

LINEE GUIDA IN ORDINE A TALUNE QUESTIONI CONTROVERSE DELLA PROCEDURA DI CONCORDATO PREVENTIVO

La recente conversione in legge del d.l. 27.6.2015, n. 83 ha introdotto nel corpo della legge fallimentare regole – per tutte, l'inserimento di una soglia minima di soddisfacimento dei creditori chirografari - solo apparentemente di dettaglio ma, in realtà, di assai rilevante e significativo impatto in sede di valutazione giudiziale della ammissibilità della procedura di concordato preventivo.

Sulla corretta interpretazione di tali novità si stanno interrogando la dottrina e la giurisprudenza, ma è sentita fortemente l'esigenza, da parte di coloro che si propongono di accedere al concordato preventivo, di avere conoscenza degli orientamenti degli uffici giudiziari quanto meno sulle questioni di più ampia portata applicativa.

La sezione intende con le successive considerazioni venire incontro a tali aspettative allo scopo di iniziare a fornire strumenti utili a rendere prevedibile, come giustamente da più parti auspicato, la risposta giudiziaria rispetto a temi rilevanti e controversi, così agevolando l'attività di predisposizione di ricorsi ed istanze.

Le seguenti linee guida sono il frutto di delle riflessioni da parte di tutti i giudici all'interno della sezione fallimentare e riflettono l'orientamento attuale dell'ufficio. Le posizioni espresse, peraltro, potranno in futuro essere modificate a seguito del mutare delle norme o dell'evolversi delle riflessioni della dottrina e della giurisprudenza.

1) Il significato della nuova soglia di pagamento dei creditori chirografari.

Il recente d.l. 27.6.2015, n. 83, convertito nella l. 6.8.2015, ha modificato l'articolo 160 l.f. prevedendo, all'ultimo comma, che "in ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dei crediti chirografari".

Occorre dunque chiedersi cosa debba intendersi per "assicurare" il pagamento di almeno il 20 % dei crediti chirografari.

L'imperfetta formulazione letterale della norma (che utilizza una espressione atecnica come quelle di "assicurare" il pagamento) legittima, difatti, interpretazioni diverse. In particolare potrebbe ritenersi che *assicurare* significhi:

- a) *garantire* (in senso proprio) un pagamento non inferiore al 20%. Secondo questa lettura una proposta di concordato in tanto sarebbe lecita solo in quanto contenga una previsione di pagamento dei creditori chirografari in misura non inferiore al 20% accompagnata necessariamente dalla garanzia di un terzo;
- b) *prevedere* un pagamento non inferiore al 20%. Secondo questa lettura non sarebbe stato introdotto alcun obbligo di pagamento di una percentuale dei crediti chirografari, ma più limitatamente, sarebbe stato adattato il previgente assetto nel senso che, se sino all'agosto del 2015 era sufficiente che la proposta prevedesse il pagamento di una percentuale non irrisoria dei crediti chirografari sulla base di un piano fattibile, oggi è necessario che la proposta preveda il pagamento di una percentuale non inferiore al 20%, sempre sulla base di un piano fattibile;
- c) *rendere certo* un pagamento non inferiore al 20%. Secondo questa lettura la norma non avrebbe introdotto alcun obbligo di pagamento, ma avrebbe disposto, per i concordati non in continuità, la necessità di una sorta di fattibilità rinforzata: assicurare nel senso

di rendere certo il pagamento e non meramente fattibile secondo regole probabilistiche. Un pagamento potrebbe dirsi *certo*, in sostanza ed esemplificando, nei soli casi in cui la cessione dei beni ai creditori sia accompagnata anche da una proposta irrevocabile di acquisto da parte di un terzo (che assicuri, dunque, il realizzo quanto meno di quella somma) ovvero dall'assunzione di garanzia da parte di un soggetto diverso dal proponente;

- d) *obbligarsi a* un pagamento in misura non inferiore al 20%. Secondo questa interpretazione la norma avrebbe introdotto la necessità, per il proponente, di obbligarsi a pagare una determinata percentuale (non inferiore al 20%); il proponente non potrebbe dunque più obbligarsi alla sola cessione del patrimonio ai creditori prevedendo (senza farne, tuttavia, oggetto di uno specifico impegno) che dalla liquidazione possa raggiungersi una determinata percentuale di soddisfacimento dei creditori. La fattibilità (intesa quale prognosi favorevole di raggiungimento dell'obiettivo concordatario) dell'obbligo di pagamento verrebbe poi ad essere accertata secondo le ordinarie regole dettate dalla Suprema Corte nella nota sentenza a Sezioni Unite n. 1521/2013.

Di fronte a tali opzioni interpretative, ritiene l'ufficio che si lasci preferire la tesi sub d).

Ed infatti se è vero che il legislatore non ha utilizzato, nell'articolo 160, u.c., l.f. una espressione specifica come *obbligarsi o impegnarsi a*, la norma non può non essere letta in correlazione con la modifica apportata anche al successivo articolo 161 l.f., laddove, al comma 2, lett. d), si è previsto espressamente che "la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore".

In tale ultima disposizione si fa espresso riferimento ad un *obbligo* che il proponente deve assumere *verso ciascun creditore* a corrispondergli una utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile. Sembra esservi, dunque, un elemento letterale che possa maggiormente accreditare la tesi della introduzione di un vero e proprio obbligo di pagamento della percentuale minima di legge.

A ciò può aggiungersi, come ulteriore argomento, quanto contenuto nella relazione di accompagnamento alla legge di conversione, nella quale si osserva come la modifica dell'articolo 161 ha la "finalità di evitare che possano essere presentate proposte ..che lascino del tutto indeterminato e aleatorio il conseguimento di una utilità specifica per i creditori". L'obiettivo della determinatezza del conseguimento di una utilità specifica può raggiungersi solo ritenendo vincolante per il proponente la percentuale offerta (diversamente rimessa esclusivamente, e senza responsabilità per il promittente, all'alea della vendita successiva) e, dunque, la soluzione interpretativa prescelta sembra anche quella maggiormente in linea con la *ratio legis*.

Nulla vieta, ovviamente, che il proponente si obblighi al pagamento di una percentuale eguale o prossima al 20 % (sulla quale si misurerà, ai sensi dell'art. 186 l.f., il suo eventuale inadempimento) prospettando ai creditori la concreta possibilità di un soddisfacimento anche superiore, in ragione del valore di liquidazione dei beni costituenti l'attivo concordatario.

In caso di formazione di classi, il rispetto dell'obbligo di corrispondere almeno il 20% dei crediti chirografari andrà assolto non in relazione ad ogni singola classe ma con riferimento all'ammontare complessivo dei crediti chirografari. Depone in tal senso il tenore letterale dell'articolo 160, u.c., il quale da un lato non menziona l'ipotesi del concordato con classi e, dall'altro, fa riferimento all' "ammontare" dei crediti chirografari.

2. L'applicabilità della norma introduttiva della soglia del 20 % per i concordati liquidatori nell'ipotesi di concordati c.d. misti.

L'articolo 160, u.c., ha introdotto la soglia minima di soddisfacimento dei creditori chirografari con esclusione dei concordati con continuità aziendale di cui all'articolo 186 *bis* u.c.

Non vi è dubbio, dunque, che la soglia non trovi applicazione in tutte le ipotesi di concordato in continuità elencate nell'articolo 186 *bis*, comma 1, l.f.: si tratta di proposte di concordato che poggiano su piani di risanamento (ossia con prosecuzione dell'attività di impresa da parte dello stesso debitore) o su cessioni (o conferimenti) a terzi di una azienda in esercizio (anche secondo lo schema della cessione ai creditori, essendo anch'essa uno strumento di cessione a terzi).

L'articolo 186-*bis* prevede, tuttavia, che il piano possa contenere anche la previsione della liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa.

Occorre chiedersi se in questo caso trovi o meno applicazione la regola di cui all'articolo 160, u.c..

Non potendosi neppure immaginare una applicazione combinata delle due discipline (nel senso che, evidentemente, la regola della soglia o si applica o non si applica, senza sia possibile ipotizzare una applicazione differenziata per creditore a seconda della provenienza della liquidità destinata al suo soddisfacimento) si affacciano, in astratto, due possibili soluzioni: la prima, fondata sul criterio della prevalenza economica, secondo la quale sarebbe possibile applicare la regola della soglia secondochè la quota di attivo ritraibile dalla prosecuzione dell'attività di impresa (nel concordato di risanamento) ovvero dalla cessione a terzi dell'azienda in esercizio (nel caso di continuità con cessione) sia o meno superiore a quella ricavabile dalla liquidazione dei beni estranei al perimetro aziendale; la seconda, invece, fondata sul criterio della prevalenza della continuità, secondo la quale laddove vi sia un concordato anche solo parzialmente in continuità dovrebbe comunque applicarsi la disciplina di favore prevista dalla legge per tale tipologia di concordati (e, dunque, non troverebbe applicazione la regola della soglia) .

L'ufficio ritiene preferibile il secondo orientamento, e dunque che, anche in presenza di un piano concordatario che preveda di trarre dalla continuità aziendale (con risanamento o con cessione a terzi) risorse da distribuire ai creditori quantitativamente inferiori rispetto all'attivo estraneo al perimetro aziendale soggetto a liquidazione,

possano comunque ravvisarsi gli estremi del concordato in continuità anche ai fini della non applicazione della soglia minima di cui al novellato art. 160 u.c..

In favore di tale soluzione depone il tenore letterale dell'articolo 186-*bis*, comma 1, il quale, nel prevedere che il piano possa contemplare anche la liquidazione dei beni non più funzionali all'esercizio dell'impresa, ricomprende in modo palese anche tale eventualità (ossia quella del piano c.d. misto) nel più generale schema del concordato in continuità, senza operare alcuna ulteriore distinzione in funzione del peso specifico delle due componenti.

E' naturalmente, fatto obbligo al giudice di verificare che la prospettazione di una continuità aziendale non sia meramente ed esclusivamente strumentale al godimento dell'esenzione dalla regola della soglia minima di soddisfacimento dei creditori chirografari.

3. Se il concordato proposto da una società che abbia l'azienda concessa in affitto a terzi sia o meno da ritenersi concordato in continuità

Si tratta di un tema assai discusso sia in dottrina che in giurisprudenza, dove si rinvencono pronunce nell'una e nell'altra direzione.

Il tenore letterale dell'articolo 186, comma 1, l.f. non appare, di per sé, risolutivo: se la prima ipotesi di concordato in continuità ("..prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore") sembra porre l'accento sulla necessità di una conduzione diretta dell'azienda da parte del debitore, le altre due ipotesi, nella parte in cui richiamano la nozione di "azienda in esercizio" senza ulteriori specificazioni potrebbero, invece, far ipotizzare la sufficienza dell'elemento oggettivo della presenza di una azienda in esercizio, a prescindere dal soggetto (il debitore o l'affittuario) che in concreto la eserciti.

Pur nella consapevolezza che non tutte le norme speciali che regolano il concordato in continuità siano applicabili anche al caso dell'affitto di azienda, ritiene l'ufficio di prediligere – in linea con una chiaro *favor* del legislatore per questa tipologia concordataria, destinata, peraltro, nella prospettiva della c.d. riforma Rordorf a rimanere l'unica ipotesi di concordato preventivo - l'argomento secondo il quale, dal momento che l'affitto costituisce null'altro che lo strumento per mantenere l'azienda in vita, la continuità sussiste anche nel caso in cui la proposta di concordato provenga da una società che abbia concesso in affitto a terzi la propria azienda, ravvisandosi in entrambi i casi l'elemento qualificante della presenza di una azienda in esercizio.

Si presceglie, dunque, la tesi della continuità oggettiva o (anche) indiretta (ossia che ravvisa la continuità nel solo fatto della esistenza di una azienda in esercizio, a prescindere dal soggetto che la conduca) rispetto alla diversa opinione che individua nella presenza di una azienda esercitata direttamente dal proponente una condizione essenziale per far rientrare la fattispecie nell'ambito dell'articolo 186 bis l.f..

In dipendenza di tale opzione interpretativa si avrà che:

- anche nella ipotesi di piano concordatario che contempri una azienda in esercizio indiretto non troverà applicazione la regola posta dall'articolo 160, u.c., sull'obbligo di pagare un percentuale minima del 20 % dei crediti chirografari;
- i contenuti specifici del piano di cui all'articolo 186-bis, lett. a) (costi, ricavi, risorse finanziarie e fonti di finanziamento) dovranno trarsi dal progetto imprenditoriale del conduttore.

4. Se ed in quale misura sia ammissibile il pagamento dilazionato dei creditori privilegiati capienti nel concordato preventivo in continuità aziendale.

Nel concordato preventivo, mentre i creditori chirografari possono essere oggetto di una proposta che ne preveda la falcidia con riferimento sia al *quantum* che al *quando* del pagamento, i creditori privilegiati continuano a fruire – in linea di principio, e salvo quanto si dirà a proposito dell'articolo 186-bis l. fall. – di un regime di favore consistente:

- nella impossibilità di essere falcidiati nel *quantum*, se non nei limiti della incapienza ai sensi dell' articolo 160, comma 2, l. fall. (unica condizione che ne permette l'equiparazione, nel trattamento, ai creditori chirografari);
- nel diritto di continuare a percepire gli interessi legali (art. 169 l. fall. che richiama l'art. 55 l. fall.);
- nel diritto ad essere pagati in tempi coerenti con la loro natura di creditori assistiti da causa di prelazione e, dunque, nei casi in cui sia prevista la cessione dei beni sui quali la causa di prelazione insiste (cessione che dovrà, oggi, con l'introduzione dell'articolo 163 bis l.f., che si affianca all'art. 182 l.f., necessariamente avvenire per il tramite di una procedura competitiva anche nei casi dei piani c.d. "chiusi") nel momento in cui – analogamente a quanto accadrebbe se il creditore procedesse ad una espropriazione individuale – il bene verrà aggiudicato.

E' proprio in ragione di tale regime di favore che il creditore privilegiato capiente non è chiamato a votare sulla proposta concordataria se non rinunciando alla prelazione (art. 177 commi 2 e 3 l. fall.): il voto è, difatti, lo strumento attraverso il quale nel concordato preventivo diviene possibile la falcidia del diritto di credito con riferimento al *quantum* e/o al *quando*; se il credito non può essere inciso dalla proposta concordataria perché capiente e, dunque, destinato a conseguire non meno di ciò che avrebbe potuto realizzare in una espropriazione forzata in virtù del privilegio che lo assiste, non ha causa e titolo per votare.

Ciò detto, con l'introduzione del concordato in continuità aziendale il legislatore ha previsto anche che "il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'articolo 160, secondo comma, una moratoria fino ad un anno dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto al voto" (art. 186 bis, comma 2, lett. c).

La norma speciale introduce un diverso regime del tempo di pagamento dei creditori privilegiati capienti (per i creditori privilegiati in tutto od in parte incapiienti la disposizione ha cura di tenere ferma la disciplina dell'art. 160, comma 2, l.f.) in presenza di due presupposti: i) che si tratti di un concordato in continuità aziendale; ii) che il piano contempri il mantenimento della titolarità dei beni sui quali la causa di prelazione

insiste in capo alla proponente. Laddove, difatti, il piano preveda la liquidazione (ossia la cessione a terzi) di detti beni la moratoria non potrà essere invocata ma dovranno continuare ad applicarsi le regole generali (che prevedono, come detto in precedenza, la vendita tramite procedure competitive, da avviarsi immediatamente dopo l'omologazione - salva l'anticipazione della gara secondo il disposto dell'art. 163 bis l.f. - con conseguente pagamento dei creditori privilegiati una volta che sarà intervenuta l'aggiudicazione del bene).

In altre parole la norma detta un regime di favore per i – soli - concordati c.d. di risanamento, ossia quelli in cui la proponente non cede l'azienda a terzi ma ne conserva la titolarità proponendosi di pagare i creditori con i flussi derivanti dalla continuità aziendale (oltre, che, eventualmente, con la liquidazione dei beni non più essenziali) consentendo di dilazionare il pagamento dei creditori privilegiati capienti (i quali, non essendo prevista alcuna cessione dei beni sui quali insiste la loro causa di prelazione, avrebbero dovuto essere pagati immediatamente dopo l'omologazione) sino ad un anno.

E' noto che sono state avanzate in dottrina ed anche in giurisprudenza tesi secondo le quali il citato articolo 186-bis nella parte in cui dispone che "in tal caso" (quello della moratoria annuale) i creditori non hanno diritto al voto, andrebbe interpretato nel senso che abbia lasciato spazio ad "altri casi" (quelli della moratoria ultrannuale) nei quali sarebbe possibile prevedere una dilazione nel pagamento superiore all'anno verso il riconoscimento del diritto di voto in favore dei creditori privilegiati capienti interessati dalla dilazione.

Si tratta di orientamenti che, tuttavia, non vengono allo stato condivisi, e ciò in quanto pretendono di ricavare dalla norma una disciplina che in effetti non contiene, ossia di far discendere da una disposizione dettata con il chiaro e limitato intento di prevenire dal principio un possibile dubbio interpretativo (se sulla moratoria di un anno i creditori privilegiati dovessero esprimersi con il voto) l'esistenza di una deroga alla regola generale di cui all'articolo 177, comma 2, l. fall. della quale, in effetti, nella norma non vi è traccia.

In conclusione, si lascia preferire allo stato l'interpretazione secondo la quale è consentita una moratoria nel pagamento dei creditori privilegiati capienti in misura non superiore all'anno (salvo, ovviamente, espresso ed anticipato consenso del creditore stesso) e limitatamente alla sola ipotesi di concordato in continuità aziendale di risanamento (ossia senza cessione a terzi dell'azienda).