

Le novità della riforma estiva in tema di contratti pendenti nel concordato preventivo, con particolare riferimento ai contratti bancari

Decreto Legge 83/2015, convertito nella Legge 132/2015

27 Novembre 2015

Donato Carbone, Rosa Corciulo

Parte I

Abstract

Il presente articolo si propone di offrire un contributo di riflessione sui nodi problematici che si presentano allorquando il debitore concordatario intenda sciogliere i contratti di anticipazione bancaria su crediti pendenti al momento della domanda di concordato o di pre-concordato. È, difatti, aspramente dibattuto in giurisprudenza se suddette operazioni siano suscettibili di sospensione o scioglimento ai sensi dell'articolo 169-bis l.f. pur laddove non si siano ancora concluse con la riscossione dei crediti anticipati e, quindi, con il fisiologico rientro della banca.

Il problema si pone perché tali contratti, sebbene strutturalmente bilaterali, dal punto di vista funzionale operano alla stregua di fattispecie unilaterali, sulla base del rilievo per cui la banca, con l'erogazione dell'anticipo, ha esaurito la propria prestazione, talché residua il solo credito relativo alla controprestazione del debitore concordatario. Può il rapporto essere considerato "pendente" ove l'erogazione sia posta in essere prima della presentazione del ricorso ma l'ente finanziatore non abbia ancora proceduto all'incasso? Questo l'interrogativo cui si ambisce a dare risposta nel corso del presente lavoro che, per comodità, è stato suddiviso in tre parti: la prima, dedicata alla nozione di pendenza contrattuale di cui all'articolo 169-bis l.f.; la seconda, che si occupa, nello specifico, dello scioglimento dei contratti di anticipazione bancaria; in chiusura, vengono analizzate le questioni problematiche che la prassi pone.

1- La nozione di pendenza contrattuale ex articolo 169-bis l.f.

La miniriforma estiva della legge fallimentare di cui al Decreto Legge del 27 giugno 2015 n. 83 (conv. nella l. 6 agosto 2015 n. 132) è intervenuta, tra l'altro, sul tema dei contratti pendenti nel concordato preventivo, apportando significative modifiche all'articolo 169-bis l.f., di disciplina della facoltà del debitore concordatario di chiedere lo scioglimento ovvero la sospensione dei contratti in corso di esecuzione al momento di avvio della procedura.

Come noto, la disposizione è stata introdotta dal Decreto Legge del 22 giugno 2012, n. 83 (cosiddetto "Decreto sviluppo", convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 134) al fine di sovvertire la regola preesistente della continuità dei rapporti giuridici nella procedura di concordato preventivo, non espressamente contemplata, ma desumibile dalla mancata previsione dello spossessamento dei beni del debitore nonché dalla conservazione dell'amministrazione e dell'esercizio dell'impresa in capo a questi. Nella formulazione originaria, la rubrica e il primo comma della disposizione facevano riferimento ai "contratti in corso di esecuzione", attribuendo al debitore la facoltà di chiederne lo scioglimento alla data di presentazione del

ricorso. La difformità dell'espressione rispetto a quella impiegata nella rubrica dell'articolo 72 l.f. -di disciplina degli effetti del fallimento sui contratti preesistenti- ha animato il dibattito in ordine alla possibile diversità degli ambiti di applicazione delle due disposizioni.

Una parte della dottrina e della giurisprudenza, indiscussa la portata dell'articolo 72 l.f. -comprensiva dei soli contratti ineseguiti o, comunque, eseguiti solo parzialmente da entrambi i contraenti al momento della dichiarazione di fallimento- riteneva che l'articolo 169-bis l.f., nella prima formulazione, consentisse al debitore di chiedere l'autorizzazione allo scioglimento o alla sospensione dei contratti relativamente ai quali una delle prestazioni fosse stata compiutamente eseguita. Tale orientamento ha tratto origine proprio da controversie aventi ad oggetto contratti bancari e, nello specifico, anticipazioni concesse a fronte di cessione di crediti o mandato all'incasso, ipotesi in cui si è ritenuto che il debitore potesse chiedere lo scioglimento dei contratti pur se la banca avesse provveduto alla erogazione della somma ma non alla riscossione dei crediti. Gli argomenti a favore di suddetta tesi erano molteplici. *In primis*, facendo leva sulla lettera della legge, si sottolineava come la locuzione "contratti in corso di esecuzione" (di cui all'articolo 169-bis l.f. ante Decreto Legge 83/2015) esprimesse un concetto ben diverso da quello cui fa tuttora riferimento la disposizione dettata in tema di fallimento, giacché si limitava a richiedere che almeno una delle prestazioni fosse incompiuta al momento della presentazione dell'istanza di accesso alla procedura e non che entrambe le parti dovessero ancora adempiere; inoltre, si sosteneva che il dato testuale individuasse in via autonoma l'ambito di applicazione della disposizione, prevedendo espressamente i contratti che ne erano fuori. In terzo luogo, dal momento che l'articolo 169 l.f. non richiama(va), fra le norme applicabili al concordato preventivo, l'articolo 72 l.f., tale omissione avrebbe precluso all'interprete il riferimento alla disposizione dettata in tema di fallimento al fine di individuare le fattispecie oggetto dell'articolo 169-bis l.f. Sulla base di queste premesse, secondo il più risalente tra gli orientamenti giurisprudenziali che si sono formati sull'argomento, lo scioglimento del rapporto *ex* articolo 169-bis l.f. poteva essere richiesto per tutti i contratti non espressamente esclusi dalla norma in cui almeno una parte dovesse ancora porre in essere la propria prestazione ed, in tale prospettiva ermeneutica, si è sostenuto che non fosse possibile negare la facoltà del debitore di sciogliersi da un contratto bancario di anticipo su fatture o su ricevute bancarie sulla base della considerazione che la banca avesse già erogato il credito, pur non avendo ancora provveduto all'incasso.

Secondo altra e opposta tesi, per "contratti in corso di esecuzione" *ex* articolo 169-bis l.f. il legislatore del 2012 ha inteso, con nozione identica a quella contenuta nell'articolo 72, comma 1, l.f. in relazione al fallimento, i contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti alla data di presentazione del ricorso, ossia i contratti a prestazioni corrispettive bilateralmente ineseguiti; ciò sulla base della considerazione per cui la locuzione "contratti in corso di esecuzione" è sempre stata utilizzata quale sinonimo di contratti pendenti; inoltre, il mancato richiamo da parte dell'articolo 169 l.f. all'articolo 72 l.f., in uno con l'introduzione dell'articolo 169-bis ad opera del legislatore del 2012 hanno indotto a ritenere che detta ultima norma coprisse giustappunto la medesima area di operatività della disposizione di disciplina dei contratti pendenti nel fallimento. Si è rilevato, poi, che, ove si fosse attribuita all'articolo 169-bis l.f. portata "universale", si sarebbe accordato al debitore il potere di sciogliersi da tutti i contratti che avevano dato luogo ai debiti non pagati, con attribuzione alla parte *in bonis* di un indennizzo concorsuale chirografario e con l'assurda conseguenza di attribuire al debitore il potere di far venir meno le cause di prelazione sui crediti anteriori alla domanda di concordato (v. articolo 169-bis, co. 2 l.f.). Da ultimo, è stato evidenziato come, anche dopo l'introduzione della norma di disciplina dello scioglimento dei contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo ad opera del legislatore del 2012, l'articolo 169 l.f. continui

a richiamare gli articoli 55 e 59 l.f., ai quali soltanto è devoluto il regime dei contratti in cui, dopo la stipula, residuino obbligazioni a carico di una sola parte contraente, mediante la previsione dell'anticipata scadenza delle obbligazioni pecuniarie e non pecuniarie del debitore proponente (per contro, qualora l'obbligo residuo sia a carico della controparte, le norma in questione non avranno ragione di operare, trovando applicazione l'ordinaria disciplina civilistica).

L'adozione della descritta impostazione, ha condotto alla conclusione per cui i rapporti di anticipazione bancaria non potessero rientrare nell'alveo di operatività dell'articolo 169-bis l.f. allorquando una delle contrapposte prestazioni venisse adempiuta prima del deposito del ricorso per concordato (generalmente quella della banca per l'anticipo effettuato), in modo da precludere il configurarsi della pendenza contrattuale. In tali fattispecie, difatti, il sinallagma è solo genetico e non funzionale in quanto, una volta che la banca abbia messo a disposizione del beneficiario la somma pattuita, residua esclusivamente la prestazione restitutoria a carico di quest'ultimo; ne deriva che non possono costituire oggetto di scioglimento o sospensione, poiché non rientrano nella nozione di contratti pendenti.

Il recente intervento riformatore ha inequivocabilmente accolto l'orientamento da ultimo descritto, precisando che l'articolo 169-bis l.f. si riferisce proprio (e solo) ai contratti pendenti, cioè ai rapporti che non abbiano avuto compiuta esecuzione da entrambe le parti contraenti al momento della presentazione del ricorso per l'accesso alla procedura. Per tale via, dunque, si è ricondotta ad unità la nozione di pendenza del rapporto nel fallimento e nel concordato preventivo, a tutela della coerenza ed omogeneità dell'ordinamento concorsuale.

Parte I

Abstract

Il presente articolo si propone di offrire un contributo di riflessione sui nodi problematici che si presentano allorquando il debitore concordatario intenda sciogliere i contratti di anticipazione bancaria su crediti pendenti al momento della domanda di concordato o di pre-concordato. È, difatti, aspramente dibattuto in giurisprudenza se suddette operazioni siano suscettibili di sospensione o scioglimento ai sensi dell'articolo 169-bis l.f. pur laddove non si siano ancora concluse con la riscossione dei crediti anticipati e, quindi, con il fisiologico rientro della banca.

Il problema si pone perché tali contratti, sebbene strutturalmente bilaterali, dal punto di vista funzionale operano alla stregua di fattispecie unilaterali, sulla base del rilievo per cui la banca, con l'erogazione dell'anticipo, ha esaurito la propria prestazione, talché residua il solo credito relativo alla controprestazione del debitore concordatario. Può il rapporto essere considerato "pendente" ove l'erogazione sia posta in essere prima della presentazione del ricorso ma l'ente finanziatore non abbia ancora proceduto all'incasso? Questo l'interrogativo cui si ambisce a dare risposta nel corso del presente lavoro che, per comodità, è stato suddiviso in tre parti: la prima, dedicata alla nozione di pendenza contrattuale di cui all'articolo 169-bis l.f.; la seconda, che si occupa, nello specifico, dello scioglimento dei contratti di anticipazione bancaria; in chiusura, vengono analizzate le questioni problematiche che la prassi pone.

1- La nozione di pendenza contrattuale ex articolo 169-bis l.f

La miniriforma estiva della legge fallimentare di cui al Decreto Legge del 27 giugno 2015 n. 83 (conv. nella l. 6 agosto 2015 n. 132) è intervenuta, tra l'altro, sul tema dei contratti pendenti nel concordato preventivo, apportando significative modifiche all'articolo 169-*bis* l.f., di disciplina della facoltà del debitore concordatario di chiedere lo scioglimento ovvero la sospensione dei contratti in corso di esecuzione al momento di avvio della procedura.

Come noto, la disposizione è stata introdotta dal Decreto Legge del 22 giugno 2012, n. 83 (cosiddetto "Decreto sviluppo", convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 134) al fine di sovvertire la regola preesistente della continuità dei rapporti giuridici nella procedura di concordato preventivo, non espressamente contemplata, ma desumibile dalla mancata previsione dello spossessamento dei beni del debitore nonché dalla conservazione dell'amministrazione e dell'esercizio dell'impresa in capo a questi. Nella formulazione originaria, la rubrica e il primo comma della disposizione facevano riferimento ai "contratti in corso di esecuzione", attribuendo al debitore la facoltà di chiederne lo scioglimento alla data di presentazione del ricorso. La difformità dell'espressione rispetto a quella impiegata nella rubrica dell'articolo 72 l.f. -di disciplina degli effetti del fallimento sui contratti preesistenti- ha animato il dibattito in ordine alla possibile diversità degli ambiti di applicazione delle due disposizioni.

Una parte della dottrina e della giurisprudenza, indiscussa la portata dell'articolo 72 l.f. -comprensiva dei soli contratti ineseguiti o, comunque, eseguiti solo parzialmente da entrambi i contraenti al momento della dichiarazione di fallimento- riteneva che l'articolo 169-*bis* l.f., nella prima formulazione, consentisse al debitore di chiedere l'autorizzazione allo scioglimento o alla sospensione dei contratti relativamente ai quali una delle prestazioni fosse stata compiutamente eseguita. Tale orientamento ha tratto origine proprio da controversie aventi ad oggetto contratti bancari e, nello specifico, anticipazioni concesse a fronte di cessione di crediti o mandato all'incasso, ipotesi in cui si è ritenuto che il debitore potesse chiedere lo scioglimento dei contratti pur se la banca avesse provveduto alla erogazione della somma ma non alla riscossione dei crediti. Gli argomenti a favore di suddetta tesi erano molteplici. *In primis*, facendo leva sulla lettera della legge, si sottolineava come la locuzione "contratti in corso di esecuzione" (di cui all'articolo 169-*bis* l.f. *ante* Decreto Legge 83/2015) esprimesse un concetto ben diverso da quello cui fa tuttora riferimento la disposizione dettata in tema di fallimento, giacché si limitava a richiedere che almeno una delle prestazioni fosse incompiuta al momento della presentazione dell'istanza di accesso alla procedura e non che entrambe le parti dovessero ancora adempiere; inoltre, si sosteneva che il dato testuale individuasse in via autonoma l'ambito di applicazione della disposizione, prevedendo espressamente i contratti che ne erano fuori. In terzo luogo, dal momento che l'articolo 169 l.f. non richiama(va), fra le norme applicabili al concordato preventivo, l'articolo 72 l.f., tale omissione avrebbe precluso all'interprete il riferimento alla disposizione dettata in tema di fallimento al fine di individuare le fattispecie oggetto dell'articolo 169-*bis* l.f. Sulla base di queste premesse, secondo il più risalente tra gli orientamenti giurisprudenziali che si sono formati sull'argomento, lo scioglimento del rapporto *ex* articolo 169-*bis* l.f. poteva essere richiesto per tutti i contratti non espressamente esclusi dalla norma in cui almeno una parte dovesse ancora porre in essere la propria prestazione ed, in tale prospettiva ermeneutica, si è sostenuto che non fosse possibile negare la facoltà del debitore di sciogliersi da un contratto bancario di anticipo su fatture o su ricevute bancarie sulla base della considerazione che la banca avesse già erogato il credito, pur non avendo ancora provveduto all'incasso.

Secondo altra e opposta tesi, per "contratti in corso di esecuzione" *ex* articolo 169-*bis* l.f. il legislatore del 2012 ha inteso, con nozione identica a quella contenuta nell'articolo 72, comma 1, l.f. in relazione al fallimento, i contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti alla data di

presentazione del ricorso, ossia i contratti a prestazioni corrispettive bilateralmente ineseguiti; ciò sulla base della considerazione per cui la locuzione “contratti in corso di esecuzione” è sempre stata utilizzata quale sinonimo di contratti pendenti; inoltre, il mancato richiamo da parte dell’articolo 169 l.f. all’articolo 72 l.f., in uno con l’introduzione dell’articolo 169-*bis* ad opera del legislatore del 2012 hanno indotto a ritenere che detta ultima norma coprisse giustappunto la medesima area di operatività della disposizione di disciplina dei contratti pendenti nel fallimento. Si è rilevato, poi, che, ove si fosse attribuita all’articolo 169-*bis* l.f. portata “universale”, si sarebbe accordato al debitore il potere di sciogliersi da tutti i contratti che avevano dato luogo ai debiti non pagati, con attribuzione alla parte *in bonis* di un indennizzo concorsuale chirografario e con l’assurda conseguenza di attribuire al debitore il potere di far venir meno le cause di prelazione sui crediti anteriori alla domanda di concordato (v. articolo 169-*bis*, co. 2 l.f.). Da ultimo, è stato evidenziato come, anche dopo l’introduzione della norma di disciplina dello scioglimento dei contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo ad opera del legislatore del 2012, l’articolo 169 l.f. continui a richiamare gli articoli 55 e 59 l.f., ai quali soltanto è devoluto il regime dei contratti in cui, dopo la stipula, residuino obbligazioni a carico di una sola parte contraente, mediante la previsione dell’anticipata scadenza delle obbligazioni pecuniarie e non pecuniarie del debitore proponente (per contro, qualora l’obbligo residuo sia a carico della controparte, le norme in questione non avranno ragione di operare, trovando applicazione l’ordinaria disciplina civilistica).

L’adozione della descritta impostazione, ha condotto alla conclusione per cui i rapporti di anticipazione bancaria non potessero rientrare nell’alveo di operatività dell’articolo 169-*bis* l.f. allorché una delle contrapposte prestazioni venisse adempiuta prima del deposito del ricorso per concordato (generalmente quella della banca per l’anticipo effettuato), in modo da precludere il configurarsi della pendenza contrattuale. In tali fattispecie, difatti, il sinallagma è solo genetico e non funzionale in quanto, una volta che la banca abbia messo a disposizione del beneficiario la somma pattuita, residua esclusivamente la prestazione restitutoria a carico di quest’ultimo; ne deriva che non possono costituire oggetto di scioglimento o sospensione, poiché non rientrano nella nozione di contratti pendenti.

Il recente intervento riformatore ha inequivocabilmente accolto l’orientamento da ultimo descritto, precisando che l’articolo 169-*bis* l.f. si riferisce proprio (e solo) ai contratti pendenti, cioè ai rapporti che non abbiano avuto compiuta esecuzione da entrambe le parti contraenti al momento della presentazione del ricorso per l’accesso alla procedura. Per tale via, dunque, si è ricondotta ad unità la nozione di pendenza del rapporto nel fallimento e nel concordato preventivo, a tutela della coerenza ed omogeneità dell’ordinamento concorsuale.

TAG: *contratti bancari, Diritto bancario, diritto dei contratti e delle obbligazioni*

Avvertenza

La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono

parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex. art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.

*Filodiritto(Filodiritto.com) un marchio di **InFOROmatica S.r.l***