

## CONTENUTI E FATTIBILITÀ DEL PIANO DI CONCORDATO PREVENTIVO ALLA LUCE DELLA RIFORMA DEL 2012

DI STEFANO AMBROSINI \*

### 1. Premessa

I primissimi contributi relativi al concordato preventivo quale da ultimo riformato si sono incentrati, com'era prevedibile, sulle novità più rilevanti in materia – il c.d. concordato senza piano (o pre-concordato), i contratti in corso di esecuzione, il concordato con continuità aziendale – oltre che sugli aspetti comuni alle soluzioni negoziate della crisi, dalla nuova finanza all'indipendenza e alla responsabilità dell'attestatore.

Ma anche riguardo a temi che più di altri avevano “tenuto banco” prima della novella dell'estate 2012 – il contenuto del piano di cessione dei beni e lo scrutinio circa la sua fattibilità – si registra un intervento del legislatore tutt'altro che trascurabile, che va a inserirsi in un quadro normativo caratterizzato ancor più marcatamente da un netto *favor* per la soluzione concordataria.

Questa generale inclinazione della riforma – da cui a livello ermeneutico pare impossibile prescindere – emerge con plastica evidenza, fra l'altro, dai seguenti aspetti:

(i) gli effetti protettivi del concordato si producono dal deposito del ricorso anche ove posto in essere ai sensi dell'art. 161, 6° c., e sono inefficaci di diritto le ipoteche giudiziali iscritte nei tre mesi antecedenti la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese;

(ii) il debitore che accede al concordato può chiedere lo scioglimento o la temporanea sospensione dei contratti pendenti e il credito che viene in tal modo a sorgere in capo al contraente *in bonis* ha natura chirografaria;

---

\* Componente del tavolo tecnico per la riforma della legge fallimentare, istituito nel marzo 2012 presso il Ministero della Giustizia

(iii) i creditori che non esercitano il voto sono considerati assenzienti alla proposta;

(iv) dalla data del deposito del ricorso, anche ai sensi dell'art. 161, 6° c., non trova applicazione la restrittiva disciplina sulla riduzione e sulla perdita del capitale sociale;

(v) l'art. 186 *bis* introduce una disciplina sotto più profili incentivante del concordato con continuità aziendale (ricomprendendovi l'ipotesi di cessione dell'azienda, fino a oggi tradizionalmente ascrivibile al genere liquidatorio) e lo stesso è a dirsi del regime dei finanziamenti e dei pagamenti autorizzabili *ex art. 182 quinquies*.

E sempre in tema di “filosofia ispiratrice”, va altresì osservato come il *favor* in questione non sia necessariamente connesso a una prospettiva di continuità aziendale. Basti pensare, a tacer d'altro, al fatto che:

a) gli effetti connessi al deposito della domanda senza piano si producono anche in caso di concordato liquidatorio;

b) la moratoria legale di quattro mesi stabilita dal primo comma dell'art. 182 *bis* opera pure in caso di accordo che preveda la cessazione dell'attività;

c) la tutela dei finanziamenti accordata dal primo comma dell'art. 182 *quinquies* è applicabile a ogni tipo di concordato e di accordo.

Ferma, ovviamente, la giusta preferenza attribuita dalla novella, ove possibile, alle soluzioni che preservino in tutto o in parte la prosecuzione dell'attività d'impresa, deve dunque riconoscersi che la legge mostra di valorizzare le soluzioni alternative al fallimento *in quanto tali*, quand'anche orientate in senso liquidatorio. E anche tale opzione di fondo, lungi dal destare scandalo, va – ad avviso di chi scrive – considerata positivamente, risultando oltre tutto coerente rispetto all'obiettivo della “residualità” del fallimento; e comunque, di là da giudizi di valore, si tratta di un carattere non secondario della riforma, di cui non si può non prendere atto.

Ciò detto a livello, per così dire, introduttivo, conviene ora affrontare il tema oggetto del presente articolo, vale a dire le novità introdotte, rispettivamente, dall'art. 161, 2° c., lett. e), e dall'art. 179, 2° c.

## 2. Il contenuto del piano di concordato

Il nuovo art. 161 provvede finalmente a “mettere un po' d'ordine” nella selva terminologica che circonda il concetto di “domanda di concordato” (che continua a costituire la rubrica della norma).

Anzitutto, dalla formulazione del 6° c. si evince che il ricorso – com'è chiaro – deve contenere la domanda di concordato, cioè la richiesta del debitore di venire ammesso alla procedura, mentre non fanno necessariamente parte del ricorso – nel senso che ne sono concettualmente distinti – la proposta e il piano.

La lettera e) del 2° c., poi, sancisce il rapporto di continenza fra questi ultimi, prescrivendo che il piano contenga “la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta”.

Il debitore deve presentare il piano “con il ricorso” – esordisce il 2° c. in parola –, al pari dei documenti contemplati alle lettere da a) a d) (relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, stato analitico ed estimativo delle attività, ecc.). Non sembra tuttavia che ciò comporti la necessità di un separato documento allegato al ricorso, per cui può continuare ad ammettersi l'inserimento del piano *all'interno* di quest'ultimo, come nella prassi frequentemente accade.

Sul fatto che il piano concordatario possa avere a tutt'oggi il contenuto più svariato *nulla quaestio*, persistendo il principio dettato dal 1° c. dell'art. 160, in base al quale il piano “può prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma”. La nuova disposizione prescrive nondimeno un *contenuto minimo*, nel senso che la proposta ai creditori va analiticamente (quindi non genericamente, né in modo sintetico) descritta quanto a modalità e tempi di adempimento.

Non altrettanto può predicarsi, invece, con riguardo al ricorso presentato ai sensi dell'art. 161, 6° c., che, come concordemente osservato già all'indomani del decreto legge del giugno 2012, rappresenta una delle novità in assoluto più rilevanti della riforma, dichiaratamente ispirata al *Chapter XI* del *Bankruptcy Code* statunitense nel perseguimento del giusto obiettivo di scongiurare che il decorso del tempo occorrente a predisporre il piano e la proposta vada a detrimento sia delle prospettive di ristrutturazione dei debiti (specie ove la crisi non si sia ancora tradotta in insolvenza), sia dei creditori meno “smaliziati”.

In proposito merita soprattutto chiarire come la disposizione dell'art. 161, 6° c., risulti inequivoca nel consentire detto deposito dal momento che il tenore della norma è inequivoco nel consentirne il deposito *senza* la proposta, il piano (anche se, dato il predetto rapporto di continenza, sarebbe stato preferibile invertire l'ordine) e l'ulteriore documentazione richiesta. Né appare lecito inferire dall'obbligo di “descrizione analitica” delle modalità e dei tempi di adempimento, sancito dalla più volte citata lettera e) del 2° c., un

– chiaramente insussistente – onere di descrizione sintetica nel caso di ricorso senza piano, giacché una lettura siffatta si porrebbe in flagrante contrasto tanto con la lettera quanto con la *ratio* del nuovo istituto.

Solo nelle ipotesi in cui il debitore richieda al tribunale, ai sensi dei commi 1° e 4° dell’art. 182 *quinquies*, l’autorizzazione a contrarre nuovi finanziamenti o a pagare crediti anteriori fin dal ricorso presentato *ex art.* 161, 6° c., è configurabile un onere di allegazione supplementare in ordine al piano, dal momento che l’attestatore è chiamato, nel primo caso, a verificare il complessivo fabbisogno finanziario sino all’omologazione e ad attestare la funzionalità dei finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori, nel secondo caso, ad attestare l’essenzialità delle prestazioni anteriori oggetto di pagamento rispetto alla prosecuzione dell’attività d’impresa e la loro funzionalità, anche qui, alla migliore soddisfazione dei creditori (e il tribunale, in sede di autorizzazione, a effettuare il controllo circa la correttezza metodologica di tali verifiche e attestazioni).

Al di fuori di questi casi, pertanto, il ricorso depositato *ex art.* 161, 6° c., ben può prescindere da qualunque indicazione in merito al contenuto del piano e della proposta, essendo precisamente questo – ripetiamo – lo scopo perseguito dalla norma: far decorrere gli effetti del deposito senza necessità di fornire indicazioni di sorta su piano e proposta e senza dover allegare documenti ulteriori rispetto ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi.

### **3. Segue. I concetti di “tempi” e di “modalità” dell’adempimento**

Passando all’analisi del sintagma “modalità e tempi”, può osservarsi come la seconda parte di esso non sollevi, sul piano semantico, problemi particolari: il debitore è tenuto a indicare in modo analitico le tempistiche con le quali egli conta di adempiere la proposta formulata ai creditori.

Ma non appena si abbandona l’aspetto di pura semantica subito si affaccia il dubbio più consistente: un disallineamento, nella fase esecutiva del concordato, dai tempi descritti nel piano costituisce di per sé causa di risoluzione del concordato?

La formulazione letterale della norma, per vero, potrebbe orientare verso la soluzione più rigorosa, sebbene l’approccio improntato a maggiore ragionevolezza, anche alla stregua dei dati esperienziali, appaia pur sempre quello in base al quale detta descrizione è finalizzata non già all’assunzione di un impegno cogente circa l’essenzialità del termine, quanto piuttosto alla formazione di un consenso informato da parte dei creditori, che, essendo per

lo più di banche e fornitori, sono i primi a mettere nel conto l'insorgere di problemi, da parte del debitore, a osservare rigorosamente i tempi preventivati. Per tacere della nota problematica, discendente dai principi generali, della rilevanza dei soli inadempimenti colpevoli, nonché della possibile incidenza sul nesso causale dell'ipotetica negligenza del liquidatore giudiziale ove diverso dalla persona indicata per tale carica dal debitore.

Anche nell'ipotesi di risoluzione per mancato rispetto dei tempi descritti nel piano, peraltro, sembra possibile la ripresentazione di un nuovo concordato che contempa un allungamento di quei tempi rivelatisi, in prima battuta, impraticabili.

Non sembra poi che l'analiticità della descrizione postulata dalla legge precluda l'indicazione di un arco temporale "a forbice", vale a dire con l'enunciazione di un tempo minimo e un tempo massimo, a condizione – beninteso – che la distanza fra i due non risulti eccessivamente ampia, tale cioè da non consentire un consenso sufficientemente consapevole.

Solo in apparenza più complessa si presenta l'esegesi dell'espressione "modalità" di adempimento della proposta. In realtà, essa sta semplicemente a significare che il debitore è tenuto a descrivere i modi attraverso i quali ritiene di poter soddisfare i suoi creditori. Se quindi dell'attivo concordatario fanno parte, come spesso avviene, disponibilità liquide, crediti da riscuotere e beni da vendere, il piano deve indicare in che modi (oltre che in quali tempi) tali *assets* potranno essere destinati alle diverse categorie di creditori. Quanto alla riscossione dei crediti, ad esempio, occorrerà distinguere fra casi di pagamento verosimilmente spontaneo e casi in cui si renda necessaria l'esecuzione forzata; quanto all'alienazione di beni, dovrà specificarsi quelli per cui è prevista la collocazione atomistica oppure in blocco, quelli per cui il debitore abbia già ricevuto offerte (garantite, cauzionate o meno), quelli oggetto di contratti preliminari e così via.

Naturalmente tali modalità di vendita devono "fare i conti" con le previsioni di cui all'art. 182 e in particolare, ove si ritenga sussistente il relativo obbligo, con le regole proprie delle procedure competitive, che secondo parte della dottrina e della giurisprudenza impediscono di configurare un piano concordatario "preconfezionato" (con l'assegnazione dell'azienda senza gara al promissario acquirente), dovendosi sempre, al contrario, interpellare il mercato alla ricerca di offerte migliori di quelle reperite dal debitore.

Altre modalità di adempimento della proposta possono consistere – tipicamente nel concordato con continuità aziendale – nell'attribuzione ai

creditori di titoli azionari od obbligazionari: se il piano prevede un aumento di capitale o l'emissione di un *bond*, è necessario descrivere nel dettaglio i contorni di tali operazioni (caratteristiche dei titoli emittendi, dimensioni del fabbisogno, modi di reperimento delle risorse, ecc.).

Il significato del termine “modalità” non autorizza, invece, confusioni di sorta rispetto a concetti come quelli di “entità” o “misura” del soddisfacimento, trattandosi di aspetti – l'uno *qualitativo*, l'altro *quantitativo* – oggettivamente diversi fra loro.

Non sembra quindi possibile, se non a prezzo di evidenti forzature, pretendere di “mettere in bocca” al legislatore ciò che in nessun modo egli ha inteso affermare, vale a dire la necessità che il debitore si impegni a far conseguire una determinata percentuale ai creditori chirografari, siano essi tali *ab origine* o per effetto di falcidia *ex art. 160, 2° c.*

Ed invero, se proprio un indice della supposta *voluntas legis* si vuole ricavare dall'art. 161, 2° c., lett. e), esso è piuttosto nel senso che non si sia inteso prevedere alcunché di vincolante circa la percentuale di realizzo, giacché a ben vedere nulla avrebbe impedito di inserire, accanto ai vocaboli “modalità” e “tempi”, un'espressione del tipo “entità del soddisfacimento”. Con il che risulta oggi ancor più arduo che in passato, come peraltro da tempo chiarito ad opera della dottrina e della giurisprudenza largamente prevalenti, predicare l'assunzione di un siffatto impegno vincolante (addirittura a pena di inammissibilità della domanda senza che vi sia traccia di una sanzione normativa di tal genere), quando neppure la novella, pur avendone l'opportunità, ha fatto alcun cenno al profilo in parola. Soluzione, quella qui propugnata, pienamente coerente, oltre tutto, con l'attuale quadro di rinnovato e accentuato *favor* per l'opzione concordataria.

#### 4. Lo scrutinio circa la fattibilità del piano

Quello intorno alla latitudine del controllo giudiziale sulla fattibilità del piano ha costituito un *leit motiv* del dibattito in materia fin dalla “miniriforma” del 2005. E ciò a dispetto del fatto che una norma soltanto (e forse non a caso) – l'art. 161, 3° c., in tema di contenuto dell'attestazione del professionista – parlasse *ex professo* di fattibilità del piano, laddove né la disposizione sull'ammissione alla procedura, né quella sulla revoca della stessa e neppure quella sul giudizio di omologazione vi facevamo (e vi fanno

tuttora) riferimento (mentre di fattibilità del piano parla adesso l'art. 67, 3° c., lett. d).

A oltre sette anni di distanza da allora può dirsi che, secondo la tesi che registra, almeno sino a oggi, i maggiori consensi:

- la fattibilità del piano non può essere sindacata dal tribunale in sede di ammissione (se non in casi, assai rari, di conclamata “patologia” della domanda);

- non può farsi luogo alla revoca del concordato sulla base della prognosi negativa del commissario giudiziale circa la fattibilità del piano, su cui devono comunque essere chiamati a esprimersi i creditori (a meno che, secondo alcuni, non risulti acclarata l'oggettiva impossibilità di effettuare pagamenti non irrisonanti a beneficio dei creditori chirografari);

- la sussistenza di detto requisito può essere valutata nell'ambito del giudizio di omologazione quando siano proposte opposizioni che ne predichino la mancanza.

Nel commentare la nota sentenza di Cassazione n. 13817 del 23 giugno 2011, chi scrive, oltre ad argomentare gli assunti testé sunteggiati, aveva altresì ribadito la necessità, già da altri posta in evidenza, di interpellare nuovamente i creditori nel caso di mutamento delle condizioni di fattibilità in epoca successiva alla votazione, non potendo inferirsi *sic et simpliciter* dalle circostanze sopravvenute un atteggiamento negativo del ceto creditorio nei confronti della proposta concordataria.

Ora, sembra che il nuovo 2° c. dell'art. 179 risponda precisamente a questa esigenza, stabilendo che il commissario, quando rileva che, dopo l'approvazione del concordato, sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, ne dà avviso ai creditori e che costoro possono modificare il voto precedentemente espresso costituendosi nel giudizio di omologazione.

Da questa previsione si desume,

a) quanto al mutamento *in pejus* delle condizioni di fattibilità del piano, che:

(i) esso non conduce di per sé alla reiezione dell'omologazione;

(ii) tale evento non comporta la necessità di procedere a una nuova votazione da parte di tutti i creditori;

(iii) i creditori che intendano revocare il proprio voto favorevole (o votare negativamente in luogo del silenzio-assenso in un primo tempo prestato) possono farlo attraverso la costituzione nel giudizio di omologazione, instando affinché questa non venga concessa;

b) quanto all'ipotetico (seppur, in base all'*id quod plerumque accidit*, assai meno frequente) mutamento *in melius*, che sul commissario incombe il medesimo onere informativo nei confronti dei creditori, al fine di consentire la possibilità che i voti negativi si convertano in manifestazioni di assenso alla proposta.

Un ultimo rilievo merita, sotto il profilo che ci occupa, l'impatto dell'art. 179, 2° c., sulla disciplina del giudizio di omologazione (che – come noto – è stata opportunamente integrata, anche dal punto di vista della tenuta costituzionale del sistema, con la facoltà di promuovere opposizione da parte di tanti creditori dissenzienti che rappresentino almeno il 20% dei crediti ammessi al voto e che contestino la convenienza della proposta: art. 180, 4° c.).

La previsione in commento, attributiva di una rilevante facoltà ai creditori, può nondimeno rappresentare, al contempo, un limite all'esercizio di altre prerogative, nella misura in cui si ritenga – e la formulazione della norma, letta in combinato disposto con l'art. 180, potrebbe in effetti autorizzare una conclusione siffatta – che lo scrutinio circa la fattibilità del piano, effettuato dai creditori con l'esercizio del voto, non possa aver luogo, in sede di omologazione, se non nel caso espressamente contemplato dall'art. 179, 2° c., e pertanto non d'ufficio, né in assenza di mutamenti delle condizioni di fattibilità del piano, ma solo, per l'appunto, in presenza di una modifica del voto giustificata da un tale "cambiamento di scenario" e fatta valere con la costituzione nel giudizio di omologazione.

Né una tale interpretazione parrebbe confliggere con l'irrinunciabile tutela del diritto di difesa, giacché la novella, se da un lato amplia significativamente lo spazio per le opposizioni fondate sulla non convenienza del concordato, dall'altro sembra chiarire che, nella misura in cui la proposta di concordato abbia superato le "forche caudine" del possibile procedimento di revoca *ex art. 173* e abbia ricevuto il *placet* della maggioranza dei creditori (nel che è implicita una positiva valutazione circa la fattibilità del piano), non è consentito a uno o più creditori (se non – si ribadisce – per fatti sopravvenuti) mettere in discussione tale risultato in sede di omologazione, introducendo uno scrutinio di fattibilità che la riforma stessa, verosimilmente non a caso, ha ritenuto di non menzionare nel pur modificato art. 180.

L'accoglimento della lettura qui proposta, d'altronde, non comporterebbe altro che un passo ulteriore nella valorizzazione di quel passaggio dall'eterotutela giudiziale all'autotutela informata dei creditori che, indipendentemente dalle preferenze soggettive di ciascun interprete,

rappresenta, oggettivamente, una delle “cifre” più significative delle riforme degli ultimi anni.