

LA FASE ESECUTIVA DEL PIANO CONCORDATARIO

di

Francesco Pedoja

(Presidente Tribunale di Pordenone)

SOMMARIO: 1. Introduzione: le novità legislative – 2. Profili distintivi tra concordato liquidatorio e concordato in continuità – 3. L'esecuzione anticipata nella pendenza del termine ex art.161 c.6 L.F. e nella fase ante omologa – 4. La liquidazione post omologa ex art.182 L.F. – 5. I piani cd. chiusi – 6. Alcune osservazioni conclusive.

1. INTRODUZIONE: LE NOVITÀ LEGISLATIVE

Il presente saggio trova la sua giustificazione nelle numerose problematiche che nella pratica stanno emergendo nella fase esecutiva del piano concordatario, atteso che ormai molti – in senso eufemistico! – dei cc.dd. concordati preventivi con riserva risultano pervenuti alla fase attuativa post omologa.

La più recente novità legislativa (art. 3 quater D.L. n.145/2013 conv. Con L. n.9/2014) ha poi definitivamente confermato – ma ciò era già ampiamente ricavabile dalle modifiche introdotte dal D.L. n.69/2013 convertito con L. N.98/2013 - la natura unitaria del procedimento concordatario sin dalla sua fase di riserva ex art.161 c.6 L.F. con alcuni fondamentali corollari, quali ad es. l'applicazione sino da questa fase della procedura di revoca ex art.173 L.F. e l'applicazione della sospensione/scioglimento dei contratti in corso di esecuzione ex art.169 bis L.F..

2. PROFILI DISTINTIVI TRA CONCORDATO LIQUIDATORIO E CONCORDATO IN CONTINUITÀ

La differenza in oggetto comporta conseguenze giuridiche rilevanti sia in senso estensivo che restrittivo. Naturalmente la natura del concordato deve essere espressamente indicata dal proponente sia nella proposta e nel piano, sia anticipata quale discovery prima del deposito di tali documenti in caso di richieste anticipatorie.

Il concordato liquidatorio è sostanzialmente quello in cui il debitore proponente mette a disposizione dei creditori tutto il suo patrimonio (cd. *cessio bonorum*) proponendo il pagamento dei crediti chirografari in una percentuale indicativa ma comunque tale da realizzare il soddisfacimento dei medesimi ed in tempi relativamente ragionevoli (vedi da ultimo Cass SS.UU. n.1521/2013 sulla causa del C.P.).

Nel concordato in continuità il debitore propone ai creditori il pagamento dei loro crediti con i ricavi provenienti dalla prosecuzione dell'attività imprenditoriale (in tal caso vi può essere anche una parziale liquidazione di alcuni assets non più funzionali alla prosecuzione – cd. concordato parzialmente liquidatorio –).

E' evidente come il rischio di impresa venga traslato in tale ipotesi dall'imprenditore proponente ai creditori; ne consegue la necessità di massima attenzione da parte del Tribunale in sede di ammissione, valorizzando se del caso lo strumento della audizione dei creditori – per il tramite del Commissario giudiziale – così come previsto dall'art.161 c.8 ultima parte L. F..

Condizione essenziale è che l'attività venga proseguita direttamente dall'imprenditore almeno nella fase ante omologa, con possibilità di affitto, cessione o conferimento dell'azienda post omologa ai sensi dell'art.182 L. F..

La previsione dell'affitto dell'azienda ante omologa costituisce elemento di fatto incompatibile con il concordato in continuità sia per l'elemento letterale del c.1 dell'art.186 bis L.F. “prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore”, sia per la previsione di cui al c.3 dello stesso art. che per i contratti pubblici che

possono continuare solo se vi è l'attestazione della loro conformità al piano e della ragionevole capacità di adempimento prescrive che di tale agevolazione possono godere anche la società cessionaria o conferitaria dell'azienda, cui i contratti siano trasferiti, ma non menziona tra i beneficiari gli eventuali affittuari dell'azienda.

Ciò premesso l'opzione per il concordato in continuità consente:

- a) di continuare l'attività di impresa, con produzione di crediti prededucibili, sia nella fase della riserva sia nella fase ante omologa che nella fase post omologa, con la particolarità che gli atti di straordinaria amministrazione potranno essere autorizzati ex art.161 c.7 L.F. da parte del Tribunale solo se urgenti nel periodo ante ammissione;
- b) di pagare crediti anteriori alla domanda per prestazioni o servizi, se un professionista abilitato attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori, ai sensi dell'art. 182quinquies, c. 4, L.F.; la norma prevede la non necessarietà della attestazione in ipotesi di pagamento con cd. nuova finanza.

Va precisato che il pagamento avviene in maniera integrale e non costituisce anticipazione del piano (come sarebbe nel caso che il pagamento avvenisse in moneta concordataria ma prima dell'omologa); il pagamento integrale dei fornitori strategici (giustificato dalla migliore soddisfazione dei creditori – principio cardine dell'istituto concordatario –) costituisce un'ipotesi di cd. concorso diseguale (*espressione recentemente coniata dal prof. Luca Mandrioli*), ipotesi analoga, ancorché opposta a quella del degrado del credito prededucibile del contraente *in bonis* in ipotesi di scioglimento autorizzato del contratto in corso di esecuzione, ancorché eseguito anche da una sola parte¹;

¹ Vedi il mio saggio su *i contratti pendenti nel concordato preventivo* su questa Rivista (www.fallimentiesocietà.it).

- c) di indicare una percentuale fissa di soddisfacimento dei creditori chirografari, che deve essere adempiuta, ma con la possibilità per il debitore di trattenere entrate superiori a detta percentuale in difformità al principio generale di cui all'art. 2740 C.C., ma in accordo- rinuncia con i creditori stessi.
- d) di poter pagare i creditori privilegiati con la moratoria di un anno (e trattandosi di moratoria non devono essere riconosciuti gli interessi né legali, né corrispettivi, né tanto meno moratori; ciò è confermato dalla espressa previsione che essi non votano – previsione che ha senso solo perché non vengono loro riconosciuti interessi –), fermo il disposto dell'art. 160 c.2 L.F. e salvo il pagamento dei creditori che hanno privilegio, pegno o ipoteca sui beni oggetto di liquidazione parziale. Tale riferimento all'art.160 c.2 L.F. necessita di una precisazione nel senso che il riferimento al patrimonio del debitore va fatto con riferimento al momento della domanda di concordato, nel senso che variazioni successive sul valore dei beni non possono influenzare le determinazioni contenute nella proposta e nel piano: si tratta di un riferimento cd virtuale alla garanzia patrimoniale costituita dai beni nella loro consistenza all'epoca della domanda, come si trattasse in astratto di un concordato liquidatorio.
- Ci si chiede se il limite temporale annuale incida solo sul voto. A mio parere si tratta di un limite assoluto esecutivo nel senso che se il termine non viene rispettato si ha ipotesi di inadempimento del concordato.
- e) A fronte di tali vantaggi è prevista dal c.6 dell'art.186 bis L.F. – da considerarsi norma speciale – la facoltà da parte del Tribunale di revocare l'ammissione (ma anche la domanda di termine con riserva) ex art.173 L,F, qualora l'attività di impresa sia cessata o sia diventata manifestamente dannosa per i creditori con creazione di prededuzione sproporzionata (l'avverbio *manifestamente* si riferisce evidentemente al profilo probatorio dei fatti).

3. L'ESECUZIONE ANTICIPATA NELLA PENDENZA DEL TERMINE EX ART.161 C.6 L.F. E NELLA FASE ANTE OMOLOGA

La normativa attuale (ma già in precedenza si era resa ammissibile la nomina di un professionista ausiliario) consente al Tribunale di nominare già all'atto della concessione del termine per la riserva un Commissario giudiziale con poteri prevalentemente consultivi e di formulazione di pareri (si discute se sia richiedibile un parere anche in fase di ammissione: non vedrei limiti a tale facoltà).

Tale incarico consente un monitoraggio continuo dell'attività del debitore sin nella prima fase con possibilità di abbreviazione del termine concesso (in ipotesi di manifesta inidoneità dell'attività di predisposizione della proposta e del piano) o di revoca dello stesso ex art.173 L.F. sempre su iniziativa del Commissario.

a) Atti liquidatori nella pendenza del termine ex art.161 c.6 L.F.:

La compatibilità della anticipazione di atti liquidatori è comunque condizionata ad una sufficiente discovery della proposta e del piano tale da giustificare un nesso funzionale tra autorizzazione (che evidentemente spetta al Tribunale in composizione collegiale) ed atto liquidatorio. Abbiamo già precisato che l'affitto d'azienda o di ramo d'azienda non è autorizzabile nel concordato in continuità per incompatibilità dell'affitto con la natura del concordato. Peraltro tale atto nel concordato liquidatorio sarà autorizzabile in presenza del presupposto dell'urgenza ex art.161 c.7 L.F. ma dovrà necessariamente essere compiuto con le forme competitive previste dall'art.182 L.F., trattandosi appunto di anticipazione della fase liquidatoria. Le operazioni saranno compiute, in mancanza di nomina anticipata di un liquidatore giudiziario, dallo stesso debitore sotto la vigilanza del Commissario giudiziale (in tal caso a mio giudizio necessariamente nominato) che avrà già dato il suo parere obbligatorio in sede autorizzativa.

Già si è detto della facoltà in ipotesi di concordato in continuità del pagamento integrale dei creditori strategici ex art.182quinquies c.4 L.F., facoltà che riconosciuta

anche nella fase ante ammissione, essendo previsto dalla norma il solo preventivo deposito della domanda di concordato (e quindi anche quella ex c.6 art.161 L.F.).

Il compimento di atti esecutivi del piano in via anticipata avviene sempre in forma coattiva con effetto purgativo per il richiamo contenuto nell'art.182 all'art.108 L.F.

Diversa è l'ipotesi di esecuzione di un preliminare di vendita dell'azienda già concluso ante deposito domanda e di cui si tratterà nel 5° capitolo successivo.

b) Atti liquidatori ante omologa

Dopo il decreto di ammissione è ben possibile il compimento di atti esecutivi del piano su autorizzazione del Giudice delegato, senza che peraltro sia indefettibile il requisito dell'urgenza espressamente previsto per il solo periodo della pendenza del termine per la riserva di deposito di proposta e piano.

Ciò si desume chiaramente nell'ipotesi di concordato in continuità dalla lettera del c.3 dell'art.182 quinquies L.F. laddove si precisa che l'ammissione al concordato non impedisce la continuazione di contratti pubblici e che di tale continuazione possono beneficiare anche il cessionario e/o conferitario dell'azienda, con ciò ammettendosi che la cessione ed il conferimento possano avvenire anche ante omologa.

Appare peraltro necessario che gli atti esecutivi siano espressamente previsti nel piano anche in relazione ai tempi anticipati di esecuzione (salvo fatti eccezionali verificatisi successivamente).

Gli atti esecutivi dovranno peraltro sempre essere compiuti con le modalità competitive di cui all'art.182 L.F., pur se compiuti direttamente dal debitore sotto la vigilanza del Commissario giudiziale.

c) pagamento dei professionisti ante omologa

Un espresso esame va compiuto in merito alla possibilità di pagare anticipatamente i professionisti incaricati della predisposizione del concordato e delle attestazioni (161 c.3. 186 bis c.2, 182 quinquies c.1, 186 bis c.3 L.F.) in relazione alla fase in cui sono eseguite le prestazioni:

- se le prestazioni sono eseguite prima del deposito del ricorso (e sono prevalenti in caso di deposito congiunto di domanda, proposta e piano)

bisogna distinguere se si tratta di rapporto pendente alla data del deposito o di rapporto esaurito; in tale secondo caso trattasi di credito anteriore che può essere pagato solo ante domanda (con eventuale esonero da revocatoria ex art. 67 c.3 lett. g) L.F.); in caso opposto potrà provvedersi al pagamento anticipato in corso di procedura anche senza autorizzazione, trattandosi di atto di ordinaria amministrazione qualora la previsione delle scadenze post domanda di eventuali acconti sia prevista in contratto stipulato anteriormente; è peraltro maggiormente utile provvedere ante ammissione al fine che non si crei prededuzione

- se il contratto professionale è concluso dopo il deposito della domanda si deve valutare se la sua stipulazione costituisca atto di ordinaria o straordinaria amministrazione, con necessità di autorizzazione in tal caso; si può ritenere che trattasi di atto di ordinaria amministrazione qualora l'incarico sia funzionale alla procedura, e cioè sia utile ed adeguato nel bilanciamento delle rispettive prestazioni; così pure dovrà regolarsi in ipotesi di pagamento, con il limite dell'urgenza se straordinarietà dell'atto di pagamento di acconti non previsti in contratto.
- Rimane il limite della prededucibilità solo in caso di ammissione al concordato in ipotesi di successivo fallimento.

4. LA LIQUIDAZIONE POST OMOLOGA EX ART.182 L.F.

Ci riferiamo all'ipotesi di concordato integralmente o parzialmente liquidatorio.

Con il decreto di omologa risulta in primo luogo necessaria la nomina di un Liquidatore giudiziario (e ciò in entrambe le ipotesi come previsto dall'art.182 L.F.), nomina che presuppone nel professionista nominando la sussistenza dei requisiti soggettivi previsti per il Curatore e per l'Attestatore del cd. piano attestato.

Posto che la figura del Liquidatore non può coincidere con quella del Commissario giudiziale per i diversi funzionali compiti ad entrambi assegnati dalla Legge, si discute se il Tribunale sia tenuto a rispettare l'indicazione del nominativo contenuta nel

piano concordatario: se il soggetto indicato dal debitore ha i requisiti di legge e non vi sono situazioni di incompatibilità (in particolare non potrebbe essere nominato Liquidatore giudiziale il Liquidatore volontario della società proponente) riterrei che il Tribunale è vincolato dall'indicazione di parte che costituisce elemento del piano omologato.

Qualora il professionista indicato non possenga i requisiti soggettivi e/o si trovi in situazione di conflitto di interessi la nomina verrà compiuta dal Tribunale, così come in ipotesi di omessa indicazione del nominativo.

Il Liquidatore compie tutte le attività esecutive del piano con le autorizzazioni previste dall'art.182 L.F. e deposita le sue relazioni semestrali che comunica al Commissario giudiziale.

Con il decreto di omologa viene nominato anche il Comitato dei creditori composto di 3 o 5 membri, in modo da rappresentare in misura equilibrata quantità e qualità dei crediti, come stabilito dall'art. 40 L.F. richiamato dall'art. 182 L.F., con riferimento peraltro prevalente (se non esclusivo) ai crediti chirografari. Il Comitato ha poteri autorizzatori ai sensi del c.4 dell'art.182 L.F. per gli atti liquidatori più rilevanti e si può ritenere anche per gli atti straordinari, quali ad esempio transazioni non previste nel piano.

Il Commissario giudiziale svolge attività di controllo su tutte le operazioni liquidatorie, esprimendo il suo parere sugli atti di straordinaria amministrazione, sui piani di riparto e riferisce al Tribunale periodicamente sull'andamento della realizzazione del piano – in tal senso in concreto stabilisce il Tribunale che esprima le sue valutazioni sulla relazione del Liquidatore –; egli dovrà infine comunicare ai creditori le relazioni del Liquidatore unitamente alle sue considerazioni.

Esula dalla stesura del presente saggio ogni considerazione in merito alle fattispecie dell'annullamento e della risoluzione del concordato.

5. I PIANI CD. “CHIUSI”

Sempre più frequentemente i piani concordatari prevedono un percorso liquidatorio già articolato e vincolante giuridicamente per i creditori – in ipotesi di approvazione ed omologazione – che consiste generalmente nella stipulazione dell’affitto d’azienda e del preliminare di vendita dell’azienda medesima stipulati ante deposito domanda di concordato.

In tal modo vi è una predeterminazione dell’acquirente e del prezzo di acquisto, quest’ultimo comunque oggetto di giudizio di congruità – e conseguentemente di convenienza – da parte del Commissario giudiziale in sede di relazione ex art. 172 L.F..

Tale tipologia di concordato è pienamente ammissibile atteso il favor espresso dal Legislatore per lo strumento concordatario ed il principio, che ne è corollario, della atipicità del piano concordatario.

L’esecuzione del preliminare in sede post omologazione costituisce elemento essenziale del piano proposto ed approvato, ma non può costituire vendita giudiziale ai sensi dell’art. 182 L.F. e norme fallimentari richiamate, con la conseguenza che non può disporsi la cancellazione delle trascrizioni ed iscrizioni pregiudizievoli.

Problematica è altresì l’autorizzabilità della esecuzione del preliminare nella fase ante ammissione ex art. 161 c.7 L.F. ancorché il preliminare contenga un termine di esecuzione scadente ante ammissione, giacché il termine deve ritenersi sospeso dalla domanda di concordato non essendo coattivamente eseguibile ex art.168 L.F..

Riterrei che il preliminare non sia eseguibile prima dell’omologa, atteso che solo tramite il percorso giudiziale (stima, pubblicità, asta) sia comunque l’atto irrevocabile nei confronti dei creditori in caso di successivo fallimento; inoltre non si consentirebbe sempre nel successivo fallimento al Curatore l’opzione dello scioglimento dal contratto preliminare ex art.72 L.F.

6. ALCUNE OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

La disciplina del concordato preventivo ha subito varie riforme anche di segno opposto, alcune nel senso della cd. privatizzazione ed altre - le più recenti - nel senso dell'ampliamento dei poteri di controllo e decisionali del Tribunale; questo è avvenuto per la mancanza di un quadro originario complessivo dell'istituto in esame da parte del Legislatore.

Ciò ha creato rilevanti problemi interpretativi e di coordinamento rimesse alla giurisprudenza prima di merito e poi di legittimità.

In particolare sono state introdotte ipotesi di deroga ai principi civilistici della responsabilità patrimoniale, della *par condicio creditorum* e del rispetto dell'ordine legittimo dei privilegi, norme eccezionali che trovano la loro giustificazione nel *favor* nei confronti della procedura concordataria con riferimento al principio cardine del miglior soddisfacimento dei creditori, alterando in qualche modo con elementi spuri e coattivi la natura puramente contrattuale dello strumento in esame.

Preme rilevare come in tale quadro normativo si sia creata la possibilità di una esecuzione del piano concordatario disarticolata e frammentata con la possibilità di anticipazioni – ancorché giustificate dalla convenienza per i creditori dell'operazione – che sfuggono ad un modello organico con passaggi obbligati attraverso i decreti di ammissione e di omologazione.

Tale operazione non può non sfuggire ad un pericolo di strumentalizzazione delle prassi autorizzate anticipatorie soprattutto in ipotesi che non si arrivi alla conclusione del procedimento concordatario per stessa scelta del debitore. Le conseguenze poi in sede di fallimento si riverberano sulla problematica ammissione dei crediti maturatisi nel periodo e sulla revocabilità o meno degli atti compiuti.

Ma de hoc satis.