

Commerciale

CONCORDATO PREVENTIVO

Si risolve il concordato preventivo in continuità se non sono raggiunte le percentuali promesse

venerdì 08 febbraio 2019 di Masi Leonardo Avvocato in Firenze

Il Tribunale di Prato, con un articolato provvedimento, si misura con l'istituto della risoluzione ex art. 186, I. fall. del concordato preventivo con continuità aziendale ai sensi dell'art. 186-bis, I. fall. A prescindere e fatte salve le peculiarità del caso di specie, che sono state oggetto di analitico ed approfondito scrutinio da parte del Tribunale, il provvedimento riveste interesse in quanto ribadisce la diversa configurazione delle obbligazioni scaturenti dall'omologazione di un concordato preventivo a seconda che esso sia liquidatorio, ovvero con continuità. In particolare, in questo ultimo caso, a differenza del concordato preventivo liquidatorio, la percentuale offerta ai creditori costituisce la specifica utilità assicurata agli stessi e quindi un preciso obbligo da parte del debitore, con la conseguenza che il suo mancato raggiungimento, nel termine previsto, rappresenta un'ipotesi di inadempimento che, in presenza dell'ulteriore requisito della non scarsa importanza previsto dall'art. 186, comma 2, I. fall., conduce alla risoluzione del concordato preventivo. La sentenza è altresì di interesse in quanto fornisce agli operatori alcune indicazioni circa la valutazione del requisito della non scarsa importanza dell'inadempimento in presenza di concordato preventivo con continuità aziendale, precisando ad esempio che il mancato pagamento integrale dei creditori privilegiati e la totale insoddisfazione di quelli chirografari, una volta esaurito l'arco temporale del piano, rappresenta un inadempimento grave, come tale idoneo a giustificare la risoluzione del concordato ai sensi dell'art. 186, comma 1, I. fall., specie laddove l'andamento della gestione non offra previsioni certe e ravvicinate di profitti da destinare all'integrale adempimento delle obbligazioni concordatarie.

[Tribunale di Prato, sentenza 12 novembre 2018](#)

Orientamenti giurisprudenziali

Conformi: Cass. Civ. 6022/2014; Cass. Civ. 10554/2014; Cass. Civ. 26005/2018;
Tribunale Lecco, 10.7.2015; Tribunale Monza, 13.2.2015.

Il caso concreto e la soluzione

Un creditore chirografario ha proposto ricorso per la risoluzione di un concordato preventivo con continuità aziendale allegando quali inadempimenti del debitore: (i) il non aver provveduto, a distanza di 4 anni dall'omologazione del concordato, al pagamento dei creditori chirografari, per i quali invece la proposta prevedeva il saldo nei 36 mesi successivi alla suddetta omologazione; (ii) l'aver reimmesso nel ciclo produttivo le risorse ricavate dalla vendita di alcune rimanenze e dal realizzo di alcuni crediti, quando invece la proposta prevedeva che tale flusso finanziario sarebbe stato destinato all'adempimento della proposta nei confronti dei creditori concorsuali.

Rispetto a quanto precede, la continuità aziendale non lasciava prevedere la generazione di risorse utili per i creditori, visto che aveva assorbito anche quelle a questi ultimi destinate, né il vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. apposto su alcuni beni personali dei soci a favore delle banche creditrici, poi esteso alla massa dei creditori concorsuali, poteva ovviare a tale carenza, atteso che il credito sempre crescente per interessi a favore delle suddette banche, munite di fideiussione personale dei soci, aveva nella sostanza medio tempore esaurito il valore residuo dei beni destinabili all'adempimento della proposta concordataria. Vincolo di destinazione la cui sorte, peraltro, era resa incerta dalla sopravvenuta proposizione, da parte di uno di detti istituti di credito, di un'azione revocatoria ai sensi dell'art. 2901 c.c.

Si è difeso il debitore, assumendo: (i) la scarsa importanza dell'inadempimento, in quanto attinente solo ai tempi di esecuzione del piano, e quindi qualificabile come mero ritardo, anche in ragione del recente andamento positivo della gestione; (ii) l'irrelevanza della incombente spirare dell'anno, decorrente dalla scadenza del termine per adempiere, per chiedere la risoluzione ai sensi dell'art. 186, comma 3, l. fall., atteso che anche successivamente i creditori avrebbero potuto agire, se perdurante l'inadempimento, per il fallimento; (iii) la congruità della garanzia immobiliare prestata dai soci; (iv) l'assenza di benefici per i creditori derivanti dalla risoluzione, posto che quest'ultima farebbe venir meno i flussi generati dalla gestione.

Il Tribunale di Prato, con la sentenza in commento, ha accolto la domanda e quindi risolto il concordato preventivo, rilevando come l'inadempimento del debitore fosse di non scarsa importanza ai sensi dell'art. 186, comma 2, l.fall..

In primo luogo, il collegio pratese ha ribadito la distinzione, ai fini della valutazione del corretto adempimento da parte del debitore ricorrente, tra concordato preventivo di natura liquidatoria (nel quale la misura ipotizzata di soddisfazione non costituisce un'obbligazione puntuale da assolvere, consistendo per contro l'utilità offerta ai creditori nella cessione dei beni da liquidare e nel conseguente soddisfacimento sul ricavato) e il concordato preventivo con continuità aziendale (nel quale, invece, mantenendo l'imprenditore la disponibilità dei fattori produttivi in funzionamento, l'utilità promessa ai creditori consiste proprio nella misura di soddisfazione offerta, il cui raggiungimento rappresenta quindi un obbligo vero e proprio).

Inoltre, per valutare l'importanza dell'inadempimento ai sensi dell'art. 186, comma 2, l.fall., il Tribunale ha compiuto un accurato confronto tra i contenuti della proposta e lo scenario presente al momento della decisione, ravvisando uno scostamento significativo consistente nel mancato pagamento, a distanza di 4 anni dall'omologazione, di una parte dei crediti privilegiati e di tutti i crediti chirografari. Inoltre, l'andamento della continuità aziendale non rendeva ragionevolmente prevedibile in tempi rapidi il completamento dei pagamenti nei termini proposti, continuità aziendale che peraltro, nel tempo, aveva assorbito proprio le risorse che – ricavate dalla vendita di rimanenze non strategiche e dalla riscossione di crediti – avrebbero dovuto invece essere messe a disposizione dei creditori.

In ultimo, il Tribunale ha ritenuto di conferire valore significativo alla imminente scadenza del termine di un anno di cui all'art. 186, comma 3, l.fall., decorso il quale la domanda di risoluzione non sarebbe stata più proponibile. In particolare, si è affermato che, decorso il termine, il creditore insoddisfatto sarebbe impossibilitato a chiedere la risoluzione del concordato, strumento di tutela non surrogabile con l'istanza di fallimento, che invece sarebbe in ogni tempo proponibile per l'ipotesi di insolvenza.

Impatti pratico-operativi

La decisione offre senz'altro agli operatori alcune coordinate utili nell'applicazione dell'istituto della risoluzione del concordato preventivo con continuità aziendale.

Innanzitutto, il precedente concorre al consolidamento della tesi per cui nel concordato preventivo con continuità aziendale la percentuale offerta ai creditori rappresenta un preciso obbligo per il debitore il quale, se da un lato mantiene la disponibilità della struttura produttiva in quanto soluzione ravvisata come idonea ad assicurare il miglior soddisfacimento delle ragioni dei creditori, dall'altro è tenuto ad assicurare ai creditori l'utilità promessa.

Dal lato dei creditori, invece, la scadenza del termine previsto senza che i pagamenti promessi siano stati eseguiti può integrare i presupposti per l'azione di risoluzione ai sensi dell'art. 186, l. fall., il cui successo tuttavia presuppone un'approfondita analisi delle caratteristiche dell'inadempimento in termini di sua gravità o meno.

All'atto pratico, quindi, i creditori nel contesto di un concordato preventivo con continuità aziendale hanno senz'altro strumenti più incisivi per reagire all'inadempimento del ricorrente debitore, rispetto all'ipotesi del concordato liquidatorio, nel quale, da un lato, il mancato raggiungimento delle percentuali indicate può dipendere dai minori risultati, rispetto a quelli ipotizzati, della liquidazione, e dall'altro potrebbe darsi che la liquidazione non si è ancora esaurita per mancanza di acquirenti dei beni ceduti, talché il debitore potrebbe assumere, per resistere alla domanda di risoluzione, la non gravità dell'inadempimento in quanto non definitivo.

Infine, dal precedente annotato si ricava un monito per debitori inadempimenti rispetto alle obbligazioni concordatarie, e cioè che non potrà essere utilizzato, quale argomento difensivo per smentire la rilevanza del termine annuale di decadenza ex art. 186, comma 3, l. fall. con riferimento alla domanda di risoluzione, quello per cui i creditori è comunque attribuito lo strumento dell'istanza di fallimento, essendo i due rimedi del tutto diversi per struttura ed effetti, come tali non surrogabili.

I diversi effetti giuridici della proposta di concordato preventivo in continuità, rispetto all'ipotesi di concordato preventivo liquidatorio

Il tema dell'inadempimento delle obbligazioni assunte dal debitore in concordato preventivo, quale presupposto (in caso di sua non scarsa importanza) per la risoluzione dello stesso concordato, regolata dall'art 186, l.fall., presuppone l'indagine degli esatti contenuti di siffatte obbligazioni. In particolare, la questione si pone sovente con riferimento all'obbligo o meno di assicurare ai creditori la misura di soddisfazione indicata nella proposta.

La pronuncia in commento esegue quindi correttamente tale preliminare indagine e ribadisce che il contenuto dell'obbligazione concordataria, da intendersi quale "utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore" (art. 161, comma 2, lett. e), l.fall.), assume connotati diversi a seconda che si tratti di concordato preventivo in continuità o di concordato preventivo liquidatorio, dicotomia di forma la cui importanza è se possibile addirittura rafforzata dal nuovo Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza (la prima disposizione in materia di concordato, art. 84, comma 1, ha infatti proprio ad oggetto la distinzione tra le due tipologie di concordato).

In particolare, nel concordato liquidatorio l'utilità ex art. 161, comma 2, lett. e), l.fall. consiste nella messa a disposizione da parte del debitore di tutti o di parte dei propri beni, appunto da liquidare nella fase di esecuzione posteriore all'omologazione, talché gli esiti dell'attività liquidatoria in termini di concreta misura di soddisfazione ai creditori non rappresenta l'obbligazione del debitore, già assolta con la destinazione dei beni ai creditori (Cass. Civ. 6022/2014; Cass. Civ. 10554/2014), salva ovviamente diversa ed espressa previsione della proposta nel senso dell'assunzione di uno specifico obbligo o garanzia (Tribunale Bari, 13.12.2016). Ne deriva che potrà configurarsi l'ipotesi dell'inadempimento non tanto se genericamente i risultati della liquidazione non portino ai creditori i risultati indicati nella proposta, quanto piuttosto e solo se la liquidazione non sia in grado di assicurare ai creditori privilegiati l'intera soddisfazione e ai creditori chirografari neppure una minima parte del proprio credito, con il conseguente venir meno della cd. causa concreta dell'istituto concordatario (Cass. Civ. 4398/2015; Cass. Civ. 13446/2011; Cass. Civ. 7942/2010; Tribunale di Rimini, 25.6.2018). Fermo restando che nel concordato liquidatorio potrà chiedersi la risoluzione quando i beni ceduti non abbiano le qualità promesse (Tribunale di Bari, 13.12.2016; Cass. Civ. 10554/2014).

Nel caso del concordato preventivo in continuità, invece, siccome l'imprenditore conserva la proprietà e la gestione dei fattori produttivi (salvo quelli per i quali il piano di concordato preveda la dismissione, ipotesi consentita pacificamente, da ultimo da Cass. Civ. 26005/2018, e ribadita dalla sentenza di merito in commento) l'utilità è rappresentata non tanto dai beni eventualmente ceduti e da liquidare, quanto proprio dall'entità della soddisfazione offerta ai creditori da assicurare attraverso (o anche attraverso) la prosecuzione dell'attività d'impresa. Il Tribunale di Prato aderisce allora a quell'orientamento (Tribunale Lecco, 10.7.2015; Tribunale Monza, 13.2.2015) per il quale la percentuale offerta rappresenta un preciso obbligo, ed in mancanza del relativo pagamento, nei termini promessi (sul tale ultimo punto v. infra), si verifica appunto l'ipotesi dell'inadempimento. Esiste invero un diverso, ma che allo stato appare raro nei repertori, orientamento in base al quale anche nel concordato preventivo in continuità il rispetto della percentuale dei pagamenti "deve

essere esplicito ed inequivocabile, dovendosi altrimenti ritenere che alcuna garanzia sia stata offerta e che le percentuali abbiano mero valore indicativo” (Appello Bologna 27.9.2017).

Tra le due ipotesi, il ragionamento seguito dal Tribunale di Prato appare più coerente con la struttura e la ratio del concordato preventivo con continuità aziendale e pertanto, stabilita l’obbligatorietà delle percentuali offerte, una volta che il termine di pagamento indicato nella proposta di concordato sia spirato senza che le suddette percentuali siano state raggiunte, la condotta del debitore può quindi e di conseguenza qualificarsi in termini di inadempimento. Sennonché, il mero inadempimento non è di per sé sufficiente per l’accoglimento della domanda di risoluzione, essendo per contro necessario che esso abbia le caratteristiche della non scarsa importanza ai sensi dell’art. 186, comma 2, l.fall., che quindi estende alla risoluzione del concordato lo schema generale dell’art. 1455 c.c.

La “non scarsa importanza” dell’inadempimento nel procedimento di risoluzione del concordato preventivo con continuità aziendale

In generale, si è di recente ed in modo condivisibile affermato che “al fine di individuare quando si è in presenza di un inadempimento di non scarsa importanza, occorre far riferimento ai principi generali 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, sì da dar luogo ad uno squilibrio sensibile del sinallagma contrattuale” (Appello Venezia 24.5.2017).

La verifica dell’entità dell’inadempimento nel contesto del concordato preventivo richiede quindi un’analisi vasta e complessiva, talvolta non semplice, specie allorché le proposte siano articolate e con varie sfaccettature. Ma la complessità, se possibile, si accentua nelle ipotesi di concordato preventivo in continuità, laddove oltre alla dimensione statica dello sfasamento tra quanto promesso e quanto realizzato si aggiunge quella prospettica che vede al centro un’attività di impresa in funzionamento ed in costante divenire.

In questo quadro, si pone ad esempio il problema, che appunto è sorto nel caso di specie affrontato dal Tribunale di Prato, della definitività o meno dell’inadempimento. Più in particolare, ci si domanda se, appurato che ad una certa data, prevista dalla proposta, il debitore non ha provveduto al pagamento di quanto promesso, vi siano o meno spazi per ritenere l’inadempimento non grave in quanto non definitivo, atteso che l’attività d’impresa è appunto in svolgimento e quindi potrebbe in ipotesi generare le risorse utili per completare i pagamenti dovuti in esecuzione del concordato omologato.

Appare evidente la difficoltà di offrire una risposta generale e sempre valida, essendo per contro di volta in volta senz’altro necessaria un’analisi specifica del caso di specie.

In quello risolto dal Tribunale di Prato, la soluzione adottata appare condivisibile, atteso che sia l’andamento pregresso della gestione (che aveva sottratto risorse invece destinati ai creditori), sia quello prospettico (marginari ridotti rispetto invece ad un inadempimento assai rilevante nei confronti sia dei creditori privilegiati, che di

quelli chirografari), rendeva l'orizzonte per attribuire ai creditori le utilità promesse temporalmente indeterminato.

Se da un lato potrebbe ipotizzarsi, pur in presenza di scadenza dei termini previsti senza che le obbligazioni concordatarie siano tutte assolte, ma con una prospettiva certa e ravvicinata di loro assolvimento per effetto di una gestione profittevole in corso, l'attenuarsi della gravità rilevante ai sensi dell'art. 186, l.fall., nondimeno tale soluzione non appare praticabile nell'ipotesi in cui, come nel caso di specie, il debitore non sia in grado di programmare in tempi rapidi e soprattutto verosimili l'adempimento integrale.

Ancor più considerando come la giurisprudenza di merito abbia già avuto modo di sottolineare che anche la durata in termini ragionevolmente contenuti della prospettiva di adempimento concorre a formare la cd. causa concreta del concordato (Tribunale Modena 11.6.2014).

In definitiva e volendo tirare le fila del ragionamento, l'applicazione dei principi generali in tema di rilevanza dell'adempimento al concordato preventivo con continuità aziendale impone quell'attento scrutinio del caso concreto cui il provvedimento in commento risulta essersi attenuto.

La rilevanza del termine annuale di cui all'art. 186, comma 3, l.fall.

La sentenza in commento affronta infine la questione della natura del termine annuale di cui all'art. 186, comma 3, l.fall. entro il quale poter domandare la risoluzione del concordato, ed in particolare se il suo spirare sia o meno indifferente per l'assetto di interessi dei creditori, posto che comunque, in ogni caso, vi sarebbe la possibilità per gli stessi di agire, di fronte al perdurante inadempimento del debitore rispetto agli obblighi concordatari, con l'istanza di fallimento.

Intanto, la giurisprudenza sembra assestata sulla conclusione per cui il termine di cui all'art. 186, comma 3, l.fall. ha natura perentoria, e che pertanto la sua scadenza determini la decadenza dal diritto di richiedere la risoluzione (Tribunale Ravenna, 27.7.2018), con il corollario che il suo mancato rispetto non può essere rilevato d'ufficio in ossequio al generale principio codificato dall'art. 2969 c.c., e considerando che la domanda di risoluzione non appartiene alla categoria dei diritti indisponibili (Tribunale Milano, 22.3.2018).

Se è vero che una certa giurisprudenza di merito aveva segnalato l'esigenza per cui, ai fini dell'applicazione del termine annuale di decadenza, la proposta di concordato dovesse contenere la specifica indicazione del termine per l'adempimento e non invece limitarsi ad un generico rinvio alla conclusione delle operazioni di liquidazione (Tribunale Ravenna 21.3.2014), pare a chi scrive che una proposta configurata nei siffatti termini sarebbe verosimilmente inammissibile, fosse solo per il mancato rispetto dell'art. 162, comma 2, lett. e) il quale, come noto, prescrive che il debitore indichi, tra l'altro, "la descrizione analitica delle modalità e dei tempi dell'adempimento della proposta".

Tanto premesso ai fini ricostruttivi dell'istituto, il Tribunale di Prato giunge ad una conclusione condivisibile e cioè che non vi è fungibilità tra il rimedio della risoluzione del concordato e quello del ricorso per la dichiarazione di fallimento, che come noto non è più conseguenza ineluttabile della risoluzione del concordato (Corte Cost. 222/2017 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art.

186, l. fall. nella parte in cui non prevede, in esito alla risoluzione, la dichiarazione di fallimento analogamente a quanto prevede l'art. 137, l. fall. per la risoluzione del concordato fallimentare, con automatica riapertura della procedura maggiore), e ciò per almeno tre ragioni.

Intanto, perché dalla risoluzione del concordato preventivo scaturisce uno scenario, specie nell'ipotesi (quale appare essere quella del caso di specie deciso dal Tribunale di Prato) in cui non siano pendenti istanze di fallimento, del tutto diverso da quello fallimentare: il debitore torna in bonis e potrebbe stabilire di prendersi carico della crisi che lo affligge secondo modalità diverse, ad esempio presentando una nuova proposta di concordato o optando, ove praticabili, per soluzioni diverse dal fallimento.

In secondo luogo, le conseguenze in termini di restituzioni sono del tutto diverse tra le due ipotesi: in caso di risoluzione del concordato nessun pagamento sarebbe ripetibile, ma casomai da imputarsi in conto del maggior avere; in caso di fallimento, sarebbero ripetibili solo quelli che risultino, all'esito della verifica del passivo, eseguiti in violazione del principio della par condicio creditorum (Cass. Civ., 508/2016; Cass. Civ. 15495/2018).

Infine, è stato di recente affermato che nell'ipotesi in cui spirino i termini per la risoluzione e poi sopravvenga il fallimento, "i crediti debbono essere ammessi al passivo nella misura falcidiata prevista nel provvedimento di omologazione" (Cass. Civ. 26002/2018), ipotesi invece che non sussisterebbe in caso di risoluzione del concordato, o di fallimento che sopravvenga quando i termini per la risoluzione non siano ancora spirati (sempre Cass. Civ. 26002/2018).

È pertanto evidente che il creditore concordatario insoddisfatto è portatore di un sicuro interesse ad ottenere lo specifico rimedio della risoluzione del concordato, e che, quindi, la scadenza del termine ex art. 186, comma 3, l.fall. rappresenta un evento senz'altro rilevante.

Riferimenti normativi:

art. 186-bis, l. fall.

Copyright © - Riproduzione riservata