

LA FASE ESECUTIVA POST OMOLOGA DEL PIANO CONCORDATARIO

di

Francesco Pedoja

(Presidente del Tribunale di Pordenone)

SOMMARIO: *1. La liquidazione post omologa ex art.182 L.F.. | 2. I piani cd. Chiusi | 3. Alcune osservazioni conclusive.*

1. La liquidazione post omologa ex art. 182 L.F.

Dovendo parlare della figura del Liquidatore giudiziale ci riferiamo all'ipotesi di concordato integralmente o parzialmente liquidatorio.

Con il decreto di omologa risulta in primo luogo necessaria – in tal senso va affermato il carattere imperativo e non derogabile delle norme previste al c. 2 art. 182 L.F. (cfr. Cass. N. 15699/2011) - la nomina di un Liquidatore giudiziario (e ciò in entrambe le ipotesi, ritenendosi superflua solo nel C.P. con garanzia ed il quello con assuntore, oltre naturalmente in quello in continuità cd. pura), nomina che presuppone nel professionista

nominando la sussistenza dei requisiti soggettivi previsti per il Curatore e per l'Attestatore del cd. piano attestato.

Va premesso che la figura del Liquidatore non può coincidere con quella del Commissario giudiziale per i diversi funzionali compiti ad entrambi assegnati dalla Legge; invero la nomina a Liquidatore della persona già nominata Commissario giudiziale collide con il requisito che il Liquidatore sia immune da conflitti di interessi, anche potenziali, situazione che si verificherebbe nel caso in cui nella stessa persona si cumulassero i poteri gestori e quelli di sorveglianza sull'adempimento del C.P., previsti dall'art. 185, c. 1, L.F..

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- così come di recente confermato dalla Cass. n. 15699/2011 – 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.

Va precisato che la nuova formulazione dell'art. 182 L.F. si pone in contrasto con la tendenza legislativa alla contrattualizzazione del C.P., comportando quella che è stata definita una “fallimentarizzazione” della fase esecutiva, con conseguenti limiti alla autonomia privata.

Ciò peraltro non esclude la natura suppletiva dell'art. 182 L.F., applicabile solo in assenza di indicazioni specifiche liquidatorie nel piano (es. piani chiusi o liquidazione anticipata ante omologa).

Va richiamato infatti il testo dell'art.160 L.F. ove è detto “ se il concordato consiste nella cessazione dei beni **e non dispone diversamente**” riferendosi quindi alla previsione di specifiche modalità liquidatorie non derogabili dal Tribunale in sede di omologa se non in contrasto con quelle di cui al c. 2 art. 182 L.F. (che costituiscono quelle minimali perché si affermi il carattere concorsuale e coattivo delle vendite –con applicazione della purgazione dei gravami da parte del G.D.-) (in tal senso la già citata Cass. n. 15699/2011). 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.

Deve precisarsi che non trova applicazione (neppure analogica) l'art. 104ter L.F. in quanto il Liquidatore giudiziale non dovrà disporre alcun programma di liquidazione essendo già presente il piano concordatario.

Quanto alla legittimazione processuale ed ai poteri del Liquidatore giudiziale, premesso che dopo l'omologazione tutte le questioni aventi ad oggetto diritti pretesi da singoli creditori o dal debitore e che attengono all'esecuzione del concordato danno luogo a controversie sottratte al potere decisionale del G.D. e costituiscono materia di un ordinario giudizio di cognizione (Cass. n.16598/2008), si è ipotizzato un litisconsorzio necessario dal lato passivo tra debitore concordatario e Liquidatore giudiziario (SS.UU.

n.4779/1987); quanto invece ai giudizi attivi a scopo liquidatorio si può affermare la legittimazione attiva esclusiva del Liquidatore.

A tal proposito riveste particolare interesse la problematica relativa alla legittimazione attiva del Liquidatore ad agire con l'azione di responsabilità (dei creditori – art.2394 c.c. – e/o societaria –2393 c.c. –) nei confronti di amministratori e sindaci, non essendo richiamato in tema di C.P. l'art. 146 L.F. applicabile al Curatore fallimentare.

Innanzitutto deve individuarsi se l'azione di responsabilità - naturalmente solo quella sociale e non quella dei creditori che ne restano titolari per la differenza tra quanto promesso in sede concordataria e quanto loro dovuto contrattualmente - rientri tra i beni ceduti ai creditori, atteso che l'art. 2740 C.C. prevede in via principale l'estensione della responsabilità patrimoniale a tutti i beni del debitore; peraltro può affermarsi che il C.P. costituisce eccezione a tale regola generale, atteso che ad es. nel C.P. in continuità nessun bene viene ceduto (trasferendosi sui creditori solo il rischio d'impresa), mentre nel concordato misto solo alcuni beni vengono ceduti; pertanto in mancanza di diverse disposizioni previste nel piano dette azioni sono cedute ai creditori e quindi al Liquidatore giudiziale nel C.P. liquidatorio cd. puro.

Peraltro si porrebbe un problema di conflitto di interessi in capo agli amministratori responsabili che escludessero dalla *cessio bonorum* l'azione societaria esperibile nei loro confronti.

Ciò premesso deve accertarsi se nelle S.p.A. sia necessaria per l'azione sociale comunque l'approvazione assembleare – non necessaria comunque per le S.r.l. per le quali non si deve escludere l'azione sociale pure essendo prevista espressamente la sola azione del singolo socio ma di natura sostitutiva processuale – : la necessità della delibera societaria pare esclusa attesa la struttura pubblicistica del C.P. omologato dal Tribunale ed il voto favorevole dei creditori che privano di ogni funzione cautelativa la necessità di delibera assembleare; è ciò che avviene anche in ipotesi di controllo giudiziario *ex art. 2409 C.C.*

Inoltre sono gli stessi amministratori che hanno previsto espressamente od implicitamente la cessione dell'azione, rinunciando in tal modo al filtro societario non più necessario.

L'art.240 L.F. prevede una legittimazione attiva del Commissario giudiziale, ma la norma – peraltro di scrittura evidentemente stravagante ed impropria – va interpretata in senso restrittivo consentendo al Commissario la sola costituzione di parte civile nel processo penale a carico degli amministratori e non può costituire il presupposto normativo per un'azione di massa atipica.

Il Liquidatore giudiziale infine che viene investito con la nomina di un ufficio pubblico (pur non rivestendo la qualifica di pubblico ufficiale, non essendo stato richiamato l'art. 30 L.F. dall'art. 182 L.F.), è soggetto a revoca da parte del Tribunale, ancorché sia designato dal debitore concordatario, su proposta del G.D., del Comitato dei creditori e dello stesso Commissario giudiziale, mentre l'azione di responsabilità potrà essere promossa dal nuovo Liquidatore nominato.

2. 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.

Si discute se in ipotesi di C.P. cd. chiuso sia necessaria o meno la nomina del Liquidatore giudiziale e del Comitato dei creditori.

In senso negativo si è espresso Giuseppe Bozza (cfr. Il Fallimento n.7/2012) giacché le modalità già previste dal debitore concordatario sarebbero incompatibili con quelle concorsuali di cui all'art. 182, c. 2, L.F..

Si deve però osservare in contrario che anche questo tipo di C.P. è un concordato con cessione di beni e che la nomina degli Organi liquidatori risponde ad esigenze di legalità e garanzia dei creditori medesimi (il Liquidatore dovrebbe infatti attenersi alle modalità contrattuali proposte ed approvate dai creditori, ma dovrebbe sempre intervenire per tale scopo di garanzia, oltre il suo compito di ripartire il ricavato).

3. – 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 della fallimentarizzazione e cioè dell'ampliamento dei poteri di controllo e decisionali del Tribunale, come abbiamo visto anche in sede di esecuzione secondo procedure competitive predeterminate; 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 rimessi 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 frammentaria 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 e che presentano interrogativi anche sotto il profilo della loro coattività e della applicabilità dell'effetto purgativo.

Tale operazione non può non sfuggire ad un pericolo di strumentalizzazione delle prassi autorizzative 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.