

BREVI RIFLESSIONI INTERPRETATIVE A  
CASSAZIONE, SEZIONI UNITE CIVILI, DEL 23  
GENNAIO 2013 N. 1521<sup>1</sup>

NICOLA GRAZIANO

### **Premessa**

A distanza di circa un anno dal deposito della ordinanza interlocutoria n. 27063/11, con la sentenza in commento, le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione risolvono il conflitto interpretativo sulla definizione dei limiti al potere di indagine giudiziale circa la sussistenza del requisito della fattibilità del concordato preventivo, segnatamente del procedimento il cui piano prevede la cessione dei beni ai creditori.

Con l'occasione, le Sezioni Unite Civili fanno il punto su una delle più dibattute questioni in tema di concordato preventivo, spaziando dalla problematica del controllo giudiziale sulla fattibilità della proposta e del piano fino ad arrivare a dare risposta al controverso quesito circa la rilevanza dell'indicazione concernente la misura percentuale di soddisfacimento dei creditori nell'economia della proposta concordataria con cessione dei beni, anche sotto il profilo della relativa incidenza sulla sua fattibilità, per poi affrontare, inoltre, la questione della rilevanza del ravvisato difetto di informazione del ceto creditorio ai fini di una nuova convocazione dell'adunanza per la rinnovazione delle operazioni di voto, in tal ultimo caso concludendo che nella ipotesi di loro giudizio positivo in ordine alla fattibilità del piano e mutate le condizioni, ai sensi del novellato art. 179 Legge Fall, il Commissario giudiziale ne deve dare avviso ai

---

<sup>1</sup> *Lo scritto riproduce con modifiche la nota pubblicata in GUIDA AL DIRITTO n. 11 del 9 marzo 2013.*

creditori per una eventuale loro costituzione nel giudizio di omologa ed eventuale modifica del voto precedentemente espresso.

Una corposa decisione che, a giudizio di chi scrive, presenta molte luci su una problematica di prepotente attualità, se solo si pensa alla recentissima riforma attuata con DL n. 83/12 convertito con Legge n. 134/12.

### **L'ordinanza di rimessione**

La Società Alfa chiedeva di essere ammessa alla procedura di concordato preventivo prospettando la cessione dei propri beni allo scopo di soddisfare integralmente sia i creditori privilegiati che quelli chirografari. La relazione, ex art. 172 Legge Fall., depositata dal Commissario giudiziale evidenziava che i creditori privilegiati potevano essere soddisfatti solo in percentuale ma, all'esito dell'adunanza dei creditori, la proposta fu approvata a maggioranza. Senonchè, avviato il procedimento di omologazione, nell'ambito del quale nessun creditore propose opposizione, il Commissario giudiziale espresse parere negativo quanto alla fattibilità della proposta concordataria (lo stesso riteneva, in particolare, che la società Alfa avesse sottostimato il passivo e sovrastimato l'attivo patrimoniale così non potendosi realizzare le percentuali di soddisfazione proposte ai chirografari) ed il Tribunale, condividendo tale valutazione, rigettò la domanda di omologazione considerando che il piano non era fattibile perché i termini della proposta concordataria non erano realisticamente attuabili, decisione poi confermata dalla Corte di Appello in sede di reclamo.

Potevano i giudici di merito ritenere che il requisito della fattibilità del piano concordatario si identifica con la possibilità di prevedere l'effettivo soddisfacimento della percentuale dei crediti indicata nella proposta? E la fattibilità del piano, attestata con valore fidefaciente dal professionista, poteva essere messa in discussione, senza dimostrare l'erroneità o la falsità dei dati sui quali la stessa è basata? Su questi interrogativi, che sottendono la problematica della sindacabilità del merito della proposta di concordato preventivo (ma anche

fallimentare) e quindi della fattibilità del piano da parte del giudice, la Sezione Prima Civile della Corte di Cassazione rimetteva gli atti al Primo Presidente che assegnava così il ricorso alle Sezioni Unite Civili.

### **La decisione delle Sezioni Unite Civili**

La corposa motivazione posta a fondamento della decisione in commento impone una schematizzazione per punti, molteplici essendo le implicazioni connesse alle interpretazioni rinvenute nella sentenza.

Ma procediamo con ordine.

### **La natura giuridica del concordato preventivo**

Un primo punto fermo fissano le Sezioni Unite: viene statuito che, pur non potendosi negare nella procedura di concordato preventivo l'interferenza tra piano pubblicistico e piano negoziale, le recenti riforme hanno inteso rafforzare il ruolo propositivo e decisionale delle parti, valorizzandone i profili negoziali, nei quali si inquadra il ruolo del giudice quale tutore del rispetto della legalità.

Ciò è confermato dalla ampia libertà di forma che consente all'imprenditore in stato di crisi di formulare un piano il cui contenuto non è predeterminato, adattandolo di volta in volta alle diverse possibili proposte di soluzione della crisi, sempre che, però, si segua il modello procedimentale delineato dal legislatore e nel quale si distinguono tre elementi e momenti distinti: a) una domanda di accesso alla procedura; b) una proposta rivolta ai creditori e c) una proposta di un piano che indica le modalità attraverso le quali si realizza la funzione di composizione concordata della crisi nella quale versa l'imprenditore.

Orbene il piano e la documentazione di supporto devono essere accompagnati anche dalla relazione di un professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo (art. 161, comma III, Legge Fall.).

Nel solco di questo procedimento, che porta alla soluzione negoziale della crisi, si pone il quesito sui limiti al potere di intervento assegnato al giudice per stabilire se è stato o meno soddisfatto il requisito di fattibilità della proposta e quindi del piano prescritto dalla legge fallimentare., anche alla luce della relazione del professionista attestatore.

Su questo punto, ricordano le Sezioni Unite, si registra un conflitto interpretativo, anche con riferimento agli arresti giurisprudenziali di merito.

### **La tesi del controllo di merito**

In effetti una parte della giurisprudenza di legittimità e la giurisprudenza di merito tendono ad esaltare il ruolo che il giudice è chiamato a svolgere nel procedimento di concordato preventivo, ritenendo che lo schema pubblicistico che caratterizza la figura impone un controllo non solo di legalità ma anche del merito della proposta, riconoscendo al giudice un potere di verifica della fattibilità del piano concordatario, non potendosi ritenere esclusivamente demandato al professionista attestatore il compito di esprimere la valutazione circa la fattibilità del piano proposto dall'imprenditore.

A sostegno di tale tesi si pone l'obbligo di verifica da parte del giudice della completezza e regolarità della documentazione ai fini della ammissione alla procedura di concordato; la possibilità per il tribunale di concedere termini per integrare il piano e produrre nuovi documenti; la funzione di controllo cui è chiamato il giudice anche a tutela dei riflessi pubblicistici visto il coinvolgimento nella procedura di creditori non aderenti alla proposta quanto agli effetti che dalla stessa possono derivare per loro nonché la esatta osservanza delle regole che portano ad una corretta formazione dell'accordo tra il debitore ed i suoi creditori. Del resto, si osserva, il giudice è *peritus peritorum*, così intendendosi dire che non è limitabile il suo potere di sindacare le stime e le valutazioni effettuate dall'attestatore, essendo la funzione di questo ultimo assimilabile a quella di un ausiliario del giudice.

Un vero conflitto?

Partendo da tale ricostruzione, i giudici della legittimità, più che dar conto di un vero e proprio conflitto tra decisioni contrastanti, propongono una convincente lettura delle norme che disciplinano l'istituto del concordato preventivo correttamente mutuando, a giudizio di chi scrive, da alcuni fondamentali istituti del negozio giuridico, una convincente chiave di volta interpretativa.

Gli Ermellini, infatti, partono da questa fondamentale considerazione: “tuttavia lo sbilanciamento in favore dell'elemento negoziale del nuovo procedimento di concordato determina necessariamente una diversa perimetrazione dei poteri di intervento del giudice”.

Vediamone le implicazioni.

### **La causa in concreto del concordato**

Osservano i giudici della legittimità che la funzione che ha inteso realizzare il legislatore, anche alla luce delle recentissime modifiche normative, nel disciplinare il procedimento di concordato preventivo è quella di consentire il superamento dello stato di crisi nel quale versa l'imprenditore attraverso la più svariata indicazione delle modalità di soddisfacimento dei crediti, il che impone, sempre e comunque, un riconoscimento in favore dei creditori di una, sia pure minimale, consistenza del credito da essi vantati in tempi ragionevoli (si individua così una causa - da riferirsi più propriamente alla proposta di concordato - non gratuita ma caratterizzata dalla corrispettività, laddove deve individuarsi sempre un pagamento ovvero una attribuzione patrimoniale in favore dei creditori, soddisfacendosi così il requisito della ristrutturazione dei debiti dell'imprenditore in crisi).

In tal caso l'obiettivo che si intende perseguire è meritevole di tutela in quanto la crisi è uno dei possibili aspetti della attività imprenditoriale e la soluzione di composizioni idonee a privilegiare i valori aziendali va favorita, sempre che le modalità di soddisfacimento dei crediti, per effetto ed in attuazione della proposta del debitore e del piano che contiene le relative percentuali ed i tempi di adempimento, siano idonee a realizzare la composizione degli interessi in conflitto.

La Cassazione parla di individuazione della causa concreta del procedimento di concordato al fine di poter correttamente configurare i poteri di intervento del giudice, una definizione che riporta la mente alla teoria della causa del negozio alla quale necessariamente ricorrere.

Per cui se il procedimento di concordato preventivo è il tipo, di volta in volta l'accordo si forma sulla base della documentazione richiesta dalla legge, ed in particolare sulla base del contenuto della proposta concordataria che attraverso il piano identifica la causa concreta che evidenzia, cioè, in che modo e concretamente la funzione del concordato preventivo si realizza. In tal caso, cioè, il piano diventa il percorso adempitivo della proposta, cioè il momento esecutivo della stessa.

Il giudice, quindi, che tipo di controllo è chiamato a svolgere?

### **Fattibilità giuridica, fattibilità economica e convenienza**

Gli Ermellini distinguono la fattibilità della proposta dalla convenienza della stessa ed all'interno della fattibilità tra fattibilità giuridica e fattibilità economica.

In effetti la fattibilità della proposta non è la sua convenienza che attiene al merito e la cui valutazione va certamente sottratta al Tribunale (salva l'ipotesi del novellato art. 180, comma IV, Legge Fall.).

Spetta, viceversa, al giudice valutare e controllare la fattibilità giuridica della proposta concordataria e cioè la verifica della possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati nel piano, il che non implica un controllo limitato a quanto attestato dal professionista.

La Cassazione, infatti, chiarisce che è ben possibile che il giudicante si discosti dalle valutazioni dell'attestatore il quale va considerato, anche quanto alle sue rinviolate caratteristiche di imparzialità ed indipendenza, alla stregua di un suo ausiliario.

In tal caso, e cioè attraverso il controllo della fattibilità giuridica del concordato, qualora emergano modalità attuative

previste nel piano che siano incompatibili con norme imperative, il giudice potrà esprimere un giudizio negativo sull'ammissibilità perché ha verificato l'impossibilità di realizzazione di quanto proposto. E' questo, in altre parole, il controllo della causa concreta del concordato, cioè la verifica delle concrete modalità proposte dal debitore per la composizione della crisi attraverso il piano.

Se ne ricava, quindi, che individuata nella causa (concreta) la nullità del concordato preventivo per impossibilità dell'oggetto la stessa può essere rilevata d'ufficio in quanto attiene alla fattibilità giuridica della proposta e quindi del piano che è strumento di realizzazione della proposta.

Esula, invece, dalla verifica del giudicante l'aspetto della fattibilità economica che attiene ad un giudizio prognostico quanto agli effetti della scelta concordataria (la verosimiglianza dell'esito e quindi la sua convenienza) che, in quanto connotato da margini di opinabilità ed implicando possibilità di errore riferibili alle indicazioni delle modalità di soddisfacimento dei crediti, si concretizza in un fattore di rischio per i creditori, sempre che gli stessi siano stati correttamente informati.

E' così che alla corretta informazione provvede in prima battuta il professionista attestatore in funzione dell'ammissibilità e, successivamente, quindi il commissario giudiziale prima dell'adunanza per il voto.

Questi i principi che regolano il potere del giudice per cui ne consegue, di volta in volta, l'applicazione con riguardo alle concrete modalità proposte dal debitore per la composizione della propria crisi per ogni ipotesi concreta di proposta concordataria (anche fallimentare).

## **Il concordato con cessione dei beni**

Ciò chiarito, la Cassazione, quindi, procede ad una applicazione pratica ed esemplificativa dei principi dettati nella fattispecie al suo esame che riguardava una proposta concordataria con cessione dei beni ai creditori.

Spetta al giudice il controllo sulla regolarità e completezza della documentazione a supporto della domanda al fine della formazione del consenso informato dei creditori, così come

spetta al giudice la verifica sulla fattibilità giuridica della proposta che passa anche per la verifica delle argomentazioni e delle conclusioni contenute nell'attestazione del professionista al fine di verificarne la correttezza ed infine allo stesso spetta la valutazione della idoneità della proposta ad assicurare la causa concreta del concordato.

Se ne ricava che si può giungere ad un giudizio di inammissibilità della proposta se la stessa presenta un vizio genetico relativo alla sua impossibilità giuridica ad essere eseguita (es. se si prevede la cessione di beni altrui) ovvero relativo alle indicazioni dei tempi dell'adempimento che, se non previsti entro un ragionevole termine, coerentemente con la previsione generale della ristretta durata della procedura, certamente incidono sulla fattibilità (giuridica) del concordato.

Inoltre, e sempre coerentemente a quanto sostenuto in via generale, gli Ermellini pongono un limite al sindacato del giudice quanto alla fattibilità economica della proposta che, nel concordato con cessione dei beni, comporta inevitabilmente l'analisi del problema della corretta indicazione nella proposta delle misura di soddisfacimento percentuale offerta dal debitore ai creditori.

## **Il problema della indicazione della percentuale**

I Giudici delle Sezioni Unite ritengono, facendo riferimento all'aspetto pratico ed economico (fattibilità economica) della proposta concordataria con cessione dei beni, che la percentuale di pagamento prospettata non è vincolante con la conseguenza che, esulando ciò dal controllo giudiziale, va escluso che la esatta indicazione di una percentuale di soddisfacimento dei creditori da parte del debitore possa incidere sull'ammissione del concordato così come, del resto, la valutazione sull'effettiva possibilità di raggiungimento della percentuale di soddisfacimento indicata nella proposta.

Viene quindi disattesa la tesi secondo la quale non potrebbe non indicarsi nella proposta di concordato per cessione dei beni una esatta percentuale di soddisfacimento dei creditori, senza la quale la proposta sarebbe aleatoria in senso giuridico, pure a fronte di un effetto esdebitatorio certo.

Va da se, però, che per gli altri tipi di concordato (si pensi ad esempio al concordato con continuità aziendale) è necessario indicare la percentuale offerta in quanto, in tali ipotesi, mancando il riferimento ai beni di proprietà del debitore oggetto di cessione, sarebbe del tutto indeterminato e comunque non determinabile l'oggetto della proposta, facendo venir meno tutto ciò, evidentemente, anche la causa concordataria.

## **I vari momenti del concordato**

Con argomentazione certamente condivisibile gli Ermellini affrontano anche il problema dell'ambito del controllo del giudice ritenendo che lo stesso, in quanto unico e basato sui medesimi parametri, si esercita in egual modo nelle diverse fasi del concordato: ammissibilità, revoca e omologazione.

Quanto all'ammissibilità si è già detto, per cui vale la pena di soffermarsi sul momento della revoca, laddove si sottolinea, a conferma della natura del controllo di fattibilità esercitabile dal giudicante, la eventuale presenza di atti di frode nonché il venir meno delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato (che si concretizza, cioè, nel controllo sull'impossibilità dell'oggetto della proposta concordataria con riferimento alla nullità della causa concreta) come ipotesi in cui il Tribunale è chiamato ad aprire d'ufficio il procedimento di revoca dell'ammissione del concordato.

Così come, relativamente al giudizio di omologazione, si sottolinea il ruolo del giudice che è attribuito proprio in funzione della verifica dell'effettivo perseguimento della causa del procedimento concordatario.

In tal caso se la proposta presenta profili di nullità per impossibilità dell'oggetto, nonostante la stessa venga approvata con voto favorevole dell'adunanza dei creditori, non può essere omologata presentando un vizio genetico della causa e come tale insanabile dal consenso dei creditori che, del resto, in presenza di dati non veritieri, sarebbe inquinato da un errore – vizio (ancora una volta in ciò si sostanzia il controllo sulla fattibilità giuridica della causa concreta del concordato).

## **L'attualità della interpretazione**

Osserva la Corte, infine, che l'interpretazione proposta, contrariamente a quanto da altri sostenuto, non subisce alcuna modifica anche se condotta alla luce delle novità normative introdotte dal Decreto Sviluppo (DL n. 83/12 convertito con Legge n. 134/12).

Non può, infatti, tacersi la tesi di chi sostiene che le modifiche introdotte dal Decreto Sviluppo confermino, senza equivoci, che il Tribunale può entrare direttamente nel merito della valutazione sulla fattibilità, basando il proprio assunto sugli ampi poteri autorizzatori spettanti al Tribunale che certamente condizionano la fattibilità del piano (in particolare il riferimento è agli artt. 161, comma VII, 186 bis, ultimo comma, quest'ultimo caratterizzato da una ipotesi di sopravvenuta non fattibilità del piano nel caso di procedura con continuità aziendale caratterizzata da un'attività di impresa cessata o risultata poi manifestamente dannosa per i creditori, dai quali emerge una influenza diretta del Tribunale sulla fattibilità del piano).

A giudizio di chi scrive la tesi non convince potendosi ritenere, viceversa, che, come esattamente osservato dagli Ermellini, la recentissima riforma non abbia inciso sul fisiologico ruolo del giudice nell'ambito della procedura di concordato ma solo abbia potenziato, nella sua qualità di organo terzo in funzione di garanzia dei creditori, la sua area di intervento urgente e finalizzato a dar corso alla possibilità di accesso alla procedura, proprio alla luce della disposta anticipazione degli effetti del concordato alla data di deposito del ricorso ovvero della nuova configurazione del concordato con continuità aziendale ovvero dell'intento di favorire quanto più possibile la soluzione concordatizia rispetto a quella liquidatoria (si veda l'ipotesi della prededucibilità dei finanziamenti).

### **Conclusioni**

Può concludersi sottolineandosi che la decisione in commento è destinata ad essere strumento di lettura interpretativa oltre l'ipotesi affrontata del concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori perché dotata di una portata generale non comune.

Ciò è stato possibile non solo perché si è data positiva risposta al quesito circa l'ambito di operatività del controllo giudiziale nei vari momenti del concordato ma anche perché il metro di giudizio che è stato riconosciuto in ordine al controllo della fattibilità giuridica della proposta e del piano è idoneo ad essere da riferimento per ogni ipotesi di proposta concordataria (anche fallimentare) nel solco della scelta del legislatore di favorire il ricorso al concordato, privilegiando la libertà del contenuto (atipico) delle proposte concordatarie e quindi dei piani concordatari come percorsi adempitivi della stessa, in vista del rafforzato ruolo propositivo delle parti coinvolte nel procedimento (tipico) nel quale si snoda il concordato.

### **La massima**

*Il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando escluso dalla attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo e si attua verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest'ultima, da intendere come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento, finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pure ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro (a cura di Nicola Graziano)*