

## **LA FASE ESECUTIVA del PIANO CONCORDATARIO alla luce della RIFORMA LEGISLATIVA D.L. 83/2015**

di

**Francesco Pedoja**

(Presidente del Tribunale di Pordenone)

*Sommario: I. Introduzione: le novità legislative – II. Profili distintivi tra concordato liquidatorio e concordato in continuità – III. L'esecuzione anticipata nella pendenza del termine ex art.161 c.6 L.F. e nella fase ante omologa – IV. La liquidazione post omologa ex art.182 L.F.– V. Alcune osservazioni conclusive.*

### **I. INTRODUZIONE: LE NOVITÀ LEGISLATIVE.**

Non si è mai finito di meravigliarsi per l'inventiva del nostro Legislatore (ancora un D.L. n. 83 dopo quello dello scorso anno!) e finito di studiare e meditare (perplessi) su queste riforme normative.

L'unico dato "positivo" è quello relativo alla necessità fortunata di moltiplicare in definitivamente scritti e convegni.

Il mio precedente saggio sull'argomento della fase liquidativa nel C.P.<sup>1</sup> trovava *"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 recente novità legislativa, voluta fortemente dalla Banca d'Italia e dal Ministero dell'Economia, è diretta fundamentalmente a proteggere ulteriormente gli Istituti di

---

<sup>1</sup> Reperibile in questa Rivista ([www.fallimentiesocieta.it](http://www.fallimentiesocieta.it)).

Credito dalle “malsane iniziative” dei Tribunali, dirette tra l’altro a sciogliere contratti bancari (di fatto lesivi nei loro effetti della *par condicio creditorum*) ed a dare corsia preferenziale (con conseguente possibilità di revocatorie bancarie) alle procedure fallimentari rispetto a quelle concordatarie (in tal senso andava letta l’assurda previsione – cancellata fortunatamente e dopo molte pressioni in sede di conversione- della incompatibilità *ex lege* di rivestire l’incarico di Curatore fallimentare da parte del Commissario giudiziale del C.P. dichiarato inammissibile.

Così pure l’introduzione del procedimento ex art.182 septies L.F. – ancora istituito non concorsuale? – è diretto a tutelare le grandi Banche dalle iniziative “solipsistiche” di singoli istituti bancari.

## **II. PROFILI DISTINTIVI TRA CONCORDATO LIQUIDATORIO E CONCORDATO IN CONTINUITÀ.**

La differenza in oggetto comporta oggi conseguenze giuridiche ancor più rilevanti sia in senso estensivo che restrittivo, atteso che il concordato liquidatorio deve assicurare la percentuale minima di soddisfazione del credito nella misura del 20% (condizione di ammissibilità il cui accertamento rientra ora nel giudizio di fattibilità giuridica rimesso al Tribunale). 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 (161 c.7, 182quinquies c.4 e c.6, 186 bis c.3 e 3 bis).

Il concordato liquidatorio è sostanzialmente quello in cui il debitore proponente mette a disposizione dei creditori tutto il suo patrimonio (cd. *cessio bonorum*) oggi “assicurando” il pagamento dei crediti chirografari in una percentuale non più indicativa ma “obbligatoria” (vedi art.161 c.2 lett. e) 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 sia 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., sia in sede di revoca ex art.186 bis u.c..

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.

E’ evidente come i limiti introdotti dal D.L. n.83/2015 al Concordato liquidatorio comporterà un crollo sensibile delle procedure concordatarie (senza considerare il fatto che se non saranno superate le percentuali minime rispettivamente del 40% e 30% l’imprenditore concordatario subirà il pericolo di una eventuale “espropriazione” della sua azienda per effetto delle ccdd. proposte concorrenti.

### **III. 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.

Inoltre consente l’espressione di un parere di congruità sulla percentuale di soddisfacimento indicata dal debitore nella sua proposta, elemento valutativo per il Tribunale nel suo giudizio di ammissibilità.

Prima dell'attuale Riforma (in particolare introduzione dell'art. 163 bis. sulle cc.dd. "offerte concorrenti") riferivo<sup>2</sup> che erano possibili:

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.182 quinquies 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.*

---

<sup>2</sup> Cfr. PEDOJA, *La fase esecutiva del piano concordatario*, in questa Rivista ([www.fallimentsocieta.it](http://www.fallimentsocieta.it)).

*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”.*

La previsione obbligatoria della gara competitiva ex art.163 bis comporta che **l'ipotesi di liquidazione anticipata, che prima era eccezionale, divenga ora la regola generale**, con conseguenze importanti sul sistema concordatario e sulla sequenza logica tra ricorso, proposta, piano, ammissione ed omologazione soprattutto sul piano della stabilizzazione degli effetti in conseguenza di una procedura ancora non definitiva.

Sempre più frequentemente i piani concordatari prevedevano 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 era 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 era 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 costituiva conseguentemente elemento essenziale del piano proposto ed approvato, ma non poteva costituire vendita giudiziale ai sensi dell'art182 L.F. e norme fallimentari richiamate, con la conseguenza che non poteva disporsi la cancellazione delle trascrizioni ed iscrizioni pregiudizievoli.

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

Ora questa fattispecie ai sensi del succitato art.163 bis viene a perdere la sua peculiare funzione “protettiva”, in quanto il Tribunale obbligatoriamente deve disporre l'apertura di un procedimento competitivo *“anche quando il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni”*.

L'ultimo comma dell'art. in esame precisa che l'obbligo della procedura competitiva (ma ciò rappresentata già prassi costante) si applica anche agli atti autorizzabili ex art.161 c.7

ed alle proposte od offerte di affitto d'azienda o di suoi rami. Il problema pratico è quello relativo avanti a chi si svolga l'udienza per la gara competitiva, atteso che prima dell'ammissione alla procedura concordataria non vi è nominato un G.D.; ne consegue che la competizione dovrebbe svolgersi davanti all'unico "Giudice" esistente ne cioè avanti al Tribunale collegiale.

(Riterrei comunque evidente la possibilità della delega ad uno dei giudici del Collegio).

Inoltre espressamente l'art.182 c.5 prevede la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni a cura del Giudice a seguito delle vendite, cessioni e trasferimenti legalmente posti in essere dopo il deposito della domanda di concordato e cioè sia per quelle autorizzate ex art.161 c.7 sia per quelle rese obbligatorie ante omologa e post ammissione ai sensi dell'art.163 bis.

#### **IV. 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.

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 é vincolato dall'indicazione di parte che costituisce elemento del piano omologato.

Qualora il professionista indicato non posseda 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. – anche le nomine dei professionisti (ma queste senza alcuna autorizzazione) – 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 e derogabile dell'art.182 L.F., applicabile solo in assenza di indicazioni specifiche liquidatorie nel piano (es. liquidazione anticipata ante omologa).

In particolare la sentenza succitata (n.15699/2011) ha precisato che:

*“l'accordo raggiunto tra il proponente ed i creditori riveste carattere prevalente rispetto al ulteriori valutazioni del Tribunale...che può soltanto limitarsi ad integrare con ulteriori disposizioni i criteri proposti dal debitore. Tuttavia ciò incontra un limite nel caso in cui i criteri dell'esecuzione proposti dal debitore concordatario non siano compatibili con la normativa vigente, perché in tal caso il tribunale dispone del potere di integrare e modificare le modalità di esecuzione?”.*

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 dell'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.).

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 ai sensi del c2 dell'art.2740 C.C., 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 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 dall'art.2476 C.C. 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 (v. Galletti).

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.

La nuova formulazione dell'art.185 L.F. impone nuovi obblighi a carico del debitore concordatario (*compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla proposta di concordato* nel caso in cui sia stata approvata ed omologata la proposta concorrente presentata dal creditore), sanzionabili con la attribuzione sostitutiva al Commissario giudiziale al fine del compimento degli atti ineseguiti.

Nel caso che il debitore sia una società il Tribunale può giungere alla revoca degli organi amministrativi e nominare in via sostitutiva un amministratore giudiziario che potrà coincidere, ove nominato, con il Liquidatore giudiziale.

## **V. 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 rimessi alla giurisprudenza prima di merito e poi di legittimità.

La recentissima riforma ha solo in parte fugato questi dubbi interpretativi - si veda ad esempio la modifica "progressiva" dell'art.169 bis e le lacune terminologiche ancora sussistenti -.

In particolare erano 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, ora integrato dall'indicazione obbligatoria dell'utilità specifica assicurata al creditore 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 era 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 sfuggivano ad un modello organico con passaggi obbligati attraverso i decreti di ammissione e di omologazione.

Con le nuove regole sulle vendite ante omologa previste dall'art.182 comma 5 L.F. ed applicabili alle procedure previste dall'art.183 bis L.F. si è introdotto un nuovo sistema liquidatorio ed anticipatorio che comporta un pericolo di strumentalizzazione delle prassi 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.

Verosimilmente con tale nuova normativa che anticipa obbligatoriamente le vendite dei beni aziendali verrà meno la necessità di ricorrere all'affitto interinale d'azienda, ponendo fine alla problematica della compatibilità tra continuazione pura ed affitto d'azienda (almeno questo di positivo!).