

LaScala



STUDIO LEGALE
in association with
FIELD FISHER WATERHOUSE

Focus on

RIFORMA DEL CONCORDATO PREVENTIVO E CONTRATTI DI FINANZIAMENTO

Febbraio 2013

www.lascalaw.com
www.iusletter.com

Milano Roma Torino Bologna Firenze Ancona Vicenza Padova Verona
London Paris Hamburg Brussels Manchester Munich Dusseldorf

Nell'ambito del presente studio verrà approfondita la tematica relativa alle recenti riforme che hanno interessato la procedura di concordato preventivo e la sorte dei contratti pendenti al momento della domanda di concordato preventivo e, in particolare, alla sorte dei contratti di finanziamento stipulati con il debitore ammesso alla suddetta procedura.

Ai fini del tema che ci occupa, occorre evidenziare come una delle recenti novelle relative alla Legge Fallimentare abbia introdotto una specifica disciplina dei contratti pendenti alla data di deposito della domanda di concordato preventivo, mentre l'assenza di una specifica disciplina prevedeva, secondo l'interpretazione prevalente, la prosecuzione dei rapporti contrattuali in capo all'imprenditore ammesso alla procedura di concordato preventivo, non potendosi ritenere analogicamente applicabile al concordato preventivo la normativa che regola i contratti pendenti nell'ambito della procedura fallimentare prevista dagli artt. 72 e seguenti.

Il Legislatore è ora intervenuto in materia con il Decreto Legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge con modificazioni dalla Legge 7 agosto 2012, n. 134, il quale, applicandosi alle procedure di concordato preventivo successive all' 11 settembre 2012, ha introdotto i seguenti due articoli nell'ambito della Legge Fallimentare che si occupano nello specifico dei contratti pendenti:

Art. 169-bis, rubricato "Contratti in corso di esecuzione":

"I. Il debitore nel ricorso di cui all'articolo 161 puo' chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore puo' essere autorizzata la sospensione del contratto per non piu' di sessanta giorni, prorogabili una sola volta.

II. In tali casi, il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito e' soddisfatto come credito anteriore al concordato.

III. Lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta.

IV. Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai rapporti di lavoro subordinato nonche' ai contratti di cui agli articoli 72, ottavo comma, 72 ter e 80 primo comma".

Art. 186-bis, rubricato "Concordato con continuità aziendale":

"I. Quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) prevede la

prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo. Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa.

II. Nei casi previsti dal presente articolo:

a) il piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;

b) la relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori;

c) il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'articolo 160, secondo comma, una moratoria sino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto al voto.

III. Fermo quanto previsto nell'articolo 169-bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'articolo 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni (...)"

Come emerge chiaramente dall'esame dei due citati articoli, la regola generale prevede ora in modo espresso la normale prosecuzione dei contratti pendenti, riconoscendo l'art. 169 bis l.f. il diritto in capo al debitore di essere autorizzato dal Giudice Delegato a sciogliersi dai contratti pendenti ovvero disporre la sospensione dei contratti in corso alla data di presentazione del ricorso, fatto salvo il diritto del contraente in bonis di ottenere un indennizzo conseguente all'inadempimento da riconoscere in moneta concorsuale.

La prospettiva risulta addirittura invertita nell'ambito del concordato con continuità aziendale, ove il nuovo art. 186 *bis*, III comma, l.f. impedisce al contraente *in bonis* di invocare la risoluzione del contratto pendente alla data di deposito della domanda di concordato per motivi legati all'apertura della procedura, sancendo l'inefficacia di eventuali patti contrari. Occorre, per quanto qui rileva, verificare se ed in che modo tale normativa possa impattare in relazione a contratti di finanziamento stipulati tra una Banca ed un debitore poi ammesso alla procedura di concordato preventivo.

Giova, in tale prospettiva, ricorrere alla normativa del trasferimento d'azienda (o di suo ramo), contemplata dagli artt. 2558 e seguenti del Codice Civile, la quale prevede, tra l'altro, la disciplina della successione dei contratti per l'esercizio dell'azienda che non abbiano carattere personale, sancendone il subentro in capo all'acquirente del complesso aziendale trasferito, salvo patto contrario.

Secondo l'opinione ormai invalsa a livello giurisprudenza e dottrinale, tale disciplina regolerebbe unicamente i *"soli contratti a prestazioni corrispettive non ancora eseguiti (interamente) da nessuna delle due parti"*, mentre la normativa concernente i debiti ed i crediti aziendali prevista dagli artt. 2559 e 2560 c.c. risulterebbe applicabile *"ai soli crediti e debiti indipendenti da un attuale vincolo sinallagmatico"*.

Non pare che sussistano ragioni per discostarsi da tale consolidato insegnamento al fine di individuare la latitudine della disciplina introdotta dai nuovi artt. 169 *bis* e 186 *bis* l.f. con riferimento ai contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione della domanda di concordato.

In tale prospettiva, l'approfondimento circa l'applicabilità della suddetta normativa alla fattispecie dei finanziamenti bancari risulta di piana soluzione, nel senso di escluderla, allorchè si consideri che la Banca esaurisce la propria obbligazione tipica con l'erogazione della somma a favore del soggetto sovvenuto, il quale, una volta percepita la somma erogata, risulta essere mero debitore.

Conferma di quanto precede si ricava anche dalla natura reale del contratto di mutuo, il quale si perfeziona con la consegna del denaro o delle cose fungibili a favore della parte mutuata e non con il mero consenso dei contraenti.

Poste tale premesse, è da ritenere che, una volta ammessa la parte mutuataria alla procedura di concordato preventivo, il debito residuo derivante dal contratto di mutuo stipulato *inter partes* debba essere considerato per intero, in quanto da considerarsi scaduto ai sensi dell'art. 55 l.f., la cui persistente applicazione alla procedura di concordato è prevista dall'art. 169 l.f..

In tal senso si è recentemente pronunciata la giurisprudenza di merito, chiamata proprio ad interpretare l'ambito di applicazione del nuovo art. 169 *bis* l.f.:

“Il contratto di mutuo stipulato ed adempiuto dalla mutuante prima del deposito della domanda di concordato preventivo non può qualificarsi come rapporto pendente, poiché l'obbligazione restitutoria gravante sul mutuatario si configura come debito disciplinato dall'articolo 55, legge fall. in forza del richiamo contenuto nell'articolo 169, legge fall.” (Trib. Monza, 16 gennaio 2013, in www.ilcaso.it).

In realtà, il surriportato principio, per quanto condivisibile in linea generale, merita un approfondimento con riguardo a particolari fattispecie di finanziamenti bancari, quali quelle ove l'erogazione della somma mutuata venga suddivisa in più tranches e condizionata dalla Banca alla presentazione di specifica documentazione da parte del mutuatario (normalmente gli stati di avanzamento lavori relativi alla costruzione dell'immobile cui la provvista fornita dalla Banca con il finanziamento è destinata).

In tali casi, infatti, si assiste alla presenza di un intenso legame tra la concessione del finanziamento e lo scopo cui esso è destinato - normalmente la costruzione di un immobile - tanto che proprio l'erogazione di parte della somma mutuata viene vincolata all'avanzamento dei lavori di realizzazione del bene cui detto finanziamento dovrebbe risultare destinato.

Per queste fattispecie risulta certamente applicabile la normativa prevista dagli artt. 169 *bis* e 186 *bis* l.f., atteso che il contratto di finanziamento non può dirsi interamente eseguito da nessuna delle due parti e che, sotto altro punto di vista, la giurisprudenza di legittimità ha affermato la natura consensuale e non reale dei c.d. "mutui di scopo":

“La giurisprudenza assolutamente prevalente indica un ulteriore elemento differenziale in ordine alle modalità di perfezionamento del contratto, nel senso che il mutuo di scopo ha carattere consensuale e non reale nel senso che “si perfeziona nel momento in cui si forma l'accorso

sulle varie clausole, di modo che l'erogazione della somma rappresenta l'esecuzione dell'obbligazione a carico del mutuante, mentre il mutuatario assume l'obbligo di corrispondere gli interessi nella misura agevolata prevista e di realizzare l'obiettivo in vista del quale l'erogazione del denaro ha avuto luogo" (così Cass. 15 giugno 1994 n. 5805; conf. Cass. 21 luglio 1998 n. 7116, Cass. 10 giugno 1981 n. 3752; solo Cass. 5193-1991 afferma che il perfezionamento del contratto si verifica quando la somma mutuata viene posta nella disponibilità del mutuatario, non rilevando a tal fine che si tratti di un mutuo di scopo)" (Cass. 11 gennaio 2001, n. 317, in motivazione).

Logica conseguenza di quanto sinora riportato è, da un lato, la teorica prosecuzione di tali rapporti negoziali anche nel corso della procedura di concordato preventivo del mutuato (salvo che quest'ultimo non ritenga opportuno sciogliersene o chiederne la sospensione, previa autorizzazione del Giudice Delegato) e, dall'altro, in relazione alle ipotesi di concordato in continuità, l'impossibilità per la Banca di risolvere il contratto in ragione dell'ammissione del debitore alla procedura concorsuale minore, con l'ulteriore conseguenza che essa sarà costretta ad erogare le ulteriori *tranches* del finanziamento allorchè il soggetto mutuato ammesso al concordato sia in grado di dimostrare di aver adempiuto alle obbligazioni previste dal contratto relativamente alla realizzazione dello scopo.

Degno di approfondimento risulta anche un ulteriore aspetto della pronuncia del Tribunale di Monza sopra citata, la quale ha affermato:

"Qualora venga proposta domanda di concordato "in bianco", il tribunale, ove richiesto ai sensi dell'articolo 169 bis, legge fallimentare, può disporre la sospensione dei contratti di swap stipulati con istituti bancari nonché dei contratti di anticipazione bancaria, questi ultimi allo scopo di evitare che gli istituti di credito possono opporre in compensazione i crediti maturati" (Trib. Monza, cit.).

Rieccheggia nelle intenzioni del Collegio, ancorchè non ne vengano riportate le ragioni nella parte motiva, la volontà di impedire per il debitore ammesso al concordato, mediante la sospensione dei relativi contratti, le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla possibilità che le Banche trattengano in compensazione le somme derivanti dalle fatture precedentemente anticipate alla correntista e pervenute in epoca successiva al deposito della domanda di concordato.

Senza voler eccessivamente approfondire il tema in questa sede, si ricorda come nella

giurisprudenza di legittimità e di merito si sia recentemente (ri)affermato il principio che consente alle banche di trattenere le somme pervenute successivamente all'apertura del concordato ad estinzione dei propri crediti, allorchè nell'ambito del contratto di anticipazione stipulato tra banca e correntista sia previsto un "patto di compensazione"; in tal senso:

"In assenza di una comunicazione di recesso, il rapporto contrattuale in essere tra la banca ed il correntista che abbia presentato domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo prosegue anche dopo il deposito di tale domanda. Ne consegue che l'eventuale atecnico "patto di compensazione" - in virtù del quale la banca, incassate le somme relative al portafoglio presentato dal correntista, andava automaticamente ad estinguere, per il corrispondente importo, il fido accordato al medesimo - continua ad operare e che la banca ha pertanto diritto di incamerare le somme incassate in relazione ad anticipazioni effettuate prima dell'inizio della procedura" (Trib. Bergamo, 22 novembre 2011, in Riv. dottori comm. 2012, 1, 182).

A prescindere dalle disquizioni volte ad affermare la correttezza di tale interpretazione ovvero la prevalenza dell'opinione che esclude il diritto della banca di trattenere dette somme in compensazione in ragione della preminenza del principio della *par condicio creditorum*, si nutrono seri dubbi in merito alla pertinenza dello strumento della sospensione dei contratti pendenti al dichiarato (dal Tribunale di Monza) fine di impedire alle banche di operare detta compensazione, atteso che la sospensione prevista dall'art. 169 *bis* l.f. ha carattere espressamente temporaneo - sessanta giorni prorogabili per una sola volta - alla cui fine è da ritenere che il contratto sospeso continui a dispiegare appieno i propri effetti e, quindi, per quanto qui rileva, consentire alla banca di procedere alla compensazione.

L'operatività della sospensione potrebbe al più consentire al debitore di "guadagnare" tempo al fine di valutare nel frattempo la possibilità di recedere dai suddetti contratti - ove ne sussistano le condizioni contrattuali - così da impedire effettivamente l'incameramento delle somme da parte della banca, purchè, ovviamente, detto recesso intervenga prima dello spirare del termine di sospensione.

Peraltro, la valutazione relativa alla possibilità di sospendere e/o recedere dai rapporti di anticipazione e/o di apertura di credito dovrà essere condotta alla luce anche della conseguente impossibilità per il cliente di usufruire dell'ulteriore credito bancario del quale potrebbe godere nell'ipotesi in cui la linea di credito non fosse ancora esaurita alla data

di apertura del concordato preventivo.

Per quanto concerne, invece, i contratti derivati, pare che la volontà del Collegio brianzolo sia quella di evitare nelle more del concordato l'addebito di ulteriori "competenze" (i c.d. "differenziali") derivanti dalla periodica liquidazione dei contratti derivati.

Anche in tale prospettiva valgono le riferite considerazioni in merito alla rilevanza dello strumento della sospensione al fine, atteso che la limitazione temporale dell'efficacia dei contratti derivati non impedirebbe l'addebito dei differenziali al termine della sospensione e non è detto che l'opzione del recesso risulti maggiormente favorevole, tenuto conto della conseguente liquidazione del valore residuo del derivato sulla base del c.d. "mark to market", il quale potrebbe comportare effetti maggiormente dannosi per lo stato patrimoniale del debitore ammesso al concordato.

Si segnala, peraltro, come recentemente alcuni autori abbiano messo in dubbio l'applicabilità degli istituti della sospensione e della risoluzione introdotti dagli artt. 169 bis e 186 bis l.f. ai contratti derivati in ragione del disposto di cui all'art. 7 D.Lgs. 170/04, il quale dispone che *"la clausola di «close-out netting» è valida ed ha effetto in conformità di quanto dalla stessa previsto, anche in caso di apertura di una procedura di risanamento o di liquidazione nei confronti di una delle parti"*.

Tali clausole, secondo la definizione contemplata dall'art. 1, lett. f), D.Lgs. 170/04, prevedono che

"1) le obbligazioni diventano immediatamente esigibili e vengono convertite nell'obbligazione di versare un importo pari al loro valore corrente stimato, oppure esse sono estinte e sostituite dall'obbligazione di versare tale importo, ovvero

2) viene calcolato il debito di ciascuna parte nei confronti dell'altra con riguardo alle singole obbligazioni e viene determinata la somma netta globale risultante dal saldo e dovuta dalla parte il cui debito è più elevato, ad estinzione dei reciproci rapporti";

mentre la lett. s) del medesimo articolo individua il concordato preventivo tra le procedure di risanamento.

Senonchè l'ambito di applicazione del D.Lgs. 170/04 risulta limitato ai soli contratti di garanzia finanziaria e, pertanto, l'operatività dell'art. 7 sopra citato risulterebbe limitata; così si è espressa la dottrina sopra citata:

"L'efficacia delle clausole di close-out netting garantita dal decreto n. 170 sarebbe limitata solo

ai casi in cui sia in piedi una garanzia finanziaria e - nell'ambito di questa o di un contratto sottostante - sia in essere una clausola siffatta. Qualora invece la garanzia non sia in piedi, sembrerebbe doversi ammettere che l'ordinamento abbia inteso sicuramente innovare la materia attribuendo al debitore la possibilità di continuare l'esecuzione - nella procedura di concordato - di eventuali derivati che siano di segno positivo per il medesimo.

Tale scelta normativa - di per sé abbastanza chiara, sebbene solo con riferimento all'ipotesi di concordato - non pare pienamente condivisibile: le clausole suddette garantiscono infatti un efficiente regime di tutela internazionale del creditore, e eliminarne l'efficacia potrebbe essere di intralcio agli scambi commerciali. Tuttavia, il maggiore problema interpretativo si porrebbe nel caso in cui vi siano in piedi sia una garanzia finanziaria che una clausola di close-out netting, con l'evidente creazione di un contrasto normativo che il legislatore non sembrerebbe essersi preoccupato di risolvere, e che pertanto spetterebbe all'interprete ricondurre ad unità" (M. Raggi - G. Settanni, Decreto sviluppo e contratti derivati: importanti novità nascoste?, in I contratti, 2013, 1, 78).

(Simone Bertolotti - s.bertolotti@lascalaw.com)