

LA VERIFICA SULLA FATTIBILITA' DEL PIANO NEL CONCORDATO PREVENTIVO. VALUTAZIONE SISTEMATICA DELLE CARATTERISTICHE, DEI COSTI E DEI POSSIBILI RISULTATI

(Dalle Sezioni Unite 1521/2013 al Codice della Crisi
dell'Impresa e dell'Insolvenza)¹

di CARMINE CAPOZZI²

1.- L'imprenditore che si trova in stato di crisi, per tale intendendosi anche lo stato d'insolvenza, può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano, del quale non è predeterminato legislativamente il contenuto, che deve assicurare, dopo la riforma del 2015, il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari, salvo l'ipotesi della proposta di concordato in continuità aziendale (art. 160, co.4 L.F.³).

Sempre dopo la riforma del 2015, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore (art. 161, co.2, lett. e, ultimo periodo).

Sin dalla novella del 2012⁴, il piano deve contenere, invece, la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta e, quando preveda la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dell'imprenditore (c.d.

¹ Il presente scritto riproduce la relazione tenuta in data 22.1.2021 al Corso di perfezionamento post-laurea in "*Diritto della Gestione e Risoluzione della Crisi Economica*", Organizzato dall'Università degli Studi di Firenze, V edizione.

² L'autore è giudice delegato alle procedure concorsuali e giudice delle esecuzioni immobiliari presso il Tribunale di Lucca.

³ La disposizione è stata introdotta, in sede di conversione, dall'art. 4, co.1 lett.1) del D.L. n.83/2015, e si applica ai procedimenti di concordato preventivo introdotti successivamente all'entrata in vigore della legge di conversione (21-8-2015).

⁴ La previsione è stata introdotta dall'art. 33, co.1, lett.b) n.1 del D.L. 22 giugno 2012, n.83, conv. con L.7 agosto 2012, n.134.

concordato in continuità diretta) o la cessione dell'azienda in esercizio o il suo conferimento (c.d. concordato in continuità indiretta), deve contenere un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura.

Emerge dalla legge fallimentare (v. artt. 160, 161, 186 *bis* L.F.) un rapporto di strumentalità del piano rispetto alla proposta di concordato: il piano è lo strumento attraverso il quale l'imprenditore intende realizzare la proposta e, quindi, assicurare il soddisfacimento dei creditori.

La proposta di concordato e il relativo piano sono veicolati ai creditori attraverso la domanda d'accesso alla procedura di concordato preventivo (art. 161 L.F.).

La procedura si svolge sotto il controllo dell'autorità giudiziaria (gli organi della procedura) e la maggioranza dei creditori, approvando la proposta, può vincolare la minoranza (artt. 177 e 180 L.F.). Con l'omologazione il concordato diviene infatti obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso d'accesso alla procedura (art. 184, co.1 L.F.).

Sui limiti del controllo dell'autorità giudiziaria, in particolare con riferimento al giudizio di omologazione e alla verifica sulla fattibilità del piano, all'indomani dell'entrata in vigore della riforma fallimentare del 2006-2007, si accese un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale, connotato da differenti piani di lettura e conclusioni a seconda che si privilegiasse una prospettiva privatistica o pubblicistica del controllo.

Di tale dibattito non è necessario dare conto partitamente in questa sede (sarebbe un fuor d'opera), essendo sufficiente invece soffermarsi sui principali sviluppi cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità, sviluppi che hanno fatto d'apripista alla riforma del Codice della Crisi dell'Impresa e dell'Insolvenza.

2.- L'itinerario giurisprudenziale non può che partire dal noto arresto delle S.U. n.1521 del 2013⁵.

⁵ Numerosi sono i commenti alla decisione delle Sezioni Unite, farne un'elencazione completa sarebbe opera molto complessa; limitandosi ad alcuni di

2.1.- Con tale decisione le Sezioni Unite hanno tentato una perimetrazione del controllo dell'autorità giudiziaria.

Hanno chiarito che la fattibilità del piano non va confusa con la convenienza della proposta: quest'ultima è sottratta al sindacato del tribunale, fatta eccezione per il caso in cui siano state proposte opposizioni dai creditori dissenzienti qualificati (art. 180, co.4 L.F.).

Hanno definito la verifica di fattibilità come un giudizio prognostico circa la possibilità di realizzare la proposta nei termini prospettati, distinguendo, nell'ambito del generale concetto di fattibilità, tra fattibilità giuridica e fattibilità economica.

Hanno puntualizzato che il controllo del giudice non è di secondo grado, destinato cioè a realizzarsi soltanto sulla completezza e congruità logica dell'attestazione del professionista, aggiungendo che il controllo sulla fattibilità giuridica del concordato, risolvendosi in un giudizio di conformità delle modalità attuative con norme inderogabili di legge, non incontra limiti, mentre il giudizio sulla fattibilità economica, essendo questa legata ad un giudizio prognostico, che fisiologicamente presenta margini di opinabilità ed implica rischi di errore, è sottratto al controllo dell'autorità giudiziaria per essere affidato unicamente ai creditori, una volta che vi sia stata corretta informazione sul punto.

quelli pubblicati nell'immediatezza della sentenza, si veda: P.F. Censoni, *I limiti del controllo giudiziale sulla «fattibilità» del concordato preventivo*, in *Giur.comm.*, 2013, II, 333 ss.; F. De Santis, *Causa in concreto della proposta di concordato preventivo e giudizio permanente di fattibilità del piano*, in *Fallimento*, 2013, 279 ss.; A. Didone, *Le Sezioni unite e la fattibilità del concordato preventivo*, in *Dir.fall.*, 2013, II, 1 ss.; A. Di Majo, *Il percorso lungo della fattibilità del piano proposto nel concordato*, in *Fallimento*, 2013, 291 ss.; M. Fabiani, *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in *Fallimento*, 2013, 149 ss.; Id., *Concordato preventivo e giudizio di fattibilità: le Sezioni Unite un po' oltre la metà del guado*, in *Foro it.*, 2013, I, 1573 ss.; G.B. Nardecchia, *La fattibilità del concordato preventivo al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. fall.* 2013, II, 185 ss.; I. Pagni, *Il controllo di fattibilità del piano concordatario dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva funzionale aperta dal richiamo alla causa concreta*, in *Fallimento*, 2013, 279 ss.; E. Scoditti, *Causa e processo nel concordato preventivo: le Sezioni Unite alla prova della fattibilità*, in *Foro it.*, 2013, I, 1576 ss.; A. Villa, *Fattibilità del piano concordatario e sindacato giudiziale indiretto*, in *Riv. dir.proc.*, 2014, 228 e ss.

Hanno ancora precisato che i destinatari della proposta di concordato sono i creditori e che ad essi soltanto spetta formulare il giudizio sulla convenienza economica della soluzione prospettata che, a sua volta, presuppone una valutazione prognostica in ordine alla fattibilità economica del piano, con la conseguenza che a quest'ultima resta del tutto estraneo il giudice in tutte le varie fasi della procedura in cui questi è chiamato ad intervenire.

Hanno tuttavia ricondotto al giudizio sulla fattibilità giuridica del concordato, che rientra nel perimetro d'intervento del giudice, la verifica della impossibilità assoluta di realizzazione del piano. Al riguardo le Sezioni Unite si sono richiamate al concetto di causa in concreto (elaborato in materia contrattuale) estendendolo alla procedura di concordato: la causa concreta del procedimento di concordato è il superamento della crisi dell'imprenditore come prospettato con la stessa proposta; essa afferisce *“alle modalità attraverso le quali, per effetto e in attuazione della proposta del debitore, le parti dovrebbero in via ipotetica realizzare la composizione dei rispettivi interessi”* (v. pag.45 della sentenza).

Hanno specificato che le forti limitazioni e compressioni dei diritti che i creditori subiscono per effetto della procedura di concordato sono giustificate soltanto se ricorrono due condizioni: a) che i creditori ricevano una corretta informazione in modo da esprimere un voto consapevole sulla proposta di concordato; b) che la procedura di concordato consenta, nel contempo, il superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e il riconoscimento a favore dei creditori di una sia pur minimale consistenza del credito da essi vantato in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti.

Hanno evidenziato, ancora, che non è possibile stabilire con una previsione generale ed astratta i margini di intervento del giudice in ordine alla fattibilità del concordato, dovendosi a tal fine tenere conto delle concrete modalità proposte dal debitore per la composizione della propria esposizione debitoria, ovvero della rilevazione del dato, se emergente "prima facie", da cui poter desumere l'inidoneità della proposta a soddisfare in qualche misura i diversi crediti rappresentati, nel rispetto dei termini di adempimento previsti.

Rientrano, pertanto, secondo le S.U., nel sindacato dell'autorità giudiziaria il profilo relativo ai tempi di adempimento indicati dal debitore nella proposta e l'incidenza di detto aspetto sulla valutazione della proposta nei suoi termini complessivi, tenuto conto che *“la limitazione del diritto dei creditori e la lievitazione dei costi di gestione connotati alla procedura di concordato trova un fisiologico bilanciamento nella previsione normativa di un ristretto termine di durata della procedura”* (così, testualmente, le S.U.).

Hanno escluso invece che rientri nel perimetro del controllo sulla fattibilità esercitabile dal tribunale il sindacato sull'aspetto pratico-economico della proposta e, quindi, sulla correttezza dell'indicazione della misura di soddisfacimento percentuale offerta dal debitore ai creditori.

Hanno infine puntualizzato che l'ambito dei poteri del giudice nei tre diversi momenti di ammissibilità, revoca e omologazione del concordato, è identico ed improntato ad un medesimo parametro valutativo.

2.2.- Una valutazione critica della decisione a distanza di oramai quasi due lustri porta ad evidenziare i seguenti aspetti:

(i) la distinzione tra piano e proposta, pur predicata nelle premesse del ragionamento della Corte in maniera condivisibile, è poi dimenticata in molti passaggi della motivazione in cui si fa confusione tra l'uno e l'altro concetto, la fattibilità infatti ora viene riferita al piano ora alla proposta, ora alla stessa procedura di concordato.

(ii) La distinzione tra fattibilità giuridica ed economica non trova fondamento nella legge fallimentare, che esclude espressamente il sindacato dell'autorità giudiziaria soltanto in relazione alla convenienza della proposta e sempre che non vi siano opposizioni qualificate all'omologazione (art. 180 L.F.). Nessun limite è invece esplicitamente posto al sindacato sulla fattibilità del piano.

(iii) Gli argomenti usati per respingere la tesi più estensiva sul giudizio di fattibilità sono in alcuni casi per niente convincenti, se non addirittura palesemente errati.

Ci riferiamo, ad esempio, al passaggio della motivazione in cui si trae argomento dall'art. 179, co.2 L.F. (secondo cui

“quando il commissario giudiziale rileva, dopo l’approvazione del concordato, che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, ne dà avviso ai creditori, i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione fino all’udienza di cui all’art. 180 per modificare il voto”) per trarne la conclusione che l’informativa non è data al tribunale perché a questi è sottratto il giudizio sulla fattibilità economica.

Laddove è evidente che la sede in cui il commissario giudiziale è tenuto ad informare il tribunale sul mutamento delle condizioni di fattibilità del piano è il parere previsto dall’art. 180, co.2 L.F.

Doveva inoltre indurre a maggiore cautela nell’usare questo argomento la circostanza che il sopravvenuto mutamento delle condizioni potrebbe riguardare – per usare le parole della Corte - anche la (sola) fattibilità giuridica.

Si pensi alla cessione di un bene prevista dal piano e al sopravvento *factum principis* costituito dall’espropriazione per pubblica utilità di quel bene oppure al mutamento della destinazione urbanistica di un terreno.

La formulazione dell’art. 179, co.2 L.F. non poteva pertanto essere utilizzata per trarne le conclusioni volute dalle Sezioni Unite.

(iv) Del tutto sottovalutate sono le previsioni introdotte dalla novella del 2012 in materia di concordato con continuità aziendale.

In tale fattispecie il piano deve contenere un’analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell’attività d’impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura (v. art. 186, bis co.2 lett. a) L.F.); la relazione del professionista deve attestare che la prosecuzione dell’attività d’impresa prevista dal piano è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori; se nel corso della procedura, l’esercizio dell’impresa cessi o risulti manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede alla revoca ex art. 173 L.F.

(v) L’estensione alla procedura di concordato di un concetto quale quello di causa in concreto, già equivoco nell’ambito della materia contrattuale, anziché chiarire ha finito per introdurre elementi di ulteriore equivocità.

Resta il merito a tale pronuncia di avere fissato alcuni concetti sopra riportati, di avere individuato in maniera unitaria, a quadro normativo esistente, i poteri di controllo del tribunale nelle varie fasi della procedura (dall'apertura all'omologazione), di aver elaborato un concetto relazionale di verifica della fattibilità del piano rispetto ai connotati propri di ciascun piano concordatario e di avere coltivato una prospettiva funzionale del giudizio di verifica che ha in sé, ove correttamente intesa, i presupposti per superare l'approccio restrittivo pure predicato dalle Sezioni Unite.

3.- Cosa rimane dell'arresto delle Sezioni Unite nella successiva giurisprudenza della Corte di legittimità?

Com'è noto, l'art. 374 c.p.c. ha introdotto per le sezioni semplici della corte di legittimità il vincolo del precedente. Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, è tenuta a rimettere a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.

Come accade in tutti gli Stati in cui opera la regola dello *stare decisis*, anche in forma attenuata quale quella introdotta dalla riforma del codice di rito del 2006, la giurisprudenza successiva che si voglia allontanare dal precedente, ne declama un ossequio formale, salvo poi precisare, approfondire, puntualizzare, portare ad ulteriori conseguenze e, infine, disattendere l'insegnamento.

In tale percorso hanno inciso anche sopravvenute modifiche normative: se una delle preoccupazioni principali che aveva guidato la decisione delle Sezione Unite era stata quella di escludere dall'ambito del sindacato dell'autorità giudiziaria la percentuale (la misura) di pagamento prospettata dal debitore con la proposta, è sopravvenuta la riforma del 2015 a richiedere espressamente quale requisito d'ammissibilità che la proposta di concordato, salvo il caso del concordato in continuità aziendale, debba assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari.

E' così accaduto che, dopo le iniziali decisioni delle sezioni semplici postesi nel solco tracciato dalle Sezioni Unite (cfr., Cass. Civ. 1101/13; 13083/13; 21901/13; 24970/13; 11423/ 14; 11497/14), a partire dal 2017 si è andato consolidando un

orientamento che ha finito per superare l'insegnamento delle sezioni unite, non più limitando il controllo sulla verifica della fattibilità del piano al mero profilo della legittimità.

In una fattispecie in cui il piano concordatario era basato sulla continuità aziendale, la Corte di legittimità, pur richiamando l'insegnamento delle Sezioni Unite e pur assumendo come riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito della fattibilità economica, ha tuttavia precisato che quest'ultimo concetto va inteso razionalmente in rapporto a quanto detto a proposito della verifica della causa concreta del concordato stesso (cfr., Cass. Civ. 7.4.2017, n.9061).

Si è aggiunto: <<Il controllo di legittimità, che si esegue in "applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo", deve attuarsi mediante la diretta verifica della "effettiva realizzabilità della causa concreta">>.

Quest'ultima - precisa la corte - è da intendersi:<< "come obiettivo specifico perseguito dal procedimento", donde essa non ha un contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita - codesta - nel generale quadro di riferimento finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori>>.

Se ne è ricavata, quindi, la conseguenza che "l'esplicito riferimento alla causa concreta, evocando il richiamo di una prospettiva funzionale, suppone un controllo sul contenuto della proposta finalizzato a stabilirne l'idoneità ad assicurare la rimozione dello stato di crisi mediante il previsto soddisfacimento dei crediti rappresentati. Ciò significa che la verifica di fattibilità, proprio in quanto correlata al controllo della causa concreta del concordato, comprende necessariamente anche un giudizio di idoneità, che va svolto rispetto all'assetto di interessi ipotizzato dal proponente in rapporto ai fini pratici che il concordato persegue. Difatti non può esser predicato il primo concetto (il "controllo circa l'effettiva realizzabilità della causa concreta") se non attraverso l'estensione al di là del mero riscontro di legalità degli atti in

cui la procedura si articola, e al di là di quanto attestato da un generico riferimento all'attuabilità del programma”.

In questa prospettiva - continua ancora la corte – non è esatto porre a base del giudizio una *summa divisio* tra controllo di fattibilità giuridica astratta (sempre consentito) e controllo di fattibilità economica (sempre vietato).

Il giudice è tenuto infatti a una verifica diretta del presupposto di fattibilità del piano per poter ammettere il debitore al concordato e la differenza tra fattibilità giuridica e fattibilità economica ha un valore solo nozionistico e serve unicamente a questo: *“che mentre il sindacato del giudice sulla fattibilità giuridica, intesa come verifica della non incompatibilità del piano con norme inderogabili, non incontra particolari limiti, il controllo sulla fattibilità economica, intesa come realizzabilità nei fatti del medesimo, può essere svolto nei limiti della verifica della sussistenza o meno di una manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi”.*

Se ne è tratta, quindi, la conclusione che *“non solo che non è vero che il controllo di fattibilità economica, per usare l'espressione fin qui impiegata, sia in sé vietato (v. Cass. n. 11497-14 e, da ultimo, Cass. n. 26329-16)”* ma che *“nella prospettiva funzionale, è sempre sindacabile la proposta concordataria ove totalmente implausibile. E' difatti riservata ai creditori solo la valutazione di convenienza di una proposta plausibile, rispetto all'alternativa fallimentare, oltre che, ovviamente, la specifica realizzabilità della singola percentuale di soddisfazione per ciascuno di essi”.*

Tali principi – secondo la Corte - tanto più vengono in rilievo quando si discorra di concordato in continuità aziendale supponente, come nel caso oggetto della sua decisione, un piano industriale pluriennale inteso a generare specifici flussi di cassa.

In tal caso, continua la corte, *“la rigorosa verifica della fattibilità "in concreto" presuppone un'analisi inscindibile dei profili giuridici ed economici, volta che il piano con continuità deve essere idoneo a dimostrare la sostenibilità finanziaria della continuità stessa. Tanto che esso deve contenere l'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione*

dell'attività, delle risorse necessarie e delle relative modalità di copertura (art. 186-bis legge fall.)”.

Il giudice ha allora il compito di verificare, ai sensi dell'art. 173 legge fall., che l'esercizio dell'impresa, per come ipotizzato nel piano, non risulti manifestamente dannoso per i creditori. Cosicché l'alea che ne circonda l'esecuzione, e che è rimessa all'accettazione dei creditori, non si estende alla valutazione di esistenza effettiva dei presupposti della soluzione concordataria per come indicata nel piano e di inesistenza delle condizioni di manifesta dannosità.

Nell'apparente ossequio formale al precedente vincolante, dell'insegnamento delle Sezioni Unite resta ben poco rispetto al tema di fondo della sindacabilità o meno della “fattibilità economica”.

E' esclusa dal sindacato dell'autorità giudiziaria soltanto la convenienza della proposta, inclusi, in questa, l'apprezzamento della verosimiglianza dei termini di adempimento prospettati e la valutazione dei rischi temporali riconnessi alla liquidazione dell'attivo.

Questo nuovo approccio è stato confermato in numerose decisioni successive (cfr., fra le altre, Cass. Civ. 15463/17; 22691/17; 5825/18; 21175/18; 27865/19; 11682/20; 28891/20; 29770/20).

La nuova soluzione è stata altresì confermata per la verifica di fattibilità nel giudizio di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (cfr., Cass. Civ. 12064/19; 11985/2020), in relazione al quale la corte ha ribadito che anche in tale procedura deve essere affermato *“il principio secondo cui nell'accordo di ristrutturazione il giudice, nella sede dell'omologa, non è limitato dalla sola verifica di regolarità formale degli adempimenti previsti per legge, ma è tenuto a verificare tutti gli aspetti di legalità sostanziale e tra questi anche quelli inerenti la effettiva garanzia di soddisfacimento dei creditori estranei all'accordo nei tempi previsti per legge. Tale verifica va fatta in termini di plausibilità e ragionevolezza, cosicché è ben possibile negare l'omologazione ove l'accordo, per come formulato, renda di per sé irragionevole e irrealistica l'affermazione di integrale pagamento in quei termini”.*

4.- Volendo sintetizzare il punto d'approdo di questa evoluzione giurisprudenziale, si possono fissare i seguenti principi.

La verifica sulla fattibilità del piano concordatario consiste in un giudizio prognostico sulla sua realizzabilità, cioè sull'attitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati.

In tale verifica non ha senso distinguere tra fattibilità giuridica e fattibilità economica, in quanto il controllo sulla c.d. fattibilità economica non è vietato.

La verifica di fattibilità comprende infatti sia l'aspetto giuridico sia l'aspetto economico del piano di concordato, in quanto entrambe le valutazioni rientrano nel perimetro dell'unica complessiva valutazione attinente alla realizzabilità *prima facie* (ovvero alla plausibilità) della causa della procedura di concordato.

In una prospettiva funzionale, quindi, è sempre sindacabile la proposta concordataria ove totalmente implausibile, mentre è riservata ai creditori solo la valutazione di convenienza di una proposta plausibile, rispetto all'alternativa fallimentare, oltre che la specifica realizzabilità della singola percentuale di soddisfazione per ciascuno di essi.

La fattibilità del piano è presupposto d'ammissione alla procedura, come si ricava dal combinato disposto degli artt. 161 e 162 L.F.

Il giudizio sulla fattibilità va condotto, pertanto, in sede di apertura della procedura di concordato preventivo e la permanenza della fattibilità deve essere immanente alla procedura.

In altre parole, il giudizio sulla fattibilità deve essere continuamente rinnovato nel corso della procedura sino al giudizio d'omologazione.

L'emersione di elementi dai quali desumere l'assenza di fattibilità – elementi in ipotesi anche già esistenti al momento dell'apertura della procedura ma scoperti successivamente – comporterà, infatti, l'attivazione del giudizio di revoca dell'ammissione al concordato, secondo il disposto dell'art. 173, u.c. L.F., ultimo periodo. Disposizione che stabilisce che il tribunale procede a revoca dell'ammissione, fra l'altro, quando

risulta, in qualsiasi momento della procedura, che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato.

La verifica di fattibilità del piano non va confusa con la valutazione del merito (della convenienza) della proposta di concordato che spetta soltanto ai creditori e sulla quale il tribunale può essere chiamato a rendere il proprio giudizio soltanto in sede di omologazione in caso di opposizione qualificata dei creditori dissenzienti.

Un ruolo fondamentale avrà nel giudizio permanente sulla fattibilità del piano il commissario giudiziale.

Benché non sia espressamente previsto dall'art. 172 L.F., la relazione del commissario giudiziale deve necessariamente pronunciarsi anche sulla fattibilità del piano.

Ciò si desume chiaramente da alcune disposizioni introdotte dalle novelle del 2012 e del 2015.

Il secondo comma dell'art. 179 L.F., aggiunto nel 2012, già sopra mentovato, prevede che il commissario giudiziale, quando rileva che dopo l'approvazione del concordato sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, è tenuto a darne avviso ai creditori, i quali si possono costituire nel giudizio d'omologazione fino all'udienza ex art. 180 L.F. per modificare il proprio voto.

E' evidente che se il commissario giudiziale è tenuto ad informare i creditori per i mutamenti intervenuti, o di cui ha avuto conoscenza dopo l'approvazione del concordato, altrettanto deve fare prima nella relazione ex art. 172 L.F.

Il comma quarto dell'art. 163 L.F. (aggiunto nel 2015) prevede nell'ultimo periodo che la relazione del professionista attestatore, di cui all'art. 161, co.3 L.F., può essere limitata – nel caso siano depositate proposte concorrenti - alla fattibilità del piano per gli aspetti “che non siano [stati] già oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale, e può essere omessa qualora non ve ne siano”.

Dal che si desume che la relazione del commissario, prevista dall'art. 172 L.F., deve riguardare anche il giudizio di fattibilità della proposta iniziale del debitore. Mentre la relazione integrativa, prevista dall'art. 172, co.2 L.F., in caso di proposte concorrenti, dovrà riferire sulla fattibilità delle stesse, oltre che

effettuare una particolareggiata comparazione tra tutte le proposte depositate.

Il commissario giudiziale deve infine esprimere il proprio giudizio finale sulla fattibilità del piano nel parere motivato da depositare nel giudizio di omologazione ai sensi dell'art. 180, co.2 L.F.

La verifica di fattibilità non è tipizzata, ma ha caratteristiche diverse a seconda del piano concordatario, delle modalità e dei tempi d'adempimento in esso previsti.

Ciò impone al tribunale una valutazione di tipo complessivo e sistematico delle caratteristiche del piano, per comprendere appieno le modalità di attuazione della proposta e l'effettiva loro idoneità a realizzare i risultati promessi ai creditori.

Nel caso in cui la proposta di concordato non sia con continuità aziendale, il piano concordatario deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari.

In tal caso la verifica di fattibilità riguarderà anzitutto l'idoneità del piano ad assicurare in termini probabilistici il soddisfacimento di tale percentuale, laddove invece così non fosse la proposta non supererebbe il vaglio d'ammissibilità.

Nel caso in cui invece la proposta di concordato sia basata sulla continuità aziendale, la verifica di fattibilità si estenderà ai flussi di cassa attesi dalla prosecuzione dell'attività di impresa e ai relativi costi, alle risorse finanziarie necessarie e alle relative modalità di copertura.

Se il piano in continuità aziendale prevede la liquidazione di beni indicati come non funzionali all'esercizio dell'impresa, il sindacato si estenderà anche a tale aspetto. Potrà essere negata l'ammissione alla procedura o l'omologazione del concordato nel caso in cui sia proposta la liquidazione di beni in realtà funzionali all'esercizio dell'impresa, la cui dismissione sarebbe pertanto dannosa per l'impresa e per i suoi creditori.

In termini più generali, attengono alla fattibilità sindacabile del piano, e non alla valutazione della convenienza della proposta di concordato riservata ai creditori, i seguenti profili (l'elencazione è meramente esemplificativa e certamente non esaustiva):

- l'esistenza o meno delle garanzie offerte ai creditori e, nel caso di esistenza delle stesse, la loro serietà e, quindi, la loro idoneità ad assicurare l'attuazione della proposta per il caso d'inadempimento del debitore;
- la messa a disposizione di finanza esterna in forme conformi all'ordinamento giuridico e vincolanti per il terzo;
- la solidità dell'assuntore in caso di concordato con assunzione;
- la verifica sulla liquidabilità dei beni: disponibilità giuridica dei beni e/o messa a disposizione in forme rituali di beni di proprietà di terzi dalla cui liquidazione ottenere finanza aggiuntiva;
- la verifica sui valori di liquidazione dei beni (mobili, immobili, marchi, etc.) oggetto di futura cessione;
- la verifica sui tempi di liquidazione/realizzazione dell'attivo: è stato ritenuto, ad esempio, che la prosecuzione del contratto di affitto di azienda per un termine così ampio senza che si proceda alla liquidazione del bene rappresenti un aspetto di incongruenza del piano di concordato liquidatorio sotto il profilo della fattibilità (giuridica)⁶;
- la verifica in ordine all'eventuale violazione della disciplina delle offerte concorrenti art. 163 bis L.F. e, più in generale, del principio di ordine pubblico economico per cui la vendita di singoli beni, l'affitto d'azienda o la cessione dell'azienda in esercizio devono avvenire con "vere" procedure competitive⁷;
- l'esistenza nella proposta di vincoli all'attività di liquidazione non compatibili con la formulazione dell'art. 182 L.F., che rinvia alle disposizioni degli artt. 105-108 ter L.F.;
- la verifica sulle possibilità di riscossione dei crediti e sulla loro corretta svalutazione in sede di piano concordatario;
- la verifica sulla corretta appostazione nel piano del fondo spese di giustizia e, più in generale, di un fondo oneri prededucibili (spese stimatore, per il caso in cui il commissario intenda avvalersi del disposto dell'art. 172, u.c. L.F.; spese di un legale incaricato del recupero dei crediti; compenso in favore di un professionista per la tenuta della contabilità; IMU che

⁶ Cfr., Cass. Civ, 24.8.2018, n.21175.

⁷ Trib. Lucca 5.1.2021, pubblicata su *Ilcaso.it*

maturerà sugli immobili nel corso della procedura); di un fondo imprevisti (magari da utilizzare in caso di scostamento tra gli obiettivi pianificati e quelli raggiunti); di un fondo oneri tributari/rischi contenziosi (per il caso di pendenza di controversie tributarie in relazione ad avvisi di accertamento già impugnati o in corso di impugnativa o di pendenze giudiziali relative ai debiti sociali);

- la verifica dei risultati stimati in termini di coerenza con il piano proposto;

- la verifica, in caso di concordato in continuità, del fatto che la prosecuzione dell'attività d'impresa sia davvero funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. E, sempre in caso di concordato in continuità:

-la verifica delle concrete possibilità di prosecuzione dell'attività impresa (ad esempio, è stato ritenuto non fattibile un piano imperniato sulla continuazione dell'attività d'impresa inficiata dalla prossima scadenza del contratto d'affitto d'azienda e senza che il piano prevedesse una soluzione concreta-mente percorribile per il momento successivo alla scadenza di tale contratto)⁸;

- la verifica dell'idoneità dei flussi di cassa a coprire gli assorbimenti di capitale circolante prodotti dalla gestione tipica;

- la verifica dell'idoneità dei flussi di cassa a garantire i pagamenti secondo la tempistica della proposta concordataria.

5.- L'approdo finale del percorso della corte di legittimità è stato sostanzialmente recepito dalla riforma della disciplina della crisi dell'impresa e dell'insolvenza.

L'art. 6 della legge delega 19 ottobre 2017, n.155, già aveva previsto che il legislatore nell'esercizio della delega si attenesse, quanto al concordato preventivo, fra l'altro, ai seguenti principi e criteri direttivi: i) fissare le modalità di accertamento della veridicità dei dati aziendali e di verifica della fattibilità del piano (lett. c); ii) determinare i poteri del tribunale, con particolare riguardo alla valutazione della fattibilità del piano, attribuendo poteri di verifica in ordine alla fattibilità anche economica dello

⁸ V., Cass. Civ. 28.9.2017, n.22691.

stesso, tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale (lett. e).

In attuazione della delega, il d.lgs. 12 gennaio 2019, n.14 (infra, CCII) ha distinto tra ammissibilità giuridica e fattibilità economica, riconoscendo ad entrambi i requisiti valore di presupposto d'ammissione alla procedura. Ha confermato che il giudizio su tali requisiti è immanente alla procedura e va ripetuto dall'apertura alla chiusura.

Passando in rassegna le nuove disposizioni si può osservare brevemente:

(i) l'art. 47 CCII, in sede di procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, espressamente prevede che, a seguito del deposito del piano e della proposta, nell'emettere il decreto di apertura della procedura, il tribunale verifica l'ammissibilità giuridica e la fattibilità economica del piano, acquisito, se non disponga già di tutti gli elementi necessari, il parere del commissario giudiziale, se nominato ai sensi dell'art. 44, co.1 lett. b).

La fattibilità economica del piano è quindi, come già oggi, ma in maniera più chiara nell'ordito normativo, requisito d'ammissibilità della procedura.

Se il giudizio sulla fattibilità è negativo, il tribunale dichiara inammissibile la proposta e, su ricorso di uno dei soggetti legittimati, dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale.

Nella stessa maniera il tribunale provvederà qualora nel corso della procedura dovesse emergere la non fattibilità del piano (art. 106, co2-3 CCII).

Resta ferma la differenza tra fattibilità economica del piano e convenienza della proposta, il cui apprezzamento è riservato ai creditori, fatta eccezione per il caso di opposizione dei creditori dissenzienti qualificati (art. 112 CCII).

Come resta fermo, in caso di mutamenti delle condizioni di fattibilità del piano manifestatesi o scoperte dopo l'approvazione della proposta, l'obbligo del commissario giudiziale di darne avviso ai creditori affinché gli stessi possano costituirsi nel giudizio di omologazione fino all'udienza per modificare il voto (110, co.3 L.F.).

(ii) L'art. 48, co.3 impone al tribunale di rinnovare il giudizio sull'ammissibilità giuridica e sulla fattibilità economica del piano al momento dell'omologazione alla luce dei rilievi del commissario giudiziale. Al rinnovo del giudizio in sede d'omologa il tribunale potrà essere chiamato anche a seguito di specifici rilievi del creditore dissenziente opponente, anche non qualificato.

(iii) L'art. 85, co.2 CCII, oggi stabilisce in maniera più chiara rispetto alla formulazione dell'art. 161 L.F., che "la proposta deve fondarsi su un piano fattibile e presentare i requisiti previsti dall'art. 87".

Rispetto alla legge fallimentare, il contenuto del piano è descritto in maniera più analitica e tipizzata nel CCII.

(iv) L'art. 87 stabilisce, infatti, che il piano deve contenere la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, nonché, in caso di concordato in continuità, il piano industriale e l'evidenziazione dei suoi effetti sul piano finanziario (quest'ultimo periodo è stato aggiunto dall'art. 13, co.3, del recente decreto correttivo n.147/2020).

In particolare, il piano deve indicare:

- a) le cause della crisi;
- b) la definizione delle strategie d'intervento e, in caso di concordato in continuità, i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria;
- c) gli apporti di finanza nuova, se previsti;
- d) le azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili, con indicazioni di quelle eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e delle prospettive di recupero;
- e) i tempi delle attività da compiersi, nonché le iniziative da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi pianificati e quelli raggiunti;
- f) in caso di continuità aziendale, le ragioni per le quali questa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori;
- g) ove sia prevista la prosecuzione dell'attività d'impresa in forma diretta, un'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse finanziarie e delle relative modalità di copertura.

I contenuti di cui alle lett.a), b), prima parte, d), e) sono comuni a tutti piani di concordato; i contenuti di cui alla lett.c) sono caratteristici (ma non esclusivi) del concordato liquidatorio; i contenuti di cui alla lett.b), seconda parte, f) e g) sono infine propri ai piani di concordato in continuità.

La verifica di fattibilità del piano andrà condotta alla luce delle nuove disposizioni sul concordato preventivo.

Se il soddisfacimento dei creditori avviene con la liquidazione del patrimonio (84, co.1), il piano di concordato deve prevedere necessariamente l'apporto di risorse esterne in misura tale da incrementare di almeno il dieci per cento, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei creditori chirografari, soddisfacimento che in ogni caso non può essere inferiore al venti per cento dell'ammontare complessivo del credito chirografario (84, co.4 CCII).

Le risorse esterne possono consistere vuoi in danaro, vuoi in beni (mobili o immobili) da liquidare. In questo caso il tribunale deve appurare: se le risorse esterne sono esistenti o meno; quando le risorse consistono in beni da liquidare, se i beni sono liquidabili o meno e se sono plausibili i valori di liquidazione; in ogni caso, che l'apporto delle risorse esterne sia idoneo ad incrementare nella misura percentuale del dieci per cento il soddisfacimento dei creditori chirografari rispetto all'alternativa liquidatoria; infine, una volta che quest'ultima verifica sia positiva, deve appurare, cumulando i ricavi attesi dalla liquidazione dei beni dell'imprenditore con le risorse esterne, che sia garantito il soddisfacimento di almeno il venti per cento dell'ammontare complessivo del credito chirografario.

Se invece il concordato è in continuità aziendale, occorre differenziare l'ipotesi della continuità diretta da quella indiretta.

In caso di continuità diretta, cioè in capo all'imprenditore che ha presentato la domanda d'accesso alla procedura di concordato, il piano deve prevedere che la continuazione dell'attività d'impresa sia funzionale ad assicurare, in un individuato arco temporale (v. art. 87, lett. b, seconda parte), il ripristino dell'equilibrio economico finanziario nell'interesse prioritario dei creditori, oltre che dell'imprenditore e dei soci (84, co.3 secondo periodo, nel testo novellato dal decreto correttivo).

Il ripristino dell'equilibrio economico finanziario è pertanto l'obiettivo che il piano deve raggiungere nel periodo proposto dal debitore, in quanto permette il superamento della crisi dell'impresa e di realizzare la causa concreta della procedura.

In maniera molto sintetica, l'equilibrio economico sussiste quando, al termine del periodo considerato, il costo delle merci o dei servizi prodotti dall'impresa e immessi sul mercato è inferiore/pari ai ricavi.

L'equilibrio finanziario riflette invece la capacità dell'impresa di far fronte al flusso delle uscite monetarie con le proprie entrate. Esso dipende non solo dall'entità delle entrate e delle uscite ma anche e soprattutto dalla loro periodicità. I due flussi possono (e di norma è così) anche non coincidere. Inoltre, in un determinato tempo il flusso delle entrate può differire da quello delle uscite anche quando i ricavi e i costi da cui derivano si equivalgono o addirittura i primi siano superiori ai secondi. Tale differenza, quando riguarda un'eccedenza delle uscite sulle entrate, genera la necessità del ricorso a fonti esterne di finanziamento (versamenti soci, o di controllanti o controllate; prestiti del sistema bancario) e, nel caso contrario, provoca un eccesso di liquidità. La prima ipotesi è del tutto fisiologica quando l'equilibrio nel periodo considerato (es., esercizio annuale), ristabilito con il ricorso al credito, generi costi (c.d. oneri finanziari) tali da non alterare l'equilibrio economico (ovvero il rapporto tra costi e ricavi) e, quindi, provocare perdite d'esercizio.

Nel caso del concordato in continuità diretta, la verifica imporrà, pertanto, di accertare – ovviamente in termini probabilistici e di plausibilità logica – l'idoneità del piano ad assicurare al termine del periodo in esso indicato l'equilibrio economico finanziario dell'organismo produttivo nei termini sopra sinteticamente proposti.

Questo significa che se la verifica del piano rende evidente la sua inidoneità a consentire all'impresa in esercizio di raggiungere l'equilibrio economico finanziario nel periodo prestabilito, e così di superare la crisi, la procedura deve arrestarsi in modo da aprire, ricorrendone i presupposti (l'istanza di un soggetto legittimato), la procedura di liquidazione giudiziale.

Ciò è coerente con il principio generale fissato nella legge delega 155/2017 (art. 2, lett.g), secondo cui la trattazione prioritaria delle proposte di soluzione della crisi che assicurino la continuità aziendale in tanto si giustifica in quanto la proposta non sia abusiva e sia realmente idonea al superamento della crisi dell'impresa. Principio poi recepito dall'art. 7, co.2 del CCII, in forza del quale, nel caso di proposizione di più domande, il tribunale tratta in via prioritaria quella diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata, a condizione che nel piano sia espressamente indicata la convenienza per i creditori e che la domanda stessa non sia manifestamente inammissibile o infondata.

La soluzione è coerente anche con le sollecitazioni che provengono dalla direttiva (UE) 2019/1023 sui quadri di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione: la disponibilità delle misure di ristrutturazione preventiva (v. art. 4) è riservata, infatti, agli imprenditori per i quali sussista una probabilità d'insolvenza (e non a quelli già insolventi), nella prospettiva, rimarcata nei considerando, che tali misure sono di esclusivo appannaggio delle imprese sane in difficoltà finanziaria e non di quelle che, non sane, non hanno alcuna prospettiva di sopravvivenza e che, pertanto, devono essere liquidate il più presto possibile (v. considerando n. 1 e 3).

In caso di continuità indiretta, in cui il piano prevede la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore (terzo cessionario, conferitario, affittuario)⁹, il requisito in esame (l'idoneità del piano ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario) va adattato al fatto che non vi è un debitore in crisi.

Non a caso, l'art. 84, co.2, terzo periodo, dispone al riguardo che nella continuità indiretta la disposizione del secondo

⁹ Ai sensi dell'art. 84, co.2, CCII, la continuità indiretta ricorre quando il piano preveda la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione o a qualunque altro titolo, ovvero in forza di affitto d'azienda, anche stipulato anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, e sia previsto dal contratto o dal titolo il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione.

periodo, sopra esaminata, si applica “*in quanto compatibile... anche con riferimento all’attività aziendale proseguita dal soggetto diverso dal debitore*”.

Dato per presupposto che il terzo cessionario, usufruttuario, conferitario o affittuario non sia al momento dell’atto dispositivo già a sua volta in una situazione di crisi o di inidoneità ad assumere la gestione dell’impresa per l’insufficienza dei mezzi (aspetto che già oggi rileva ai fini della valutazione della fattibilità del piano), mi sembra che la disposizione possa essere interpretata nel senso che essa imponga al tribunale di verificare in maniera prospettica se l’assunzione della gestione da parte del terzo sia idonea a generare flussi finanziari tali da consentire il pagamento dei creditori in un contesto volto al perseguimento dell’equilibrio economico finanziario. Quando ciò non avvenga o addirittura vi sia il rischio che la crisi dal debitore cedente trasli sul cessionario quasi come un’infezione virale (consentitemi, il parallelo, visti i tempi in cui viviamo), allora il giudizio di fattibilità dovrà essere negativo, perché non solo non vi è superamento della crisi d’impresa ma vi è il rischio serio di aggravamento sistemico della crisi con la sua estensione a soggetti terzi.

Dal che si desume, ancora una volta, che l’accesso al concordato con continuità, anche indiretta, è riservato unicamente ai casi in cui la crisi dell’impresa, come organismo produttivo, sia davvero reversibile. Altrimenti dovrà essere perseguita la soluzione liquidatoria.

Si pone, invece, su un piano diverso dalla fattibilità, il requisito previsto dall’art. 84, co.3 CCII, che definisce il tipo concordato in continuità, così differenziandolo da quello liquidatorio, secondo un criterio di prevalenza delle risorse necessarie a pagare i creditori: sia nella continuità diretta che in quella indiretta, i creditori devono essere soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale.

In difetto di questa condizione, il concordato non può essere considerato in continuità con la conseguente necessità che esso preveda l’apporto di risorse esterne nella misura sopra prevista.

La prevalenza è presunta, in maniera assoluta (presunzione *iuris et de iure*), quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivino da un’attività d’impresa alla quale sono addetti almeno la metà della media dei

lavoratori in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso.

Può ben accadere, pertanto, che un concordato sia in continuità, secondo la definizione data dall'art. 84, co.3 CCII, e non di meno non sia fattibile, perché al termine del periodo considerato dal piano (che può essere più lungo di quello biennale previsto da tale articolo), non sarà conseguibile l'equilibrio economico finanziario.