

*Pagamento non autorizzato di debiti anteriori coerente con la proposta di concordato e produttivo di maggiori utilità per i creditori*

Appello Venezia, 30 gennaio 2014. Presidente Rossi. Estensore Di Francesco.

**Concordato preventivo - Pagamento di debiti anteriori - Introduzione del principio di “miglior soddisfacimento dei creditori” - Effetti - Intento del legislatore di favorire la soluzione concordataria**

*L'orientamento interpretativo che preclude tout court qualsiasi pagamento di debiti anteriori al concordato deve essere rivisto alla luce del criterio di “miglior soddisfacimento dei creditori”, il quale individua una sorta di clausola generale (introdotta nel concordato preventivo con continuità aziendale dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 agli articoli 182 quinquies, commi 1 e 4, e 186 bis L.F.) applicabile a tutte le tipologie di concordato quale criterio di scrutinio della legittimità degli atti del debitore in pendenza della decisione del tribunale sull'ammissibilità della proposta. Detto criterio dovrebbe orientare l'interprete verso una maggiore flessibilità delle opzioni interpretative, in direzione del favor che il legislatore ha indubbiamente espresso negli ultimi anni verso la soluzione della crisi d'impresa mediante il ricorso allo strumento concordatario.*

**Concordato preventivo - Pagamento di debiti anteriori - Introduzione del principio di “miglior soddisfacimento dei creditori” - Incremento patrimoniale - Pagamenti coerenti con il piano concordatario e produttivi di maggiori utilità economiche - Revoca del concordato - Esclusione**

*Interpretando la nozione di “miglior soddisfacimento dei creditori” circoscrivendola alla sola ipotesi di incremento della garanzia patrimoniale offerta dal debitore, il cui patrimonio, benché oggetto della segregazione prevista dall'articolo 45 L.F., continua ad essere da lui gestito, è possibile ritenere che i pagamenti di debiti anteriori effettuati dopo il deposito della proposta, se coerenti con la percentuale prevista dal piano concordatario e produttivi di maggiori utilità economiche per tutti i creditori, non necessitano di autorizzazione, in quanto atti di ordinaria amministrazione non suscettibili di diminuire la garanzia patrimoniale ma di accrescerla e neppure potrebbero integrare ipotesi di atti diretti a frodare le ragioni dei creditori ai sensi dell'articolo 173, comma 4, L.F.*

*(Massime a cura di Franco Benassi - Riproduzione riservata)*

omissis

Il fallimento della Fe. Costruzioni s.r.l. è stato pronunciato dal tribunale di Padova con sentenza n. 258 depositata il 28 ottobre 2013, previa declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato preventivo c.d. prenotativo, formulata dalla società reclamante con ricorso depositato il 21 gennaio 2013, avendo il tribunale rilevato la violazione del divieto di pagamento di debiti anteriori alla proposizione della domanda ex art. 161, comma 6, l.fall.

La Fe. Costruzioni s.r.l. aveva infatti affermato, nella nota integrativa del 21 giugno 2013 (successiva al deposito della proposta del piano concordatario, effettuato il 24 maggio 2013), di avere eseguito nell'arco di tempo dal 21 gennaio al 30 aprile 2013 pagamenti di debiti verso dipendenti, in esecuzione dell'accordo sottoscritto ex art. 411 c.p.c. a seguito dell'affitto di un ramo d'azienda, nonché di debiti relativi a contratti di somministrazione (con Enel s.p.a. e con Telecom s.p.a.), funzionali a consentire il mantenimento di una minima operatività gestionale, e di alcuni professionisti per attività da costoro poste in essere dopo il 21 gennaio 2013 (elaborazione delle buste paga, attività di recupero di crediti della società e corresponsione di un acconto al professionista incaricato dell'attestazione di cui all'art. 161 l.fall., per importi rispondenti a quelli previsti nel piano).

Il tribunale di Padova, rimarcata la natura eccezionale della disposizione di cui all'art. 182 quinquies, quarto comma, l.fall., ha rilevato nel decreto 9 agosto 2013 che "[...] il pagamento delle bollette relative al periodo anteriore alla proposizione della domanda di concordato configura pacificamente il pagamento di un debito concorsuale: cosicché il pagamento integrale effettuato dall'imprenditore configura un pagamento in violazione della par condicio creditorum, giacché viene pagato al 100% un credito chirografario, che andava pertanto pagato nella sola percentuale di soddisfazione che sarà consentita dal concordato all'esito della liquidazione [...]". Si assume poi nel provvedimento sopra indicato che, se la Fe. Costruzioni s.r.l. fosse stata già ammessa alla procedura di concordato preventivo, ciò avrebbe determinato la revoca, ai sensi dell'art. 173 l.fall.

Con ricorso depositato il 27 novembre 2011 la società in questione ha impugnato il decreto di inammissibilità del concordato preventivo, chiedendone l'annullamento, con la conseguente revoca del fallimento.

...omissis...

Il primo motivo di reclamo è intitolato "Errata applicazione dell'art. 182 quinquies l.fall. all'ipotesi del concordato liquidatorio ed errata interpretazione della medesima norma secondo cui dalla possibilità dell'esecuzione di pagamenti di crediti anteriori dietro autorizzazione del Tribunale nel concordato in continuità, fa derivare l'automatico divieto dell'esecuzione di tali pagamenti in ipotesi di concordato liquidatorio".

Sul presupposto che i requisiti previsti dall'art. 182 quinquies l.fall. non coincidono con la regola generale di cui all'art. 167 l.fall., viene criticata la applicazione estensiva della norma in questione a fattispecie diverse da quelle da essa disciplinate, sì che si determinerebbe la ingiustificata sanzione della inammissibilità del concordato preventivo, enucleando una nuova categoria di atti (quella dei "non autorizzati"), non riconducibili alle due tradizionali categorie "atti di ordinaria/straordinaria amministrazione".

Il secondo motivo concerne la erronea applicazione dell'art. 173 l.fall. e la omessa verifica del vulnus alla regola della parità di trattamento del ceto creditorio, quale esito della esecuzione dei pagamenti di cui si discorre.

...omissis... il quarto motivo di reclamo investe il profilo della insussistenza della violazione della par condicio, per il fatto che il pagamento di € 605,50 a

Telecom (rispetto a un debito complessivo di € 7.038,00) e di € 530,15 a Enel (a fronte di un debito complessivo di € 5.064,00 al netto dei depositi cauzionali) realizzano il soddisfacimento del credito della prima nella misura percentuale del 13,2% e della pretesa della seconda nella misura percentuale del 10%. Si sarebbe dunque a dire della reclamante all'interno della percentuale di soddisfacimento dei crediti chirografari, prevista nel piano concordatario tra il 14,87% e il 10,66%.

La circostanza non è stata contestata dalla curatela fallimentare.

I motivi possono essere congiuntamente esaminati, perché danno ingresso alla disamina di un unico tema: la (il)legittimità del pagamento non autorizzato di debiti anteriori nel concordato preventivo con finalità liquidatoria.

Va premesso che il credito del somministrante per il corrispettivo delle somministrazioni eseguite prima dell'ammissione del debitore al concordato preventivo è soggetto al concorso, ai sensi dell'art. 184 l.fall., non essendo estensibile al concordato il disposto del comma 2 dell'art. 74 l.fall., dettato in ragione delle specifiche finalità del fallimento e non richiamato dall'art. 169 l.fall. (per tutte, Cass. n. 10429/2005).

Per inquadrare le coordinate teoriche del problema, è opportuno prendere le mosse dalla sentenza n. 578/2007, in cui la Corte di cassazione ha affermato che "[...] dopo l'ammissione alla procedura del concordato preventivo non sono consentiti pagamenti lesivi della par condicio creditorum, nemmeno se realizzati attraverso compensazione di debiti sorti anteriormente con crediti realizzati in pendenza della procedura concordataria, come si desume dal sistema normativo previsto per la regolamentazione degli effetti del concordato, in cui: l'art. 167 l.fall., con la sua disciplina di atti di straordinaria amministrazione, comporta che il patrimonio dell'imprenditore in pendenza di concordato sia oggetto di un'oculata amministrazione perché destinato a garantire il soddisfacimento di tutti i creditori secondo la par condicio [...]".

Si sostiene generalmente che il divieto di cui si discorre, ancorché non espressamente sancito dal legislatore, è implicitamente desumibile, oltre che dall'art. 167 l.fall., anzitutto dalla norma successiva, che presidia il principio della concorsualità nel concordato preventivo, dal momento che l'art. 168 l.fall. "[...] nel porre il divieto di azioni esecutive da parte dei creditori, comporta implicitamente il divieto di pagamento di debiti anteriori perché sarebbe incongruo che ciò che il creditore non può ottenere in via di esecuzione forzata, possa conseguire in virtù di spontaneo adempimento, essendo in entrambi i casi violato proprio il principio di parità di trattamento dei creditori [...]" (v. sentenza citata). Il giudice a quo ha seguito tale orientamento interpretativo, condiviso dalla gran parte dei giudici di merito.

E ancora, si afferma che la ratio della ineludibilità di tale previsione si rinviene anche nell'art. 184 l.fall., che sancisce la obbligatorietà per tutti i creditori (anche dissenzienti) anteriori alla pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese della soluzione pattizia della crisi proposta dal debitore e omologata dal tribunale (per una esaustiva disamina delle argomentazioni a sostegno della inderogabilità della regola del divieto di pagamento di debiti anteriori, v. Trib. Udine, decreto 16 aprile 2013).

Prima della citata pronuncia del 2007, la Suprema Corte si era espressa in questi termini: "[...] il pagamento di un debito preconcordatario è in sé legittimo, in quanto atto di ordinaria amministrazione, purché non integri l'ipotesi di un atto «diretto a frodare le ragioni dei creditori», e, quindi, sanzionabile con la dichiarazione di fallimento ai sensi dell'art. 173, 2° comma, e revocabile in forza dell'art. 167, comma 2." (Cass. n. 26036/2005).

Aveva inoltre affermato che la necessità di autorizzazione dei pagamenti di debiti anteriori, ai sensi dell'art. 167 l.fall., deriva proprio dalla considerazione della loro potenzialità di diminuzione della garanzia patrimoniale offerta dal debitore ("[...] l'eccedenza in concreto dalla ordinaria amministrazione viene a dipendere dalla oggettiva idoneità dell'atto ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o compromettendone comunque la capacità di soddisfare le ragioni dei creditori, alla cui tutela la misura della preventiva autorizzazione è predisposta": Cass. n. 20291/2005).

Tanto premesso, ritiene il collegio che sia in astratto doverosa una riflessione sull'attuale indirizzo interpretativo preclusivo tout court di qualsiasi pagamento di debito anteriore al concordato, alla luce del criterio del "miglior soddisfacimento dei creditori", che individua come suggerisce la dottrina una sorta di clausola generale, introdotta nel concordato preventivo con continuità aziendale dalla l. 7 agosto 2012 n. 134 (artt. 182 quinquies, primo e quarto comma, e art. 186 bis l.fall.), ma applicabile a tutte le tipologie di concordato, quale criterio di scrutinio (anche) della legittimità degli atti del debitore in pendenza della decisione del tribunale sulla ammissibilità della proposta. Ciò potrebbe orientare l'interprete verso una maggiore flessibilità delle opzioni interpretative, in direzione del favor che il legislatore ha indubbiamente espresso negli ultimi anni verso la soluzione della crisi d'impresa attuabile mediante il ricorso allo strumento concordatario.

E invero, una volta circoscritta la nozione di "miglior soddisfacimento dei creditori" alla sola ipotesi di incremento della garanzia patrimoniale offerta dal debitore il cui patrimonio, benché oggetto della segregazione sancita dall'art. 45 l.fall., continua ad essere da lui gestito, ben si potrebbe ritenere che i pagamenti di debiti anteriori effettuati dopo il deposito della proposta, se coerenti alla percentuale prevista nel piano concordatario e produttivi di maggiori utilità economiche per tutti i creditori (anche rispetto alle soluzioni alternative al concordato), non necessitano di autorizzazione (in quanto atti di ordinaria amministrazione non suscettibili di diminuire la garanzia patrimoniale, ma anzi di accrescerla, secondo un giudizio necessariamente ex ante), e neppure potrebbero integrare ipotesi di atti diretti a frodare le ragioni dei creditori, ai sensi dell'art. 173, comma 4, l.fall.

D'altronde, il tribunale di Padova, pur in presenza del soddisfacimento di crediti prededucibili e di crediti anteriori assistiti dal privilegio di cui all'art. 2751 bis n. 1 c.c., oltre a quelli chirografari vantati da Enel e da Tim, nonostante la implicita adesione all'indirizzo interpretativo espresso dalla Suprema Corte in Cass. n. 578/2007, ha incentrato la motivazione del decreto impugnato esclusivamente sull'illegittimo pagamento dei due crediti chirografari (soddisfatti non integralmente, bensì nella percentuale prevista nel piano), incorrendo in una apparente incompletezza del ragionamento, laddove afferma che la regola del divieto di lesione della par condicio afferisce anche ai tempi dei pagamenti, ma omette di considerare la ritenuta inderogabilità di tale precetto con riferimento alla anticipata estinzione dei crediti privilegiati dei lavoratori subordinati.

In tale percorso motivazionale non si fa cenno all'incremento delle utilità economiche destinate ai creditori concordatari per effetto dei pagamenti dei crediti assistiti da privilegio ex art. 2751 bis n. 1 c.c. (si consideri il vantaggio costituito dal blocco del decorso degli interessi e della rivalutazione monetaria per i crediti in questione, rispetto agli ordinari tempi di pagamento, normalmente successivi alla omologazione), ma pare evidente che la vera

ragione della rilevata incompletezza della motivazione si annidi proprio nell'inespresso rilievo attribuito a tale circostanza.

Peraltro, è indubbio che il pagamento dei crediti di Enel e di Telecom non ha apportato alcun vantaggio ai creditori della Fe. Costruzioni s.r.l., nei termini in precedenza prospettati, posto che dal mantenimento della utenza di erogazione di energia elettrica è derivato, al più, un vantaggio lato sensu conservativo del patrimonio della società poi dichiarata fallita.

Ed è questa la ragione che, ad avviso della corte, rende il reclamo non meritevole di accoglimento.

*Omissis*