

Il Liquidatore concordatario: profili operativi e criticità

I compiti e le prerogative delle figure del Commissario Giudiziale e del Liquidatore nella procedura di Concordato Preventivo sono stati oggetto di tanti convegni ed occasioni di approfondimento, a maggior ragione nel contesto dei magmatici cambiamenti della disciplina normativa che si sono susseguiti negli ultimi anni.

Nel caso (apparentemente più semplice) del concordato preventivo di natura satisfattivo-liquidatoria, gli interpreti e gli operatori hanno manifestato un interesse piuttosto limitato nei confronti della fase esecutiva, susseguente all'omologazione, ove il Commissario giudiziale ed il Liquidatore sono rispettivamente chiamati a vigilare e ad attuare il piano concordatario. Quanto precede, in ragione, presumibilmente, della convinzione si tratti di una fase teoricamente priva di elementi problematici e che, comunque, nell'interazione tra la vigilanza del Commissario giudiziale ex art.185 comma 1 L. Fall. e la possibilità di risoluzione del concordato su iniziative dei singoli creditori dovessero trovare esaustiva composizione e risposta tutte le eventuali inefficienze o "criticità" della fase liquidatoria.

La realtà corrente si è rivelata, al contrario, ben più variegata e complessa, così che le seguenti considerazioni passano in rassegna, senza alcuna pretesa di completezza né di organicità, alcune specifiche situazioni effettivamente verificatesi nella corrente attività professionale; e ciò con l'intento, in primo luogo, di evidenziarle, e, quindi, di poterne trarre lo spunto per delineare orientamenti operativi ispirati alla disciplina normativa vigente.

Tanto opportunamente evidenziato, passo rapidissimamente in rassegna il quadro normativo che disciplina la figura del Liquidatore del concordato che, per la sua funzione tipica, è ovviamente previsto per i concordati in cui si prevede la cessione dei beni.

La norma di riferimento è l'art.182 L. Fall., il quale nell'ultima formulazione in vigore dal 1° gennaio 2008 stabilisce che, fatte salve altre modalità di liquidazione previste nel decreto di omologazione:

- 1) il Liquidatore viene nominato nel decreto di omologazione (unitamente a tre o cinque creditori che compongono l'omonimo Comitato);
- 2) si applicano al Liquidatore le norme degli artt. 28, 29, 37, 38, 39 e 116 L. Fall. cosicché, quanto ai requisiti per la nomina, alla revoca, al compenso ed all'obbligo di rendiconto, lo si equipara al Curatore fallimentare, in quanto le stesse norme richiamate siano compatibili;
- 3) il Liquidatore deve ottenere l'autorizzazione del Comitato dei Creditori quando vende aziende, rami di aziende, beni immobili e mobili iscritti in pubblici registri, nonché ove intenda procedere a cessioni di attività o passività dell'azienda e di beni o rapporti giuridici individuali e in blocco;
- 4) alle vendite effettuate dal Liquidatore si applicano le norme da 105 a 108-ter L. Fall. in quanto compatibili.

Brevissime considerazioni in merito suggerite dalla prassi.

Innanzitutto, si pone il tema della redazione di un piano o programma di Liquidazione che molti Tribunali richiedono al Liquidatore una volta nominato, ancorché l'art. 104-ter L. Fall. dedicato al "programma di liquidazione" non sia richiamato dall'art. 182, comma II, L. Fall.

Si tratta di un documento di massima in cui, in stretta coerenza con la cornice del concordato omologato, si scende nel dettaglio e si estrinsecano le linee guida operative che il Liquidatore è intenzionato a seguire, si designano gli eventuali soggetti specializzati cui si affiderà l'incombente delle procedure competitive per la vendita dei beni e si ipotizzano anche i tempi di conclusione delle attività e dell'incarico.

Peraltro, le assunzioni del piano liquidatorio non sempre risultano di piena attuazione, tutt'altro.

Le variabili che si innestano lungo il percorso dell'attività liquidatoria e che ne condizionano il fluire sono a tal punto numerose da rendere molto frequenti, nella pratica, i casi di aggiustamento (quando non si tratti di sovvertimento) del programma di liquidazione, talpiù che la liquidazione non è, di norma, istantanea, ma si articola in un lasso temporale medio lungo.

Senza pretesa di esaustività, esaminerò di seguito le criticità che il Liquidatore può incontrare al verificarsi di determinate situazioni rilevanti o "*sensibili*".

LO "SPOSSESSAMENTO ATTENUATO" E LA LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE AD AGIRE DEL LIQUIDATORE

La prima - e forse più peculiare - situazione che il Liquidatore concordatario si trova ad affrontare è diretta emanazione del c.d. effetto "spossessamento attenuato" in base al quale il debitore in concordato rimane proprietario dei beni e titolare dei crediti oggetto di cessione ai creditori, nonché della loro amministrazione e del diritto a disporne e vengono trasferiti agli organi del concordato e, in particolare, al Liquidatore i poteri di gestione finalizzati alla liquidazione.

Alla luce dell'anzidetta "*dicotomia*" di poteri e prerogative, occorre sempre considerare che - in seguito all'omologazione del concordato - i diritti dell'imprenditore sui beni ceduti subiscono un contemperamento sostanziale a fronte delle prioritarie esigenze liquidatorie.

Intendo affermare, sul piano strettamente pratico ed operativo, che se il Liquidatore per esigenze conservative (ovvero di miglior realizzo economico oppure ancora per qualsivoglia altra motivazione inerente alle esigenze dell'ufficio) ritiene di modificare, ad esempio, l'allocazione fisica di un bene mobile nelle more della sua liquidazione può, a mio avviso, sicuramente farlo anche al cospetto di una opposizione, più o meno strumentale ed arbitraria, dell'imprenditore in concordato.

Il fatto che l'imprenditore abbia liberamente chiesto l'accesso alla procedura di concordato preventivo a fronte del proprio stato di crisi (o di insolvenza) e che egli conservi la proprietà e l'amministrazione dei propri beni, anche dopo l'omologazione del concordato, non può andare a detrimento delle esigenze liquidatorie e dell'interesse dei creditori a che la liquidazione stessa produca il loro miglior soddisfo.

Ulteriore conseguenza di rilievo di tale forma di segregazione patrimoniale destinata al soddisfacimento dei creditori è che, sul piano processuale, il debitore mantiene la piena legittimazione processuale ad agire o resistere in giudizio nei confronti dei terzi (ivi inclusi ovviamente i terzi creditori) e a garanzia della integrità del suo patrimonio, mentre al Liquidatore, nella veste privatistica di mandatario dei creditori, deve riconoscersi la legittimazione processuale *ex se* con esclusivo riguardo al suo mandato ed a tutti i rapporti obbligatori sorti nel corso ed in funzione delle operazioni di liquidazione.

La Suprema Corte ha più volte ribadito che nel concordato preventivo omologato non si verifica alcuna successione a titolo particolare del Liquidatore al debitore concordatario nella titolarità del diritto controverso; in conseguenza dell'omologazione del concordato si verifica, piuttosto, l'insorgenza di autonomi

poteri (e della relativa legittimazione processuale) del Commissario Liquidatore, rispetto ai beni oggetto della cessione.

A tale proposito, ho personalmente notato che c'è difformità di interpretazione sui poteri e sulla legittimazione processuale del Liquidatore, essendomi capitato di leggere in uno scritto istituzionale che, ad esempio, risulta controverso se un Liquidatore possa agire in giudizio per il recupero di un credito evidentemente oggetto di cessione concordataria ovvero se detta facoltà sia riservata in via esclusiva all'imprenditore in concordato.

Ebbene, non solo in più occasioni ed in diverse pronunce la Suprema Corte ha riconosciuto al Liquidatore del concordato la capacità di agire in relazione ai rapporti obbligatori sorti in occasione ed in funzione della fase esecutiva del concordato, ma, a pensarla diversamente, si finirebbe con l'esautorare il Liquidatore dei poteri intuitivamente implicati nella sua funzione tipica: ovvero quella di liquidare il patrimonio ceduto ai creditori.

E', quindi, da ritenersi inclusa nelle finalità liquidatorie dell'ufficio l'autonoma legittimazione attiva del Liquidatore in tutti i casi nei quali, a fronte di un disallineamento ovvero addirittura di un inadempimento di obbligazioni assunte da terzi nei confronti della Procedura, si impone ed è - anzi - richiesta una risposta giudiziale volta a preservare il patto concordatario e l'effettività degli impegni ivi contemplati.

E ciò, intuibilmente al netto e fatte salve le iniziative autonome dei creditori nella eventuale prospettiva della risoluzione del concordato ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Secondo la costante giurisprudenza ([Cassazione civile sez. III 11 agosto 2000 n. 10738](#); [Cassazione civile sez. I 13 aprile 2005 n. 7661](#); [Cassazione civile sez. trib. 21 maggio 2007 n. 11701](#); [Cassazione civile sez. trib. 13 dicembre 2013 n. 27897](#)), "la procedura di concordato preventivo mediante la cessione dei beni ai creditori comporta il trasferimento agli organi della procedura non della proprietà dei beni e della titolarità dei crediti, ma solo dei poteri di gestione finalizzati alla liquidazione, con la conseguenza che il debitore cedente conserva il diritto di esercitare le azioni o di resistervi nei confronti dei terzi, a tutela del proprio patrimonio, soprattutto dopo che sia intervenuta la sentenza di omologazione". Muovendo da questo indirizzo, recentemente la Suprema Corte ([Cassazione civile sez. trib. 05 settembre 2014 n. 18755](#)), ha aggiunto che "per effetto della sentenza (oggi decreto) di omologazione è da ritenere che venga meno il potere di gestione del commissario giudiziale, mentre quello del liquidatore è da intendere conferito nell'ambito del suo mandato e perciò limitato ai rapporti obbligatori sorti nel corso ed in funzione delle operazioni di liquidazione (concetto già esposto da Cass. n. 7661/2005). "In particolare, aggiunge la Corte, nel concordato con cessione dei beni, la legittimazione a disporre viene attribuita al commissario liquidatore, che agisce in una veste generalmente qualificata come di mandatario dei creditori, mentre il debitore in ogni caso mantiene (oltre che la proprietà dei beni) la legittimazione processuale, mancando nel concordato una previsione analoga a quella dettata dall'art. 43 legge fall, per il fallimento".

[CASSAZIONE CIVILE SEZ. III 03 APRILE 2013 N. 8102](#) "La procedura di concordato preventivo mediante la cessione dei beni ai creditori comporta il trasferimento agli organi della procedura non della proprietà dei beni e della titolarità dei crediti, ma solo dei poteri di gestione finalizzati alla liquidazione, con la conseguenza che il debitore cedente conserva il diritto di esercitare le azioni o di resistervi nei confronti dei terzi, a tutela del proprio patrimonio, soprattutto dopo che sia intervenuta la sentenza di omologazione; per effetto di tale sentenza viene meno il potere di gestione del commissario giudiziale, mentre quello del liquidatore, che non possiede la qualità di successore a titolo particolare, è da intendere conferito nell'ambito del suo mandato e perciò limitato ai rapporti obbligatori sorti nel corso ed in funzione delle operazioni di liquidazione. In tale ottica, infatti, il debitore ammesso al concordato preventivo subisce uno spossessamento attenuato, in quanto conserva, oltre ovviamente alla proprietà (come nel fallimento), l'amministrazione e la disponibilità dei propri beni, salve le limitazioni connesse alla natura stessa della procedura, la quale impone che ogni atto sia comunque funzionale all'esecuzione del concordato. In particolare nel concordato con cessione dei beni, la legittimazione a disporre viene attribuita al commissario liquidatore, che agisce in una veste generalmente qualificata come mandatario dei creditori, mentre il debitore in ogni caso mantiene, oltre che la proprietà dei beni, la legittimazione processuale, mancando nel concordato una previsione analoga a quella dettata per il fallimento dall'art.43 l.f. (Vincenzo Antonini, riproduzione riservata)

Con riferimento alla posizione che il liquidatore e, quindi, il concordato, può assumere intervenendo in giudizi introdotti dal debitore, nella procedura concordataria, a differenza di quanto accade nel fallimento, l'unico soggetto legittimato passivo in ordine alla verifica dei crediti dopo l'omologazione del concordato preventivo con cessione dei beni è il debitore. Infatti, la legittimazione del liquidatore sussiste solo nei giudizi che investono lo scopo liquidatorio della procedura. Tuttavia, pur non essendo il liquidatore legittimato passivo, né litisconsorte necessario del debitore nei giudizi relativi alla

verifica dei crediti, ove egli intervenga in tali giudizi, trattandosi di intervenore adesivo che si inserisce nel processo lasciando invariato l'oggetto della controversia nonostante l'ampliamento del numero dei partecipanti al solo scopo di preservare l'interesse ad uno svolgimento del giudizio funzionale alle operazioni concordatarie, deve necessariamente ipotizzarsi un litisconsorzio processuale nei successivi gradi di giudizio, non esaurendosi in un solo grado l'interesse dell'interventore ad influire con la propria difesa sull'esito della lite e configurandosi, diversamente, la possibilità di un conflitto di giudicati per il passaggio in giudicato della sentenza nei confronti dell'interventore rimasto estraneo ai successivi gradi di giudizio. Trova, comunque, conferma il consolidato principio di diritto secondo cui l'interventore adesivo non ha un'autonoma legittimazione ad impugnare (salvo che l'impugnazione sia limitata alle questioni attinenti la qualificazione dell'intervento o la condanna alle spese imposte a suo carico), sicchè la sua impugnazione è inammissibile laddove la parte adiuvata non abbia esercitato il proprio diritto di proporre impugnazione, ovvero abbia fatto acquiescenza alla decisione ad essa sfavorevole.

CASSAZIONE CIVILE SEZ. I 10 MAGGIO 2017 N. 11460 *"...Tanto premesso in fatto, si deve in generale ricordare che questa Corte ha più volte ribadito il principio della piena legittimazione del debitore ammesso alla procedura di concordato preventivo con cessione dei beni sia dal lato passivo, in ordine all'accertamento in via ordinaria di ogni pretesa creditoria, sia dal lato attivo, in ordine all'esercizio delle azioni relative alle attività cedute (per tale indirizzo, con esclusione della legittimazione passiva, salva la facoltà di intervento, del Commissario Liquidatore, v. Cass. 10 settembre 1999, n. 9663; Cass. 6 aprile 1995, n. 4033; Cass. 30 ottobre 1991, n. 1142). Ciò in quanto nella cessione dei beni ai creditori, che costituisce una particolare modalità di attuazione del concordato preventivo (disciplinata dalla L. Fall., art. 160, comma 2, n. 2, art. 181, comma 1, n. 3, art. 182 e art. 186, comma 2, ovviamente nel testo previgente), inquadrabile nell'ambito dell'istituto della cessio bonorum regolata dal codice civile, non si attua il trasferimento di proprietà dei beni ceduti, ma soltanto della legittimazione a disporre in favore degli organi della procedura: così risolvendosi in un mandato irrevocabile, perchè conferito anche nell'interesse dei terzi creditori, a gestire e liquidare i beni ceduti (Cass. 13 maggio 1998, n. 4801; Cass. 21 febbraio 1995, n. 1909; Cass. 21 gennaio 1993, n. 709).*

Per l'accoglimento della doglianza spiegata dalla banca occorrono poi ulteriori considerazioni.

Nel caso in esame, difatti, va osservato che, ammessa la società debitrice al concordato preventivo, esso, come riferisce la stessa ricorrente a pagina 22 del ricorso, è stato omologato con sentenza del 21 novembre 1995. Sicchè si deve avere ulteriormente presente che, se per un verso l'ammissione al concordato preventivo, anche se con cessione dei beni, non priva l'imprenditore nè dell'amministrazione dei suoi beni, nè della legittimazione processuale nelle controversie ad essi inerenti (fermo restando il controllo degli organi della procedura e le conseguenze di eventuali iniziative od omissioni pregiudizievoli per i creditori), per altro verso con l'omologazione del concordato stesso insorgono gli autonomi poteri (e la relativa legittimazione processuale) del Commissario Liquidatore, rispetto ai beni oggetto della cessione (Cass. 12 gennaio 1988, n. 136, la quale ha negato la legittimazione ad impugnare proprio in una situazione in cui non era stato ancora omologato il concordato).

*Questa Corte ha sull'argomento precisato che, in caso di intervenuta ammissione del debitore al concordato preventivo con cessione dei beni, se il creditore agisce proponendo non solo una domanda di accertamento del proprio diritto, ma anche una domanda di condanna o comunque idonea ad influire sulle operazioni di liquidazione e di riparto del ricavato, alla legittimazione passiva dell'imprenditore si affianca, una volta intervenuta l'omologazione e nominato il Commissario Liquidatore, quella di quest'ultimo, quale contraddittore necessario (Cass. 29 aprile 1999, n. 4301; Cass. 26 luglio 2001, n. 10250, la quale ha chiarito che, qualora la sentenza di omologazione del concordato preventivo con cessione dei beni nella quale si provveda alla nomina del liquidatore giudiziale intervenga dopo che l'imprenditore sia stato convenuto in giudizio da un creditore con domanda di condanna, è necessario provvedere all'integrazione del contraddittorio nei confronti del liquidatore, onde evitare che la sentenza sia inutiliter data; Cass. 5 aprile 2001, n. 5055, nel medesimo senso della necessaria integrazione del contraddittorio nei confronti del liquidatore in caso di domanda di condanna; Cass. 27 luglio 2006, n. 17159; Cass. 30 luglio 2009, n. 17748, secondo cui il commissario liquidatore può per tale ragione intervenire in fase di appello).***Quanto poi alla legittimazione ad impugnare, è agevole rammentare che, in linea generale, essa spetta esclusivamente alle parti tra le quali risulti essere stata formalmente emessa la sentenza impugnata alla stregua dei soli dati desumibili dal testo della medesima** (Cass. 14 maggio 1975, n. 1863; Cass. 23 luglio 1994, n. 6886; Cass. 7 aprile 1995, n. 4063; Cass. 9 luglio 1996, n. 6249; Cass. 14 luglio 2006, n. 16100).

In applicazione di tale principio si è in particolare precisato che non rileva in contrario che il soggetto, rimasto estraneo al giudizio conclusosi con la decisione impugnata, a differenza del contumace, deduca a fondamento della proposta impugnazione - cosa che peraltro nella vicenda in discorso non ha avuto luogo - la propria qualità di litisconsorte sostanziale indebitamente pretermesso (Cass., Sez. Un., 18 novembre 1994 n. 9753; Cass. 1 ottobre 1999, n. 10894; Cass. 21 febbraio 2006, n. 3688; Cass. 15 dicembre 2010, n. 25344): potendo il litisconsorte necessario pretermesso, oltre a proporre opposizione di terzo, sempre intervenire in appello (p. es. Cass. 14 maggio 2005, n. 10130).

Va da sè che, sotto l'aspetto considerato, il Commissario Liquidatore non era legittimato ad impugnare, e non lo sarebbe stato neppure se avesse allegato a fondamento dell'impugnazione la sua qualità di litisconsorte necessario pretermesso.

CRITICITÀ CHE PROMANANO DALLA MANCATA VERIFICA DEL PASSIVO

Altro profilo che chiaramente impatta sugli incombenti del Liquidatore e su un suo possibile coinvolgimento giudiziale, è dato dal fatto che nel concordato non esiste un procedimento tipico di verifica del passivo, considerato che la cognizione incidentale del passivo espletata ai sensi e per gli effetti dell'art.176 L. Fall. è esclusivamente finalizzata "ai fini del voto e del calcolo delle maggioranze".

In seno alla procedura di concordato preventivo, si parla di "fluidità" dell'accertamento del passivo per intendere che, in mancanza di una fase istituzionalmente deputata all'esame ed alla classificazione del passivo, il solo strumento attribuito al creditore per far riconoscere il proprio credito in modo incontrovertibile (per ciò che attiene all'esistenza, all'entità, al rango ed all'opponibilità) è - sia nell'ambito della procedura concordataria che nella fase di liquidazione - l'introduzione di un autonomo giudizio di accertamento (Cass. n. 2560/1987; Cass. Sez. Unite, n. 7562/1990).

Ma quali sono i poteri sul punto riconosciuti al Liquidatore?

La tesi più accreditata in dottrina ritiene che l'omologa del concordato precluda al Liquidatore ogni possibilità di autonoma riclassificazione del rango e del *quantum* dei vari crediti al di fuori di un giudizio di accertamento; giudizio nel quale, peraltro, il Liquidatore deve considerarsi come soggetto legittimato a potenziale intervento rispetto alla piena legittimazione ad agire o resistere in giudizio del debitore in concordato.

Peraltro, la pratica insegna che - sempre e massimamente in un contesto di concordato inadempito - il Liquidatore è chiamato, ad improntare la propria azione al prudente rispetto di una stringente logica economica (sul piano del rapporto tra costi e benefici), e l'intervento in cause inerenti la consistenza del passivo non costituisce, di norma, una priorità del Liquidatore.

D'altronde, il Commissario Liquidatore nella procedura di concordato preventivo, il quale subentra soltanto nella gestione dei beni ceduti e più in generale nelle questioni attinenti alla liquidazione ed al carattere concorsuale del credito, neppure possiede la qualità di successore a titolo particolare nel diritto controverso (Cass. 27 ottobre 2000, n. 14206), sicchè la strada dell'impugnazione era preclusa al Commissario Liquidatore, nel nostro caso, anche per tale via. Ha in conclusione errato la Corte d'appello nel non riconoscere l'inammissibilità dell'appello proposto dal Commissario Liquidatore..."

TRIBUNALE ROMA, 29 APRILE 1996 in Giur. it. 1997, I,2, 692 "In tema di concordato preventivo con cessione dei beni, successivamente alla omologazione dello stesso la legittimazione passiva nei giudizi di accertamento del crediti spetta al debitore concordatario, il quale non perde la capacità processuale e conserva la titolarità (dal lato passivo) dei rapporti obbligatori coinvolti nel concordato: in detti giudizi legittimato passivo è anche il liquidatore giudiziale dei beni ceduti, quale litisconsorte necessario del debitore, quando si controverta del carattere concorsuale del credito; la legittimazione ad agire in giudizio per il soddisfacimento dei crediti vantati dal debitore concordatario verso terzi, crediti che fanno parte delle attività cedute col concordato, spetta invece in via esclusiva al commissario liquidatore".

CASSAZIONE CIVILE, SEZ. I, 18 DICEMBRE 1991, N. 13626 "In caso di concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori (art. 160, comma 2, n. 2 l. fall.) - al quale sono applicabili, "mutatis mutandi", le disposizioni relative alla cessione dei beni ai creditori, di cui agli art. 1977 e ss. c.c., compresa quella contenuta nell'art. 1979 - l'esercizio di tutte le azioni di carattere patrimoniale relative ai beni stessi spetta al liquidatore (nominato ai sensi dell'art. 182 l. fall.). È, pertanto, quest'ultimo, e non anche l'imprenditore ammesso al concordato, il soggetto legittimato a proporre ricorso per cassazione contro una pronuncia sfavorevole, emessa a conclusione di un giudizio di merito per la riscossione di crediti compresi nel patrimonio ceduto, ancorché prima della proposizione del ricorso il concordato abbia avuto completa esecuzione, atteso che la chiusura del procedimento concorsuale - tranne il caso che si sia verificato il totale pagamento dei crediti e che nel concordato sia stata prevista la restituzione al cedente dell'eventuale supero - segna, per il debitore ammesso al concordato con cessione dei beni, la definitiva perdita di tutti i diritti sui beni ceduti e, conseguentemente, comporta la sua carenza di legittimazione ad agire in giudizio per la tutela di essi".

Infatti, con particolare riguardo alle controversie che riguardino l'eventuale contestazione del *quantum* di crediti chirografari, l'eventuale accertamento di un minor passivo potrebbe non trovare giustificazione sul piano economico.

E', infatti, sempre da considerare che il risparmio di attivo riveniente dall'accertamento di un minor passivo chirografario si commisura alla presumibile percentuale concordataria che verrà riconosciuta ai creditori chirografari, e costituisce un risparmio di attivo al lordo dei costi.

Intendo dire se che un minor passivo di 100 equivale al risparmio di attivo della percentuale concordataria (es. 20%), a tale risparmio di attivo debbono poi detrarsi le spese (ad esempio per avvocati/CTU) necessarie a conseguirlo in via giudiziale, e da corrispondere in via prededuttiva privilegiata.

Come innanzi accennato, il discorso può essere molto diverso allorché il giudizio verta sul rango di un credito che possa influire sensibilmente sulle aspettative di soddisfo di un numero consistente di creditori residui, posto che allora, in linea di principio, è opportuno e consigliabile che la Liquidatela si costituisca in giudizio, avendo previamente eseguito una meditata valutazione della fondatezza degli argomenti di merito da spendere in sede giudiziale.

INADEMPIMENTO DEL CONCORDATO

La prima, per rilevanza, delle variabili che il Liquidatore può trovarsi ad affrontare è rappresentata, senza dubbio, dall'inadempimento del concordato che, a mente dell'art. 186, comma II, L. Fall. per essere produttivo di effetti e preludere alla risoluzione del concordato su iniziativa dei creditori, non può essere di scarsa importanza.

Ci troviamo nell'ipotesi in cui le evidenze della realtà si differenziano rispetto alle assunzioni originarie del piano, sicché il Liquidatore è chiamato ad assolvere ad un preciso onere informativo dei fatti, sia a beneficio del Commissario Giudiziale che del Comitato dei Creditori, ed è chiamato, altresì, a fornire una sua valutazione inevitabilmente destinata ad influire sulle ulteriori determinazioni dei creditori.

Del resto, il Liquidatore è, per natura e funzione istituzionale, la "*prima sentinella*" dell'esatto adempimento del concordato.

Preliminarmente, tengo a precisare che non ogni possibile disallineamento previsionale riscontrato nella fase liquidatoria post omologa rispetto al piano concordatario è suscettibile di potersi qualificare come inadempimento e, a maggior ragione, come inadempimento di non scarsa importanza. E', infatti, intuitivo che, ad esempio, in pendenza del termine finale di adempimento della proposta, il mancato rispetto dei termini di pagamento intermedi non possa configurare un inadempimento, posto che non è ravvisabile una sicura inottemperanza dell'impegno concordatario ⁽²⁾.

Tuttavia, il termine inadempimento evoca il disattendimento di impegni assunti a monte dal proponente il concordato, e non sempre ciò è stato ravvisato nella pratica corrente in omaggio ad una interpretazione formalistica del termine.

⁽²⁾ **TRIBUNALE MODENA, SEZ. FER., 06 MAGGIO 2016** "In tema di concordato preventivo, il mancato rispetto dei tempi di pagamento intermedi indicati nella proposta omologata, non configura di per sé inadempimento rilevante ai sensi dell'art. 186 l. Fall., dovendosi invece fare riferimento al termine finale di esecuzione della proposta".

Infatti, nei limiti in cui il debitore abbia effettivamente ottemperato all'impegno di mettere a disposizione dei creditori tutto il proprio patrimonio e nel momento in cui i creditori abbiano accettato tale proposta, non può esservi margine per ipotizzare un inadempimento laddove l'esito, a valle della liquidazione dei beni, non abbia dato i frutti sperati.

Intendo riferirmi alla giurisprudenza sia di merito che di legittimità per cui, ad esempio, il concordato con cessione dei beni (almeno prima della introduzione della norma dell'art. 160, comma IV, L. Fall. relativa all'obbligo di assicurare il pagamento del 20% dell'ammontare dei crediti chirografari e della norma di cui all'art. 161, comma II, lett. E) L. Fall. a tenore della quale "in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente *si obbliga* ad assicurare a ciascun creditore"), non sia soggetto a risoluzione perché, avendolo votato, i creditori si sono assunti il rischio di un esito della liquidazione non coerente con quello, meramente orientativo, previsto nella proposta di concordato ³.

Si evidenziava, in altri termini, che con la mera messa a disposizione del proprio patrimonio, il debitore avesse compiutamente assolto agli obblighi di cui si era onerato, per cui non poteva profilarsi in alcun modo un presunto inadempimento rispetto ad un impegno mai assunto.

O meglio: si postulava la possibilità della risoluzione del concordato con cessione dei beni esclusivamente nell'ipotesi in cui il patrimonio oggetto di cessione non risultasse avere le caratteristiche qualitative promesse ex art. 1497 c.c.

Allo stato attuale, mi pongo il quesito se l'introduzione della norma di cui all'art. 160, comma IV, L. Fall. possa in qualche modo condurre ad una rivisitazione di una tale giurisprudenza perché, nel momento in cui (come mostra di opinare il Tribunale di Roma nelle sue linee guida operative) si volesse interpretare il termine "assicurare" come l'assunzione di una precipua obbligazione, da parte del debitore, di pagare non meno del 20 % ai creditori chirografari, si postula non solo l'impegno del debitore alla cessione del patrimonio in favore dei creditori, ma anche l'inclusione dell'obbligazione di pagamento della percentuale del 20% tra gli obblighi rivenienti dal "patto" concordatario.

Quanto precede, con la conseguenza che l'eventuale inadempimento suscettibile di condurre alla risoluzione del concordato ex art. 186, comma II, L. Fall., potrebbe essere ipotizzato anche rispetto ad un concordato liquidatorio pieno con cessione dei beni, ove non sia rispettata la percentuale dell'art. 160, comma IV, L. Fall.

L'inadempimento del concordato deve, altresì, concretarsi in senso oggettivo, e dunque prescindere dal fatto che il debitore proponente ne sia, o meno, la causa efficiente.

⁽³⁾ [Tribunale Roma, 1 giugno 2016 n.11172](#) "In caso di concordato con cessione dei beni ai creditori non è prevista la risoluzione in quanto l'adempimento cui è tenuto il debitore è la cessione di tutti i suoi beni ai creditori per cui l'eventuale incapienza non può essere fonte di risoluzione, né tantomeno al debitore si può imputare la mancata soddisfazione dei creditori nella misura prevista nella proposta, poiché gli stessi approvando il concordato accettano anche il rischio del diverso esito della liquidazione".

[Cassazione civile, sez. I, 14 marzo 2014, n. 6022](#) "Nel concordato con cessione dei beni, i creditori consenzienti non possono chiederne la risoluzione nell'ipotesi in cui la somma ricavata dalla liquidazione si discosti, anche notevolmente, da quella necessaria a garantire il pagamento dei loro crediti nella percentuale indicata, in ragione del fatto che oggetto dell'obbligazione concordataria è unicamente l'impegno a mettere a disposizione dei creditori i beni liberi da vincoli che ne impediscano la cessione o ne diminuiscano il valore".

Ricorre alla mente il caso in cui l'inadempimento possa ascriversi, ad esempio, a un soggetto terzo che - obbligatosi all'acquisto di un cespite - si sia reso inadempiente rispetto alle obbligazioni assunte e magari decisive nella prospettiva del rispetto del concordato.

Non si può, allora, credibilmente escludere l'inadempimento per il solo fatto che lo stesso sia ascrivibile ad una variabile esterna al soggetto proponente il concordato il quale, magari, per parte sua, ha adempiuto personalmente a quanto gli competeva (4).

Peraltro, nel corso di un recentissimo Convegno, è accaduto che un Maestro del Diritto Fallimentare, quale il Prof. Maffei Alberti, abbia sollevato il seguente tema di discussione.

(4) **Tribunale Milano, sez. II, 29 settembre 2016, n. 10644** *"L'inadempimento del piano concordatario va considerato quale fatto oggettivo conseguente alla mancata esecuzione, nei modi e nei tempi previsti, del piano medesimo, indipendentemente dalla imputabilità o meno all'imprenditore della mancata soddisfazione dei creditori.*

L'esecuzione del concordato omologato non può dipendere, in ogni caso, dal comportamento negoziale dell'imprenditore concordante, posto che gli atti di liquidazione sono compiuti dal liquidatore giudiziale invito domino (su mandato dei singoli creditori) e non quali atti negoziali del debitore o su suo mandato. Ne consegue che l'inadempimento deve considerarsi quale fatto oggettivo conseguente alla mancata esecuzione, nei tempi e nelle modalità previste, del piano concordatario, dovendosi attribuire rilievo preminente al mancato superamento della crisi per mancata soddisfazione dei creditori, ancorché questo fatto sia astrattamente ascrivibile (come acutamente osservato da parte della dottrina) al comportamento di terzi.

Questa è la posizione tradizionalmente assunta dalla giurisprudenza sotto il precedente regime normativo (nonché sotto il regime intermedio), secondo cui il concordato preventivo va risolto se è venuto meno alla sua funzione ove, secondo il prudente apprezzamento del giudice, le somme ricavabili dalla liquidazione dei beni ceduti si rivelino insufficienti, in base ad una ragionevole previsione, a soddisfare, anche in minima parte, i creditori chirografari e, integralmente, i creditori privilegiati (Cass., Sez. I, 4 marzo 2015, n. 4398). Come efficacemente osservato dal giudice di legittimità, "è nella impossibilità, anche per cause sopravvenute, di attuare queste condizioni minime previste dalla legge fallimentare (pagamento integrale dei creditori non ammessi al voto e pagamento in una minima percentuale dei creditori chirografari) che deve ravvisarsi la ragione della risoluzione nel caso in esame, indipendentemente dalla colpa del debitore, il quale in effetti con la consegna dei beni ha esaurito la sua prestazione. Consegna che peraltro, in tale particolare modo di attuazione del concordato preventivo inquadrabile nell'ambito della normativa dettata dall'art. 1977 c.c., e segg., non comporta (salvo patto contrario) il trasferimento dei beni ceduti con la conseguente liberazione immediata del debitore, ma il trasferimento in favore degli organi della procedura concordataria della legittimazione (mandato irrevocabile) a disporre dei beni ceduti onde procedere alla loro liquidazione; e produce la liberazione del debitore, a norma dell'art. 1984 cod. civ., soltanto quando i creditori conseguono sul ricavato della liquidazione le somme loro spettanti" (Cass., Sez. I, 20 giugno 2011, n. 13446).

Tale principio va confermato, non essendovi elementi per discostarsene sotto il vigore della attuale disciplina normativa (in termini Trib. Roma, 1° giugno 2016; Trib. Firenze 25 settembre 2013).

Nel merito può, quindi, affermarsi che il concordato non ha raggiunto il suo scopo, in quanto una parte dell'intero ceto creditorio che non ha votato nel concordato (parte dei creditori tributari) non è stato ancora soddisfatto, così come non sono stati soddisfatti neanche in minima parte i creditori ammessi al voto, il cui soddisfacimento non è neanche prospettabile in tempi ragionevoli. Né rilevano cause di impossibilità sopravvenuta del concordato, quali la mancata cooperazione del terzo COES COMPANY nell'esecuzione del concordato o presunti comportamenti della Liquidatela giudiziale.

3.3 - Sussiste il requisito della non scarsa importanza dell'inadempimento.

È sicuramente rilevante un inadempimento al piano concordatario, quanto meno sotto il profilo dei tempi di esecuzione, che si sia trasfuso nel mancato pagamento di una porzione non trascurabile del ceto privilegiato (circa 2,5 milioni di Euro, oltre il 10% dell'intero ceto creditorio privilegiato non ammesso al voto) a oltre un anno dalla scadenza del piano. La rilevanza in termini quantitativi dei crediti privilegiati insoddisfatti, non solo assoluta, ma anche in termini percentuali, consente di ritenere integrato il fatto costitutivo della non scarsa importanza dell'inadempimento (ovvero della gravità dello stesso). La gravità di tale inadempimento si aggiunge anche all'ulteriore (e ovvio) inadempimento del mancato pagamento dei creditori chirografari, tra cui gli odierni ricorrenti.

3.4 - Non rilevano, infine, le circostanze relative alla mancata "convenienza" del fallimento rispetto al concordato. La risoluzione è, difatti, conseguente al solo fatto oggettivo della mancata esecuzione del piano. Va, peraltro, rilevato come i fatti dedotti dal resistente sarebbero, comunque privi di fondamento, posto che COES COMPANY si è obbligata all'esecuzione del piano ove omologato, non avendo apposto alcuna clausola in caso di fallimento, così come il venir meno dell'inefficacia delle ipoteche giudiziali è ampiamente compensata dall'effetto della consecutio delle procedure".

Se appare senz'altro equo e fondato imputare al debitore proponente il concordato l'inadempimento della proposta, anche laddove questa avrebbe dovuto trovare attuazione con la "collaborazione" di terzi (come afferma il Trib. Milano nella sentenza citata), appare, per contro, ingiusto - e, personalmente, direi anche beffardo - che il debitore originario, proponente il concordato, possa subire gli effetti dell'inadempimento di una proposta concorrente **ex art. 163, comma IV, L. Fall.**, formulata da un terzo, votata dai creditori perché ritenuta migliore e poi successivamente rimasta inadempita per fatto e colpa di detto terzo.

Cioè non si comprende il perché il debitore, una volta che alla sua proposta sia stata preferita quella di un terzo, debba subire le eventuali conseguenze negative dell'inadempimento del terzo non solo ad egli completamente estraneo, ma oltretutto suo competitore, ed uscito vittorioso nella gara tra proposte.

La Legge fallimentare, in questo, presenta una incongruenza macroscopica perché, allo stato della normativa attuale, non solo il debitore è chiamato a (doverosamente) offrire piena collaborazione per la attuazione della proposta del terzo **ex art. 185, comma III, L. Fall.**, ma paradossalmente ne subisce anche l'alea dell'altrui possibile inadempimento e le (gravissime) ricadute che a questo potrebbero - con tutta probabilità - conseguire: vale a dire la dichiarazione di fallimento.

E tutto ciò al netto della pur possibile responsabilità risarcitoria del terzo nei confronti dei creditori e, direi, anche nei confronti del debitore fallendo *in pectore*, proprio a causa del concordato inadempito.

A maggior ragione, un tale paradosso normativo risulta particolarmente grave, laddove si consideri - come vedremo a brevissimo - che il debitore in concordato è ritenuto immediatamente fallibile, anche a prescindere dalla risoluzione del concordato preventivo.

Ovviamente il procedimento di risoluzione del concordato è appannaggio e prerogativa tipica dei creditori ⁽⁵⁾, tuttavia, il Liquidatore è chiamato a rappresentare l'evoluzione delle attività liquidatorie in modo oggettivo e a mutuare la prognosi di inadempimento del concordato sulla base di previsioni ragionevoli ed argomentate sul piano economico, logico ed esperienziale.

In tale ottica, il Liquidatore non può esimersi, a mio parere, dal vagliare e palesare il profilo della "non scarsa importanza" dell'inadempimento.

L'esperienza, naturalmente, offre le ipotesi più variegate: da quelle macroscopiche in cui risulti impossibile o irreversibilmente pregiudicato il soddisfo integrale dei creditori privilegiati, a quelle, più sfumate, in cui, all'esito di circostanze eventualmente sopraggiunte, il soddisfo dei creditori chirografari è pronosticabile in misura simbolica ovvero in tempi del tutto incoerenti con quelli preventivati, ovviamente per cause prescindenti dal Liquidatore ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ **Contra Tribunale Bergamo, sez. II, 15 dicembre 2016** "La legittimazione alla presentazione del ricorso diretto ad ottenere la risoluzione del concordato preventivo non spetta (o non soltanto) alla società creditrice, qualora anche quest'ultima si trovi nella fase esecutiva di un concordato preventivo, ma al liquidatore giudiziale che, nell'interesse della massa dei creditori, è nelle condizioni di valutare se la società debitrice sia inadempiente rispetto alla proposta omologata. L'acquisto, da parte del liquidatore, infatti, della disponibilità dei beni facenti parte del patrimonio del debitore il cui concordato sia stato omologato, determina quale conseguenza logico-giuridica che l'organo di promanazione giudiziale della fase esecutiva del concordato subentri nelle cause di contenuto patrimoniale di cui sia parte la debitrice, quantomeno nella forma della legittimazione concorrente, in applicazione del principio di carattere generale espresso nell'art. 43 l. fall., da ritenersi applicabile in via analogica alla fattispecie del concordato liquidatorio".

⁽⁶⁾ **Cassazione civile sez. II 08 settembre 2017 n. 20957** "In tema di risoluzione contrattuale per inadempimento, la valutazione, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1455 del Cc, della non scarsa importanza dell'inadempimento deve ritenersi

Sempre con riferimento al caso dell'inadempimento del concordato, intendo segnalare l'ultimo orientamento della Corte di Cassazione (⁷) in base al quale si ribadisce che il creditore insoddisfatto è

implicita, ove l'inadempimento stesso si sia verificato con riguardo alle obbligazioni primarie ed essenziali del contratto, ovvero quando, dal complesso della motivazione emerge che il giudice lo abbia considerato tale da incidere in modo rilevante sull'equilibrio negoziale".

Appello Venezia, 24 Maggio 2017 n. 1109 Est. Rigoni "L'art. 186 LF prevede che il concordato non si possa risolvere se l'inadempimento ha scarsa importanza, concetto che richiama la rilevanza dell'inadempimento richiesto dall'art. 1455 c.c per la risoluzione contrattuale. Di talché, ai fini di individuare quando si è in presenza di un inadempimento di non scarsa importanza, occorre far riferimento ai principi elaborati dalla giurisprudenza in materia contrattuale, salva la precisazione che, nel caso di concordato, l'inadempimento deve essere valutato nella complessità e non con riguardo alla posizione dei singoli creditori. La valutazione della non scarsa importanza dell'inadempimento, dunque, "viene operata...attraverso la verifica che l'inadempimento abbia inciso in misura apprezzabile nell'economia complessiva del rapporto (in astratto, per la sua entità e, in concreto, in relazione al pregiudizio effettivamente causato all'altro contraente), sì da dar luogo ad uno squilibrio sensibile del sinallagma contrattuale" (Cass. n. 7083 del 28/03/2006; Cass. n. 22346 del 22/10/2014). Nessun rilievo può assumere l'eventuale colpa del debitore che, con la consegna dei beni, ha esaurito la sua prestazione (Cass. n. 4398 del 04/03/2015). Quindi, in ipotesi di concordato preventivo con cessione di beni, laddove i risultati soddisfattori non siano assicurati, ma solo prospettati, va comunque valutata l'incidenza oggettiva dello scostamento, la quale può indubbiamente ritenersi rilevante e tale da configurare un grave inadempimento nell'ipotesi in cui le somme ricavabili dalla vendita dei beni ceduti siano risultate o risultino insufficienti a soddisfare una frazione non simbolica dei creditori chirografari ed integralmente (se ciò è previsto nel piano) i privilegiati. E ciò a maggior ragione qualora il termine fissato nella proposta per l'adempimento del piano sia decorso e la prosecuzione del concordato fondatamente non sembri offrire migliori prospettive di soddisfazione per i creditori rispetto al momento in cui ne viene chiesta la risoluzione... Non può, invero, aderirsi all'assunto del reclamante secondo cui non può ritenersi integrato l'inadempimento essendosi verificata la cessio bonorum nel momento dell'omologa del concordato, con liberazione dell'imprenditore dalla sua originaria obbligazione di mettere a disposizione dei creditori l'intero patrimonio dell'impresa. Premesso che la consegna dei beni, nelle modalità di attuazione del concordato preventivo come proposto - "inquadrate nell'ambito della normativa dettata dall'art. 1977 cod. civ., e segg. - non comporta...il trasferimento dei beni ceduti con la conseguente liberazione immediata del debitore, ma il trasferimento in favore degli organi della procedura concordataria della legittimazione (mandato irrevocabile) a disporre dei beni ceduti onde procedere alla loro liquidazione; e produce la liberazione del debitore, a norma dell'art. 1984 cod. civ., soltanto quando i creditori conseguono sul ricavato della liquidazione le somme loro spettanti" (cfr. Cass. n. 13446 del 20/06/2011), va in ogni caso osservato che il nuovo testo dell'art. 186 LF, applicabile al concordato in esame, limita l'effetto di liberazione immediata dell'imprenditore e la preclusione dell'azione di risoluzione del concordato alla sola ipotesi di assunzione degli obblighi del concordato da parte di un terzo, ipotesi qui non verificatasi".

⁷ **Cassazione civile, sez. VI, 17 Luglio 2017, n. 17703 rel. Ferro** "Il creditore insoddisfatto può presentare istanza di fallimento a prescindere dalla risoluzione del concordato preventivo qualora intenda far valere il credito insoddisfatto nella misura falcidiata dalla proposta".

Nello stesso senso, **Tribunale Venezia, sez. fallimentare, 06/11/2015, n. 180** "Qualora nel corso di esecuzione di un concordato liquidatorio sopraggiunga l'impossibilità di realizzazione del piano, l'assenza (o l'impossibilità) di dichiaratori a di risoluzione non osta all'accoglimento dell'istanza di fallimento"; **Tribunale Napoli Nord, sez. III, 13/04/2016**, "Con riferimento al testo attuale delle norme della legge fallimentare, in particolare, dal combinato disposto degli artt. 184, 186 L.F. si evince che il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto con il quale il tribunale ha disposto l'apertura della procedura, vincolo che può essere sciolto solo in conseguenza della sentenza con la quale è disposta la risoluzione o l'annullamento del concordato. L'art. 184 L.F. non prevede come corollario dell'effetto esdebitatorio del concordato preventivo la limitazione dei diritti del creditore di ottenere, in caso di inadempimento del debitore, la realizzazione coattiva degli obblighi assunti e di agire esecutivamente, sia in forma individuale sia in forma collettiva, per la realizzazione della propria pretesa come conformata con il concordato. Le disposizioni in esame non stabiliscono espressamente, in assenza di risoluzione, il divieto di dichiarare il fallimento dell'imprenditore nel caso in cui, nella fase esecutiva del concordato, si manifesti l'incapacità di pagare i debiti anteriori al concordato ovvero insorga una nuova insolvenza per incapacità di pagare i debiti contratti dopo l'apertura della procedura e l'omologa dello stesso concordato. L'art. 168 della legge fall. peraltro fissa il divieto per i creditori concorsuali di iniziare e proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo sia divenuto definitivo (cfr. Cass. 6166/03). Lo scopo del divieto fissato dalla disposizione in parola è di evitare, nella fase di perfezionamento del concordato, la disgregazione del patrimonio Riproduzione riservata 8 [Giurisprudenza] Il Caso.it del debitore e di assicurare ai creditori il mantenimento delle condizioni di

legittimato alla proposizione di una istanza di fallimento avverso il debitore in concordato preventivo, allorché intenda far valere il proprio credito nella misura falcidiata dalla proposta ed a prescindere dalla risoluzione del concordato.

In altri termini, il Liquidatore potrà astrattamente imbattersi nel fallimento dichiarato a carico della società in concordato senza che sia stata previamente dichiarata la risoluzione del concordato.

Il creditore istante ha due opzioni:

i) azionare il suo intero credito nel procedimento prefallimentare (ed in tal caso dovrà previamente o concorrentemente richiedere la risoluzione del concordato);

ii) per l'ipotesi in cui azioni la sola parte del credito falcidiata nel concordato e pure rimasta insoddisfatta, potrà direttamente richiedere il fallimento.

Naturalmente il fallimento sarà dichiarato allorché venga riscontrata la effettiva sussistenza dei requisiti di fallibilità della società in concordato.

A prescindere dalle riflessioni sollecitate da tale sentenza e dalle notevoli implicazioni che questa evoca va detto che, quindi, anche decorso il termine di un anno dall'ultimo adempimento del concordato ex art. 186, comma III, L. Fall. e, quindi, anche se il procedimento per la risoluzione del concordato non potesse più essere avviato, il debitore potrebbe astrattamente fallire.

*parità del concorso nell'eventualità che al concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento. Occorre osservare, inoltre, che con il decreto di omologazione, che può essere pronunciata soltanto dopo una serie di valutazioni positive da parte del tribunale la situazione dei creditori muta radicalmente. Il concordato, infatti, diviene obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura (art. 184 legge fall.) e deve essere eseguito secondo le modalità stabilite nel decreto di omologazione (arg. ex art. 185 legge fall.). Diventano operative le prescrizioni previste con il concordato e il legislatore tutela i creditori attribuendo al commissario giudiziale il potere di sorveglianza sull'adempimento del concordato (art. 185 legge fall.) imponendogli di riferire al giudice ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori stessi. Se il debitore non adempie regolarmente gli obblighi derivanti dal concordato e dal decreto di omologazione il tribunale pronunzia, su istanza dei soggetti legittimati, la risoluzione e, se sussistono i presupposti processuali e sostanziali, dichiara il fallimento del debitore. Si osserva, inoltre, che dopo l'omologazione del concordato, come esposto in dottrina, non può affermarsi, in caso di impossibilità dell'imprenditore di adempiere le proprie obbligazioni, che il concordato preventivo abbia "rimosso" lo stato d'insolvenza e, comunque, non preclude che possa verificarsi una nuova insolvenza"; **Tribunale Torino, sez. fallimentare, 26/07/2016** "Non osta alla dichiarazione di fallimento, ove ne sussistano i presupposti oggettivi e soggettivi, l'assenza della preventiva dichiarazione di risoluzione del concordato preventivo omologato. Ciò alla luce della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 186 l. fall., ai sensi della sentenza della Corte costituzionale n. 106/2004. Pertanto, ove risulti che, tramite una valutazione ex post e in concreto svolta dal Tribunale in sede di giudizio prefallimentare, l'accordo concordatario non abbia risolto la situazione di insolvenza, ovvero che la stessa sia sopraggiunta nella fase di esecuzione del concordato, è possibile dichiarare il fallimento, anche se non sia stata previamente dichiarata la risoluzione o l'annullamento del concordato omologato" **Tribunale Treviso sez. II 10/01/2017 n. 2** "In caso di inadempimento del debitore in fase di esecuzione del concordato, è possibile dichiarare il fallimento senza necessità della previa risoluzione (o annullamento) del concordato omologato"; in senso contrario, **Tribunale Padova, 30 Marzo 2017** "...Ad avviso del Collegio in conclusione sul punto non è possibile, pendenti i termini per la risoluzione, dichiarare il fallimento della società senza previa risoluzione, per di più su istanza dello stesso proponente il concordato ormai omologato" **Tribunale Piacenza, 28 Giugno 2017. Est. Milani** "In tema di procedure concorsuali, con riguardo alla procedura di concordato preventivo ed all'inadempimento del relativo piano, solo dopo aver verificato l'andamento delle attività di liquidazione del patrimonio è possibile per il Tribunale – a seguito di domanda di risoluzione – accertare se sussista la possibilità di realizzare gli obiettivi posti all'interno del piano concordatario.*

In altri termini, le conseguenze della sentenza richiamata paiono rilevanti perché il soggetto proponente un concordato rimasto inadempito non solo non potrà lucrare il definitivo effetto esdebitatorio del concordato associato all'eventuale, mero, decorso del termine per proporre la risoluzione, ma anche nel caso di rigetto nel merito (per esempio per inadempimento di scarsa importanza) della domanda di risoluzione, il creditore insoddisfatto potrà sempre proporre l'istanza di fallimento per la parte falcidiata ed insoddisfatta del proprio credito perché il sindacato del Tribunale adito in sede di procedimento prefallimentare sembrerebbe operare su un piano diverso rispetto al procedimento di risoluzione del concordato.

Più precisamente, va sempre tenuto presente che, se per accedere alla procedura di concordato preventivo l'imprenditore deve trovarsi in un "*stato di crisi*" ex art. 160, comma I, L. Fall. ciò non vuol dire necessariamente che sia insolvente; anche se una tale distinzione nella pratica sta perdendo di importanza perché sempre più spesso lo stato di crisi si identifica nella insolvenza propriamente detta e intesa.

Mentre infatti tutte le imprese in stato di insolvenza sono intuitivamente anche in uno stato di crisi ex art. 160, comma III, L. Fall., non è necessariamente vero il contrario cioè che tutte le imprese in crisi siano per forza insolventi.

Di qui, la Suprema Corte ritiene ben possibile accertare l'insolvenza di una società ammessa al concordato preventivo, a prescindere dalla risoluzione dello stesso, ove mai questo stato di crisi irreversibile sia accertato *ex post* e nel concreto rispetto all'accertamento condotto dal Tribunale in fase di ammissione del concordato ovvero nel caso in cui possa anche essere sopravvenuto nella fase di esecuzione del concordato.

Conseguenze operative del concordato inadempito

Sul piano operativo, l'inadempimento del concordato, a maggior ragione, esige un atteggiamento proattivo da parte del Liquidatore non solo in termini *report* informativi, ma anche in termini gestionali.

Va costantemente tenuto presente che l'inadempimento del concordato non solo rileva in quanto tale, ma, nella stragrande maggioranza dei casi, impone alla Liquidatela di affrontare e risolvere problematiche e criticità sopravvenute, quali, ad esempio, l'insorgenza di costi prededuttivi di custodia, di conservazione e manutentivi dei beni mobili e/o immobili ed il pagamento spese giudiziali impreviste.

Il Liquidatore non può permettersi di assumere un atteggiamento inerte o fideisticamente abbandonato alle iniziative dei creditori o del Commissario Giudiziale nella speranza che altri lo affranchino da una situazione difficile.

Tutt'altro: assolto compiutamente l'onere di informare e documentare l'inadempimento, dovrà "*fare la corsa su sé stesso*", cioè dovrà farsi parte diligente nel continuare a svolgere le attività del proprio ufficio e dovrà improntare ogni iniziativa all'interesse primario dei creditori in ossequio alla cornice privatistica di loro mandatario (quale ormai é, pressoché unanimemente, considerato), **a prescindere dal procedimento di risoluzione per inadempimento.**

Ovviamente in un tale contesto, sarà opportuno e consigliabile non solo che le attività di "nuova insorgenza" siano adeguatamente portate a conoscenza del Commissario Giudiziale e del Comitato dei Creditori (eventualmente anche oltre le soglie informative minime previste nel Decreto di omologazione), ma anche che siano congruamente motivate sul piano logico-giuridico ed economico.

Sarà senz'altro più faticoso l'assolvimento dell'incarico di Liquidatore di un concordato inadempito, ma, avendo perso la "bussola" delle assunzioni e previsioni contenute nel piano concordatario, il rigore e l'avvedutezza delle iniziative assumende servirà per minimizzare il rischio di possibili azioni di responsabilità da parte del ceto creditorio, ancorché inerte rispetto alla pur possibile introduzione di un procedimento di risoluzione del concordato.

INERZIA O "OSTILITÀ" DELLA SOCIETÀ IN CONCORDATO - INOTTEMPERANZA AGLI ADEMPIMENTI CHE LE INCOMBONO

Nella esperienza professionale corrente del Liquidatore concordatario, lo scenario di un concordato inadempito non è ancora il peggiore che possa capitare.

E', infatti, accaduto che, in un contesto di concordato inadempito, il debitore propenda per il "*tanto peggio tanto meglio*", profondendosi non solo in una mancanza di collaborazione nei confronti del Liquidatore, ma addirittura attivandosi per contrastare e sabotare sistematicamente ed in ogni modo le attività liquidatorie, anche mediante atti intimidatori e temerarie iniziative giudiziarie in sede civile e/o penale.

A maggior ragione una situazione simile impone gli accorgimenti e le cautele sopra menzionate.

Il Legislatore, con la novella del 2015, ha previsto il complesso meccanismo dell'art. 185 L. Fall. in cui si prevede un potere surrogatorio del Commissario Giudiziale nei confronti del debitore renitente all'adempimento della proposta concorrente approvata ed omologata, fino a ipotizzare la revoca dell'Organo amministrativo (nel caso si tratti di un debitore in forma societaria) e la nomina di un Amministratore Giudiziario.

E' una disciplina che sebbene mostri di privilegiare l'interesse della massa dei creditori, nel quadro di una legittima e plausibile scelta di politica legislativa, tuttavia non va immune da dubbi di violazione dei principi costituzionali di libertà dell'iniziativa economica (art. 41 Cost) e di tutela della proprietà privata (art. 42 Cost).

Cionondimeno, a mio personale avviso, le norme dell'art. 185, commi da 3 a 6, L. Fall. sono potenzialmente suscettibili di applicazione generalizzata e, quindi, possono anche valere per l'ipotesi di proposta concordataria presentata dal debitore, in base ad una interpretazione necessariamente estensiva (LAMANNA).

Non mi risultano, peraltro, applicazioni concrete dell'art. 185 L. Fall. al di fuori delle ipotesi tipizzate nell'articolo richiamato.

In ogni caso va detto che ogni concordato omologato implica l'obbligo giuridico del proponente di darvi attuazione per quanto di sua ragione o competenza.

Nei casi-limite come quello di un debitore inerte o che addirittura sabota le attività liquidatorie, tuttavia, non c'è dubbio che le persone fisiche, siano esse debitori in proprio o organi gestori della società ammessa al concordato, che si rendano responsabili di simili condotte si espongono ad azioni risarcitorie da parte dei creditori ex artt. 2375 e 2476, comma VI, c.c.

In altri termini, "*qualora l'inadempimento della società derivi da una condotta ostruzionistica degli amministratori finalizzata a non dare esecuzione alla proposta, o da inerzia ovvero da altro comportamento in violazione dei propri doveri, e dunque sia caratterizzata almeno dal dolo, se non anche dalla colpa, sarà possibile imputare a costoro la responsabilità risarcitoria ex artt.2375 e 2476 comma VI c.c. per il danno*

conseguente al mancato pagamento al singolo creditore della quota promessa con la proposta, da far valere in concorso con la responsabilità della società” **Proposte concorrenti nel concordato preventivo e governance dell'impresa in crisi**, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.2, 1 APRILE 2017, pag. 335 di Francesco Brizzi.

E' addirittura capitato che, in un contesto particolarmente problematico quale quello descritto, il Comitato dei Creditori si sia dimesso in blocco e nessuno dei creditori si sia reso disponibile a sostituire i dimissionari.

Cosa accade in tal caso?

E' applicabile e compatibile con la disciplina del concordato preventivo l'art. 41, comma IV, L. Fall. per cui in caso di inerzia o di mancata costituzione del Comitato provveda il Giudice Delegato, visto che viene anche richiamato dall'art. 182, comma III, L. Fall.?

Bene: qualche margine di dubbio che il Giudice Delegato possa sostituirsi al Comitato dei creditori permane, nonostante il richiamo dell'art. 182, comma III, L. Fall. perché, a ben vedere, in presenza di un concordato omologato la figura del Giudice Delegato ha, di per sé, un ruolo di vigilanza di “ultima istanza” e non di “parte attiva” come il Comitato dei creditori.

Tuttavia, a non voler accedere alla tesi che il Giudice Delegato possa sostituirsi nelle funzioni di Comitato dei Creditori, si dovrebbe poter riconoscere al Tribunale, in ogni caso, il potere di “governare” una tale situazione patologica sopraggiunta, eventualmente anche consentendo una modifica, una integrazione *in parte qua* del decreto di omologa.

Se, peraltro, il decreto di omologa del concordato preventivo è suscettibile di dare luogo ad un giudicato⁽⁸⁾, in senso tecnico, tuttavia sembra che la sua parte intangibile, al netto dei rimedi tipici della risoluzione o

⁽⁸⁾ **Corte di Cassazione, Sez.Un., 28 dicembre 2016 n. 27073 - Pres. Rordorf, Rel. De Chiara** “..Affinchè, peraltro, un provvedimento non avente veste di sentenza sia impugnabile in cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 7, non è sufficiente che abbia carattere decisorio, occorre anche che non sia soggetto a un diverso mezzo d'impugnazione, dovendosi altrimenti esperire anzitutto tale mezzo - appello, reclamo o quant'altro - sicchè il ricorso per cassazione riguarderà il successivo provvedimento emesso all'esito. In ciò consiste il requisito della definitività.

Se un provvedimento con forma diversa dalla sentenza è soggetto a ricorso straordinario per cassazione esclusivamente allorchè è decisorio e definitivo, nel senso sopra indicato, deve concludersi che avverso il decreto con cui il tribunale dichiara l'inammissibilità della proposta di concordato, ai sensi della L. Fall., comma 2, art. 162, non è dato tale rimedio, perchè il decreto, pur presentando indubbiamente il carattere della definitività - in quanto espressamente dichiarato "non soggetto a reclamo" (L. Fall., art. 162, comma 2 cit.) - non presenta anche il carattere della decisorietà.....

.....A conclusioni opposte occorre invece pervenire a proposito del decreto conclusivo del giudizio di omologazione, che si apre all'esito dell'approvazione della proposta di concordato da parte della maggioranza dei creditori.

Qui la struttura del procedimento è chiaramente contenziosa e comprende il contraddittorio tra parti contrapposte. L. Fall., art. 180 prevede infatti la fissazione di un'udienza "per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale", con provvedimento che va non soltanto pubblicato a norma dell'art. 17, ma altresì "notificato, a cura del debitore, al commissario giudiziale e agli eventuali creditori dissenzienti", i quali (nonchè "qualsiasi interessato") "devono costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata" e possono proporre opposizioni.

Il decreto del tribunale che conclude il procedimento è perciò idoneo al giudicato ed è decisorio, sia che abbia contenuto positivo - l'omologazione del concordato - sia che abbia contenuto negativo - il diniego di omologazione.

Ciò che ne impedisce l'impugnabilità con ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. è, però, il difetto del requisito della definitività, nel senso sopra accolto di non soggezione a rimedi diversi da tale ricorso. Il decreto del tribunale, infatti, è reclamabile alla corte d'appello ai sensi della L. Fall., art. 183. Sarà perciò il provvedimento emesso da quest'ultima all'esito del giudizio sul reclamo che, condividendo il carattere decisorio del provvedimento impugnato e non essendo a sua volta altrimenti impugnabile, potrà essere oggetto di ricorso straordinario per cassazione pur non avendo forma di sentenza. Nell'analogo istituto dell'omologazione del concordato fallimentare, del resto, la ricorribilità per cassazione del decreto della corte d'appello che conclude il giudizio di reclamo avverso il decreto del tribunale è espressamente prevista dalla legge (L. Fall., art. 131, u.c.).

dell'annullamento del concordato, sia esclusivamente la parte in cui attesta la regolarità formale della procedura, sicché la parte che disciplina, invece, i criteri e le modalità operative cui deve improntarsi la fase esecutiva è sempre, all'occorrenza, modificabile e insuscettibile di dar luogo ad un giudicato in senso proprio.

Roma, 12 dicembre 2017

Sandro Bravi

Avvocato in Roma e Velletri
