

CONCORDATO PREVENTIVO : POTERI DI CONTROLLO DEL TRIBUNALE IN SEDE DI AMMISSIONE, DURANTE LA PROCEDURA E IN SEDE DI OMOLOGAZIONE

Silvia Giani

Nota a [Cass. civ. Sez. I, sent., 15 settembre 2011, n 18864](#)

Il caso

Il tribunale in sede di **omologazione**, **in assenza di opposizione**, aveva rigettato la domanda di omologazione, per **non fattibilità** del piano concordatario, in considerazione dell'accertata esistenza di un ingente credito, pari ad euro 1.231.207,00, non contemplato dalla proposta e causa di una notevole riduzione delle percentuali promesse ai creditori.

Con ricorso per cassazione ex art. 111 Cost., la proponente il concordato preventivo aveva lamentato la violazione dell'art. 180 LF, deducendo che in carenza di opposizione, il tribunale non aveva il potere di sindacare la fattibilità del piano e di entrare nel merito della proposta.

Le questioni giuridiche e la soluzione

La sentenza, decidendo sul caso ad essa sottoposto, relativo ai poteri officiosi del tribunale in sede di omologazione, affronta il tema importantissimo e controverso dei limiti del potere di controllo del tribunale nelle varie fasi del concordato e cioè in sede di ammissione, durante il procedimento e nel giudizio di omologazione.

Il quesito nevralgico affrontato è se l'accentuazione della privatizzazione del concordato preventivo abbia precluso al tribunale di effettuare alcun sindacato nel merito, non solo relativo alla convenienza, ma anche alla

fattibilità del piano, nelle tre distinte fasi di verifica previste dagli artt. 162, 173 e 180 LF.

La Corte, dopo un argomentato ed articolato percorso, arriva alla conclusione che, in sede di omologazione, **la fattibilità è sindacabile ex officio**, e quindi anche in assenza di opposizione. **Nel giudizio omologatorio rientrano nell'oggetto del sindacato officioso del giudice i presupposti della sanzione revocatoria, tra cui l'inesistenza delle condizioni previste dagli artt. 160 e 161 per la sua ammissibilità.**

La premessa, da cui è partita la Corte, è che il concordato preventivo non è riducibile ad un contratto di diritto privato, poiché vi è una **differenza ontologica dell'istituto concorsuale rispetto al contratto**. Quest'ultimo produce infatti i suoi effetti nei confronti dei soli soggetti che hanno prestato il consenso, poiché si fonda sull'accordo di tutte le parti. Il concordato preventivo, invece, pur essendo stato *approvato sulla base di un consenso solo maggioritario*, ha *effetti nei confronti di tutti i creditori*, precludendo azioni esecutive individuali anche da parte di creditori assenti e dissenzienti. ***L'estensione dell'efficacia all'intera massa dei creditori, inclusi assenti e dissenzienti, comporta l'essenzialità dell'intervento del giudice.***

Il controllo giudiziale si manifesta già nella fase di ammissione, essendo consentito al giudice verificare, mediante una valutazione che è di merito, oltre alla correttezza dei criteri di suddivisione in classi, anche la non manifesta infondatezza della relazione del professionista che ne accerti la fattibilità. **La relazione del professionista non ha, infatti, valore di prova legale della fattibilità**, essendo invece consentito al tribunale valutare la non manifesta inidoneità del piano. Sul piano testuale la sindacabilità della fattibilità da parte del giudice, in sede di ammissione, trae conferma dalle modifiche apportate dal decreto correttivo (Dlgs 12 settembre 2007 n 169), il quale, tra le altre, ha previsto il potere in capo al giudice di concedere un termine non solo per produrre nuovi documenti, ma anche per apportare integrazioni al piano; potere dal quale si desume che il sindacato del giudice non è formale, ma di legittimità sostanziale, ben potendo valutare il contenuto del piano concordatario.

Il controllo giudiziale permane nel corso del giudizio, poiché **in qualunque momento il concordato può essere revocato**, ai sensi dell'art. 173 LF ove, all'esito dei controlli dei commissari, difettino le condizioni per l'ammissibilità del concordato (cfr art. 173 ultimo comma).

Nel giudizio di omologazione, il giudice ha, pertanto, il potere di verificare, pur in assenza di opposizione, la persistenza delle condizioni

di ammissibilità della procedura e l'assenza di atti di frode che determinano la revoca del concordato.

Sulla base di tali premesse, la Corte ha quindi concluso per la sussistenza in capo al giudice di poteri officiosi, volti a sindacare, pur in assenza di opposizioni, la presenza delle condizioni di ammissibilità, tra le quali va compresa la fattibilità e l'assenza di atti di frode, che sono causa di revoca del procedimento.

Quanto alla fattibilità del concordato, il potere officioso del giudice, in sede di omologa, non si estrinseca, in assenza di opposizioni dei creditori, nel sindacato della normale alea, inscindibilmente connessa ad ogni iniziativa economica, il cui apprezzamento spetta ai creditori, ma ha per oggetto la manifesta inadeguatezza del piano, per sopravvalutazione di cespiti patrimoniali o pretermissione di voci del passivo, per difetto di veridicità dei dati.

La **funzione del giudice**, ben lungi dall'essere notarile, rimane dunque **essenziale**, nonostante non abbia più per oggetto la convenienza economica, espunta dai requisiti da valutare in sede di omologazione.

La non assimilazione del procedimento di concordato al contratto di diritto privato, in forza degli effetti esdebitatori nei confronti di tutti i creditori e non solo di quelli che l'hanno approvato, offre l'occasione alla corte per affrontare, *incidenter tantum*, il quesito se, nei concordati con cessione di beni, la proposta possa essere fatta senza alcuna garanzia di percentuale minima di soddisfacimento.

Con decisione emessa il 23 giugno 2011 n 13817, la Suprema Corte aveva affermato che, nel concordato con cessione di beni, la proposta può non contenere un impegno a garantire una percentuale minima di soddisfacimento, poiché i creditori, approvandola, accettano il rischio di un diverso esito della liquidazione.

Di diverso avviso la presente decisione secondo la quale, anche nel **concordato con cessione di beni la proposta non può essere disancorata dalla promessa di un risultato utile conseguibile**, poiché altrimenti diverrebbe aleatoria, nonostante l'effetto esdebitativo della falcidia concordataria .

La disciplina del contratto della *cessio bonorum*, di cui agli artt. 1977 e 1986 cc, non è infatti applicabile poiché, a differenza del procedimento di concordato preventivo, produce la liberazione del debitore solo nei limiti di quanto ricevuto e vincola al divieto di agire esecutivamente sui beni ceduti esclusivamente i creditori che sono parti del contratto.

Osservazioni

Il quesito affrontato dalla Suprema Corte con tale sentenza, se sia inibito al giudice, in sede di omologazione, e in assenza di opposizioni dei creditori, sindacare la fattibilità del piano, è di fondamentale importanza, investendo l'ambito della cognizione del giudice nelle diverse fasi del concordato.

La tesi, che nega che nel procedimento semplificato - cioè dell'omologazione in assenza di opposizioni di creditori- il giudice abbia poteri officiosi, si fonda sulla lettera dell'art. 180 terzo comma LF; norma che prevede che, in assenza di opposizioni di creditori, il tribunale omologa il concordato, "verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione".

La limitazione dei poteri officiosi del giudice a un controllo formale della sola regolarità della procedura, che escluda qualsiasi valutazione nel merito, si collega a una concezione privatistica che attribuisce esclusivo risalto alla volontà dei creditori. In questa prospettiva, il sindacato di fattibilità spetterebbe al tribunale solo in caso di opposizione di un creditore dissenziente, appartenente ad una classe dissenziente (art. 180 quarto comma LF).

Favorevoli ad un'interpretazione restrittiva dei poteri del tribunale nelle tre fasi di verifica del procedimento sono le pronunce della Suprema Corte del 25 ottobre 2010 n 21860, del 14 febbraio 2011 n 3586, del 10 febbraio 2011 n 3274 e del 24 giugno 2011 n 13817 le quali, pur riferendosi a fasi diverse del concordato preventivo (e quanto a Cass 10 febbraio, specificamente all'omologazione nel concordato fallimentare), ribadiscono l'assenza di un potere di controllo *ex officio* sul contenuto della proposta in capo all'autorità giudiziaria, poiché "*tale potere appartiene solo ai creditori*".

Tale orientamento, che fa leva sul carattere contrattuale del concordato, fornisce una lettura parzialmente abrogatrice dell'art. 173 LF, il quale consente al tribunale in qualunque momento la revoca per atti di frode o per la mancanza delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato.

Inoltre, non attribuisce alcuna rilevanza, nella ricostruzione dei poteri del Tribunale nella prima fase dell'ammissione, alle modifiche avvenute con il decreto correttivo: e cioè al potere del tribunale, previsto dal vigente art. 162 LF, di concedere un termine per integrazioni del piano, e alla sostituzione dell'inciso contenuto nel previgente art. 163 LF, "verificata la completezza e la regolarità della documentazione" con la locuzione "ove non abbia provveduto a norma dell'art. 162 commi primo e secondo"; modifiche dalle

quali si evince la sussistenza in capo al giudice del potere di valutare e sindacare il contenuto del piano.

Last but not least, non tiene in alcuna considerazione le differenze ontologiche tra il contratto di diritto privato e il procedimento concorsuale, il quale, a differenza del primo, produce effetti nei confronti dell'intera massa dei creditori, e quindi anche nei confronti di soggetti che non hanno preso parte all'accordo, perché assenti o dissenzienti.

La sentenza in commento, invece, nel ricostruire i poteri d'intervento del giudice, dà una **lettura coordinata degli artt. 180, 173 e 162**, tenendo conto della persistente e immutata operatività dell'art. 173 Lf e delle modifiche apportate dal decreto correttivo con riferimento all'intervento del tribunale in sede di ammissione.

Nella fase di ammissione è, pertanto, consentito al giudice sindacare nel merito la manifesta inadeguatezza del piano concordatario, poiché la relazione dell'esperto non ha efficacia di prova legale.

Tale potere persiste per tutta la durata del procedimento, potendo essere revocato il procedimento in qualsiasi momento, se mancano le condizioni di ammissibilità, tra le quali va ricompresa la fattibilità, e se si accerta l'esistenza di atti di frode perpetrati prima o durante la procedura. L'art. 173 Lf delinea, dunque, i poteri immanenti d'intervento in capo al tribunale.

Giusta il disposto dell'art. 173 LF, che fa riferimento non al venire meno delle condizioni, ma alla mancanza delle condizioni di ammissibilità (*“in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato”*), il tribunale procede d'ufficio, non solo se vengano a mancare le condizioni di ammissibilità o se sopravvengano nuovi fatti successivamente all'adunanza, ma in qualunque momento verifichi, grazie agli accertamenti compiuti dai commissari, che le condizioni di ammissibilità non sussistono, e quindi anche se esse non sussistevano sin dal momento della presentazione del ricorso.

In caso di mancanza di opposizioni dei creditori, il potere d'intervento del giudice, ovviamente, non concerne la convenienza economica della proposta concordataria -essendo ciò escluso dall'art. 180 comma 4°- e neppure la fattibilità del piano sotto il profilo della mera prognosi di adempimento connessa alla normale alea inscindibilmente connessa con la realizzabilità di qualsiasi iniziativa economica, ma la manifesta inadeguatezza del piano.

Conclusioni

L'individuazione dei poteri di controllo del giudice va ermeneuticamente ricostruita attraverso l'esame coordinato delle tre fasi di verifica del procedimento (artt. 162, 173 e 180 LF), mantenendo dritta la barra sulla non riducibilità del procedimento concorsuale al contratto privatistico, in considerazione della loro differente efficacia; efficacia per il procedimento di concordato definita, già da Carnelutti, "*anomala e pericolosa*", perché vincola non solo coloro che sono stati parti dell'accordo, ma anche soggetti assenti e dissenzienti. Proprio in considerazione dell'estensione dell'efficacia del concordato a tutta la massa dei creditori, anche di coloro che non lo hanno approvato, rimane essenziale il ruolo del giudice, non ridotto a funzione di mera certificazione notarile e non costretto a seguire la via tracciata dall'autonomia privata "nel ruolo ancillare di invitato di pietra".

Minimi riferimenti giurisprudenziali e bibliografici

Cass 25 ottobre 2010 n 21860;

Cass 10 febbraio 2011 n 3274;

Cass 14 febbraio 2011 n 3586;

Cass 24 giugno 2011 n 13817

BOZZA, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*", in il Fallimento 2/2011 p 190 e 194

FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in il Fallimento 2/2011 p 172 ss

GALLETTI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in Giur. Comm, 2009, 733.

AMBROSINI, *Il sindacato sulla fattibilità del piano concordatario" e la nozione "evolutiva degli atti di frode nella sentenza 15 giugno 2011 della Cassazione*, in Il Caso.it, 254/2011

CARNELUTTI, *Sui poteri del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo*, in Riv dir proc civ 1924, I 65;