

DALLO SCIoglimento CON CONCORDATO AL
CONCORDATO CON SCIoglimento: UN NUOVO
INQUADRAMENTO SISTEMATICO DELL'ART. 169
BIS L.F. IN TEMA DI SCIoglimento DEI
CONTRATTI IN CORSO DI ESECUZIONE
(Breve nota di commento a Tribunale di Pistoia, 23 gennaio 2014)

di TOMMASO STANGHELLINI

Il decreto 23 gennaio 2014 del Tribunale di Pistoia ha dichiarato aperta una procedura di concordato preventivo autorizzando il debitore a proporre ai creditori un piano che prevede lo scioglimento ex art. 169 bis L.F. da alcuni contratti, “*con effetti definitivi a seguito dell'omologa*”. Il decreto risulta di particolare interesse per la peculiare impostazione logico-dogmatica con la quale ha affrontato la delicata questione interpretativa dell'art. 169 bis L.F. introdotto con il d.l. n. 83/2012. Il provvedimento giurisdizionale in esame completa la posizione interpretativa già assunta dal Tribunale di Pistoia nell'ambito della stessa procedura con il precedente decreto 9 luglio 2013¹ col quale i medesimi contratti erano stati sospesi; con i due decreti il Tribunale di Pistoia elabora una ricostruzione organica della disciplina della sospensione e dello scioglimento dei contratti nel concordato preventivo, alternativa a quella proposta dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti.

Secondo l'orientamento maggioritario, infatti, lo scioglimento definitivo dai vincoli contrattuali si determina in modo irreversibile al momento della manifestazione della volontà unilaterale del debitore, formalizzata nella domanda di concordato, la cui efficacia è subordinata all'autorizzazione del

1 Si tratta del decreto del Tribunale di Pistoia 9 luglio 2013, in www.ilcaso.it, I,9381

tribunale, e, secondo alcune correnti giurisprudenziali, con il necessario contraddittorio del contraente *in bonis*.²

Il Tribunale di Pistoia muove invece dal presupposto che lo scioglimento non possa essere visto come un *quid pluris* autonomo e separato dal concordato, o in altri termini come un sub-procedimento occasionale ed esterno alla procedura principale, ma debba invece essere considerato come un suo elemento costitutivo, che rende inscindibile da un punto di vista logico-sistematico la proposta, il piano, l'ipotesi di scioglimento del contratto e la relazione del professionista.

Sulla base di tale legame ritiene quindi che lo scioglimento dal contratto produca effetti definitivi solo quando venga raggiunto il consenso della maggioranza dei creditori e sia intervenuto il provvedimento di omologa.

Conseguentemente a tale impostazione, l'autorizzazione giudiziale non produrrà effetti sostanziali di natura ablativa, ma soltanto l'effetto procedimentale della verifica della sussistenza e della legittimità dei presupposti dell'esercizio del diritto potestativo di presentazione di un piano che preveda *anche* lo scioglimento da alcuni contratti pendenti, da sottoporre al giudizio dei creditori.

Diversamente dalla posizione tradizionale che muta definitivamente lo statuto del contraente *in bonis* con il provvedimento ablativo del giudice, l'interpretazione del Tribunale di Pistoia consente quindi di non pregiudicare irrimediabilmente la posizione del contraente nel caso in cui il concordato non giunga ad una conclusione positiva.

Tale impostazione comporta una concorsualizzazione dello *status* del contraente *in bonis* che diverrà definitivo, oltre che per effetto della volontà unilaterale del debitore anche in conseguenza della volontà dei creditori espressa con le prescritte maggioranze, subordinatamente al provvedimento di omologa.

La tesi del Tribunale di Pistoia assicura una maggiore coerenza sistematica tra la disciplina dettata dall'art. 169 bis

2 Per il liticonsorzio necessario del contraente *in bonis* si veda Corte d'Appello di Milano, 8 agosto 2013 in *Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, Parte II Gennaio-Febbraio 2014, p.11; Corte d'Appello di Venezia, 20 novembre 2013, in [www. ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), II, 9801

L.F. ed il complessivo impianto normativo dell'istituto del concordato ivi compreso il principio generale espresso nell'art. 184, primo comma, L.F. che sancisce l'obbligatorietà del concordato e dei suoi effetti solo alla condizione che esso venga omologato. Tracciando una linea interpretativa che, da una parte evita una irragionevole discriminazione del contraente *in bonis* rispetto agli altri creditori concorsuali, e, dall'altra impedisce che l'effetto dell'autorizzazione allo scioglimento, se considerato definitivo ed irreversibile, spieghi i suoi effetti anche nel successivo fallimento o, ancor peggio, nell'ipotesi di ritiro della domanda di concordato successivamente allo scioglimento.

E' importante precisare che secondo il Tribunale l'essenzialità logico-sistematica della domanda di scioglimento rispetto al piano, alla proposta ed alla attestazione di fattibilità non implica la necessaria dichiarazione di inammissibilità del concordato in caso di diniego di autorizzazione allo scioglimento. Infatti, lo scioglimento dai contratti in corso può rappresentare un elemento costitutivo accessorio rispetto alla proposta nel caso in cui la fattibilità del piano non sia pregiudicata dall'eventuale diniego allo scioglimento.

L'interpretazione della giurisprudenza pistoiese consente inoltre di far luce sul silenzio del legislatore in ordine all'indicazione dei criteri che il tribunale deve utilizzare per disporre lo scioglimento. Se l'autorizzazione non determina il definitivo scioglimento del rapporto (che infatti viene ricollegato alla dimensione negoziale espressa con il principio maggioritario), essa si configura come mero controllo di legittimità della procedura, ed allora lo scrutinio dell'autorità giudiziaria ben potrà limitarsi ad accertare che si tratti di contratti in corso di esecuzione non rientranti nelle fattispecie escluse dallo scioglimento ex art. 169 bis, quarto comma, L.F. e che vi sia congruenza logico-formale tra l'istanza, la proposta concordataria ed il piano di cui è parte integrante ed interna.

Una diversa lettura del potere del giudice che si sostanzia nella valutazione della domanda di scioglimento sulla base del criterio dell'interesse superiore della massa dei creditori rispetto a quello del singolo, si configura come dato eccessivamente astratto e di arbitraria individuazione, ed espone al rischio di un vaglio di opportunità economica, non solo cronologicamente anticipato rispetto all'omologa, ma

anche inevitabilmente destinato a sconfinare in valutazioni riservate ai creditori.

Secondo il Tribunale di Pistoia ai creditori è riservata anche la valutazione circa la convenienza della eventuale inopponibilità del contratto per mancanza di data certa ex art. 45 L.F., richiamato dall'art. 169 L.F. rispetto all'alternativa dello scioglimento richiesto dal debitore. Infatti, l'inopponibilità è eccezione posta a tutela della massa e per questa ragione, secondo tale ricostruzione dogmatica, si pone al di fuori dell'iniziale scrutinio del giudice che non è di merito, per inserirsi nella sua sede "naturale" del complessivo apprezzamento della proposta da parte dei creditori. In tal modo, il giudizio del tribunale sulla sospensione e sullo scioglimento prescinde da ogni valutazione in ordine alla eventuale mancanza di data certa dei contratti in questione.

E' peraltro evidente che l'iscrizione della domanda nel registro delle imprese ex art. 161, quinto comma, L.F. (dalla quale decorrono gli effetti del concordato per i creditori ex art. 168 L.F.) ed il deposito in cancelleria dei contratti di cui si chiede la sospensione o lo scioglimento, potranno essere ritenuti "fatti" idonei a stabilire in modo "*egualmente certo*" l'anteriorità dei contratti stessi alla domanda di concordato ai sensi dell'art. 2704 c.c. Ciò imporrà di ritenere che quantomeno all'atto del deposito della domanda di concordato i contratti erano esistenti.

Un sindacato di merito da parte del tribunale potrebbe profilarsi solo nelle forme di una valutazione di congruità dell'indennizzo in favore del contraente *in bonis* in conseguenza dello scioglimento del rapporto contrattuale, indennizzo che il debitore quantifica con la proposta. L'art. 169 bis, secondo comma, L.F. prevede che al contraente *in bonis* sia riconosciuto un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento e che esso sia soddisfatto come credito anteriore al concordato. Ciò pone inevitabili problemi interpretativi in quanto la norma stabilisce un rapporto di equivalenza tra la misura dell'indennizzo conseguente all'esercizio di un diritto – che alla luce dei principi generali dovrebbe essere quantificato in via equitativa – ed il risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento.

A chi scrive pare che tale disposizione normativa si spieghi anche in virtù del fatto che l'ultimo periodo dell'art. 169 bis, secondo comma, L.F. degrada il trattamento del contraente *in bonis* alla natura concorsuale. La concorsualizzazione della posizione del contraente *in bonis* non può che condurre, alla luce del principio di ragionevolezza, al riconoscimento di un vero e proprio credito "risarcitorio" da pagarsi peraltro in moneta concordataria.

Infatti, il sacrificio della concorsualizzazione potrà trovare una ragionevole compensazione solo nel caso in cui la qualificazione oggettiva del diritto di credito tenga conto del danno derivante non tanto (ovviamente) dall'esercizio di un diritto potestativo ma dal diverso statuto normativo concorsuale e paritario del contraente *in bonis* al quale viene preclusa, ora, la prededucibilità del suo credito.

Per altro verso, alla luce della linea interpretativa del Tribunale di Pistoia così come emerge dal decreto 9 luglio 2013, la concorsualizzazione del trattamento del credito indennitario del contraente *in bonis* risulta coerente da un punto di vista sistematico in quanto la sua genesi viene individuata al momento del deposito del ricorso che preveda la richiesta di scioglimento e per tale ragione si configura come un credito anteriore.

Quanto, infine, alla problematica del contraddittorio da instaurarsi con il contraente *in bonis*, a parere di scrive si deve escludere un litisconsorzio, del tutto privo di riscontro normativo ma affermato in via di principio da dottrina e giurisprudenza³. Un tale intervento dovrebbe in astratto tendere alla composizione di una pluralità di interessi coinvolti nel giudizio di scioglimento: quello del debitore alla presentazione del concordato con scioglimento; quello contrastante del contraente *in bonis* alla conservazione del contratto; e quello infine molteplice e frastagliato dei creditori di procedere ad una valutazione relativa al miglior soddisfacimento delle loro ragioni. Al fine di evitare disparità di trattamento, il litisconsorzio dovrebbe allora interessare tutti i creditori concordatari. Limitare il litisconsorzio al necessario intervento

3 Si veda anche Franco Benassi, *Concordato preventivo e Contratti pendenti: applicabilità dell'art 169 bis L.F. al concordato con riserva e convocazione del terzo contraente (breve nota di commento a Appello Venezia, 20 novembre 2013)*, In *Il Caso.it*, II.

del solo contraente *in bonis* appare sotto più profili irragionevole. In primo luogo poiché, come sostiene il Tribunale di Pistoia, l'autorizzazione allo scioglimento, non potendosi considerare avulsa da un più ampio contesto procedimentale ma essendo parte della fattispecie a formazione progressiva del “*concordato con scioglimento*”, non produce effetti definitivi ed irreversibili, ma solo procedurali e le ragioni del contraente *in bonis* potranno trovare adeguata tutela nella sede dell'art. 180 L.F. e potranno riespandersi alla originaria dimensione in caso di mancata omologa. In secondo luogo, perché la posizione soggettiva sostanziale del contraente *in bonis* rimane quella della soggezione a fronte del diritto potestativo di proporre un piano che contempli lo scioglimento del rapporto contrattuale ed è come tale strutturalmente inidonea a produrre facoltà processuali che consentano di impedire gli effetti modificativi connessi all'esercizio di tale diritto⁴, potendo peraltro il contraente far valere le sue ragioni in un autonomo giudizio di cognizione.

4 Cfr. Bruno Inizitari e Vincenzo 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 *Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, Gennaio-Febbraio 2014, parte II, p.16 e ss.