

## **L'ART. 179 L.FALL. E LE MUTATE CONDIZIONI DI FATTIBILITÀ DEL PIANO**

DI GIOVANBATTISTA NARDECCHIA

Con la novella del 2012 all'art. 179 l.fall. è stato aggiunto un secondo comma che regola l'ipotesi che, nel lasso di tempo che va dall'approvazione del concordato all'omologa, vengano a mutare le condizioni di fattibilità del piano e quindi di adempimento della proposta.

Mutamento delle condizioni che pone a carico del commissario giudiziale l'onere di "avvisare i creditori".

La disposizione non chiarisce quale sia la forma di tale avviso, né maggiori chiarimenti giungono a tal fine dal cd "secondo decreto sviluppo", dato che tra le norme toccate dall'ennesima riforma della legge fallimentare non rientra l'art. 179 l.fall.

Ove il legislatore non corregga tale omissione in sede di conversione, prevedendo quindi la comunicazione a mezzo posta elettronica certificata, deve ritenersi che l'avviso ai creditori possa essere effettuato con qualunque mezzo di trasmissione, purché sia possibile per il commissario giudiziale fornire la prova della ricezione.

Riguardo al profilo temporale, deve ritenersi che il commissario giudiziale abbia l'onere di avvisare i creditori ogni qual volta rilevi un mutamento delle condizioni di fattibilità del piano dopo l'inizio delle operazioni di voto. Interpretazione che va modulata con il dato letterale della disposizione di legge, in forza della quale le mutate condizioni di fattibilità sono rilevanti (ai fini, evidentemente, dell'applicazione della norma) quando esse siano rilevate dal commissario giudiziale "dopo l'approvazione del concordato". Pare evidente che una lettura strettamente aderente al dato letterale condurrebbe a conseguenze contrarie allo spirito della norma. Il momento dell'approvazione del concordato coincide infatti con quello di verifica formale dell'esito delle operazioni di

voto, anche alla luce delle manifestazioni di dissenso pervenute nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale dell'adunanza. Il che escluderebbe la rilevanza delle circostanze conosciute dal commissario giudiziale nel lasso di tempo che va dall'apertura delle operazioni di voto all'approvazione del concordato. Con conseguente grave nocumento dei diritti dei creditori, i quali si vedrebbero così privati del diritto a ricevere la comunicazione prevista dalla disposizione. Comunicazione che, se conosciuta prima, avrebbe potuto determinare diversamente l'espressione di voto, se scoperta dopo potrebbe legittimare l'opposizione all'omologazione. La correttezza di tale ricostruzione si ricava altresì dalla considerazione che una volta iniziate le operazioni di voto il procedimento non prevede altri luoghi di incontro tra i creditori ed il commissario giudiziale né altre modalità di comunicazione di informazioni successive al deposito della relazione ex art. 172 l.fall. Il riferimento contenuto nella norma ad un momento successivo all'approvazione del concordato è essenziale a diversi fini: quelli dell'astratta rilevanza della circostanza. In altre parole il mutamento delle condizioni di fattibilità del piano rileva se ed in quanto il concordato sia stato approvato dai creditori, essendo, altrimenti, tale circostanza, in caso di mancato raggiungimento delle maggioranze, del tutto irrilevante. L'espressione "dopo l'approvazione del concordato" va quindi correttamente intesa come momento iniziale da cui il commissario giudiziale, una volta accertata l'approvazione del concordato, deve verificare se vi sia stato un mutamento delle condizioni di fattibilità determinato da circostanze avvenute, o da lui rilevate, successivamente all'apertura delle operazioni di voto. L'utilizzo del verbo "rileva" rende infatti evidente come le circostanze che determinano un mutamento delle condizioni di fattibilità del piano possano essere sia successive che anteriori all'apertura delle operazioni di voto, purchè, nel secondo caso, successivamente rilevate e quindi conosciute dal commissario giudiziale. Quel che la norma sicuramente esclude è la possibilità di un "ripensamento" del commissario giudiziale, una rimediazione, in chiave negativa, di circostanze già precedentemente esaminate. La norma non chiarisce se il commissario giudiziale debba sempre effettuare tale comunicazione in presenza di qualsiasi mutamento delle condizioni di fattibilità del piano ovvero vi sia uno scrimine rappresentato

dalla rilevanza di tale mutamento. In primo luogo va detto che non tutte le modifiche delle modalità esecutive contenute nel piano approvato dai creditori rilevano ai fini della comunicazione, ma soltanto quelle che incidono negativamente sul corretto adempimento della proposta concordataria. Con riferimento poi all'eventuale rilevanza dell'inadempimento, va detto che, ove si ritenesse essenziale tale requisito, andrebbe valutato se esso debba o meno essere parametrato al complesso degli obblighi assunti dal debitore con il concordato. Questione non irrilevante dato che le mutate condizioni di fattibilità del piano potrebbero incidere sull'adempimento della proposta nei confronti di alcuni creditori e non di altri. E' facile prevedere che nelle prime applicazioni della norma, almeno sino a che si sia formato un orientamento giurisprudenziale consolidato, i commissari giudiziali tenderanno a largheggiare nell'utilizzo dello strumento, effettuando la comunicazione ogni qual volta rilevino un qualche mutamento che comporti un rischio, anche potenziale, di inadempimento della proposta. E ciò anche per non esporsi ad eventuali azioni risarcitorie da parte dei creditori insoddisfatti. Destinatari della comunicazione sono genericamente i creditori. Indicazione che ricomprende sicuramente coloro i quali hanno votato a favore oppure sono stati considerati consenzienti ai fini del computo della maggioranza ai sensi del novellato art. 178, c. 4, l.fall. E ciò in quanto la costituzione è espressamente destinata a modificare il voto precedentemente espresso. Costituzione "tardiva" dato che essa può avvenire sino all'udienza, a differenza di quanto previsto per le altre parti che debbono costituirsi entro dieci giorni dall'udienza medesima. Costituzione tardiva che pone un serio problema di coordinamento tra l'art. 179 e 180 l.fall. La modifica del voto fa sorgere in capo al creditore, divenuto dissenziente, la legittimazione all'opposizione dell'omologa, opposizione che può evidentemente essere spiegata nel medesimo termine, con conseguente necessità di salvaguardia del diritto al contraddittorio delle altre parti precedentemente costituite. La sequenza comunicazione (in funzione della) modifica del voto (in funzione della) opposizione spiega altresì perché il legislatore impone al creditore di costituirsi nel giudizio di omologazione. Non si capirebbe infatti altrimenti la previsione della costituzione in giudizio ove essa fosse diretta esclusivamente alla modifica del voto, dato che sarebbe stato logico assoggettare la modifica alle

stesse forme utilizzate per le manifestazioni di dissenso successive alla chiusura del verbale ai sensi dell'art. 178, c. 4 l.fall. La costituzione in giudizio per mezzo di un avvocato è funzionale alla (eventuale) proposizione di un'opposizione, contestualmente alla modifica del voto. Inoltre, ove si ritenga, al contrario, che la costituzione prevista dall'art. 179 l.fall. sia limitata alla modifica del voto e non ampli il novero dei motivi di opposizione, non si comprenderebbe la ratio di una precisa scelta del legislatore: quella di prevedere che la comunicazione vada rivolta a tutti, anche ai creditori dissenzienti, dato che essi da una parte, avendo già espresso la loro contrarietà all'approvazione del concordato, non potrebbero, costituendosi, determinare alcuna modifica delle maggioranze precostituite, dall'altra sono già legittimati all'opposizione. La ragione della comunicazione ai creditori, senza distinzione alcuna in relazione all'espressione di voto assunta, risiede, allora, nella duplice valenza di tale comunicazione: consentire la modifica del voto ai creditori che hanno votato a favore oppure sono stati considerati consenzienti ai fini del computo della maggioranza ai sensi del novellato art. 178, c. 4, l.fall., consentire a tutti i creditori di opporsi all'omologa del concordato sulla scorta delle mutate condizioni di fattibilità del piano e quindi di adempimento della proposta comunicate dal commissario giudiziale. Con un'unica differenza di natura processuale: i creditori già dissenzienti dovranno costituirsi nel termine ordinario previsto dall'art. 180 c. 2 l.fall., essendo la costituzione tardiva riservata ai creditori che acquisiscono "successivamente" la legittimazione all'opposizione con la modifica del voto. Nel giudizio di omologazione dovrà essere effettuata dapprima la cosiddetta "prova di resistenza", per verificare l'incidenza sul calcolo delle maggioranze richieste dal primo comma dell'art. 177 l.fall. dell'ammontare dei crediti appartenenti ai creditori che hanno modificato il voto, e poi, ove il concordato risulti comunque approvato, valutare le mutate condizioni di fattibilità eccepite con l'opposizione. A tal proposito va sottolineato che il presupposto che giustifica la modifica del voto e legittima l'opposizione per motivi attinenti alla fattibilità è il mutamento delle circostanze, non la comunicazione del commissario giudiziale. Con la conseguenza che tale legittimazione deve essere riconosciuta anche al creditore che sia venuto comunque a conoscenza delle mutate condizioni di fattibilità del

piano, pur senza aver ricevuto la comunicazione dal commissario giudiziale. Da ultimo va considerato che sarebbe del tutto irrazionale non consentire al creditore di opporsi all'omologazione per ragioni che giustificerebbero, dopo l'omologa, la proposizione e l'accoglimento dell'istanza di risoluzione. Rimedio quest'ultimo esclusivo ove il mutamento intervenga o comunque venga rilevato dopo l'omologa. Ricostruzione che appare coerente con l'opzione interpretativa secondo la quale il tribunale può sempre valutare, anche d'ufficio la fattibilità: in fase di ammissione, durante la procedura, nel giudizio di omologa. Interpretazione, quest'ultima, che appare poco sostenibile per le procedure disciplinate dalla novella del 2012, dopo l'introduzione della disposizione in commento la quale, prevedendo l'obbligo della comunicazione in caso di mutamento delle condizioni di fattibilità, individua nei creditori gli unici destinatari della stessa. L'esclusione del tribunale dal novero dei destinatari della comunicazione appare difficilmente conciliabile con la prospettazione secondo cui l'art. 173 l.fall. ultimo comma possa condurre alla revoca dell'ammissione per il venir meno del requisito della fattibilità (in questi termini M.FABIANI, Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa, in *Il Caso.it*, II, 303/2012). E ciò in quanto, come è ben noto, il procedimento ex art. 173 l.fall. si attiva su segnalazione del commissario giudiziale, segnalazione ora espressamente prevista per le mutate condizioni di fattibilità, ma destinata ai soli creditori. L'attribuzione ai creditori del potere di opporsi all'omologa contestando la sopravvenuta mancanza di fattibilità non appare inconciliabile con la diversa opzione interpretativa secondo la quale la fattibilità "appartiene" ai creditori. L'appartenenza presuppone infatti il potere di disposizione, potere che i creditori esercitano col voto, soggetto al vincolo della maggioranza. Dopo l'approvazione, in assenza di ulteriori momenti di formazione della volontà collettiva dei creditori, il potere si traduce nella facoltà di opporsi all'omologazione. Opposizione all'omologazione per motivi attinenti alla fattibilità che può avere ad oggetto soltanto le mutate circostanze, intervenute o conosciute dopo l'apertura delle operazioni di voto (si veda sull'argomento S. Ambrosini, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, in *Il Caso.it*, II, 306/2012.) essendo quelle già precedentemente emerse oramai "assorbite" dall'approvazione del

concordato da parte della maggioranza dei creditori. La norma in esame, seguendo tale impostazione, fa da pendant a quella contenuta nell'art. 180, comma 4 l.fall. Come il tribunale, in sede di omologa, può valutare nel merito la convenienza della proposta ove l'opposizione provenga da creditori dissenzienti appartenenti ad una classe dissenziente ovvero che rappresentino il 20% dei crediti ammessi al voto, così può giudicare della fattibilità ove via siano opposizioni per le mutate condizioni comunicate dal commissario giudiziale. Così letto l'art. 179 l.fall. introduce un rimedio che rappresenta un punto di equilibrio tra la salvaguardia dei profili negoziali del nuovo concordato e l'esigenza di non omologare una proposta che non potrà essere correttamente eseguita. Il primo profilo è garantito dall'esclusione di un controllo d'ufficio del tribunale, dal lasciare l'iniziativa ai soli creditori, che rimangono quindi padroni delle sorti del concordato, il secondo dalla considerazione che in assenza di opposizioni, ben difficilmente vi saranno istanze di risoluzione. La pressoché totale identità tra i soggetti legittimati prima ad opporsi all'omologa per le mutate condizioni di fattibilità del piano e dopo a chiedere la risoluzione del concordato rimasto inadempito, attenua notevolmente il rischio di una potenziale inutilità della decisione. La procedura può essere utilmente proseguita perché i creditori, pur a conoscenza delle mutate condizioni di fattibilità, non opponendosi all'omologazione, dimostrano di preferire comunque tale soluzione della crisi d'impresa al fallimento. Fatto certo da cui può desumersi che gli stessi creditori non assumeranno in futuro iniziative per la risoluzione del concordato Ricostruzione che ha, come logico corollario, la considerazione che il tribunale potrebbe rigettare l'omologa del concordato solo ove le mutate condizioni di fattibilità del piano prefigurino un inadempimento di non scarsa importanza delle condizioni di soddisfazione dei creditori indicate nella proposta.