

Caratteristiche della fase esecutiva del concordato con continuità aziendale, ruolo del commissario giudiziale e del giudice delegato. Risoluzione

Tribunale di Monza, 13 febbraio 2015. Estensore Nardecchia.

Concordato preventivo - Omologazione - Effetti - Chiusura della procedura - Apertura di fase meramente esecutiva - Sorveglianza del commissario giudiziale - Modalità - Intervento del giudice delegato - Limiti

La pubblicazione del decreto di omologazione determina l'esaurimento della procedura di concordato preventivo, alla quale fa seguito l'apertura di una fase meramente esecutiva, disciplinata dagli artt. 185 e 186 l.fall., durante la quale il commissario giudiziale deve sorvegliare l'adempimento del concordato, secondo le modalità stabilite nel decreto di omologazione, e deve, se del caso, adottare le iniziative per provocare l'intervento del tribunale, ai fini dei provvedimenti di cui agli artt. 137 e 138 l.fall. richiamati dall'art. 186 comma 1 l.fall., mentre spetta al giudice delegato la determinazione delle modalità per il versamento delle somme dovute alle scadenze in esecuzione del concordato, ove tale determinazione gli sia stata rimessa nella sentenza di omologazione (cfr. Cass. 22913/2011; Cass.15699/2011).

Concordato preventivo - Esecuzione - Funzione degli organi della procedura - Supervisione e controllo - Sorveglianza del commissario giudiziale

Nella fase esecutiva del concordato le funzioni degli organi della procedura si limitano ad un'attività di supervisione e controllo e trovano sostegno nelle specifiche istruzioni dettate dal decreto di omologazione. L'articolo 185 l.fall. attribuisce un potere di sorveglianza dell'esecuzione del concordato esclusivamente in capo al commissario giudiziale, come si evince dal fatto che il predetto articolo si limita a richiamare l'applicazione della l. fall., art. 136, in tema di concordato fallimentare solo relativamente al comma 2, che prevede il potere del giudice delegato di stabilire le modalità di deposito delle somme relative a crediti condizionati, contestati o facenti capo a soggetti irreperibili, senza richiamare, invece, il comma 1, il quale attribuisce il potere di sorveglianza in questione anche al giudice delegato. Da ciò consegue che l'intervento di quest'ultimo nella procedura risulta alquanto limitato e deve ritenersi che ogni potere inerente alla gestione effettiva spetti esclusivamente all'amministratore ove non sia stato nominato un liquidatore ai sensi dell'art. 182 l.fall.

Concordato con continuità aziendale diretta - Esecuzione - Riacquisto del debitore della disponibilità e gestione del patrimonio - Autorizzazione del giudice delegato - Esclusione

Dopo l'omologa (tranne che nell'ipotesi di concordato con cessione di beni), con il venir meno della procedura ai sensi dell'art. 181 l.fall., viene meno ogni limitazione, ed il debitore riacquista la piena disponibilità nella gestione del suo patrimonio. Tale effetto si coglie appieno proprio nei concordati con continuità aziendale diretta, ove l'attività continua sotto la direzione e il controllo dello stesso imprenditore, il quale può compiere qualsiasi tipo di atto senza necessità di autorizzazione, con l'unico limite di indirizzare l'attività d'impresa alla realizzazione del piano. Da ciò deriva la carenza di legittimazione del giudice delegato a pronunciarsi sul merito della richiesta di autorizzazione al compimento dei vari atti.

Concordato preventivo - Esecuzione - Attività del commissario giudiziale - Sorveglianza - Espressione di un parere - Esplicazione del potere di sorveglianza

L'attività demandata e svolta dal commissario giudiziale nell'ambito della fase esecutiva del concordato preventivo consiste nell'attività di sorveglianza e ciò a prescindere dall'eventuale erronea espressione formale di un parere, non previsto da alcuna norma e le cui conclusioni devono essere interpretate come legittima espressione del potere di sorveglianza attribuitogli dall'art. 185 l.fall.

Concordato con continuità aziendale diretta - Garanzia ai creditori di una percentuale certa - Necessità

Nel concordato con continuità aziendale diretta, il debitore deve sempre garantire ai creditori (quando sia prevista una soddisfazione in termini monetari) una percentuale certa, non potendosi ritenere ammissibile una proposta che prometta genericamente di soddisfare i creditori, consentendo nel contempo al debitore di mantenere la titolarità dei beni.

Concordato con continuità aziendale - Concordato con garanzia - Obbligo di assicurare ai creditori una percentuale certa di soddisfazione - Controllo del commissario giudiziale

Il concordato con continuità aziendale è generalmente catalogabile come concordato con garanzia, con obbligo del debitore di assicurare ai creditori una percentuale certa di

soddisfazione dei loro crediti e con potere di controllo del commissario in relazione al pagamento nei termini della percentuale concordataria.

Concordato con continuità aziendale - Controllo del commissario giudiziale - Controllo in ordine al periodo precedente il termine per l'adempimento - Controllo del rispetto delle previsioni del piano - Controllo sull'andamento della gestione - Controllo in vista del rischio di inadempimento della proposta

Nel concordato con continuità aziendale, ove le risorse per il pagamento dei creditori derivano solitamente dagli utili della continuazione dell'attività d'impresa, il controllo del commissario non può limitarsi alla verifica del corretto adempimento della proposta, avuto esclusivo riguardo al momento in cui è previsto il pagamento dei creditori, ma può e deve estendersi anche al periodo precedente il termine previsto per l'adempimento e riguardare il rispetto delle previsioni del piano e ciò in quanto un andamento della gestione disallineato, in negativo, dalle previsioni del piano, avrebbe delle conseguenze dirette ed immediate sulle sorti della proposta. Il commissario deve, pertanto, verificare che l'andamento economico dell'impresa sia in linea con quanto previsto dal piano ed omologato dal tribunale, che non vengano compiuti atti gestionali estranei alle previsioni del piano omologato che prospettino come probabile, se non certo, il futuro inadempimento della proposta.

Concordato preventivo - Cessione dei beni - Ragionevole previsione di inadempimento - Risoluzione

Con riferimento al concordato con cessione dei beni, la giurisprudenza della Suprema corte ha a più riprese affermato che il concordato preventivo deve essere risolto, qualora emerga che esso sia venuto meno alla sua funzione, in quanto, secondo il prudente apprezzamento del giudice del merito, 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 (cfr. da ultimo Cass. 11885/2014). Il richiamo al concetto di "prudente apprezzamento del giudice" circa l'utilità della prosecuzione del concordato evidenzia come la risoluzione per inadempimento possa essere pronunciata, qualora, anche prima della liquidazione dei beni, emerga che esso sia venuto meno alla sua funzione (cfr. Cass. 13446/2011 e Cass. 709/1993).

Concordato con continuità aziendale - Ragionevole previsione di inadempimento - Pronuncia della risoluzione prima della scadenza del termine per l'adempimento

Come avviene nel concordato con cessione dei beni, anche in quello con continuità aziendale diretta la risoluzione può essere richiesta dai creditori e pronunciata dal tribunale prima della scadenza del termine previsto per il pagamento dei creditori, quando dall'analisi dei risultati della gestione economica dell'impresa sia evidente la mancata realizzazione degli obiettivi del piano e sia probabile, in base ad una ragionevole previsione, rimessa al prudente apprezzamento del giudice, che la proposta non potrà più essere adempiuta.

(Massime a cura di Franco Benassi - Riproduzione riservata)

Procedura n 54/2013

Il giudice, letta la seguente istanza del legale rappresentante della società Ca. srl il quale premesso:

1. che è prassi normale, nel settore in cui opera la Ca. s.r.l. che è quello della fornitura e messa in opera di attrezzature per le baie di carico delle merci, che la clientela richieda delle fideiussioni per “il buon fare” a fronte dell’assegnazione di ordini specie se importanti
2. che la Ca. ha firmato con la spett. GE. il 9.5.2014 un ordine per n. 43 portoni tagliafuoco per l’importo di euro 549.500 come da allegata fattura proforma 2014-034.
3. che l’ordine prevedeva inizialmente la consegna a partire dal mese di settembre 2014 fino al mese di marzo 2015, ma che successivamente Ca. veniva informata del ritardo di qualche mese nella realizzazione edile dell’opera (si tratta della prima di quattro torri di 14 piani di cui alla relazione del sottoscritto amministratore di giugno 2014), e che pertanto le consegne sono state posposte per il momento ai primi mesi del 2015
4. che l’ordine prevede un pagamento contro lettera di credito, con versamento del 20% quale anticipo, contro il rilascio di una fideiussione bancaria “per il buon fare”, a prima vista, del medesimo importo
5. che l’ordine potrebbe essere aumentato da 43 a 51 portoni tagliafuoco per un importo di euro 664.460, alle stesse condizioni di vendita
6. che il sottoscritto amministratore ha chiesto a due banche (BCC e UBI) la disponibilità a rilasciare una fideiussione “per il buon fare” a fronte dell’ordine; che le due banche hanno informato che possono esaminare la richiesta subordinando l’accoglimento al deposito di garanzie reali e – se richiesto dal Tribunale – all’autorizzazione dello stesso all’operazione.

chiede al Giudice Delegato di Codesto Tribunale di essere autorizzato ex art. 167 L.F., a beneficio della procedura concorsuale secondo quanto previsto all’art. 182 quinquies L.F. a compiere atti di straordinaria amministrazione volti a definire con gli Istituti di Credito le fideiussioni “per il buon fare”, con deposito vincolato delle medesime somme costituenti il rischio per l’Istituto.

Visto il parere favorevole del commissario giudiziale, il giudice osserva quanto appresso.

La pubblicazione del decreto di omologazione determina l'esaurimento della procedura di concordato preventivo, alla quale fa seguito l'apertura di una fase meramente esecutiva, disciplinata dagli artt. 185 e 186 l.fall., durante la quale il commissario giudiziale deve sorvegliare l'adempimento del concordato, secondo le modalità stabilite nel decreto di omologazione, e deve, se del caso, adottare le iniziative per provocare l'intervento del tribunale, ai fini dei provvedimenti di cui agli artt. 137 e 138 l.fall. richiamati dall'art. 186 comma 1 l.fall., mentre spetta al giudice delegato la determinazione delle modalità per il versamento delle somme dovute alle scadenze in esecuzione del concordato, ove tale determinazione gli sia stata rimessa nella sentenza di omologazione (cfr. Cass. 22913/2011; Cass.15699/2011).

Sono questi i limiti entro i quali permangono le attribuzioni degli organi della procedura, le quali, come precisato dalla Suprema Corte, costituiscono attribuzioni ben definite (cfr. Cass., Sez. 1, 17 giugno 1995, n. 6859; 3 marzo 1995, n. 2456), da cui non può pertanto desumersi la perdurante titolarità da parte del giudice delegato ad assumere iniziative autorizzatorie di atti, alla stregua di quanto previsto dall'art. 167 l.fall.

Nella fase esecutiva del concordato le funzioni degli organi della procedura si limitano, quindi, ad un'attività di supervisione e controllo, che trovano sostegno nelle specifiche istruzioni dettate dal decreto di omologazione.

La l. fall., art. 185, attribuisce un potere di sorveglianza dell'esecuzione del concordato esclusivamente in capo al commissario giudiziale, come si evince dal fatto che il predetto articolo si limita a richiamare l'applicazione della l. fall., art. 136, in tema di concordato fallimentare solo relativamente al comma 2, che prevede il potere del giudice delegato di stabilire le modalità di deposito delle somme relative a crediti condizionati, contestati o facenti capo a soggetti irreperibili, senza richiamare, invece, il comma 1 che attribuisce il potere di sorveglianza in questione anche al giudice delegato. Da ciò consegue che l'intervento di quest'ultimo nella procedura risulta alquanto limitato e deve ritenersi che ogni potere inerente alla gestione effettiva spetti esclusivamente all'amministratore ove, come nel caso di specie, non sia stato nominato un liquidatore ai sensi dell'art. 182 l.fall.

Come è ben noto il debitore che deposita una domanda di concordato preventivo conserva, oltre alla proprietà (come avviene anche nel fallimento), l'amministrazione e la disponibilità dei suoi beni, salve le limitazioni connesse alla natura stessa della procedura.

In particolare prima dell'ammissione eventuali atti di straordinaria amministrazione possono essere compiuti solo se urgenti e previa autorizzazione da parte del tribunale, dopo l'emissione del decreto ex art. 163 l.fall. il debitore è assoggettato al regime di cui all'art. 167 l. fall.

Dopo l'omologa (tranne che nell'ipotesi di concordato con cessione di beni), con il venir meno della procedura ai sensi dell'art. 181 l.fall., viene meno ogni limitazione, ed il debitore riacquista la piena disponibilità nella gestione del suo patrimonio.

Effetto che si coglie appieno proprio nei concordati con continuità aziendale diretta, come quello in esame, nei quali l'attività continua sotto la direzione e controllo dello stesso imprenditore, il quale può compiere

qualsiasi tipo di atto senza necessità di autorizzazione, con l'unico limite di indirizzare l'attività d'impresa alla realizzazione del piano.

Dal che ne deriva la carenza di legittimazione del giudice delegato a pronunciarsi sul merito della richiesta di autorizzazione al compimento dell'atto.

Quanto poi all'attività demandata e svolta dal commissario giudiziale, a prescindere dall'erronea espressione formale di un parere non previsto da alcuna norma, va rilevato come le conclusioni assunte (nella parte in cui ha rilevato che la costituzione di un deposito vincolato al rilascio della fidejussione richiesta "non pare mettere in pericolo il regolare adempimento del concordato") siano legittima espressione del potere di sorveglianza attribuitogli dall'art. 185 l.fall..

Tradizionalmente si ritiene che nel concordato per garanzia il controllo sia limitato alla verifica del pagamento nei termini della percentuale concordataria e sulla costituzione delle garanzie (se previste dal piano), sempre se si segua la tesi, che appare di gran lunga preferibile, che l'ammette anche in data successiva alla decisione che conclude il giudizio di omologazione.

Tale impostazione deve essere meglio precisata e chiarita con riferimento al concordato con continuità aziendale diretta nei quali il debitore deve sempre garantire ai creditori, ove sia prevista una soddisfazione degli stessi in termini monetari, una percentuale certa, non potendosi ritenere ammissibile una proposta che prometta genericamente di soddisfare i creditori, consentendo, nel contempo, al debitore di mantenere la titolarità dei beni.

Concordato con continuità aziendale che, con riferimento alla proposta, è catalogabile generalmente come concordato con garanzia, con obbligo del debitore di assicurare ai creditori una percentuale certa di soddisfazione dei loro crediti, con potere di controllo del commissario in relazione al pagamento nei termini della percentuale concordataria.

Poiché in questi casi il pagamento dei creditori deriva solitamente dagli utili della continuazione dell'attività d'impresa, il controllo del commissario non può limitarsi alla verifica del corretto adempimento della proposta, avuto esclusivo riguardo al momento in cui è previsto il pagamento dei creditori, ma può e deve estendersi anche al periodo precedente il termine previsto per l'adempimento, e riguardare il rispetto delle previsioni del piano e ciò in quanto un andamento della gestione disallineato, in negativo, dalle previsioni del piano, avrebbe, naturalmente, delle conseguenze dirette ed immediate sulle sorti della proposta

Il commissario deve verificare che l'andamento economico della società sia in linea con quanto previsto dal piano ed omologato dal tribunale, che non vengano compiuti atti gestionali estranei alle previsioni del piano omologato che rendano probabile, se non certo, il futuro inadempimento della proposta.

Concetti che sono stati puntualmente precisati nel decreto di omologa di Ca. ove è previsto che "il Commissario giudiziale, con cadenza trimestrale, effettui un'attività di controllo sullo svolgimento del piano industriale e di quello finanziario, nonché sulle conseguenti attività gestionali dell'amministratore sociale e sulla corrispondenza alle previsioni contenute nella relazione trimestrale, riportando i risultati in una breve relazione da depositare nel fascicolo della procedura".

Attività di controllo che, come detto, è stata puntualmente esercitata nel caso di specie dato che il commissario ha rilevato che la costituzione di un deposito vincolato al rilascio della fidejussione richiesta “non pare mettere in pericolo il regolare adempimento del concordato dato che le disponibilità liquide attuali della Ca. (€ 812.544,00) sono largamente sufficienti a garantire il rilascio della fidejussione richiesta e le stesse disponibilità vincolate saranno di nuovo disponibili al termine della realizzazione dell’ordine”.

Il fondamento di tale interpretazione si rinviene nella considerazione che il potere di controllo del commissario è finalizzato al dovere di informazione dei creditori in relazione alla sussistenza dei presupposti per la risoluzione del concordato.

Dovere che sussiste anche prima che l’inadempimento si sia realizzato ove sia più che probabile che la proposta non potrà essere adempiuta.

E ciò in quanto la risoluzione può essere pronunciata anche sulla previsione del futuro inadempimento.

Con riferimento al concordato con cessione dei beni la giurisprudenza della suprema corte ha a più riprese affermato che il concordato preventivo deve essere risolto, qualora emerga che esso sia venuto meno alla sua funzione, in quanto, secondo il prudente apprezzamento del giudice del merito, 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 (cfr. da ultimo Cass. 11885/2014)

Il richiamo al concetto di “prudente apprezzamento del giudice” circa l’utilità della prosecuzione del concordato evidenzia come la risoluzione per inadempimento possa essere pronunciata, qualora, anche prima della liquidazione dei beni, emerga che esso sia venuto meno alla sua funzione (cfr. Cass. 13446/2011 e Cass. 709/1993).

Interpretazione, sicuramente applicabile ad ogni tipo di concordato, anche al concordato con garanzia, con continuità aziendale diretta, dove la risoluzione può quindi essere richiesta dai creditori e pronunciata dal tribunale anche prima della scadenza del termine previsto per il pagamento dei creditori, quando dall’analisi dei risultati della gestione economica della società sia evidente la mancata realizzazione degli obiettivi del piano e sia probabile, in base ad una ragionevole previsione, rimessa al prudente apprezzamento del giudice, che la proposta non potrà più essere adempiuta.

P.Q.M.

Dichiara non luogo a provvedere sull’istanza
Monza, 13 febbraio 2015.