

L'esecuzione del concordato preventivo con cessione dei beni e di risanamento*

1. La relazione che mi è stata assegnata è dedicata all'esecuzione del concordato preventivo impostato su piani di diverso contenuto come quello con cessione dei beni e quello di risanamento.

Si tratta di due modelli estremamente distanti l'uno dall'altro non solo per il contenuto della proposta concordataria, ma anche per quanto riguarda il destino che il debitore traccia per il proprio futuro imprenditoriale. Sono invece potenzialmente vicini per ciò che concerne l'obiettivo ultimo – la conservazione di valori – attuabile a prescindere dal mantenimento della titolarità.

Oggi un piano concordatario può disegnare un *iter* liquidativo in funzione di un soddisfacimento programmato dei creditori e con o senza conservazione della continuità aziendale, oppure tendere grazie anche ad operazioni sul capitale e sull'organizzazione, a riequilibrare la situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa che prosegue, traendo dallo sfruttamento diretto delle potenzialità aziendali i mezzi per soddisfare i creditori.

I creditori possono trarre soddisfacimento: a) dalla stessa prosecuzione dell'attività, talvolta riposta nelle loro mani grazie all'attribuzione di strumenti partecipativi ad un'iniziativa economica che si avvale del complesso aziendale ceduto dall'impresa debitrice; b) da un concordato liquidativo secondo modelli (magari poco trasparenti) che consentono la conservazione di valori attraverso il passaggio di mano del complesso aziendale – transitato da un affitto durante la procedura – ad altro im-

* Relazione al Convegno «Soluzioni negoziali e istituti "preconcorsuali" nella gestione delle crisi di impresa» (Lanciano 7 - 8 ottobre 2011)

prenditore; c) da un *iter* di risanamento che conduce alla conservazione sulla scena economica del medesimo imprenditore ¹.

Nell'attuale assetto dell'ordinamento delle crisi quello della conservazione dei valori si presenta da alcuni anni come obiettivo pervasivo ², tanto che oggi la procedura concordataria, fruibile nelle più svariate situazioni e adattabile a scelte di diverso indirizzo, considera l'obiettivo della salvaguardia dell'impresa, e non solo dell'azienda, armonizzabile con quello, prioritario, della tutela degli interessi dei creditori e perfino nel fallimento la conservazione delle utilità aziendali esistenti deve essere perseguito ³ prioritariamente sempre che non rechi pregiudizio ai creditori.

¹ Possiamo, così, dire che “la composizione dei conflitti di interessi tra le differenti parti coinvolte nella crisi di una impresa è definitivamente affidata alle rispettive capacità di proporre più idonee architetture finanziarie e patrimoniali ed alle contrapposte capacità di comprenderle ed approvarle esprimendo necessariamente un proprio voto favorevole” (JACHIA, *Il concordato preventivo e la sua proposta*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di Fauceglia e Panzani, 3 Torino, 2009, p. 1581).

² Questo mutamento è stato colto anche da una recente sentenza della Corte Cost., 22 luglio 2010, n. 270 (sulla concentrazione Alitalia – Air One), in *Foro it.*, 2010, I, 2901, là dove afferma che si tratta di una “nuova modalità di approccio della crisi dell'impresa che caratterizza il nostro ordinamento, alla quale è stata ispirata anche la riforma della legge fallimentare, connotata dal superamento della concezione liquidatoria dell'impresa, in favore di quella diretta alla conservazione del valore dell'azienda, per fini di utilità sociale (tra questi la tutela del lavoro) conseguibile anche mediante cessioni e concentrazioni”.

³ L'art. 105, co. 1, l.fall. è chiara espressione di tale indirizzo legislativo: “La liquidazione dei singoli beni ai sensi degli articoli seguenti del presente capo è disposta quando risulta prevedibile che la vendita dell'intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti individuabili in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori”. È attorno alla conservazione dell'azienda o di suoi blocchi identificabili come rami – attraverso la cessione unitaria, ove questa non confligga con l'obiettivo prioritario del miglior soddisfacimento possibile dei creditori – che si dipana oggi la liquidazione fallimentare. La disciplina del fallimento mostra finalmente che la liquidazione concorsuale non è incompatibile con operazioni tese a valorizzare il complesso aziendale quali tappe funzionali alla cessione unitaria dell'azienda. Così attraverso l'esercizio provvisorio o l'affitto d'azienda il fallimento si propone anche quale procedura ricostruttiva dell'esistente anziché distruttiva come nel passato. La nuova normativa si muove sul filo di quella illuminata giurisprudenza che, pur in assenza di una specifica disciplina dell'affitto, aveva diverse volte cercato (alcuni dubbi erano stati avanzati in dottrina sull'utilizzo dell'affitto d'azienda da parte del curatore. La l. 23 luglio 1991, n. 223 recante “Norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro” prevedendo all'art. 3, co. 4, che “L'imprenditore che, a titolo di affitto, abbia assunto la gestione anche parziale, di aziende appartenenti ad imprese assoggettate alla procedura di cui al co. 1 (fallimento, liquidazione coatta, amministrazione straordinaria

È su quest'ultimo punto – in particolare sull'analisi e sulla sistemazione dei variegati interessi dei creditori – che la riforma si è soffermata superando alcuni capisaldi e giungendo così a proporre nuove soluzioni.

In questa rielaborazione è emerso che: 1) la conservazione dei valori esistenti non è incompatibile con il soddisfacimento dei creditori; 2) i

ria, concordato preventivo con cessione dei beni) può esercitare il diritto di prelazione nell'acquisto delle medesime" aveva sgombrato il campo in via definitiva dalle perplessità) in una procedura che si presentava con vocazione afflittiva per l'imprenditore, per l'impresa e anche, se pure fuor di ogni logica, per l'azienda, di non distruggere valori utili sia per il miglior realizzo fallimentare sia a fini sociali per gli effetti sull'occupazione e la produzione. Da un lato con l'affitto d'azienda si incrementa immediatamente la massa attiva attraverso il canone e dall'altro si amministra prospetticamente un valore. Sotto questo aspetto la procedura fallimentare si presenta oggi anche come procedura di gestione, anziché di mera conservazione, del patrimonio. Il nuovo art. 104-bis l.fall. prevede e regola l'affitto d'azienda o di suoi rami, disponendo che il curatore può addivenire a questa scelta prima di aver delineato e scandito tutte le tappe della procedura e quindi anche prima della presentazione del programma di liquidazione, che è pianificazione omnicomprensiva di tutto quanto può essere trasformato in denaro o può incrementare la massa attiva o, comunque, può influire (in termini di rischio) sul patrimonio destinato al soddisfacimento dei creditori. Anche l'utilizzazione dell'impresa o della sola azienda, in quanto scelte strategiche capaci di creare mutamenti nel patrimonio inserendo però elementi di rischio – più evidenti nell'esercizio provvisorio ma comunque non estranei neppure all'affitto d'azienda – e indirizzando in qualche misura la liquidazione e/o i suoi risultati, debbono quindi essere previste, accompagnate da idonea motivazione da parte del curatore, nel programma *ex art. 104 ter*. Comprensibile è allora la scelta del legislatore di consentire l'esercizio provvisorio e l'affitto d'azienda fin dalle battute iniziali della procedura, se giudice e/o curatore abbiano già individuato potenzialità nell'azienda. In ogni modo si tratta di scelte che implicano una visione a tutto campo della procedura fallimentare in termini di rischi (oltre che costi)-benefici. È evidente che l'affitto espone la procedura a minori rischi di quanto non possa essere l'effetto dell'esercizio provvisorio che è a cura della curatela e per questo motivo riceve maggiori assensi. A volte però, nonostante ciò, l'esercizio provvisorio potrebbe essere utilizzato in attesa che si realizzino le condizioni dell'affitto, ragion per cui i due strumenti possono supportarsi vicendevolmente cercando di raggiungere l'obiettivo della vendita unitaria. Potrebbe poi affiancarsi – non raffigurandosi nella fattispecie una violazione del diritto di concorrenza sancito dall'art. 2557, co. I ed esteso all'affitto in virtù del co. IV dello stesso articolo poiché la norma si dirige alle ipotesi di inizio di nuova impresa – all'affitto di un ramo (per il quale si programma la cessione), l'esercizio provvisorio dell'altra parte dell'azienda. Certo il sentiero non è scevro da pericoli sia per l'azienda sia per i creditori. Per questo l'art. 104 bis, più che rendere attraente l'affitto per gli imprenditori *in bonis*, introduce cautele a protezione dei creditori. Questa volta l'autonomia privata deve cedere dinanzi alla legge del concorso che impone ritmi e regole in funzione della miglior tutela dei creditori.

creditori non sono necessariamente antagonisti del recupero dell'azienda o dell'impresa, essendo anzi spesso interessati a mantenere un interlocutore economico; 3) i creditori (chirografari), in ragione dei diversi interessi dei quali sono portatori, possono accettare trattamenti diversificati; 4) non vi è ragione di assicurare ai privilegiati più di quanto realizzerebbero dalla liquidazione del bene; 5) l'armonizzazione degli interessi è possibile solo attraverso la condivisione delle scelte raggiunta ad un tavolo di trattative liberamente condotto dal debitore e dai creditori e non guidato, quindi, dall'autorità giudiziaria che opera soltanto una supervisione, in punto di regolare svolgimento del procedimento seguito dalle parti.

A fronte di una visione plastica degli interessi dei creditori, che legittima trattamenti "su misura" e, quindi, diversificati, si stagliano piani e proposte concordatarie ⁴ estremamente flessibili perché il legislatore li ha liberati da contenuti, schemi, tipologie, durata ed importi di soddisfacimento prefissati.

Il nuovo ordinamento della crisi si è spinto più in là, non vincolando l'imprenditore né a mettere a disposizione tutti i suoi beni – così come sulla base del principio civilistico della responsabilità patrimoniale sarebbe imposto – né a proporre una determinata percentuale in un certo lasso temporale, né ad offrire un pagamento potendo, invece, prevedere assegnazioni ai creditori di strumenti finanziari, e tra questi anche di azioni o quote di società costituite *ad hoc* per traghettarvi le attività dell'impresa proponente il concordato. Il soddisfacimento dei creditori rimane come l'unico obiettivo fissato esplicitamente dalla norma ⁵, ma

⁴La decisione del debitore di risolvere la sua crisi ricorrendo allo strumento concordatario si riflette nella redazione: a) di una proposta economica indirizzata ai creditori, b) di un piano operativo – nel quale è analiticamente articolata e motivata la scansione delle operazioni che condurranno all'adempimento della proposta – accompagnato da un'attestazione di fattibilità di un professionista che fornisce supporto informativo agli stessi creditori e al giudice e c) di una domanda rivolta al giudice. Ogni riflessione sul concordato preventivo non può che muovere dall'oggetto dell'offerta concordataria e dal programma attraverso il quale tale offerta potrà calarsi dal momento propositivo a quello fattuale. L'art. 160 è incentrato su questi due momenti dei quali protagonista è l'imprenditore-debitore. Proposta e piano sono interconnessi, la prima non potendo essere valutata senza il secondo (il supporto documentale, la guida) che illustra come si possa giungere al risultato descritto.

⁵ Quest'ultimo è un segnale forte da parte del legislatore, volendo evitare non solo concordati nei quali non si realizzi – a differenza del fallimento dove lo spossessamento spiega i suoi effetti in senso assoluto e dove il curatore può procedere alla ricostituzio-

convive con quello della conservazione ⁶ alla quale il ceto creditorio può collaborare assumendo il rischio della partecipazione ad una *newco*.

In cambio dell'acquisita libertà di manovra, la legge impone però all'imprenditore nitidezza e trasparenza d'intenti. Tutto è possibile se chiaramente e analiticamente esposto in un documento programmatico che contenga l'esplicazione non solo degli strumenti giuridici ma anche delle operazioni economiche e finanziarie, esattamente qualificate e quantificate con la loro scansione temporale descrivendone i risultati attesi ⁷. È dall'art. 160 l.fall. che emerge il piano come l'architettura sulla quale si impernia la proposta rivolta ai creditori. Tale documento illustra il percorso negoziale, finanziario, economico e – a seconda della sua tipologia – anche imprenditoriale che potrà consentire al proponente

ne del patrimonio grazie all'utilizzo delle azioni revocatorie e risarcitorie – alcun tipo di soddisfacimento, ma anche concordati che servano all'imprenditore per abbattere i suoi debiti ma non per risolvere una crisi che non esiste. È evidente che tutto si svolge nell'ambito privatistico con grandi e flessibili margini di manovra che – se pur con limiti e precauzioni – possono riguardare non solo i creditori chirografari (mediante il classamento) ma anche i creditori privilegiati quando si possa proporre loro, a causa del divario tra valore di mercato del bene ed importo del credito su di esso garantito, un soddisfacimento decurtato.

⁶ Come altrove ho affermato (rinvio a *Debitore, creditori e patrimonio: legislazioni a confronto. Alcune riflessioni a partire dall'opera di Ariel Angel Dasso «Derecho concursal comparado»*, in *Dir. fall.*, 2011, I, p. 286) nelle recenti norme italiane dedicate alla regolamentazione della crisi dell'impresa di dimensione “normale” – a differenza di come si sono mossi legislatori di altri ordinamenti concorsuali e di quanto è stabilito nell'art. 1 del d.lgs. 270/1999 (*“L'amministrazione straordinaria è la procedura concorsuale della grande impresa commerciale insolvente, con finalità conservative del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali”*) – non è stata tradotta in un principio chiaramente enunciato “la nuova prospettiva di recupero delle capacità produttive dell'impresa” nonostante questa “meta” sia incisivamente affermata nella Relazione di accompagnamento fin dall'esordio.

⁷ Il piano diventa così la indefettibile «mappa di riferimento della procedura concordataria» da un lato assumendo «il ruolo di strumento principe dal quale desumere le linee di ingegneria finanziaria che l'imprenditore intende attuare al fine di superare quello stato di crisi ovvero di insolvenza in cui il medesimo si è venuto a trovare in conseguenza del deteriorarsi dell'equilibrio economico» (MANDRIOLI, *Struttura e contenuti dei «piani di risanamento» e dei «progetti di ristrutturazione» nel concordato preventivo e negli accordi di composizione stragiudiziale delle situazioni di «crisi»*, in *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi di impresa*, Milano, 2006, p. 458), dall'altro costituendo sia «l'elemento focalizzante della successiva relazione del professionista» sia la base informativa per i creditori e per il giudice (così Trib. Monza, 21 luglio 2006 (inedito) citata in *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, Milano, 2008, *sub* art. 160, p. 1430).

di adempiere l'obbligazione concordataria. Sotto questo aspetto il piano rende edotti i creditori sul supporto operativo della proposta. Ai creditori è rimesso, però, anche il giudizio di convenienza ed a tal fine vengono supportati da controlli di fattibilità del piano non solo iniziali ma anche *in itinere*, affidati a soggetti di differente investitura.

La legge prevede in sequenza tre controlli chiave: a) un controllo preliminare di fattibilità del piano; b) un controllo di legittimità sostanziale della proposta documentalmente corredata da parte del tribunale; c) un controllo prognostico sulla proposta da parte del commissario giudiziale che, muovendo da un lato dalla storia dell'impresa, della gestione, della crisi e dall'altro dall'analisi del patrimonio e delle risultanze contabili offre ai creditori un quadro e una valutazione su ciò che andranno a discutere in adunanza.

Si tratta di controlli "tecnici" funzionali all'informazione affinché i creditori possano valutare la convenienza della proposta per loro analizzata da "tecnici" in collegamento: 1) al piano; 2) al procedimento; 3) al patrimonio e allo stato dell'impresa.

In ciò non si esaurisce però la tutela dei creditori. Nella stessa misura in cui i creditori non sono soddisfatti dalla presentazione di una proposta conveniente supportata da un piano fattibile e inserita in un procedimento regolare, bensì dall'adempimento, così la proposta non può considerarsi completa se manca la fissazione e la descrizione dell'*iter* esecutivo di detta proposta. In tale punto sono posti limiti, competenze e controlli attraverso l'individuazione dei soggetti investiti compiti esecutivi. Come diversi possono essere i modelli di piani, così diverse sono, però, le operazioni che in quella fase dovranno e/o potranno essere compiute. Un concordato a geometria variabile come l'attuale si riflette sull'organizzazione della fase esecutiva che necessita di essere ogni volta plasmata alla fattispecie se pur nel quadro di una necessaria vigilanza sugli adempimenti previsti nel piano senza tuttavia una reintroduzione surrettizia in questa fase di controlli sul merito della proposta già votata dai creditori.

Tali prescrizioni possono essere essenziali per la valutazione di un piano sia sotto il profilo della convenienza, sia sotto il profilo della tutela apprestata agli interessi in giuoco. Il discorso è delicato in un concordato liquidativo-satisfattivo dove l'esecuzione impone controlli di regolarità e di funzionalità sulle operazioni di vendita, ma lo è forse di più in un concordato di risanamento nel quale l'esecuzione può consistere esclusivamente nella gestione dell'impresa.

Come la fase precedente all'omologazione, scandita dalla legge, impone controlli per atti e attività (oltre a quelli descritti sui documenti)

per sventare e colpire eventuali “atti pregiudizievoli”, così la fase successiva diretta ad eseguire il piano e ad adempiere alla proposta, non può essere priva di controlli sulla realizzazione del piano così come è stato presentato e approvato dai creditori.

La libertà, e quindi varietà, di contenuto della proposta concordataria oggetto di una condivisione protetta non esime la fase esecutiva da controlli, per salvaguardare l'interesse dei creditori all'adempimento nei termini fissati.

Il legislatore del '42 e poi quello della riforma hanno posto un principio generale per l'esecuzione del concordato ed alcuni principi per l'esecuzione del concordato con cessione dei beni. I principi conati nel '42 a fronte di due soli modelli concordatari (con garanzia e con cessione dei beni) e ripresi con poche e non chiarificatrici aggiunte nel 2005-2007 non solo sono insufficienti a coprire la possibile varietà di piani concordatari ma soprattutto sembrano essere stati posti con scarsa consapevolezza del mutato terreno in cui andavano ad operare. In sostanza se le modalità dell'esecuzione qualificano un piano oggi rimesso alla disponibilità del proponente ed alla condivisione con i creditori ci chiediamo: 1) se il piano debba (e non possa) contenere l'indicazione delle modalità esecutive; 2) se la flessibilità del piano e l'ampio spazio di manovra riservato all'autonomia privata riguardino anche la predisposizione della fase esecutiva; 3) fino a dove possa spingersi la negozialità e quali siano – se vi siano – i limiti che l'autonomia privata incontra nella redazione di un piano concordatario con riferimento alla organizzazione della fase esecutiva; 4) se l'obiettivo della conservazione che si estrinsechi in un piano di risanamento dell'impresa imponga – o almeno consigli – una qualche regolamentazione della fase esecutiva, atteso che la disciplina è muta al riguardo; 5) se l'autorità giudiziaria, nell'ambito del potere di controllo di regolarità ad essa demandato in sede di omologazione possa modificare le disposizioni del piano concordatario già approvato dai creditori o integrarlo in modo da mutarne sostanzialmente le linee esecutive.

2. Conclusa la fase dei controlli sulla procedura che culmina con l'omologazione, si apre una fase autonoma contraddistinta “da atti negoziali ed operazioni materiali collegati sotto il profilo economico e tesi all'adempimento del concordato”. Fino al 2005, sussistendo due soli modelli concordatari (per garanzia e con cessione dei beni) peraltro governati dalla legge e gestiti dalla presenza “forte” dell'autorità giudiziaria con nessuna apertura all'autonomia privata, tale fase esecutiva conosceva essenzialmente operazioni di liquidazione, di prestazione di garanzie

(promesse ma fino a quel momento non ancora prestate) e di pagamento. Due le norme regolatrici dell'esecuzione poste dal legislatore del '42: gli artt. 185, norma generale a presidio della corretta esecuzione e 182 per la specificità del concordato con cessione dei beni.

La disciplina dell'esecuzione del concordato preventivo *tout court* non è stata incisa dalla riforma che ha mantenuto la già laconica disposizione contenuta nell'art. 185 l.fall., tutta incentrata su un ruolo del commissario giudiziario – disegnato nel '42 come custode del corretto adempimento e informatore del giudice delegato, a sua volta privato del ruolo attivo che il secondo comma dell'articolo citato continua ad attribuirgli nonostante il chiaro disposto dell'art. 180, co. 6 – oggi sospeso tra il pozzo dell'art. 186 e il pendolo dell'art. 173. Una laconicità che deve fare i conti con l'attuale plasticità del concordato preventivo che si traduce in una “maggiore complessità (potenziale) dei piani concordatari” e conseguentemente “in una corrispondente maggiore complessità degli scenari esecutivi”⁸ i quali potrebbero essere compatibili con modalità diverse di sorveglianza e di informazione (quella di cui all'art. 185 costituendo il *minimum* dal quale non si può prescindere)⁹, di volta in volta stabilite nel piano e/o integrate dal Tribunale sulla base del potere di controllo sulla regolarità che gli compete (argomentando *ex art.* 185 “Dopo l'omologazione del concordato, il commissario giudiziale ne sorveglia l'adempimento, secondo le modalità stabilite nella sentenza di omologazione”)¹⁰.

Ritengo che la sorveglianza sulla corretta esecuzione del concordato non sia incompatibile con l'attuale assetto concordatario imperniato sull'esaltazione dell'autonomia privata né, tanto meno, sulla pienezza della capacità dispositiva riacquistata dal debitore con l'omologazione. Ciò che a mio avviso deve essere segnalato è che deve trattarsi di un controllo di conformità, una verifica che le operazioni poste in essere siano quelle previste nel piano secondo tempi, scadenze ed importi in esso previsti.

⁸ FILOCAMO, *Esecuzione del concordato*, a cura di FERRO, in *La legge fallimentare*, Padova, 2011, p. 2222; GUGLIEMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005, p. 115.

⁹ FAUCEGLIA, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di Fauceglia e Panzani, cit., pp. 1758-1759; AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, Padova, 2007, p. 150.

¹⁰ Sul punto cfr. anche FILOCAMO, *Esecuzione del concordato*, cit., pp. 2224-2225.

Anzi credo che il proponente – come tornerò a dire più avanti – potrebbe trovare il sostegno ad un piano di risanamento proprio in una modulazione della sorveglianza nella fase in cui dovrebbe cessare il controllo continuativo del commissario giudiziale e l'integrazione dei poteri del debitore da parte del giudice delegato.

Il principio espresso nell'art. 185 l.fall., secondo cui nella fase esecutiva del concordato il commissario giudiziale svolge una funzione di sorveglianza e di informazione, è da ritenersi applicabile in generale ad ogni modello concordatario, salvo poi dover tener conto della particolare modulazione che la fase esecutiva può assumere in presenza di cessione dei beni o, come è possibile ritenere, di un piano di risanamento.

3. Per determinare la disciplina applicabile alla fase esecutiva di un concordato preventivo ¹¹ dobbiamo così muovere dall'identificazione del modello seguito nel relativo piano.

Quello con cessione dei beni richiama alla mente – almeno nella sua denominazione – uno dei due “vecchi” modelli concordatari (l'altro è quello con garanzia disciplinato nell'art. 160, co. 2, n. 1, della legge fallimentare del 1942, modello che tuttora può essere utilizzato dal proponente che voglia impegnarsi ad un certo soddisfacimento, eventualmente avvalendosi anche di garanzie di terzi, ma conservando nelle proprie mani ogni potere relativo all'esecuzione dell'accordo) ed in esso può coincidere in tutto o in parte a seconda che l'imprenditore intenda realizzare l'obiettivo del soddisfacimento dei suoi creditori con la cessione del “complesso dei beni” o invece di alcuni beni soltanto insieme ad altra modalità satisfattiva; intenda prevedere la cessione dei beni ai creditori assumendosi personalmente l'incarico di procedere alla liqui-

¹¹ Un discorso sulla fase esecutiva del concordato preventivo deve tener conto di diverse tematiche: a) la presenza di una disciplina (comunque lacunosa) dedicata a questa fase racchiusa negli artt. 182 e 185, in parte rimasta inalterata dopo la riforma e quindi generatrice di consistenti dubbi interpretativi perché viene a dover essere applicata ad una procedura marcatamente difforme da quella precedentemente regolamentata, in parte integrata da disposizioni che però risultano di difficile lettura nella misura in cui possa deriverne un ribaltamento dell'impostazione di fondo del nuovo concordato; b) la difficoltà di costruire nuovi schemi esecutivi utilizzando norme di vecchi schemi; c) l'esigenza, ma nel contempo la difficoltà, di tracciare binari di indirizzo sia all'autonomia privata che al Tribunale affinché sia salvaguardata la formula negoziale nel rispetto però dei diritti dei creditori; d) l'incidenza del proseguimento dell'attività, soprattutto quando essa costituisca il baricentro del piano come accade, appunto, nel concordato di risanamento, sull'adempimento dell'obbligazione assunta dal proponente.

dazione, ovvero offrire la cessione dei beni e chiedere la nomina di un liquidatore giudiziale, o ancora intenda proporre la cessione dei beni e chiedere la nomina di un liquidatore ma affinché esegua tutta una serie di atti già previsti, in esecuzione di impegni già assunti dal debitore, quali contratti preliminari di compravendita subordinati all'omologa del concordato.

Con un concordato con cessione dei beni ai creditori (di tutto il patrimonio comprendente il compendio aziendale) si può realizzare nel contempo la conservazione di valori attraverso un contratto di affitto di azienda “ponte” contenente un’offerta irrevocabile di acquisto condizionata al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato preventivo. Peraltro anche con la cessione dei beni ad un assuntore-terzo, che non sia un mero speculatore, si può realizzare la conservazione del valore aziendale nel caso in cui il complesso produttivo sia utilizzato per l’esercizio di un’impresa già esistente o costituita *ad hoc*.

L’azienda sarà comunque trasferita ad altro soggetto, che può essere una società già esistente o anche una società di nuova costituzione. In entrambi i casi sarà esercitata un’impresa che si avvale dell’azienda acquistata alla quale potranno essere apportate modifiche alla struttura per adeguarla al settore, alla dimensione, al mercato della società acquirente. A questa potrebbero partecipare i creditori concordatari da soli o al fianco di terzi o di “brandelli” più o meno consistenti della proprietà cedente. Talvolta partecipano alla *newco* soci o manager della società in concordato o di una società del gruppo insieme ad un finanziatore, magari istituzionale, garante sia della riuscita che della trasparenza dell’operazione. La legge non pone preclusioni a siffatte partecipazioni che assicurano la conoscenza del mercato e quella continuità senza le quali lo *start-up* dell’iniziativa potrebbe essere più lento e più rischioso. Con questo tipo di concordato, spesso necessitato dal livello raggiunto dalla crisi, che impone una decisa ristrutturazione dei debiti, oltre che dall’esigenza di presentarsi con un volto nuovo – se l’obiettivo è raggiunto – vi è continuità aziendale.

Da parte di diversi settori questi tipi di concordato sono guardati però con malcelato sospetto in quanto serpeggia il dubbio che il debitore “ricompri” l’azienda a un prezzo inferiore a quello che un soggetto veramente terzo avrebbe potuto pagare. Alcuni creditori sono restii ad accettarli.

4. In certi casi la trasparenza “paga” di più. Quando un’analisi meticolosa della situazione finanziaria, economica, strutturale e di mercato lo consenta e inoltre permanga la fiducia nell’imprenditore, sarà pos-

sibile optare per un concordato accompagnato da un piano di risanamento diretto, portato avanti cioè dallo stesso imprenditore proponente. A differenza del concordato con cessione dei beni che attua la continuità aziendale attraverso l'affitto d'azienda e la successiva cessione, e nel quale il risanamento ha ad oggetto l'esposizione debitoria (e perciò è chiamato di risanamento indiretto), nell'ipotesi del concordato di risanamento (diretto) oggetto dell'intervento è il complesso aziendale che alla fine rimane nella titolarità del proponente il concordato. In questo caso si realizzerà la continuità imprenditoriale.

Attraverso la procedura concordataria l'attività, esercitata dallo stesso imprenditore, rispettando scadenze e operazioni previste nel piano, viene posta sotto controllo degli organi mentre il pregresso è congelato e le azioni esecutive sono bloccate, senza impedimenti però per una eventuale nuova finanza funzionale all'esecuzione.

In un concordato di risanamento diretto, la proposta ai creditori potrà concretizzarsi o 1) in una moratoria funzionale al ripristino della solvibilità o 2) in una ristrutturazione dei debiti con soddisfacimenti programmati dei creditori. L'alternativa è possibile dal momento che il concordato preventivo attuale fissa il suo obiettivo nel soddisfacimento dei crediti consentendo, però, attraverso diversi e flessibili percorsi, la ristrutturazione dei debiti.

Siamo quindi dinanzi ad un modello – quello del concordato preventivo di risanamento – che se per un verso è indubbiamente accostabile all'abrogata amministrazione controllata, per un altro non conosce i limiti che compromettevano l'esito di quella procedura.

È sufficiente pensare che nel concordato di risanamento, a differenza dell'amministrazione controllata, è possibile: a) cedere beni non strumentali o anche rami d'azienda non utili al piano; b) proporre una ristrutturazione dei debiti o, in alternativa, il pagamento integrale se pur rinviato al momento del programmato ripristino della solvibilità; c) accedere a una nuova finanza che darà luogo a crediti prededucibili anche in un eventuale successivo fallimento; d) usufruire di un arco temporale più ampio entro cui programmare il risanamento. Il soddisfacimento però – a differenza dell'amministrazione controllata – dovrà avvenire sempre e comunque all'interno della procedura concordataria.

La continuazione dell'attività è il perno del concordato di risanamento in quanto è direttamente utile a risanare l'azienda e indirettamente a soddisfare i creditori. Il cuore del piano è costituito dalla descrizione del percorso imprenditoriale che si reputa funzionale al risanamento, in quanto ciò che può far convergere gli interessi dei creditori è il progetto di continuazione dell'impresa.

Questo è il punto sul quale i protagonisti di un tale piano debbono riflettere. Nel concordato di risanamento i creditori potrebbero essere attratti da un soddisfacimento differito ma integrale trascurando il fatto che l'adempimento di tale proposta è legata all'esito dell'esercizio dell'impresa sulla quale pesano in ogni caso variabili più numerose di quante possano incidere sulla liquidazione del patrimonio in un concordato con cessione dei beni, nel quale l'esercizio dell'impresa è invece marginale e soprattutto residuale quando sia svolta dallo stesso proponente per terminare produzioni in corso o addirittura irrilevante come quando sia portata avanti in un affitto d'azienda.

Ne discende che in un concordato di risanamento rispetto all'esercizio dell'impresa non vi è differenza tra la fase della procedura e la fase esecutiva, perché in entrambe – e non potrebbe essere diversamente – l'attività prosegue.

Così non è nel concordato con cessione dei beni nel quale la scansione e la differenza funzionale tra le due fasi è netta.

5. La differenza tra un piano di concordato con cessione dei beni e un piano di concordato di risanamento in senso proprio si riflette sulla conformazione della fase di esecuzione tenendo presente che dal punto di vista normativo mentre per il concordato con cessione dei beni è presente una traccia di disciplina racchiusa negli artt. 182 e 185, per il concordato di risanamento è l'interprete che deve ricostruirlo nel solco del nuovo sistema e, quindi, di una assoluta autonomia del proponente che deve essere assunta anche come chiave di lettura delle norme, quando presenti, (gli artt. 182 e 185) o della ricostruzione della fase esecutiva nel caso di silenzio del legislatore.

Se nel concordato con cessione dei beni, la fase esecutiva, consistendo esclusivamente nella concretizzazione degli atti volti al soddisfacimento dei creditori dopo che l'eventuale prosecuzione dell'attività da parte del proponente – funzionale all'esaurimento di produzioni in corso – temporalmente circoscritta alla fase della procedura, sarà ormai cessata, ha una chiara conformazione, così non è nell'altro modello concordatario.

Nel concordato c.d. "di risanamento", infatti, nel quale il soddisfacimento è legato inscindibilmente all'esercizio dell'impresa attorno al quale ruota la soluzione stessa della crisi di modo che l'attività transita dall'ammissione, percorre la fase della procedura giungendo, senza soluzioni di continuità, alla fase esecutiva, ci chiediamo come quest'ultima fase possa essere conformata.

In sostanza la domanda che sorge è se l'esecuzione di un concordato preventivo, funzionale comunque al soddisfacimento dei creditori, possa

consistere nella stessa attività d'impresa, anziché in una monetizzazione del patrimonio o in un immediato soddisfacimento e inoltre quale sia il regime applicabile a una siffatta fase. Ma non è tutto. Se infatti in quest'ultimo tipo di piano l'attività, costituendo formula ad un tempo necessaria sia per conservare valori e titolarità, sia per ripristinare la solvibilità – come era nella abrogata amministrazione controllata – fluisce senza cesure, come è possibile riconoscervi diverse fasi e per giunta con diversi obiettivi e controlli? Potremmo ipotizzare che in questo tipo concordatario, fin dall'ammissione, l'esercizio dell'attività costituisca esecuzione del piano.

Se così è, tenendo presenti le peculiarità evidenziate, dobbiamo adesso esaminare la disciplina disponibile in punto di esecuzione del concordato preventivo *tout court* e del modello con cessione dei beni per vedere se possa essere applicata alla fase esecutiva del concordato di risanamento.

6. Iniziando dall'art. 182 l.fall., ricordiamo che anche per questa norma il legislatore – anziché costruire una nuova norma tenendo conto delle caratteristiche dell'attuale concordato preventivo nel quale la cessione dei beni, scandita o meno in operazioni raffigurate puntualmente nel piano, può esaurire la proposta rivolta ai creditori oppure al contrario può costituire uno soltanto degli strumenti soddisfattivi previsti ¹², di modo che, in questo secondo caso, il concordato sarà da ritenere con cessione di beni e non con cessione dei beni – ha scelto la strada di intervenire sul tessuto vecchio ¹³.

Il primo comma dell'art. 182 l.fall. dispone che: “*Se il concordato consiste nella cessione dei beni e non dispone diversamente, il tribunale*

¹² Un'apertura verso soluzioni miste (cessione di parte e dei beni e prosecuzione dell'attività d'impresa) è stata manifestata da Trib. Palermo, 18 maggio 2007, in *Il fallimento*, 2008, 75 ss.

¹³ L'art. 182 durante la vigenza della legge del '42 è stato ritenuto applicabile oltre che all'ipotesi letteralmente prevista del concordato con cessione dei beni – anzi precisamente dell'intero patrimonio del debitore – anche alle forme miste, nelle quali l'offerta della cessione dei beni si accompagnasse all'offerta di pagamento in percentuale. Si ammetteva – e sul punto si era pronunciata la Cass., n. 2295 del 1978 – la cessione anche di beni di terzi. Si discuteva se si dovessero comprendere anche i beni sopravvenuti: in senso positivo, in giurisprudenza, Trib. Belluno, 9 luglio 1994 e in dottrina SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 486; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, IV, Milano, 1974, p. 2232. In senso contrario, in dottrina, BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, in *Comm. Scialoja-Branca. Legge fall.* a cura di Bricola, Galgano, Santini, Bologna-Roma, 1979, p. 70.

nomina nel decreto di omologazione uno o più liquidatori e un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione e determina le altre modalità della liquidazione”.

Una lettura della norma diretta a contestualizzarla nel nuovo sistema non può non prendere atto di un potere attribuito al proponente di congegnare la fase esecutiva e parallelamente di una legittimazione integrativa del tribunale ¹⁴. Sorge a questo punto il dubbio che il piano debba contenere tali disposizioni dal momento che – per quanto già osservato – “l’interesse” che un piano presenta per i creditori sarà riferibile anche alle modalità esecutive ¹⁵. Ritengo quindi che i creditori debbano pronunciarsi anche su tali modalità le quali, allora, dovranno far parte necessariamente del contenuto del piano. Al tribunale spetta soltanto il compito di integrare non di compilare una parte necessaria del piano né tanto meno di modificare ciò che i creditori hanno ormai approvato perché “al tribunale non è mai consentito modificare la proposta concordataria, con l’effetto che il decreto di omologazione interviene su un <pacchetto> preconfezionato” ¹⁶.

Il legislatore del 2007 ha cambiato la rubrica dell’art. 182 l.fall. che è passata da “provvedimenti in caso di cessione dei beni” a “provvedimento in caso di cessione di beni”, con ciò sembrando prendere atto delle variegate strutture di un piano concordatario nel quale può essere inserita anche una cessione di beni.

Come già ricordato – caduto l’obbligo di rispettare una proposta-

¹⁴ FABIANI, *Concordato preventivo con cessione dei beni e predeterminazione delle modalità della liquidazione*, in *Il fallimento*, 2010, pp. 593-601. precisa che: “Nel caso di necessarie integrazioni l’intervento del Tribunale dovrà comunque muoversi nel solco tracciato dal piano, non potendo essere occasione per deviarvi. Dinanzi ad un piano, contenente anche l’articolazione della liquidazione, e ad una proposta approvati dai creditori, il tribunale, in assenza di opposizioni, è tenuto ad omologare la domanda concordataria rispettando *in toto* ciò che le parti hanno condiviso e quindi astenendosi da disporre nuovamente e/o diversamente da quanto ormai è oggetto dell’incontro delle volontà delle parti”.

¹⁵ Diversamente FABIANI, *Concordato*, cit.: “Il piano concordatario – merita sempre ricordarlo – non deve necessariamente, pur avendone la facoltà di farlo, neppure scendere nei dettagli della sua esecuzione. Ciò che conta è che i creditori siano posti in grado di valutare attraverso la lettura del piano, così come è stato confezionato, se la proposta ad esso collegata potrà essere adempiuta e se è conveniente. Appartiene, infatti, ai creditori la decisione di bocciare piani non sufficientemente chiari, incompleti, magari nebulosi, su tutti i passaggi che dovrebbero portare all’adempimento della proposta”.

¹⁶ FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna-Roma, 2011.

tipo preconfezionata per legge destinata ad assicurare il pagamento di una certa percentuale del credito e dovendo oggi il debitore assicurare un soddisfacimento variamente rappresentabile a seconda dell'interesse che muove il creditore concordatario e che può conciliarsi (o addirittura coincidere) con l'interesse del debitore a perseguire un tentativo conservativo (proprio o improprio) – la cessione di tutto il patrimonio, in ossequio al principio scolpito nell'art. 2740, è divenuta una possibilità cessando di costituire un obbligo.

Tuttavia poi osserviamo *l'incipit* del primo comma che è rimasto inalterato e così svanisce l'attesa di una disciplina adeguata alla fattispecie concordataria che contenga una cessione di beni, la quale potrebbe ricomprendere la fattispecie in cui il debitore ha destinato – in rispetto dell'art. 2740 c.c. – tutto il proprio patrimonio al soddisfacimento dei creditori. Il fatto che il primo comma del 182 faccia riferimento alla cessione dei beni (la quale non può ricomprendere l'ipotesi ridotta di cessione di beni), induce a ritenere che non costituisca norma di portata generale applicabile indifferentemente in ciascuna delle due fattispecie.

Soltanto quando il piano ruoti attorno alla cessione del patrimonio del debitore ai creditori si applicherà – nei limiti e alle condizioni che vedremo – la disciplina racchiusa nell'art. 182 l.fall. Così è sicuramente da escludersi l'applicazione di tale disciplina nel caso ¹⁷ in cui il proponente assicuri il pagamento integrale dei creditori privilegiati ed in percentuale di quelli chirografari mediante il realizzo di cespiti patrimoniali al quale provvedano gli stessi legali rappresentanti del debitore. In tal caso, infatti, saremmo dinanzi ad un concordato preventivo con garanzia la cui esecuzione, in quanto tale, è rimessa totalmente al debitore senza che si possano porre neanche dubbi circa l'applicabilità dell'art. 182.

Parimenti non può qualificarsi “con cessione dei beni” la proposta di concordato che pur prevedendo la sostanziale dismissione nel tempo del patrimonio sociale si prefigga nell'immediato – proprio al fine di reperire le risorse finanziarie indispensabili all'esecuzione del piano – il proseguimento dell'attività e quindi la diretta gestione del patrimonio sociale con finalità conservative. In tale ipotesi, non appare né corretta, né necessaria la nomina di un liquidatore giudiziale e di un comitato dei creditori ¹⁸ ex art. 182 l.fall., dovendosi ritenere sufficiente la funzione di controllo che sarà svolta dal commissario giudiziale ai sensi dell'art. 185 l.fall.

¹⁷ La fattispecie è stata esaminata da Trib. Milano, 29 dicembre 2005, in *www.ilcaso.it*.

¹⁸ In tal senso si è pronunciato Trib. Mantova, 15 luglio 2008, in *www.ilcaso.it*.

7. La laconica norma del '42, in virtù dell'inciso che rimetteva all'autonomia privata la previsione di un *iter* diverso avente soltanto il limite di dover assicurare il soddisfacimento dei creditori secondo tempi e importi previsti nella proposta omologata, aveva carattere dispositivo e di questo la dottrina non pareva dubitare ¹⁹.

La situazione anteriore alla riforma era tale per cui la Cassazione aveva avuto modo di osservare come “il liquidatore non fosse condizionato da alcuna limitazione, nell'esercizio delle funzioni cui risultava preposto – al di là della sorveglianza del commissario giudiziale e della direzione del giudice delegato – e conseguentemente libero risultava nella scelta delle forme ritenute più utili per conseguire il miglior realizzo nell'interesse della massa concorsuale, conservando la piena capacità negoziale, senza alcuna necessità di preventive autorizzazioni”²⁰.

In tal senso, anche le modalità di vendita dei beni potevano collocarsi nell'area della più ampia discrezionalità, al di fuori di rigorose proceduralizzazioni che la legge fallimentare, invece, contempla per le liquidazioni immobiliari nel fallimento, allorché considera come forme possibili la vendita con incanto e quella senza incanto e privilegia la prima come ordinaria forma di vendita, assegnando a quella senza incanto un ruolo subordinato ²¹.

Tale orientamento è stato confermato – relativamente ad un concordato che si collocava nel periodo a cavallo tra il 2005 e il 2007 – dalla stessa Cassazione con la sentenza 20 gennaio 2011, n. 1345²², sottolineando, nell'alveo di una lettura privatistica del concordato, che l'accordo raggiunto tra il proponente ed i creditori riveste carattere prevalente rispetto ad ulteriori valutazioni e che, quindi, se i creditori hanno accettato che la fase di esecuzione possa svolgersi senza dei criteri prefissati e secondo le modalità ritenute più opportune dal liquidatore, nessun intervento integrativo è consentito al tribunale.

¹⁹ MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2000, p. 725. L'apertura a modalità diverse attiene alla nomina dei liquidatori e del comitato dei creditori: sul punto FERRARA e BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 217 il quale indica come esempio il caso in cui “nello stesso concordato siano designati i liquidatori ed il comitato dei creditori, oppure sia previsto che la nomina degli uni e degli altri venga fatta successivamente dagli stessi creditori, che ne determineranno i compiti”.

²⁰ Cass., 11 agosto 2000, n. 10693, in *Il fallimento*, 2001, 906.

²¹ Sul punto cfr. Cass., 11 agosto 2000, n. 10693, cit.

²² In *Il fallimento*, 2011, 533 con nota favorevole di LO CASCIO, *Il liquidatore giudiziale nel concordato preventivo: segnali di privatizzazione dell'istituto*.

La Corte, a supporto del proprio convincimento, aveva anche osservato che se un liquidatore, in assenza di indicazioni da parte della proposta di concordato e della sentenza di omologazione, può liberamente decidere le modalità più idonee per l'esecuzione del concordato, ben può ritenersi che la stessa proposta di concordato possa attribuire direttamente al liquidatore tale ampio potere discrezionale sulle modalità esecutive.

Il legislatore ha inizialmente (nel 2005) integralmente ripreso l'unico comma con cui il legislatore del 1942 aveva disciplinato la fattispecie concordataria ma è intervenuto poi nel 2007, non solo per correggere il *nomen* del provvedimento giurisdizionale che chiude la procedura, ma anche – secondo quanto si legge nella Relazione di accompagnamento al d.lgs. 169/2007 – per “*dettare una più completa e razionale disciplina della liquidazione dei beni ceduti ai creditori col concordato, garantendo che le operazioni di liquidazione si svolgano correttamente ed efficacemente nell'interesse dei creditori. In particolare, l'ampliamento dell'uso degli strumenti negoziali e la maggiore scioltezza che caratterizzano la nuova disciplina della liquidazione dell'attivo nel fallimento inducono ad estendere tale disciplina alla fase liquidatoria del concordato preventivo, la quale allo stato è rimessa alla discrezionalità del liquidatore ed alle “modalità” non meglio individuate che dovrebbero essere stabilite dal tribunale ai sensi del primo comma dell'art. 182*”.

Con l'intervento correttivo il legislatore, aggiungendo ulteriori quattro commi all'art. 182 l.fall., ha disposto che si applichino, in quanto compatibili ²³: 1) ai liquidatori le norme che disciplinano la nomina, l'accettazione dell'incarico, la revoca, la responsabilità, il compenso ed il rendiconto del curatore (artt. 28, 29, 37, 38, 39 e 116 l.fall.); 2) al comitato dei creditori gli artt. 40 e 41 l.fall., aggiungendo che il tribunale, competente nella fattispecie a nominare tale organo, è anche competente per la sostituzione dei membri; 3) alle procedure di vendita – per introdurre

²³ Secondo alcuni (MANDRIOLI, *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di Bonfatti e Panzani, Milano, 2008, p. 729) la clausola della “compatibilità” consente di valutare caso per caso l'applicabilità o meno delle disposizioni sopra richiamate, tenendo conto delle peculiari caratteristiche del piano di concordato, che rappresenta senza dubbio l'elemento determinante della nuova disciplina del concordato preventivo. Pertanto, se nel piano è già stato individuato l'acquirente del bene o il cessionario di azienda, una volta intervenuta l'approvazione dei creditori e l'omologazione, non sarebbe più consentito fare applicazione delle “procedure competitive” di cui all'art. 107 l.fall. D'ORAZIO (PACCHI, D'ORAZIO e COPPOLA), *Il concordato preventivo*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di Didone, Torino, 2009, p. 1890).

quella che a detta di alcuni ²⁴ potrebbe definirsi come la “fallimentarizzazione” delle vendite concordatarie – gli artt. da 105 a 108-ter l.fall.

Oltre a ciò nel quarto comma dispone che le vendite delle aziende e dei rami d'aziende, dei beni immobili ed altri beni iscritti nei pubblici registri, nonché le cessioni di attività e passività dell'azienda o di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco debbano essere autorizzate dal comitato dei creditori.

Motivo dell'ampliamento della disciplina sarebbe, in primo luogo, quello di evitare difformità tra i diversi modelli di concordati con cessione dei beni rispetto alla fase liquidativa, applicando norme sulle vendite fallimentari che contengono principi sedimentati sulla trasparenza, efficienza, e convenienza di tali operazioni quando la linea guida sia quella della conservazione dei valori. In secondo luogo il legislatore del correttivo avrebbe inteso perseguire l'ulteriore intento (nel quarto comma) di conferire al comitato dei creditori un controllo autorizzativo sui singoli atti della liquidazione che rafforzasse quello svolto nella fase esecutiva dal commissario giudiziale.

L'organo rappresentativo dei creditori dovrà essere nominato tutte le volte in cui il concordato preventivo rechi una componente liquidativa del patrimonio del debitore ²⁵ ed anche ove tale componente non risulti quella maggioritaria nell'economia della procedura, purché sia direttamente finalizzata a ripartire il ricavato tra i creditori concorrenti; al contrario non potrà ritenersi necessaria la nomina di un liquidatore da parte del Tribunale tutte le volte in cui la liquidazione (anche) di parte del patrimonio del debitore non sia direttamente finalizzata a soddisfare i creditori, come nel caso di un concordato di risanamento ove la liquidità sia utilizzata per finanziare la prosecuzione dell'attività d'impresa.

Il comitato dei creditori vede, comunque, accrescere anche nell'ambito concordatario i propri poteri “in sintonia”, come recita la Relazione di accompagnamento al d.lgs. 169, “col nuovo regime degli organi del fallimento, a maggior tutela del ceto creditorio”.

Siamo in sostanza passati da un art. 182 del 1942 che, in linea con i tratti di un comitato dei creditori privo anche nella procedura maggiore di poteri gestionali, attribuiva a tale organo il compito di assistere alla

²⁴ AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da Cottino, 11, I, Padova, 2007,

²⁵ Trib. Roma, 25 gennaio 1986, in *Dir. fall.*, 1988, II, 821.

liquidazione, ad una norma quale l'attuale che introduce nella fase esecutiva del concordato uno specifico potere autorizzatorio del comitato. Il quarto comma dell'art. 182 prevede infatti che il liquidatore debba munirsi dell'autorizzazione del comitato dei creditori per procedere a vendite di aziende o rami di aziende, di beni immobili e di altri beni iscritti in pubblici registri, nonché a cessioni in blocco di attività e passività dell'azienda o di beni o rapporti giuridici.

Se l'intento può apparire lodevole ove si ponga mente all'obiettivo prioritario della proposta concordataria – il soddisfacimento dei creditori appunto – lascia invece fortemente perplessi laddove si ricordi il tratto caratterizzante il nuovo concordato preventivo di strumento flessibile e liberamente disponibile dalle parti. “Desta perplessità la previsione dell'autorizzazione del comitato dei creditori in una procedura che in passato era maggiormente duttile rispetto al fallimento, in quanto il liquidatore doveva, nell'esecuzione del concordato, attenersi alle disposizioni del tribunale, il quale poteva anche lasciarlo libero di vendere i beni senza particolari formalità (anche con la trattativa privata, e questo era un elemento di grande efficienza della fase esecutiva). L'autorizzazione necessaria del comitato dei creditori (rispondente, invero, ad una logica di maggiore fiducia del legislatore nell'operato dell'organo privato) e la necessità di seguire, in quanto compatibili, le norme sulla liquidazione fallimentare, ivi compreso l'art. 107 l.fall. (che richiama, a sua volta, le disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili) rischiano di minare alla base l'efficienza della procedura” ²⁶.

Occorre aggiungere che il concordato preventivo si caratterizza per tutta una serie di controlli, che sfociano e si riassumono nel giudizio di omologazione, condotti da soggetti che esprimono i vari e contrapposti interessi presenti nella procedura. Con tale assetto è perfettamente compatibile un'attività di “vigilante” assistenza sulle operazioni di liquidazione che si spinga ad atti d'ispezione sulla documentazione del liquidatore ²⁷, a richieste di notizie e chiarimenti e che finalmente si esprima con autorizzazioni dirette a verificare il puntuale rispetto del piano concor-

²⁶ D'ORAZIO (PACCHI, D'ORAZIO e COPPOLA), *Il concordato preventivo*, cit., p. 1890.

²⁷ Adesso espressamente consentiti dalla previsione contenuta nel co. 4 dell'art. 41 (“Il comitato ed ogni componente possono ispezionare in qualunque momento le scritture contabili e i documenti della procedura ed hanno diritto di chiedere notizie e chiarimenti al curatore e al fallito”). Così anche alla luce della pregressa disciplina BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, in *Comm. Scialoja-Branca. Legge fall.*, a cura di Bricola, Galgano, Santini, Bologna-Roma, 1979, p. 455.

datario. Ne risulta un potere di controllo sia sull'attività del liquidatore sia sugli atti di liquidazione ²⁸.

In tal senso a seconda del significato che si attribuisca all'autorizzazione del comitato potrebbe scaturire "una limitazione della libertà contrattuale delle parti private e rischia di diminuire la concreta appetibilità dell'istituto" ²⁹ che disegnato dal legislatore in chiave fortemente privatistica pare contrastare con le funzioni rimesse al comitato (e poi anche al liquidatore) che secondo alcuni avrebbero una chiara matrice pubblicistica ³⁰.

Non pare tuttavia che possa essere dimenticato che il piano può aver dettagliato ogni momento della liquidazione fino all'indicazione puntuale delle modalità e degli acquirenti di singoli beni (anche immobili) o di complessi di beni o rapporti giuridici, talora allegando la proposta irrevocabile di acquisto da parte di un terzo condizionata all'omologazione del concordato. In tale ipotesi ci possiamo chiedere se l'autorizzazione del comitato sia sempre necessaria. Da una parte abbiamo infatti una disposizione, come quella di cui al co. 4 dell'art. 182, che pare dettata in via generale, dall'altra abbiamo però la previsione di un controllo su atto già "ipercontrollato" che può appesantire *l'iter* ritardandone la conclusione. Credo allora che se vogliamo rispettare entrambe le esigenze nonché la filosofia di fondo del concordato preventivo, non resti che affermare un controllo di conformità e non di merito.

Concordo pertanto con quella parte della dottrina che ritiene che, "in realtà, le *autorizzazioni* del comitato dei creditori previste dall'art. 182 l.fall. costituiscano *meri atti dovuti*, in quanto le stesse non possono certo rimettere in discussione il contenuto del piano di concordato già approvato dai creditori in sede di votazione ed omologato dal tribunale. Il comitato dei creditori non può, quindi, contrastare, con il rifiuto, vendite e cessioni previste espressamente dal piano concordatario" ³¹.

In verità, come qualcuno ha già osservato, "nonostante gli intenti del legislatore, è evidente che la nuova disciplina comporta un irrigidimen-

²⁸ VITIELLO, *Sub art. 182*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo CASCIO, cit., p. 1602.

²⁹ ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, p. 292.

³⁰ DI CECCO, *Sub art. 182*, in NIGRO, SANDULLI e SANTORO, *La legge fallimentare dopo la riforma*, III, Torino, 2010, p. 2236.

³¹ D'ORAZIO, (PACCHI, D'ORAZIO e COPPOLA), *Il concordato preventivo*, cit., pp. 1890-1891. In tal senso anche MANDRIOLI, *La riforma organica delle procedura concorsuali*, a cura di BONFATTI e PANZANI, cit., 732.

to nella liquidazione e limitazioni prima non previste”³² rimettendo in discussione la valorizzazione dell'autonomia privata che permea di sé l'art. 160.

Altrettanto importante è notare che tale più recente disciplina, imperniata su controlli e requisiti, va ad innestarsi in una sistema caratterizzato dall'attribuzione all'autonomia privata di poteri normativi che possono esprimersi nella redazione di ogni punto ed elemento del piano così come l'art. 160 l.fall. prevede.

8. Dopo l'intervento correttivo del 2007 notiamo che l'art. 182 appare dotato di due anime diverse: l'una (quella di cui al primo comma) dalla quale, leggendo alla luce del nuovo sistema la norma che fa salve le diverse modalità della liquidazione fissate nel piano, appare che il debitore può prescindere dal modello legale di liquidazione, avendo questo carattere suppletivo e derogabile, e può prevedere le dismissioni dei cespiti secondo modalità dallo stesso predeterminate; l'altra, esattamente contrapposta, che pone le clausole del piano ad un vaglio di tenuta rispetto alle prescrizioni di legge, che sarebbero applicabili in ogni caso, e non soltanto quando il tribunale debba intervenire a dettare o integrare la regolamentazione della liquidazione per mancanza o insufficienza delle indicazioni del proponente.

Di questo orientamento è espressione una recente decisione della Corte di Cassazione³³, secondo cui se da un lato la designazione del liquidatore può costituire oggetto della proposta del debitore volta a fissare le modalità di esecuzione del piano, dall'altro è indispensabile il rispetto dei requisiti soggettivi previsti per la nomina a curatore, richiamati dall'art. 182 l.fall., tra cui le incompatibilità di cui all'art. 28 l.fall.

Più in generale la Cassazione ha statuito che ogni qual volta i criteri di esecuzione proposti dal debitore siano *contra legem*, essi devono essere disattesi dal tribunale. Tale orientamento, favorevole a porre un filtro in sede di omologazione sulle disposizioni circa le modalità di liquidazione e la nomina del liquidatore, peraltro già approvate dai creditori, era già emerso da alcune decisioni di merito.

Addirittura una recente pronuncia di una corte di merito³⁴, pur riconoscendo la possibilità che il debitore stesso nell'ambito del piano in-

³² DE SIMONE, *Le vendite immobiliari nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it.

³³ Cass., 15 luglio 2011, n. 15699, in www.ilcaso.it.

³⁴ Trib. Novara, 6 giugno 2011, in www.ilcaso.it.

dichi la persona che assumerà l'incarico di liquidatore e stabilisca esplicite previsioni circa le modalità di liquidazione dei beni, riteneva che il tribunale non solo non fosse vincolato da tali indicazioni ma anche che potrebbe rispettarla “qualora il soggetto indicato abbia ben cooperato con gli organi della procedura, non siano state individuate ragioni ostative alla sua nomina e, soprattutto, nel caso in cui lo svolgimento di detta funzione abbia luogo senza corrispettivo e quindi con indubbio vantaggio economico per i creditori”.

9. A questo punto del discorso occorre però considerare anche le altre norme fissate nei successivi commi dell'art. 182, che dettano criteri per la nomina del liquidatore e del comitato dei creditori, disegnandone i poteri mediante richiamo delle disposizioni, in quanto compatibili, che regolano l'attività del curatore e del comitato dei creditori nel fallimento, nonché di alcuni principi che presiedono alle vendite fallimentari e che ora dovrebbero orientare l'operato del liquidatore concordatario.

Dobbiamo innanzi tutto chiederci se tali disposizioni si applichino in ogni caso e quindi anche al piano nel quale l'autonomia privata abbia puntualizzato ogni dettaglio anche esecutivo di modo che esso dovrebbe essere raddrizzato in sede di omologa – ammesso e non concesso che il tribunale abbia tale potere – per conformarlo alle disposizioni di cui all'art. 182 commi secondo e ss. o, se invece, costituiscano i binari entro i quali deve muoversi l'autorità giudiziaria quando sia investita – nel silenzio del piano – del potere di riempire quegli spazi in punto di liquidazione³⁵. In verità non pare³⁶, neppure ipotizzando dal richiamo all'art. 105 la possibile conferma della preesistente assimilabilità della fase esecutiva del concordato per cessione dei beni del debitore ad un procedimento di vendita coatta³⁷, possa farsi discendere l'applicabilità dei suddetti principi nel caso in cui sia lo stesso piano concordatario a fissare le regole della liquidazione.

Nel caso, ad esempio, che un piano concordatario preveda una vendita privatistica già delineata in tutte le pattuizioni dell'intero patrimonio per soddisfare con l'intero ricavato i creditori, non sarà invocabile

³⁵ FILOCAMO, *Esecuzione del concordato*, cit., p. 2224.

NARDECCHIA, *La liquidazione del concordato preventivo con cessione dei beni dopo il d.lgs., n. 169/2007*, in *Il fallimento*, 2010, 341-347.

³⁶ In tal senso anche FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 677.

³⁷ Cass., S.U. 16 luglio 2008, n. 19506, in *www.ilcaso.it*.

l'art. 182 l.fall. non rientrando il piano nella fattispecie concordataria con cessione dei beni.

Assistiamo per vero allo spalancarsi di due diversi scenari: uno nel quale le regole negoziali si impongono a tutto campo, ed uno nel quale, in assenza delle prime, prende corpo uno schema di liquidazione giudiziale che è poi quello che si applica nella procedura concorsuale liquidativa-satisfattiva non concertata: il fallimento.

STEFANIA PACCHI

