

I CONTRATTI IN CORSO DI ESECUZIONE NEL  
CONCORDATO PREVENTIVO:  
IL COMPITO DELL'IMPRENDITORE DI DAR  
FORMA ALLA PROPOSTA E LA TUTELA DEL  
TERZO CONTRAENTE

di FRANCO BENASSI

1. Premessa. - 2. La discrezionalità del debitore nella scelta dei contratti sui quali intervenire. - 3. Gli effetti dell'autorizzazione ottenuta dall'imprenditore. - 4. L'ambito di valutazione del giudice chiamato a decidere sulla richiesta di autorizzazione. - 5. Coordinamento tra la proposta e l'istanza ex art. 169-*bis* legge fallim. e la quantificazione dell'indennizzo spettante al terzo. - 6. Applicazione dell'istituto al concordato con riserva di cui all'art. 161, comma 6, legge fallim. - 7. La convocazione del terzo contraente.

*1. Premessa.* Nonostante la disposizione contenuta nell'art. 169-*bis* legge fallim. sia entrata in vigore da poco più di un anno<sup>1</sup>, la giurisprudenza di merito è riuscita a proporre soluzioni molto attuali e ad esprimere interessanti principi interpretativi di questa nuova disciplina.

L'art. 169 *bis*, al primo comma, prevede che il debitore, con il ricorso di cui all'art. 161 legge fallim., possa chiedere al tribunale o, dopo il decreto di ammissione, al giudice delegato, l'autorizzazione a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso. Il periodo successivo dello stesso comma aggiunge che di detti contratti il debitore può chiedere non solo lo scioglimento, ma anche la sospensione.

---

<sup>1</sup> L'art. 169-*bis* è stato inserito nella legge fallimentare dall'art. 33 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134. La modifica è entrata in vigore l'11 settembre 2012.

Il secondo comma disciplina l'indennizzo che deve essere riconosciuto al contraente; il terzo e il quarto prevedono i casi di esclusione, ovvero quei rapporti ai quali il nuovo istituto di cui parliamo non è applicabile.

Nel concordato preventivo, i contratti pendenti di regola proseguono, non subiscono cioè alcuna interferenza per effetto dell'apertura della procedura<sup>2</sup>. Nel concordato si verifica cioè il contrario di quanto avviene nel fallimento, dove la regola è quella della sospensione (art. 72, comma 1, legge fallim.) e dove è prevista una dettagliata normativa volta a regolamentare gli effetti del fallimento sui contratti pendenti in generale e su determinate fattispecie espressamente contemplate dagli articoli da 72-*bis* a 83-*bis* legge fallim.

La prosecuzione dei rapporti in corso di esecuzione nel concordato comporta che il contratto continua ad avere efficacia, a produrre cioè i suoi effetti, così che le parti che lo hanno sottoscritto sono tenute a rispettarlo e ad adempiere alle prestazioni di rispettiva competenza.

La persistenza delle reciproche obbligazioni può, però, produrre sul patrimonio del debitore che propone il concordato effetti negativi e pregiudizievoli: può, infatti, generare debiti che, per essere sorti in corso di procedura, potrebbero essere assistiti dalla prededuzione ed incidere in senso negativo sul patrimonio dell'impresa, giungendo, in alcuni casi, a danneggiare i creditori e persino a pregiudicare la fattibilità della proposta concordataria.<sup>3</sup>

Questi stessi rapporti, tuttavia, se opportunamente gestiti, possono diventare una parte integrante della proposta stessa e del piano, una componente che consapevolmente il debitore

---

<sup>2</sup> La regola generale, in mancanza di autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento è, infatti, la prosecuzione dei contratti in corso di esecuzione: Tribunale Terni, 12 ottobre 2012, *Il Caso.it*, I, 8036 e, in dottrina, FABIANI, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, *ivi*, II, 351.

<sup>3</sup> Chiara sul punto è la relazione illustrativa al D.L. 22 giugno 2012, n. 83, che ha introdotto l'art. 169-bis legge fallim.: la normativa facilita la soluzione della crisi perchè l'imprenditore in crisi, a causa della prosecuzione dei contratti, si espone a maggiori costi di quelli che dovrebbe sopportare sottraendosi all'impegno contrattuale e pagando al terzo l'indennizzo parametrato, in conformità alle scelte adottate dalla attuale disciplina inglese e francese, al risarcimento del danno da inadempimento.

che ricorre al concordato preventivo utilizza per congegnare, per dare forma e coerenza alla soluzione della crisi.

Con l'introduzione dell'art. 169-*bis* legge fallim., il legislatore ha, quindi, voluto concedere all'imprenditore la facoltà di derogare alla regola generale della prosecuzione, consentendo che i contratti ancora pendenti<sup>4</sup> siano sciolti o sospesi.

Se prima dell'introduzione della nuova disciplina di cui stiamo parlando il debitore doveva progettare e congegnare la proposta ed il piano di concordato senza intervenire sulla prosecuzione dei rapporti in corso di esecuzione, ora, chi propone il concordato può da subito decidere quali dei rapporti pendenti dovranno essere abbandonati, perché non necessari, e quali invece dovranno proseguire, perché indispensabili alla attuazione, alla riuscita del piano.

Se, ad esempio, il piano prevede la prosecuzione dell'attività in capo ad un terzo per una parte soltanto della produzione, eventuali contratti di leasing o di locazione relativi al ramo produttivo destinato a proseguire verranno conservati, eventualmente anche per essere trasferiti ad un terzo, mentre quelli relativi al ramo destinato ad essere abbandonato potranno essere sciolti grazie alla facoltà offerta dall'art. 169-*bis* legge fallim.

*2. La discrezionalità del debitore nella scelta dei contratti sui quali intervenire.* La nuova disciplina di cui stiamo parlando non prevede che il giudice della procedura disponga lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione, ma, più precisamente, dispone che il debitore che propone il concordato possa *chiedere l'autorizzazione* allo scioglimento o alla sospensione.

La norma affida, quindi, al debitore che formula la proposta e che progetta il piano non solo l'iniziativa di formulare al tribunale o al giudice delegato la richiesta, ma prima ancora il compito di scegliere quali rapporti proseguire e quali, invece, sciogliere.

---

<sup>4</sup> I contratti in corso di esecuzione, così definiti nella rubrica dell'art. 169 bis legge fallim. altro non sarebbero che i contratti pendenti di cui agli artt. 72 ss. legge fallim., così LAMANNA, *La nozione di "contratti pendenti" nel concordato preventivo*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); in senso dubitativo INZITARI, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art. 169-bis L.Fall.*, *ivi*.

Il debitore dispone, perciò, di un potere discrezionale che, come autorevole dottrina ed una decisione di merito hanno affermato subito dopo l'introduzione della nuova disciplina, consiste in un diritto potestativo che la legge attribuisce a colui che propone il concordato preventivo<sup>5</sup>.

Il concordato è una procedura che prevede una componente negoziale, la quale si esplica soprattutto nella facoltà concessa al debitore che si trova in stato di crisi o di insolvenza di formulare ai creditori una proposta di soluzione, di superamento di questa sua condizione.<sup>6</sup>

E', quindi, la stessa disciplina del concordato ad affidare al debitore l'onere di progettare una modalità di superamento della crisi: a lui spetta la scelta se proporre o meno un concordato ed a lui solo è affidato il compito di determinare il contenuto della proposta e del piano<sup>7</sup>.

Ma se su questo aspetto del concordato non vi sono dubbi, come non ve ne sono sul fatto che il debitore possa scegliere le modalità attuative più varie, anche diverse dal puro e semplice pagamento, appare allora evidente che essendo la gestione dei contratti pendenti parte della proposta e del piano concordatari, non possa essere altri che lo stesso debitore a scegliere quali contratti dovranno proseguire e quali invece no.

---

<sup>5</sup> INZITARI, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art. 169-bis L.Fall., cit.:* "Il sopravvenire della procedura di concordato attribuisce al debitore un potere nuovo, quello di esercitare il diritto potestativo allo scioglimento del contratto, che ... deve essere integrato dall'autorizzazione del tribunale o del giudice delegato."; nello stesso senso Tribunale Salerno, 25 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, 1, pag. 75, con nota critica di P.VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo con riserva*, ivi, pag. 95 s., secondo il quale l'art. 169-bis non indica "un criterio in base al quale parametrare questo genere di autorizzazioni", che perciò costituirebbero "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".

<sup>6</sup> Il contenuto del piano è rimesso alla valutazione del debitore in piena autonomia, laddove ai creditori è rimesso il potere di esprimere il proprio parere attraverso il voto, così FIMMANO', *Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, in *Dir. Fall.* 2-2014, p. 227.

<sup>7</sup> L'art. 160, al primo comma, lascia al debitore la scelta se proporre o meno il concordato: L'imprenditore può (e non deve) proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può (e non deve) prevedere.

Possiamo affermare, in sostanza, che tale decisione attiene ed è strettamente connessa con le modalità di soluzione della crisi che il debitore intende sottoporre al voto dei creditori.<sup>8</sup>

Da questo rilievo emerge con evidenza come, nella scelta dei contratti pendenti da abbandonare, non sia concepibile un intervento autoritativo del tribunale, il quale, come sappiamo, non interviene nella progettazione della soluzione concordataria, ma la controlla in un momento successivo, mantenendola entro i binari tracciati dalla normativa, quali interpretati dalla nota sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione 25 gennaio 2013, n. 1521<sup>9</sup>.

Questo specifico profilo è stato colto e sottolineato da una recente decisione, che ha evidenziato come il conferimento all'impresa che propone il concordato di un potere sui rapporti pendenti destinato a prevalere sull'interesse dell'altra parte contrattuale sia espressione di una scelta di favore per l'iniziativa concordataria tesa al superamento dello stato di crisi o di insolvenza<sup>10</sup>.

3. *Gli effetti dell'autorizzazione ottenuta dall'imprenditore.* L'art. 169-bis legge fallim. contiene un altro termine che connota ancora di più l'istituto dal punto di vista di cui stiamo parlando. La norma, infatti, non stabilisce che, in caso di accoglimento della richiesta del debitore, il tribunale o il giudice delegato dichiari sciolti i contratti; prevede soltanto che il giudice *autorizzi* l'imprenditore a sciogliersi o a sospendere i contratti.

Autorizzare il titolare di un rapporto contrattuale a compiere un determinato atto non significa sostituirsi a lui nel compimento di quell'atto, significa attribuirgli la facoltà di scegliere se avvalersi o meno del potere di compiere l'attività per la quale l'autorizzazione è stata chiesta ed ottenuta.

Per questa ragione, riteniamo vadano considerate con la necessaria prudenza quelle decisioni, le quali, accogliendo l'istanza proposta dall'imprenditore ai sensi dell'art. 169-bis legge fallim., si sono pronunciate dichiarando direttamente lo scioglimento dei rapporti e, in certi casi, ordinando al terzo

---

<sup>8</sup> Tribunale Modena, 7 aprile 2014, in *Il Caso.it*, I, 10335.

<sup>9</sup> Cassazione, Sez. Un. Civ., 25 gennaio 2013, n. 1521, in *Il Caso.it*, I, 8401.

<sup>10</sup> Tribunale Rovigo, 6 marzo 2014, in *Il Caso.it*, I, 10170.

contraente di riversare al debitore le somme che la normale prosecuzione del rapporto gli avrebbe consentito di incassare<sup>11</sup>.

Se il debitore, una volta ottenuta l'autorizzazione allo scioglimento, vorrà farne uso, lo dovrà fare mediante un atto di natura negoziale, il quale consisterà nel portare a conoscenza della sua controparte contrattuale la volontà di esercitare il potere di scioglimento o di sospensione nei limiti consentiti dall'autorizzazione concessa dal giudice.

Ottenuto il provvedimento, il debitore potrà, pertanto, comunicare al terzo di essere stato autorizzato a sciogliersi o a sospendere il contratto ed espressamente dire cosa intende fare, ponendo così in essere una comunicazione a contenuto negoziale che incide sul rapporto contrattuale. L'imprenditore, potrà, inoltre, notificare al terzo il provvedimento autorizzatorio ai fini della sua eventuale impugnazione, trattandosi di atto reclamabile ai sensi dell'art. 26 legge fallim.

Sulla scorta di queste considerazioni, si ritiene, pertanto, di condividere quella giurisprudenza, la quale ha sostenuto che la dichiarazione di volontà del debitore di avvalersi dell'autorizzazione ottenuta è implicita nell'atto di notifica del provvedimento del giudice al terzo<sup>12</sup>.

Quanto agli effetti veri e propri della modifica ex art. 169-*bis* legge fallim. dei contratti in corso, ci pare che gli stessi non possano che prodursi dal momento della comunicazione effettuata dall'imprenditore al terzo con l'intenzione di provocare l'effetto dello scioglimento o della sospensione. Lo

---

<sup>11</sup> Tribunale Piacenza, 8 giugno 2013, in *Il Caso.it*, 8631; Tribunale Piacenza, 5 aprile 2013, *ivi*, I, 8798; Tribunale Monza, 27 novembre 2013, *ivi*, I, 9823. Frequente è il caso dei rapporti bancari con linee auto-liquidanti. Si sono viste decisioni che, in accoglimento della richiesta di scioglimento, anziché autorizzare il debitore a sciogliersi o a sospendere i contratti bancari in corso, hanno dichiarato sciolti i rapporti ed anche ordinato alla banca di versare all'imprenditore in concordato le somme che la banca avrebbe incassato per effetto dei mandati all'incasso previsti nei contratti di credito. Poiché l'art. 169-bis non prevede la pronuncia di un siffatto ordine al terzo, lo stesso dovrebbe essere censurabile ex art. 26 legge fallim. Sul tema dello scioglimento dei rapporti bancari Appello Brescia, 19 giugno 2013, *ivi*, I, 9155, la quale ha affermato la legittimità della compensazione dei pagamenti ricevuti da terzi in relazione al portafoglio presentatole dalla debitrice ed oggetto di anticipazione qualora il credito anticipato al cliente sia anteriore alla ammissione alla procedura e la riscossione del relativo credito sia invece posteriore; Tribunale di Genova, 4 novembre 2013, *ivi*, I, 10059; Tribunale Monza, 27 novembre 2013, *ivi*, I, 9823.

<sup>12</sup> Appello Genova, 5 febbraio 2014, in *Il Caso.it*, I, 10080.

scioglimento non potrà quindi prodursi in modo automatico dalla data della decisione del tribunale o dalla domanda di concordato.

Se l'opzione offerta dall'istituto in esame deve essere considerata una parte del piano di concordato, appare evidente che l'effetto su ogni singolo contratto dovrà essere coerente con la programmazione prevista nel piano. Non è detto, quindi, che, per ragioni che attengono alla configurazione del piano e della proposta, lo scioglimento non possa avere effetto in un momento successivo. Il debitore che sia stato autorizzato ad avvalersi delle facoltà di cui stiamo parlando dovrà, quindi, comunicare al terzo anche la decorrenza degli effetti della scelta operata<sup>13</sup>.

Ed è questo un adempimento di particolare importanza, poiché se lo scioglimento (o la sospensione) ha effetto dalla comunicazione al terzo, prima di tale momento potranno prodursi oneri di natura prededotta che inevitabilmente graveranno sulla fattibilità della proposta. E', dunque, evidente che anche la tempistica degli effetti ha importanza determinante: il debitore non solo dovrà prevedere la decorrenza di questi effetti, ma dovrà anche far sì che essi si producano al momento opportuno, in armonia a quanto previsto dal piano rispetto al quale l'opzione di cui parliamo deve essere funzionale.<sup>14</sup>

*4. L'ambito di valutazione del giudice chiamato a decidere sulla richiesta di autorizzazione.* Una volta affermato che la decisione se sciogliere o meno determinati contratti compete al

---

<sup>13</sup> Appello Genova, 5 febbraio 2014, *cit.*, che sul punto afferma che gli effetti del provvedimento del tribunale che autorizza il debitore a valersi dello scioglimento dai rapporti pendenti ai sensi dell'art. 169 bis decorrono solo dal momento in cui il debitore comunica al proprio creditore di voler esercitare tale facoltà: tale dichiarazione di volontà è implicita nella notifica del provvedimento giudiziale che autorizza il debitore allo scioglimento; Tribunale Modena, 7 aprile 2014, *cit.*

<sup>14</sup> Non si deve dimenticare che la progettazione della proposta e del piano potrebbe richiedere le soluzioni più disparate. Potrà per esempio presentarsi la necessità di sospendere un contratto per il tempo necessario alla cessione del medesimo unitamente all'azienda e fare in modo che lo stesso riprenda a produrre i suoi effetti in capo al cessionario. Se il periodo di sospensione è anche solo in parte successivo all'inizio della procedura (anche con riserva ex art. 161, comma, 6, legge fallim.) si potranno evitare i costi in prededuzione generati dalla prosecuzione del rapporto.

debitore, perché si tratta di opzione strettamente ed inscindibilmente legata alla progettazione della proposta concordataria e che, dopo aver ottenuto dal giudice l'autorizzazione, il debitore dovrà attivarsi per comunicare e rendere efficace nei confronti del contraente la propria decisione, occorre chiedersi quale significato dare al termine *autorizzazione*, letto dal punto di vista del giudice chiamato a decidere se accogliere o meno la richiesta.

La norma ha voluto, infatti, che la facoltà concessa all'imprenditore di sciogliere o sospendere i contratti in corso di esecuzione fosse esercitata sotto il *controllo* del tribunale. Il legislatore, pur lasciando all'imprenditore la libertà di progettare la proposta ed il piano di concordato, ha voluto che la parte del piano che riguarda lo scioglimento dei rapporti contrattuali in essere con i terzi fosse sorvegliata dall'autorità giudiziaria.

Per individuare la ragione che ha indotto il legislatore a prevedere l'intervento del giudice nella delicata fase di progettazione della proposta, dobbiamo tenere presente che il contesto di applicazione dell'istituto in esame è quello della soluzione concordataria della crisi di impresa, posto che esso è previsto da una norma speciale che riguarda esclusivamente il concordato preventivo.

Questa considerazione porta alla riflessione di carattere preliminare se gli effetti derivanti dalla sospensione dei contratti possano avere, come alcune decisioni di merito hanno affermato<sup>15</sup>, carattere permanente e prodursi anche al di fuori ed indipendentemente dalle sorti della domanda di concordato.

Non si vuole in questa sede approfondire tale complesso argomento, ma solo evidenziare come potrebbe essere contrario allo spirito della norma attribuire effetti permanenti e, ciò che più importa, esorbitanti dall'ambito della procedura, ad una disciplina speciale concepita per progettare la proposta concordataria. Riesce difficile credere che l'atto negoziale nel quale si concreta lo scioglimento, un atto che trova la sua causa, la sua ragione giuridica ed economica, nella formulazione di una domanda di concordato, possa conservare efficacia anche nel caso in cui la proposta sia rinunciata,

---

<sup>15</sup> In termini dubitativi Tribunale Rovigo, 6 marzo 2014, *cit.*

dichiarata inammissibile o semplicemente non approvata dai creditori.

Su questo specifico aspetto, due recenti arresti hanno sostenuto che l'autorizzazione di cui all'art. 169-bis legge fallim. non determina di per sé l'effetto sostanziale del definitivo scioglimento del contratto, ma solo quello *procedimentale* di consentire al proponente di presentare ai creditori una proposta e un piano che lo prevedano<sup>16</sup> e che “*i timori in ordine alle conseguenze dello scioglimento o della sospensione dei contratti in corso di esecuzione disposta ai sensi dell'articolo 169-bis legge fallim. per l'ipotesi di esito anomalo del concordato con riserva (rinunzia o inammissibilità o improcedibilità della domanda) possono essere fuggiti dalla correlata caducazione ex tunc di tutti gli effetti prenotativi e protettivi, con conseguente riespansione del diritto risarcitorio del contraente in bonis in regime di “prededuzione di fatto”, legata al venir meno della condizione concorsuale.*”<sup>17</sup>

Riprendendo il tema dell'ambito di valutazione del giudice chiamato a decidere sull'istanza ex art. 169-bis legge fallim., crediamo che per la corretta impostazione del problema si possa attingere ai principi enunciati dalla già citata decisione della Suprema Corte, la quale ha distinto la fattibilità giuridica della proposta da quella economica.

Facendo applicazione di siffatto principio anche ai contratti pendenti, riteniamo sia possibile definire l'ambito di intervento del giudice in maniera coerente ed armonica con il resto del sistema.

Non crediamo, allora, che siano da avallare le opinioni di coloro che hanno attribuito al giudice la facoltà di valutare la *convenienza* dello scioglimento o della sospensione dei contratti in quanto trattasi di valutazione riservata al debitore che deve dar forma alla proposta ed ai creditori chiamati ad approvarla.<sup>18</sup>

Alla luce di questo principio, si dovrebbe escludere che al giudice competa la valutazione di convenienza in ordine a

---

<sup>16</sup> Tribunale Pistoia, 23 gennaio 2014, in *Il Caso.it*, I, 10277, con nota di T.STANGHELLINI.

<sup>17</sup> Tribunale Terni, 27 dicembre 2013, in *Il Caso.it*, I, 9856.

<sup>18</sup> Così P.VELLA, nota a Tribunale Salerno, 25 ottobre 2012, *cit.*

scelte di carattere imprenditoriale ed economico che comportano un rischio, ovvero che il giudice possa, ad esempio, stabilire se sia più conveniente un contratto di locazione di un immobile piuttosto che una locazione finanziaria o altre soluzioni, in quanto si tratta di scelte che vanno lasciate all'ambito loro proprio dell'iniziativa economica.

Questa posizione ha trovato conforto in un arresto della giurisprudenza di merito che offre più di uno spunto di approfondimento nella direzione che abbiamo imboccato<sup>19</sup>.

In esso si legge che al tribunale compete uno scrutinio di legittimità, che si articola nella qualificazione del rapporto come contratto *effettivamente in corso di esecuzione*. Si tratta, in realtà, di una verifica imposta dallo stesso articolo 169-bis, il quale prescrive che la disciplina di cui parliamo è applicabile non a tutti i rapporti ma solo a quelli in corso di esecuzione.

Si legge, poi, nella decisione, che al tribunale non spetta alcun accertamento di merito, salvo quello relativo alla funzionalità<sup>20</sup> dello scioglimento con il piano concordatario. E tale concetto viene vieppiù esplicitato ove si afferma che, a ben vedere, l'indagine del tribunale si risolve nella mera *verifica di non contraddizione del piano in generale con la parte relativa allo scioglimento dei contratti*. Non solo, quindi, il giudice non indaga sul merito della scelta, ma si limita a verificare che questa non si ponga in contraddizione con la struttura generale del piano.

Le due affermazioni, la prima che esclude l'indagine sul merito e la seconda che la limita ad una verifica di non contraddizione, rivelano il tentativo di evitare una valutazione erroneamente destinata a sovrapporsi a quella demandata ad altri soggetti: l'imprenditore che confeziona la proposta e i creditori chiamati ad esprimersi sulla sua approvazione.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Tribunale di Pistoia, 9 luglio 2013, in *Il Caso.it*, I, 9381.

<sup>20</sup> Anche Tribunale Modena, 7 aprile 2014, *cit.* si esprime in termini di "funzionalità".

<sup>21</sup> Tribunale Pistoia, *cit.*, secondo cui lo scioglimento o la prosecuzione del contratto pendente prevista dall'articolo 169 bis L.F. integra anche una questione di convenienza, come tale rimessa ai creditori nell'ambito della più ampia valutazione della proposta concordataria, diritto, questo, che non può essere espropriato senza negare la funzione stessa del concordato preventivo. Ne consegue che il luogo deputato a valutare se sia conveniente una prospettiva concordataria con lo scioglimento dei contratti o un'alternativa ove nel

La giurisprudenza ha, poi, compiuto ulteriori progressi sulla definizione dell'ambito valutativo del tribunale, precisando che quest'ultimo potrà rigettare l'istanza esclusivamente quando appaia *incongruente* con la proposta concordataria e che ogni ulteriore vaglio, ivi compreso quello della convenienza per gli stessi creditori, comporta un giudizio sull'opportunità economica e sulla meritevolezza della proposta che esula dal sindacato sulla causa concreta, che costituisce il limite di giudizio del tribunale<sup>22</sup>.

Si va facendo strada, dunque, l'applicazione, anche ai contratti pendenti, della linea interpretativa proposta dalla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, la quale ha tracciato l'ambito di valutazione del giudice nel concordato preventivo attraverso la distinzione tra fattibilità giuridica e fattibilità economica<sup>23</sup>.

E questa impostazione è a nostro avviso da condividersi, atteso che, come abbiamo detto, l'opzione offerta dal 169-*bis* legge fallim. è uno strumento per la progettazione della proposta concordataria che può essere utilizzato solo dall'imprenditore.

La previsione del potere autorizzativo del giudice al quale viene formulata la richiesta ha lo scopo di *prevenire l'abuso* di questo strumento, il quale, senza il controllo del tribunale, potrebbe essere utilizzato senza effettivo rapporto con la domanda di concordato e per fini estranei alla causa del superamento della situazione di crisi che la caratterizza.

Per non porsi sul terreno scivoloso di categorie dai confini in continuo mutamento, si potrebbe ipotizzare che l'indagine del tribunale debba avere ad oggetto il rapporto dello scioglimento dei contratti con il piano e la proposta e, quindi, la verifica che tra i due fattori vi sia un nesso logico e funzionale, con esclusione di ogni valutazione di convenienza.

---

patrimonio del debitore sia ancora presente un rapporto contrattuale altrimenti destinato alla risoluzione, non può che essere quello dell'approvazione del concordato mediante il conseguimento delle maggioranze di cui all'articolo 177 legge fallim.

<sup>22</sup> Tribunale Rovigo, 6 marzo 2014, *citata*.

<sup>23</sup> Cass. Sez. Un. Civ., 23 gennaio 2013, n. 1521, *citata*, commentata da FABIANI, *Guida rapida alla lettura di Cass. S.U. 1521/2013*, in *Il Caso.it*, II, 343.

Tutte le volte in cui non possa rinvenirsi questo legame della domanda di scioglimento con la proposta e con il piano, tutte le volte in cui lo strumento non sia giustificato nell'ambito del più ampio contesto della formulazione di una proposta di concordato che abbia come causa il superamento della situazione di crisi o di insolvenza, l'autorizzazione dovrà essere negata.

*5. Coordinamento tra la proposta e l'istanza ex art. 169-bis legge fallim. e la quantificazione dell'indennizzo spettante al terzo.* Se la scelta in ordine ai contratti spetta al debitore ed è un parte inscindibile del piano, perché è funzionale alla sua realizzazione, allora è evidente che l'istanza debba, *di regola*, essere proposta unitamente al piano di concordato e prevedere la quantificazione dell'indennizzo dovuto al terzo contraente, così come disposto dal secondo comma dell'art. 169-bis legge fallim.

La quantificazione dell'indennizzo, che la norma prescrive sia determinato in misura pari al risarcimento del danno che il terzo contraente subisce per effetto dell'inadempimento, è, pertanto, un compito che compete all'imprenditore che propone il concordato.

Questi, così come ha l'onere di dichiarare e quantificare gli altri debiti, allo stesso modo dovrà quantificare e dichiarare l'indennizzo dovuto al terzo che subisce lo scioglimento o la sospensione degli effetti del contratto.<sup>24</sup>

L'omissione di detta indicazione potrebbe costituire un profilo di inammissibilità della domanda di scioglimento forse rilevabile d'ufficio da parte del giudice, in quanto priva questo istituto di uno dei suoi elementi essenziali, il quale peraltro, come vedremo, ha una precisa funzione nell'ambito della procedura.

La mancata indicazione dell'indennizzo si traduce nella omissione di una passività espressamente prevista da una norma di legge, un'omissione che può ripercuotersi in diverse direzioni, perchè rende opaca la stessa vicenda dello

---

<sup>24</sup> Tribunale Modena, 7 aprile 2014, citata; FIMMANO', *Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, cit., p. 236, secondo cui la determinazione dell'indennizzo deve avere riguardo all'equilibrio delle prestazioni con riferimento al margine di guadagno derivante dalla scelta operata.

scioglimento non solo agli occhi del giudice chiamato ad autorizzarla, ma anche al cospetto dei creditori, i quali non possono valutare la convenienza della scelta alla luce degli oneri che comporta e della sua stessa funzionalità al buon esito del piano.

In termini più generali, questa omissione determina la mancata dichiarazione di una passività che la legge vuole sia collocata tra i crediti concordatari.

E' poi evidente che l'omesso assolvimento a questa prescrizione porta ad uno squilibrio nell'ambito del piano di concordato, poiché quello del terzo contraente potrebbe essere un credito in grado di influire sulla fattibilità della proposta, oltre che intaccare la attendibilità della stessa, perché non offre ai creditori informazioni essenziali per stimare la convenienza<sup>25</sup>.

Per queste ragioni, la sostenibilità della scelta in ordine ai contratti dovrà essere oggetto di valutazione da parte del professionista attestatore nella sua relazione di cui all'art. 161, comma 3, legge fallim.<sup>26</sup>.

La quantificazione dell'indennizzo, che nei casi di particolare complessità potrebbe richiedere adeguati approfondimenti, oltre ad avere la finalità di dare a tutti i creditori un'informazione chiara e completa in ordine alla proposta, ha lo scopo di offrire allo stesso terzo contraente elementi di valutazione della propria posizione e del proprio credito, così come esposto dal debitore e come tale appostato al passivo concordatario<sup>27</sup>.

Qualora, poi, come è consigliabile che sia, il credito del terzo venga collocato in apposita classe, l'informazione di cui stiamo parlando consentirà al giudice di esprimersi sulla corretta formazione della classe sotto il profilo della

---

<sup>25</sup> Tribunale Modena, 7 aprile 2014, *citata*, dove, nel caso specifico, la mancata e ritardata comunicazione al terzo contraente della volontà di sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione ha comportato l'emersione di passività in prededuzione che hanno assorbito le risorse destinate ai creditori chirografari e pregiudicato la fattibilità del concordato.

<sup>26</sup> Tribunale Modena, 7 aprile 2014, *citata*.

<sup>27</sup> Particolarmente complessa si prospetta la determinazione dell'indennizzo spettante al terzo nei rapporti bancari ove si è in presenza di mandati all'incasso ma anche di cessioni munite di data certa anteriore, e quindi opponibili, alla procedura di concordato ex artt. 45 e 169 legge fallim.

comunanza di posizione giuridica e di interessi economici dei creditori che la compongono.

Non dovrebbero, infine, esservi dubbi sul fatto che la soluzione dell'eventuale controversia tra debitore e terzo relativa alla misura dell'indennizzo sia demandata al giudice ordinario<sup>28</sup>, secondo le disposizioni sulla competenza per materia e per valore dettate dal codice di procedura civile. Anche per questa ragione, devono essere respinte quelle opinioni che vorrebbero giustificare la convocazione del terzo contraente in sede di istanza ex art. 169-*bis* legge fallim. con la necessità di determinazione dell'indennizzo.

Nell'ambito del procedimento di concordato la quantificazione del credito dei creditori e del terzo contraente può, infatti, avere rilievo solamente ai fini della votazione e, come prevede l'art. 176 legge fallim., viene risolta in via provvisoria dal giudice con un giudizio sommario che ha effetti esclusivamente con riguardo al voto ed al calcolo delle maggioranze, senza, come dice la norma, *che ciò pregiudichi le pronunzie definitive sulla sussistenza dei crediti stessi*<sup>29</sup>.

6. *Applicazione dell'istituto al concordato con riserva di cui all'art. 161, comma 6, legge fallim.* In ordine alla questione se scioglimento e sospensione dei contratti possano essere autorizzati anche per il periodo del concordato con riserva, che, come è noto, precede la presentazione della proposta e del piano, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti si sono oramai orientate in senso affermativo. Questo orientamento, che è stato da subito supportato da vari tribunali<sup>30</sup>, ha trovato anche

---

<sup>28</sup> FIMMANO', *Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, cit., p. 238; Tribunale Pistoia, 9 luglio 2013, cit.

<sup>29</sup> Cassazione civile, 12 novembre 1993, n. 11192, in *Giust. Civ.* 1994, I, 357 con nota di LO CASCIO, *Dir. Fall.*, 1994, 291 e in *Fallimento* 1994, 291.

<sup>30</sup> La prima decisione sul punto è Tribunale Modena 30 novembre 2012, in *Il Caso.it*, I, 8196, alla quale hanno fatto seguito altre decisioni, tra le quali Tribunale Vercelli 20 settembre 2013, *ivi*, I, 9504; Tribunale Terni, 27 dicembre 2013, *ivi*, I, 9856; Tribunale di Genova, 4 novembre 2013, *ivi*, I, 10059; Tribunale Modena, 7 aprile 2014, *ivi*, cit. Sulla applicabilità della disciplina del 169-*bis* al concordato con riserva di cui all'art. 161, comma 6, legge fallim., in dottrina, in senso favorevole STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 1231. Di diverso avviso BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, *ivi*, 2013, p. 1121. Sull'argomento anche FABIANI, in *Il Caso.it*, II, 351, cit.

conforto in una recente decisione di corte di appello<sup>31</sup>, la quale ha precisato che, a tal fine, deve essere considerato decisivo il richiamo, contenuto nel comma 6 dell'art. 161 legge fallim., alla domanda vera e propria di concordato: *“L'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione.”*.

La domanda di concordato è in sostanza una sola e si può presentare completa di tutto quanto previsto dall'art. 161 oppure, in base al comma 6, riservandosi di presentare proposta, piano e documentazione in un secondo momento, nel termine concesso dal tribunale.

La posizione espressa su questo aspetto dalla decisione citata ci sembra condivisibile, poiché la prosecuzione dei contratti<sup>32</sup> nel periodo del concordato con riserva produce in molti casi costi in prededuzione che rischiano di pregiudicare la soluzione concordataria, riducendo drasticamente i vantaggi offerti dallo strumento del concordato prenotativo<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Appello Venezia, 20 novembre 2013, in *Il Caso.it*, I, 9081: la prima decisione edita di una corte d'appello sul tema dei contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo.

<sup>32</sup> La regola generale, in mancanza di autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento è, infatti, la prosecuzione dei contratti in corso di esecuzione; così FABIANI, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, cit. e, in giurisprudenza, Tribunale Terni, 12 ottobre 2012, in *Il Caso.it*, II, 8036.

<sup>33</sup> Tribunale Terni, 27 dicembre 2013, citata, la quale sul punto afferma che la disciplina contenuta nell'articolo 169 bis L.F. è applicabile anche al concordato con riserva, dovendosi ritenere che il riferimento al "ricorso di cui all'art. 161" contenuto dell'articolo 169 bis L.F. possa riguardare non solo il primo, ma anche il sesto comma del citato articolo 161, ed altresì in ragione del fatto che la ratio sottesa alla disciplina in esame appare comune agli istituti delle autorizzazioni al compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione ex art. 161 co. 7 L.F., ovvero ai finanziamenti di cui all'art. 182-quinquies, comma 1, L.F. e, nel concordato con continuità aziendale, ai pagamenti di crediti anteriori di cui al successivo comma 4, ratio, la quale consiste nel favor per l'accesso al concordato e nella protezione della fase preparatoria del piano, anche con sacrificio degli interessi dei singoli creditori (si vedano le preclusioni e addirittura l'inefficacia retroattiva delle ipoteche giudiziali di cui all'ultima parte dell'art. 168 L.F.), in una visione olistica della soluzione concordataria che coinvolge gli interessi non solo del ceto creditorio, ma anche degli altri stakeholders, tanto interni quanto esterni all'impresa in crisi.

La presentazione dell'istanza di cui al 169-bis legge fallim. nel periodo che intercorre tra la domanda di concordato cd. con riserva ed il deposito del concordato cd. pieno, quando cioè il tribunale non conosce né la proposta né il piano, non consente di esprimere alcun giudizio sul nesso di funzionalità tra l'istanza e la proposta.

In merito a questo delicato problema, deve essere fatta menzione di una prima pronuncia emessa subito dopo l'entrata in vigore della riforma, ove si afferma che per consentire al tribunale di decidere sull'istanza presentata nel periodo di concordato con riserva, il debitore è tenuto ad effettuare una *disclosure* di quello che sarà il contenuto futuro della proposta e del piano, quanto meno con riferimento ai contratti sui quali intende intervenire<sup>34</sup>.

Si tratta di una soluzione sicuramente consigliabile per i casi in cui il debitore abbia già definito alcune componenti del piano e sia, quindi, in grado di collocare la vicenda dello scioglimento o della sospensione dei contratti nel contesto organico del piano nel suo complesso, del quale già conosce almeno le linee essenziali.

Può tuttavia accadere che durante il concordato con riserva il debitore non abbia ancora deciso come risolvere la crisi, oppure che ancora non sappia dire se la proposta prevedrà un concordato in continuità o un concordato di natura liquidatoria. In questi casi, vi potranno essere, però, contratti pendenti che producono costi di rilevante entità e la cui sorte non è ancora consentito delineare per l'assoluta incertezza delle prospettive future.

Sono situazioni nelle quali il giudizio di funzionalità al piano si prospetta assai arduo da esprimere, talvolta impossibile.

---

<sup>34</sup> Tribunale Mantova, 27 settembre 2012, in *Il Caso.it*, I, 7874, ove si afferma che Non può trovare accoglimento la richiesta del proponente il concordato preventivo formulata ai sensi dell'art. 169 bis l.f., in seno ad un ricorso ex art. 161 VI co. Legge fallim., di essere autorizzato alla sospensione di contratti di leasing pendenti se non viene delineato il tipo di concordato che sarà proposto, e non viene rappresentata l'incidenza dei canoni di leasing in essere nella gestione ordinaria della società. Sulla necessità della disclosure anche Tribunale Monza, 16 gennaio 2013, in *Il Caso.it*, I, 8351; Tribunale Monza, 21 gennaio 2013, *ivi*, I, 8530; Tribunale Novara, 3 aprile 2013, *ivi*, I, 8830; Tribunale Vercelli, 20 settembre 2013, *ivi*, I, 9504.

Al riguardo, va segnalata la soluzione proposta dal Tribunale di Terni<sup>35</sup>, il quale suggerisce di fare ricorso agli stessi criteri che governano la autorizzazione degli atti di straordinaria amministrazione di cui all'art. 161, comma 7, legge fallim. In questi casi, infatti, il giudice è chiamato a decidere sulla richiesta senza conoscere né la proposta né il piano, così che, in assenza di *disclosure* in ordine al rapporto tra atto e struttura della proposta, potrà negare l'autorizzazione qualora l'atto sia idoneo ad arrecare un pregiudizio al patrimonio dell'imprenditore<sup>36</sup>.

Sulla scorta delle sintetiche considerazioni che precedono, appare evidente che l'atteggiamento del tribunale chiamato a decidere sulla richiesta del debitore dovrà modularsi caso per caso, in base al livello di disclosure di volta in volta offerto. Il

---

<sup>35</sup> Tribunale Terni, 27 dicembre 2013, *cit.*, la quale afferma che la disciplina contenuta nell'articolo 169 bis L.F. è applicabile anche al concordato con riserva, dovendosi ritenere che il riferimento al "ricorso di cui all'art. 161" contenuto dell'articolo 169 bis legge fallim. possa riguardare non solo il primo, ma anche il sesto comma del citato articolo 161, ed altresì in ragione del fatto che la ratio sottesa alla disciplina in esame appare comune agli istituti delle autorizzazioni al compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione ex art. 161, comma 7, L.F., ovvero ai finanziamenti di cui all'art. 182-quinquies, comma 1, L.F. e, nel concordato con continuità aziendale, ai pagamenti di crediti anteriori di cui al successivo comma 4, ratio, la quale consiste nel favor per l'accesso al concordato e nella protezione della fase preparatoria del piano, anche con sacrificio degli interessi dei singoli creditori (si vedano le preclusioni e addirittura l'inefficacia retroattiva delle ipoteche giudiziali di cui all'ultima parte dell'art. 168 legge fallim.), in una visione olistica della soluzione concordataria che coinvolge gli interessi non solo del ceto creditorio, ma anche degli altri stakeholders, tanto interni quanto esterni all'impresa in crisi.

<sup>36</sup> Tribunale Terni, 28 dicembre 2012, in *Il Caso.it*, I, 8635, ove si sostiene che In tema di concordato preventivo, la valutazione in ordine al carattere di ordinaria o straordinaria amministrazione dell'atto posto in essere dal debitore senza autorizzazione del giudice delegato, ai fini della eventuale dichiarazione di inefficacia dell'atto stesso ai sensi dell'art. 167 legge fallim., deve essere compiuta dal giudice di merito tenendo conto che il carattere di atto di straordinaria amministrazione dipende dalla sua idoneità ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori, in quanto ne determina la riduzione, ovvero lo grava di vincoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti su questi. Alla luce di questo principio, devono ritenersi di ordinaria amministrazione gli atti di comune gestione dell'azienda, strettamente aderenti alle finalità e dimensioni del suo patrimonio e quelli che - ancorché comportanti una spesa elevata - lo migliorino o anche solo lo conservino, mentre ricadono nell'area della straordinaria amministrazione gli atti suscettibili di ridurlo o gravarlo di pesi o vincoli cui non corrispondano acquisizioni di utilità reali su di essi prevalenti. Sul punto G.FALCONE, *Profili problematici del concordato con riserva*, in *Dir. fall.*, 2013, I, pag. 405 seg.

controllo potrà così estendersi al nesso di funzionalità di cui si è detto in presenza di elementi del piano già tracciati e definiti, mentre dovrà limitarsi all'applicazione dei criteri che governano il rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 161, comma 7, legge fallim. qualora siffatti elementi non siano noti o non vengano offerti dal debitore.

*7. La convocazione del terzo contraente.* Un problema sul quale la giurisprudenza è ancora divisa è quello se, per decidere in ordine alla domanda di sospensione o di scioglimento dei contratti, sia o meno necessaria la convocazione del terzo contraente ad una apposita udienza.

La maggior parte delle decisioni, salvo alcune molto recenti, hanno ritenuto indispensabile la convocazione del terzo giustificandola con la necessità di rispettare il principio del contraddittorio e del giusto processo. Tali decisioni hanno ritenuto di applicare a questa fattispecie i principi che regolano quei procedimenti ove il giudice è chiamato a decidere di interessi contrapposti, volti a garantire a ciascun titolare di diritti soggettivi o di interessi legittimi lesi la facoltà di agire e di difendersi in giudizio<sup>37</sup>.

Prendendo, tuttavia, le mosse dal dato normativo, dal tenore letterale dell'art. 169-*bis*, è agevole constatare che la disposizione in parola non prevede la convocazione del terzo contraente, ma semplicemente una richiesta del debitore al tribunale o al giudice delegato, alla quale fa seguito un provvedimento con cui viene concessa o negata l'autorizzazione.

Non si vogliono ora mettere in discussione le regole che discendono dalla applicazione del fondamentale principio del giusto processo e negare il valore del contraddittorio e del diritto di difesa. Quel che si vuole sottolineare è che, nell'ambito del procedimento di concordato preventivo, gli interessi dei creditori vengono tutelati attraverso un procedimento diverso, ove i principi del giusto processo subiscono un'attenuazione dovuta all'applicazione delle regole del concorso.

Nel concordato preventivo, così come in quello fallimentare, non è, infatti, prevista una convocazione in udienza per ogni

---

<sup>37</sup> Appello Venezia, 20 novembre 2013, *citata*.

singolo creditore e ciò nonostante il concordato tenda alla regolazione dei diritti di tutti i creditori.

E la ragione di questa scelta è che il concordato è una procedura concorsuale ove il rapporto tra debitore che tenta la soluzione della crisi d'impresa ed i suoi creditori viene risolto mediante una procedura a carattere collettivo, nell'ambito della quale i creditori non vengono convocati in tante singole udienze dedicate ad ognuno di loro, ma sono presi in considerazione collettivamente.

Nel concordato preventivo, ogni singolo creditore si esprime attraverso la manifestazione del voto destinato a confluire nella *deliberazione della maggioranza*, la quale ha effetto vincolante per tutti i creditori concorsuali<sup>38</sup>.

Sorge allora spontaneo chiedersi la ragione per la quale al terzo dovrebbe essere riservato un trattamento particolare, diverso da quello concesso agli altri creditori in seno ad una procedura a carattere collettivo, dove ogni creditore chirografario o privilegiato viene convocato in un'adunanza collettiva e dove la sua volontà assume rilievo come parte di una maggioranza.

Per giustificare un trattamento diverso da quello riservato agli altri creditori, si dovrebbe dimostrare che gli interessi ed i diritti del terzo assumono nel concordato una configurazione differente rispetto ai diritti degli altri soggetti, tale da giustificare un differente procedimento che, a ben vedere, costituirebbe una deroga, una eccezione alla regola generale prescelta dal legislatore per gestire il concordato preventivo.

Per comprendere lo *status* del terzo contraente nell'ambito del concordato preventivo, è forse sufficiente la lettura del secondo comma dell'art. 169-bis legge fallim., disposizione la quale regola espressamente i diritti sostanziali del terzo che subisce la scioglimento o la sospensione del contratto: *“In tali casi, il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito e' soddisfatto come credito anteriore al concordato.”*

I diritti del terzo sono chiaramente indicati nel suddetto comma, egli ha *solo* diritto ad un indennizzo pari al

---

<sup>38</sup> Di Marzio, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2012, p. 165 ss.

risarcimento del danno, indennizzo che deve essere considerato come *credito anteriore* al concordato.

Il terzo diviene, perciò, un creditore come gli altri.

E' la stessa norma che ce lo dice, che qualifica il terzo contraente come creditore, perché disciplina espressamente gli effetti dello scioglimento o della sospensione del contratto stabilendo che, per quanto riguarda la posizione del terzo, la vicenda dello scioglimento o della sospensione del rapporto dia luogo ad un indennizzo pari al risarcimento del danno.

La norma si è presa cura, cioè, di valutare in anticipo la posizione del terzo per *trasformarla in quella di creditore* da trattare alla stregua di tutti gli altri creditori del concordato, da convocare quindi all'adunanza di cui all'art. 174 legge fallim., dove può esprimere il proprio voto in ragione del credito che, come abbiamo detto, il debitore proponente ha già provveduto a quantificare e dichiarare.

E siccome inevitabilmente si sarebbe posto il problema se a tale credito, sorto per effetto dello scioglimento, e quindi in costanza di procedura, dovesse o meno essere riconosciuta la prededuzione, la norma si è occupata anche di questo aspetto, stabilendo che il credito dell'indennizzo deve essere *soddisfatto e trattato come credito anteriore al concordato*.

Si è già detto che deve essere il debitore ad indicare l'importo dell'indennizzo, ad appostare tale voce nella proposta di concordato e che il giudice chiamato a concedere l'autorizzazione non può decidere della misura dell'indennizzo perché di essa, decide il giudice ordinario, il quale è competente a dirimere ogni altra eventuale controversia sulla contestazione dei crediti dichiarati dal debitore.

Se questo è il dato normativo e se questa lettura si pone in sintonia con il sistema del concordato preventivo, crediamo possa essere utile alla nostra riflessione ricercare la ragione per cui il legislatore ha ritenuto di trattare il terzo come un creditore.

Se leggiamo le sentenze che si sono espresse a favore della sua convocazione, ci accorgiamo che il terzo viene considerato un soggetto i cui diritti vengono lesi, un soggetto da tutelare, al quale assicurare un contraddittorio in considerazione del fatto che la norma speciale di cui stiamo parlando incide sull'equilibrio del rapporto contrattuale.

Senonché, tali affermazioni potrebbero essere condivise se i diritti del terzo venissero in discussione nell'ambito di un sistema ove le parti si trovano in condizioni di normalità, con la necessità, dunque, di godere di pari tutela e pari facoltà di difendersi.

Ma questo scenario non è quello del concordato preventivo, il quale è caratterizzato dalla crisi dell'impresa, dove il terzo si ritrova ad essere legato da un vincolo contrattuale con un imprenditore in crisi o in stato di insolvenza, con un soggetto cioè che è destinato, comunque, a non proseguire il rapporto contrattuale.

Siamo quindi sicuri che il legislatore, nel predisporre una speciale disciplina, non abbia voluto proprio tener conto di ciò, non abbia cioè considerato il fatto che siamo nell'ambito di una situazione di crisi che nel nostro ordinamento è trattata con modalità affatto differenti da quelle ordinarie ed in cui i principi del giusto processo, del contraddittorio e del diritto di difesa assumono una configurazione del tutto peculiare?

Se la proposta di concordato non ha un esito positivo, se cioè non viene omologata o il concordato non viene eseguito, ben difficilmente il terzo potrà confidare nella continuazione del rapporto e nel rispetto da parte del debitore delle obbligazioni assunte con il contratto.

Non si deve, poi, dimenticare che i creditori dovranno valutare se la proposta di concordato è più conveniente rispetto al fallimento e che anche il terzo si trova in questa posizione, perché, se il concordato non viene approvato, il suo rapporto pendente subirà il trattamento previsto nel fallimento, dove assai raramente si assiste alla prosecuzione del contratto.

Una fine quindi, quella dello scioglimento nell'ambito del fallimento, che il legislatore ha di certo considerato, *anticipando*, nell'interesse della soluzione negoziale della crisi e, dunque, in ragione del *favor* per la soluzione concordata, il momento dello scioglimento e creando addirittura le condizioni per una prosecuzione del rapporto pendente nel caso in cui il debitore ritenga di mantenerlo in vita.

Queste sono, a nostro parere, le ragioni per le quali il legislatore ha trattato il terzo come un creditore: ha tenuto conto del fatto che, a causa della crisi, il rapporto è destinato ad un esito sfavorevole anche per il contraente *in bonis* e, in

ragione di ciò, ha voluto salvaguardare la possibilità di conservare il rapporto stesso nell'ambito della proposta di risanamento formulata dal debitore.

Già due giudici di merito hanno ritenuto che non sia necessaria la convocazione del terzo ad un'udienza *ad hoc*: il Tribunale di Ravenna ha affermato che il contraddittorio con il terzo contraente può essere assicurato dall'udienza di adunanza dei creditori di cui all'articolo 174 legge fallim.<sup>39</sup>

Il Tribunale di Terni, ha precisato che la prospettiva del nuovo strumento introdotto dal legislatore all'articolo 169-bis legge fallim. non appartiene alla sfera della tutela del contraente in bonis dall'inadempimento del debitore in crisi, bensì a quella della sua funzionalità e strumentalità al modulo concordatario prescelto da quest'ultimo.<sup>40</sup>

Il Tribunale di Terni ha, quindi, sostenuto che, nel decidere sulla richiesta di autorizzazione allo scioglimento dei contratti pendenti, non si pone un problema di tutela del terzo contraente di fronte all'inadempimento del debitore in crisi, bensì la questione della funzionalità della scelta al modulo concordatario prescelto dal proponente.

Ci sia, infine, consentito di osservare che, se ci si cala nella concretezza tipica della crisi dell'impresa, la nuova normativa offre al terzo un trattamento di favore rispetto a quello della prosecuzione ad oltranza del rapporto.

Grazie all'istituto introdotto dal 169-bis legge fallim., al terzo sono date delle *chance* che non avrebbe ove il suo rapporto potesse seguire solo la sorte della prosecuzione con un soggetto in crisi e prossimo al fallimento. Se, infatti, il debitore

---

<sup>39</sup> Tribunale Ravenna, 28 gennaio 2014, , in *Il Caso.it*, I, p. 9989. Non ritiene necessaria la convocazione del terzo anche INZITARI e RUGGIERO, *Scioglimento e sospensione del contratto in corso di esecuzione nel concordato ai sensi dell'art. 169-bis legge fallim: il contraddittorio deve essere esteso alla controparte contrattuale in bonis?* In *Dir. Fall.*, 2014, II, 17.

<sup>40</sup> Tribunale di Terni, 27 dicembre 2013, *cit.*, secondo la quale la prospettiva del nuovo strumento introdotto dal legislatore all'articolo 169-bis legge fallim. non appartiene alla sfera della tutela del contraente in bonis dall'inadempimento del debitore in crisi, bensì a quella della sua funzionalità e strumentalità al modulo concordatario prescelto da quest'ultimo, tanto che in questo contesto non vi è alcuna traccia del criterio di funzionalità alla "migliore soddisfazione dei creditori" che, per il tramite di apposite attestazioni, è disseminato lungo l'intera trama concordataria (tanto da spingere autorevole dottrina a ravvisarvi una sorta di nuova clausola generale).

che propone il concordato sceglie la prosecuzione del rapporto nell'ambito di un progetto credibile di risanamento, allora anche il terzo ne potrà trarre beneficio. Se, invece, il debitore decide che determinati contratti pendenti debbano essere subito sciolti, le controparti contrattuali di tali rapporti potranno immediatamente beneficiare dello scioglimento del vincolo contrattuale e destinare altrove energie e risorse (si pensi ad un immobile in locazione finanziaria), senza dover attendere il fallimento del debitore.

Grazie alla disciplina contenuta nell'art. 169-*bis* legge fallim., la scelta tra prosecuzione e scioglimento del contratto in corso viene resa nota ed *anticipata* al momento della presentazione della domanda di concordato eventualmente anche ex art. 161, comma 6, legge fallim. L'impressione che si trae dalle considerazioni svolte è che ci si trovi di fronte ad un istituto da annoverare tra gli strumenti che perseguono lo scopo di "*anticipare la soglia di emersione della crisi*".<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> L'unico strumento efficace al fine di anticipare la soglia di emersione della crisi è attualmente il ricorso per concordato con riserva di cui all'art. 161, comma 6, legge fallim., così P.VELLA, *L'interpretazione autentica dell'art. 111, comma 2, l.f. e i nuovi orizzonti della prededuzione concordataria*, in *Il Caso.it*, II, 413.