

*L'incarico di predisporre la domanda di concordato ed il piano conferito durante il concordato con riserva è atto di ordinaria amministrazione*

Tribunale di Roma, 1 aprile 2014. Presidente Russo. Relatore Miccio.

**Concordato preventivo - Conferimento di incarichi professionali - Redazione del piano e della proposta di concordato definitivi - Atti di ordinaria amministrazione**

*L'affidamento di incarichi professionali connotati dai requisiti di pertinenza e di non eccedenza rispetto alle finalità perseguite dall'impresa (tale è l'incarico di redazione della proposta e del piano di concordato definitivi) rientra nell'ambito degli atti di ordinaria amministrazione che non richiedono alcuna autorizzazione del tribunale o del giudice delegato.*

**Concordato preventivo - Incarichi professionali conferiti nel periodo di concordato con riserva nell'interesse di altre società del gruppo - Atto di straordinaria amministrazione**

*Deve escludersi che possono qualificarsi come atti di ordinaria amministrazione gli incarichi professionali che, dopo il deposito del ricorso prenotativo, siano stati conferiti nell'interesse di altre società del gruppo con oneri ricadenti per intero sulla committente.*

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

*Omissis*

letta la nota informativa dei commissari giudiziali del concordato preventivo CC s.p.a., sottoposta al tribunale per l'adozione dei provvedimenti ritenuti opportuni,

rilevato che la nota contiene osservazioni e rilievi riconducibili ai seguenti profili: a) l'affidamento di incarichi di consulenza, con particolare riferimento ad attività svolte o da svolgere anche nell'interesse di altre società del gruppo; b) la precisazione delle spese in prededuzione del concordato; c) la fattibilità del piano concordatario; d) la mancata indicazione di debiti della società per importi consistenti; e) la sopravvenuta (rispetto al decreto di ammissione al concordato) notifica di cartelle esattoriali e pretese impositive (per debiti privilegiati) per importi ingenti,

considerato che talune deduzioni svolte dai commissari (con particolare riferimento alla

infattibilità del piano concordatario ed alla omessa indicazione di parte del passivo) involgono la competenza del Tribunale e non del solo giudice delegato,

osserva quanto segue.

Riproduzione riservata

### 1. L'affidamento di incarichi professionali.

Premesso che nulla può dedursi, in diritto, in ordine agli incarichi professionali conferiti prima del deposito del ricorso prenotativo, pur se affidati anche nell'interesse di altre società del gruppo e con oneri a carico della controllante, trattandosi di attività che la società poteva liberamente porre in essere, il regime giuridico del conferimento di incarichi professionali nella fase successiva al deposito del ricorso per l'ammissione deve rinvenirsi nella regola – dettata dall'articolo 161, comma 7, quanto alla fase intercorrente tra il deposito del ricorso prenotativo e l'ammissione al concordato, e dall'articolo 167 l.f. quanto al periodo compreso tra il decreto di ammissione ed il decreto di omologazione – secondo la quale gli atti di ordinaria amministrazione rientrano nella libera discrezionalità amministrativa dell'organo gestorio, mentre quelli di straordinaria amministrazione sono soggetti all'autorizzazione del Tribunale (articolo 161 comma 7, l.f.) o del giudice delegato (articolo 167 l.f.).

Occorre, in altre parole, chiedersi se l'affidamento di incarichi professionali rientri o meno in un ambito di ordinaria amministrazione dell'impresa.

In tema, il Tribunale non può che richiamare il costante insegnamento del Supremo Collegio (23796/2006; 9262/2002; conformemente anche T. Terni 28.12.2012) secondo il quale l'affidamento di incarichi professionali rientra nell'ordinaria amministrazione, e non occorre dunque alcuna autorizzazione del Tribunale o del giudice delegato, purchè si tratti di incarichi connotati dai requisiti di pertinenza e non eccedenza rispetto alle finalità perseguite dall'impresa (trattandosi di società ammessa al concordato preventivo, si tratterà quindi di finalità consistenti nella messa a punto della proposta e del piano definitivi, nonché nel soddisfacimento di indefettibili esigenze amministrative inerenti il funzionamento della società).

Si riporta, di seguito, il principio di diritto contenuto nelle citate pronunce della Suprema Corte (rese con riferimento ad incarico di consulenza legale nell'ambito di una amministrazione controllata, ma evidentemente applicabile ad ogni tipologia di incarico professionale): "l'incarico conferito ad avvocato dall'imprenditore non è da annoverare automaticamente nella categoria degli atti di straordinaria amministrazione e dunque da autorizzarsi dal giudice delegato, ma vanno applicati i seguenti principi: a) escluso che criterio discrezionale utile sia quello del rapporto proporzionale tra spese e condizioni dell'impresa, viene in evidenza il solo criterio per cui è atto di ordinaria amministrazione quello connotato dalla pertinenza e idoneità dell'incarico stesso - anche se di costo elevato - allo scopo di conservare e/o risanare l'impresa; b) il criterio di proporzionalità, che pertanto non va ridotto al vaglio della crisi aziendale (ché, anzi, a grave crisi ben può correlarsi, come necessario, un radicale intervento disegnato da elevata competenza tecnico-legale), deve invece riferirsi al merito della prestazione, in termini di rapporto di adeguatezza funzionale (o non eccedenza) della stessa alle necessità risanatorie dell'azienda e con giudizio da formulare "ex ante"; c) si deve escludere comunque l'ammissione tra le passività concorsuali le volte in cui l'incarico sia conferito per esigenze personali e dilatorie dell'impresa (auspicante il mero allontanamento della dichiarazione di fallimento)".

E pertanto deve escludersi che possano qualificarsi come atti di ordinaria amministrazione quegli incarichi professionali che siano stati conferiti, dopo il deposito del ricorso prenotativo, nell'interesse anche di altre società del gruppo ma con oneri ricadenti per l'intero sulla controllante, per l'evidente ragione che, di regola, una società in concordato non ha motivo di assumere o comunque garantire debiti per prestazioni rese nei confronti e nell'interesse di

terzi, pur se appartenenti al medesimo gruppo. Anche il meccanismo del successivo ribaltamento dei costi sulla controllata (a prescindere dalla necessità che trovi puntuale riscontro anche negli atti societari di quest'ultima) non può ritenersi soddisfacente (nel senso di metodica tale da ricondurre l'atto nell'ordinaria amministrazione) in quanto fonte pur sempre un obbligo di garanzia in capo alla controllante.

In altre parole, laddove un incarico professionale preveda lo svolgimento di attività professionali non solo nell'interesse ed in funzione degli obiettivi della società conferente, ma anche di altre società, si dovrà (preferibilmente) dare corso a tanti contratti di consulenza quante sono le società interessate e destinatarie dell'opera professionale (con costi distinti e ripartiti tra le stesse) ovvero sottoporre al giudice delegato una richiesta di autorizzazione (eventualmente anche in ratifica) a contrarre impegni di spesa che non riguardino solo la società capogruppo ma anche soggetti terzi (chiarendo, tuttavia, come è doveroso sottolineare, anche le ragioni – ed i vantaggi per il ceto creditorio della controllante - per le quali di tale spesa dovrebbe farsi carico per intero, o anche solo per garanzia, la società holding piuttosto che pro quota la società beneficiaria dell'opera professionale, come pare più ragionevole che accada).

In difetto, quel contratto potrà ritenersi efficace – e rendere quindi possibile e lecito un pagamento in favore del professionista incaricato: allo stato non vi è peraltro notizia in ordine all'esecuzione di pagamenti, che parrebbero al contrario non essere ancora intervenuti – limitatamente alla prestazione resa in favore della sola società CC.

Analogamente devono considerarsi di straordinaria amministrazione contratti consulenziali destinati ad avere un orizzonte temporale successivo alla (eventuale) omologazione del concordato, e ciò in quanto da quel momento, con l'avvio della fase di liquidazione e con l'insediamento dell'organo della liquidazione, non potrà non darsi una rivisitazione ed una messa a punto delle esigenze della società; dovrà quindi evitarsi (nel senso che non potrebbe essere considerata attività di ordinaria amministrazione) l'assunzione di impegni di spesa per supporti consulenziali che potrebbero apparire nel tempo come sovradimensionati rispetto allo stretto necessario, in favore di incarichi affidati anno per anno in ragione delle esigenze che dovessero presentarsi come effettivamente non risolvibili se non attraverso una collaborazione esterna.

2. La precisazione degli oneri da corrispondersi in prededuzione con riferimento alla fase successiva all'omologazione.

Osserva il Collegio come sia necessario, sotto vari profili che si andranno ad illustrare, che il piano contenga una chiara precisazione degli oneri che dovranno essere preliminarmente prelevati da quanto ricavato dalla liquidazione concorsuale prima di procedere al riparto tra i creditori.

In linea di principio occorre ricordare come dalla omologazione del concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori (che, come è ben noto, altro non è che la messa a disposizione dell'intero patrimonio della società proponente il concordato in favore dei creditori affinché venga convertito in danaro) derivi un vincolo di destinazione, in favore dei creditori anteriori, dell'intero ricavato della liquidazione.

Nulla, pertanto, di quanto ricavato dalla liquidazione potrà, in linea di principio, essere

utilizzato per il soddisfacimento di soggetti che vantino pretese sorte successivamente al decreto di omologazione ad eccezione:

a) dei creditori per spese di giustizia (si tratterà essenzialmente del

compenso del liquidatore; delle spese vive di liquidazione; dei compensi dei consulenti nominati nella fase di esecuzione nel rispetto delle regole poste dal decreto di omologazione o per contenziosi che dovessero generarsi nella fase di esecuzione);

b) dei creditori che siano riconducibili in specifiche “poste”, ossia creditori rispetto ai quali sia stata indicata nel piano una previsione di spesa in loro favore (si tratterà, ad esempio, dei compensi degli organi sociali; delle remunerazioni dei dipendenti ritenuti necessari anche nella fase di liquidazione; delle poste per spese legali di pertinenza della società).

La previsione di una specifica voce di spesa, con precisazione del limite massimo della stessa (voce che, ovviamente, se non consumata, è destinata ad essere in sede di riparto finale anch'essa utilizzata per il soddisfacimento dei creditori) realizza quindi due esigenze:

a) rendere giuridicamente possibile quella tipologia di spesa, ossia consentire il prelievo, dal ricavato della liquidazione, di somme diversamente vincolate in favore dei creditori anteriori;

b) rendere possibile, da parte dei creditori, una compiuta valutazione della convenienza del concordato. Potrebbe, difatti, darsi il caso che le spese di liquidazione, in virtù delle poste previste, siano, per numero ed entità, tali da suggerire ai creditori di preferire, al momento del voto, la soluzione fallimentare anche (e/o soprattutto) in ragione dei risparmi di spesa che in tal modo si andrebbero ad operare.

Si sottolinea come il fatto che di tali oneri possa esservi menzione in altri atti – della società, o financo in comunicazioni al giudice delegato – non toglie valore a quanto appena ricordato: nessuna spesa che non sia stata indicata nel piano potrà avere legittimamente corso nella fase successiva all'omologazione, atteso che solo il piano (insieme alla proposta) è destinato ad essere sottoposto al voto dei creditori, e solo il voto dei creditori può rendere leciti e dunque possibili detti impegni di spesa.

E' ben noto al Collegio che la società proponente il concordato può, per legge, modificare la proposta ed il piano sino all'inizio delle operazioni di voto, e dunque dette precisazioni potrebbero legittimamente intervenire anche nell'imminenza dell'adunanza dei creditori (più volte, peraltro, per quanto riferito dal giudice delegato, è stato preannunciato un aggiornamento del piano, allo stato non ancora intervenuto); è tuttavia auspicabile (anche al fine di consentire ai commissari giudiziali di formulare per tempo le loro valutazioni) che dette precisazioni avvengano nei tempi più rapidi e nel modo più puntuale.

3) La fattibilità del piano concordatario.

Nella nota dei commissari si osserva come il piano concordatario (che prevede l'afflusso di rilevanti risorse finanziarie sub specie di esuberi della liquidazione dei patrimoni di società controllate, in particolare della società CC) alla luce soprattutto delle stime fatte fare dai commissari delle società controllate sia divenuto infattibile, avendo dette stime fortemente ridimensionato i valori indicati dalla società proponente.

Nel decreto di omologazione del concordato della società CC, tuttavia, il Tribunale (sulla

base anche di una conforme valutazione dei commissari giudiziali di quella procedura) ha avuto occasione di rilevare in diritto come “la diversità dei risultati delle stime svolte dalla società ricorrente (per il tramite della società X) e dai commissari giudiziali (per il tramite dalla società X) riguardando in via esclusiva un profilo di fattibilità economica del piano, lungi dal costituire motivo di revoca dell'ammissione non poteva che essere sottoposta al voto dei

creditori: in altre parole, non può ritenersi che ogni qual volta gli organi della procedura valutino l'attivo concordatario in misura inferiore rispetto a quanto indicato nel piano, financo quando divenga incerta (ma non impossibile) la stessa possibilità di pagare integralmente i creditori privilegiati - e fatto salvo il caso, è bene ribadirlo, di divergenza di valutazioni provocata da circostanze obiettive, come una diversa consistenza giuridica del patrimonio, tali da pregiudicare la fattibilità giuridica del piano - ricorra una fattispecie di assoluta impossibilità di realizzazione del piano, e ciò per la determinante ragione che non può, in astratto, escludersi (essendo questione involgente, secondo il linguaggio della Suprema Corte, "la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti") che gli esiti delle procedure di vendita possano essere anche quelli dedotti dalla società ricorrente o comunque tali da consentire un pagamento, sia pure in misura più contenuta rispetto alle iniziali aspettative, dei creditori chirografari".

Pertanto, la notazione svolta dai Commissari dovrà essere doverosamente riprodotta nella relazione ex art. 172 l.f. quale profilo di rischio economico del piano concordatario che i creditori dovranno soppesare al momento del voto, ma non può (per le ragioni esposte nel richiamato decreto) qualificarsi attualmente come situazione di obiettiva infattibilità del piano.

4) La mancata indicazione di poste passive (debiti).

La mancata indicazione di poste passive (si richiama, per brevità, la tabella di cui a pagina 19 della nota dei Commissari) è circostanza che dovrà essere evidenziata dai Commissari in sede di rettifica dell'elenco dei creditori; che potrà comportare - al momento della definitiva messa a punto della proposta e del piano - una chiara presa di posizione della società, nel senso di ricomprendere anche detti debiti nel passivo (così riconoscendoli come dovuti, traendone le necessarie conseguenze in termini di modifica della percentuale offerta ai creditori) ovvero di contestarli (con conseguente necessità, da parte del giudice delegato, di provvedere in adunanza sull'ammissione al voto degli stessi ai sensi e nei limiti di cui all'articolo 176 l.f.); che potrà avere incidenza sulla percentuale di soddisfacimento del ceto chirografario (maggiori sono i creditori privilegiati o chirografari, minore sarà la percentuale che potrà essere loro riconosciuta).

La mancata indicazione di voci passive realmente esistenti non rientra, tuttavia, in alcuna delle fattispecie di cui all'articolo 173 l.f. (che contempla le diverse ipotesi di "occultamento dell'attivo", di omessa indicazione di uno o più "crediti", ovvero di esposizione di "passività insussistenti") e pertanto non legittima l'apertura di un procedimento del Tribunale in tal senso.

e) La notifica, in pendenza di procedura, di atti impositivi comportanti un possibile aumento del debito tributario privilegiato.

In tema, il Tribunale si attende che di tale rilievo sollevato dai Commissari sia data adeguata

informativa, da parte della società, in sede di definitiva redazione della proposta e del piano, chiarendo se ed in quale misura detti debiti siano (ad avviso della società): a) esistenti e riconosciuti; b) contestabili; c) già contestati, e come pertanto il passivo concordatario sia eventualmente destinato a modificarsi. Sulle previsioni della società, naturalmente, i Commissari potranno e dovranno formulare le loro osservazioni in sede di relazione ex art. 172 l.f.

Si comunichi ai Commissari ed alla società proponente.

Roma, 1 aprile 2014

