

*La procedura di concordato preventivo:
i nuovi poteri di verifica del Tribunale sulla proposta
e sulla fattibilità del piano¹*

di

Raffaella Brogi

SOMMARIO. 1. Premessa. 2. L'attuale disciplina dei poteri di verifica del tribunale sul piano e sulla proposta concordataria. 3. La riforma della legge fallimentare del 2005. 4. La pronuncia delle S.U. della Corte di Cassazione del 2013 e la giurisprudenza successiva. 5. La riforma della legge fallimentare del 2015. 6. Il progetto di riforma del diritto concorsuale elaborato dalla Commissione Rordorf e il disegno di legge delega n. 3671-bis. 7. La reintroduzione del controllo di fattibilità economica in un contesto di profondo mutamento della disciplina del concordato preventivo. 8. I poteri di verifica del tribunale e i contenuti del piano concordatario c.d. in continuità. 9. La possibile abolizione della figura del professionista attestatore indipendente.

1. Premessa.

La perimetrazione dei poteri di verifica del tribunale sulla proposta e sulla fattibilità del piano risente non poco dell'atteggiamento del legislatore nei confronti del concordato preventivo. Nell'ambito delle riforme che si sono susseguite negli ultimi dieci anni l'orientamento del legislatore è variato a seconda che siano state valorizzate istanze di conservazione della continuità dei valori aziendali (secondo una visione oggettivistica incentrata sull'impresa piuttosto che sull'imprenditore) o di repressione di abusi nel ricorso al concordato preventivo. Sotto tale profilo l'ultima riforma della legge fallimentare (d.l. n. 83/2015 conv. l. n. 132/2015) è andata decisamente nel senso di una restrizione dei contorni applicativi dell'istituto, giustificata non tanto in relazione a limiti congeniti al concordato preventivo in sé, quanto alla constatazione empirica che lo strumento spesso non viene utilizzato in funzione preventiva della crisi, come attesta la

¹ Relazione tenuta, in data 5 settembre 2016, presso la Scuola Superiore Sant'Anna, in Pisa, in occasione del Convegno *Crisi di Impresa e Insolvenza. Prospettive di riforma*. Il presente scritto è di prossima pubblicazione all'interno degli Atti di tale Convegno da parte della Scuola Superiore Sant'Anna, che si ringrazia per averne concesso la pubblicazione anche nella presente sede.

circostanza che l'imprenditore si pone il problema di un intervento risolutivo di quest'ultima solo dopo cinque anni dal verificarsi dello stato di insolvenza (sul punto si rinvia alle ricerche eseguite dall'Osservatorio sulle Crisi d'Impresa nel 2013 e nel 2016 [Ferro M., 17/6/2016; Paletta A., 17/6/2016; Paletta A., 2013, 254]).

La distorsione applicativa di un istituto - usato come una sorta di male minore cui l'imprenditore ricorre per poter scongiurare la dichiarazione di fallimento - che avrebbe ben altre potenzialità di salvaguardia del complessi aziendali in crisi non può, tuttavia, trovare una risposta meramente repressiva da parte del legislatore, incentrata cioè su una semplicistica restrizione dei suoi contorni applicativi. Soprattutto in occasione di una riforma del diritto concorsuale deve essere incentivato un radicale mutamento dell'orientamento culturale, anche sulla base degli *input* provenienti in ambito europeo ed esplicitati nella nota Raccomandazione della Commissione Europea del 12 marzo 2014 su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza, dove, proprio nel primo considerando, si legge che: "*Obiettivo della presente raccomandazione è garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria, ovunque siano stabilite nell'Unione, l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza, massimizzandone pertanto il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale. Un altro obiettivo è dare una seconda opportunità in tutta l'Unione agli imprenditori onesti che falliscono.*"

2. L'attuale disciplina dei poteri di verifica del tribunale sul piano e sulla proposta concordataria.

In via preliminare occorre dare atto che i poteri di verifica del tribunale sul piano e sulla proposta concordataria costituiscono una parte fondamentale, sebbene non l'unica, dei controlli che devono essere eseguiti dal tribunale in sede di ammissione alla procedura (art. 163 l.f. e art. 162, co. 2, l.f.) o di omologazione del concordato (art. 180 l.f.).

De iure condito, di fattibilità si parla, all'interno della disciplina del concordato preventivo solo nell'art. 161, co. 3 l.f. laddove viene previsto il necessario deposito da

parte del debitore di una relazione di un professionista indipendente che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano (oltre che nell'art. 179 l.f., in merito alle c.d. sopravvenienze che possano incidere sulla fattibilità del piano). Nessuna norma, tuttavia, disciplina in via diretta i poteri di verifica del tribunale sulla fattibilità del piano. Questi ultimi sono, quindi, ricavati in via indiretta dall'art. 162, co. 2, l.f. (*" Il Tribunale, se all'esito del procedimento verifica che non ricorrono i presupposti di cui agli articoli 160, commi primo e secondo, e 161, sentito il debitore in camera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta di concordato."*) e, come vedremo meglio, sono ricostruiti dall'interprete in via sistematica alla luce delle riforme della legge fallimentare che si sono susseguite nell'ultimo decennio.

Tale mancanza di regolamentazione – alla base di evidenti oscillazioni giurisprudenziali – è destinata a venir meno in una prospettiva futura, considerato che proprio uno dei principi della legge delega di riforma del diritto concorsuale, attualmente all'esame del Parlamento (ddl n. 3671-*bis*), prevede l'espressa regolamentazione dei poteri di verifica del tribunale sulla fattibilità del piano.

3. La riforma della legge fallimentare del 2005.

La riforma della legge fallimentare del 2005 (d.l. 14 marzo 2005, n. 35 conv. l. 14 maggio 2005, n. 80) ha profondamente modificato la disciplina del concordato preventivo, determinandone, di fatto, un ampliamento del suo ambito applicativo. Tale riforma ha accentuato gli aspetti negoziali del concordato preventivo, *in primis* con la detipizzazione dei contenuti sia del piano che della proposta concordataria (la soddisfazione dei creditori può avvenire, a seguito della riformulazione dell'art. 160 l.f., in qualsiasi forma, quindi non necessariamente con il pagamento in denaro). Il venir meno della soglia del 40% di soddisfazione dei creditori chirografari, nonché del requisito di meritevolezza, hanno poi ampliato, rispettivamente dal punto di vista oggettivo e da quello soggettivo, i confini applicativi dell'istituto. È venuto poi meno il controllo di convenienza previsto dalla precedente formulazione dell'art. 181 l.f.

Il venir meno di una soglia percentuale di soddisfazione dei creditori chirografari unitamente alla detipizzazione dei contenuti della proposta hanno comportato un significativo ampliamento dell'autonomia negoziale del debitore nella predisposizione dei contenuti di quest'ultima, limitati essenzialmente alla necessità di assicurare il pagamento integrale dei crediti in prededuzione e dei privilegiati e di assicurare una percentuale ragionevole di soddisfazione dei creditori chirografari (fino almeno all'ultima riforma della legge fallimentare attuata con il d.l. n. 83/2015), salva la possibilità che un intervento della c.d. finanza terza potesse giustificare anche l'eventuale falcidia dei creditori privilegiati ed il pagamento di una percentuale dei creditori chirografari.

L'accentuazione dei profili negoziali della procedura di concordato preventivo, ancorché abbia determinato una significativa rimodulazione del potere di controllo del tribunale fallimentare sul piano e sulla proposta concordataria, non ha tuttavia relegato il ruolo di quest'ultimo ad una funzione meramente notarile di accertamento dell'avvenuta formazione del consenso da parte della maggioranza dei creditori sulla proposta concordataria, ma conserva significativi profili di rilievo pubblicistico.

Sul punto anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la nota sentenza n. 1521/2013 hanno sottolineato come le esigenze di semplificazione procedurale sottese alle modifiche della legge fallimentare con la riforma del 2005 non abbiano comportato alcuna pretermissione del ruolo pubblicistico del controllo di legalità svolto dal tribunale, ma solo una modificazione dei suoi contenuti.

Con il concordato preventivo il debitore sceglie, infatti, uno strumento di soluzione della crisi d'impresa optando consapevolmente, nell'ambito di una pluralità di possibili soluzioni (disciplinate dal legislatore o meno), quella in cui l'accordo negoziale si forma nell'ambito di una procedura tipizzata e connotata da una serie di formalità e di controlli ad opera del tribunale. D'altra parte l'accesso al concordato preventivo è incentivato anche dai notevoli vantaggi, a livello di disciplina, a partire dall'*automatic stay* (art. 168 l.f.), fino alle possibili deroghe alla disciplina societaria in materia di capitale sociale (art. 182-*sexies* l.f., introdotto *ex novo* con la riforma della legge fallimentare del 2012) o in materia di finanziamenti da parte dei soci e di terzi (art. 182-*quater* e, secondo alcuni [Trib. Prato, 22 aprile 2014] anche art. 182-*quinquies* l.f.) che, implicano, tuttavia, l'ingresso

dell'impresa nell'ambito di una zona di osservazione giudiziaria, la quale, pur non privando l'imprenditore della gestione della sua impresa, rende necessaria l'autorizzazione del tribunale per gli atti di straordinaria amministrazione (art. 161, co. 7, l.f. per il c.d. concordato e art. 167 l.f. in seguito all'ammissione alla procedura).

In tale contesto sistematico emerge anche l'importanza del **ruolo svolto dal tribunale fallimentare nel procedimento di formazione dell'accordo tra debitore e creditori** (aspetto che finisce per essere intimamente legato al controllo sulla fattibilità del piano concordatario, quale strumento esecutivo dell'adempimento dell'obbligazione oggetto della proposta concordataria).

Tale accordo si forma sulla proposta del debitore, a sua volta fondata su un piano che deve essere idoneo a consentire il corretto adempimento della prima, sulla base di una valutazione che, al momento della formazione del consenso, non può che essere di tipo prognostico, formulata cioè *ex ante*. Da qui la qualifica del piano come **fattibile** (art. 161 e 169 l.f.), inteso come qualcosa che ha ancora da farsi, ma in ordine al quale **le prospettive di realizzabilità devono essere ragionevoli**. Solo in tal modo è possibile consentire, da un lato, l'espressione di **un voto consapevole sulla proposta** e giustificare, dall'altro lato, **l'inibizione delle iniziative esecutive individuali dei singoli creditori**. L'effetto protettivo si giustifica, così, in un'ottica di tutela non solo del debitore, ma anche dell'intera collettività dei creditori e, in particolare, della garanzia della *par condicio creditorum*, a condizione che la proposta del debitore trovi fondamento in un piano che ne consenta adeguata realizzazione.

Il **ruolo svolto dal tribunale** rileva, quindi, sotto il duplice profilo della corretta **informazione dei creditori** dei contenuti del piano e sulla **verifica**, con i limiti che si andranno ad illustrare, **della relativa fattibilità**.

Sotto il primo profilo si può rilevare come nella disciplina del concordato preventivo i contenuti informativi presentino, rispetto alla disciplina generale dei contratti (contenuta, in particolare, negli artt. 1337 s.s. c.c.), un'accentuata tipizzazione ad opera della legge fallimentare e un intervento in via di eterotutela da parte del tribunale.

L'art. 1337 c.c. stabilisce, infatti, che: "*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.*"

La norma prevede una clausola generale di buona fede nel corso delle trattative, che nell'interpretazione da parte sia della giurisprudenza teorica che di quella pratica ha trovato una concretizzazione finalizzata a ritenere compresi nel suo ambito applicativo gli obblighi informativi.

Sul punto basta richiamare uno degli ultimi precedenti del giudice di legittimità, il quale ha precisato che: "*La violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, previsto dagli artt. 1337 e 1338 c.c., assume rilievo in caso non solo di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche di contratto validamente concluso quando, all'esito di un accertamento di fatto rimesso al giudice di merito, alla parte sia imputabile l'omissione, nel corso delle trattative, di informazioni rilevanti le quali avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contratto stesso.*" (Cass., Sez. 1, Sent. 23/03/2016, n. 5762).

Se è vero che l'obbligo di buona fede nelle trattative comprende anche gli obblighi informativi è altrettanto vero che non solo questi ultimi discendono da una clausola generale come quella scolpita nell'art. 1337 c.c., ma che proprio in ragione della loro fonte primaria non ricevono una tipizzazione se non caso per caso in relazione alla singola vicenda contrattuale.

L'unica eccezione riguarda la conoscenza delle cause d'invalidità del contratto ed è disciplinata dall'art. 1338 c.c. ("*La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto.*").

La pubblicizzazione insita nella disciplina del concordato preventivo porta, in primo luogo, ad una **tipizzazione degli obblighi informativi**, mediante la previsione della necessaria presenza di una relazione di un professionista indipendente, che deve attestare la fattibilità del piano concordatario e la veridicità dei dati aziendali (art. 161 l.f).

In secondo luogo la violazione degli obblighi informativi, così come tipizzati nella disciplina del concordato, porta ad un **intervento in eterotutela ex ante impeditivo della formazione dell'accordo debitore-creditori già nella fase iniziale**, mediante la

declaratoria di inammissibilità della domanda da parte del tribunale ai sensi dell'art. 162 l.f. (e non già una responsabilità *ex post* di tipo risarcitorio come nella responsabilità precontrattuale ex art. 1337-1338 c.c.).

Non solo: gli obblighi informativi non sono rimessi solamente alla relazione del professionista attestatore, ma sono oggetto anche di una peculiare verifica ad opera del **commissario giudiziale**, che redige una relazione ai sensi dell'art. 172 l.f., inviata ai creditori prima dell'espressione del voto sulla proposta concordataria [Fabiani, 2014, 563 rileva che il commissario giudiziale ha il compito di offrire ai creditori una lettura indipendente della prospettiva di adempimento al fine di consentire a questi ultimi di ponderare le conseguenze del voto].

Tuttavia, il legislatore non relega il controllo del tribunale alla verifica di un dato formale riconducibile all'effettività di un flusso informativo intercorrente tra l'imprenditore in crisi ed i suoi creditori, ma impone un **controllo diretto sul piano e sulla proposta concordataria da parte del tribunale** (controllo che attualmente, come già rilevato è normativamente ricavato in via indiretta dall'art. 162, co. 2, l.f. e che, *de iure condendo*, è oggetto di un'apposita regolamentazione ad opera del legislatore delegato cui sarà indirizzato un apposito principio nella legge delega in corso di esame da parte del Parlamento).

Nonostante un importante intervento delle Sezioni Unite nel 2013, l'ambito del controllo del tribunale sulla c.d. fattibilità del piano e in particolare sui contenuti della relazione del professionista indipendente (che tale fattibilità attesta, unitamente alla veridicità dei dati aziendali) costituisce, tuttora, un argomento dibattuto in dottrina e nella giurisprudenza di merito. Il problema non è, quindi, solo quello del riscontro formale dell'effettiva presenza di tale attestazione ma dei limiti entro i quali il tribunale può sindacarne i relativi contenuti, anche con particolare riferimento all'eventuale ammissibilità della sovrapposizione della propria valutazione rispetto a quella del professionista.

In tale ipotesi il ruolo di eterotutela pone un'ulteriore e vistosa deroga al diritto dei contratti: anche in presenza di un consenso maggioritario, formato secondo le norme della disciplina del concordato preventivo (o addirittura quasi totalitario, pari al 97% nel

caso deciso da App. Firenze, 2 novembre 2015) il tribunale può intervenire negando la sua omologazione. Tale incisivo controllo di fattibilità – da tenere distinto, anche nella stessa prospettiva *de iure condendo*, dal controllo di convenienza economica, ormai definitivamente espunto dal sindacato giurisdizionale per essere ascritto alla sola valutazione soggettiva dei singoli creditori – è riconducibile a ragioni di ordine pubblicistico poste a presidio del coacervo di interessi che ruotano attorno alla società in crisi, tali da rendere economicamente sconveniente l'apertura di una procedura o l'omologazione di un concordato (ancorché votato dalla maggioranza dei creditori) la cui proposta si fondi su un piano inattuabile.

4. La pronuncia delle S.U. della Corte di Cassazione del 2013 e la giurisprudenza successiva.

Nel dare atto della convivenza all'interno della procedura di concordato preventivo di aspetti pubblicistici e profili più marcatamente negoziali il giudice di legittimità nella nota pronuncia resa a Sezioni Unite nel 2013 (sent. n. 1521) ha precisato che: *" il conseguimento della migliore economicità realizzabile nelle diverse possibili soluzioni di composizione della crisi di impresa presuppone un'ampia flessibilità della procedura, obiettivo che a sua volta può trovare soddisfacente attuazione - nell'ambito del quadro delineato sul punto dal legislatore - soltanto se adeguatamente valorizzati i profili negoziali della stessa."*

Il controllo pubblicistico trova giustificazione nel fatto che: *" seppur l'istituto del concordato preventivo sia caratterizzato da connotati di indiscussa natura negoziale (come d'altro canto si desume anche dal nome del procedimento), tuttavia nella relativa disciplina siano individuabili evidenti manifestazioni di riflessi pubblicistici, suggeriti dall'avvertita esigenza di tener conto anche degli interessi di soggetti ipoteticamente non aderenti alla proposta, ma comunque esposti agli effetti di una sua non condivisa approvazione, ed attuati mediante la fissazione di una serie di regole processuali inderogabili, finalizzate alla corretta formazione dell'accordo tra debitore e creditori, nonché con il potenziamento dei margini di intervento del giudice in chiave di garanzia."*

La pronuncia si segnala per la nota distinzione tra fattibilità economica e fattibilità giuridica. Difatti la fattibilità viene identificata *"in una prognosi circa la possibilità di*

realizzazione della proposta nei termini prospettati, il che implica una ulteriore distinzione, nell'ambito del generale concetto di fattibilità, fra la fattibilità giuridica e quella economica."

Tale distinzione è prodromica alla delimitazione delle valutazioni di pertinenza del giudice e di quelle dei creditori, spettando: *" al giudice verificare la **fattibilità giuridica del concordato** e quindi esprimere un **giudizio negativo in ordine all'ammissibilità** quando **modalità attuative** risultino **incompatibili con norme inderogabili**, profili di incertezza viceversa si pongono, laddove entrino in discussione gli aspetti relativi alla **fattibilità economica**. Questa è infatti legata ad un **giudizio prognostico**, che fisiologicamente presenta margini di opinabilità ed implica possibilità di errore, che a sua volta si traduce in un fattore rischio per gli interessati. È pertanto ragionevole, in coerenza con l'impianto generale dell'istituto, che di tale rischio si facciano esclusivo carico i creditori, una volta che vi sia stata corretta informazione sul punto."*

La corretta perimetrazione dei margini d'intervento del giudice presuppone l'individuazione della **causa concreta** del procedimento. Considerato che l'obiettivo di fondo della procedura di concordato preventivo è costituito dal superamento dello stato di crisi la proposta concordataria si incentra sulla regolazione di quest'ultima e può assumere concretezza solo con l'indicazione delle modalità di soddisfazione dei creditori.

La compressione del diritto di azione costituzionalmente garantito del creditore, nonché la formalizzazione di una limitazione del suo credito, per effetto di maggioranze ipoteticamente non condivise sulla proposta concordataria, può dare vita ad un accettabile bilanciamento di interessi alla duplice condizione che: a) lo svolgimento del procedimento avvenga nel rispetto delle indicazioni del legislatore, con particolare riferimento all'informazione dei creditori sui contenuti del piano e della proposta; b) venga soddisfatta la duplice finalità perseguita con l'instaurazione della detta procedura, cioè il superamento della situazione di crisi dell'imprenditore (che comunque in tal modo così definisce la sua parentesi commerciale negativa), da una parte, ed il riconoscimento in favore dei creditori di una sia pur minimale consistenza del credito da essi vantato in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti

Il *decisum* delle Sezioni Unite ha trovato conferma anche nelle pronunce successive del giudice di legittimità. Secondo Cass. Sez. 1, sent. 23/05/2014, n. 11497: *" In tema di concordato preventivo, la fattibilità del piano è un presupposto di ammissibilità della proposta sul quale,*

*pertanto, il giudice deve pronunciarsi esercitando un sindacato che consiste nella verifica diretta del presupposto stesso, non restando questo escluso dall'attestazione del professionista. Tuttavia, 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 solo nei limiti nella verifica della sussistenza o meno di una assoluta, manifesta inettitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati**, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole, fermo, ovviamente, il controllo della completezza e correttezza dei dati informativi forniti dal debitore ai creditori, con la proposta di concordato e i documenti allegati, ai fini della consapevole espressione del loro voto. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto sia l'incapacità della proponente di formalizzare l'acquisto, promessole da terzi, degli immobili su cui si basava il piano concordatario e dei quali assumeva di aver già pagato il prezzo, sia la verosimile mancata formalizzazione delle garanzie promesse da terzi, sia l'inattendibilità della valutazione dei menzionati immobili, collocati in zona agricola)."*

5. La riforma della legge fallimentare del 2015.

I poteri di controllo del tribunale sulla fattibilità del piano e di verifica sulla proposta trovano un'evidente accentuazione in conseguenza dell'ultima riforma della legge fallimentare attuata con il d.l. n. 83/2015, conv. l. n. 132/2015.

Una delle novità principali è costituita dal limite del 20% il cui pagamento deve essere assicurato ai creditori chirografari nell'ambito del concordato liquidatorio, ai sensi dell'art. 160, u.c., l.f. il quale prevede che: "*In ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis.*"

In tal modo si accentua la rilevanza della distinzione tra concordato liquidatorio e in continuità aziendale. Se tale distinzione anteriormente all'entrata in vigore della riforma del 2015 era essenziale ai fini dell'applicazione dell'art. 186-bis l.f. e, con particolare

riferimento ai poteri di verifica, in relazione alla circostanza che l'attestazione del professionista avesse i contenuti individuati nell'art. 186-*bis* lett. a) e fosse presente l'ulteriore documentazione richiesta per tale concordato, ponendo quindi la necessità o di valutazione di una documentazione più complessa imposta per espressa previsione di legge o la richiesta di un'integrazione nell'ipotesi in cui fosse qualificato come liquidatorio un concordato in continuità, la prospettiva muta radicalmente in conseguenza dell'entrata in vigore del nuovo art. 160, u.c., l.f. In tale ipotesi i problemi che si pongono sono i seguenti:

- in presenza di una corretta qualificazione ad opera dell'impresa ricorrente del concordato liquidatorio occorre valutare i contenuti della relazione con cui il professionista attesta l'idoneità del piano ad assicurare l'adempimento di una proposta che preveda il pagamento del 20% dei creditori chirografari. A tal fine viene, quindi, in rilievo il problema dei margini del sindacato giurisdizionale sulla c.d. fattibilità del piano concordatario;
- in presenza di un piano erroneamente qualificato come in continuità dall'impresa ricorrente è necessario verificare – laddove lo stesso sia, in realtà, ascrivibile alla *species* del concordato liquidatorio – se la proposta assicuri realmente il 20% del pagamento dei creditori chirografari, essendo, altrimenti necessario procedere ai sensi dell'art. 162 l.f. [Trib. Prato, 10 giugno 2016; Trib. Firenze, 1 febbraio 2016]. La distinzione tra concordato preventivo e concordato liquidatorio, con le complesse questioni ermeneutiche sottese all'interpretazione dell'art. 186-*bis* l.f., è destinata ad assumere ulteriore rilevanza, *de iure condendo*, mediante la riserva della procedura di concordato preventivo solo alle ipotesi del concordato in continuità aziendale.

È evidente, tuttavia, come la proposta di per sé non possa che prevedere un impegno del debitore a pagare il 20% dei crediti chirografari, ma che la valutazione *ex ante* circa l'effettiva capacità del debitore di adempiere al limite minimo di pagamento dei creditori chirografari prevista dall'art. 160, u.c., l.f. non possa che essere fondata sull'idoneità del piano ad assicurare la soddisfazione della percentuale minima di legge prevista del piano liquidatorio. Sotto tale profilo emerge il problema dei limiti del sindacato giurisdizionale.

Diventa, quindi, dirimente stabilire se *assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari rientri* – usando gli schemi indicati da Cass. S.U. n. 1521/2013 – nel controllo sulla fattibilità giuridica del concordato preventivo (con la conseguenza che il tribunale può sovrapporre la propria valutazione, se del caso anche alla luce delle verifiche da parte del commissario giudiziale, a quella del professionista attestatore [in tal senso Trib. Palermo, 25 maggio 2016; Trib. Pistoia, 4 febbraio 2016]) o se rientri, invece, nella fattibilità economica (con la conseguenza che in presenza di una difformità tra il contenuto dell'attestazione del professionista con le risultanze delle verifiche del commissario giudiziale la valutazione è rimessa, in via esclusiva, ai creditori). Laddove si aderisse all'opzione interpretativa che vede la fattibilità economica quale oggetto di verifica da parte del tribunale fallimentare [App. Firenze, 2 novembre 2015] i contenuti dell'attestazione del professionista anche in relazione all'idoneità del piano a supportare una proposta di pagamento di almeno il 20% dei crediti chirografari rientrerebbero, comunque, in pieno nell'alveo delle valutazioni rimesse al sindacato giurisdizionale.

Un ulteriore profilo di verifica attiene alle percentuali di pagamento dei creditori chirografari ostative alla presentazione di proposte concorrenti dei terzi, cioè il 30% nell'ipotesi dei concordati con continuità aziendale ed il 40% nei concordati liquidatori. Tale verifica, che condiziona l'ammissibilità della proposta concorrente, fa emergere, nuovamente, il complesso problema relativo ai margini di sindacabilità dei contenuti dell'attestazione del professionista da parte del tribunale. L'art. 163, co. 5, l.f. prevede, infatti, che: "*Le proposte di concordato concorrenti non sono ammissibili se nella relazione di cui all'articolo 161, terzo comma, il professionista attesta che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis, di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari.*" [sul punto v. Trib. Pistoia, 4 febbraio 2016].

Diventa, pertanto, dirimente la tipologia di controllo del tribunale sull'attestazione del professionista circa l'idoneità della proposta ad assicurare il pagamento del 30% dei creditori chirografari nell'ipotesi di concordato in continuità o il 40% nell'ipotesi di concordato liquidatorio. Nonostante la norma si riferisca espressamente ad

un'attestazione relativa alla proposta è evidente come la stessa non abbia che per oggetto un'obbligazione che il debitore in crisi si impegna ad adempiere nei confronti dei propri creditori e che, nondimeno, ancorché in via indiretta, emergano valutazioni circa l'idoneità del piano ad assicurare le percentuali di pagamento impeditive della presentazione di proposte concorrenti ad opera dei terzi. Dalle prime pronunce di merito su tale questione emerge, quindi, un'assimilazione del controllo del tribunale sulla percentuale di soddisfazione dei creditori necessaria a precludere la presentazione di proposte concorrenti rispetto a quello eseguito in base all'art. 160, u.c., l.f., circa la necessaria soddisfazione del 20% dei creditori nell'ambito dei concordati liquidatori [Trib. Pistoia, 4 febbraio 2016].

6. Il progetto di riforma del diritto concorsuale elaborato dalla Commissione Rordorf e il disegno di legge delega n. 3671-*bis*

Dopo un decennio di riforme ravvicinate, attuate in larga parte mediante lo strumento della decretazione d'urgenza, è stato intrapreso un percorso di riforma organica del diritto concorsuale, iniziato con la nomina da parte del Ministro della Giustizia di una Commissione presieduta da Renato Rordorf, che alla fine del 2015 ha consegnato un progetto di legge delega per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, recepito in un disegno di legge di iniziativa governativa (n. 3671, suddiviso, a seguito dello stralcio dell'art. 15 in materia di amministrazione straordinaria, nei progetti n. 3671-*bis* e 3671-*ter*). Con particolare riferimento alla disciplina del concordato preventivo sono previste importanti novità.

In primo luogo la procedura di **concordato preventivo**, nell'intento di incentivare il salvataggio delle imprese in crisi e in concomitanza con l'eliminazione di ogni stigmatizzazione negativa, anche a livello lessicale, alla procedura di fallimento, ridenominata quale liquidazione giudiziale, viene riservata **solo alle ipotesi di c.d. concordato con continuità aziendale**.

L'art. 9, co. 1, lett. a) ddl 3671-*bis* prevede, infatti, quale criterio direttivo della futura legge delega quello di: "*prevedere l'inammissibilità di proposte che, in considerazione del loro contenuto sostanziale, abbiano natura essenzialmente liquidatoria.*"

Ciò significa che, *in primis*, il tribunale dovrà necessariamente eseguire uno scrutinio sulla natura liquidatoria o conservativa del piano proposto, venendo, così, in rilievo tutte le complesse problematiche relative alla perimetrazione del concordato in continuità e, attualmente, all'ermeneusi dell'art. 186-*bis* l.f. [ad es. in materia di affitto d'azienda, si registrano orientamenti non uniformi in seno alla giurisprudenza di merito, si rimanda a Trib. Prato, 10 giugno 2016; Trib. Udine, 5 maggio 2016; Trib. Rimini, 1° ottobre 2015; Trib. Bolzano, 31 marzo 2015]. Tale norma non individua, infatti, il concordato in continuità sulla base di una clausola generale, ma indica alcune ipotesi, sia pure da non considerare come tassative (ad es. si ritiene vi possa rientrare anche il caso della scissione).

È pertanto importante che il legislatore delegato in una linea con l'attuale formulazione dell'art. 186-*bis* l.f. o in una totale soluzione di continuità rispetto a quest'ultima indichi chiaramente che cosa si intenda per concordato preventivo in continuità aziendale.

Una netta presa di posizione del legislatore in merito alla perimetrazione della nozione di concordato con continuità aziendale si rende tanto più necessaria se si guarda all'eterogeneità interpretativa che ha connotato l'interpretazione dell'art. 186-*bis* l.f. da parte dei singoli tribunali fallimentari.

La chiusura rispetto ad ipotesi di soluzioni della crisi alternative alla liquidazione giudiziale è tanto più netta ad opera del ddl n. 3671-*bis*, considerato che, rispetto al progetto elaborato dalla Commissione Rordorf, il concordato liquidatorio è escluso anche nelle ipotesi caratterizzate dall'inserimento di finanza terza. La rettificazione potrebbe non essere un male se si considera che quest'ultima è quasi sempre inserita dai soci e che le ricerche, già richiamate, dell'Osservatorio sulle Crisi d'Impresa (2013 e 2016, *cit.*) hanno evidenziato una sottocapitalizzazione evidente, con la conseguenza che l'eliminazione di ipotesi di concordato liquidatorio anche nel caso in cui venga inserita la

c.d. finanza terza potrebbe, davvero, essere uno stimolo ulteriore all'emersione anticipata della crisi.

La divaricazione più significativa del disegno di legge di iniziativa governativa rispetto al progetto di legge elaborato dalla Commissione Rordorf riguarda, tuttavia, i poteri di controllo del tribunale sulla fattibilità del piano e sulla proposta concordataria.

Nel progetto di riforma elaborato dalla Commissione Rordorf era previsto all'art. 6, co. 1, lett. f) quale principio di legge delega: *"l'esplicitazione dei poteri del tribunale con particolare riguardo: i) alla valutazione della **fattibilità del piano, tenuto conto della specifica utilità indicata nella proposta ed alla luce dei criteri desumibili da consolidati orientamenti del giudice di legittimità**; ii) alla verifica sulla correttezza dei criteri di formazione delle classi."*

In merito a tale proposta di principio di legge delega nella relazione del Presidente Renato Rordorf si legge: *"Più in generale, del resto, l'esperienza di questi ultimi anni – specialmente dopo le modifiche introdotte nel testo dell'art. 161 del r.d. n. 267 del 1941 dall'art. 82, comma, 1, lett. b), del d.l. n. 69 del 2013, convertito nella legge n. 98 del 2013, che ha consentito la nomina del commissario giudiziale anche nella fase di presentazione della domanda di concordato con riserva – sembra suggerire che le attestazioni del professionista sono quasi sempre destinate a successiva revisione ad opera del commissario giudiziale, col concreto rischio di una sostanziale duplicazione di attività e di conseguente spreco di tempo ed aumento finale dei costi per l'impresa. Siffatti dubbi hanno indotto a lasciare aperta la possibilità che **il futuro legislatore delegato** riveda l'attuale sistema di accertamento della veridicità dei dati aziendali e di attestazione di fattibilità del piano concordatario e, più in generale, **chiarisca**, anche alla luce delle indicazioni già in proposito formulate dalla giurisprudenza di legittimità, **il contenuto dei poteri del tribunale, con particolare riguardo proprio alla valutazione di fattibilità del piano.**"*

Più che un chiarimento in merito ai poteri del tribunale sembra che l'opzione del Governo sia stata per una netta inversione di rotta rispetto alla pronuncia delle Sezioni Unite del 2013 e alle successive pronunce del giudice di legittimità.

Nel d.d.l. n. 3671-bis l'art. 6, co. 1, lett. f, prevede, infatti, quale principio della futura legge delega quello di: *"f) determinare i poteri del tribunale, con particolare riguardo alla*

*valutazione della fattibilità del piano, attribuendo anche **poteri di verifica** in ordine alla **realizzabilità economica dello stesso.***"

In via preliminare occorre rilevare come tanto nel progetto elaborato dalla Commissione Rordorf che nel ddl n. 3671-*bis* emerge un'esigenza di **regolamentazione**, a livello normativo, dei poteri del tribunale in ordine alla **valutazione della fattibilità** del piano, non più affidati, quindi, ad un'opzione interpretativa (né ricavabili in via indiretta o da principi generali o da una norma che disciplina i casi di inammissibilità della domanda di concordato), secondo una scelta di coerenza con le esigenze di certezza del diritto.

Mentre i lavori della Commissione Rordorf segnavano, quindi, una linea di continuità con gli approdi ermeneutici del giudice di legittimità (richiamati all'interno dello stesso principio di legge delega) e, conseguentemente, al *decisum* delle Sezioni Unite del 2013, il disegno di legge delega non solo espunge il richiamo a questi ultimi, ma segna anche una marcata differenziazione rispetto alla pronuncia appena richiamata del massimo consesso di legittimità, andando ad attribuire al tribunale poteri di verifica in ordine alla realizzabilità economica del piano.

7. La reintroduzione del controllo di fattibilità economica in un contesto di profondo mutamento della disciplina del concordato preventivo.

La scelta operata nell'ambito del ddl n. 3671-*bis* di iniziativa governativa in merito al sindacato giurisdizionale sulla fattibilità (economica) del concordato evidenzia alcuni profili di criticità. L'ampliamento del controllo del tribunale in ordine alla fattibilità del piano avviene, infatti, in un contesto normativo in cui la disciplina del concordato preventivo è profondamente modificata, non solo in relazione al fatto che, *de iure condendo*, l'accesso a tale procedura diventa riservato solo alle ipotesi di concordato con continuità aziendale.

Sono due gli aspetti che, in particolare, destano profili di criticità in merito alla futura reintroduzione di un sindacato di fattibilità economica: il meccanismo di voto sulla

proposta concordataria e l'importante novità della concorrenzialità inserita anche nel concordato preventivo.

In primo luogo, ai fini del sindacato in punto di fattibilità (anche economica) del piano concordatario viene in rilievo l'eliminazione del meccanismo del silenzio assenso e della reintroduzione del c.d. voto espresso. La lettera g) dell'art. 6 ddl. n. 3671-bis prevede, infatti, quale principio della futura legge delega quello di: "*sopprimere l'adunanza dei creditori, previa regolamentazione delle **modalità telematiche per l'esercizio del voto** e la formazione del contraddittorio sulle richieste delle parti, nonché adottare un sistema di calcolo delle maggioranze anche « per teste », nell'ipotesi in cui un solo creditore sia titolare di crediti pari o superiori alla maggioranza di quelli ammessi al voto, con apposita disciplina delle situazioni di conflitto di interessi.*". La menzione di modalità telematiche per l'esercizio del diritto di voto sembrerebbe, in realtà, sottolineare come l'eliminazione del meccanismo del c.d. silenzio-assenso ad opera della riforma del 2015 costituisca, ormai, un punto di non ritorno. Il voto deve essere, quindi, espresso, ma sulla base di modalità procedurali ormai semplificate. Tale aspetto assume un significato particolare se si tiene conto del fatto che il sindacato del tribunale in punto di fattibilità economica (in netto contrasto con il *decisum* delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione) è stato giustificato nella giurisprudenza di merito proprio in relazione alla necessità di sopperire a maggioranze concordatarie formatesi interamente sul meccanismo del silenzio assenso (sul punto il caso esaminato da App. Firenze, 2 novembre 2015, è eclatante, dato che sulla proposta concordataria si aveva circa € 22.000,00 di voti contrari, € 20.000 di voti positivi e oltre un milione di euro di voti inespressi, calcolati come voti positivi in base al meccanismo del silenzio-assenso). Si potrebbe sostenere che un mercato sindacato pubblicitario di natura economica potrebbe essere giustificabile, anche nella prospettiva *de iure condendo*, in ragione della tutela della minoranza dissenziente verso la proposta concordataria. Tuttavia, è da rilevare come la tutela dei creditori dissenzienti sia già canalizzata nel controllo di convenienza delle possibili alternative ex art. 180, co. 4, l.f. e non richieda, quindi, necessariamente un ulteriore intervento tutorio del tribunale, accentuandone i profili del sindacato sulla fattibilità economica.

In secondo luogo un altro aspetto importante - ancorché non relativo alla formazione dell'accordo, ma alla tutela dei creditori con particolare riferimento alla massimizzazione del valore dei beni oggetto di garanzia generica ex art. 2740 c.c. - è costituito dall'inserimento dell'importante elemento della **concorrenzialità**. Quest'ultima, nella prospettiva di riforma, non sarà più ancorata ad un dato percentuale (come nell'attuale formulazione dell'art. 163-*bis* l.f.), ma vedrà la sua attivazione in via **conseguenziale** al verificarsi dello stato d'insolvenza (che dal punto di vista empirico è quello che statisticamente connota la maggior parte dei casi di accesso alla procedura di concordato preventivo) e, soprattutto, sarà avulsa dalla previa presentazione di una domanda di concordato da parte del debitore.

In un contesto sistematico in cui i creditori **devono** necessariamente votare espressamente la proposta del debitore e in cui quest'ultima è suscettibile di essere valutata in alternativa con altre proposte concorrenti (con la conseguenza che in mancanza di alternative proposte da terzi l'unica possibilità di soluzione della crisi alternativa alla liquidazione giudiziale è quella proposta dal debitore) diventa meno giustificabile un controllo giudiziale in **punto di fattibilità economica** che vada al di là di una verifica di manifesta inidoneità del piano a dare esecuzione alla proposta concordataria. Se infatti sono i creditori a dover esprimere un assenso espresso sulla proposta in un contesto di **possibili** proposte concorrenti è evidente che le istanze pubblicistiche sottese al **controllo di fattibilità economica** del tribunale non possano che essere riconducibili all'**esigenza di evitare l'incremento dei costi** riconducibile ad una proposta fondata su un piano manifestamente inidoneo a supportare la proposta del debitore e non, invece, ad ovviare a storture riconducibili al meccanismo di formazione dell'accordo fondato sul c.d. silenzio-assenso. Tanto più che l'esigenza di tutela dei creditori trova come punto di completamento la possibilità di sollecitare un controllo di **convenienza della proposta concordataria** rispetto alle alternative concretamente praticabili che può essere chiesto al tribunale fallimentare mediante l'opposizione all'omologazione del concordato.

8. I poteri di verifica del tribunale e i contenuti del piano concordatario c.d. in continuità.

Un altro aspetto da esaminare in relazione alla nuova perimetrazione prospettata dal ddl n. 3671-*bis* in merito ai poteri di verifica del tribunale fallimentare attiene alla considerazione della complessità dei contenuti del **piano concordatario in continuità** (unica tipologia a residuare in conseguenza dell'opzione esclusiva per il concordato in continuità operata dalla riforma *in itinere*).

A tal fine i parametri normativi attuali, come noto, sono costituiti dall'art. 161, co. 2, lett. e), l.f. e art. 186-bis, co. 2, lett. a), l.f.

L'art. 161, co. 2, lett. e) l.f. – anche per effetto delle **modifiche** recentemente apportate dal d.l. n. 83/2015, conv. l. n. 132/2015 – stabilisce che il debitore deve presentare: *“ un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta; in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore.”*

L'art. 186-*bis*, co. 2, l.f. prevede poi che: *“ il piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), deve contenere anche 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.”*

Come evidenziato nella dottrina economico-aziendalistica il piano non può avere un mero contenuto alfanumerico, ma costituisce un **documento previsionale complesso**, nel quale devono essere elaborati i **possibili scenari giuridico-aziendalistici dell'impresa**. Difatti, l'approvazione della proposta da parte dei creditori non riguarda solo e tanto la promessa del debitore in sé e per sé, ma piuttosto il percorso delineato da quest'ultimo per il raggiungimento degli obiettivi concordatari [Paletta, 2014, 2035-2036]. Scendere nel controllo di fattibilità del piano concordatario, anche in riferimento alla sua realizzabilità economica, implica quindi un esame dei complessi contenuti del piano concordatario in continuità così come delineati dalla dottrina economico-aziendalistica. È ormai acquisita la distinzione tra il **piano industriale** (comprensivo delle misure per la stabilizzazione della crisi, per la rilocalizzazione strategica, per il cambiamento

organizzativo e per il miglioramento dei processi critici) e il **piano finanziario** (nel quale rientrano gli interventi di ristrutturazione finanziaria e per la sistemazione dei rapporti con i creditori) [Brugger, 07, 2309]. Il piano di ristrutturazione contiene poi anche il **piano economico** ed il **prospetto dei flussi di cassa** [Paletta, 2014, 2048].

Il piano industriale costituisce il vero cuore del processo di risanamento, dove si annidano le scelte strategiche dell'impresa (compreso il ricorso ad eventuali operazioni straordinarie societarie e non), tenendo conto che le soluzioni adottate per il risanamento sono necessariamente diversificate anche in relazione alle cause della crisi d'impresa.

In ordine alla valutazione di fattibilità del piano industriale è vero che possono emergere delle carenze nella sua predisposizione ostative ad una sua prognosi favorevole di realizzazione e portare, quindi, ad un giudizio di manifesta inidoneità dello stesso a garantire il risanamento prospettato, come ad es. conferimento di un'azienda con forti perdite, ma con potenziali margini di redditività, in una *newco* con una bassa capitalizzazione e prospettazione di una ripresa economica basata solo sui ricavi comunque insufficienti a coprire le perdite pregresse, ancorché oggetto di ristrutturazione. È tuttavia altrettanto vero che ci sono due aspetti che difficilmente possono essere oggetto di sindacato giurisdizionale e devono essere necessariamente lasciati alle scelte dell'imprenditore e al consenso espresso dei suoi creditori sulla proposta concordataria.

Il primo riguarda l'alternativa di scelte strategiche imprenditoriali rispetto a quelle operate dall'imprenditore: in presenza di una piano industriale fattibile il giudizio su eventuali alternative più favorevoli rientra nel giudizio di convenienza rimesso in via esclusiva ai creditori (sul quale il progetto di riforma attualmente oggetto di esame parlamentare non sembra tornare indietro). Eventuali strategie alternative non potranno che essere, quindi, oggetto di previsione ad opera dello stesso imprenditore all'interno del piano industriale.

Il secondo riguarda i fattori esterni suscettibili di influenzare o, addirittura, impedirne in futuro la realizzazione del piano industriale e di quello finanziario. Come rilevato in dottrina [Paletta, *cit.*, 2048] nel piano deve essere analizzato il possibile venir meno di alcuni presupposti su cui si fonda il documento programmatico, gli eventuali sviluppi

inattesi, i probabili errori di valutazione ed i ritardi nell'attuazione e nell'esecuzione del programma, dal momento che il piano, pur basandosi su dati raccolti dall'imprenditore contiene inevitabilmente proiezioni o stime. Sotto tale profilo la possibile incidenza di eventi sopravvenuti o il venir meno di fattori dati come presenti evidenzia margini di opinabilità in relazione al giudizio di realizzabilità economica del piano, i quali - in quanto connotati da margini di aleatorietà o anche da possibili errori - non possono che essere oggetto di una valutazione di convenienza da parte dei creditori, non solo in relazione all'oggetto della proposta concordataria, ma anche in merito all'interesse alla continuità aziendale dell'impresa in crisi (ad es. per continuare i rapporti contrattuali intrattenuti con quest'ultima).

I fattori di incertezza che possono, quindi, incidere sulla realizzazione del piano concordatario, comunque programmatico (che come tale non può che contenere proiezioni e stime), a meno che non si traducano in elementi ostativi e dimostrativi di un'immediata e percepibile inidoneità del piano ad assicurare l'adempimento della proposta concordataria, devono essere sì esternati in modo da consentire un'espressione consapevole del voto da parte di ciascun creditore, ma non possono essere tuttavia eretti ad oggetto del sindacato di fattibilità ad opera del tribunale.

Il rischio è, infatti, quello di un'inevitabile compromissione delle esigenze di certezza, rapidità, risparmio dei costi connessi ad una procedura onerosa come quella concordataria.

Simili considerazioni valgono anche per il *budget economico*, che rappresenta la previsione dell'andamento dell'attività imprenditoriale futura. Partendo dai dati di bilancio il professionista deve tracciare la proiezione economica futura, nel rispetto del principio di competenza dei costi e dei ricavi futuri, valutando le variabili del piano ed il carico tributario [Paletta, 2014, 2049]. Anche su tale punto è evidente come le valutazioni circa il futuro andamento dell'azienda non possano non risentire di un evidente margine di aleatorietà, considerato che quest'ultimo può risentire di variabili non controllabili dall'imprenditore, come l'andamento del settore di mercato (con le connesse dinamiche concorrenziali e le problematiche riconnesse all'evoluzione tecnologica), la solvibilità dei debitori ecc...

Infine, sono riportati nel **piano finanziario** non solo gli effetti della gestione economica corrente, ma anche quelli derivanti dagli interventi di natura straordinaria sulla struttura finanziaria della società.

Il *business plan* si chiude, poi, con il prospetto dei flussi di cassa totali, mettendo a confronto nei vari esercizi gli impieghi di liquidità e le fonti di approvvigionamento dell'impresa, permettendo di quantificare sia i flussi di cassa **annuali**, sia quelli complessivi comuni.

Il richiamo ai contenuti del piano in continuità evidenzia, poi, come la sua redazione sia fatta non solo in base a parametri di tipo giuridico, ma sia in **larga parte** governata da parametri individuati dalle regole economico-aziendali. Si crea, così, una sorta di interferenza della norma giuridica con quella economica, non ignota al nostro diritto dell'economia, come emerge dalla normativa in **materia di bilancio**, la cui redazione postula un richiamo a regole economico-aziendali, in parte erette a norme giuridiche nell'ambito della stessa disciplina civilistica del bilancio, ma in parte – v. principi O.I.C. e I.A.S. – costituita da regole in corso di **continua** evoluzione, l'osservanza delle quali diventa, tuttavia, dirimente per poter verificare se un bilancio sia stato redatto correttamente.

Similmente, anche in relazione al **piano concordatario** in continuità è evidente come la norma giuridica, pur disciplinandone aspetti fondamentali, non esaurisca i criteri necessari per la sua redazione, ma converga sulla singola fattispecie unitamente alle regole delineate dalla scienza economico aziendale.

Andare a conferire al giudice il potere di valutare la realizzabilità economica del piano concordatario in continuità significa, quindi, estendere la verifica giurisdizionale non già ad aspetti meramente giuridici (secondo la nota distinzione fattibilità giuridica/fattibilità economica elaborata dal massimo consesso di legittimità nel 2013), ma consentire – così come avviene al momento della verifica della corretta redazione del bilancio – una valutazione della singola fattispecie anche sulla base di parametri extragiuridici di carattere economico. Da qui la necessità di una puntuale indicazione:

- a) delle regole extragiuridiche che consentano di dire se un piano è anche economicamente fattibile;

- b) dei caratteri che devono presentare i fattori suscettibili di incidere sull'attuabilità del piano o sulla sua esecuzione per poter essere oggetto di un possibile sindacato giurisdizionale in punto di realizzabilità economica del piano.

In conclusione, l'attribuzione di un sindacato giurisdizionale anche sulla fattibilità economica non può essere una via da perseguire solo a metà, lasciando alla concretizzazione giurisprudenziale l'individuazione della regola economica rilevante nel singolo caso concreto. Ciò determinerebbe, infatti, un inaccettabile *vulnus* ad esigenze di certezza, rapidità e uniformità applicativa in una materia profondamente incisiva sul corretto funzionamento del sistema economico, come quella della regolazione della crisi di impresa. È pertanto evidente che se dovesse essere approvato un disegno di legge delega che preveda un sindacato giurisdizionale esteso anche alla realizzabilità economica del piano il legislatore delegato non potrà riprendere, *sic et simpliciter*, tale clausola generale, ma dovrà esplicitare i contenuti ed i limiti del sindacato giurisdizionale in punto di realizzabilità economica.

9. La possibile abolizione della figura del professionista attestatore indipendente.

La scelta del professionista indipendente che deve attualmente attestare la veridicità dei dati e la fattibilità del piano (art. 161, co. 3, l.f.) si colloca all'interno di un contesto normativo in cui il rapporto tra gli aspetti negoziali e pubblicistici all'interno della disciplina del concordato preventivo è quello delineato dalle Sezioni Unite nel 2013 (nonché dalle successive pronunce del giudice di legittimità che si sono allineate a tale decisione), con un potere di verifica non già di secondo grado sulla relazione del professionista attestatore, ma limitato alla verifica della *"sussistenza o meno di una assoluta, manifesta inettitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole, fermo, ovviamente, il controllo della completezza e correttezza dei dati informativi forniti dal debitore ai creditori, con la proposta di concordato e i documenti allegati, ai fini della consapevole espressione del loro*

voto.". In tale contesto la relazione del professionista attestatore ha un ruolo fondamentale, non probatorio, ma persuasivo nei confronti dei creditori ai quali è rivolta la proposta concordataria. Il ruolo informativo è poi accentuato dalle verifiche del commissario giudiziale che esprime nell'ambito della relazione ex art. 172 l.f. le proprie valutazioni in punto di fattibilità, anche economica, del concordato preventivo. Tale duplicazione di ruoli - giustificata in un sistema caratterizzato dal controllo del tribunale sulla sola fattibilità giuridica (ma non economica) del piano concordatario e da un meccanismo di voto sulla proposta concordataria fondato (fino alla riforma della legge fallimentare del 2015) sul c.d. silenzio assenso - diventa farraginosa in un contesto in cui il sindacato giurisdizionale diventa esteso anche alla fattibilità economica. In tale prospettiva le verifiche del commissario giudiziale (nominato dal tribunale) assumeranno ancora maggior rilievo ed eventuali discostamenti ad opera del tribunale in merito alle valutazioni del commissario, anche in adesione ad eventuali diverse prospettazioni del debitore, non richiederanno, quindi, la presenza necessaria di una relazione di un professionista indipendente.

Sul punto non si può, quindi, concordare su quanto suggerito nella Relazione del Presidente Rordorf, *cit.*, il quale sul punto parla di "*rischio di una sostanziale duplicazione di attività e di conseguente spreco di tempo ed aumento finale dei costi per l'impresa*".

In un'ottica di semplificazione procedurale e riduzione dei costi delle procedure, anche alla luce del maggior ambito dei poteri di verifica del tribunale fallimentare sulla fattibilità del piano concordatario è evidente come, *de iure condendo*, possa essere eliminata la figura del professionista attestatore. Tanto più che, a seguito dell'introduzione del c.d. concordato con riserva (art. 161, co. 6, l.f.) il commissario giudiziale entra in gioco (o, comunque, può entrare in gioco) ben prima del deposito del piano, della proposta e della documentazione ex art. 161, co. 2 e 3, l.f.

Bibliografia

Brugger G., *Sub art. 160 l. fall. – Profili aziendali*, in *Il nuovo diritto fallimentare* (diretto da Jorio A., coordinato da Fabiani M.), Bologna, 2007, 2301-2321; Fabiani M., *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2014; Ferro M., *Relazione introduttiva al Convegno "La continuità aziendale nelle procedure conservative"*, Siena, 17 giugno 2016; Ferro M., *Sub art. 160 l.f.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* (a cura di Ferro M.), Padova, 2014, 1985-2027; Paletta A., *I risultati della ricerca economico-aziendale O.C.I. 2016*, *Relazione tenuta al Convegno "La continuità aziendale nelle procedure conservative"*, Siena, 17 giugno 2016; *Rapporto di ricerca OCI 2016: l'analisi delle condizioni di efficienza economica del concordato preventivo*, in www.osservatorio-oci.org, Paletta A., *Il concordato preventivo con continuità aziendale: aspetti economico-aziendali*, in Ferro M.-Bastia P.-Nonno G.M., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2013, 231-272; Paletta A., *Sub art. 160 l.f. ec-az.*, *ibidem*, 2027-2113.

Giurisprudenza

Cass. S.U., n. 1521/2013, in *Fall.*, 2013, 2, 149, con nota di Fabiani M., *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*; in *Giur. Comm.*, 2013, 3, 2, 333, con nota di Censoni P.F., *I limiti del controllo giudiziale sulla "fattibilità" del concordato preventivo*; in *Giur. it.*, 2013, 12, 2538, con nota di Faugeglia G., *La Cassazione e il concordato preventivo*; Cass., *Sez. 1*, *Sent.* 23/03/2016, n. 5762, in *Italgire*, Cass. *Sez. 1*, *sent.* 23/05/2014, n. 11491, *App.* Firenze, 2 novembre 2015, in *Fall.*, 2016, 8-9, 945; Trib. Prato, 10 giugno 2016, in www.osservatorio-oci.org, Ms.1021; Trib. Palermo, 25 maggio 2016, in www.osservatorio-oci.org, Ms.1010; Trib. Udine, 5 maggio 2016, in www.ilcaso.it; Trib. Pistoia, 4 febbraio 2016, in www.osservatorio-oci.org, Ms.1016; Trib. Firenze, 1 febbraio 2016, in www.ilcaso.it; Trib. Bolzano, 31 marzo 2015, in www.osservatorio-oci.org, Ms. 00924; Trib. Prato, 22 aprile 2014, in www.osservatorio-oci.org, Ms.00883.