

STEFANO AMBROSINI

IL PROBLEMA DELLA FATTIBILITA' DEL PIANO NEL CONCORDATO PREVENTIVO *

SOMMARIO: 1. Il controllo del tribunale nella fase di ammissione al concordato. – 2. Lo scrutinio in ordine alla fattibilità del piano nel corso della procedura. – 3. La verifica del requisito in sede di giudizio di omologazione. – 4. La risoluzione del concordato per sopravvenuta non fattibilità del piano.

1. Il controllo del tribunale nella fase di ammissione alla procedura

In base a quanto stabilito dal primo comma dell'art. 163, 1. fall., il tribunale, ove non abbia provveduto ai sensi dell'art. 162, commi primo e secondo (vale a dire ove non abbia dichiarato l'inammissibilità della domanda, anche a seguito delle eventuali integrazioni alla proposta e dell'esame dell'ulteriore documentazione depositata dal debitore nel termine massimo di quindici giorni), dichiara aperta la procedura di concordato preventivo con decreto non soggetto a reclamo.

Il tenore della norma depone chiaramente nel senso che non spetta al tribunale, in questa fase, verificare la fattibilità del piano proposto dall'imprenditore (da realizzarsi, di regola, attraverso la cessione totale o parziale dei propri beni), giacché tale compito è affidato dall'art. 161 al professionista incaricato di predisporre l'apposita relazione, il quale deve fornire una valutazione di attendibilità dei dati aziendali, nonché una prognosi motivata circa la fattibilità del piano. Ed è appunto sulla sussistenza di questi elementi che il tribunale è chiamato ad effettuare il controllo che gli compete, senza poter svolgere alcun sindacato di merito sulla proposta di concordato (cfr., in giurisprudenza, Trib. Treviso, 15 luglio 2005, in *Fallimento*, 2006, 63; Trib. Torino, 16 ottobre 2005, in *Giur. it.*, 2006, I, 559; Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, in *Fallimento*, 2006, 56; *contra* Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, *ivi*, 2005, 793).

Ciò non toglie che, qualora il tribunale consideri priva di sufficiente chiarezza la proposta concordataria, ovvero la ritenga lacunosa in uno o più dei suoi aspetti

* Il presente saggio è destinato alla pubblicazione nel volume collettaneo *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo"*, a cura di S. Ambrosini, Zanichelli, 2008.

essenziali (a cominciare dalle modalità e dai tempi di pagamento dei creditori), o ancora quando giudichi la relazione del professionista inidonea ad assolvere alla funzione “certificativa” cui è diretta, debba essere dichiarata l’inammissibilità della domanda. E proprio in quest’ottica si pone il novellato disposto dell’art. 162, secondo cui il tribunale, dopo l’eventuale concessione al debitore di un termine non superiore a quindici giorni per apportate integrazioni al piano e per depositare nuovi documenti, sentito l’imprenditore, dichiara l’inammissibilità della domanda qualora non sussistano i presupposti di cui all’art. 160.

Già prima del decreto “correttivo”, ad ogni buon conto, la più attenta giurisprudenza si è orientata in tal senso, affermando che il controllo giudiziario deve vertere “a) sotto il profilo della *regolarità*, sull’accertamento della rispondenza dei dati considerati ed attestati dal professionista qualificato, ai sensi dell’art. 161, terzo comma, l. fall., alla documentazione di supporto o degli elementi comunque acquisiti; b) sotto il profilo della completezza, sull’accertamento dell’offerta di un’informazione, esauriente ed argomentata, dell’effettiva situazione economica e finanziaria del debitore richiedente, in relazione al piano proposto ai creditori, di modo che esso sia davvero (e non soltanto apparentemente o apoditticamente) spiegato, sulla base di un’indicazione, critica e ragionata (con illustrazione dei criteri e delle metodologie di controllo seguite), dei mezzi offerti rispetto agli obiettivi perseguiti. E la finalità di questa informazione, garantita nella chiarezza (perché comprensibile nelle sue fonti e nella sua rappresentazione), nella genuinità e nell’esaustività dall’attento e critico sindacato del tribunale, risiede nella formazione di un reale “consenso informato” dei creditori, posti così in condizione di esprimere il loro libero convincimento, con una volontà non viziata, sulla fattibilità del piano proposto, la cui valutazione ad essi soli spetta (...). Si comprende allora come al giudice, indubbiamente con un compito significativamente ridimensionato (per la perdita di ogni controllo nel *merito*), spetti tuttavia un ruolo, non meramente formale, di *legalità*: da intendere come tutela della corretta informazione dei creditori, a garanzia della genuina e consapevole possibilità di formazione dell’accordo tra il debitore ed i suoi creditori, non più sindacato nella sua effettiva realizzabilità, ma salvaguardato, per così dire *esternamente*, attraverso l’assicurazione delle condizioni perché possa concludersi” (così App. Torino, 19 giugno 2007, inedita; nel medesimo senso Trib. Ancona, 13 ottobre 2005, in *Fallimento*, 2005, 1405; Trib. Monza, 16 ottobre 2005, *ivi*, 1402; Trib. Milano, 9 febbraio 2007, in *Dir. e prat. fall.*, 2007, 51; contra Trib. Salerno, 3 giugno 2005, in *Fallimento*, 2005, 1297).

2. Lo scrutinio in ordine alla fattibilità del piano nel corso della procedura.

L’impossibilità, per il tribunale, di sindacare la fattibilità del piano all’atto della presentazione del ricorso discende – come testé osservato – dal combinato disposto degli artt. 161 e 163. Ma ciò, a ben vedere, deriva anche dalla circostanza che, in

tale sede, il tribunale non dispone di altre informazioni e valutazioni che non siano quelle fornite dal debitore e dai professionisti che lo assistono riguardo alla consistenza dei beni oggetto di cessione ed alle relative possibilità di realizzo.

Solo dopo che il commissario giudiziale abbia provveduto al deposito della relazione di cui all'art. 172 il giudice delegato è posto in condizione di apprezzare l'effettiva attendibilità delle previsioni formulate dal ricorrente; a meno che, naturalmente, il commissario non reputi, prima ancora di detto adempimento, di attivare il procedimento di revoca dell'ammissione al concordato *ex art. 173*, ove ravvisi l'intervenuta commissione di atti di frode o, comunque, gli estremi della conclamata non fattibilità del piano (tipicamente, quando sia emersa la falsità di dati forniti dal debitore tale da incidere significativamente sulle prognosi contenute nella domanda di concordato).

Il persistente riferimento di quest'ultima previsione agli atti di frode (che fa giustizia dell'interpretazione abrogante del precetto sulla scorta di un supposto "effetto trascinamento" dell'espunzione del requisito della meritevolezza: e in tal senso v. già Trib. Torino, decr., 6 marzo 2006, inedito; Trib. Milano, 19 luglio 2007, inedita) consente di ribadire l'inderogabilità dell'art. 173 ed il conseguente potere-dovere del tribunale di verificarne l'eventuale violazione, giacché – com'è stato da ultimo correttamente rilevato in giurisprudenza – la norma, che "costituisce un'applicazione del principio di buona fede" (Trib. Milano, 19 luglio 2007, cit.), "mira a soddisfare esigenze di carattere pubblicistico e, in particolare, a garantire la correttezza sia delle informazioni fornite ai creditori sia della condotta tenuta dall'imprenditore in esecuzione del piano, nonché ad evitare un uso distorto ed "egoistico" della procedura concorsuale, assicurando che non siano in alcun modo tutelate, bensì represses e sanzionate, condotte fraudolentemente lesive dell'interesse dei creditori" (Trib. Milano, decr., 31 ottobre 2007, inedito).

Chi scrive reputa tuttavia, non da oggi, che il precetto di cui all'art. 173, lungi dal poter essere invocato indiscriminatamente, vada applicato con la dovuta cautela, dovendo condividersi l'assunto secondo cui "la funzione sanzionatoria della norma e la gravità delle conseguenze che ne derivano ne consentono l'applicazione solo nel caso in cui la condotta fraudolenta dell'imprenditore – e dunque, per quanto qui interessa, il compimento di atti preordinatamente volti ad intaccarne il patrimonio – si possa ritenere positivamente accertata, anche in via presuntiva, purché nei limiti dell'art. 2729 c.c." (Trib. Milano, 31 ottobre 2007, cit.).

Tornando alla questione della fattibilità del piano, merita osservare come tale aspetto sia a sua volta toccato dall'art. 173, atteso che il terzo comma sancisce il potere-dovere, da parte del tribunale, di aprire d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione, "se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato". E siccome fra i requisiti richiesti ai fini dell'accesso al concordato vi è, appunto, che il piano sia fattibile, se il commissario giudiziale non ne ravvisa la sussistenza il tribunale è chiamato a pronunciarsi sul punto.

3. La verifica del requisito di fattibilità in sede di giudizio di omologazione.

Le istanze pubblicistiche sottese al disposto dell'art. 173 fanno sì che lo scrutinio circa la fattibilità del piano non risulti "assorbito" dall'eventuale approvazione della proposta concordataria da parte della prescritta maggioranza dei creditori e che sia quindi possibile procedervi anche successivamente, proprio sulla base della locuzione "in qualunque momento", di cui al ridetto terzo comma della norma.

Nondimeno, perché il tribunale possa addivenire al diniego dell'omologazione devono ricorrere due condizioni.

La prima è che dichiarati di opporsi all'omologazione almeno un "controinteressato", vale a dire (tipicamente) uno o più creditori dissenzienti ovvero lo stesso commissario giudiziale, la cui legittimazione discende dall'essere questi parte necessaria del giudizio, in base a quanto previsto dal secondo comma dell'art. 180.

La seconda condizione risiede nella circostanza che, nelle more fra votazione e giudizio di omologazione, siano emersi elementi tali da far ritenere che i creditori non abbiano espresso un consenso adeguatamente informato, ovvero, in difetto, che vi siano dati certi dai quali risulti una conclamata non fattibilità del piano, intesa come impossibilità di conseguire gli obiettivi, anche minimi (*scilicet*: pagamento di una percentuale non irrisoria ai chirografari), che il debitore si è prefisso e che il commissario ha illustrato nella propria relazione *ex art.* 172 l. fall. (e ciò ancorché una parte della giurisprudenza sembri dubitare, seppur in modo – a mio avviso – non condivisibile, della sindacabilità stessa del profilo della fattibilità in sede di giudizio di omologazione nel caso di concordati senza suddivisione in classi: cfr. App. Milano, 4 ottobre 2007, inedita).

E che l'aspetto della fattibilità del piano vada considerato, in sede di omologazione, alla luce della situazione rappresentata ai creditori al momento del voto risulta confermato dalla più recente giurisprudenza in materia, la quale ha stabilito che "l'accertamento in ordine alla fattibilità del piano ed alla possibile incidenza di sopravvenienze passive e fatti nuovi, deve essere condotto tenuto conto delle due situazioni ampiamente e dettagliatamente rappresentate ed illustrate dal commissario ai creditori in adunanza, dovendosi ritenere che detti creditori, proprio perché approfonditamente informati dell'incertezza dei possibili esiti della liquidazione, ne abbiano accettato il rischio, perlomeno nei limiti tracciati dalle previsioni e valutazioni effettuate dalla società ricorrente e dal commissario giudiziale" (Trib. Milano, 31 ottobre 2007, cit.).

Nell'ipotesi in cui nessuno dei soggetti astrattamente legittimati proponga, in concreto, opposizione all'omologazione, il tribunale, secondo quanto stabilito dal terzo comma dell'art. 180, deve limitarsi a verificare la regolarità della procedura e l'esito della votazione, essendogli preclusa ogni indagine *motu proprio* in ordine alla fattibilità del piano; dopodiché, in caso di esito positivo della verifica, esso è tenuto ad omologare il concordato ed il relativo decreto non è soggetto a gravame.

4. La risoluzione del concordato per sopravvenuta non fattibilità del piano.

L’emanazione del decreto di omologazione non consente di ritenere definitivamente risolto il problema della fattibilità del piano.

Ritengo infatti che la legge affidi all’istituto della risoluzione del concordato la tutela delle aspettative che legittimamente i creditori abbiano riposto nelle valutazioni del debitore e del commissario in ordine alle loro possibilità di soddisfacimento (e il principio è stato affermato, in giurisprudenza, prima dell’entrata in vigore del decreto “correttivo”, essendosi messa in luce “la necessità di un’attenta vigilanza da parte del commissario giudiziale sull’esecuzione del concordato, sì da segnalare tempestivamente il verificarsi di eventi tali da incidere in modo significativo sull’attuazione del piano e sulle speranze di soddisfacimento dei creditori e da consentire, a fronte di inadempimenti rilevanti, l’attivazione del rimedio previsto dall’art. 186”: Trib. Milano, 31 ottobre 2007, cit.).

Nel riscrivere la disciplina della risoluzione del concordato il nuovo art. 186 l. fall. ha stabilito tre regole: a) ciascun creditore ha facoltà di domandare la risoluzione del concordato per inadempimento; b) il ricorso diretto ad ottenere la risoluzione va presentato non oltre l’anno dalla scadenza del termine fissato per l’ultimo adempimento previsto dal concordato; c) il concordato non può essere risolto se l’inadempimento ha scarsa importanza.

La previsione in parola comporta, a mio avviso, il superamento di quell’opinione secondo cui il concordato per *cessio bonorum* poteva dirsi adempiuto nel momento stesso in cui il debitore metteva i propri beni a disposizione dei creditori.

La trasposizione alla materia concordataria dei principi in tema di risoluzione del contratto, tuttavia, solleva altri dubbi, soprattutto con riferimento alla gravità dell’inadempimento. Occorre cioè domandarsi se in vista di una siffatta valutazione vengano in evidenza le finalità soggettivamente perseguite dalle parti, o non piuttosto la considerazione del “programma negoziale” su un piano oggettivo e funzionale, come parrebbe preferibile anche in ragione dell’impossibilità di una *reductio ad unitatem* del ceto creditorio sotto il profilo della ricostruzione di una volontà, appunto, unitaria.

L’interpretazione della norma in chiave oggettiva porta verosimilmente a ricondurre nell’alveo dell’inadempimento le ipotesi in cui il ricavato della vendita dei beni risulti sensibilmente inferiore alle previsioni del debitore; anche se non è del tutto certo che, ove tale scostamento sia pur sempre in linea con la più pessimistica prognosi formulata dal commissario giudiziale nella relazione *ex art.* 172, possa ancora parlarsi di inadempimento o debba invece far premio l’applicazione del principio del “consenso informato” (in base al quale il debitore non sarebbe inadempiente verso i propri creditori ove questi abbiano accettato, esprimendo voto favorevole alla proposta, il rischio di un soddisfacimento

inferiore a quello prospettato dall'imprenditore).

In ogni caso, resta aperta la questione relativa alla valutazione dell'importanza dell'inadempimento, se cioè esso debba essere apprezzato in termini assoluti ovvero percentuali e, a prescindere da questo aspetto, quando il predetto scostamento rilevi ai fini della risoluzione (esemplificando: quanti punti percentuali in meno occorrono perché possa affermarsi che l'inadempimento non ha scarsa importanza?).

Le questioni fin qui delineate tendono peraltro a stemperarsi nella misura in cui si ritenga che l'inadempimento rilevante ai fini che ci occupano sia solo quello connotato dal carattere della colpa in capo al debitore e che l'inadempimento incolpevole sia, quindi, influente: giacché in quest'ottica la risoluzione – come osserva autorevole dottrina civilistica – viene ad atteggiarsi a rimedio di natura sanzionatoria, soddisfattiva per il creditore e afflittiva per il debitore, e non rappresenta la conseguenza oggettiva della mancata attuazione del sinallagma. Ed è chiaro che l'introduzione dell'elemento soggettivo dell'inadempimento, coerentemente, d'altronde, alla posizione assunta dalla giurisprudenza in sede di interpretazione dell'art. 1218 c.c., allontana notevolmente, in concreto, il rischio di risoluzione del concordato.