

## PER UNA LETTURA COSTRUTTIVA DELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PENDENTI NEL CONCORDATO PREVENTIVO

di MASSIMO FABIANI

I. Con la l. 134/2012 che ha convertito (con modificazioni) il d.l. 83/2012 si è stabilita, per la prima volta dall'entrata in vigore della legge fallimentare, un'espressa disciplina in tema di effetti del concordato preventivo sui contratti in corso di esecuzione e lo si è fatto con una addenda all'art. 169 l.fall., per cui oggi nell'art. 169 bis l.fall. si incontrano le regole in tema di contratti pendenti e concordato preventivo<sup>1</sup>.

Nel fallimento è sempre esistita una partizione della legge fallimentare dedicata alla sorte degli effetti sui rapporti giuridici preesistenti e proprio l'assenza di una qualunque disciplina nel concordato aveva indotto l'assoluta prevalenza degli interpreti a ritenere che il contratto dovesse avere regolare (cioè, normale) esecuzione<sup>2</sup>. Questa osservazione, poi,

---

<sup>1</sup> La nuova disciplina non riguarda il contratto di lavoro subordinato, il contratto di locazione immobiliare (quando il debitore è il locatore), il contratto di finanziamento destinato, il contratto preliminare di compravendita (per uso abitativo principale) e la clausola compromissoria. Per tutti questi rapporti deve, quindi ritenersi che continui ad applicarsi il regime previgente e cioè quello della naturale prosecuzione; v., PENTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci e ombre*, in *Dir.fallim.*, 2012, I, 686; TAVORMINA, *Contratti bancari e preconcordato*, [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 1.

<sup>2</sup> PATTI, *La disciplina dei rapporti giuridici preesistenti nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2010, 261; NARDECCHIA, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, Milano, 2011, 138; NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, 362; FIMMANÒ, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti in corso di esecuzione*, in *Contratti in esecuzione e fallimento*, a cura di Di Marzio, Milano, 2007, 385. Il mancato richiamo nella disciplina del concordato preventivo delle disposizioni di cui agli artt. 72 ss. l.fall. è l'argomento forte con il quale si era soliti affermare l'insensibilità del concordato ai contratti preesistenti non esauriti; in questo senso, v., Cass., 18 maggio 2005, n. 10429, *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Concordato preventivo*, n. 49; 10 marzo 1995, n. 2802, *id.*, Rep. 1995, voce *cit.*, n. 44; 29 settembre 1993,

trovava conferma a livello di sistema nella notazione per la quale poiché il debitore conserva, nel concordato preventivo, l'amministrazione dell'impresa, è logico che il contratto debba avere esecuzione e non debba risentire di una procedura che ha per oggetto la regolazione della crisi<sup>3</sup>.

Tuttavia è accaduto che da questa dichiarazione di principio non sempre ne sortissero coerenti conformazioni applicative, posto che, ad esempio, si poneva il problema di come regolare il pagamento dei debiti inerenti al contratto e formatisi prima dell'apertura del concorso. Un problema centrale e ciò nondimeno spesso trascurato, come se il soddisfacimento dei creditori concorsuali potesse essere disgiunto dal modo di continuare a condurre l'attività d'impresa ed intessere i normali rapporti negoziali ad essa ancillari.

In una visione statica del concorso, là dove il concordato preventivo era vissuto come uno strumento di pura liquidazione, si poteva spiegare una forma di disinteresse per i contratti pendenti, ma questo è divenuto nel tempo non più tollerabile, specie quando si è iniziato ad utilizzare il concordato anche come strumento indiretto di conservazione dell'impresa. Tanto è vero che nell'amministrazione straordinaria il contratto prosegue di diritto salva la facoltà del commissario di sciogliersi (art. 50 d.lgs. 270/1999) e che nell'esercizio provvisorio i contratti proseguono salva diversa determinazione del curatore (art. 104 l.fall.)<sup>4</sup>.

In uno studio monografico risalente a metà degli Anni Settanta<sup>5</sup> si era prospettata la tesi secondo la quale la prosecuzione del contratto poteva essere valutata come atto di straordinaria amministrazione tale da richiedere l'autorizzazione del giudice ai sensi dell'art. 167 l.fall.; già a quel tempo ci si era resi conto che la questione non poteva essere ignorata.

A maggior ragione l'interesse per la questione si è risvegliato da quando l'innesto nell'art. 169 l.fall. del richiamo all'art. 45

---

n.9758, *id.*, Rep. 1993, voce cit., n. 55; sino a risalire senza soluzione di continuità a Cass., 3 dicembre 1968, n.3868, *id.*, 1969, I, 1585

<sup>3</sup> *Ex multis*, AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, in *Trattato Cottino*, XI, 1, Padova, 2008, 99.

<sup>4</sup> PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013, 261..

<sup>5</sup> JORIO, *I rapporti pendenti nel concordato preventivo*, Padova, 1973, 189

l.fall. (quello che regola gli effetti del fallimento rispetto alle formalità e ai terzi) ha portato a ritenere che anche il concordato preventivo realizzi una forma di patrimonio segregato.

II. Proprio ora che nel sistema di diritto positivo irrompe la figura del concordato con continuità aziendale (art. 186 bis l.fall.), quello che più di ogni altro reclamerebbe la normale prosecuzione dei contratti in corso di esecuzione, ci si è spinti verso una disciplina che al fondo cerca di realizzare un contemperamento di più interessi.

Infatti, se in linea di principio è condivisibile che i contratti proseguano perché prosegue l'attività d'impresa (e questo principio di ordinaria prosecuzione trova conferma nei vari decreti in commento), tuttavia occorre considerare che il contratto pendente può rivelarsi un ostacolo al processo di ri-organizzazione dell'impresa stessa. Si segnalano tre interessi confliggenti che occorre comporre: a) l'interesse del contraente in bonis alla regolare esecuzione del contratto; b) l'interesse dei creditori concorsuali a non subire i costi di prosecuzione del contratto<sup>6</sup>; c) l'interesse dell'impresa concordataria a realizzare il piano senza il vincolo dei contratti pendenti. Assecondare l'interesse del contraente in bonis significa che *i*) il costo della prosecuzione grava sulle risorse che spetterebbero ai creditori concorsuali (così concorrendo a ridurre la misura del loro soddisfacimento) e che *ii*) il debitore deve predisporre un piano nel quale si facciano i conti con i costi dei contratti.

In un processo di ri-organizzazione complesso qual è il concordato preventivo, concentrare il sacrificio sui soli creditori può rivelarsi inefficiente e forse non proprio equo<sup>7</sup>; un trattamento concorsuale delle obbligazioni derivanti da un contratto pendente meglio aderisce alla tutela dell'interesse collettivo<sup>8</sup>.

Queste sono le ragioni di fondo che hanno portato all'introduzione dell'art. 169 bis l.fall., il cui scopo è quello di

<sup>6</sup> LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, 441.

<sup>7</sup> GABOARDI, *sub art. 167*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, III, Milano, 2010, 574.

<sup>8</sup> LO CASCIO, *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, in *Fallimento*, 2013, 17.

*i)* consentire ad debitore di sgravarsi dai contratti che ostacolano il processo di ri-organizzazione<sup>9</sup> e di *ii)* concorsualizzare il diritto di credito che al contraente in bonis deve essere riconosciuto in virtù del venir meno del vincolo negoziale<sup>10</sup>.

La concorsualizzazione del diritto all'indennizzo è sembrata a taluno ingiustificata<sup>11</sup> ma era necessario non rendere prededucibile questo credito a pena dell'inefficienza della soluzione. Se si rammenta che nel fallimento lo scioglimento del contratto non dà titolo al risarcimento del danno (art. 72 l.fall.), riconoscere al contraente in bonis un indennizzo, ancorché concorsuale, riporta questa opzione (da un punto di vista di soddisfacimento del credito) in termini di competitività rispetto all'alternativa fallimentare<sup>12</sup>.

Proprio per rendere concorsuale il credito da indennizzo, considerato che assumono il rango di crediti prededucibili ai sensi dell'art. 111, 2° comma, l.fall. tutti quelli sorti in occasione di una procedura concorsuale, era necessario anticipare al momento del deposito del ricorso la manifestazione di volontà del debitore di chiedere di essere autorizzato a sciogliersi dal (o a sospendere il) contratto. Il fatto genetico dal quale germina lo scioglimento è la volontà del debitore e questa volontà deve porsi a monte dell'ingresso in procedura; poi, poco importa che l'autorizzazione sia rilasciata dal tribunale o dal giudice delegato<sup>13</sup>. E nel caso di autorizzazione allo scioglimento si pone il tema dell'indennizzo, la cui concorsualizzazione rende necessaria la previsione nell'elenco dei creditori anche dell'indennizzo ai fini, poi, dell'attribuzione del diritto di voto<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Per un raccordo sulla funzionalizzazione della gestione del contratto pendente con la pianificazione della proposta concordataria v., FABIANI, *La sorte del contratto preliminare di compravendita nel concordato preventivo alla luce della Riforma*, in *Fallimento*, 2011, 769; FIMMANÒ, *Gli effetti del concordato sui rapporti in corso di esecuzione*, in *Fallimento*, 2006, 1054

<sup>10</sup> INZITARI, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art. 169 bis l.fall.*, [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

<sup>11</sup> PENTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale*, cit., 685.

<sup>12</sup> Per analoghe considerazioni, v., VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *Fallimento*, 2013, 96.

<sup>13</sup> Sono poste alcune eccezioni che concernono i contratti di lavoro, i contratti preliminari, i finanziamenti destinati e il contratto di locazione ove il debitore concordatario sia il locatore.

<sup>14</sup> PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato*, cit., 268.

Il sistema dei rapporti giuridici preesistenti nel fallimento, tutt'altro che inoffensivo per il contraente in bonis, funziona perché la scelta dello scioglimento o del subentro è affidata ad un organo della procedura che deve valutare quale sia l'opzione più coerente con l'interesse dei creditori.

Se, invece, si affidasse al solo debitore, nel caso del concordato preventivo, la scelta dello scioglimento si correrebbe il rischio di condotte opportunistiche, magari dirette a far venire meno determinati rapporti contrattuali per perseguire interessi diversi da quelli della regolazione della crisi.

In tale cornice la soluzione di assegnare al giudice il compito di autorizzare lo scioglimento appare condivisibile perché in questo modo si opera una vera e propria comparazione fra tutti gli interessi in campo. Certo, nel caso di difetto di autorizzazione si potrà porre un problema di fattibilità del piano ma questa intromissione del giudice è coerente con il bisogno che sia il giudice ad effettuare un controllo sulla gestione, funzionale, qui, alla tutela del terzo, fermo restando che poi è solo la volontà dei creditori che rileva per giudicare se il piano sia fattibile e la proposta possa essere adempiuta<sup>15</sup>. Il giudice si trova, dunque, a dover valorizzare comparativamente *i*) l'opzione di scioglimento (o sospensione) del debitore, *ii*) i diritti del contraente in bonis, *iii*) l'impatto dello scioglimento del contratto sul miglior soddisfacimento dei creditori (prendendo come modello valutativo quello di cui all'art. 182 quinquies l.fall.), il tutto *iv*) in relazione al perseguimento del piano concordatario.

III. Occorre, ora, chiedersi quale sia la corretta nozione di “contratto in corso di esecuzione” intesa nell'art. 169 bis e se questa, oggi, debba presupporre la verifica di tenuta ai sensi dell'art. 45 l.fall.; la risposta ad un tale interrogativo è funzionale all'ampliamento o al restringimento del perimetro dei contratti per i quali possono aprirsi le soluzioni dello scioglimento o della sospensione.

---

<sup>15</sup> V., Cass. 23 gennaio 2013, n. 1521, *Foro it.*, 2013, I.

Partendo da questo aspetto, non si può fare a meno di notare qualche singolare distonia nella tessitura normativa<sup>16</sup> visto l'innesto di una disposizione che ha marcatamente corrispondenza con le finalità liquidatorie del procedimento (tanto è vero che trae ispirazione dalle regole di cui agli artt. 2914 e 2915 c.c. sull'espropriazione individuale) e che appare nel concordato disancorata dalle disposizioni circostanti<sup>17</sup>. Si è, così, introdotta una disciplina tipica dello spossessamento in un contesto in cui il debitore conserva l'amministrazione della sua impresa<sup>18</sup>, ma il chiaro dettato della norma ci consente di affermare che un atto può essere opposto nel concordato preventivo soltanto quando le formalità legittimanti siano state compiute prima della presentazione della domanda. L'innovazione, all'evidenza, mira ad accrescere la tutela dei creditori concorrenti<sup>19</sup> i quali potranno fare affidamento su un patrimonio potenzialmente più ampio di quello effettivamente relitto e dunque la norma si iscrive a buon titolo fra quelle volte ad un generale favor concordatario. Del diritto positivo occorre quindi prendere atto a prescindere dal fatto che l'innovazione sia coerente<sup>20</sup> o no col sistema, ma per trovarvi comunque coerenza è possibile giustificarla in una prospettiva sostanzialistica e cioè quella per cui, come accennato, la disposizione sancirebbe una sorta di segregazione del patrimonio del debitore in funzione del soddisfacimento dei creditori<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> GABOARDI, *sub art. 169*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, III, Milano, 2010, 590.

<sup>17</sup> Va ricordato che nel fallimento l'art. 45 si raccorda con l'art. 44, mentre nel concordato preventivo manca una disposizione omogenea a quella di cui all'art. 44, v., CAVALLINI, *sub art. 45*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, I, Milano, 2010, 925; NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 360; PATTI, *La disciplina dei rapporti giuridici preesistenti nel nuovo concordato preventivo*, cit., 269; Cass., 29 novembre 2005, n. 26036, *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Concordato preventivo*, n. 53; 2 ottobre 2008, n. 24476, *id.*, Rep. 2008, voce cit., n. 97.

<sup>18</sup> GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2012, 338.

<sup>19</sup> CAVALLINI, *sub art. 45*, cit., 932; GABOARDI, *sub art. 169*, cit., 590; BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, 590.

<sup>20</sup> SALVATORE, *sub art. 169*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro-Sandulli-Santoro, Torino, 2010, 2140.

<sup>21</sup> RACUGNO, *Il concordato preventivo. Profili di diritto sostanziale*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore-Bassi, I, Padova, 2010, 514; CENSONI, *sub art. 167*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, II, Bologna, 2007, 2406.

La regola dell'opponibilità è posta in funzione di una maggior tutela dei creditori e dunque non appare rimessa alla disponibilità del debitore che vi possa, quindi, rinunciare. Pertanto, i contratti in corso di esecuzione sono, innanzi tutto, quelli formalmente opponibili ai sensi dell'art. 45 l.fall.<sup>22</sup>.

Ciò posto va rimarcato come la formula lessicale dell'art. 169 bis (« contratti in corso di esecuzione ») si distingue da quella dell'art. 72 l.fall. (« se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti ») e lasci intendere che lo spettro sia più ampio<sup>23</sup>, tanto da coinvolgere anche contratti unilaterali.

IV. A parte quei contratti per i quali è prevista, sempre, la prosecuzione automatica (v. supra nota 1), la disposizione dell'art. 169 bis l.fall. non pare esclusa per tutti i contratti con causa finanziaria. Proprio la formula più estesa di « contratti in corso di esecuzione » si presta, infatti, a ricomprendervi pure quei contratti nei quali, ormai, la prestazione è unilaterale ma pendente e non esaurita: un contratto di apertura di credito, ad esempio. Dal perimetro dell'art. 169 bis fuoriescono, allora, solo quei contratti il cui rapporto non prevede alcuna esecuzione che non sia il pagamento da parte del debitore concordatario di un debito scaduto (o anche non scaduto ma senza che la parte in bonis debba più fare alcunché).

In verità la questione dei contratti pendenti non è affatto risolta dall'art. 169 bis l.fall.; tale disposizione ambiva sì a risolverla ma le complicazioni sono sopravvenute per effetto della domanda di concordato con riserva, delle regole sui concordati in continuità e delle regole in tema di pagamento dei creditori anteriori.

A queste problematiche sono dedicati i passaggi che seguono.

V. Si pone, dunque, un primo quesito e cioè se la nuova disciplina abbia come referente necessario la presentazione

---

<sup>22</sup> Per una applicazione particolare al contratto preliminare di compravendita di beni immobili, v., FABIANI, *La sorte del contratto preliminare di compravendita nel concordato preventivo alla luce della Riforma*, cit., 765.

<sup>23</sup> INZITARI, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato*, cit.

della proposta di concordato o se si applichi sin dal deposito della domanda ai sensi dell'art. 161, 6° comma, l.fall.

Una risposta secca non è possibile. La cornice letterale della disposizione non sembra vietare che lo scioglimento del contratto possa essere autorizzato dal tribunale sin dal momento del deposito della domanda con riserva<sup>24</sup>. Non vi è alcuna incompatibilità formale e, tuttavia, occorre predicare, al proposito, una soluzione che sia prudente perché lo scioglimento potrebbe produrre effetti irreversibili nel caso di una successiva proposta di diverso contenuto rispetto a quello inizialmente ipotizzato; né va trascurata l'importante variante del possibile fallimento o del transito verso gli accordi di ristrutturazione dei debiti che non contemplano resiliazione di sorta dei rapporti pendenti<sup>25</sup>. Si osservi, infatti, che nel concordato si possono sciogliere contratti che nel fallimento proseguono automaticamente (si pensi al contratto di assicurazione). In tale contesto sino a che non è delineata la proposta di concordato, la soluzione che protegge il debitore dall'aggravamento del passivo e al contempo tutela anche la posizione del contraente in bonis è quella dell'autorizzazione alla sospensione del contratto, fermo restando che in presenza di circostanziate spiegazioni non è inibito lo scioglimento<sup>26</sup> e che una richiesta generica non è sufficiente per giustificare l'autorizzazione<sup>27</sup>.

La questione, invece, può essere “rovesciata” e cioè si pone l'interrogativo se la richiesta del debitore possa essere formulata anche dopo la domanda con riserva. Se il significato della disposizione è quello di anteporre il fatto genetico dello scioglimento del rapporto per giustificare la concorsualizzazione dell'indennizzo, la richiesta purché intervenga prima del decreto di ammissione dovrebbe reputarsi consentita, salvo, però, rilevare che in presenza di una

---

<sup>24</sup> VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo “con riserva”*, cit., 96; PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato*, cit., 269.

<sup>25</sup> FABIANI, *La consecuzione biunivoca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*, in *Foro it.*, 2013, I.

<sup>26</sup> Nonostante la norma non lo contempli non va escluso come osservato da VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo “con riserva”*, cit., 97, che il tribunale voglia assumere informazioni e magari una relazione di contenuto equivalente a quello di una attestazione.

<sup>27</sup> PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato*, cit., 270.

disposizione che rende prededucibili i crediti che maturano dopo la pubblicazione della domanda, esiste il fondato dubbio che la concorsualità debba riguardare solo i creditori anteriori. Si può quindi ipotizzare un raccordo virtuoso fra la domanda di concordato con riserva che contenga già la richiesta di sospensione con la proposta di concordato nella quale formulare una richiesta di scioglimento del contratto con effetto dalla precedente sospensione. Diversamente, una richiesta di autorizzazione allo scioglimento avanzata con la proposta (senza essere preceduto dalla sospensione nella domanda condizionata) rischia, seriamente, di non impedire che il credito per la controprestazione - eventualmente maturato dopo la domanda - sia assistito dalla prededucazione.

VI. Proprio perché la nozione utilizzata dal legislatore è molto ampia, v'è da ritenere che siano soggetti alla disciplina dell'art. 169 bis anche i contratti con causa finanziaria. Si tratta quindi di verificare come operi la sospensione che il tribunale abbia autorizzato; se si immagina che la sospensione riguardi un contratto di leasing, da un lato il debitore non deve versare i canoni per il periodo di sospensione, ma dall'altro lato il bene non dovrebbe essere utilizzato in quanto sospeso è anche il godimento del bene. Questa conclusione mira, all'evidenza, a proteggere il contraente in bonis; non risolve, però, tutti i problemi dal momento che se così accade e poi il contratto prosegue, il contratto dovrebbe intendersi sterilizzato per il periodo di sospensione e dunque il debitore non dovrebbe essere tenuto ad adempiere con effetto retroattivo. Dipenderà, allora, dalla prestazione che fa carico al contraente in bonis perché se questa non può essere sospesa, di fatto la sospensione del contratto si risolve nella più contenuta sospensione dell'obbligo di adempimento da parte del debitore concordatario per il limitato periodo di sospensione<sup>28</sup>.

VII. Come si è accennato, la regola generale resta quella della normale prosecuzione del contratto. Il subentro nel contratto può comportare la necessità di adempiere alle obbligazioni precedenti e se queste sono obbligazioni che

---

<sup>28</sup> *Contra*, PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato*, cit., 270.

consistono nel pagamento di una somma di denaro occorre per forza interrogarsi sulla necessità di coordinare l'art. 169 bis con l'art. 182 quinquies l.fall.

Tale disposizione, infatti, rende possibile l'adempimento di debiti precedenti, fuori dal concorso formale ( ma forse non dal concorso sostanziale<sup>29</sup>) solo quando il concordato contempla la continuità aziendale. Orbene, mentre in passato si poteva sostenere che a certe condizioni i crediti pregressi potessero essere soddisfatti, la circostanza che la legge ora preveda questa possibilità solo in caso di continuità aziendale rende complicata un'interpretazione analogica ad altri modelli di concordato<sup>30</sup>. Ciò vorrebbe dire che esiste il rischio che il contraente in bonis voglia rifiutare nuove prestazioni in assenza di adempimento di quelle precedenti in tutte quelle ipotesi di piani concordatari che pur non presupponendo la continuità aziendale in senso stretto non escludano la prosecuzione di alcuni contratti.

VIII. La regola generale della prosecuzione del contratto durante il concordato non impedisce che il contratto venga meno ad iniziativa del contraente in bonis sia per effetto di clausole risolutive espresse, sia per effetto della proposizione di domande di risoluzione del contratto, posto che è incontrovertito che nel concordato non vi sia alcuna limitazione all'esercizio delle azioni di "impugnativa" negoziale<sup>31</sup>.

Non così, però, quando il concordato prevede un piano di continuità aziendale (una continuità declinata nell'art. 186 bis in modo da un lato forse esuberante e dall'altro lato forse timido<sup>32</sup>). Infatti, in tal caso il contratto prosegue di diritto, con inefficacia di clausole risolutive, salva la facoltà di scioglimento o di sospensione che spetta al debitore.

---

<sup>29</sup> Nel senso che l'autorizzazione riguarda il pagamento ma non la sua misura che resta ancorata al contenuto della proposta e quindi alla percentuale che si offre, v., PENTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale*, cit., 682; per la tesi del pagamento integrale, v., AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi*, Bologna, 2012, 156.

<sup>30</sup> Trib. Modena, 15 dicembre 2012, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), I, 8245.

<sup>31</sup> PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato*, cit., 271.

<sup>32</sup> Manca nell'art. 186 bis l.fall. il riferimento al contratto di affitto d'azienda che è una delle tecnicità tipiche nei processi di ristrutturazione; per la ricomprensione, v. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato*, cit., 271.

Ci si chiede allora quali siano le interferenze fra prosecuzione automatica e regime dei finanziamenti nel caso di prosecuzione di contratti, latamente, di finanziamento. Le disposizioni di cui agli artt. 182 quater e quinquies contengono una rigorosa disciplina dei finanziamenti e stabiliscono a quali regole corrisponde il diritto alla prededuzione per i rimborsi. Pare evidente che al finanziatore non possa essere imposto di continuare a finanziare senza la garanzia del trattamento preferenziale ovvero non possano essere inibiti gli strumenti di autotutela negoziale (artt. 1460 e 1461 c.c.<sup>33</sup>).

Tuttavia le norme sopra descritte attengono ai "nuovi" finanziamenti e quindi l'autorizzazione del giudice è necessaria perché si formano nuovi debiti che potrebbero pregiudicare le aspettative di soddisfacimento dei creditori concorsuali<sup>34</sup>. Diversamente, rispetto a debiti derivanti da contratti preesistenti la garanzia della prededuzione nasce direttamente dall'art. 111 l.fall., in quanto debiti sorti in occasione di una procedura concorsuale.

Se si ritiene risolto questo aspetto, occorre però considerare che per i nuovi finanziamenti è anche necessaria una attestazione sulla funzionalizzazione del finanziamento a favore dei creditori precedenti. V'è quindi da interrogarsi se analoga cautela debba valere anche per i rapporti finanziari pendenti e, se si vuole, più in generale se ci si trovi al cospetto di tante disposizioni "spot"<sup>35</sup> o se vi sia un unico fil rouge.

Occorre trovare la ratio della norma, visto che anche per i finanziamenti anteriori (art. 182 quater l.fall.) la previsione dell'attestazione manca. Pur se la tessitura normativa presenta molta opacità e talune contraddizioni, la soluzione che rende armonico il sistema è quella che vuole che anche per i finanziamenti "in prosecuzione" occorra l'attestazione di funzionalità al miglior soddisfacimento del ceto creditorio. Ciò allo scopo di offrire, da un lato, al finanziatore una garanzia e, dall'altro lato, allo scopo di evitare gestioni poco attente all'interesse dei creditori.

<sup>33</sup> TAVORMINA, *Contratti bancari e preconcordato*, cit., 3; in passato gli strumenti di autotutela negoziale erano stati ammessi nell'amministrazione controllata, v., Cass. 5 novembre 1990, n. 10620, *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Amministrazione controllata*, n. 21.

<sup>34</sup> PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato*, cit., 271.

<sup>35</sup> Questa, pare, la soluzione proposta da BALESTRA, *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. decreto sviluppo*, in *Fallimento*, 2012, 1405.

IX. Si sta diffondendo l'idea che la continuità dell'impresa in concordato, grazie anche agli accorgimenti di cui agli artt. 169 bis e 186 bis l.fall., potrebbe recare un vulnus alle norme in tema di concorrenza e si è parlato di dumping da crisi. Questa suggestione è davvero intrigante ma non risolutiva perché ai fini della violazione della normativa anticoncorrenziale occorre che vi sia una pratica scorretta mentre qui i benefici derivano dalla legge e sono soggetti al controllo del giudice non troppo diversamente da quanto accade a proposito dell'esonero dall'offerta pubblica di acquisto per le acquisizioni nelle dinamiche della crisi dell'impresa (art. 106 T.u.f.).