

Commerciale

CONCORDATO PREVENTIVO

Concordato con riserva: no al compenso per l'attestatore

venerdì 24 febbraio 2017 di Masi Leonardo Avvocato in Firenze

Il decreto in commento, emesso a seguito di ricorso ex art. 161, sesto comma, I.fall., stabilisce il divieto per il debitore, a pena di improcedibilità del ricorso stesso, di eseguire, nelle more della presentazione della proposta, del piano, della documentazione di rito e sino all'omologazione, pagamenti a favore dell'attestatore e dei professionisti incaricati per la preparazione della domanda di concordato. Per quanto non vi sia alcuna norma che espressamente disponga nel senso indicato dal Tribunale di Lodi, il fondamento di un siffatto divieto è da rinvenirsi nella disciplina generale del concordato preventivo e del ricorso ex art. 161, sesto comma, I.fall.

[Tribunale di Lodi, decreto 20 gennaio 2017](#)

Il caso concreto e la soluzione

Una società per azioni ha depositato di fronte al Tribunale competente un ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo ai sensi dell'art. 161, comma 6, I.fall., quindi nella forma del cd. concordato in bianco o con riserva. Il Tribunale, verificata la sussistenza dei presupposti di ammissibilità del ricorso, ha assegnato alla società debitrice il termine di sessanta giorni per la presentazione della proposta, del piano e della documentazione di cui all'art. 161, comma 2 e 3, I.fall. Il Tribunale ha "avvertito" il debitore che è fatto divieto, sino all'omologazione, di procedere al pagamento non solo genericamente dei crediti anteriori, ma anche del compenso all'attestatore e degli altri professionisti incaricati della preparazione della domanda. La violazione di un siffatto divieto avrebbe comportato la dichiarazione di improcedibilità del ricorso.

Impatti pratico-operativi

Il provvedimento che si annota, quanto al divieto per il debitore che abbia presentato un ricorso ex art. 161, comma 6, I.fall., di procedere - sino all'omologazione del concordato preventivo - al pagamento del compenso all'attestatore e ai professionisti incaricati di assistere la società nella presentazione della domanda, si pone nel solco di altri di identico tenore e pressoché coevi (Tribunale Ivrea, 2 dicembre 2016; Tribunale Savona, 28 dicembre 2016). La sanzione per la violazione del prescritto divieto, indicata dallo stesso provvedimento, è "l'improcedibilità" della domanda, così evocandosi il decreto previsto dall'art. 161, comma 6, ultimo periodo,

I.fall. per l'ipotesi di compimento da parte del debitore di una delle condotte previste dall'art. 173, I.fall.

Questo filone giurisprudenziale appare ispirato dall'esigenza di fronteggiare una prassi che vede talvolta l'esecuzione da parte del debitore - in pendenza del termine di cui all'art. 161, comma 6, I.fall. - di pagamenti a favore delle figure tecniche (attestatore e professionisti) necessarie per la predisposizione della domanda, del piano e della documentazione prescritta dall'art. 161, comma 2 e 3, I.fall.. Pagamenti che avvengono spesso sull'assunto della prededucibilità dei relativi crediti, ma a prescindere, proprio perché anticipati rispetto all'apertura della procedura, da qualsivoglia scrutinio da parte del Tribunale o del commissario giudiziale (se nominato) circa la loro effettiva funzionalità rispetto alla procedura stessa, nonostante il potenziale impatto sul successivo concorso.

Vi è da ricordare, prima di affrontare l'inquadramento sistematico del provvedimento e di esaminarne le implicazioni pratiche, che i crediti di cui si discorre (attestatore e professionisti), maturano, quand'anche l'incarico possa essere stato conferito anteriormente al deposito del ricorso ex art. 161, comma 6, I.fall., necessariamente nel periodo intercorrente tra siffatto deposito e l'apertura della procedura concorsuale con il decreto di cui all'art. 163, I.fall., atteso che è in tale arco temporale che l'attestatore e i professionisti prestano appunto la loro opera a favore del debitore. Ne deriva che essi, in quanto sorti prima del decreto di apertura della procedura, sono a tutti gli effetti crediti anteriori e quindi da soddisfarsi nel concorso.

Se i detti pagamenti – al pari di tutti quelli anteriori - risultano ovviamente vietati una volta aperta la procedura (la risalente ma lucida Cass. Civ. n. 578/2007 lo afferma quale conseguenza necessaria dell'art. 168, I.fall.), si pone invece la questione, che il Tribunale di Lodi ha risolto in senso affermativo, se un tale divieto operi anche prima dell'apertura della procedura, ma dopo il deposito della domanda di concordato con riserva.

La scelta consistente nell'estensione del divieto, operata con il provvedimento che si annota, non deve sorprendere e può dirsi coerente con almeno due cardini normativi caratterizzanti l'istituto regolato dall'art. 161, sesto comma, I.fall.

In primo luogo, avendo il deposito della domanda di concordato con riserva ex art. 161, sesto comma, I.fall. l'effetto dell'automatic stay di cui all'art. 168 I.fall., appare logico ritenere che ciò che un creditore anteriore non potrebbe ottenere attraverso l'esecuzione forzata (proprio in conseguenza del divieto di cui al citato art. 168 I.fall.) a maggior ragione non può essere ottenuto attraverso l'adempimento spontaneo da parte del debitore. In altre parole, è correttamente rinvenibile un sostanziale parallelismo tra l'effetto di automatic stay e concorsualità, per cui il credito che subisce la prima dovrà necessariamente attenersi alla seconda.

In secondo luogo, non si dimentichi che, in ogni caso, nel periodo intercorrente tra il deposito del ricorso ex art. 161, sesto comma, I.fall. e il provvedimento di ammissione alla (e di apertura della) procedura concorsuale, l'art. 161, comma 7, I.fall. vieta, salva l'autorizzazione del Tribunale, gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, e si può ragionevolmente ritenere che il pagamento di compensi, talvolta di importo non indifferente, a figure determinanti nella delicata fase dell'accesso alla procedura, possa essere qualificato tale.

Si potrebbe tuttavia a questo punto porre l'ulteriore questione se il divieto di operare i pagamenti di cui si discorre nelle more del deposito della proposta e del piano sia superabile con l'autorizzazione del Tribunale (non essendovi in questa fase un giudice delegato alla procedura, che non si è ancora aperta), al pari di ogni altro atto di straordinaria amministrazione. Alla domanda è stato risposto affermativamente, e quindi nel senso dell'autorizzabilità di tali pagamenti (Tribunale di Monza, 25 luglio 2014), ma a condizione che i detti pagamenti risultino con evidenza vantaggiosi per tutto il ceto creditorio ed avvengano nel rispetto delle cause legittime di prelazione. Senonché, a ben guardare, non avendo il debitore in questa fase reso noti né la proposta, né il relativo piano, appare arduo ipotizzare che il Tribunale possa eseguire un'accurata valutazione sia degli effetti vantaggiosi per i creditori (effetti i quali potranno per contro scrutinarsi solo avuti presenti i contenuti della prospettata soluzione della crisi), sia del rispetto delle cause legittime di prelazione (anche perché la natura prededucibile del credito dell'attestatore e dei professionisti dipenderà dall'effettivo legame funzionale dell'attività professionale con la proposta e il piano, come tale valutabile con rigore solo una volta conosciuti tali atti). Queste perplessità potrebbero in parte dissolversi nell'ipotesi in cui il debitore, sin dalla fase interinale, fornisca elementi informativi e documentati idonei a dimostrare la sussistenza di entrambi i requisiti in discussione, ma occorrerà, inevitabilmente, valutare caso per caso.

Tornando all'interessante tema, cui si accennava, della prededucibilità del credito dell'attestatore e dei professionisti incaricati per il deposito della proposta e del piano, va ricordato che il requisito della funzionalità rispetto alla procedura è considerato da una certa giurisprudenza (Cass. Civ. n. 12219/2016; Tribunale Milano, 30 gennaio 2015; Tribunale Milano, 16 novembre 2015) integrato solo a condizione dell'utilità concreta delle prestazioni per la massa dei creditori. Se così è, una tale utilità concreta potrà dirsi verificabile solo una volta che la domanda abbia superato quantomeno il vaglio dell'ammissibilità, se non addirittura in sede di omologazione. Ed allora appare ragionevole non procedere al pagamento di crediti di cui, nella fase interinale della pendenza del termine ex art. 161, sesto comma, l.fall., non sia certa la natura e quindi la collocazione concorsuale.

Un filone giurisprudenziale più elastico (Cass. Civ. n. 22450/2015; Cass. Civ. n. 24791/2016) precisa che l'utilità delle prestazioni va valutata con una prospettiva ex ante e non in ragione dell'evoluzione del concordato in fallimento. Tuttavia, viene da osservare, anche la valutazione ex ante non può che presupporre la conoscenza dei contenuti della domanda e del piano. Si ripropone allora l'esigenza di non autorizzare i pagamenti in pendenza del termine di cui all'art. 161, sesto comma, l.fall..

Inoltre, di recente è stato affermato (Cass. Civ. n. 3324/2016; Appello Venezia, 30 gennaio 2014) che l'art. 182-quinquies, comma 5, l.fall., laddove consente il pagamento di crediti anteriori se autorizzato e finalizzato al miglior soddisfacimento delle ragioni dei creditori, introduce il principio - applicabile a tutte le forme di concordato preventivo (quindi anche liquidatorio) - per cui il pagamento di crediti anteriori non autorizzati non comporta necessariamente la revoca dell'ammissione ex art. 173, l.fall. (si ricorderà che il pagamento di crediti anteriori è tradizionalmente considerato una delle condotte rilevanti ai sensi del citato art. 173, l.fall.), revoca che potrà invece intervenire solo se si verifica che il pagamento non autorizzato sia tale da pregiudicare l'adempimento della proposta come presentata ai creditori. Se ne

deve allora di nuovo dedurre, questa volta a contrario, che una tale verifica di compatibilità del pagamento del credito anteriore non può essere eseguita se la proposta e il relativo piano non sono ancora depositati, situazione che appunto corrisponde a quella conseguente al deposito della domanda di concordato con riserva, periodo nel quale, quindi, la regola del divieto di pagamento dei creditori anteriori torna ad assumere tutta la propria pregnanza. In altre parole, la deroga al divieto del pagamento di crediti anteriori introdotta dall'art. 182-quinques I.fall. per il concordato in continuità, quand'anche applicabile per analogia alle altre forme di concordato, non troverebbe comunque spazio applicativo in pendenza del termine di cui all'art. 161, comma 6, I.fall..

Sarà interessante osservare l'evoluzione della giurisprudenza nel prossimo futuro in tema di pagamenti nella fase della domanda di concordato con riserva, in particolare se la rigidità del provvedimento che si annota potrà attenuarsi alla luce della progressiva penetrazione nella giurisprudenza del principio del miglior soddisfacimento dei creditori e del sacrificio, sul suo altare, di alcuni cardini dell'istituto del concordato per come sin qui conosciuto.

Copyright © - Riproduzione riservata



Copyright Wolters Kluwer Italia
Riproduzione riservata