

LA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO NEL NUOVO CODICE E IL DECLINO DELL'ATTESTAZIONE DEL PIANO

di ASTORRE MANCINI

SOMMARIO: 1. L'attestazione nella l. 3/2012 - 2. Il carattere facoltativo dell'attestazione nel nuovo CCII. - 3. Il giudizio di fattibilità economica ricondotto nell'alveo della valutazione giudiziale. - 4. Il mancato coordinamento con l'art. 344 CCII. - 5. Conclusioni.

1. Tra le novità più importanti della disciplina del sovraindebitamento contenuta nel Codice della Crisi (CCII) si segnala il carattere senza dubbio solo facoltativo dell'attestazione, in forza della disposizione di carattere generale dell'art. 65 terzo comma CCII per cui *“la nomina dell'attestatore è sempre facoltativa”*, con un deciso ribaltamento di prospettiva rispetto alle previsioni della vigente l. 3/2012.

Nell'attuale sistema, infatti, il sesto comma dell'art. 15 l. 3/2012 assegna all'OCC (*rectius*, al gestore della crisi facente funzioni dell'OCC) il compito di verificare *“la veridicità dei dati contenuti nella proposta e nei documenti allegati”*, nonché di attestare *“la fattibilità del piano ai sensi dell'art. 9 secondo comma l. 3/2012”*.

Come noto l'attestazione di veridicità dei dati di partenza, anche contabili ed aziendali ove il sovraindebitato avesse esercitato attività d'impresa, si pone come presupposto logico dell'attestazione in ordine alla fattibilità del piano, sempre nell'interesse dei creditori a formare ed esprimere un consenso

informato in merito alla convenienza del piano e della proposta formulati.

L'attestazione di fattibilità è richiesta espressamente dall'art. 9 l. 3/2012 che elenca i documenti da depositare obbligatoriamente unitamente alla proposta di accordo; riguardo al piano del consumatore, l'art. 12 bis primo comma l. 3/2012 prescrive il deposito della "*documentazione di cui all'articolo 9*", per cui il richiamo è implicito, mentre in merito alla domanda di liquidazione la legge non menziona il termine "attestazione" ma richiede che la relazione dell'OCC contenga il giudizio sulla *completezza e attendibilità* della documentazione prodotta dal sovraindebitato, previsione che si avvicina molto ad un giudizio a carattere attestativo.

Non appare una forzatura osservare che l'intero iter procedurale dell'accordo di composizione della l. 3/2012 si basa sulla costante valutazione dell'OCC circa la effettiva possibilità che il piano proposto dal debitore produca il risultato economico offerto ai creditori, valutazione che si traduce in un vero e proprio giudizio prognostico di fattibilità.

Tanto ciò è vero che la legge prevede addirittura che dopo il voto dei creditori sulla proposta di accordo l'OCC produca un'*attestazione definitiva* sulla fattibilità del piano - previsione che non trova alcun contraltare nella procedura di concordato preventivo - quasi a ribadire che anche all'esito dei rilievi eventualmente formulati dai creditori l'OCC deve riconfermare il proprio giudizio di fattibilità, riguardante tra l'altro "*l'esistenza e consistenza dei beni sui quali si impernia il piano sottostante agli accordi, nonché l'attuabilità degli accordi stessi, intesa come adeguatezza dei beni e risorse a consentire il rispetto dei medesimi*"¹.

L'attestazione di fattibilità del piano è altresì un elemento indefettibile anche nella fase di avvio della procedura, considerato che, ai fini del decreto di apertura ex art. 10 l. 3/2012 il giudice può ritenere necessaria la concessione di un termine per "*apportare integrazioni alla proposta e produrre nuovi documenti*" (art. 9 comma 3-ter l. 3/2012), non di rado in

¹ Così recentemente il Tribunale di Rimini con la decisione 11 ottobre 2020, est. dr.ssa Silvia Rossi, in questa Rivista.

accoglimento dei rilievi e delle risultanze emerse dalla relazione di attestazione dell'OCC ².

2. Come già osservato, nel Codice della Crisi l'attestazione di fattibilità diventa facoltativa, in forza del richiamato art. 65 terzo comma CCII, quasi a porsi come giudizio ulteriore a quello dell'OCC, per cui si ritiene che tale attestazione possa essere resa anche da un terzo soggetto coinvolto dallo stesso debitore ³.

L'art. 68 CCII in tema di ristrutturazione dei debiti (ora piano del consumatore) e l'art. 76 CCII in tema di concordato minore si limitano alla previsione che la relazione dell'OCC contenga *“la valutazione sulla completezza e attendibilità della documentazione depositata a corredo della domanda”* oltre alla *“convenienza del piano rispetto all'alternativa liquidatoria”* nel caso di concordato minore.

La dottrina è abbastanza convergente nel ritenere che tale formulazione della norma (*“valutazione sulla completezza e attendibilità della documentazione”*) non implichi una vera e

² La prassi giurisprudenziale non ha conosciuto, a quanto ci consta, fattispecie in cui è giunta all'attenzione del giudice una proposta di accordo o di piano accompagnata da attestazione negativa di fattibilità resa dall'OCC; la dottrina prevalente ritiene comunque che ad istanza del debitore l'OCC sia obbligato al deposito della domanda in sede giudiziale, malgrado venga accompagnata dal parere sfavorevole di fattibilità, per cui ben potrà il giudice dissentire dalle conclusioni del gestore aprendo la procedura di sovraindebitamento; diversamente, il debitore si vedrebbe preclusa la strada dell'esdebitazione senza poter ricorrere in alcun modo avverso il parere negativo dell'OCC (cfr. Lamanna, *“Composizione delle crisi da sovraindebitamento: poteri e funzioni del tribunale”*, in ilFallimentarista.it).

³ Osserva P.G. Cecchini, in *“Il sovraindebitamento nel nuovo CCII”*, in www.ordineavvocatitreviso.it, pag. 23 che *“è logico ritenere che la legge intenda attribuire al creditore la facoltà di produrre l'attestazione di un terzo diverso dall'OCC, considerato che sarebbe contraddittorio assegnare tale incombenza all'organismo cui già spetta, in ogni caso, il compito di fornire un quadro fedele della situazione e dell'attendibilità del programma sotteso alla soluzione della crisi”*. Viene da chiedersi, peraltro, ove sia l'utilità di coinvolgere un terzo professionista, il cui costo grava sull'attivo della procedura, per rendere un'attestazione neppure richiesta dalla legge, se non nell'ambito del concordato minore in funzione di ritenere credibile e realistico il piano che dovrà ottenere il voto dei creditori, per esempio in tutte le ipotesi di *“continuazione imprenditoriale o professionale”* ex art. 74 primo comma CCII.

propria attestazione⁴, che il nuovo CCII prevede solo in tre fattispecie particolari, ovvero :

- con riferimento al valore del bene in caso di soddisfo solo parziale dei crediti ipotecari o privilegiati (art. 67 e art. 75 CCII), l'OCC deve rendere la c.d. attestazione di incapienza;
- nel concordato minore in caso di prosecuzione del mutuo ipotecario originario sul bene strumentale d'impresa (art. 75, comma 3 CCII), dovendo in tal caso l'OCC attestare che il credito garantito potrebbe essere soddisfatto integralmente con il ricavato della liquidazione del bene effettuata a valore di mercato e che il rimborso delle rate a scadere non lede i diritti degli altri creditori;
- nella liquidazione controllata, per evitarne l'apertura, quando l'OCC, su richiesta del debitore, attesta che non è possibile acquisire attivo da distribuire ai creditori neppure mediante l'esercizio di azioni giudiziarie⁵.

3. Peraltro, il carattere solo facoltativo dell'attestazione fa da contraltare all'indubbio ampliamento dell'ambito oggettivo del sindacato del giudice, considerato che il nuovo CCII assegna a questi anche la verifica della fattibilità economica del piano proposto o sotteso all'accordo di composizione.

L'art. 70 settimo comma CCII in tema di ristrutturazione dei debiti e l'art. 80 primo comma CCII dettato per il concordato minore, dispongono infatti che il giudice procede all'omologazione del piano e dell'accordo "*verificata l'ammissibilità giuridica e la fattibilità economica*" degli stessi, scelta che ha creato non poche perplessità in dottrina, considerato che spesso il giudizio di fattibilità economica del

⁴ Lamanna, in "*Il nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'Insolvenza*", Speciale Riforma – Il Civilista, Milano, 2019, conclude che "*detta valutazione non coincide evidentemente con l'attestazione di veridicità dei dati aziendali o contabili di partenza, essendo un quid minoris rispetto ad essa, visto che attiene solo alla 'completezza' della documentazione ed alla sua 'attendibilità', cioè alla probabilità che essa sia effettivamente espressiva dei dati e delle circostanze rappresentate (verosomiglianza)*".

⁵ Cfr. art. 268 CCII nella nuova formulazione introdotta dal c.d. Decreto Correttivo (d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, in G.U. 5 novembre 2020, n. 276).

piano implica la conoscenza di competenze aziendalistiche riscontrabili nella professionalità propria dell'OCC⁶.

Come noto a partire da Cass. 2013/1521 la Suprema Corte ha definito il concetto di fattibilità economica del concordato intesa come “*prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati*”; la giurisprudenza più recente ha chiarito che il giudice è tenuto a una verifica della fattibilità del piano per poter ammettere il debitore alla relativa procedura, essendo peraltro tale fattibilità concetto ben diverso dalla convenienza economica, la cui valutazione, come noto, viene invece riservata ai creditori. Si ritiene unanimemente che detta verifica di fattibilità comprende in ogni caso sia l'aspetto giuridico sia l'aspetto economico del concordato, perché entrambe le verifiche si impongono nel perimetro dell'unica complessiva valutazione, attinente alla realizzabilità della causa concreta della proposta concordataria⁷.

Orbene, sulla base di detta elaborazione giurisprudenziale, il nuovo CCII ha ricondotto espressamente il giudizio di fattibilità economica nell'alveo della delibazione giudiziale, statuendo che il giudice del sovraindebitamento è investito della verifica circa “*l'ammissibilità giuridica e la fattibilità economica*” del piano di accordo o del consumatore, intesa come idoneità di questo a realizzare la causa concreta della proposta formulata dal sovraindebitato⁸.

Tale riequilibrio dei ruoli, come già osservato, è stato oggetto di perplessità e rilievo da parte della dottrina, con particolare riferimento alla presunta assenza dell'obbligo dell'OCC di attestare che la situazione debitoria descritta dal debitore sia

⁶ In tal senso in dottrina si è osservato che “*in ragione del fatto che, usualmente, il magistrato non ha una specifica formazione economico-aziendalistica, sarebbe stato più opportuno mantenere tra i compiti dell'O.C.C. quello di attestare la fattibilità del piano, in modo tale da fornire al giudice un adeguato supporto per svolgere la valutazione richiestagli dalla legge*” (Portinaro, “*Le procedure di sovraindebitamento*”, in www.ilfallimentarista.it, maggio 2019).

⁷ Tra le tante, recentemente, si veda la recente Cass. VI sez. 17 giugno 2020 n.11682.

⁸ L'art. 80 primo comma CCII stabilisce infatti che “*Il giudice, verificati la ammissibilità giuridica e la fattibilità economica del piano e il raggiungimento della percentuale di cui all'articolo 79 in mancanza di contestazioni, omologa il concordato minore con sentenza, disponendo forme adeguate di pubblicità e, se necessario, la sua trascrizione*”.

quella effettiva, il cui piano potrebbe rivelarsi insostenibile sotto il profilo economico e di fatto inattuabile.

Il legislatore del CCII ha ritenuto - forse in modo insufficiente - di prevedere un'attenuazione di tale rischio accordando ai creditori, ex art. 70 CCII (ristrutturazione dei debiti) la facoltà di presentare osservazioni al piano, anche in ordine alla precisazione del proprio credito, entro venti giorni dalla comunicazione della proposta, e nel concordato minore, in base al disposto dell'art. 78 secondo comma lett. c) CCII, di formulare espresse contestazioni in ordine ad ogni aspetto del piano e della proposta presentati ⁹.

Il quadro inerente al bilanciamento dei poteri e delle facoltà degli organi della procedura di sovraindebitamento appare dunque abbastanza chiaro : all'OCC vengono sottratti gli specifici obblighi di attestazione di cui si è detto, mentre al giudice vengono ampliati i confini oggettivi della verifica da compiere sul piano presentato, estesi alla “fattibilità economica” dello stesso.

4. Sembra dunque che nell'impostazione del CCII, il gestore della crisi non sia tenuto alla redazione di una vera e propria attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità del piano - essendo il termine “attesta” espressamente indicato solo con riferimento alle tre ipotesi specifiche sopra richiamate - bensì ad un giudizio di “completezza ed attendibilità” delle assunzioni dedotte dal sovraindebitato, in relazione alla documentazione presentata.

Tuttavia la verifica di “attendibilità” della documentazione prodotta dal debitore, anche di natura contabile, richiesta dagli artt. 68 e 76 CCIII pare molto prossima al giudizio di attestazione oggi preteso dalla l. 3/2012, se è vero che dichiarare “attendibili” i dati iniziali di partenza del piano (ammontare e

⁹ Si osserva peraltro che il nuovo CCII non disciplina in alcun modo lo sviluppo processuale dell'eventuale fase incidentale di contestazione; è ragionevole ritenere - mutuando la costante giurisprudenza formatasi nel concordato preventivo - che ogni questione sarà devoluta al giudice del sovraindebitamento che deciderà senza particolari formalità e con efficacia meramente endoprocessuale, sempre salva la possibilità per i creditori di accertare fuori dal procedimento, nell'ambito di giudizi a cognizione piena, le proprie ragioni nei confronti del debitore.

natura dei debiti, stime dell'attivo, ecc.) significa nella sostanza effettuare l'attività tipica di verifica ed analisi oggi normalmente svolta dal gestore della crisi, anche all'esito del lavoro di stima dei beni e di circolarizzazione dei crediti svolto presso il ceto creditorio.

Circa l'ambito oggettivo del compito demandato all'OCC, peraltro, un ulteriore elemento di incertezza va forse riscontrato nella formulazione della fattispecie penale di cui all'art. 344 terzo comma CCII¹⁰, in relazione ai reati commessi nelle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento, le cui disposizioni riproducono sostanzialmente le ipotesi di falso già contemplate dalla l. 3/2012, con un ampliamento del perimetro al membro dell'OCRI ed al componente dell'organismo di composizione della crisi che attesti il falso nel nuovo istituto dell'esdebitazione.

Orbene, il terzo comma sanziona l'OCC che “rende false attestazioni nella relazione di cui agli articoli 68, 76, 269 e 283 in ordine alla veridicità dei dati contenuti nella proposta di cui agli articoli 67 e 75”, formulazione uscita sostanzialmente confermato nel d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 (c.d. Decreto Correttivo).

Abbiamo innanzi osservato che, malgrado il carattere facoltativo dell'attestazione, vi sono ipotesi specifiche in cui l'OCC *deve* rendere l'attestazione : la “falsa attestazione” può essere dunque riferita solo a tali fattispecie; meno comprensibile è la rilevanza penale assegnata al falso circa la “veridicità dei dati contenuti nella proposta”, fattispecie che dobbiamo ritenere come riferita sempre e comunque alla relazione dell'OCC ex art. 68 CCII (accordo di ristrutturazione) o art. 76 CCII (concordato minore).

Delle due l'una, dunque : o l'OCC può limitarsi ad un giudizio di attendibilità, riguardante solo la ‘verosomiglianza’ dei dati indicati dal debitore (cfr. Lamanna, cit.) oppure è tenuto a

¹⁰ L'art. 344 terzo comma CCII recita : “Il componente dell'organismo di composizione della crisi che rende false attestazioni nella relazione di cui agli articoli 68, 76, 269 e 283 in ordine alla veridicità dei dati contenuti nella proposta di cui agli articoli 67 e 75, nell'attestazione di cui all'articolo 268, comma 3, nella domanda di apertura della liquidazione controllata o nella domanda di esdebitazione di cui all'articolo 283, è punito con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da 1.000 a 50.000 euro”.

formulare un vero e proprio giudizio di veridicità sanzionato con la citata previsione di reato; a meno di non ritenere che la fattispecie penale di cui all'art. 344 terzo comma CCII entri in gioco solo nel caso in cui il debitore decida di sorreggere il piano con una formale relazione di attestazione, opzione prevista come facoltativa dal CCII.

5. Attorno al ruolo che è chiamato a svolgere l'OCC, dunque, il legislatore del CCII ha forse disegnato confini molto labili, sui quali ancora una volta sarà la giurisprudenza ad intervenire per definirne i contorni.

Tra “veridicità” e “verosomiglianza” è tuttavia ragionevole supporre, anche alla luce della rilevanza penale assegnata dal legislatore alla fattispecie di falso innanzi esaminata, che l'OCC continuerà a propendere per un penetrante controllo dei dati forniti dal debitore, a maggior ragione nell'ambito del concordato minore in cui, come oggi nell'accordo di composizione, l'analisi di completezza e attendibilità dovrà necessariamente riguardare anche i dati aziendali e le scritture contabili relative all'impresa esercitata.