fall., e non solamente sui canoni oggetto del “congelamento”,²²² considerando quale tasso d'interesse quello nominale contrattualmente previsto e non il tasso di mora, non realizzandosi in concreto un vero e proprio “ritardo” nel pagamento.

²²⁰ Cass., Sez. II Civ., 1.9.2014, n. 18486, in www.italgiure.giustizia.it/sncass

²²¹ Cass. Sez. III Civ., 11.5.2010, n. 11373, in www.juriswiki.it

²²² G. SPEROTTI, A. ALBÈ, *Concordato preventivo: sospensione e scioglimento di contratti di leasing pendenti*, Il Fallimentarista, 4 dicembre 2013, in www.ilfallimentarista.it

7.3.2.2 Scioglimento

Il Legislatore dopo molte incertezze ha introdotto la possibilità per l'imprenditore in concordato preventivo di potersi svincolare da quei contratti ritenuti oramai superflui dinanzi ad un progetto di riorganizzazione aziendale, ipotesi che fino ad allora era prevista per il solo fallimento.

La richiesta autorizzata dal Tribunale o dal Giudice Delegato, potrebbe essere interpretata come l'esercizio di un diritto di recesso, anche se non previsto dal contratto,²²³ il cui mancato rilascio potrebbe rivelarsi di ostacolo alla fattibilità del piano.

Lo scioglimento di un contratto di *leasing* non si differenzia dalla disciplina prevista per gli altri contratti pendenti, per esso si dovrà prevedere il riconoscimento di un indennizzo nei confronti del contraente *in bonis*, che dovrà essere soddisfatto in moneta concordataria e per questo si rimanda a quanto già esposto in precedenza (v. cap. 4.2.2.1).

7.3.3 La situazione normativa dopo il D.L. 83/2015.

Con l'introduzione dell'art. 169-*bis* l.fall., avvenuto con il D.L. n. 83/2012, molti hanno rafforzato la convinzione che anche nel concordato preventivo si potesse applicare la medesima disciplina già prevista nel fallimento per il contratto di *leasing*, ma solo dopo l'introduzione del D.L. n. 83/2015, che ha aggiunto il comma 5° all'art. 169-*bis* l.fall., si è superata l'annosa questione che per anni ha suscitato pareri contrastanti sull'estensione o meno dell'art. 72-*quater* l.fall. al concordato preventivo.

Il Legislatore ha così conferito unitarietà al sistema e diffuso maggiore chiarezza tra gli operatori; in caso di scioglimento i punti cardine di questa integrazione si possono riassumere come segue:

- il concedente avrà diritto alla restituzione del bene;
- il concedente dovrà versare al debitore l'eventuale differenza positiva, che dovesse ricavare dalla vendita del bene a valori di mercato, o da altra collocazione, rispetto al residuo credito in linea capitale maturato alla data di deposito della domanda prenotativa di concordato;
- l'eventuale differenza tra il credito maturato dal concedente, alla data di deposito della domanda e quanto ricavato dalla vendita del bene, o da diversa allocazione, è

²²³ M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, Sezione II, Dottrina e opinioni, documento n. 303, 2012, 18, in *www.ilcaso*,

riconosciuta in qualità di credito maturato ante concordato, e quindi da soddisfare in chirografo;²²⁴

inoltre si dovranno considerare tutti gli elementi previsti per i contratti pendenti e quindi, con riferimento all'indennizzo da riconoscere al concedente, ai canoni che maturano in prededuzione successivamente alla pubblicazione del ricorso, *ex art.* 161 l.fall., e sino alla comunicazione del decreto di scioglimento²²⁵ e all'audizione del terzo contraente (v. cap. 4). Nonostante il Legislatore abbia voluto ampliare la disciplina dell'art. 169-*bis* l.fall. al contratto di *leasing*, così eliminando le difficoltà riscontrate in passato, permangono comunque dei profili critici, poiché ad essere disciplinato espressamente è il solo scioglimento, non essendo stato previsto nulla sulla sospensione.

7.3.3.1 Sospensione

Il comma 5°, dell'art. 169-*bis* l.fall., nulla dice sulla sospensione del contratto di locazione finanziaria, in esso infatti viene citato espressamente il solo scioglimento.

Il D.L. n. 83/2015 non ha apportato modifiche sostanziali alla sospensione del contratto di *leasing*, difatti la disciplina già introdotta con il D.L. n. 83/2012 sulla possibilità di sospendere un rapporto pendente viene mantenuta e applicata anche nel caso in cui il contratto in esame sia un *leasing*, pertanto si rimanda a quanto già detto nel paragrafo che precede 7.3.2.1.

7.3.3.2 Scioglimento

L'applicazione al contratto di *leasing* dell'art. 169-*bis* l.fall. non suscita più alcun dubbio, poiché siamo di fronte, quando pendente, a un rapporto caratterizzato da prestazioni corrispettive:²²⁶ da una parte il concedente che mette a disposizione il bene e dall'altra l'utilizzatore che periodicamente paga il godimento e l'utilizzo del bene.

²²⁴ M. FABIANI, G.B. NARDECCHIA, (a cura di), *Legge fallimentare: formulario commentato*. Milano Fiori-Assago (MI): Wolters Kluwer Italia, 2014, 754.

²²⁵ Come abbiamo già avuto modo di vedere, la modifica apportata dal Legislatore al 1° comma dell'art. 169-*bis* l.fall. non ha fatto altro che confermare quanto già era divenuta prassi in relazione alla non retroattività degli effetti al momento della richiesta dell'istanza di scioglimento o di sospensione. Si veda in questo senso la sentenza del Trib. Terni, 27.12.2013, su www.ilcaso.it "l'eventuale scioglimento non potrà retroagire né alla data di presentazione della domanda di concordato con riserva, ..., né alla sua pubblicazione nel registro delle imprese, ..., bensì (e al più) alla data della richiesta di autorizzazione, in quanto formulata non "nel ricorso di cui all'art. 161" ..., bensì successivamente..., sicché i diritti maturati nel frattempo in prededuzione - in quanto crediti sorti per effetto di atti di ordinaria amministrazione legalmente compiuti dal debitore, *ex art.* 161 co. 7 L.Fall. - appaiono intangibili". Cfr. cap. 5.

²²⁶ Cfr. Trib. Treviso, 24.2.2015, in www.ilcaso.it e Trib. Ravenna, 28.1.2014, in www.ilcaso.it.

Nonostante ormai l'applicazione dell'art. 169-bis l.fall. al contratto di *leasing* non susciti più alcun dubbio, alcuni non sono concordi sulla concessione dell'autorizzazione allo scioglimento nella fase del concordato in bianco, non solo per il contratto di *leasing*, e sostengono come la sospensione sia l'unica in grado di conciliare la provvisorietà degli effetti da essa prodotti con la temporaneità della domanda di concordato con riserva.²²⁷

Quando lo scioglimento viene concesso in seguito alla sospensione, il periodo intercorso tra il rilascio di una autorizzazione e l'altra si "annulla", conseguentemente lo scioglimento del rapporto si intende autorizzato al momento del rilascio del provvedimento di sospensione. Questo avviene perché la sospensione del contratto comporta il "congelamento" degli effetti del rapporto e quindi i contratti non producono effetti.²²⁸

Al verificarsi di questa ipotesi, parrebbe superfluo individuare se il periodo di sospensione è avvenuto con o senza utilizzo del bene, poiché la normativa prevede, che in seguito allo scioglimento venga riconosciuto al concedente il credito derivante dalla differenza tra il credito vantato alla data della domanda e l'importo ottenuto dalla nuova allocazione del bene, pertanto il debito maturato nei confronti del concedente non dovrà essere maggiorato dell'indennizzo da riconoscere per il periodo di sospensione, ma da quello dovuto per lo scioglimento.

La quantificazione dell'indennizzo, da corrispondere in chirografo, verosimilmente potrebbe avvenire applicando le clausole contenute nel contratto, che solitamente prevedono, in caso di risoluzione anticipata, il calcolo attualizzato delle rate non ancora scadute dalla data di deposito del ricorso *ex art.* 161 l.fall.

Quando lo scioglimento, non viene preceduto da un periodo di sospensione, i suoi effetti si produrranno nel momento in cui l'autorizzazione concessa viene notificata al terzo contraente,²²⁹ pertanto tutte le rate maturate dalla data di pubblicazione del ricorso, *ex art.* 161 l.fall., alla data della notifica dovranno essere soddisfatte in prededuzione, mentre quelle scadute antecedentemente e non pagate dovranno essere soddisfatte in moneta concordataria solo nel momento in cui il valore del bene riallocato non sia capiente.

Un elemento di criticità, al 5° comma, dell'art. 169-bis l.fall., è individuato nell'inciso secondo cui la vendita del bene, o la sua diversa allocazione, debba avvenire da parte del concedente "*a valori di mercato*".

Mutuando quanto ampiamente discusso in sede fallimentare con riferimento all'art. 72-*quater* l.fall., anche se la nuova allocazione del bene, possa apparire influenzata dal libero arbitrio del

²²⁷ Si vedano ad esempio: Trib. Ravenna 22.10.2014, in www.ilcaso.it; Trib. Pavia, 24.11.2014, in www.ilcaso.it

²²⁸ G. SPEROTTI, A. ALBÈ, *Concordato preventivo: sospensione e scioglimento di contratti di leasing pendenti*, Il Fallimentarista, 4 dicembre 2013, in www.ilfallimentarista.it

²²⁹ Sul punto si rimanda a quanto detto nel cap. 5

concedente, senza che quest'ultimo sia vincolato al raggiungimento di alcun obiettivo sull'ammontare da realizzare, l'operato della società di *leasing* deve essere conformato all'art. 1175 c.c. con riferimento ai principi di correttezza e diligenza.

La vendita dovrà quindi avvenire in modo trasparente così da poter ricostruire a ritroso la procedura di allocazione attuata, oltre che tener conto delle offerte ricevute e delle informazioni raccolte sull'andamento del mercato.

La precisazione che indica i "valori di mercato" quali valori di riferimento sembra aver introdotto una sorta di obbligo di risultato in capo al concedente, nonostante la norma sia priva di qualunque indicazione sul periodo entro cui la realizzazione debba essere concretamente attuata.²³⁰

È proprio dalla mancanza di un limite temporale, entro il quale la riallocazione debba avvenire, che potrebbero emergere ulteriori dubbi interpretativi rappresentati da quale importo inserire nel piano e quindi per quale importo il terzo contraente può esercitare il diritto di voto, qualora si ritenga opportuno richiedere lo scioglimento del rapporto.

Difatti la norma prevede che il concedente restituisca al debitore la differenza positiva derivante dalla vendita del bene e il credito residuo in linea capitale alla data di deposito della domanda, rappresentando questo un elemento d'incertezza poiché il prezzo di vendita del bene è collegato non solo all'andamento del mercato, ma altresì al momento in cui tale bene viene effettivamente venduto o riallocato.²³¹

²³⁰ M. R. LA TORRE, *La disciplina del leasing nel fallimento e gli effetti sulla qualificazione del contratto*, Relazione svolta al convegno "Il Leasing e la riforma fallimentare", Sez. II- Dottrina, opinioni e interventi, documento n. 173/2009, 8-9, in www.ilcaso.it.

²³¹ Il Tribunale di Udine, 24.2.2012, ha affrontato il problema in sede fallimentare decidendo sull'ammissione, allo stato passivo, del credito vantato dal concedente, nonostante la nuova allocazione del bene non fosse ancora avvenuta, prevendendone l'iscrizione al valore di mercato. Nell'ipotesi in cui il valore del bene non sia stato determinato in sede di contraddittorio fra concedente e procedura, o nell'inventario fallimentare il credito residuo potrà essere ammesso al passivo per intero con riserva, ai sensi dell'art. 96, comma 2°, l.fall., che sarà sciolta una volta allocato il bene ai sensi dell'art. 113-bis l.fall., in www.ilcaso.it

8. L'inefficacia di “eventuali patti contrari” nell’art. 186-bis l.fall.

Il Legislatore, nel disciplinare il concordato con continuità aziendale, all’art. 186-bis l.fall., sembra aver voluto ampliare la disciplina dei contratti pendenti, già contenuta nell’art. 169-bis l.fall., per favorire la continuazione dell’attività aziendale e concedere al debitore strumenti più efficaci per addivenire alla soluzione della crisi.

L’articolo in esame, oltre a sottolineare la neutralità del deposito del ricorso, ex art. 161 l.fall., rispetto alla disciplina contrattuale della risoluzione dei contratti pendenti, insiste sulla loro continuazione con particolare riferimento a quelli stipulati con le pubbliche amministrazioni.

La norma nello specifico considerando i contratti pubblici prevede che questi possano non solo continuare, in capo alla società debitrice, (se munita di un’apposita attestazione sulla conformità del piano e sulla “ragionevole capacità di adempimento”,²³² rilasciata da un professionista, nominato dal debitore, che presenti i requisiti richiesti dall’art. 67 l.fall.), ma che possono altresì essere trasferiti alla società cessionaria o conferitaria dell’azienda o di rami di essa, se queste ultime presentano i requisiti di legge.

Al 3° comma dell’art. 186-bis l.fall., il Legislatore, oltre a disciplinare i contratti pubblici, ha sentito la necessità di inserire l’espressa previsione d’inefficacia degli “eventuali patti contrari”, ossia dell’invalidità delle clausole contrattuali che collegano la risoluzione del rapporto con l’ammissione alla procedura concordataria del soggetto inadempiente.

L’inciso potrebbe apparire, a una prima lettura, quasi una ripetizione, poiché l’applicazione del principio della naturale prosecuzione dei rapporti contrattuali potrebbe basterebbe di per sé a non far considerare valide le clausole che fanno dipendere la risoluzione dall’ammissione di uno dei contraenti alla procedura di concordato preventivo.

La giustificazione del voluto inserimento potrebbe essere collegata alla presenza della specifica disciplina prevista per regolare i rapporti intrattenuti con le pubbliche amministrazioni,²³³ la cui prosecuzione è subordinata al rilascio, come già anticipato, della certificazione da parte dell’attestatore.

²³² Assoggettare la continuazione di un contratto pubblico al rilascio dell’attestazione da parte del professionista ci fa capire “che questa attestazione deve essere contestuale alla presentazione della domanda...altrimenti i contratti appartenenti a questa tipologia (a differenza degli altri, non pubblici) si sciolgono”. Inoltre è grazie al rilascio di questa attestazione che cessionario o conferitario possono “avvantaggiarsi della continuazione dei contratti pubblici proprio perché, prima della cessione o del conferimento, vi è stata quella attestazione di cui parla la norma che ha consentito la prosecuzione dei contratti”, in G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, Concordato preventivo e accordi, Il Fallimento e le altre procedura concorsuali n. 9/2013, Ipsa, 2013, 1129, in www.commercialistideltriveneto.org.

²³³ P.F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, Crisi d’Impresa e Fallimento, 2013, 12, in www.ilcaso.it.

Dal punto di vista pratico sia nel concordato in continuità, che nel concordato liquidatorio, opera il principio di prosecuzione dei rapporti introdotto dall'art. 169-bis l.fall.,²³⁴ ma l'inserimento dell'inefficacia dei patti contrari è avvenuto materialmente per il solo concordato in continuità ed è pertanto questione dibattuta se il divieto dei patti contrari possa essere esteso anche al concordato per *cessio bonorum*.

8.1 Raffronto con la disciplina fallimentare

La locuzione inserita all'art. 186-bis, comma 3° l.fall., richiama quella inserita all'art. 72, comma 6°, l.fall., e che prevede, in modo del tutto analogo, l'inefficacia delle clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dalla dichiarazione di fallimento di uno dei contraenti.

Entrambi gli articoli presi in esame (186-bis l.fall. e 72 l.fall.) hanno per effetto lo spostamento di quella che in dottrina è stata definita la “*simmetrica collocazione del baricentro della gestione dei rapporti pendenti*”²³⁵ non più in capo al contraente *in bonis*, secondo le regole del diritto comune, ma in capo al debitore ammesso al concordato preventivo da una parte, in l'applicazione dell'art. 186-bis l.fall., e in capo al Curatore dall'altra, in applicazione dell'art. 72 l.fall.

L'identità del disposto presente in entrambe le norme potrebbe permettere di riprendere le conclusioni, cui era giunta la giurisprudenza, con l'art. 72 l.fall., in tema d'inefficacia dei patti contrari e consentire una riflessione, più consapevole, sull'accesa questione di estendere il divieto dei patti contrari al concordato in generale oltre che al concordato in continuità aziendale.

8.1.1 L'art. 72, comma 6°, l.fall.

Il comma 6°, dell'art. 72 l.fall., prevede l'inefficacia *tout court* delle “*clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento*”.

L'intento perseguito dal Legislatore era rivolto ad arrestare l'ormai diffusa pratica commerciale di inserire nei contratti clausole che permettevano di invocare la risoluzione in

²³⁴ Come ricorda il Tribunale di Terni il debitore, che voglia sciogliersi o sospendere un contratto pendente, deve necessariamente richiedere l'autorizzazione al Tribunale, ciò comporta che la regola generale è identificata nella continuazione dei rapporti, mentre scioglimento e sospensione rappresentano l'eccezione. Trib. Terni, 12.10.2012, in www.ilcaso.it.

²³⁵ A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, Il Fallimento n. 3 (2013), 13.5.2013, 270, in www.ipsoa.it

caso di fallimento di uno dei contraenti, così tutelando l'interesse della massa dei creditori rispetto all'interesse singolo del terzo contraente.

Le clausole che, automaticamente, facevano operare la risoluzione in caso di sopraggiunto fallimento di uno dei contraenti, nella prassi erano inserite con l'intento di evitare, alla controparte *in bonis*, il concorso nel reato di bancarotta.²³⁶ Queste risoluzioni "automatiche",²³⁷ se da una parte permettevano alla Procedura di poter avanzare richieste restitutorie,²³⁸ dall'altra potevano favorire il compimento di abusi a danno della massa dei creditori.²³⁹

Alla luce della disciplina in esame, sia la clausola risolutiva espressa²⁴⁰ e sia la clausola penale,²⁴¹ che fanno dipendere la risoluzione di un contratto dalla dichiarazione di fallimento di uno dei contraenti, vengono quindi ritenute inefficaci,²⁴² a prescindere dalla tipologia di inadempimento compiuto, salvo che la domanda giudiziaria di risoluzione per inadempimento pregresso non sia stata avviata anteriormente al fallimento.²⁴³

²³⁶ L'intento perseguito dal contraente *in bonis* è quello di escludere un eventuale suo coinvolgimento nel reato di bancarotta. La giurisprudenza di legittimità ha già da qualche tempo definito i principi che permettono di individuare quando il comportamento dell'*extraneus* possa configurarsi come concorso nel reato. Di recente, riaffermando la validità dei principi, ha "ribadito che in tema di reati fallimentari, è configurabile il concorso nel reato di bancarotta fraudolenta da parte di persona estranea al fallimento, qualora la condotta realizzata in concorso col fallito sia stata efficiente per la produzione dell'evento e il terzo concorrente abbia operato con la consapevolezza e la volontà di aiutare l'imprenditore in dissesto a frustrare gli adempimenti predisposti dalla legge a tutela dei creditori dell'impresa (cfr., ex plurimis, Cass., sez. 5^a, 26.4.2011, n. 27367, rv. 250409)", in Cass., Sez. V Pen., 23.6.2016, n. 42572, in www.ilcaso.it

²³⁷ M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico e pratico*, ed. 3a, Cedam, Padova, 2014, 974.

²³⁸ La risoluzione, comportando la decadenza del vincolo contrattuale, permette di ottenere la restituzione di quanto concesso durante l'esecuzione del rapporto, principio, questo, ribadito dalla giurisprudenza sin dai primi anni cinquanta. "La mancanza *ab initio* o sopravvenuta della causa acquirendi – e dunque, tanto nei casi di nullità, annullamento, rescissione o risoluzione, quanto in qualsiasi altra ipotesi in cui venga meno un vincolo originariamente esistente – l'azione accordata dall'ordinamento per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto caducato è quella di ripetizione di indebito oggettivo" in L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, 2.

²³⁹ Il comma 5° dell'art. 72 l.fall. evita che la risoluzione venga invocata dopo la dichiarazione di fallimento, così evitando che "gli effetti restitutori ed eventualmente risarcitori, connessi alla pronuncia di risoluzione per inadempimento del contratto a prestazioni corrispettive, si riverberino negativamente sulla par condicio creditorum", in Trib. Saluzzo, 24.5.2012, in www.ilcaso.it

²⁴⁰ La clausola risolutiva espressa, ex art. 1456 c.c., qualora presente prevede la risoluzione del contratto al verificarsi dell'inadempimento, ma opera esclusivamente a seguito della dichiarazione resa dalla controparte che ha interesse ad avvalersene, che dovrà manifestare la volontà di esercitare la risoluzione di diritto e "non è soggetta a vincoli di formalità". Cfr. R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Utet Giuridica, Torino, 2016, 1630.

²⁴¹ L'art. 1382 c.c. introduce la clausola penale che è volta a definire, qualora si verifichi l'inadempimento, la somma di denaro "ma può anche consistere nella estinzione di un credito o avere ancora diversa natura". Una volta richiesta la penale a seguito di inadempimento l'attore non potrà richiedere anche l'adempimento della prestazione "il cumulo è consentito se la penale è per il ritardo". R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Utet Giuridica, Torino, 2016, 1093 e ss.

²⁴² Anche se in precedenza riconosciute come valide dalla giurisprudenza e in particolare dal Consiglio di Stato con sentenza n. 1342, 25.9.1995. Cfr. M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico e pratico*, Tomo I, Cedam, Padova, 2007, 528.

²⁴³ Anche prima della Riforma la giurisprudenza maggioritaria non consentiva al contraente *in bonis* di invocare, dopo la dichiarazione di fallimento la risoluzione per inadempimento, ai sensi dell'art. 1453 c.c. e ss., poiché non si identificavano, fallimento e stato di insolvenza, come "casi di forza maggiore o cause di sopravvenuta

Secondo l'orientamento della Cassazione, una volta dichiarato il fallimento di uno dei contraenti, è precluso, al terzo, il diritto di poter invocare la risoluzione, anche se l'inadempimento si è verificato anteriormente alla sentenza.²⁴⁴

La risoluzione potrà quindi essere esercitata solamente prima del fallimento, in virtù dell'applicazione del principio secondo cui l'imprenditore dichiarato fallito viene spossessato dell'amministrazione dei suoi beni, che vengono acquisiti dalla procedura a soddisfazione della massa dei creditori.²⁴⁵

Permettere al contraente *in bonis*, che avesse consegnato il bene oggetto della vendita prima del fallimento, di ritornarne in possesso attraverso l'esercizio della risoluzione, avrebbe comportato la violazione di due fondamentali principi: il primo rappresentato dallo spossessamento, che colpisce l'imprenditore dichiarato fallito e che si estende anche sul bene oggetto della transazione e il secondo individuato nella *par condicio creditorum*, nel momento in cui il terzo, ottenendo la restituzione del bene, non avrebbe dovuto attendere la soddisfazione del proprio credito in concorso con gli altri creditori.²⁴⁶

Oltre a quanto sopra argomentato, è oramai tesi diffusa, che il sopraggiungere del fallimento, di uno dei contraenti, non possa essere considerato il compimento di atto "illecito"²⁴⁷ da parte del soggetto debitore e pertanto non si possono configurare né i presupposti per la risoluzione, né per la richiesta di risarcimento del danno da parte del terzo contraente.

Per analogia anche nella procedura concordataria si potrà prevedere la possibilità, per il terzo contraente, di poter invocare l'azione di risoluzione solo se avviata prima dalla pubblicazione del ricorso *ex art. 161 l.fall.* al Registro delle Imprese.

La motivazione viene individuata nell'art. 45 l.fall., che, richiamato dall'art. 169 l.fall., definisce l'opponibilità degli atti compiuti sul patrimonio del debitore, nei confronti della massa dei creditori, se compiuti prima della dichiarazione di fallimento.

La domanda di risoluzione esercitata principalmente per fini recuperatori sarà opponibile alla procedura di concordato se il giudizio è stato avviato precedentemente, ciò comporta che per i

impossibilità di adempiere ai sensi degli artt. 1256 e 1463 c.c. P. F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*. Crisi d'Impresa e Fallimento, 2013, 3 e ss, in www.ilcaso.it

²⁴⁴ Cass., Sez. II Civ., 26.3.2001, n. 4365, in www.ilfallimento.it Cass., Sez. Un. Civ., 7.7.2004, n. 12505, in <http://elibrary.fondazione-notariato.it>. In particolare in quest'ultima sentenza la Suprema Corte precisa che "l'art. 45 L. fall. non si pone in antitesi con la disciplina appena illustrata, ma la integra (così in particolare: Cass. 1/75 e 101/90, citt.). Con tale disposizione si è statuito, infatti, che "le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi", (solo) se compiute dopo la data della dichiarazione di fallimento "sono senza effetto rispetto ai creditori". Il che lascia intendere che, nel caso opposto, tali formalità sono invece opponibili".

²⁴⁵ Cass., Sez. I Civ., 9.12.1982, n. 6713, in www.ilcaso.it.

²⁴⁶ P. F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*. Crisi d'Impresa e Fallimento, 2013, 3 e ss, in www.ilcaso.it

²⁴⁷ V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali: D.Lg. 9 gennaio 2006, n. 5*, Utet Giuridica, Torino, 2006, 145.

beni soggetti a iscrizione nei pubblici registri la risoluzione dovrà essere trascritta prima della pubblicazione del ricorso *ex art.* 161 l.fall., per gli altri beni si dovranno seguire soluzioni alternative. Una di queste è individuata nella data certa, fornita dalla notifica della citazione eseguita ante procedura ai sensi dell'art. 137 c.p.c.

Esaminando congiuntamente l'art. 45 l.fall. e l'art. 2914, n. 4, c.c. si rinviene nella data certa quell'elemento necessario per poter opporre al pignoramento l'atto di vendita se anteriore al pignoramento stesso.²⁴⁸

Il contenuto del 3° comma dell'art. 186-*bis* l.fall. essendo simile a quello previsto dal 6° comma dell'art. 72 l.fall., porta a considerare, per analogia, inefficaci tutte quelle clausole che fanno dipendere la risoluzione dall'ammissione di una delle parti alla procedura concordataria ma non quando, come nel caso del fallimento, il terzo contraente abbia avviato la risoluzione prima della pubblicazione del ricorso *ex art.* 161 l.fall.²⁴⁹

L'inefficacia dei patti contrari, secondo alcuni, pur essendo espressamente introdotta nel solo concordato in continuità, per estensione dovrebbe trovare applicazione nel concordato preventivo in generale sia esso liquidatorio, misto o in continuità.

A sostegno di questa tesi estensiva viene menzionato il principio generale di prosecuzione dei rapporti, in base al quale alle parti non è concessa l'“*autonomia negoziale*” di sciogliere un contratto per effetto dell'ammissione al concordato preventivo del debitore, in perfetto accordo con la tipologia della procedura che è caratterizzata dalla conservazione dell'amministrazione dei beni e dell'esercizio dell'impresa in capo all'imprenditore.²⁵⁰

Alla base della richiesta di estendere l'inefficacia dei patti contrari a tutte le tipologie di concordato, viene inoltre ricordato come esso già sia previsto nell'ambito della procedura fallimentare.²⁵¹

Invero, l'orientamento favorevole all'applicazione di un'interpretazione più restrittiva sostiene che l'inefficacia dei “patti contrari”, essendo prevista per il solo concordato in continuità aziendale, per coerenza solamente a quest'ultimo debba essere applicata.²⁵²

²⁴⁸ N. OPPOLITI, *La risoluzione del contratto nel concordato con continuità aziendale*, in *Crisi di impresa e continuità aziendale*, Corso di perfezionamento “Il nuovo diritto fallimentare”, Firenze, 15 e 29 novembre 2012

²⁴⁹ M. ARATO, *Speciale decreto sviluppo: il concordato con continuità aziendale*, *Il Fallimentarista*, Giuffrè Editore, 2012, 2 e ss., in www.ilfallimentarista.it

²⁵⁰ G. SCOGNAMIGLIO, *Concordato preventivo e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione*, 2013, 22, in www.judicium.it

²⁵¹ Si veda per tutti la sentenza emessa dal Tribunale di Modena secondo cui l'inefficacia dei patti contrari presente al comma 6° dell'art. 72 l.fall. e il divieto di esperire l'azione di risoluzione dopo il fallimento possono essere applicati anche al concordato preventivo, poiché aventi la stessa *ratio* e perché l'ammissione alla procedura concordataria non influenza la prosecuzione dei rapporti pendenti ad eccezione degli strumenti, di scioglimento e sospensione previsti dall'art. 169-*bis* l.fall. Trib. Modena, 6.8.2015, in www.ilcaso.it

²⁵² Su tale punto si cita la sentenza emessa dal T.A.R. di Aosta, che evidenzia come la disciplina prevista per il concordato in continuità, “*nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente*” siano “*norme di stretta interpretazione*”. Cfr. T.A.R. Aosta, sez. I, 18.4.2013, n.23, in www.mediaconsult.it

La ragione sembra essere individuata nell'esigenza di dare maggiore solidità al contratto pendente *“attesa la funzione ancillare che svolgono i contratti pendenti rispetto alla continuazione dell'attività economica da parte dello stesso debitore o del cessionario o del conferitario dell'azienda (o di un suo ramo)”*.²⁵³

Altro rilievo evidenzia come l'inefficacia dei patti contrari s'inserisce in deroga al principio di continuazione dei contratti pendenti e pertanto la sua operatività deve essere circoscritta al solo concordato in continuità che la prevede *“e ciò non tanto per il suo collegamento con l'ampio riferimento successivo ai contratti stipulati con le pubbliche amministrazioni; quanto, piuttosto, per coerenza con il regime di specifica agevolazione assegnato dal legislatore a tale tipo di concordato, particolarmente valorizzato in funzione del mantenimento dell'esercizio dell'attività di impresa, senza interferenze da parte del contraente in bonis”*.²⁵⁴

Estendere l'applicazione del divieto per il solo motivo che è osservato nel fallimento non può essere considerata motivazione valida non *“potendosi ravvisare un principio...immanente alle procedure concorsuali”*.²⁵⁵

La non applicabilità, al concordato liquidatorio dei commi 5° e 6° dell'art. 72 l.fall. in tema di risoluzione, è altresì giustificata dal mancato richiamato all'art. 169 l.fall., che introduce le norme del fallimento applicabili al concordato preventivo, così inserendosi nella più ampia disputa dell'estensione della disciplina dei rapporti pendenti dettata per il fallimento all'art. 72 l.fall. al concordato preventivo.²⁵⁶

Secondo questa tesi essendo prevista l'inefficacia delle clausole contrattuali per il solo concordato in continuità, le eventuali clausole risolutive inserite nel contratto troveranno invece applicazione nel concordato liquidatorio.²⁵⁷

Quest'ultima interpretazione è ritenuta più corretta e coerente con l'intento del Legislatore di voler creare una sorta di preferenza per il concordato in continuità, rispetto a quello liquidatorio.

²⁵³ A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali. Appendice di aggiornamento in relazione al d.l. n. 83/2012, conv. dalla l. n. 134/2012*. Il Mulino, Bologna, 2016, 22, in www.mulino.it

²⁵⁴ A. PATTI, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*. Giuffrè, Milano, 2014, 115-116.

²⁵⁵ A. PATTI, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*. Giuffrè, Milano, 2014, 116

²⁵⁶ Si rimanda, per tale argomento, a quanto affrontato nel cap. 2.

²⁵⁷ Cfr. Trib. Massa, 1.2.2016, in www.ilcaso.it Dello stesso parere P. PIZZA, *Speciale Decreto Sviluppo - Il concordato preventivo di imprese fornitrici della pubblica amministrazione*, 2012, 1, in www.ilfallimentarista.it. L'autore *“ragionando a contrario”* sostiene la validità delle clausole contrattuali che prevedano la risoluzione nell'ipotesi in cui una delle parti depositi domanda di concordato liquidatorio. Egli evidenzia come *“le clausole che prevedono lo scioglimento del contratto in caso di presentazione della domanda di concordato preventivo inserite fino ad oggi nei contratti stipulati con pubbliche amministrazioni, non distinguono il concordato preventivo con continuità aziendale dal concordato preventivo senza continuità aziendale; pertanto, tali clausole dovranno essere considerate inefficaci soltanto nella parte in cui dispongono implicitamente che vi sia scioglimento laddove sia stata presentata domanda di concordato preventivo con continuità aziendale.”*

Nel concordato liquidatorio troveranno quindi applicazione le clausole risolutive qualora invocate dal terzo contraente²⁵⁸ prima della pubblicazione del ricorso *ex art. 161 l.fall.* nel Registro delle Imprese.

L'inefficacia in esame, allo stesso modo, dovrebbe trovare applicazione anche nel concordato preventivo in bianco, qualora l'imprenditore intenda procedere col deposito di un piano che ne preveda la continuità aziendale.²⁵⁹

Nonostante l'inserimento dell'inefficacia dei patti contrari, all'art. 186-*bis* l.fall., non trovi la sua stretta motivazione nella presenza della disciplina dei contratti pubblici, prevista nel medesimo comma, di particolare importanza sono le disposizioni che li riguardano così da meritare un approfondimento.

8.2 I contratti pubblici

In deroga a quanto previsto nel comma 1° dell'art. 38, del D.Lgs. 163/2006, l'ammissione al concordato preventivo non è più motivo ostativo alla partecipazione a gare per l'affidamento di appalti pubblici, né tanto meno lo è la loro prosecuzione. Lo stesso equivale quando la continuazione di un rapporto avviene in capo alla società cessionaria, o conferitaria dell'azienda o di rami di essa, alla quale sono ceduti i contratti, purché il professionista nominato dal debitore attesti la *“conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento”*.

Nello specifico l'art. 186-*bis* l.fall. prevede la possibilità di poter partecipare anche alle gare per l'affidamento di appalti pubblici, purché oltre alla relazione del professionista, già richiesta per la continuazione dei rapporti pubblici pendenti, sia fornita un'apposita dichiarazione resa da un altro operatore *“in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto”*. Quando l'imprenditore in concordato si sia unito ad un'associazione temporanea di imprese la dichiarazione può essere rilasciata anche da un membro dell'ATI (salvo che l'impresa in concordato non rivesta il ruolo di mandataria e che le altre imprese del gruppo non siano sottoposte ad altra procedura concorsuale).

Il dichiarante s'impegna, nei confronti del debitore in concordato che partecipa alla gara o che risulta già assegnatario di un contratto di appalto, a fornire, per tutta la durata del contratto,

²⁵⁸ M. SANDULLI, G. D'ATTORRE (a cura di), *La nuova mini-riforma della legge fallimentare. Aggiornamento alla legge 30 giugno 2016, n. 119*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016, 232.

²⁵⁹ G. P. MACAGNO, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, Crisi di impresa e fallimento, 2014, 9, in www.ilcaso.it; dello stesso parere anche A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, Il Fallimento n. 3, 2013, 272-273, in www.ipsoa.it

“le risorse necessarie all’esecuzione dell’appalto e a subentrare all’impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto” o in tutti quei casi in cui l’appaltatore non sia in grado di eseguire regolarmente il contratto stipulato, a dare corso alla procedura di avvalimento, prevista dall’art. 49 del D.Lgs 163/2006. Non vi sono dubbi sul fatto che il Legislatore da una parte voglia sostenere le imprese in crisi, ma dall’altra debba perseguire anche la salvaguardia di interessi pubblicistici come quelli rappresentati dalla realizzazione delle opere oggetto di appalto.

È per questo motivo che ha introdotto la condizione per le imprese costituite in ATI, ad eccezione del debitore in concordato, di non essere assoggettate ad altra procedura concorsuale e ha inoltre previsto che l’azienda in concordato non ricopra nell’associazione il ruolo di mandataria nella partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici.

Qualora il contratto sia già stato assegnato varrà la regola generale della prosecuzione dei rapporti, nonostante la società in concordato preventivo ricopra il ruolo di mandataria.

Inizialmente, con determina n. 3/2014, l’Autorità Nazionale Anticorruzione aveva escluso la possibilità per coloro che depositano ricorso in bianco di poter accedere alle gare d’appalto, giacché il solo deposito dei bilanci degli ultimi tre esercizi e l’elenco nominativo dei creditori era ritenuta documentazione inidonea ad indicare la prosecuzione dell’attività aziendale non essendo accompagnata da un piano dettagliato.

Data l’assenza di elementi sufficientemente idonei a confermare la sussistenza dello stato di continuità aziendale l’Autorità riteneva il concordato in bianco *“causa ostativa per il rilascio della qualificazione nonché presupposto per la soggezione dell’impresa al procedimento ex art. 40, comma 9-ter del Codice (decadenza dell’attestazione) per perdita del corrispondente requisito.”*²⁶⁰

In seguito l’Autorità con la determinazione n. 5, dell’8 aprile 2015, ha modificato il proprio parere ritenendo possibile la realizzazione di un concordato preventivo in continuità aziendale anche qualora l’istante depositi domanda di ammissione a concordato preventivo con riserva, purché nel ricorso vi sia espressa indicazione della volontà di produrre un piano basato sulla prosecuzione dell’attività aziendale.

Con tale modifica l’Autorità Nazionale Anticorruzione ha reso possibile anche per le aziende ammesse al concordato in bianco la partecipazione alle gare d’appalto, poiché anche dopo il deposito del ricorso ex art. 161 l.fall., esse mantengono i requisiti richiesti dalle certificazioni.

²⁶⁰ Autorità nazionale anticorruzione, *Effetti della domanda di concordato preventivo ex art. 161, comma 6, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e ss.mm.ii. (c.d. concordato "in bianco") sulla disciplina degli appalti pubblici*, determina n. 5, G.U. serie generale n.97 del 28-4-2015, in www.gazzettaufficiale.it

L'Autorità, con la medesima determinazione, ha inoltre aggiunto che il venir meno della continuità, accertata dal tribunale che dichiara l'inammissibilità della Procedura, causa la decadenza dei requisiti richiesti dalla certificazione, conseguentemente anche il venir meno dei requisiti per la prosecuzione dei contratti con le pubbliche amministrazioni.

In conclusione la grande differenza tra quanto previsto per il concordato liquidatorio e per quello in continuità è la possibilità per le imprese, che accedono a quest'ultimo, di poter partecipare alle gare di appalto, poiché solamente la continuità aziendale è compatibile con i requisiti richiesti dall'attestazione di qualificazione, certificazione quest'ultima necessaria per partecipare alle procedure di affidamento.²⁶¹

8.2.1 I contratti di appalto

Il D.Lgs. n. 50 del 18.4.2016 (in seguito codice degli appalti) emanato per l' "*Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*", ha introdotto delle novità in materia di contratti pubblici in particolare con riferimento alle imprese insolventi abrogando il precedente "Codice dei contratti pubblici" introdotto dal D.lgs. 163/2006.

La materia così riformulata si adegua all'intento della direttiva comunitaria 2014/23/UE di garantire la partecipazione alle procedure pubbliche, per l'affidamento di appalti, anche alle "imprese in crisi", eliminando così l'ipotesi di scioglimento del contratto pubblico a seguito dell'assoggettamento a una qualsiasi procedura concorsuale dell'appaltatore.

Si è così perseguito un duplice obiettivo rappresentato da una parte dalla necessità di fornire una maggiore protezione alle imprese insolventi, cercando di salvaguardare l'occupazione e dall'altra di garantire una maggiore partecipazione alle gare di appalto.

In particolare la nostra analisi è concentrata sull'art. 110 del citato decreto legislativo, che al contrario di quanto previsto in passato, la manifestazione dello stato d'insolvenza, nonché la presenza di una procedura concorsuale, non determinano più il venir meno dei requisiti necessari per la partecipazione alle gare di appalto o per la continuazione di un contratto pendente.

²⁶¹ Autorità nazionale anticorruzione, *Effetti della domanda di concordato preventivo ex art. 161, comma 6, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e ss.mm.ii. (c.d. concordato "in bianco") sulla disciplina degli appalti pubblici*, determina n. 5, G.U. serie generale n.97 del 28-4-2015, in www.gazzettaufficiale.it

L'art. 110 difatti prevede che *“Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione dell'appaltatore, ..., interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori.”*

Il presente articolo prevede, inoltre al comma 3°, che sia il Curatore fallimentare, autorizzato all'esercizio provvisorio e sia l'impresa ammessa al concordato preventivo in continuità, possano partecipare alle gare di appalto, ricoprire il ruolo di affidatario dell'appalto, oltre che proseguire i contratti pendenti, opzione quest'ultima garantita anche alle imprese in concordato preventivo con cessione dei beni.

La nuova formulazione dell'art. 110 non apporta significativi elementi innovativi, giacché anche con il testo previgente era opinione diffusa riconoscere la possibilità per le imprese, ammesse al concordato preventivo in continuità, non solo di prendere parte alle procedure di affidamento, ma altresì di proseguire i rapporti pendenti.²⁶²

Alla base di questo riconoscimento vi era l'idea diffusa che la presenza della procedura di concordato in continuità attribuisse allo stato di crisi aziendale una sorta di reversibilità, essendo funzionale alla realizzazione di una ristrutturazione aziendale e quindi al recupero di una posizione competitiva sul mercato.²⁶³

Quest'idea era supportata dal c.d. “spossessamento attenuato” del patrimonio del debitore in capo al quale viene mantenuta l'amministrazione dei beni e dell'impresa, che dovrà porre in essere tutto quanto necessario per la realizzazione del piano concordatario, sotto il controllo esercitato dal Commissario Giudiziale.

La giurisprudenza amministrativa concedeva così la partecipazione alle gare d'appalto alle sole aziende per le quali il decreto di ammissione alla procedura, ex art. 163 l.fall. fosse già stato emesso, o a coloro che avessero già presentato domanda di ammissione al concordato preventivo,²⁶⁴ purché in continuità aziendale, mentre la escludeva per le imprese che avessero depositato il ricorso ai sensi del comma 6° dell'art. 161 l.fall.²⁶⁵

La norma ora sancisce la possibilità per chi presenta domanda di concordato in bianco di poter proseguire i contratti pendenti alla data di deposito del ricorso, al pari di chi accede alla

²⁶² La giurisprudenza di merito ha sostenuto la possibilità per le aziende in concordato in continuità, comprese quelle che hanno depositato oltre alla possibilità di poter partecipare alle gare di appalto. Cfr. Cons. Stato Roma, 14.1.2014, in www.ilcaso.it; Trib. Bologna, 17.4.2014, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 17.7.2014, in www.ilcaso.it; Trib. Mantova, 10.9.2015, in www.ilcaso.it;

²⁶³ L. IMPARATO, *La crisi di impresa nel nuovo codice degli appalti pubblici*, 2017, 19, in www.ilcaso.it

²⁶⁴ Cfr. Tar Trieste, 7.3.2013, in www.ilcaso.it

²⁶⁵ Autorità Nazionale Anticorruzione, determina n. 3, 9.12.2014, in www.anticorruzione.it

procedura di concordato per *cessio bonorum*, ma non contempla la possibilità per esse di poter partecipare alle gare d'appalto.²⁶⁶

²⁶⁶ Soluzione sostenuta dal fatto che l'art. 186-*bis* l.fall. richiede al comma 5° che venga presentata in gara una relazione redatta da un professionista che attesti “*la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto*” elemento che non può essere prodotto nel caso di concordato con riserva. La tesi qui evidenziata risulta contrastata da interpretazioni contrarie, che sostengono come al comma 4°, dell'art. 186-*bis* l.fall. sia già prevista la facoltà per le imprese che depositano ricorso per il concordato in bianco di poter non solo continuare i contratti pendenti, ma altresì di partecipare alle gare di appalto. Cfr. Trib. Mantova, 10.9.2015, in www.ilcaso.it

9 Abuso del diritto

Oltre alle norme che disciplinano e regolano il contratto vi sono anche quelle che definiscono il criterio di comportamento dei contraenti, obbligandoli, reciprocamente, ad agire secondo il principio di buona fede.²⁶⁷

Contravvenire al principio di buona fede durante l'esecuzione del contratto può determinare il compimento di un abuso del diritto, che si realizza nel momento in cui una delle parti invochi un diritto che gli deriva dalla legge, o dal contratto, per perseguire *“fini diversi e ulteriori rispetto a quelli consentiti”*.²⁶⁸

In generale l'abuso del diritto viene identificato con *“l'esercizio del diritto che in astratto spetta a chi lo esercita, ma che in concreto viene deviato dalla sua funzione tipica, non apportando alcun vantaggio apprezzabile e degno di tutela a favore di tale soggetto e comportando un danno a carico di chi lo subisce”*.²⁶⁹

L'abuso del diritto non è positivamente disciplinato dal nostro ordinamento giuridico e conseguentemente non ha una propria codifica, ciononostante la sua trattazione e la sua presenza sono costanti sia in dottrina, che in giurisprudenza.

I Giudici della Suprema Corte²⁷⁰ hanno stabilito come l'obbligo di assolvere al principio di buona fede *“si esplica nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge”*.

Dal principio di solidarietà tra le parti la Corte ha individuato gli elementi che caratterizzano l'abuso del diritto: *“1) la titolarità di un diritto soggettivo; 2) la possibilità di plurime modalità di esercizio non predeterminate; 3) un esercizio concreto censurabile rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) una conseguente sproporzione ingiustificata tra il vantaggio ulteriore e diverso da quello indicato dal legislatore da parte*

²⁶⁷ Il principio della buona fede emerge in molteplici norme, essa viene richiesta nella conduzione delle trattative e nella formazione del contratto ex art. 1337 c.c., nell'interpretazione del contratto ex art. 1366 c.c.; nello svolgimento dello stesso ex art. 1375 c.c. e altresì quando viene richiamata l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c.

²⁶⁸ R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Utet Giuridica, Torino, 2016, 1727. È questo il caso in cui il contraente, desideroso di liberarsi da un contratto di vendita non più economicamente conveniente, richiede alla controparte il pagamento del prezzo approfittando di un momento di difficoltà di quest'ultima. L'esempio più classico riguarda l'aumento di capitale in una società per azioni deliberato al solo fine di poter eliminare una minoranza, poco accondiscendente, in un momento in cui vi è certezza che quest'ultima non potrà eseguire la sottoscrizione delle nuove azioni.

²⁶⁹ G. D'ATTORRE, *L'abuso del concordato preventivo*, Giurisprudenza commerciale, vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 2013, 1060.

²⁷⁰ Cass., Sez. III Civ., 18.9.2009, n. 20106, in G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, I contratti, 2010, www.digiec.unirc.it.

*del titolare, ed il sacrificio della controparte*²⁷¹ ed inoltre come l'elemento rivelatore dell'abuso non sia necessariamente la *"volontà di nuocere"*, bensì la *"proporzionalità dei mezzi usati"*.

L'abuso del diritto è un tema spesso presente nel processo civile e di recente la sua presenza è stata rilevata anche nel diritto concorsuale.

La Cassazione²⁷² ha rilevato il compimento di un primo abuso nell'utilizzo distorto del concordato fallimentare. La Corte individuandone lo scopo dello *"strumento concordatario"* nell'intento perseguito *"di favorire l'anticipata soluzione della crisi, ..., senza arrecare al debitore fallito un danno non necessario"*, ha definito come *"nell'ottica del contrasto all'abuso dello strumento de quo possono essere lette le decisioni della Corte in tema di necessaria preferenza, ceteris paribus, della proposta presentata dal fallito (sent. n. 3327/2010) e di inammissibilità di una proposta che comporti l'espropriazione del debitore in favore del proponente anche della parte del patrimonio non necessaria per il soddisfacimento dei creditori e il pagamento delle spese (sent. n. 6904/10)"*.

Successivamente a questo episodio il compimento di abusi, nelle procedure concorsuali, è stato spesso rilevato nell'utilizzo sviato dello strumento di concordato preventivo, in particolar modo quando è pendente l'istanza di fallimento.

9.1 L'abuso nel concordato preventivo

L'abuso del diritto si compie, nelle procedure concorsuali, nel momento in cui gli strumenti introdotti dal Legislatore, allo scopo di risolvere la crisi, vengono utilizzati dal debitore con l'intento di sviarli dalla loro funzione tipica, (ad esempio allungando in tempi di durata della procedura e così pure il periodo di protezione garantito dall'art. 168 l.fall.), arrecando ai creditori un danno sproporzionato.

È affidato all'organo giudicante un ruolo attivo, per capire quando l'abuso possa essere compiuto. Il suo compito sarà quello di intervenire ed evitare che chiunque si avvalga di strumenti forniti dalla legge per trarne *"un vantaggio ulteriore rispetto alla tutela del diritto presidiato ed a chi lo subisce un danno maggiore rispetto a quello strettamente necessario per la realizzazione del diritto dell'agente"*.²⁷³

²⁷¹ Cass., Sez. III Civ. 18.9.2009, n. 20106, in G. D'ATTORRE, *L'abuso del concordato preventivo*, Giurisprudenza commerciale, vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 2013, 1061.

²⁷² Cass., Sez. I Civ., 10 febbraio 2011, n. 3274, in www.odcec.pn.it

²⁷³ M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico e pratico*, ed. 3a, Cedam, Padova, 2014, 1996.

Anche agli stessi creditori è affidato un ruolo attivo, poiché l'espressione di voto non deve attenere esclusivamente al piano e alla proposta di soddisfacimento, ma deve riguardare anche la situazione debitoria del ricorrente.

I creditori, conoscendo dapprima la situazione in cui versa il debitore, hanno la possibilità di poter capire quando la domanda, ex art. 161 l.fall., è presentata al solo fine di ottenere dei privilegi,²⁷⁴ (ad esempio una riduzione dei debiti, o la proroga dei termini di soddisfazione dei creditori), senza che la reale intenzione sia quella di avviare un vero e proprio piano di risanamento della crisi aziendale.²⁷⁵

Ci si potrebbe, difatti ritrovare nella situazione in cui il debitore ricorrente non soddisfa nemmeno il requisito di ammissibilità alla procedura, previsto dall'art. 160, comma 1°, l.fall. e corrispondente allo "stato di crisi", ma che lo simuli intenzionalmente e in modo fraudolento.

È per questo motivo che molti Tribunali, a causa del propagarsi di un utilizzo abusivo dello strumento concordatario, in particolar modo dell'*automatic stay*, sono stati costretti ad imporre alcuni limiti, soprattutto a seguito dell'aumento delle domande di concordato con riserva.²⁷⁶

Si individuerà l'abuso dell'*iter* processuale quando il ricorrente, chiamato a fornire chiarimenti su elementi che attengono all'inammissibilità della proposta, invece di procedere con la modifica della proposta concordataria, procede al ritiro della domanda e alla ripresentazione di una nuova domanda di concordato con riserva²⁷⁷.

Il debitore agisce con l'intenzione di scongiurare l'emissione del decreto di inammissibilità della proposta di concordato, ai sensi dell'art. 162 l.fall., a seguito della quale non potrebbe più, nei due anni successivi, presentare domanda di concordato in bianco, ma come unica scelta gli rimarrebbe la sola presentazione di una domanda di concordato c.d. "pieno" o di un accordo di ristrutturazione dei debiti. Con un siffatto comportamento il debitore mira, inoltre, a ottenere la sospensione degli effetti dell'eventuale istanza di fallimento depositata ai sensi dell'art. 6 l.fall.

²⁷⁴ I privilegi che il debitore cerca di ottenere sono collegati all'applicazione degli artt. 168 e 169 l.fall. Nel primo caso il vantaggio perseguito è quello di mettere al riparo il proprio patrimonio da eventuali azioni esecutive e cautelari, mentre nel secondo l'obiettivo è individuato nella sospensione del decorso degli interessi.

²⁷⁵ P. CELENTANO, E. FORGILLO, (a cura di), *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, Utet Giuridica, Wolters Kluwer Italia, Torino, 2008, 1072-1073.

²⁷⁶ Ad esempio il Tribunale di Milano ha elaborato delle apposite linee guida non solo per coloro che sono intenzionati a richiedere l'ammissione alla procedura concordataria, ma altresì per il Tribunale stesso. Nel caso specifico della richiesta di proroga, ad esempio, si richiede che le stessa vengano depositate "*tempestivamente prima della scadenza del termine, altrimenti non potranno che considerarsi inammissibili. Dovranno essere specificamente, motivatamente e documentatamente giustificate*". Cfr. Tribunale di Milano, *Interpretazione delle norme di carattere concorsuale contenute nel Decreto Sviluppo (D.L. n. 83/2012 convertito in legge n. 134/2012). Prassi da adottare. Plenum* tenutosi in data 18 ottobre 2012, 2012, in www.ilfallimento.it

²⁷⁷ Trib. Milano, 24.10.2012, in www.ilcaso.it

Di recente la Cassazione ha affermato che la domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, presentata ai sensi dell'art. 161, comma 6°, l.fall., per perseguire il solo scopo di ritardare il decorso dell'istanza di fallimento e non per risolvere la crisi, deve essere considerata inammissibile *“secondo i principi affermati da questa Corte in tema di abuso del processo, che ricorre quando, con violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede e dei principi di lealtà processuale e del giusto processo, si utilizzano strumenti processuali per perseguire finalità eccedenti o deviate rispetto a quelle per le quali l'ordinamento li ha predisposti”*.²⁷⁸

Con la medesima sentenza la Suprema Corte ricorda come il tema dell'abuso del diritto è stato attentamente vagliato dal Legislatore, che ha già previsto degli strumenti di difesa.

Nel merito ricordiamo, ad esempio, non solo le autorizzazioni necessarie per il compimento degli atti urgenti di straordinaria amministrazione, ma anche gli obblighi informativi che il debitore deve redigere nella fase di concordato in bianco e la cui mancanza potrebbe essere oggetto di inammissibilità, ai sensi dell'art. 162 l.fall.

Il Legislatore ha inoltre previsto la possibilità, nella fase di concordato in bianco, di nominare un commissario giudiziale che vigili sull'attività del debitore, nonché l'abbreviazione del termine concesso, ai sensi dell'art. 161, comma 6°, l.fall., qualora si rilevi che l'attività del debitore sia *“manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano”*.

È utile evidenziare che il verificarsi di queste situazioni non identifica necessariamente il compimento di un abuso del diritto, ma individui dei segnali d'allarme e delle situazioni in cui l'abuso potrebbe celarsi.

Il Tribunale di Ravenna,²⁷⁹ ha individuato alcuni comportamenti che se compiuti potrebbero indicare un ricorso abusivo allo strumento concordatario. Questi segnali di allarme vengono individuati nella mancata esposizione di passività, da parte del debitore, che se quantificate potrebbero ridurre sensibilmente la percentuale di soddisfazione dei creditori chirografari; nel tentato prelievo di somme di denaro dai conti dell'impresa in procedura; nonché nel ritiro della domanda di concordato preventivo, per evitare la dichiarazione di inammissibilità e il successivo deposito di ricorso per accedere al concordato in bianco, in presenza di un'istanza di fallimento.

Quanto alla terza casistica, si rileva come sia pacificamente riconosciuto, sia in dottrina che in giurisprudenza,²⁸⁰ il diritto del debitore di poter ritirare la domanda di concordato,²⁸¹ sia che

²⁷⁸ Cassazione, Sez. Un., 15.5.2015, n. 9935. con nota di G.B. Nardecchia, tratta da il Quotidiano Giuridico Wolters Kluwer, in www.altalex.it

²⁷⁹ Trib. Ravenna, 10.11.2016, in www.ilcaso.it

²⁸⁰ Per approfondimenti si rimanda al par. 9.1.3.

sia stata depositata per accedere al concordato con riserva e sia per il concordato c.d. “pieno”, potendo altresì successivamente presentarne una nuova.

Ma dal punto di vista pratico come può configurarsi l’abuso del diritto nel concordato preventivo e come lo si può riconoscere?

La nozione di abuso è priva di elementi oggettivi che permettano di individuare il raggio d’azione, conseguentemente il suo riconoscimento richiede una sorta di analisi.

Attraverso lo strumento del concordato preventivo e più precisamente con la domanda di concordato il debitore chiede ai creditori e al Tribunale di disciplinare la crisi con uno strumento caratterizzato da autonomia negoziale, mentre attraverso la proposta egli individua non solo l’impegno che assume nei confronti dei creditori, ma anche ciò che diverrà obbligatorio per questi ultimi.

Il piano rappresenta la modalità con cui verrà espletata l’obbligazione assunta e stando a questa descrizione appare chiaro come in esso non si possono individuare abusi, essendo considerato un elemento complementare alla proposta.

A sua volta, la proposta, qualora venga deviata dalla sua funzione tipica, potrebbe presentare profili di abuso.

Verrà dichiarata inammissibile la proposta contenente elementi in contrasto con i principi dettati da norme inderogabili.²⁸² Lo stesso dovrà avvenire quando ad essere oggetto di analisi sarà la convenienza economica e si dovrà dunque eseguire il controllo della fattibilità, ricorrendo anche in questo caso la dichiarazione di inammissibilità qualora non siano realizzabili la causa, o l’oggetto.

Per i motivi sopra esposti possiamo dunque limitare il perimetro di azione dell’abuso alla sola domanda di concordato preventivo ed escluderlo sia per il piano, che per la proposta.

9.1.1 I presupposti dell’abuso

Una volta individuato il perimetro entro il quale possa compiersi l’abuso dello strumento concordatario, occorre individuare quali siano i presupposti al verificarsi dei quali il diritto del debitore, alla presentazione della domanda di concordato, si trasformi in un abuso.

²⁸¹ S. AMBROSINI, M. AIELLO, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, Crisi di Impresa e fallimento, 2014, 5, in www.ilcaso.it.

²⁸² Il Legislatore ha previsto tale possibilità sia in fase di ammissione alla procedura, ex art. 162 l.fall., sia durante la procedura con la revoca ex art. 173 l.fall. e sia in fase di omologa con il rigetto. La Suprema Corte ha nello specifico identificato quale compito del Giudice l’emissione di un giudizio di fattibilità giuridica quando le “modalità attuative risultino incompatibili con norme inderogabili”. Cfr. Cass., Sez. Un., 23.1.2013, n. 1521 in www.ilfallimento.it, con nota di N. GRAZIANO, 11.3.2013, *Brevi riflessioni interpretative a Cassazione, Sezioni Unite Civili, del 23 gennaio 2013 n. 1521*, in www.ilcaso.it

Come accennato in precedenza, ciò che caratterizza un abuso di diritto è la deviazione degli strumenti di legge dalla loro funzione tipica, oltre al sacrificio imposto ai creditori, pertanto per poter individuare il compimento di un abuso è necessario determinare non solo il compito svolto dalla domanda, ma altresì gli interessi dei terzi.

La funzione svolta dalla presentazione del ricorso, *ex art. 161 l.fall.*, è quella di permettere al debitore, che si trovi in stato di crisi, di proporre ai creditori, attraverso l'elaborazione di un piano, la soddisfazione dei loro crediti, anche se solo parzialmente, evitando così la dichiarazione di fallimento e ponendo il patrimonio aziendale al riparo dalle azioni esecutive e cautelari.

La domanda di concordato preventivo adempie al proprio compito nel momento in cui *“permette ai creditori ed al tribunale di decidere se accettare la proposta di definizione negoziale della crisi d'impresa”*.²⁸³

Coloro che potrebbero essere danneggiati da un utilizzo distorto della domanda di concordato preventivo non sono altro che i creditori il cui interesse può essere identificato nell'esigenza di poter scegliere, in modo informato e in tempi brevi, l'alternativa a loro più favorevole.

I creditori potrebbero, infatti, trarre maggiore vantaggio dalla dichiarazione di fallimento, o dall'avvio di una procedura esecutiva rispetto al concordato preventivo.

Il Tribunale di Milano ha individuato come l'intento primario del Legislatore, che con il “decreto sviluppo” ha voluto eseguire delle modifiche all'art. 161 l.fall., sia rivolto alla prevenzione degli usi distorti dello strumento concordatario, così da tutelare l’*“interesse del creditore istante ad una pronta decisione da rendere ... in tempi ragionevoli”*.²⁸⁴

Le modifiche apportate dal Legislatore riguardano:

- la necessità che il termine concesso a coloro che presentano ricorso per accedere alla procedura di concordato con riserva, qualora pendente un'istanza di fallimento, non ecceda i 60 giorni e sia prorogabile di altri 60 giorni, qualora sussistano giustificati motivi, questo per evitare un danno al creditore che ha depositato istanza di fallimento;
- l'inammissibilità di una domanda di concordato preventivo, ai sensi dell'art. 161, comma 9°, l.fall., depositata dal debitore che nei due anni precedenti abbia presentato analoga domanda, senza che a quest'ultima abbia seguito l'ammissione, *ex art. 163 l.fall.*, ovvero l'omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

²⁸³ G. D'ATTORRE, *L'abuso del concordato preventivo*, Giurisprudenza commerciale, vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 2013, 1069.

²⁸⁴ Trib. Milano, 24.10.2012, in www.ilcaso.it

9.1.2 Alcuni esempi di abuso nel concordato preventivo

Con il compimento dell'abuso il debitore contravverrà all'interesse dei creditori di poter scegliere in modo consapevole e in tempi ristretti, l'alternativa a loro più adatta.

Nel compimento dell'abuso la volontà del debitore sarà quella di “*paralizzare*” gli effetti dell'istanza di fallimento attraverso il continuo deposito di ricorsi *ex art. 161 l.fall.* e conseguenti rinunce.²⁸⁵

Ipotesi di abuso si possono verificare, quando il debitore volutamente depositi una domanda di concordato con riserva corredata di documentazione carente, così da costringere il Tribunale a fissare un'apposita udienza per richiedere chiarimenti, così ottenendo un allungamento dei tempi, per il deposito della documentazione prevista dall'art. 160 l.fall., oltre che la copertura prevista dall'art. 168 l.fall.

Un'altra ipotesi si configura quando il debitore modifichi, più volte, la proposta concordataria, al solo scopo di ottenere un rinvio dell'adunanza dei creditori.

In quest'ultimo caso, anche se non possiamo parlare di abuso della domanda di concordato, poiché la deviazione dalla funzione tipica non riguarda la domanda bensì la modifica della proposta, si potrà parlare di abuso dello strumento processuale, compiuto per ottenere una proroga temporale e quindi un allungamento degli effetti protettivi garantiti dalla procedura.

Il tribunale di Nocera Inferiore,²⁸⁶ ha inoltre definito ipotesi di abuso di diritto quando il debitore, unitamente alla domanda di concordato in bianco, depositi copie di bilanci non conformi a quelli depositati presso il Registro delle Imprese e non produca il verbale dal quale si desume la decisione, o la delibera nel caso di società di capitali, prevista dall'art. 152 l.fall., ovvero quando, in presenza di istanza di fallimento, il debitore si limiti a richiederne la sospensione in virtù del deposito della domanda, *ex art. 161, comma 6°, l.fall.*, ma senza procedere alla richiesta di rigetto.²⁸⁷

²⁸⁵ Trib. Milano, 24.10.2012, in *www.ilcaso.it*

²⁸⁶ Trib. Nocera Inferiore, 21.11.2013, in *www.ilcaso.it*

²⁸⁷ Nel caso in cui sia pendente l'istanza di fallimento e venga depositato ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo la Corte ha evidenziato come tra fallimento e concordato preventivo sia presente un collegamento di necessaria “*conseguenzialità logica*” e non di “*pregiudizialità*”, cosicché il giudice fallimentare debba “*bilanciare le opposte iniziative, coordinando quella del debitore con gli interessi sottostanti la procedura fallimentare*” imponendone la verifica del “*rapporto di priorità tra le procedure previo ... apprezzamento circa l'intento sottostante la soluzione pattizia che deve essere esclusa laddove, esprimendo un proposito meramente dilatorio, manifesti un abuso del diritto del debitore*”. Cfr. Cass. Sez. I Civ., 24.10.2012, n. 18190, in *www.italgiure.giustizia.it*

9.1.3 L'abuso nella sospensione e nello scioglimento dei contratti

Il Tribunale di Cassino,²⁸⁸ si è interrogato se un eventuale abuso del diritto dello strumento concordatario si potesse verificare con la richiesta di sospensione e scioglimento dei contratti, *ex art. 169-bis l.fall.*

In particolare il Collegio si è interrogato sull'ipotesi in cui una volta ottenuta l'autorizzazione a sciogliersi da un contratto, il debitore presenti la rinuncia alla domanda di concordato preventivo depositata e quindi interrompa volutamente il procedimento, avviato col solo scopo di liberarsi di un rapporto pendente oramai divenuto antieconomico.

Dal canto suo anche il Tribunale di Ravenna,²⁸⁹ evidenzia la necessità che l'organo giudicante effettui un controllo volto ad accertare ed escludere l'eventualità in cui il ricorso, *ex art. 169-bis l.fall.*, nasconda la reale intenzione di perpetrare un utilizzo abusivo dello strumento concesso.

Lo strumento di sospensione e di scioglimento dei contratti, previsto dall'*art. 169-bis l.fall.*, ha da sempre suscitato opinioni divergenti tra loro, a maggior ragione se applicato al concordato preventivo con riserva.

Sin dalla sua introduzione non sono mancate nella prassi richieste di documentazione aggiuntiva e integrazioni, ciò per permettere al Tribunale di escludere con certezza un eventuale utilizzo distorto dello strumento.

Il Tribunale di Ravenna, ad esempio, già subito dopo l'introduzione dell'*art. 169-bis l.fall.*, sottolineava l'esigenza che l'istanza di scioglimento di un contratto, richiesta nella fase di concordato con riserva, fosse accompagnata da un'anticipazione del piano così "*da poter motivare, ..., in ordine alla funzionalizzazione dell'intervento sui contratti in corso (la cui regola generale è la prosecuzione in caso di concordato preventivo) rispetto all'interesse dei creditori*".²⁹⁰

È questa la motivazione che giustifica la richiesta di deposito di una *disclosure*, volta ad anticipare la tipologia di concordato, il piano e le sue finalità.

Il deposito della *disclosure*, può consentire al Tribunale non solo di eseguire una valutazione informata sull'eventuale ostacolo, che la continuazione dei rapporti pendenti evidenziati comporterebbero alla realizzazione della procedura, ma altresì effettuare un bilanciamento dei molteplici interessi coinvolti, e, nel caso dell'abuso di diritto, verificare se il reale intento del

²⁸⁸ Trib. Cassino, 29.10.2014, in *www.ilcaso.it*

²⁸⁹ Trib. Ravenna, 22.10.2014, in *www.ilcaso.it*

²⁹⁰ Trib. Ravenna, 24.12.2012, in *www.ilcaso.it*.

debitore sia volto ad un utilizzo distorto dello strumento, tale da arrecare un pregiudizio a danno dei creditori.

L'imprenditore potrebbe richiedere e ottenere, in violazione del principio "*pacta sunt servanda*", lo scioglimento di contratti con il solo deposito del ricorso di concordato in bianco senza poi procedere con il deposito della documentazione prevista ai sensi dell'art. 161 l.fall.

È a causa di questi elementi d'incertezza che in molti sostengono l'ipotesi di potersi esprimere favorevolmente alla sola domanda di sospensione dei contratti pendenti nel corso della procedura di concordato in bianco.²⁹¹

9.1.4 Le Sanzioni

L'adozione di sanzioni può avvenire secondo diverse tipologie a seconda dell'abuso compiuto.

Come avvenuto nel caso analizzato dal Tribunale di Milano,²⁹² la presentazione della domanda di concordato, seguita dalla revoca e dalla ripresentazione di un nuovo ricorso, ex art. 161, comma 6°, l.fall., ha comportato, come effetto sanzionatorio, la dichiarazione di inammissibilità, del ricorso depositato per la domanda di concordato in bianco, l'inefficacia della revoca proposta per la primaria domanda di concordato e la conseguenza che il Collegio dovette analizzare la domanda inizialmente depositata, caratterizzata da elementi di inammissibilità già noti al debitore.

Altri effetti sanzionatori possono essere previsti e applicati a seconda delle diverse situazioni di abuso perpetrate a danno dei creditori.

Nel caso in cui, ad esempio, il debitore continui a presentare ripetute modifiche alla proposta concordataria, al fine di posticipare l'adunanza dei creditori, la sanzione è identificata nella dichiarazione di inammissibilità delle modifiche e nella conseguente apertura delle votazioni sulla base della proposta di concordato originariamente depositata.

A coloro che depositano il ricorso per il concordato con riserva, volutamente corredato da documentazione insufficiente, la sanzione da applicare sarà quella di stabilire che il termine entro cui depositare la proposta e il piano comincerà a decorrere dalla data di pubblicazione del ricorso nel Registro delle Imprese e non successivamente nel momento in cui il Tribunale emetterà il decreto previsto dall'art. 161, comma 6°, l.fall.

²⁹¹ Trib. Milano, 28.5.2014, in www.ilcaso.it; Trib. Treviso, 24.2.2015 in www.ilcaso.it. Al contrario coloro che sostengono la tesi di poter autorizzare anche uno scioglimento dei rapporti pendenti in ipotesi di concordato con riserva: Corte App. Genova, 10.2.2014, in www.ilcaso.it; Corte App. Trento, 24.4.2015, in www.fallimentiesocietà.it.

²⁹² Trib. Milano, 24.10.2012, in www.ilcaso.it

Si potrà quindi applicare, nel caso di abuso della domanda di concordato, quanto previsto nel caso del “generico” abuso del diritto, ossia il “*rifiuto di tutela, da parte dell’ordinamento giuridico, ai poteri, diritti, interessi esercitati in violazione della ragione della tutela legislativa*” o “*l’impedimento a conseguire o a conservare i vantaggi ottenuti mediante atti di per sé strutturalmente idonei*”.²⁹³

9.1.5 La rinuncia della domanda di concordato

Già con la normativa vigente prima della Riforma era contemplata la facoltà, per il ricorrente di poter rinunciare alla domanda di concordato, sia da coloro che attribuivano alla domanda stessa una “*natura contrattuale dell’istituto (qualificando così la domanda come proposta negoziale revocabile sino all’accettazione)*”, sia da coloro che attribuivano alla medesima “*natura processuale (qualificando così la proposta come domanda giudiziale liberamente rinunciabile sino alla relativa decisione)*”.²⁹⁴

Il ritiro della domanda di concordato da parte del debitore oltre a riportare “*la situazione qua ante con ogni conseguenza a carico del solo debitore*”,²⁹⁵ determina il venir meno della procedura di concordato e la doverosa continuazione di quella fallimentare.

Ancora prima della Riforma quindi non si discuteva se la rinuncia potesse o meno essere attuata, ma si discuteva sul momento in cui potesse essere validamente formulata.

Sia dottrina,²⁹⁶ che giurisprudenza²⁹⁷ sono quindi concordi nel riconoscere al debitore il diritto di poter ritirare la domanda di concordato, una volta depositata, ma gli orientamenti non sono tra loro unanimi quando si tratta di individuare il termine entro quando la rinuncia, ex art. 161 l.fall., debba essere formulata, per potersi considerare validamente eseguita.

Secondo coloro che ritenevano la domanda un avvenimento avente natura contrattuale, la rinuncia doveva essere esercitata prima che i creditori esprimessero il proprio voto sulla proposta; mentre coloro che individuavano elementi di natura processuale nell’istituto, ritenevano che la rinuncia potesse essere esercitata fino a quando non fosse stato emesso il

²⁹³ S. ROMANO, *Abuso del diritto*, Enciclopedia del diritto, I, Giuffrè, Milano, 1958, 169 in G. D’ATTORRE, *L’abuso del concordato preventivo*, Giurisprudenza commerciale, vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 2013, 1071.

²⁹⁴ M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico e pratico*, ed. 3a, Cedam, Padova, 2014, 2359.

²⁹⁵ M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico e pratico*, Tomo I, Cedam, Padova, 2007, 2209.

²⁹⁶ S. AMBROSINI, M. AIELLO, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, Crisi di Impresa e fallimento, 2014, 5, in www.ilcaso.it.

²⁹⁷ La Corte d’Appello di Milano sostiene che “*la rinuncia alla domanda, diversamente dalla rinuncia agli atti, non richiede l’adozione di forme particolari ed è immediatamente efficace anche senza accettazione delle controparti...avendo il provvedimento del Tribunale, che ne prende atto, natura meramente ricognitiva della volontà manifestata dalla parte*”. Cfr. Corte d’App. Milano, 29.10.2015, in www.ilcaso.it. Nello stesso senso si veda anche: Trib. Treviso, 8.6.2015, in www.fallimentiesocieta.it e Trib. Napoli, 25.2.2015, in www.unijuris.it

decreto di omologa,²⁹⁸ essendo considerato quest'ultimo il "passaggio finale", che determina la propagazione degli effetti della proposta e l'obbligo per tutti coloro che vantano crediti, o diritti, anteriori alla data di pubblicazione del ricorso, *ex art. 161 l.fall.*, nel Registro delle Imprese.

Secondo quest'ultima tesi la revoca della domanda presentata può essere avanzata in ogni istante, anche dopo l'avvio delle votazioni, dopo la loro chiusura e indipendentemente dal risultato ottenuto.²⁹⁹ Viene dunque concesso al ricorrente la possibilità di poter revocare la domanda e non procedere all'instaurazione del giudizio di omologa.

Si potrebbe dunque attribuire, al debitore, la possibilità di poter procedere con il ritiro della domanda, qualora gli esiti della votazione siano stati negativi e quando l'obiettivo primario sia quello di depositare una nuova proposta, sempre considerando il divieto al compimento di comportamenti abusivi.³⁰⁰

Una volta conseguita l'omologa si dovrà procedere con la sola esecuzione del piano contenuto nella proposta, divenuta quindi obbligatoria, per il debitore e per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione del ricorso, *ex art. 161 l.fall.* nel Registro delle Imprese.

Con l'omologa il patrimonio del debitore assume definitivamente un vincolo di destinazione per la soddisfazione dei creditori e un eventuale revoca della domanda, nella fase di esecuzione, potrebbe essere interpretata con l'intento di volersi sottrarre agli obblighi assunti, divenendo così valido motivo per richiedere la risoluzione ai sensi dell'art. 186 l.fall.

Non è invece chiaro se la revoca della domanda possa avvenire liberamente da parte del debitore o se sono necessarie alcune condizioni.

Secondo alcuni, per esercitare il diritto al ritiro, o alla rinuncia della domanda, non è necessario l'espletamento di "*particolari formalità processuali, ... essendo sufficiente che provenga in modo certo dal debitore*", né è necessario che venga accettata dai creditori.

Alcuni invece ritengono che, in caso di presenza di istanze di fallimento, la rinuncia è valida solo nel caso in cui gli istanti concedano il loro assenso,³⁰¹ riconducendola così alla rinuncia agli atti del giudizio prevista dall'art. 306 c.p.c.

²⁹⁸ S. AMBROSINI, M. AIELLO, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, Crisi di Impresa e fallimento, 2014, 6, in www.ilcaso.it.

²⁹⁹ Si veda sul punto: la sentenza emessa dal Tribunale di Siracusa, secondo la quale la revoca della domanda, eseguita anteriormente al termine previsto per la comunicazione dei voti in Cancelleria, determina l'estinzione della procedura concordataria, Trib. Siracusa, 15.1.2014, in www.ilcaso.it;

³⁰⁰ S. AMBROSINI, M. AIELLO, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, Crisi di Impresa e fallimento, 2014, 8, in www.ilcaso.it.

³⁰¹ D. GALLETTI, *Revoca dell'ammissione del concordato: la rinuncia alla proposta con "nuova domanda" dopo l'atto di frode*, 2012, 1, in www.ilfallimentarista.it

Tesi, quest'ultima, sostenuta anche da alcuni Tribunali,³⁰² che applicando l'art. 306 c.p.c. ritengono efficace la rinuncia quando seguita dal consenso di coloro che nutrono interessi nella continuazione della procedura.

Quest'ultima interpretazione,³⁰³ si presta a numerose critiche, poiché primariamente non si rinviene nei creditori, che abbiano depositato istanza per la dichiarazione di fallimento, un interesse primario alla prosecuzione della procedura concordataria.

9.2 L'abuso nelle clausole contrattuali

Nel capitolo che precede,³⁰⁴ ci siamo occupati dell'inefficacia delle clausole che fanno dipendere la risoluzione di un contratto in corso di esecuzione dall'ammissione di uno dei contraenti alla procedura di concordato preventivo.

Allo stesso modo ci si potrebbe chiedere se possono essere considerate valide quelle clausole che consentono di esercitare la risoluzione, anticipatamente rispetto alla dichiarazione di fallimento della società, o rispetto al deposito della domanda di concordato, non a causa dell'inadempimento del debitore, ma a seguito della variazione delle condizioni economico-patrimoniali di quest'ultimo e dell'eventuale rischio di inadempimento.

Se da una parte il contraente *in bonis* può opporre alla procedura la domanda di risoluzione, se avviata precedentemente, poiché agendo in anticipo acquisisce il “*diritto alla risoluzione*” e quindi anche alla domanda restitutoria.³⁰⁵

Dall'altra parte dobbiamo ricordare come all'art.186-*bis*, comma 3°, l.fall. venga definita l'inefficacia delle clausole contrattuali che fanno dipendere la risoluzione del contratto “*per effetto dell'apertura della procedura*”.

Ci si interroga quindi sulla validità delle clausole che fanno dipendere la risoluzione del contratto al mutamento delle condizioni economico-patrimoniali del contraente, che, permettono di anticipare la crisi finanziaria, e di essere invocate prima che il debitore abbia depositato il ricorso ex art. 161 l.fall.

La questione riporta l'attenzione sul tema dell'abuso di diritto e sul fatto che esso si presenti di volta in volta sotto spoglie diverse “*a seconda del rapporto in cui si inserisce*”.³⁰⁶

³⁰² Si veda per tutte: Trib. Parma 2.10.2012, in www.ilcaso.it

³⁰³ S. AMBROSINI, M. AIELLO, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, Crisi di Impresa e fallimento, 2014, 11, in www.ilcaso.it.

³⁰⁴ Cfr. cap. 8.

³⁰⁵ N. OPPOLITI, *La risoluzione del contratto nel concordato con continuità aziendale*, in Crisi di impresa e continuità aziendale, Corso di perfezionamento “Il nuovo diritto fallimentare”, Firenze, 15 e 29 novembre 2012, parte II.

³⁰⁶ M. V. MACCARI, *Nuove applicazioni giurisprudenziali dell'abuso del diritto in ambito contrattuale: la locazione*, La nuova giurisprudenza civile commentata, n. 4, Cedam, 2012, 301, in www.academia.edu

Sempre più spesso la giurisprudenza di legittimità si trova a dover affrontare questioni che riguardano l'abuso del diritto nell'esercizio del recesso.

La Suprema Corte più volte ha ribadito il concetto in base al quale l'abuso del diritto nell'esercizio del diritto di recesso si configura quando il comportamento assunto contrasti i principi di correttezza e buona fede.³⁰⁷

Nel 2009 la Corte si è pronunciata sul tema del recesso esercitato, *ad nutum*, esercitato per un contratto di concessione di vendita,³⁰⁸ stabilendo come il diritto di recesso, nonostante fosse stato contrattualmente previsto, era stato invocato in modo da compiere un abuso.

Secondo la giurisprudenza di legittimità,³⁰⁹ colui che invoca la risoluzione del contratto, pur potendo scegliere altre alternative per conservare il rapporto, compie un abuso nell'utilizzo degli strumenti a lui concessi dalla legge, e di tale comportamento si dovrà tener conto nella valutazione della gravità dell'inadempimento compiuto dal terzo contraente.

Secondo la Corte infatti la gravità dell'inadempimento, *ex art. 1455 c.c.*, *“deve essere valutata anche secondo un criterio di proporzione, fondato sulla buona fede contrattuale la regola dettata dall'art. 1455 cod. civ. deve essere modulata, infatti, tenendo in conto che la gravità dell'inadempimento di una delle parti contraenti non va commisurata all'entità del danno, il quale potrebbe anche mancare, ma anche alla rilevanza della violazione del contratto con riferimento alla volontà manifestata dai contraenti, alla natura e alla finalità del rapporto, nonché al concreto interesse dell'altra parte all'esatta e tempestiva prestazione”*.³¹⁰

Vietare il compimento di condotte abusive ha come scopo quello di evitare che l'esercizio di un diritto, nel caso di specie quello di recesso, possa essere compiuto per raggiungere un fine differente rispetto a quello concesso dal Legislatore.

A questo si dovrà aggiungere quanto detto in tema di inefficacia dei patti contrari, quando questi in violazione del principio della prosecuzione dei rapporti ineseguiti o non completamente eseguiti, consentano la risoluzione del rapporto per effetto del deposito del ricorso *ex art. 161 l.fall.*

Dall'analisi sopra eseguita individuati si ritiene quindi di dover escludere l'efficacia di clausole in grado di anticipare la crisi del contraente e la sua conseguente entrata in procedura

³⁰⁷ Cass., Sez. I Civ., 23.11.2015, n. 23868, in www.italgiure.giustizia.it

³⁰⁸ Cassazione, Sez. III Civ., 18 settembre 2009, n. 20106, in G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, I contratti, 2010. Disponibile su: www.digiec.unirc.it, e in G. D'ATTORRE, *L'abuso del concordato preventivo*, Giurisprudenza commerciale, vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 2013, 1061.

³⁰⁹ Cass., Sez. III Civ., 31.5.2010, n. 13208 in www.juriswiki.it

³¹⁰ M. V. MACCARI, *Nuove applicazioni giurisprudenziali dell'abuso del diritto in ambito contrattuale: la locazione*, La nuova giurisprudenza civile commentata, n. 4, Cedam, 2012, 304, in www.academia.edu

e che comportino la risoluzione, a seguito del mutamento delle condizioni economico-patrimoniali della controparte.

Si renderà pertanto necessario di volta in volta verificare che nei contratti non siano state inserite clausole volte a eludere la loro stessa inefficacia.

Riferimenti bibliografici

Dottrina

R. AMATORE, L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo, Il nuovo fallimento*, Giuffrè Editore, Varese, 2013, pp. 1-330.

S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *Trattato di diritto commerciale*, vol. XI, Tomo II, Cedam, Padova, 2008, pp. 1-187.

S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, *Crisi di impresa e fallimento*, 2013, pp. 1-23. Disponibile su: www.ilcaso.it

S. AMBROSINI, *Gli effetti dell'ammissione al concordato e i contratti in corso di esecuzione*, *Fallimenti e società*, 2014, pp. 1- 39. Disponibile su: www.fallimentiesocieta.it

S. AMBROSINI, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015*, *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 2015, pp. 1-22. Disponibile su: www.ilcaso.it

S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 2015, pp. 1-70. Disponibile su: www.ilcaso.it

S. AMBROSINI, M. AIELLO, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, *Crisi di Impresa e fallimento*, 2014, pp. 1-27. Disponibile su: www.ilcaso.it.

S. AMBROSINI, F. CASA, S. ROSINA, (a cura di), *I protagonisti della "gestione" della crisi: tribunali, banche, professionisti*, *Atti del seminario di Vicenza dell'8 maggio 2015*, Wolters Kluwer, San Giuliano Milanese, 2016, pp. 1-175.

U. APICE, *Il contratto di Leasing nelle procedure concorsuali*, Cedam, Padova, 1991, pp. 1-488.

M. ARATO, *Speciale decreto sviluppo: il concordato con continuità aziendale*, *Il Fallimentarista*, Giuffrè Editore, 2012, pp. 1-5. Disponibile su: www.ilfallimentarista.it

M. ARATO, *Il Concordato preventivo con riserva*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, pp. 1-178.

T. BAGNULO, *I contratti pendenti nel concordato preventivo alla luce del nuovo articolo 169-bis Legge Fallimentare a seguito del Decreto-Legge 83/2015*, 2015, pp. 1-3. Disponibile su: www.filodiritto.com

S. BASTIANON, *Il leasing nel fallimento*, Serie Il Diritto Privato oggi, Giuffrè Editore, Milano, 1999, pp. 1-305.

F. BENASSI, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo: il compito dell'imprenditore di dar forma alla proposta e la tutela del terzo contraente*, Crisi d'Impresa e Fallimento, 2014, pp. 1-23. Disponibile su: www.ilcaso.it

F. BENASSI, *Contratti pendenti nel concordato preventivo e audizione del terzo contraente nel nuovo art. 169-bis l.f.: prime riflessioni*, 2015, pp. 1-8. Disponibile su: www.ilcaso.it

F. BENASSI, *Contratti pendenti nel concordato preventivo: natura cautelare e precaria della sospensione e audizione dell'altro contraente*, Crisi d'Impresa e Fallimento, 2016, pp. 1-11. Disponibile su: www.ilcaso.it

G. BERSANI, *Il concordato preventivo: giudizio di fattibilità del tribunale, formazione delle "classi dei creditori", transazione fiscale*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, pp. 1-504.

A. BOLOGNINI, *Il contratto di leasing nelle procedure concorsuali minori: effetti giuridici*, pp. 58- 65, in AA.VV, *Leasing e procedure concorsuali, Aspetti controversi e innovativi*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 1-74.

P. BORTOLUZZI, *L'azione di risoluzione del contraente in bonis nel concordato preventivo*, 2015, pp. 1-16. Disponibile su: www.osservatorio-oci.org

G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, Concordato preventivo e accordi, Il Fallimento e le altre procedura concorsuali n. 9/2013, Ipsoa, 2013, pp. 1121-1139. Disponibile su: www.commercialistideltriveneto.org

A. BRIGUGLIO, “*Domanda di ammissione al concordato preventivo e reazione all’inadempimento contrattuale del richiedente*”, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 3-4, Cedam, Padova, 2014, pp. 345-351.

R. BROGI, Le novità in materia fallimentare. D.L. Giustizia, le modifiche all'art. 169 bis l.fall. in sede di conversione, Il Quotidiano Giuridico, pp. 1-4. Disponibile su: www.cedam.com

O. CAGNASSO, L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Omnia trattati giuridici, Tomo 3°, Utet Giuridica, Milanofiori Assago (MI), 2016, pp. 1-4702.

D. CARBONE, R. CORCIULO, 28.1.2016. *Le novità della riforma estiva (D.L. 83/2015, conv. in L. 132/2015) in tema di rapporti pendenti nel concordato preventivo, con particolare riferimento ai contratti bancari*, Il Fallimentarista, Giuffrè Editore, pp. 1-3. Disponibile su www.ilfallimentarista.it

F. CASA, F. SEBASTIANO, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, Il fallimento n. 5/2014, pp. 600-609. Disponibile su www.casaeassociati.it

P. CELENTANO, E. FORGILLO, (a cura di), *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, Utet Giuridica, Wolters Kluwer Italia, Torino, 2008, pp. 1-1294.

P. CENDON, *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Cedam, Padova, 2006, pp. 1-975.

P. F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*. Crisi d'Impresa e Fallimento, 2013, pp. 1-29. Disponibile su: www.ilcaso.it

P.F. CENSONI, *Sull'ammissibilità di un concordato preventivo non conveniente*, Il Fallimento e le altre procedure concorsuali, 2010, pp. 988-993.

Consiglio Nazionale del Notariato, 19.2.2013, *La c.d. domanda di concordato in bianco*. Studio n. 100-2013/I, pp. 1-18. Disponibile su: www.notariato.it

A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, pp. 1- 306.

G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, I contratti, 2010, pp. 1-23. Disponibile su: www.digiec.unirc.it

A. D'ANGELO, V. ROPPO, *Annuario del Contratto 2013*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, 1-312.

G. D'ATTORRE, *L'abuso del concordato preventivo*, Giurisprudenza commerciale, vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 2013, pp. 1059-1072.

A. D'AVIRRO, E. DE MARTINO, *I reati di bancarotta societaria. Distrazione, infedeltà e operazioni dolose*, Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A., Milano, 2013, pp. 1-300.

F. DI MARZIO, *Concordato con continuità aziendale*. Libro dell'anno del diritto, 2013, pp. 1-7. Disponibile su: www.treccani.it

M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, Sezione II, Dottrina e opinioni, documento n. 303, 2012, pp. 1-26. Disponibile su: www.ilcaso.it

M. FABIANI, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, Crisi d'Impresa e Fallimento, 2013, pp. 1-12. Disponibile su www.ilcaso.it

M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, volume II, Concordato Preventivo, Zanichelli Editore, Bologna, 2014, pp. 1-790.

M. FABIANI, G. B. NARDECCHIA, (a cura di), *Legge fallimentare: formulario commentato*, MilanoFiori-Assago (MI), Wolters Kluwer Italia, 2014, pp. 1-2836.

G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto: principi, fattispecie e casistica*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp. 1-533.

M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico e pratico*, Tomo I, Cedam, Padova, 2007, pp. 1-1738.

M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico e pratico*, ed. 3a, Cedam, Padova, 2014, pp. 1-3100.

G. FICHERA, *I rapporti giuridici pendenti nel fallimento*, 2014, pp. 1-62. Disponibile su: www.ilcaso.it

F. FIMMANÒ, *Esercizio provvisorio dell'impresa e riallocazione dell'azienda nella riforma della legge fallimentare*, 2006, pp. 1-41. Disponibile su: www.odclatina.it

F. FIMMANÒ, *Il difficile "incontro" tra diritto com-merciale, diritto penale, diritto pubblico sul terreno dell'impresa in crisi*, Diritto penale dell'impresa, 2013, pp. 1-18. Disponibile su: www.ilcaso.it

D. FINARDI, *La figura del (pre)Commissario Giudiziale nel concordato della riforma 2015 e riflessi sulla c.d. "mobilità gratuita"*, Crisi d'Impresa e Fallimento, 2015, pp. 1-14. Disponibile su www.ilcaso.it

A. FITTANTE, *Il concordato "in bianco": rassegna sintetica sui profili sostanziali dell'istituto e sulle problematiche emerse in sede applicativa*, 2015, pp. 1-7. Disponibile su: www.ilfallimentarista.it

F. GALGANO, *Diritto Privato*, ed. 14a, Cedam, Padova, 2008, pp. 1-1036.

D. GALLETTI, *Revoca dell'ammissione del concordato: la rinuncia alla proposta con "nuova domanda" dopo l'atto di frode*, 2012, pp. 1-3. Disponibile su: www.ilfallimentarista.it

M. C. GIORGETTI, *Critica alla legge fallimentare riformata: la legittimazione dei terzi a proporre la domanda di concordato preventivo quale ipotesi di soluzione alternativa*, Il Fallimentarista, 2012, pp. 1-7. Disponibile su: www.ilfallimentarista.it

N. GRAZIANO, *Brevi riflessioni interpretative a Cassazione*, Sezioni Unite Civili, del 23 gennaio 2013 n. 1521, 2013, pp. 1-11. Disponibile su: www.ilcaso.it

L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, pp. 1-237.

L. IMPARATO, *La crisi di impresa nel nuovo codice degli appalti pubblici*, 2017, pp. 1-32. Disponibile su: www.ilcaso.it

B. INZITARI, *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento ed incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, Sezione II, Dottrina, opinioni e interventi, documento n. 48, 2006, pp. 1-17. Disponibile su: www.ilcaso.it

B. INZITARI, *Leasing nel fallimento: soddisfazione del concedente fuori dal concorso sostanziale e accertamento del credito nel concorso formale*, 2012, pp. 1-4. Disponibile su: www.ilfallimentarista.it

B. INZITARI, *Speciale Decreto Sviluppo - I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art. 169-bis l. fall.*, 2012, pp. 1-4. Disponibile su: www.ilfallimentarista.it

B. INZITARI, V. RUGGIERO, *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?*, 2014, pp. 1-7. Disponibile su: www.ildirittodegliaffari.it

M. R. LA TORRE, *La disciplina del leasing nel fallimento e gli effetti sulla qualificazione del contratto*, Relazione svolta al convegno “Il Leasing e la riforma fallimentare”, Sez. II-Dottrina, opinioni e interventi, documento n. 173/2009, pp. 1-16. Disponibile su: www.ilcaso.it.

F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, Officina del diritto, Il Civilista, ed. 1a, Giuffrè Editore, Milano, 2012, pp. 1-85.

F. LAMANNA, *Criticità e abusi del concordato dopo un anno di applicazione. Valutazione dell'esito dei primi concordati presso il Tribunale di Milano: statistiche e proiezioni*. Le correzioni introdotte dal Decreto "Del Fare", 2013, pp. 1-19. Disponibile su www.dirittobancario.it.

F. LAMANNA, "La nozione di contratti pendenti nel concordato preventivo", 2013, pp. 1-4. Disponibile su: www.ilfallimentarista.it.

G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, dott. A Giuffrè Editore S.p.A, Milano, 1986, pp. 1-630.

G. LO CASCIO, *Il concordato Preventivo*, ed. 8a, Giuffrè Editore, Milano, 2011, pp. 1-898.

G. LO CASCIO, *Il Concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, ed. 9a, Giuffrè Editore, Milano, 2015, pp. 1-921.

G. P. MACAGNO, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, Crisi di impresa e fallimento, 2014, pp. 1-21. Disponibile su: www.ilcaso.it

M. V. MACCARI, *Nuove applicazioni giurisprudenziali dell'abuso del diritto in ambito contrattuale: la locazione*, La nuova giurisprudenza civile commentata, n. 4, Cedam, 2012, pp. 301-308. Disponibile su: www.academia.edu

U. MACRÌ, R. NAVARRA, *Le procedure di risanamento delle imprese, secondo la legislazione tedesca. L'Europa chiama, Berlino risponde?*, Insolvenza e crisi d'Impresa. Il Fallimento 10/2015, Ipsoa, pp. 1076-1092.

A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, ed. 5a, Cedam, Padova, 2009, pp. 1-1846.

A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, ed. 6a, Cedam, Padova, 2013, pp. 1-2230.

E. MARINUCCI, *La domanda di concordato preventivo dopo il “Decreto Sviluppo”: legge fallimentare e bankruptcy Code a confronto*, Rivista di diritto Processuale, 2013, pp. 426-448.

M. MARTINELLI, *L'art. 169 bis l.f. dopo la novella del d.l. 83/2015 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 132/2015): the king is dead?*, Crisi d'Impresa e Fallimento, 2015, pp. 1-17. Disponibile su: www.ilcaso.it

U. MORELLO, *Frode alla legge*, A. Giuffrè, Milano, 1969, pp. 1- 371.

G. MORESCHINI, *I contratti pendenti nel concordato preventivo*, Giuffrè Editore, Varese, 2016, pp. 1-180.

A. MUSSA, *La sospensione dei contratti in corso di esecuzione nel concordato con riserva: profili critici*, Giurisprudenza commentata, 2015, pp. 1-8. Disponibile su: www.ilfallimentarista.it

G.B. NARDECCHIA, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*. Il fallimento e le altre procedure concorsuali. Monografie, Ipsoa, Milanofiori Assago, 2011, pp. 1-368.

A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, ed. 3a. Il Mulino, Bologna, 2014, pp. 1-617.

A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali. Appendice di aggiornamento in relazione al d.l. n. 83/2012, conv. dalla l. n. 134/2012*. Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 1-24, in www.mulino.it

N. OPPOLITI, *La risoluzione del contratto nel concordato con continuità aziendale*, pp. 1-6, in Crisi di impresa e continuità aziendale, Corso di perfezionamento “Il nuovo diritto fallimentare”, Firenze, 15 e 29 novembre 2012, parte II, pp. 318-323.

A. PAGANINI, *Preconcordato: regimi applicabili ai contratti esauriti, pendenti e da stipulare*, Giurisprudenza commentata, 2015, pp. 1-9. Disponibile su www.ilfallimentarista.it

P. PANNELLA, *La nuova frontiera dell'insolvenza*, 2013, pp. 1-19. Disponibile su: www.ilcaso.it

L. PANZANI, *Concordato con riserva. Speciale Decreto Sviluppo*, *Il Fallimentarista*, 2012, pp. 1-5. Disponibile su: www.ilfallimentarista.it

A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, *Il Fallimento* n. 3, 2013, pp. 261-273. Disponibile su: www.ipsoa.it

A. PATTI, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2014, pp. 1-322.

F. PEDOJA, *I contratti pendenti nel concordato preventivo: sospensione e scioglimento*, *Fallimenti e Società*, 2014, pp. 1-11. Disponibile su: www.fallimentiesocieta.it

F. PEDOJA, *I contratti pendenti nel concordato preventivo: questioni irrisolte o irrisolvibili? Una proposta di modifica dell'art. 169bis l.f.*, *Fallimenti e Società*, 2015, pp. 1-9. Disponibile su: www.fallimentiesocieta.it

P. PIZZA, *Speciale Decreto Sviluppo - Il concordato preventivo di imprese fornitrici della pubblica amministrazione*, 2012, pp. 1-5. Disponibile su: www.ilfallimentarista.it

G. RAGO, *Il concordato preventivo dalla domanda all'omologazione*, Cedam, Padova, 1998, pp. 1-527.

G. REBECCA, *I contratti bancari nel concordato preventivo con particolare riferimento alle anticipazioni bancarie e qualche spunto su factoring, mutuo, derivati, leasing e nuova finanza*, *Il diritto degli affari*, 2015, pp. 1-26. Disponibile su: www.ildirittodegliaffari.it

G. REBECCA, *I contratti pendenti nel concordato preventivo: le novità del d.l. n.83 del 2015*, 2015, pp. 1-5. Disponibile su: www.osservatorio-oci.org

G. REBECCA, G. SPEROTTI, *Leasing e fallimento: guida pratica: come calcolare l'equo compenso per lo scioglimento del contratto, come quantificare il costo del riscatto anticipato*, dott. A Giuffrè Editore S.p.A., Milano, 1997, pp. 1- 219.

V. RICCIUTO, *Sulla sorte dei contratti nel «concordato in continuità»*, Rivista di diritto dell'impresa 2-3, 2013, pp. 213-222. Disponibile su: www.edizioniesi.it

S. ROMANO, *Abuso del diritto*, Enciclopedia del diritto, I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 169, in G. D'ATTORRE, *L'abuso del concordato preventivo*, Giurisprudenza commerciale, vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 2013, 1071

R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Utet Giuridica, Torino, 2016, pp. 1-1762

M. SANDULLI, G. D'ATTORRE (a cura di), *La nuova mini-riforma della legge fallimentare. Aggiornamento alla legge 30 giugno 2016, n. 119*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016, pp. 1-370.

T. SANNINI, T. STANGHELLINI, *L'imprenditore agricolo insolvente tra fallimento e sovraindebitamento: un caso nel florovivaismo pistoiese*, 2015, pp. 1-21. Disponibile su: www.ilcaso.it

S. SANZO, *L'abuso dello strumento concordatario*, Il Fallimento, 2014, pp. 97-108. Disponibile su: www.commercialistideltriveneto.org

G. SAVIOLI, *Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d'impresa. Le innovazioni del D.L. 83/2015 per la procedura di concordato preventivo*, 2015, pp. 1-10. Disponibile su: www.ilcaso.it

G. SCOGNAMIGLIO, *Concordato preventivo e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione*, 2013, pp. 1-43. Disponibile su: www.judicium.it

G. SPEROTTI, A. ALBÈ, *Concordato preventivo: sospensione e scioglimento di contratti di leasing pendenti*, Il Fallimentarista, 2013, pp. 1-8. Disponibile su: www.ilfallimentarista.it

L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa tra diritto ed economia. Le procedure d'insolvenza*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 1-371.

V. TAGLIAFERRI, *Vendita, permuta, leasing, Percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp. 1-364.

G. TERRANOVA, *L'autonomia del diritto concorsuale. Problemi e prospettive*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016, pp. 1-268

A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto Civile*, ed. 39a, Cedam, Padova, 1999, pp. 1-940.

P. VELLA, *L'interpretazione autentica dell'art. 111, co. 2, l.fall. e i nuovi orizzonti della prededuzione pre-concordataria*, Crisi d'Impresa e Fallimento, 2014, pp. 1-20. Disponibile su: www.ilcaso.it

P. VELLA, *L'atomo di Bohr e le procedure concorsuali: una metafora della interazione tra giudice, debitore e creditori nella crisi di impresa*, Crisi d'Impresa e Fallimento, 2015, pp. 1-46. Disponibile su: www.ilcaso.it

V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali: D.Lg. 9 gennaio 2006, n. 5*, Utet Giuridica, Torino, 2006, pp. 1-489.

V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lg. 12.9.2007, n. 169*, Utet Giuridica, Torino, 2008, pp. 1-583.

Giurisprudenza

Cassazione, Sez. I Civ., 9 dicembre 1982, n. 6713. Disponibile su: www.ilcaso.it

Cassazione, 13.12.1989, nn. 5569-5574, in G. MORESCHINI, *I contratti pendenti nel concordato preventivo*, Giuffrè Editore, Varese, 2016, 138-141.

Cassazione, Sez. Un., 7 gennaio 1993, n. 65. Disponibile su: <http://online.scuola.zanichelli.it>

Cassazione, 23 luglio 1994, n. 6870, in B. QUATRARO, F. DI MUNDO, *La verifica dei crediti nelle procedure concorsuali: contratti bancari, parabancari e del mercato finanziario*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 181.

Cassazione, 10 marzo 1995, n. 2802, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Utet Giuridica, Torino, 2016, pp. 1-1762.

Cassazione, 7 marzo 1998, n. 2539. Disponibile su: www.ilcaso.it

Cassazione, Sez. II Civ., 26 marzo 2001, n. 4365. Disponibile su: www.ilfallimento.it

Cassazione, Sez. III Civ., 26 marzo 2003, n. 19054. Disponibile su: www.tidona.com

Cassazione, Sez. Un. Civ., 7 luglio 2004, n. 12505, in <http://elibrary.fondazione-notariato.it>

Cassazione, Sez. I Civ., 4 marzo 2005, n. 4789. Disponibile su: www.altalex.com

Cassazione, Civ., 28 agosto 2007, n. 18195, in V. TAGLIAFERRI, *Vendita, permuta, leasing, Percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, 221.

Cassazione, Sez. I Civ., 23 maggio 2008, n. 13418. Disponibile su: www.altalex.com

Cassazione, Sez. I Civ., 22 gennaio 2009, n. 1618. Disponibile su: www.diritto24.ilsole24ore.com

Cassazione, Sez. III Civ., 18 settembre 2009, n. 20106, in G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, I contratti, 2010. Disponibile su: www.digiec.unirc.it, e in G. D'ATTORRE, *L'abuso del concordato preventivo*, Giurisprudenza commerciale, vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 2013, 1061.

Cassazione, Sez. III Civ., 11 maggio 2010, n. 11373. Disponibile su: www.juriswiki.it

Cassazione, Sez. III Civ., 31 maggio 2010, n. 13208. Disponibile su: www.juriswiki.it

Cassazione, Sez. III Civ., 24 giugno 2010, n. 19287/2010. Disponibile su: www.juriswiki.it.

Cassazione, Sez. I Civ., 10 febbraio 2011, n. 3274. Disponibile su: www.odcec.pn.it

Cassazione, Sez. I Civ., 1 settembre 2011, n. 17999. Disponibile su: www.unijuris.it

Cassazione, Sez. I Civ., 15 settembre 2011, n. 18864. Disponibile su: www.ilcaso.it

Cassazione, Sez. III Civ., 7 febbraio 2012, n. 1695. Disponibile su: www.comparazionedirittocivile.it

Cassazione, Sez. I Civ., 19 marzo 2012, n. 4303. Disponibile su: www.ilcaso.it

Cassazione, Sez. I Civ., 24 ottobre 2012, n. 18191. Disponibile su: www.cortedicassazione.it

Cassazione, Sez. I Civ., 24 ottobre 2012, n. 18190. Disponibile su: www.italgiure.giustizia.it

Cassazione, Sez. III Civ., 15 gennaio 2013, n. 787. Disponibile su: www.unijuris.it

Cassazione, Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521 in www.ilfallimento.it, con nota di N. GRAZIANO, 11.3.2013, *Brevi riflessioni interpretative a Cassazione, Sezioni Unite Civili, del 23 gennaio 2013 n. 1521*, in www.ilcaso.it

Cassazione, Sez. Un., 18 aprile 2013, n. 9409. Disponibile su: www.ilcaso.it

Cassazione, Sez. Trib. Civ., 27 settembre 2013, n. 22172. Disponibile su: www.ilsole24ore.com

Cassazione, Sez. I Civ., 14 ottobre 2013, n. 23232, in A. D'ANGELO, V. ROPPO, *Annuario del Contratto 2013*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, pp. 1-312.

Cassazione, 15 ottobre 2013, n. 23339. Disponibile su: www.italgiure.giustizia.it

Cassazione, Sez. II Civ., 1 settembre 2014, n. 18486. Disponibile su: www.italgiure.giustizia.it

Cassazione, Sez. Un., 15 maggio 2015, n. 9935. con nota di G.B. Nardecchia, tratta da il Quotidiano Giuridico Wolters Kluwer, in www.altalex.it

Cassazione, Sez. Un., 15 maggio 2015, n. 9936. Disponibile su: www.ilcaso.it

Cassazione, Sez. I Civ., 23 novembre 2015, n. 23868. Disponibile su: www.italgiure.giustizia.it

Cassazione, Sez. III Civ., 3 dicembre 2015, n. 24632. Disponibile su: www.italgiure.giustizia.it

Cassazione, Sez. I Civ., 9 febbraio 2016, n. 2538, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Mensile di giurisprudenza e dottrina, Il Fallimento, Ipsoa, Milanofiori Assago, 802-805.

Cassazione, Sez. I Civ., 19 febbraio 2016, n. 3324. Disponibile su: www.ilcaso.it

Cassazione, Sez. I Civ., 31 marzo 2016, n. 6277. Disponibile su: www.diritto bancario.it

Cassazione, Sez. V Pen., 23 giugno 2016, n. 42572. Disponibile su: www.ilcaso.it

Cassazione, Sez. I Civ., 8 agosto 2016, n. 16614. Disponibile su: www.ilcaso.it

Cassazione, Sez. I Civ., 7 marzo 2017, n. 5677. Disponibile su: www.fallimentiesocietà.it

Consiglio di Stato Roma, 14 gennaio 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Corte Costituzionale, 21 aprile 2006, n. 172. Disponibile su: www.giurcost.org

Corte d'Appello di Ancona, 26 marzo 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Corte d'Appello di Brescia, 19 giugno 2013. Disponibile su: www.ilcaso.it

Corte d'Appello di Brescia, 1 giugno 2016. Disponibile su: www.ilcaso.it

Corte d'Appello di Brescia, 12 agosto 2016. Disponibile su: www.ilcaso.it

Corte d'Appello di Genova, 10 febbraio 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Corte d'Appello di Milano, 29 gennaio 2015. Disponibile su: www.ilcaso.it

Corte d'Appello di Milano, 4 febbraio 2015. Disponibile su: www.ilcaso.it

Corte d'Appello di Milano, 29 ottobre 2015. Disponibile su: www.ilcaso.it

Corte d'Appello di Trento, 16 dicembre 2014. Disponibile su: www.fallimentiesocietà.it

Corte d'Appello di Trento, 24 aprile 2015. Disponibile su: www.fallimentiesocietà.it

Corte d'Appello di Venezia, 20 novembre 2013. Disponibile su: www.ilcaso.it

Corte d'Appello di Venezia, 26 novembre 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Corte d'Appello di Venezia, 11 marzo 2015. Disponibile su: www.ilcaso.it

G. B. NARDECCHIA, (su segnalazione di), Procedure concorsuali: linee guida interpretative su alcuni profili della L. 132/2015, 2016. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tar di Trieste, 7 marzo 2013. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tar Aosta, sez. I, 18 aprile 2013, n.23. Disponibile su: www.mediaconsult.it

Tribunale di Alessandria, 18 gennaio 2016. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Asti, 10 marzo 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Trib. Bari, 25.2.2008, in G. BERSANI, *Il concordato preventivo: giudizio di fattibilità del tribunale, formazione delle "classi dei creditori", transazione fiscale*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, 151 e ss.

Tribunale di Bergamo, 11 marzo 2015. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Bergamo, 28 gennaio 2016. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Biella, 13 novembre 2012. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Bologna, 17 aprile 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale Bolzano, 10 marzo 2015. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale Bolzano, 5 aprile 2016. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Busto Arsizio, 11 febbraio 2013. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Busto Arsizio, 24 luglio 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Cassino, 29 ottobre 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Catania, 18 giugno 2016. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Como, 29 aprile 2016. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Ferrara, 23 luglio 2015. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Firenze, 23 aprile 2015. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Firenze, 11 maggio 2016. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Genova, 7 luglio 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Mantova, 27 settembre 2012. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Mantova, 14 marzo 2013. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Mantova, 10 settembre 2015. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Massa, 1 febbraio 2016. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Milano, *Plenum tenutosi in data 20.9.2012, verbale riassuntivo*. Disponibile su: www.dirittobancario.it

Tribunale di Milano, *Interpretazione delle norme di carattere concorsuale contenute nel Decreto Sviluppo (D.L. n. 83/2012 convertito in legge n. 134/2012). Prassi da adottare. Plenum tenutosi in data 18 ottobre 2012, 2012*. Disponibile su: www.ilfallimento.it

Tribunale di Milano, 24 ottobre 2012. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Milano, 28 maggio 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Milano, 10 luglio 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Milano, 17 luglio 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Milano, 11 settembre 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Milano, 4 novembre 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Modena, 30 novembre 2012. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Modena, 7 aprile 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Modena, 6 agosto 2015. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Modena, 18 gennaio 2016. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Modena, 8 febbraio 2016. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Monza, 29.9.2014. *Linee guida per la preparazione della domanda di concordato preventivo completa ai sensi dell'art. 161 L.F.* Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Monza, 16 gennaio 2013. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Monza, 21 gennaio 2013. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Napoli, 25 febbraio 2015. Disponibile su: www.unijuris.it

Tribunale di Nocera Inferiore, 21 novembre 2013. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Novara, 2 maggio 2011. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Novara, 27 marzo 2013. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Padova, 26 marzo 2013. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Padova, 9 gennaio 2014. Disponibile su: www.fallimentiesocieta.it

Tribunale di Parma, 2 ottobre 2012. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Pavia, 3 marzo 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Pavia, 24 novembre 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Piacenza, 5 aprile 2013. Disponibile su: www.unijiuris.it

Tribunale di Pistoia, 9 luglio 2013. Disponibile su: www.unijuris.it

Tribunale di Pistoia, 29 ottobre 2015. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Prato, 8 agosto 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Ravenna, 24 dicembre 2012. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Ravenna, 28 gennaio 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Ravenna, 22 ottobre 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Ravenna, 28 aprile 2015. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Ravenna, 10 novembre 2016. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Reggio Emilia, 8 luglio 2015. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Rimini, 10 settembre 2015. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Roma, 20 aprile 2010. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Roma, 16 febbraio 2015. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Roma, 24 marzo 2015. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Roma, 3 luglio 2015. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Rovigo, 27 settembre 2016. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Rovigo, 6 marzo 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Rovigo, 1 agosto 2016. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Savona, 25 novembre 2015. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Salerno, 25 ottobre 2012. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Saluzzo, 24 maggio 2012. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Siracusa, 15 gennaio 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Terni, 12 ottobre 2012. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Terni, 27 dicembre 2013. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Torre Annunziata, 13 aprile 2016. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Torre Annunziata, 29 luglio 2016. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Treviso, 6 maggio 2011. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Treviso, 24 febbraio 2015. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Treviso, 8 giugno 2015. Disponibile su: www.fallimentiesocieta.it

Tribunale di Udine, 10 febbraio 2012. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Udine, 24 febbraio 2012. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Udine, 25 settembre 2013. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Udine, 4 dicembre 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Udine, 5 maggio 2016. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Venezia, 27 marzo 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Venezia, 20 gennaio 2015. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Vercelli, 13 agosto 2014. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Verona, 31 ottobre 2012. Disponibile su: www.ilcaso.it

Tribunale di Vicenza, 22 ottobre 2013. Disponibile su: www.fallimentiesocieta.it

Tribunale di Vicenza, 28 maggio 2015. Disponibile su: www.fallimentiesocieta.it

Altre fonti

Risoluzione, 17.1.1991, n. 260293/E, in circolare n. 43/E. Disponibile su: www.agenziaentrate.gov.it

Autorità nazionale anticorruzione, *Effetti della domanda di concordato preventivo ex art. 161, comma 6, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e ss.mm.ii. (c.d. concordato "in bianco") sulla disciplina degli appalti pubblici*, determina n. 5, G.U. serie generale n.97 del 28-4-2015. Disponibile su: www.gazzettaufficiale.it

XVI legislatura Luglio 2012, n. 137A.S. 3426: “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, recante misure urgenti per la crescita del Paese*”, 102, in www.senato.it

Siti consultati

www.academia.edu

www.agenziaentrate.gov.it

www.altalex.com

www.casaeassociati.it

www.cedam.com

www.commercialistideltriveneto.org

www.comparazionedirittocivile.it

www.cortedicassazione.it

www.digiec.unirc.it

www.diritto24.ilsole24ore.com

www.dirittobancario.it

www.edizioniesi.it

<http://elibrary.fondazionenotariato.it>

www.giurcost.org

www.ilcaso.it

www.ildirittodegliaffari.it

www.ilfallimentarista.it

www.ilfallimento.it

www.ilsole24ore.com

www.italgiure.giustizia.it

www.fallimentiesocieta.it

www.filodiritto.com

<https://e-justice.europa.eu/home.do?plang=it&action=home>

www.gazzettaufficiale.it

www.giurcost.org

www.gesetze-im-internet.de

www.ipsoa.it

www.mediaconsult.it

www.mulino.it

www.istitutocuratorifallimentari.it

www.italgiure.giustizia.it

www.judicium.it

www.juriswiki.it

www.notariato.it

www.odclatina.it

www.odcec.pn.it

www.osservatorio-oci.org

www.senato.it

www.tidona.com

www.treccani.it

www.unijiuris.it