

# Strumenti del diritto

Diritto della crisi diretto da Stefano Ambrosini

## Le crisi d'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021

*Liber amicorum* per Alberto Jorio  
a cura di Stefano Ambrosini

ZANICHELLI EDITORE



*Luca Zanicelli*

# Le crisi d'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021

a cura di Stefano Ambrosini

*contributi di*

Gastone Cottino, Niccolò Abriani, Stefano Ambrosini, Umberto Apice  
Eugenio Barcellona, Lorenzo Benedetti, Pietro Boero, Guido Bonfante  
Giuseppe Bozza, Oreste Cagnasso, Vincenzo Calandra Buonauro, Mia Callegari  
Antonio Carratta, Maurizio Cavanna, Paolo Felice Censoni, Concetto Costa  
Giacomo D'Attorre, Lorenzo De Angelis, Stanislao De Matteis  
Eva Desana, Vincenzo Di Cataldo, Massimo Di Lauro, Alessandro di Majo  
Vincenzo Donativi, Luigi D'Orazio, Giovanni Falcone, Giuseppe Faucegna  
Giuseppe Ferri jr, Francesco Fimmanò, Sabino Fortunato, Elena Frascaroli Santi  
Carlo Giampaolino, Vittorio Giorgi, Patrizia Grosso, Fabrizio Guerrera  
Carlo Ibba, Bruno Inzitari, Fabio Iozzo, Luca Jeantet, Valentino Lenoci  
Salvo Leuzzi, Mario Libertini, Gian Paolo Macagno, Gianni Mignone  
Paolo Montalenti, Alessandro Nigro, Stefania Pacchi, Iliaria Pagni  
Luciano Panzani, Gabriele Racugno, Riccardo Ranalli, Federico Restano  
Paolo Reviglione, Edgardo Ricciardiello, Marco Ricolfi, Federico Riganti  
Nicola Rocco di Torrepadula, Simonetta Ronco, Renato Rordorf  
Roberto Rosapepe, Luigi Rovelli, Riccardo Russo, Emma Sabatelli  
Renato Santagata, Vittorio Santoro, Marina Spiotta, Fabrizio Sudiero  
Giuseppe Zanmarone, Vittorio Zanicelli, Andrea Zorzi

**ZANICHELLI EDITORE**



## Capitolo 13

### Conservazione dell'azienda nelle procedure e valori apicali (con applicazioni su *debt equity swap* e scioglimento dei contratti nel concordato)

di CARLO GIAMPAOLINO

#### Sommario

1. Conservazione e liquidazione nella legislazione sulla crisi – 2. Ispezione oggettiva della legislazione. La «conservazione» di una (diversa) azienda – 3. La conservazione dell'azienda e la continuità non sono un valore apicale – 4. Conservazione dell'azienda e artt. 24 e 43 Cost. – 5. (Segue): inesistenza dello *status* di creditore commerciale. Valori apicali coinvolti dalle responsabilità extracontrattuali – 6. (Segue): artt. 43 e 24 Cost. e profili critici del c.d. pagamento con assegnazione di azioni – 7. Altri temi applicativi. Lo scioglimento dei contratti nella procedura di concordato – 8. Profili problematici dell'indennizzo

#### 1. Conservazione e liquidazione nella legislazione sulla crisi

Nei lavori preparatori della riforma delle procedure concorsuali si è enfatizzata l'attenzione verso la conservazione dell'azienda<sup>1</sup> ma si tratta di un'istanza che già si è presentata nella varia legislazione sull'insolvenza<sup>2</sup>. Invece, «nella concezione realizzata dalla legge fallimentare del 1942 sembrava indubbio che alla dichiarazione di fallimento conseguisse immediatamente, salvo il caso dell'esercizio provvisorio, la cessazione dell'attività imprenditrice con l'inizio *ex lege* di una procedura liquidatoria a carattere pubblicistico»<sup>3</sup>. Solo successivamente, si notava, la dottrina aveva elaborato una teorica

per la quale l'esercizio provvisorio avrebbe potuto realizzare il perseguimento della finalità di evitare danno grave ed irreparabile a categorie di interessi diverse da quelli dei creditori (dipendenti, fornitori, clienti)<sup>4</sup>.

<sup>4</sup>V. ora i riferimenti in F. BARACHINI, *La nuova disciplina dell'esercizio provvisorio: continuità dell'impresa in crisi nel (e fuori dal) fallimento*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, Torino, 2014, 2867, nt. 8; in tema, cfr. specialmente C. FIENGO, *Esercizio provvisorio dell'impresa e rapporti pendenti*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, 81 ss., per una dimostrazione in termini di «opportunità» (ovvero secondo lo stesso criterio cui il successivo comma 3 subordina la verifica prevista trimestralmente in corso di esercizio provvisorio, una volta che questo sia stato autorizzato).

Su questa distinzione tra i due «momenti» dell'esercizio provvisorio, cfr. già nel sistema previgente M. SANDULLI, *Esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali e rapporti pendenti*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 196, 199 s. In tema, nonché per una conferma che solo nella prima fase sarebbe possibile prendere in considerazione anche eventuali interessi «extraimprenditoriali», cfr. F. FIMMANÒ, *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 761; P. FABBIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, Napoli, 2011, 20 s. E questa, del resto, l'impostazione originariamente proposta da G.C.M. RIVOLTA, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969, 135 ss.; ma v. anche R. CAVALLO BORGIA, *Continuazione dell'esercizio dell'impresa nell'amministrazione straordinaria e nelle procedure concorsuali: profili funzionali*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 744 ss., e spec. 747; e I. ANDOLINA, *La liquidazione dell'attivo e esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 1978, I, 205, il quale afferma che la prima fase della gestione provvisoria «sembra

<sup>1</sup>A. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, Milano, 2000, 7; G. SANTINI, *Soluzioni giuridiche allo stato di crisi dell'impresa nei sistemi di economia di mercato*, in *Giur. it.*, 1981, IV, 162 ss.; A. JORIO, *Salvataggio o liquidazione delle imprese in crisi?*, in *Giur. comm.*, 1983, I, 451; S. PACCHI PESUCCI, *Dalla meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Milano, 1989.

<sup>2</sup>Si v. ad esempio nell'art. 1 dello schema di disegno di legge delega A.C. 3671: «g) dare priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore, riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non sia proposta un'ideale soluzione alternativa».

<sup>3</sup>A. GAMBINO, *Profili dell'esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali alla luce dell'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 569 s.

Nel proteggere l'esercizio dell'impresa soggetta a procedura, nelle varie leggi, generali o speciali, di volta in volta succedutesi (c.d. concordato in continuità; esercizio provvisorio dell'impresa in caso di fallimento; a.s. delle grandi imprese, nelle sue declinazioni; a.s. delle banche, degli intermediari finanziari e delle assicurazioni) apparivano considerati diversi scopi, i quali non erano perfettamente allineati.

Tra i più evidenti degli scopi perseguiti nella legislazione i seguenti sembrano essere stati preminenti: la conservazione del valore patrimoniale dell'azienda in vista della successiva alienazione (segnatamente per l'esercizio provvisorio; ma anche per la a.s.)<sup>5</sup> o della permuta/swap del debito fallimentare con azioni di un nuovo soggetto cessionario dell'azienda al netto dei debiti (v. per es. Parmalat); la salvaguardia dei livelli occupazionali, sin dalla legge sull'amministrazione straordinaria; la protezione del sistema e dei risparmiatori o sottoscrittori di polizze, per le insolvenze speciali.

In effetti, ancora prima della riforma della legge fallimentare del 2005, la legislazione sulle grandi imprese degli anni precedenti si è evoluta verso procedure di conservazione con postergazione degli altri interessi considerati dal legislatore del 1942. Ciò in presenza di previsione di risanabilità (ed anche a prescindere dalla risanabilità, per la prima procedura di amministrazione straordinaria). Ne è conseguita una crescita sensibilità per quello scopo che è stato chiamato di «conservazione»; cioè di prosecuzione della gestione dell'impresa con mantenimento in vita delle aziende risanabili<sup>6</sup>.

consegnata in guisa da tutelare *mediatamente* centri molteplici di interessi (non tutti formalmente, né necessariamente, presenti all'interno del processo) e *direttamente* nessuno di essi in particolare».

<sup>5</sup>V. per es. G. MEO, *Il risarcimento finanziato dai creditori*, Milano, 2013, 5, 125.

<sup>6</sup>V. anche le ampie monografie di MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012, (ove i due istituti vengono esaminati con gli strumenti dell'analisi economica del diritto) e di RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della «commercialità»*, Milano, 2012 (con indagini di carattere storico e comparatistico), spec. 286 ss.

Si è diffusa l'idea che la conservazione delle aziende sia uno dei principi cardine del nuovo diritto della crisi con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (c.d. «Decreto Sviluppo»), come convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, chiaramente ispirate a rafforzare ulteriormente i meccanismi e le tecniche funzionali a raggiungere questo obiettivo. Sul rapporto tra tutela

Tuttavia, tale scopo di «conservazione» della legislazione della crisi in pratica postula che l'attività o l'azienda siano «buone», e quindi risanabili, e invece l'«imprenditore» (anche societario) sia stato almeno una delle cause della crisi, cosicché separando l'uno dall'altro si risolve il problema.

Ora, tale prospettiva che scinde il titolare dall'attività era incompatibile sul piano sistematico con una disciplina della insolvenza centrata sul soggetto imprenditore e sull'attività di questo come serie di atti giuridici imputati allo stesso<sup>7</sup> che la disciplina dell'insolvenza tende a

dei creditori e tutela del valore aziendale nel diritto dell'insolvenza, v. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, 94 ss., 337 ss.; GALLETI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, 345 ss. V. NIGRO, VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna, 2012, 32 ss. G. TERRANOVA, *Salvaguardia di valori organizzativi e costi delle procedure concorsuali*, 2772, nt. 3, per i primi riferimenti post-riforma.

<sup>7</sup>G. OPPO, *Profilo sistematico dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 251, afferma che in quella procedura il risanamento è da prendere in considerazione non come risanamento dell'impresa del debitore, o della sua intera impresa, ma come salvataggio di elementi aziendali. Temi diversi (ma di attualità ad esempio nei casi di commissariamento Ilva) li poneva G. ROSSI, *Il decreto-legge n. 602: «This is the worst»*, in *Riv. soc.*, 1978, 1270, a proposito del d.l. non convertito 602 del 1978. «Non voglio qui ricordare la stridente antinomia del nostro decreto-legge con l'art. 47 Cost.; laddove prevede che la Repubblica favorisce l'accesso del risparmio popolare al diretto e indiretto investimento azionario, Mi basti rilevare che quell'espropriazione contrasta con gli artt. 42, comma 3, e 43 della carta costituzionale, la quale permette l'espropriazione solo per motivi di interesse generale o a fini di utilità generale. Insomma, non è giuridicamente pensabile che se di riorganizzazione si tratta non si contempi alcuna tutela, sia pur postergata, dei diritti degli azionisti, così come non è accettabile, nel nostro ordinamento, che il commissario nominato dal Ministero dell'industria del commercio e dell'artigianato abbia i poteri sostitutivi degli organi sociali (art. 2) e perciò anche dell'assemblea, la quale invece rimane in vita durante la stessa procedura fallimentare e fra l'altro potrebbe risuscitare a programma non realizzato, non foss'altro che per approvare il concordato (art. 152 della legge fallimentare)».

Cfr. anche G. TERRANOVA, *Salvaguardia di valori organizzativi e costi delle procedure concorsuali*, 2775, per la considerazione del mutamento dal sistema basato sul soggetto a quello basato sull'attività; S. PACCHI, *Dalla meritevolezza del debitore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Siena, 1988.

correggere/revocare. Si pensi agli istituti dello spossessamento, dell'inefficacia ex art. 46 l. fall. degli atti dispositivi, oltre che all'inopponibilità degli atti senza data certa, che si incentrano sulla attività giuridica di un certo soggetto e non alla riferibilità dell'atto all'azienda.

## 2. Ispirazione oggettiva della legislazione. La «conservazione» di una (diversa) azienda

L'incompatibilità tra l'ispirazione della legge fallimentare e quella dei successivi interventi, che si riflette sulla contrapposizione soggetto-attività, è chiara se si verifica cosa sia conservato/proseguito in occasione delle procedure. Non si può conservare né l'impresa come quell'attività svolta da quell'imprenditore né il complesso dei beni detenuto da quell'imprenditore.

L'impresa di quell'imprenditore (cioè la serie di atti) non può essere conservata, perché per definizione quella attività non può sopravvivere come tale, sia nell'approvvigionamento di risorse, anche finanziarie, sia nell'esplicazione di atti verso il mercato. Essa non remunera i fattori ed esternalizza i costi (il passivo posto a carico dei creditori che non possono essere pagati). In altri termini, la prosecuzione di quell'attività condurrebbe ad una ulteriore perdita altrui.

La seconda, cioè l'azienda, non è conservata come era detenuta da quell'imprenditore. Ciò perché, in primo luogo, non vi sarebbe acquirente del complesso dei beni, o rami, ex art. 2555 c.c. se quell'azienda non venisse cambiata, diversamente articolata o liberata di debiti<sup>9</sup>. Inoltre, anche se è teoricamente possibile che un'azienda abbia un valore positivo ancorché sia di un imprenditore insolvente, i metodi di valutazione aziendale assegnano alla capacità di produrre reddito un ruolo decisivo (e quindi non ai soli beni come valori o al complesso come somma degli stessi). Di conseguenza, il trasferimento nell'ambito di una procedura è stato disciplinato in un modo che non si accollasse all'acquirente i debiti di quell'azienda, che dovrebbero essere soddisfatti con il ricavato della vendita.

La specificità del trasferimento senza debiti rispetto a quello disciplinato dall'art. 2555 ss.

c.c. è molto chiara: la vendita dovrebbe consentire di pagare i creditori in misura maggiore rispetto alla liquidazione degli *asset* perché l'organizzazione in atto può avere un valore positivo per l'acquirente, diverso e maggiore rispetto alla somma di quelli che gli acquirenti dei beni singoli offrirebbero.

Oltre alla disapplicazione dell'art. 2560 c.c., la preferenza per la «continuazione» determina la disapplicazione di due discipline sistematiche. La combinazione di impresa, l'acquisto di azioni o l'acquisto di azienda appartenente all'impresa in crisi è, in primo luogo, soggetta ad una deroga alla disciplina sul controllo sulle concentrazioni e, in secondo luogo, non è soggetta alla disciplina delle offerte pubbliche di acquisto.

La prima è un'esenzione che riguarda il controllo sulla concentrazione del mercato, mentre la concorrenza si giova di una pluralità di operatori<sup>9</sup>. Ma l'impresa in crisi cesserebbe comunque di essere riconducibile ad un operatore indipendente dall'acquirente, perché semplicemente uscirebbe dal mercato.

La seconda, disposta dall'art. 106, comma 5, lett. a), d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, rende meno oneroso l'acquisto di azioni quotate emesse da società in crisi ove il superamento della partecipazione sia determinato da operazioni dirette al «salvataggio di società in crisi». Si tratta di un *favor* per il cambiamento della titolarità dell'impresa, nel presupposto che il cambio della titolarità sia «meritevole» di disapplicare la disciplina di protezione della minoranza quando un diverso titolare investe nell'acquisizione delle partecipazioni oltre la soglia di O.p.a.

Tale evoluzione è oramai oggettiva sul piano giuridico e giustificata sul piano storico-economico dall'irrelevanza crescente della impresa individuale e dalla maggiore rilevanza della attività organizzata e spersonalizzata rispetto all'imprenditore (la cui persona è scarsamente rilevante nella produzione di massa).

<sup>9</sup> Ad. es. nel caso di Alitalia il d.l. 28 agosto 2008, n. 134 autorizza in pratica l'operazione che sarebbe stato possibile autorizzare in base all'art. 25, l. 10 ottobre 1990, n. 287, peraltro mai applicato. Sulla vicenda della failing firm M. MAGGIOLINO, F. GHEZZI, *Crisi d'impresa e diritto antitrust*, in *Riv. soc.* 2011, 334; v. G. OLIVIERI e A. PEZZOLI, *L'antitrust e le tentazioni della crisi*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, 11 ss.

<sup>9</sup> Ciò a prescindere dalla inclusione o meno dei debiti nella fattispecie azienda ai fini del trasferimento.

Tuttavia, da tale evoluzione discendono alcune questioni:

a) la «conservazione/prosecuzione» è declinata con il riferimento alla «continuità» ma rimane oscuro il piano dei valori, tra i vari valori coinvolti sia nell'attività delle altre imprese non in crisi sia nell'attività di impresa in crisi, e quale sia il ragionevole punto di equilibrio tra i diritti che ne sono espressione (si pensi ai lavoratori impiegati dai creditori, ai creditori dei creditori);

b) una volta che sia in rilievo il profilo oggettivo (cioè l'attività svolta con quel complesso di beni e non il soggetto, cioè l'imprenditore che esercita quell'attività) la relazione tra i c.d. rapporti e contratti pendenti deve essere diverso se l'attività sia proseguita, all'esito di una ristrutturazione, oppure liquidata. Ad es., per i contratti c.d. pendenti la regola può anche essere la stessa con riferimento alla scelta da parte dell'impresa in procedura (cioè l'attribuzione di una facoltà all'organo incaricato o al debitore) ma non necessariamente devono essere gli stessi gli effetti con riferimento allo scioglimento dei contratti in corso (ad es. nel concordato sarebbe accettabile la prededuzione degli indennizzi);

c) ancora, nei casi di ristrutturazione/concordato, il pagamento con assegnazione di azioni realizza la «conservazione/prosecuzione» creando un nuovo soggetto ma pone alcuni temi, con riferimento alla esposizione del creditore/divenuto socio.

Da queste tre questioni generali, peraltro, derivano tre aree di problematicità applicativa, che non è possibile affrontare nell'ambito del presente scritto: i) lo «scioglimento» di contratti in caso di concordato dal contratto da parte del debitore in procedura di concordato (o in futuro, secondo quanto risulta dall'iter legislativo in corso, di c.d. ristrutturazione); ii) la determinazione dell'«indennizzo» da scioglimento (anche per l'impresa da liquidare, ad es. in presenza di contratti innominati); iii) l'«opponibilità» delle condizioni contrattuali di un contratto in corso in presenza di contratti in corso di esecuzione quando vi sia continuazione dell'impresa.

### 3. La conservazione dell'azienda e la continuità non sono un valore apicale

Con riferimento alle tre questioni generali, sopra indicate (collocazione della conservazione tra i valori di rilievo fondamentale; opportunità di

avere distinti regimi ma ragionevolmente diversi tra ristrutturazione e liquidazione; è possibile essere soci di qualcuno per volontà della maggioranza?), questi temi sarebbero centrali per una riforma del diritto dell'insolvenza che intendesse modernizzare il diritto concorsuale e consentire di migliorare le percentuali di soddisfazione dei creditori.

Per iniziare può fondatamente dubitarsi che la conservazione dell'azienda o la continuità dell'impresa, termine che ricorre nella documentazione, sia un valore in sé, cioè un apriori del sistema.

In primo luogo, occorre considerare che la «continuazione» dell'impresa non è un valore/bene/interesse rilevante in presenza di gestione da parte del titolare (la società può porsi liberamente in liquidazione e disgregare l'azienda) ma essa lo diviene in presenza di un'impresa in crisi<sup>10</sup>. In altri termini, mentre i soci possono rinunciare alla percezione del profitto derivante dall'esercizio dell'attività, dissolvere la organizzazione di mezzi e volgere la serie di atti alla uscita dal mercato, la situazione cambia quando la impresa ha perduto la capacità di rimanere «economica» (cioè capace di remunerare i fattori produttivi).

In tale circostanza di crisi, la legge dispone che, in quanto in crisi, la vigilanza sulla «continuazione» di quella organizzazione è affidata ad altri, titolari di funzioni pubblicistiche (ad es. commissari e Giudice Delegato in caso di concordato). Ciò è spiegabile, a mio avviso, solo se si considera che i valori economici derivanti da quell'organizzazione siano destinati a soddisfare altri centri di interessi, diversi dal gruppo di soci-titolare, ovvero, guardando il tema sotto il profilo proprietario, se si considera che quella organizzazione di beni sia anche in qualche misura «altrui».

Infatti, pare sufficientemente sicuro che nel sistema, la deliberazione di liquidazione a maggioranza avvalorata l'impostazione contrattualistica (o anche quella attenuata), fatta propria dalla S.C. (altro essendo il tema dell'interesse quale vincolo all'attività funzionale degli amministratori). La natura contrattuale della società si collega ad un fenomeno di libertà e richiama

<sup>10</sup> Si v. in argomento Cass., 17 luglio 2007, n. 15942; Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387. In assenza di «abusio», la maggioranza dei soci delibera validamente la liquidazione della società.

quindi il principio di correttezza nell'esecuzione del contratto. In assenza di «abusi», la maggioranza dei soci delibera validamente la liquidazione della società, e quindi determina la discontinuità dell'impresa in esercizio.

Fino a che l'impresa è svolta dalla società, il suo titolare può porre fine all'esercizio, alienando l'azienda o ponendosi in liquidazione. Ne consegue che la disponibilità da parte del titolare della continuazione dell'impresa non consente di considerare che la continuazione sia un valore assoluto.

Ciò detto per l'impresa non in crisi, se si osservano i fenomeni della c.d. fenice, o quello regolato dalla c.d. *pre-pack administration* dell'ordinamento del Regno Unito, si osserva anche che l'ordinamento rifiuta che quella organizzazione di funzioni e di beni possa continuare se non a patto di essere diventata sostanzialmente «altrui» (in quanto si considera negativamente il tema della c.d. fenice o le necessità di trasparenza della *pre-pack insolvency*)<sup>11</sup>. Pertanto, non solo si osserva che l'impresa non deve necessa-

riamente sopravvivere rispetto alla volontà del titolare (che la può interrompere), ma anche che l'impresa che si trova in crisi tanto grave da essere insolvente non può continuare con quella «proprietà».

In secondo luogo, la stessa scelta tra «continuità» e liquidazione vuole dire che, di fronte ad un dato fenomeno di organizzazione-attività, si pone l'alternativa del mezzo (continuità/liquidazione) rispetto allo scopo (che non è enunciato: migliore soddisfazione dei creditori? tutela dei livelli occupazionali? Tutela del servizio pubblico, per certe imprese? Ma anche in ipotesi manutenzione di impianti ecologicamente pericolosi e così via) e quindi che la continuità non sia un assoluto ma un mezzo ed altri siano i valori coinvolti nel determinare la scelta tra l'una e l'altra via.

#### 4. Conservazione dell'azienda e artt. 24 e 43 Cost.

In terzo luogo, se la «conservazione dell'azienda» (o la «continuità») fosse un valore assoluto del sistema delle procedure concorsuali, si finirebbe per negare la ragione della procedura concorsuale rispetto all'esecuzione individuale.

In effetti, la procedura concorsuale, cioè collettiva, comprime la tutela del diritto di credito del singolo creditore in un modo che deve essere compatibile con l'art. 24 Cost., comma 1, ma tende anche ad assicurare un corretto funzionamento del mercato nel quale opera l'imprenditore insolvente o il creditore non soddisfatto<sup>12</sup>,

indipendente, per un tempo adeguato, con mezzi innovativi).

<sup>12</sup>G. SCOGNAMIGLIO, *Concordato preventivo e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione*, in *www.judicium.it*, 2013, 3182, che riferisce che l'attribuzione all'imprenditore in stato di crisi del potere scioglimento o (anche soltanto) per la sospensione di rapporti contrattuali in corso di esecuzione potrebbe determinare un vantaggio concorrenziale nei riguardi di altri imprenditori, magari soltanto meno «disinvolti». In generale, è stato talora sollevato (cfr. ad esempio A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013, 261 ss., 273; cfr. altresì G. TERRANOVA, *Il concordato «con continuità aziendale» e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013, 1 ss., 49 ss.) il dubbio della possibile lesione della parità concorrenziale, come effetto di un regime di sostanziale favore per l'imprenditore in crisi, quale quello dell'art. 169-bis l. fall. G. SCOGNAMIGLIO replica (con M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «decreto*

<sup>11</sup> Sulla c.d. *Pre-pack administration* è stata compiuta nel 2014 una revisione a seguito della pubblicazione di una ricerca empirica, revisione commissionata dal Governo. All'esito è stata emendata lo *Statement of Insolvency Practitioners* (SIP 16), che è regola di condotta per gli *insolvency practitioners* che agiscono come *administrators*, in vigore dal 1° novembre 2015. La *pre-pack* consente la vendita degli asset negoziata prima della nomina dell'*administrator*. I proventi sono utilizzati per ripagare i creditori, evitando che essi escutano le garanzie, e per evitare la liquidazione della società. Nella vita dell'istituto, circa il 25% delle *administrations* sono orientate verso la *pre-pack*, circa l'80% delle vendite sono avvenute verso c.d. «*connected parties*», tipicamente i precedenti gestori, con ovvie conseguenze sul grado di soddisfazione dei creditori che hanno perso più degli stessi responsabili della gestione.

Nella *pre-pack* l'operazione di cessione è preparata prima della messa in *administration* da un *insolvency practitioner*, ma ciò ha creato problemi di trasparenza sia perché l'operazione è negoziata in anticipo ed all'insaputa dei creditori, sia perché la controparte può essere il *management* esistente, e quindi in possesso di maggiori informazioni sul reale valore degli *asset* oggetto della vendita.

Il tema della fenice è ancora sullo sfondo, come pericolo di abuso da parte dell'acquirente-non terzo che con la *pre-pack* può cogliere l'opportunità di lasciare indietro alcuni creditori. Il *Graham Report* individua sei raccomandazioni (opinione indipendente su base volontaria; richiesta di una valutazione di fattibilità del progetto in capo all'acquirente per i successivi dodici mesi; riformulare la SIP 16; assicurare che l'azienda sia offerta a più persone; attraverso mezzi di comunicazione adottati sulla base di una strategia

o ancora un ordinato svolgimento dell'amministrazione della giustizia.

La circostanza che sia preferita una esecuzione collettiva ad una individuale, in quanto quella attività richieda un trattamento preferibilmente omogeneo dei vari creditori coinvolti, si giustifica solo se la procedura sia volta al soddisfacimento (parziale) dei creditori, cioè solo se sia un mezzo specifico di tutela delle proprie ragioni. In altri termini, se lo scopo fosse quello di conservare il complesso dei beni, il concorso obbligatorio dei creditori ed il divieto dell'esecuzione individuale (con costi collettivi alti) finirebbero per determinare una sorta di espropriazione dei creditori senza indennizzi<sup>13</sup>.

Il trattamento collettivo si giustifica infatti in quanto è possibile che vi siano iniquità e disordine nella liquidazione dei singoli beni

*Alitalia*, in *Giur. cost.*, 2010, 3296 ss., 3298), che la tutela della parità concorrenziale non è un valore o principio di carattere superiore, destinato comunque a prevalere in caso di possibile contrasto con altri valori costituzionalmente protetti; e che anche nell'ordinamento europeo «la concorrenza è riconosciuta come valore strumentale rispetto a finalità complessive di benessere collettivo, che si compongono anche di altri valori, extraeconomici (pace, libertà, giustizia, sicurezza, tutela dell'ambiente, parità tra uomo e donna, ecc.) ed anche economici (crescita equilibrata, stabilità dei prezzi, piena occupazione, progresso scientifico e tecnologico, ecc.), suscettibili di avere la meglio — in caso di contrasto insuperabile — sulla tutela della competizione fra imprese. All'elenco dei valori economici, si potrebbe dunque aggiungere «la conservazione ed il rilascio degli organismi produttivi attraverso il buon esito di procedure adeguate di soluzione della crisi; buon esito a cui può risultare funzionale, come si osservava all'inizio, l'attribuzione all'imprenditore della possibilità di sciogliersi da determinati vincoli contrattuali, la cui prosecuzione si riveli antieconomica e distruttiva, perciò, di valore». A difficoltà certamente maggiori va incontro, sotto il punto di vista considerato, la regola secondo cui lo scioglimento dei rapporti contrattuali in corso potrebbe essere richiesto dall'imprenditore e autorizzato dal giudice anche quando non sia ancora disponibile alcun elemento idoneo a suffragare l'esistenza di «ragionevoli giustificazioni» della compressione della parità concorrenziale, derivante dalla concessione all'imprenditore stesso di un vantaggio nei confronti dei suoi concorrenti, ai quali non è parimenti consentito liberarsi, con iniziativa unilaterale, di vincoli contrattuali ritenuti allo stato inutili o eccessivamente gravosi.»

<sup>13</sup>G. Orto, *Profilo sistematico dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 237 sottolinea che sottrarre in tutto o in parte il patrimonio alla garanzia dei creditori significa espropriare i creditori della garanzia medesima, il che è illegittimo quanto espropriarli senza indennizzo dello stesso diritto di credito.

ma comunque presuppone che la disciplina sia orientata alla soddisfazione del credito che i concorrenti perseguirebbero con l'esecuzione forzata individuale. Anche nelle ipotesi di conservazione dell'azienda, la *ratio* della «esecuzione collettiva»/concorsualità non può cambiare ed anche questa deve essere orientata all'adempimento.

La procedura ha essenzialmente il senso di una protezione dall'esecuzione individuale che lasci il tempo di trovare una soluzione per un soddisfacimento dei creditori, ove la conservazione del complesso (o la continuazione dell'attività) è strumentale al soddisfacimento (votato dalla maggioranza) della pretesa dei singoli.

In base a quanto esposto, sembra inevitabile che la «conservazione» sia uno scopo intermedio rispetto agli altri coinvolti. L'obiettivo di preservare la continuità è quindi da considerare funzionale ad altri valori, quali il diritto al lavoro dei dipendenti e i diritti dei creditori a ricevere l'adempimento delle obbligazioni che hanno per parte loro eseguito.

Si tratta pertanto di intendere la «continuità» dell'attività come «non interruzione» di quella serie di atti di impresa (sia nel profilo organizzativo sia nel profilo del mercato) che coinvolgono interessi di terzi. Manca una chiara collocazione apicale di questi ultimi interessi, che possono essere ricondotti ancora una volta al lavoro, per i diritti dei creditori lavoratori e degli istituti previdenziali, al principio costituzionale della contribuzione fiscale (per i crediti dell'erario), alla libertà di iniziativa economica, per quei creditori che sono imprenditori a loro volta, o alla proprietà privata, per quei creditori che hanno disposto dei loro beni o servizi in corrispettivo dell'obbligazione pecuniaria.

Ciò detto, la continuità dell'impresa, come valore appunto intermedio, in un sistema di soluzione della crisi tramite la conservazione o tramite la liquidazione (ove tale continuità sia persa) in realtà è un istituto che dovrebbe determinare nel nuovo contesto conseguenze giuridiche diverse rispetto a quanto accadeva nel precedente.

Se si separa l'attività svolta con quel complesso di beni dal soggetto e si decide di «conservare» l'azienda, la disciplina dei rapporti e contratti pendenti deve essere ragionevolmente diverso se l'attività sia proseguita, all'esito di una ristrutturazione, oppure destinata ad essere

liquidata. Ad es., per i contratti c.d. pendenti la regola può anche essere la stessa con riferimento alla scelta da parte dell'impresa in procedura ma non necessariamente devono essere gli stessi gli effetti sui debiti non pagati, sul loro riconoscimento, sull'opponibilità delle condizioni contrattuali in caso di successiva liquidazione.

##### 5. (Segue): inesistenza dello *status* di creditore commerciale. Valori apicali coinvolti dalle responsabilità extracontrattuali

Per i creditori involontari di un imprenditore in procedura, saranno vari e diversi i valori coinvolti, come ad es. la salute o l'ambiente. Ma questi sono generalmente compresi nel riconoscimento, considerato che il sistema delle scritture contabili non consente di rappresentare pretese non definite e che verosimilmente l'imprenditore in crisi al più apposterà fondi in bilancio per tenere conto di queste responsabilità. In caso di procedura liquidatoria, il procedimento di ammissione al passivo non è pensato per la cognizione di situazioni soggettive da accertare nel *quantum* e nell'*an* e che non risultino da scritture contabili o da documentazione formata prima dell'apertura della procedura.

In termini applicativi, dalla varietà degli interessi coinvolti nella crisi dell'impresa e dall'assenza di un valore sovraordinante costituito dalla continuità dell'impresa, deriva l'impossibilità di considerare un c.d. «*status*» del creditore commerciale che dal principio abbia fittiziamente accettato che la propria situazione soggettiva possa essere ridotta dalle procedure concorsuali in quanto creditore che ha a che fare con un'attività che richieda un trattamento speciale<sup>14</sup>.

Ciò non è fondato in quanto, in primo luogo, i creditori non sono omogenei quanto a fonte della propria situazione soggettiva (responsabilità extracontrattuale, contratti); inoltre, i creditori non sono «omogenei» quanto a trattamento legale della stessa, in quanto i privilegi legali esprimono una scelta di «valori» sul titolo del credito ma non sugli interessi coinvolti (non è dato di preferire sul piano dell'interesse un credito per responsabilità da prodotto o per violazioni ambientali rispetto al credito del lavoratore). Infine, le situazioni soggettive corrispondono a diversi valori costituzionalmente rilevanti (lavoro, capacità contributiva, iniziativa economica, proprietà, salute ecc.).

##### 6. (Segue): artt. 43 e 24 Cost. e profili critici del c.d. pagamento con assegnazione di azioni

Ancora, nei casi di ristrutturazione/concordato (così come in passato in relazione alle ipotesi di a.s. nelle quali fosse previsto un assuntore), il pagamento con assegnazione di azioni pone alcuni temi, con riferimento alla posizione del creditore/divenuto socio.

L'art. 160 l. fall., testo pre-vigente, prevede che «a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, (...) ivi compresa l'attribuzione ai creditori di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito; b) l'attribuzione delle attività delle imprese (...)» ad «assuntori (...) società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato».

In entrambi i casi si fa riferimento ad un'attribuzione soddisfattiva. Nel primo caso, l'attribuzione delle azioni è una forma di «soddisfa-

ratterizza le procedure concorsuali ed il credito commerciale, deve connotare anche il tema della garanzia patrimoniale e dei mezzi di attuazione della stessa, con conseguente superamento del consenso individuale e del rapporto tra il singolo creditore ed il debitore. In altri termini, quando il debitore fa ricorso ad una procedura concordataria, anche i mezzi di attuazione della garanzia patrimoniale che spettano al titolare del credito commerciale vanno calibrati in un'ottica concorsuale e dinamica, che si esplica nell'accoglimento del principio di maggioranza e nel rifiuto della tutela individuale.

<sup>14</sup>V. D'ATTORRE, *Concordato con continuità ed ordine delle cause di prelazione*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 39, «ciò si può aggiungere che il c.d. 'credito commerciale' (inteso come credito nei confronti di un imprenditore commerciale assoggettabile a procedura concorsuale) è soggetto ad una disciplina giuridica differente rispetto al c.d. credito civile». La stessa idea di azione individuale o di consenso individuale è estranea all'orizzonte del credito commerciale, non potendo egli agire individualmente per la tutela del proprio credito (in caso di apertura di procedura concorsuale del debitore) e non potendo egli «bloccare» con il proprio veto individuale le proposte rivolte dal debitore alla collettività dei creditori, operando il principio di maggioranza. Analogamente, la concorsualità, che ca-

zione del credito». Nel secondo, l'attribuzione ai creditori delle azioni dell'assuntore (beni di secondo grado) sostituisce l'attribuzione delle attività del debitore ai creditori.

Al riguardo, va osservato che è possibile in termini generali che un certo creditore non riceva l'adempimento dell'obbligazione di pagamento originaria destinata ad essere sostituita da un'altra o ridotta per il futuro dalla maggioranza (Artt. 2415; art. 2376, in relazione agli strumenti finanziari; art. 142, l. fall. vigente).

Tuttavia, in caso di *datio in solutum*, la valutazione economica che l'assegnazione di azioni riceve rispetto all'adempimento parziale deve tenere conto non della ricchezza che il creditore è attribuito dalla titolarità delle azioni (ad es. la quota del patrimonio netto corrispondente alla frazione del capitale) ma di quella che può ricavare dalla vendita delle azioni. È questo il test più corretto rispetto alle alternative praticabili sulle quali il Commissario deve relazionare in sede di adunanza.

È infatti da tenere presente che la titolarità di azioni in sé non può assicurare alcuna soddisfazione al curatore tale da sostituire ragionevolmente l'originaria pretesa sul denaro con quella con la diversa cosa accettata in pagamento.

Non si tratta cioè solo di individuare la «prestazione» sostitutiva (la consegna dei titoli) ma bisogna che tale prestazione sostitutiva determini la «soddisfazione» dall'interesse tipico del creditore di una prestazione che è stata resa liquida dalla liquidazione o che era liquida nel concordato.

In secondo luogo, sempre in caso di assegnazione, occorre anche considerare che la titolarità di azioni, per di più conseguita per volontà altrui (cioè degli altri creditori che votino a favore), determina l'applicazione anche di altre discipline. Nel caso le azioni assegnate si sommino ad alcune detenute da quel creditore o dal controllante quel creditore o da soggetto che abbia accordi con quel creditore, si applicano ad es. le discipline di sistema relative alle autorizzazioni all'acquisto di partecipazioni da parte di imprese (o si pensi all'assorbimento di capitale che determinati *asset* determinano ai fini dei requisiti di vigilanza anche a parità di valutazione in termini monetari)<sup>15</sup>.

In terzo luogo, la società è un contratto dal quale sorgono determinati obblighi di cooperazione e di buona fede che danno luogo a rimedi contrattuali<sup>16</sup>. La messa in contatto contrattuale tra due soggetti, sinora estranei, senza partecipazione della loro volontà appare praticabile solo ove sia possibile interrompere questo rapporto creato dalla maggioranza dei creditori che approvano la proposta assegnazione, ovvero solo ove sia possibile vendere la partecipazione e sia rappresentato ai creditori *ex ante* il valore della stessa.

Anche qui, si ripete, non è invocabile un preteso *status* del creditore dell'imprenditore accet-

nell'ambito della procedura di a.s. chiusa per concordato, rilevano che la conversione può comportare la conseguenza dell'assunzione di una porzione del capitale in misura tale da assoggettarla al loro controllo con le responsabilità che ne conseguono (ad es. per direzione e coordinamento), alle quali si possono aggiungere l'inclusione nel bilancio consolidato.

<sup>16</sup>Nell'Insolvenz Ordnung l'art. 225a (2) prevede che i crediti possano essere convertiti in partecipazioni del debitore, ma non contro il volere dei creditori «*Eine Umwandlung gegen den Willen der betroffenen Gläubiger ist ausgeschlossen*». V. CONFORTINI, *Between strategic use and abuse of insolvency law: shareholders' rights and corporate reorganizations under German Insolvency Ordinance and Italian Insolvency Law*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2015, 7, 351 ove numerosi altri riferimenti. Nella letteratura tedesca il tema si è posto sul piano teorico. R. DROUVEN, *Neue Wege: «Reverse Debt-to-Equity-Swap»*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 2009, 1052-1053; D. BACINA/R. REDEKER, «*Sanieren oder Ausschneiden*» – *Die Treupflicht des Gesellschafters in Sanierungsfällen*, in *Der Betrieb (DB)*, 2010, 996-1002; W.M. CARLI/M.S. RIEDER/N. MÜCKEL, *Debt-to-Equity-Swaps in der aktuellen Transaktionspraxis*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 2010, 1737-1743; W. GOETTE, «*Sanieren oder Ausschneiden*» – *Zur Treupflicht des Gesellschafters in der Sanierungssituation*, in *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (GWR)* 2010, 1-3. H. PRIESTER, *Debt-Equity-Swap zum Nennwert?*, in *Der Betrieb (DB)* 2010, 1445-1450; K.-C. BAY / D. SEEBURG / M. BÖHMER, *Debt-Equity-Swap nach § 225a Abs. 2 Satz 1 des geplanten Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)* – *Überblick über gesetzgeberische Ziele, Voraussetzungen und Verfassungsmäßigkeit nach Art. 14 GG*, in *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO)*, 2011, 1927-1941; M. GEHREIN, *Banken – vom Kreditgeber zum Gesellschafter – neue Haftungsfallen (Debt-Equity-Swap nach ESUG)*, in *Neue Zeitschrift für Insolvenz und Sanierung (NZI)* 2012, 257-261. D. J. SPLIEDT, *Debt-Equity-Swap und weitere Strukturmaßnahmen nach dem ESUG*, in *GmbH-Rundschau (GmbHR)* 2012, 462-471; H.F. MÜLLER, *Der Debt-Equity-Swap als Sanierungsinstrument*, in *Kölnner Schrift zum Wirtschaftsrecht (KszW)*, 2013, 65-69.

<sup>15</sup>Cf. S. BONFATI e P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, 779, a proposito della operazione di conversione di crediti in azioni

tato *ex ante*, perché creditori sono anche quelli involontari che non hanno deciso di entrare in relazione contrattuale con il debitore ma hanno subito un illecito dallo stesso.

Per queste ragioni, l'assegnazione è possibile solo ove l'azione sia uno strumento tecnico di liquidazione del pagamento dovuto, pro quota, al creditore oppure di attribuzione delle attività, così come riferiscono testualmente i due segmenti dell'art. 160 l. fall. (cioè di «cessione dei beni ai creditori» attuato in forma sofisticata). Si tratta, in altre parole, di offrire una *datio in solutum* (con effetto liberatorio condizionato all'esecuzione del concordato) che attua una tecnica diversa.

Anziché frazionare il patrimonio per liquidarlo e determinare l'adempimento parziale, con effetto liberatorio, il patrimonio (cioè essenzialmente il complesso dei beni) è conservato unito e viene (atecnicamente) «frazionato» il futuro titolare, attribuendo a ciascuno una frazione del (capitale del) soggetto<sup>17</sup>, cioè la partecipazione.

Per l'effetto pare da escludere che l'organizzazione del soggetto possa contenere vincoli alla circolazione delle azioni e quote tali da renderne impossibile l'alienazione. Inoltre pare da escludere che una proposta di concordato che prospetti la quotazione delle azioni (se non altro sul piano degli impegni di fare dell'emittente) possa essere superata da atti dello stesso emittente che consentano il *delisting*.

Infine, in caso di inadempimento rispetto all'assegnazione di partecipazione di cui ad un concordato omologato, la l. fall. (art. 185, ult. comma) ed il Codice della crisi prevedono la possibilità di nomina di un commissario (art. 118, comma 6).

## 7. Altri temi applicativi. Lo scioglimento dei contratti nella procedura di concordato

Si è detto che lo scopo di conservazione dell'azienda/continuità dell'attività si intende in realtà come preferenza legislativa per una prosecuzione di una attività in parte modificata. La ridefinizione dei rapporti (quindi degli effetti di atti conclusi non perfezionatisi) è quindi una

area nella quale lo scopo sembra travolgere altri principi del diritto generale delle obbligazioni. In particolare, con riferimento allo scioglimento dai contratti, la disposizione vigente dell'art. 169-bis l. fall. ha introdotto un vero e proprio potere discrezionale, assimilabile ad un diritto di recesso introdotto *ex lege* in un regolamento di interessi privati in corso di esecuzione, al quale segue una responsabilità per danni da estinguere in moneta concordataria. A diritto vigente, lo scioglimento non produce effetti sulla clausola compromissoria e non può essere chiesto per i rapporti di lavoro subordinato, per i preliminari di vendita previsti dall'art. 72, comma 8, l fall.; per i finanziamenti di specifici affari, *ex art. 72-ter l. fall.*, per i contratti di locazione, ove il debitore sia locatore.

Il principio stabilito (e ci si aspetta riconfermato) ha la *ratio* di disciplinare il concordato preventivo con regola opposta al principio «*pacta sunt servanda*», in qualche analogia con l'art. 72 l. fall. Tuttavia, in primo luogo, come si è notato, la tecnica è «sbrigativa»<sup>18</sup>. Il c.d. scioglimento non è disciplinato quanto agli effetti prodotti sulle prestazioni già eseguite e nei rapporti con i terzi.

L'art. 169-bis l. fall., a diritto vigente, pone diversi problemi relativi ad una valutazione di ragionevole bilanciamento degli interessi coinvolti, incluso quello del contraente *in bonis*.

A) Nella norma non vi è il riferimento ad una finalità del proponente (o ad uno scopo oggettivo) che l'esercizio del potere debba perseguire. La ristrutturazione dell'impresa in sé appare essere un criterio troppo vago per giustificare l'esercizio del diritto. Sta di fatto che in concreto la giurisprudenza ha ammesso tale esercizio con una certa liberalità, condizionandolo all'avvenuta presentazione del piano o alla presentazione delle linee generali dello stesso.

La delimitazione della fattispecie sarebbe allora funzionale ad evitare una critica (fondata) di incostituzionalità, per violazione dell'art. 3 (con rispetto al fallimento) e dell'art. 41, 43 Cost., con riferimento al contraente *in bonis*, per la compressione dei diritti acquisiti e la protezione dell'affidamento contrattuale<sup>19</sup>. Di conseguenza

<sup>18</sup> G. TERRANOVA, *Salvaguardia di valori organizzativi e costi delle procedure concorsuali*, in *Società, Banche e Crisi di Impresa*, Torino, 2014, 2820.

<sup>19</sup> Una delimitazione della fattispecie è operata dall'art. 97 c.c.i.i., che legittima il debitore a richiedere l'autorizzazione alla sospensione od allo sciogli-

<sup>17</sup> Si noti peraltro che in caso di assuntore il testo dell'art. 160 l. fall. non si riferisce alle quote ma solo alle azioni, cioè a partecipazioni la cui circolazione non può essere esclusa.

la disposizione sulla risoluzione del contratto in caso di accesso alla procedura di concordato, ed a partire dall'accesso, deve essere interpretata nel senso che essa sia «ragionevole»<sup>20</sup>.

Per esserlo, prima ancora di entrare nel merito della ragionevolezza interna alla disposizione rispetto ad altri valori coinvolti (cioè se proteggendo un certo valore ne pregiudichi un altro), è innanzitutto necessario che la disposizione preveda un precetto non irragionevolmente diverso rispetto ad altri precetti, vale a dire sul piano della comparabilità con altre situazioni. In aggiunta, è necessario che la disposizione preveda un precetto che non ometta di tenere conto in modo ragionevole della protezione di altri interessi.

Al riguardo si osserva che, anche se il diritto attribuito dall'art. 169-bis l. fall. tutela l'esigenza dell'impresa in crisi è lo stesso soggetto contraente, e non un curatore/terzo, a rivolgere al tribunale la richiesta di autorizzazione allo scioglimento. Nelle fattispecie di ristrutturazione/concordato, in assenza di spossessamento, non vi è separazione sistematica tra attività (impresa), oggetto (azienda) da una parte e soggetto, dall'altra.

La tecnica dell'attribuzione del potere di scegliere al contraente in crisi per tutti i contratti consente al debitore di scegliere (c.d. *cherry picking*) quali contratti possono rimanere utili e quali invece respingere. Si tratta di una prospettiva totalmente diversa rispetto alla liquidazione, in quanto l'impresa rimane in attività e

mento dei contratti ineseguiti soltanto se «la prosecuzione [del rapporto contrattuale] non è coerente con le previsioni del piano né funzionale alla sua esecuzione» (art. 97, comma 1, c.c.i.i.).

<sup>20</sup>V. sul concorso dei poteri ermeneutici del giudice (rispetto a quello che esercita la Corte Costituzionale), C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 160; lo studio di L. IANNUCILLI, *L'interpretazione secundum constitutionem tra Corte costituzionale e giudici comuni - Brevi note sul tema*, Seminario del 6 novembre 2009, *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, che solleva a ben vedere il problema dell'impedimento alla Corte di operare per conformare le regole legislative con valore *erga omnes*; M. DE LUCA, *L'interpretazione costituzionalmente orientata: note minime*, in *Foro it.*, 2009, 422, che rileva che si tratta di un canone ermeneutico e di un argomento interpretativo, e la chiama l'interpretazione giudiziaria conforme a costituzione; naturalmente l'interpretazione conforme a Costituzione apre la possibilità di un uso distorto, e arbitrario, del potere di interpretazione.

sotto il controllo del debitore e di conseguenza l'utile, al netto del taglio delle passività e di diritti dati ai creditori, sarà comunque sempre al debitore destinato.

Pertanto, se si guarda allo scioglimento dei contratti, vi è una differenza della procedura di conservazione/ristrutturazione rispetto al fallimento/liquidazione che non può essere trascurata. Ove la logica del *cherry picking*, cioè della selezione libera del contratto da sciogliere, prevalesse in un contesto di continuazione, si determinerebbe la possibilità di mantenere la profittabilità (cioè mantenere per sé il *surplus*) ristrutturando l'impresa. È come se la prestazione dovuta a favore del contraente *in bonis* diventasse un attivo che il debitore possa tenere per sé, nel contesto di una proposta che preveda una soddisfazione generalmente non integrale dei creditori.

In merito a questo tema (come si diceva del «venire contra factum proprium»), si rileva che l'interesse della massa può imporre il sacrificio di interessi individuali. Tuttavia, la tecnica più adeguata non è quella dell'attribuzione senza vincoli temporali o senza indennizzi effettivi del potere di sciogliersi.

In altre esperienze, parimenti attente ai profili di conservazione, la regola è altra ancorché apparentemente simile. Nel § 365, *Chapter 3, Subchapter 11*, del c.d. *Bankruptcy Code*, applicabile anche al *Chapter 11, reorganization*, il *debtor in possession* può assumere o rigettare il contratto in ogni tempo prima della conferma del piano dalla corte. Tuttavia, se il contratto è «assunto», il debitore deve curare gli inadempimenti precedenti. Nell'ordinamento tedesco, che non riconosceva possibili rimedi alla situazione di pre-insolvenza, il BGH aveva rifiutato di applicare le disposizioni sui contratti pendenti alla fase antecedente all'apertura della procedura<sup>21</sup>.

B) Con riferimento alla «ragionevole» diversità rispetto alle situazioni di diritto comune, occorre osservare quanto segue.

Posto che, nel diritto delle obbligazioni e dei contratti, sussistono forme di autotutela rispetto al peggioramento delle condizioni patrimoniali

<sup>21</sup>Cfr. sul punto paragrafo 119, *InsO*, che il BGH si è rifiutato di applicare ai casi di preinsolvenza nella fase di domanda, ma sono applicabili successivamente. R. BORK, *Rescuing Companies in England and Germany*, Oxford, 2012, 182.

del contraente, nel caso dell'impresa in crisi va giustificata l'attribuzione del potere di sciogliere il contratto determinato dal peggioramento delle condizioni dello stesso contraente che intende esercitare il diritto.

Si tratta di tenere in considerazione che l'insolvenza del debitore determina certe conseguenze nell'applicazione fuori dalla procedura di ristrutturazione. Nel diritto delle obbligazioni, in caso di insolvenza, è prevista la scadenza dell'obbligazione soggetta a termine ex art. 1186 c.c., oppure che l'inadempimento del debitore determina la facoltà di sospendere la prestazione (ma è il creditore a poter scegliere), e che la fideiussione non opera, se il creditore concede credito in presenza dei presupposti di cui all'art. 1956 c.c., tra i quali il peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore. Parimenti, la eccessiva onerosità (non sopravvenuta) della prestazione del contraente in procedura non dovrebbe essere un parametro che rileva per lo scioglimento ex 169-bis l. fall.

In altri termini, il diritto delle obbligazioni consente strumenti di autotutela, che dipendono da condizioni oggettive di insolvenza oppure nega che la liberazione del debitore possa dipendere dalla circostanza che quella prestazione è, o è divenuta, troppo onerosa per quel debitore, che abbia ad es. visto peggiorare le proprie condizioni. L'interpretazione giurisprudenziale al riguardo è relativamente stabile e intende evitare comportamenti opportunistici della parte contrattuale e assicurare la soddisfazione dell'interesse del creditore o consentirgli di prevenire la sua insoddisfazione.

Ne consegue, per ragioni di coerenza sistematica, che non è il fatto oggettivo della crisi a legittimare la richiesta di autorizzazione all'esercizio del diritto di scioglimento ma la proposta di soluzione della crisi, cioè l'attività del debitore che differenzia la posizione rispetto a quella di diritto comune. Ne consegue ancora che, in principio, neppure potrebbe discutersi di una proposta di scioglimento senza proposta di soluzione della crisi<sup>22</sup>.

C) La posizione dell'altro contraente richiede una valutazione *ad hoc* ed essa non può essere a priori irrilevante, per rimanere concentrati sul debitore. Vi sono infatti da tenere in considerazione, oltre agli interessi del debitore, dei suoi creditori di vario rango (lavoratori, creditori commerciali, istituti previdenziali ed erario, finanziari, ad es.), l'interesse del contraente rispetto all'adempimento della prestazione e soprattutto la circostanza che il contratto è per entrambi i contraenti manifestazione di libertà economica e si può iscrivere — anche dalla parte del contraente non in crisi — in una serie di atti con un orientamento funzionale comune e posti in essere da un'organizzazione di fattori, beni, persone.

Se poi si prende in considerazione la conservazione/ristrutturazione per un verso e la originaria funzione economica del concorso (misto tra equità ed efficienza redistributiva) è da considerare che l'obiettivo della conservazione di una certa impresa, negando il vincolo contrattuale rispetto alle prestazioni, deve tenere conto l'obiettivo di non pregiudicare l'impresa del contraente *in bonis*<sup>23</sup>, almeno fino a che per sal-

za di sospensione sia depositata «contestualmente» o «successivamente» al deposito di generica «domanda di accesso a concordato». Tuttavia, la sospensione non può essere autorizzata per una durata eccedente il termine concesso dal tribunale per l'integrazione del ricorso (art. 97, comma 7, c.c.i.i.).

La nuova norma non convince appieno se si considera che, da un lato, limita la sospensione (e lo scioglimento) dei contratti pendenti ai soli casi in cui la prosecuzione del rapporto risulti incoerente rispetto alle previsioni del piano concordatario e non funzionale all'esecuzione dello stesso (comma 1); dall'altro, come detto, legittima il debitore ammesso a concordato «con riserva» a richiedere la sospensione dei contratti pendenti, in una fase in cui il piano non è stato ancora ultimato. Deve perciò ipotizzarsi che nella vigenza del nuovo codice della crisi il debitore ammesso a concordato con riserva operi una sorta di *obbligo di esposizione* anticipata del contenuto del piano ogniqualvolta miri ad ottenere la sospensione in pendenza del termine concesso dal tribunale per l'integrazione del ricorso prenotativo, e che il tribunale valuti la richiesta di sospensione sulla base di previsioni (del piano) non ancora definitive.

<sup>23</sup>G. TERRANOVA, *Le procedure concorsuali*, Milano, 2004, 55, a proposito di parità di trattamento, art. 2741 e meccanismo redistributivo; ancora G. TERRANOVA, *Salvaguardia di valori organizzativi e costi delle procedure concorsuali*, 2779, a proposito della concorsualità, da intendere non come diritto alla porzione, o rispetto della par condicio, oramai desueta secondo l'autore, ma prevalenza di un interesse della massa sull'interesse dei singoli creditori. In senso

<sup>22</sup>E si v. infatti l'art. 97, comma 2, c.c.i.i., a tenore del quale «la richiesta di scioglimento può essere depositata solo quando sono presentati anche il piano e la proposta». Rimarrà invece possibile per il debitore in concordato, anche nella vigenza del nuovo codice, richiedere la sospensione in pendenza del termine per integrare il ricorso c.d. «prenotativo»: lo stesso secondo comma dell'art. 97 ammette infatti che l'istan-

vare l'impresa in procedura non si comprometta quella ancora *in bonis*.

In altri termini, se ha un senso socializzare la perdita patrimoniale subita per ragioni di solidarietà, non pare possibile che tale redistribuzione pregiudichi l'attività altrui sino a determinare altri interventi redistributivi di altre perdite.

I principi sopra espressi richiedono di essere declinati nella proposizione di una norma o nella lettura orientata della norma vigente.

Il provvedimento di autorizzazione allo scioglimento integra la fattispecie e non rimuove ostacoli all'esercizio di un diritto contrattuale (invero, non previsto nel contratto). L'autorizzazione è emessa dal giudice ed è possibile emettere un provvedimento che svolge (o contribuisce a svolgere) effetti «costitutivi» su un contratto solo all'esito di un procedimento che consenta ad entrambe le parti di dedurre, ed a quella che lo ha iniziato, di determinare le altre

condizioni per la emissione del provvedimento (tra le quali l'ammontare nominale del risarcimento). Sembra quindi scontata l'applicazione del principio del contraddittorio (e si v. infatti l'art. 97, comma 4, c.c.i.i., che introduce la possibilità per il contraente *in bonis* di «opporvi» alla richiesta del debitore, con il deposito di memoria scritta entro sette giorni dalla notifica dell'istanza), ad eccezione forse di casi di specifica urgenza nella quale l'autorizzazione potrà essere emessa e condizionata risolutivamente a successiva conferma<sup>24</sup>.

In secondo luogo, nel caso di concordato c.d. prenotativo, l'istanza si inserirebbe in una alternativa ancora possibile per il debitore, che può scegliere l'accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis*. Essa pare quindi ammissibile solo a condizione che il debitore abbia dichiarato che intende optare per il concordato prima di esercitare il diritto di chiedere lo scioglimento<sup>25</sup>.

critico rispetto alla categoria della concorsualità, considerata come un contenitore capace di raccogliere in una prospettiva unitaria tutte le procedure regolate dalla legge fallimentare, v. soprattutto MICHELI, *Amministrazione controllata, concordato preventivo e fallimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, 1406 ss.; V. DE SENSI, *La concorsualità nella gestione della crisi dell'impresa*, Luiss, Roma, 2009.

Sulla funzione redistributiva v. anche G. TERRANOVA, *Salvaguardia di valori organizzativi e costi delle procedure concorsuali*, 2790, nt. 43, sulla teoria redistributiva (MAFFEI ALBERTI, *Il danno nelle revocatorie*, Padova, 1970; D'ALESSANDRO, *La revoca dei pagamenti nel fallimento*, ed. provvisoria, Milano, 1972; LIBERTINI, *Pagamenti cambiari e revocatoria fallimentare*, Milano, 1974, (del quale ultimo, però, v. anche *Il danno nelle revocatorie fallimentari: una replica e un'autocritica*, in *Ghur. comm.*, 1977, 84). Per una contestazione di questo indirizzo TERRANOVA, *L'assunzione del concordato fallimentare*, Milano, 1976, 98, testo e nt. 51, e poi, più ampiamente, *Id. Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Comm. Scialoja-Branca l. fall., sub art. 67, I, Parte generale*, Bologna-Roma, 1994, 30ss., 118 ss.

In effetti, più che la *par condicio* formale sono istanze (non coerenti) particolari di protezione ad essere considerate idonee a comprimere il diritto del singolo alla soddisfazione del proprio credito. Cfr.; COLESANTI, *Mito e realtà della «par condicio»*, in *Fallimento*, 1984, 32; JAEGER, *Par condicio creditorum*, *ivi*, 1984, 51; e poi, con interessanti aperture, RESCIGNO, *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 359. Tra gli scritti più recenti, cfr. SCHLESINGER, *L'uguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. processuale*, 1995, 324; DE CICCO, *Le classi dei creditori nel concordato preventivo. Appunti sulla par condicio creditorum*, Napoli, 2007, al quale si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>24</sup>È discusso se, in caso di contrasto fra le due parti del contratto sulla misura dell'indennizzo proposto dall'imprenditore che aspira al concordato, e quindi sull'entità del credito da riconoscere al contraente *in bonis*, la questione sia suscettibile di essere «chiusa» con il provvedimento del giudice che autorizza lo scioglimento, salvi i rimedi eventualmente esperibili nei confronti dello stesso ovvero la soluzione della controversia debba essere rinviata ad un ordinario giudizio di cognizione, «salvo l'intervento provvisorio del giudice delegato nei limiti e per gli effetti di cui all'art. 176, comma 1» e cioè per l'ammissione con riserva del credito contestato, «ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze». La giurisprudenza si è espressa, correttamente, a favore di quest'ultima impostazione (Cfr. Trib. Padova, 26 marzo 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Firenze, 24 aprile 2013, in *ildiritto degli affari.it*).

<sup>25</sup>G. SCOGNAMIGLIO, *Concordato preventivo e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione*, cit., 3189, che ricorda che si è osservato che occorre «evitare la produzione di effetti irreversibili conseguenti allo scioglimento dei contratti pendenti, che possono ritenersi giustificati soltanto quando risultano effettivamente funzionali alla realizzazione del piano concordatario, nel caso di specie neppure ancora delineato ed anzi come opzione subordinata rispetto allo strumento concorsuale disciplinato dall'art. 182-bis l. fall., che è essenzialmente fondato sull'accordo con (alcuni) creditori e che dunque rifugge da ogni intervento unilaterale sui rapporti pendenti».

In difetto della «valutazione di superfluità» dei contratti di cui era stato chiesto, nella specie, lo scioglimento, aventi ad oggetto servizi finanziari, in relazione alla prosecuzione dell'attività d'impresa, e stante «la genericità della prospettiva concordataria», che «non consente in questa fase di comprendere quali costi complessivi di indennizzo» in favore dell'altro contraente, si è motivato alla stregua di tali considerazioni il diniego dell'autorizzazione allo scioglimento

(sia pure temperando tale diniego con l'autorizzazione alla sospensione dei contratti *de quibus* per 60 giorni; Durante i quali gli istituti di credito con cui erano intercorsi i contratti di anticipazione bancaria o di cessione *pro solvendo* dei crediti, oggetto del provvedimento di sospensione, avrebbero dovuto rimettere nella disponibilità della società ricorrente le somme versate dai clienti di quest'ultima (per rimessa diretta o in qualsiasi altra forma e modalità) e gli istituti di credito con cui erano intercorsi contratti di *swap* avrebbero dovuto astenersi dall'addebitare poste passive in relazione a quei rapporti: cfr. ancora Trib. Piacenza, 5 aprile 2013, cit.

Sembrano dunque essersi formati due orientamenti. Vi sono decisioni che ritengono possibile l'autorizzazione allo scioglimento (e alla sospensione) dei contratti preesistenti anche nella fase del concordato «con riserva» (Trib. Modena, 30 novembre 2012, in [www.ilcaso.it](#); Trib. La Spezia, 24 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, 77; Trib. Como, 5 novembre 2012, in [www.ilcaso.it](#)), purché già in quel momento siano noti gli elementi essenziali della proposta e del piano concordatari ed il grado di incidenza dello scioglimento sul buon esito della procedura (ovvero i riflessi negativi che sul medesimo esito sarebbero spiegati dalla continuazione del contratto. Cfr. infatti Trib. Catanzaro, 23 gennaio 2013, in [www.ifallimentarista.it](#), che, al fine di valutare l'opportunità del rilascio dell'autorizzazione allo scioglimento di determinati contratti, ritiene di dover chiedere all'imprenditore chiarimenti sui punti di cui si fa cenno nel testo, assegnandogli all'uopo un termine. Su posizioni analoghe, Trib. Monza, 16 gennaio 2013, in [www.ifallimentarista.it](#); Trib. Monza, 21 gennaio 2013, in [www.ilcaso.it](#); Trib. Roma, 30 gennaio 2013, cit., dove il diniego di autorizzazione allo scioglimento o alla sospensione di un contratto preliminare di acquisto di un'azienda viene motivato con l'assenza di elementi idonei ad illustrare il contenuto del piano ed a consentire la valutazione delle conseguenze dello scioglimento sull'attuazione del piano medesimo; Trib. Piacenza, 5 aprile 2013, cit.; e già Trib. Mantova, 27 settembre 2012, in *Fallimento*, 2013, 101), in modo ad assicurare un adeguato bilanciamento dei diversi interessi e da scongiurare l'assunzione al buio di decisioni idonee ad incidere anche pesantemente sulla posizione di terzi (il contraente *in bonis*).

Dall'altro, vi è il partito di coloro che ritengono invece possibile, in questa fase, autorizzate esclusivamente la sospensione (cfr. Trib. Udine, 25 settembre 2013, in [www.ilcaso.it](#); Trib. Vercelli, 20 settembre 2013, in [www.ilcaso.it](#); Trib. Pistoia, 9 luglio 2013, ivi; Trib. Vicenza, 25 giugno 2013, *ibidem*; Trib. Roma, 20 febbraio 2013, in [www.ifallimentarista.it](#); Trib. Pistoia, 30 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, 74).

Cfr., nella dottrina, ad es. M. FABIANI, *La prima disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Foro it.*, 2013, I, 1351 ss., 1355) esclude la possibilità di sciogliere ovvero di sospendere contratti in corso finché non siano stati compiutamente elaborati e depositati in tribunale la proposta ed il piano di concordato. G. SCOGNAMIGLIO, *Concordato preventivo e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione*, cit., p. 3166, nt. 4. Fra gli studi monografici risalenti, cfr.,

In terzo luogo, l'istanza diretta allo scioglimento dovrebbe consentire di valutare la percentuale di tale credito da risoluzione che si propone di pagare (e che a diritto vigente non potrà essere inferiore ad una certa percentuale, nel caso di concordato senza continuità). In altri termini, l'offerta dell'indennizzo per l'esercizio del recesso dovrebbe essere una condizione per l'esercizio del diritto di scioglimento (al riguardo v. art. 97, comma 3, c.c.i.i., che introduce l'obbligo per il debitore di proporre una quantificazione dell'indennizzo unitamente all'istanza; elemento che mi sembra implicitamente già necessario nella presente disciplina, ove sussistano perdite derivanti dal recesso).

Tra le condizioni di ammissibilità, in quarto luogo, occorre considerare che la risoluzione può essere un rimedio che non pregiudica sul piano economico il contraente *in bonis*, allorché vi sono inadempimenti già fatti valere da questo, oppure quando il contraente *in bonis* ha inviato una diffida ad adempiere e comunque in tutte le ipotesi in cui in pratica il vincolo giuridico derivante dal contratto fonderebbe un fenomeno economico (di scambio o di altro tipo) non più attuabile per la mancanza di risorse del debitore in crisi<sup>26</sup>. A fronte di inadempimenti contestati dal contraente *in bonis* o non discussi, lo scioglimento in questi casi semplifica la gestione dell'impresa del debitore contemperando l'interesse del contraente *in*

in particolare, quelli di: A. JORIO, *I rapporti giuridici preesistenti nel concordato preventivo*, Padova, 1973; P.F. CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, Giuffrè, Milano, 1988.

<sup>26</sup>A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fall.*, 2013, 266, rileva che il contraente *in bonis* ha a disposizione i rimedi di diritto comune, anche dopo l'ammissione alla procedura, in caso di mancata sospensione e scioglimento. Tuttavia, nei rapporti di durata non sarebbe possibile per il contraente *in bonis* eccipere l'inadempimento (che comunque non presuppone l'imputabilità dell'inadempimento stesso) alle prestazioni anteriori nei contratti di durata, perché in contrasto con il principio di scindibilità delle prestazioni e con la concorsualità. Il contraente in procedura potrebbe agire per l'adempimento o per la risoluzione del contratto. Il contraente *in bonis* mantiene comunque la facoltà di sospendere la prestazione prevista dall'art. 1461 o chiedere la risoluzione per inadempimento, ma non in relazione ai contratti di durata, per essere la prestazione scindibile. Nel caso di inadempimenti successivi, non si porrebbero problemi (267) in quanto il principio di concorsualità si applica solo alle prestazioni anteriori.

*bonis* (in quanto l'indennizzo deve riflettere il risarcimento)<sup>27</sup>.

Ove inoltre la proposta, che include lo scioglimento da certi contratti come talvolta accade nell'ambito dei gruppi, sia necessaria perché la controllante è indebitata e si prevede l'integrale soddisfazione dei creditori (per es. della controllata), lo strumento dello scioglimento del contratto della controllata con un terzo (con indennizzo effettivo pari al risarcimento) è un mezzo che non determina né sacrificio irragionevole per il contraente *in bonis* né incentivi verso opportunismi da parte del contraente in procedura.

In altre parole, nelle due situazioni estreme (lo scioglimento riflette o un inadempimento in atto o un inadempimento verosimile; lo scioglimento avviene senza sacrificio del credito), non vi è irragionevole trattamento della situazione del contraente *in bonis*.

Nelle situazioni diverse, il trattamento è ragionevole se il tribunale autorizza lo scioglimento richiesto dal contraente in procedura dopo aver verificato che le prestazioni derivanti dal contratto afferiscono ad un'attività che il contraente non può esercitare in quella situazione, cioè gli richiedono l'adempimento di prestazioni, tali da compromettere la conservazione/ristrutturazione dell'impresa.

Occorre infatti considerare che in molti casi il contratto «pende» ma è prevalentemente (o sostanzialmente) la prestazione del contraente in procedura a dover essere resa (per es. fornitura di prodotti da costruire *ad hoc*, per i quali sia stato versato un congruo acconto) e ad essere complessa, e comunque non puramente finanziaria o sostituibile.

Il contratto «pende» ma a ben vedere si tratta di ipotesi di contratti, anche atipici, aventi ad es. caratteristiche dell'appalto o della vendita

<sup>27</sup>Esemplare da questo punto di vista un caso (cfr. T. Salerno, 25 ottobre 2012, [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), già richiamato, in cui l'istanza di autorizzazione alla risoluzione del vincolo contrattuale ex art. 169-bis è stata accolta, in quanto verteva su un contratto di affitto di azienda a favore di un affittuario che aveva già da tempo cessato di pagare il canone, per cui lo scioglimento del contratto e il conseguente ritorno dall'azienda in capo al proprietario (e cioè all'imprenditore aspirante al concordato, che dichiarava di voler riprendere l'esercizio dell'attività direttamente in proprio nome) non minacciavano alcun pregiudizio né al contraente *in bonis*, né ai creditori (anzi avvantaggiati dal venir meno dell'obbligo di pagamento dell'imposta di registro

di beni costruiti *ad hoc*, per i quali vi sono sì numerose prestazioni sospese ma è l'interesse contrattuale del contraente *in bonis* a dover essere ancora soddisfatto mentre la prestazione del contraente in crisi non è facilmente sostituibile né ha le caratteristiche di un debito monetario (ma di una prestazione diversa dal pagamento).

In tali casi lo squilibrio economico è tale che la risoluzione dovrebbe essere autorizzata solo se, oltre alla possibilità di riconoscere un indennizzo, la prestazione sia «soggettivamente» divenuta «impossibile», cioè come inesigibile in base ad un principio di buona fede, tenendo presente le concrete condizioni del debitore in procedura e la presentazione del piano nell'ambito della procedura.

## 7. Profili problematici dell'indennizzo

Con riferimento al tema dell'«indennizzo» da scioglimento previsto dall'art. 169-bis e che in principio dovrebbe essere pari al risarcimento, si osserva che nel concordato si è in presenza di una situazione certamente eterogenea rispetto all'art. 72 l. fall. Infatti, la norma si applica all'ipotesi di fallimento, nella quale «normalmente» l'impresa si avvia alla liquidazione; in secondo luogo, l'art. 72 l. fall. esclude che il fallimento sia un inadempimento, mentre la norma del concordato preventivo attribuisce il diritto di scioglimento commisurandolo al risarcimento del danno<sup>28</sup>.

<sup>28</sup>G. SCOGNAMIGLIO, *Concordato preventivo e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione*, cit., 3195. Dalle considerazioni in precedenza svolte in punto di individuazione dei diversi interessi del debitore, del contraente *in bonis* e dei creditori, discende, poi, che nell'istanza medesima, qualora abbia ad oggetto l'autorizzazione allo scioglimento di un determinato contratto, deve essere altresì quantificato, assumendo come parametro l'importo di un ipotetico risarcimento del danno da inadempimento, l'indennizzo previsto dall'art. 169-bis. Cfr. Trib. Padova, 26 marzo 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Novara, 27 marzo 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). Si discorre, nell'art. 169-bis, di indennizzo commisurato al risarcimento danni, per segnalare che il comportamento, da cui scaturisce la pretesa creditoria dell'altro contraente, si colloca nell'area del lecito, posto che la disciplina positiva, in base ad una specifica scelta di politica del diritto più volte richiamata, riconosce come legittimo l'interesse dell'imprenditore in crisi a sciogliersi, sussistendo determinati presupposti, dai vincoli contrattuali preesistenti.

L'entità dell'indennizzo promesso costituisca oggetto della valutazione del giudice e che questi possa

La norma attribuisce al contraente un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento, da soddisfarsi come credito anteriore al concordato<sup>29</sup> (impostazione confermata anche dall'art. 97, commi 9 e 11, c.c.i.i.). La determinazione dell'indennizzo è affidata, secondo la prassi invalsa, al Tribunale che vigila sulla procedura, senza coinvolgimento del contraente *in bonis*, il quale ha un'audizione<sup>30</sup>.

Da questo, diversi profili di criticità che obbligano ad un'interpretazione sistematica al fine di evitare possibili illegittimità. Alcuni principi, desumibili implicitamente dal sistema per conservarne ragionevolezza e coerente con alcuni principi di protezione delle libertà patrimoniali, autonomia privata e proprietà, dovrebbero essere resi espliciti<sup>31</sup>.

In primo luogo, con riferimento al *quantum*, solo in caso di penale nel contratto oggetto dello scioglimento la questione potrà dirsi definita prima dell'esercizio del diritto di scioglimento. Negli altri casi, la prestazione del contraente in procedura può iscriversi in un processo tecnologico o industriale di approvvigionamento di beni o servizi del quale il contraente *in bonis* non è il destinatario finale ma a sua volta for-

addurre la palese inadeguatezza dell'indennizzo medesimo a motivazione del rigetto dell'istanza di risoluzione del rapporto.

<sup>29</sup> FABIANI, *La sorte del contratto preliminare di compravendita nel concordato preventivo alla luce della Riforma*, in *Fallimento*, 2011, 769 ss., ripercorrendo le diverse tesi anteriori all'introduzione del potere di scioglimento, considerava «problematica ed economicamente inefficiente» la soluzione della natura prededucibile del credito da risoluzione.

<sup>30</sup> L'art. 97, comma 10, c.c.i.i. rimette invece al «giudice ordinariamente competente» la determinazione dell'indennizzo in caso di «mancato accordo» tra le parti sulla quantificazione del medesimo, in considerazione del fatto che tale «disaccordo» potrà emergere in sede di opposizione del contraente *in bonis* proposta nelle forme previste dal comma 4 della medesima disposizione.

<sup>31</sup> Cfr. Trib. Bologna, 26 aprile 2013, cit., nel senso che il giudice è tenuto a convocare il contraente *in bonis*, di modo che detta valutazione possa svolgersi in contraddittorio fra le due parti del contratto e la discussione possa contribuire al raggiungimento di una soluzione condivisa, eventualmente sulla base di un qualche «aggiustamento» o ritocco della soluzione inizialmente proposta; senza contare che dalla discussione dinanzi al giudice in contraddittorio fra i due contraenti potrebbe scaturire anche un accordo avente ad oggetto una rinegoziazione (di talune) delle clausole del contratto originario, che consenta la sopravvivenza del rapporto, sia pure a condizioni diverse.

nitore o appaltatore. Si prenda ad es. un tipico contratto di appalto, nel quale il subappaltatore intenda sciogliersi. Lo scioglimento da questo contratto determina la necessità di sostituire la fornitura e quindi sia c.d. extracosti (la sostituzione del contraente in procedura, con procedure di selezione ed affidamento di urgenza) sia danni da ritardo, dei quali il contraente *in bonis* debba rispondere verso il proprio committente. In assenza di determinazione convenzionale nel contratto tra imprenditore in crisi e contraente *in bonis*, il primo dovrà indennizzare il secondo del danno conseguente al mancato adempimento.

Dalla commisurazione dell'indennizzo al risarcimento dei danni si deduce che l'indennizzo non è limitato al ristoro della mancata prestazione, cioè ad un equivalente della prestazione, ma che si deve includere nell'indennizzo il ristoro delle conseguenze pregiudizievoli derivanti dal mancato adempimento. Ciò include il danno subito dal contraente *in bonis* e quindi anche gli esborsi che dovrà sostenere in conseguenza del mancato adempimento della prestazione, in quanto risarcibili ex art. 1223 c.c., nella interpretazione ampia data dalla S.C.

Né pare si possa sostenere che il contraente in procedura possa sciogliersi dal contratto senza mettere il contraente *in bonis* al riparo dalle conseguenze dello scioglimento. La *ratio* dello scioglimento è quella di consentire di liberarsi dei contratti, non dei debiti che ne sono derivati prima dello scioglimento, essendo questo lo scopo invece della procedura di concordato, in modo che l'imprenditore assoggettato alla procedura possa concludere nuovi o diversi contratti. Esso inoltre sembra funzionale a lasciare alcune attività che l'impresa come ristrutturata possa non svolgere.

In secondo luogo, l'indennizzo, a fronte dello scioglimento, oltre ad essere pari al risarcimento, dovrebbe essere «effettivo» e non fittizio, e messo a disposizione della controparte *in bonis*. In altri termini, la proposta relativa al risarcimento deve essere sia determinata con adozione del criterio del risarcimento sia corrispondente ad una somma disponibile per il pagamento, e quindi non vincolata a creditori privilegiati o antecedenti. Si potrebbe obiettare che non varrebbe comunque la pena di tenere in piedi un contratto destinato a essere inadempito e per il quale il creditore sia destinato a non ricevere risarcimenti (per assenza di risorse). Sciogliere il contratto sarebbe allora una modalità tecnica

per semplificare la procedura di liquidazione dei debiti, evitando il verificarsi o il protrarsi di inadempimenti.

Tuttavia, il diritto di sciogliere il contratto non serve a semplificare e interrompere rapporti destinati a rimanere inadempiti ma per selezionare quali rapporti siano funzionali alla nuova impresa risanata e quali invece non lo siano.

Al riguardo, il trattamento di questo credito come credito anteriore appare irragionevole se il diritto di scioglimento è attribuito in quanto funzionale al risanamento e non riguarda il passivo dell'impresa in crisi (il diritto di sciogliersi nasce dall'accesso alla procedura). Infatti, la richiesta di risorse per pagare i risarcimenti dovrebbe avere anche lo scopo di testare la possibilità che l'impresa non sia già insolvente (sorta di soglia di serietà della proposta), e di fungere da incentivo per anticipare il risanamento. In altri termini, se il contratto non potesse essere sciolto senza offerta dell'indennizzo del danno (in pre-deduzione), gli amministratori sarebbero spinti a considerare il concordato preventivo come strumento di risanamento fino a che hanno risorse per finanziare l'uscita dai contratti non funzionali all'impresa futura e non oltre tale momento.

Allo stato della legislazione, invece, non vi sono incentivi a non trascinare anche il contraente nella crisi, contando sul relativo minore indennizzo. In effetti, ad es. nel Chapter 11 (Section 365), il trattamento *unsecured* del contraente del contratto sciolto è unito al diritto pieno del contraente del contratto non sciolto anche con riferimento a prestazioni anteriori, mentre nel nostro sistema sia l'una sia l'altra sono pretese concorrenti.

In ogni caso, se invece, il credito è concorrente (come a diritto vigente e futuro), non dovrebbero comunque darsi scioglimenti urgenti prima del piano, se non in presenza di certi contratti ad esecuzione continuata che non generano perdite per la controparte *in bonis* (ad es. un conto corrente bancario, il cui passivo è cristallizzato alla presentazione del ricorso). Prima del piano non si sa ancora quale parte dell'attivo sia da destinare ai creditori prima della proposta piena e della relazione *ex art. 172 l. fall.*). In pratica, si produrrebbe una perdita oggetto di risarcimento falcidiato, con compressione del diritto del contraente a contestare l'indennizzo (che è finanche concorrente su risorse incerte).