
Sulla «meritevolezza» di una società di capitali nel concordato preventivo, con cessione dei beni ai creditori

1. – Il caso, in esame, concerne il concordato per *cessio bonorum* di una società di capitali che, dopo una fase di amministrazione controllata, era stata ammessa alla procedura del concordato ed aveva altresì riportato il voto favorevole della grande maggioranza dei creditori.

Gli amministratori e soci avevano aggiunto altresì di proprio, ovviamente sotto condizione dell'omologa, la rinuncia alle loro rivalse (*ex art. 1950 cod. civ.*) verso la società per i debiti da essi fideiussi verso un gruppo di banche ed alle quali avevano diritto di surroga.

Il tribunale, chiamato a giudicare sulla isolata opposizione di due creditori, oltretutto privilegiati, non ha omologato il concordato ed ha dichiarato il fallimento della società.

Esso ha ribadito che occorre il requisito della «meritevolezza» anche per le società, seguendo l'orientamento, tra gli altri, di Cassazione, sez. un., 6 settembre 1990, n. 9201.

Il collegio giudicante, partendo dalla premessa che l'imprenditore insolvente trarrebbe beneficio dal concordato, ha ritenuto a di lui carico la prova degli elementi della meritevolezza, invece che a carico degli oppositori quella della non meritevolezza.

Esso, nel caso di specie, pur affermando che «nessuna condotta, oggettivamente suscettibile di rilievo, può essere addebitata agli organi della società», ha individuato la non meritevolezza nel fatto che essa aveva protratto per l'intero periodo dell'amministrazione controllata una gestione risultata alla fine passiva, invece di interromperla in anticipo.

Pur addebitando alcuni altri rilievi, non li ha però ritenuti influenti sul giudizio di meritevolezza.

La decisione del Tribunale non può essere condivisa, per il suo schematismo, quanto meno nel presumere «immeritevole l'imprenditore» sino a di lui prova contraria e con l'attribuirgli la responsabilità delle perdite, per non avere richiesto in anticipo la fine dell'amministrazione controllata.

Il giudice che si è trovato a giudicare con il senno del poi, ha ignorato che a sensi dell'art. 192 legge fallim., toccava agli organi della stessa procedura, a tacere dei creditori, il promuovere la fine dell'amministrazione controllata.

Questa sentenza, pertanto, ci offre alcuni spunti per approfondire taluni aspetti della c.d. meritevolezza di una società, dato anche che trattavasi di un concordato per *cessio bonorum*.

2. – Nel caso di specie il concordato era stato ritenuto «conveniente» dai principali interessati e cioè dai creditori, ma è stata rifiutata l'omologa perché la società «non avrebbe dato la prova della propria meritevolezza».

È noto che secondo un orientamento autorevole, la finalità prevalente del concordato preventivo sarebbe in genere quella di preservare l'impresa nell'interesse della collettività «e di salvaguardia dei creditori» (1).

Esso considera meritevole chi avanza una proposta di concordato preventivo, che va in queste direzioni.

La proposta conveniente, secondo questo orientamento, è anche meritevole.

E nota che nel passato si svolse una ampia discussione se conservare o addirittura abolire il requisito della meritevolezza e la proposta di soppressione fu fatta propria addirittura dal progetto Pajardi (2).

(1) Tra le altre: Cassazione, 13 dicembre 1989, n. 5568, in *Fallimento*, 1990, 580; 22 gennaio 1986, n. 603, in *Mass giur. it.*, 1986; AZZOLINA, *Trattato di diritto fallimentare*, p. 1549; S. PACCHI PESUCCI, *Dalla meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Milano, 1989; F. CORSI, *Impresa e mercato nella nuova legge fallimentare*, p. 335; VILLANACCI, *Il requisito della meritevolezza*, in questa rivista, 1991, II, 374.

(2) Bozza di legge delega, in P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1986, p. 975, 976.

Esso ebbe a motivare che il concordato preventivo aveva ormai perso il carattere di beneficio per il debitore ed aveva acquistato invece quello di strumento nell'interesse dei creditori, per superare lo stato di dissesto dell'impresa.

La pronuncia annotata segue non solo l'opposto orientamento, tuttora dominante ⁽³⁾, che concepisce l'omologa del concordato in una logica di premio all'imprenditore onesto e tuttavia sfortunato; ma va più in là perché presume la immeritevolezza dell'imprenditore che non dia la prova contraria della sua meritevolezza. Il rifiuto dell'omologa ed il conseguente fallimento si spiegano perciò in una logica *lato sensu* sanzionatoria.

Essa è agli antipodi dell'opinione autorevolmente manifestata secondo cui perfino «comportamenti fraudolenti del debitore trovano adeguata sanzione in sede penale, ma non sono più idonei a giustificare se la reiezione della domanda quando, per il sistema delle garanzie in atto, la soluzione concordataria conservi tutta la sua utilità».

La concezione della meritevolezza accolta dalla decisione annotata è quella secondo cui il requisito della meritevolezza ha per oggetto soprattutto profili etici dell'imprenditore e dei suoi comportamenti passati.

3. – La valutazione della meritevolezza è per altro quanto mai sfumata nel suo contenuto. È corrente l'opinione che la «legge» non detta parametri specifici e predeterminati né esige una gestione imprenditoriale, immune da critiche o addebiti, ma affida al giudice un apprezzamento complessivo della correttezza morale e professionale del debitore, al di là degli errori e delle imprudenze in singoli casi ⁽⁴⁾.

Secondo alcune pronuncie, la immeritevolezza presuppone, al di là di un giudizio di irrepremissibilità, addirittura dei fatti penalmen-

(3) In questo senso tra gli altri: Cassazione, 20 aprile 1990, n. 3305, in *Mass. Giur. it.*, 1990; 4 dicembre 1985, n. 6065, *ivi*, 1985; SATTA, *Diritto fallimentare*, Roma, 1974; FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 166; A. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo nel Commentario della legge fallimentare* della Zanichelli, Bologna - Roma, 1979, pp. 431 segg.

(4) Cassazione. 18 giugno 1992, n. 7557, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1008.

te sanzionati ⁽⁵⁾ che restringono di molto l'area della immeritevolezza e ciò non ricorreva nel caso di specie.

Il principale difetto di questa impostazione della «meritevolezza sotto il profilo etico» è che essa si concreta in un giudizio volto «al passato» e non proiettato «al futuro», come pur deve essere. Il fatto che l'imprenditore sia stato onesto, ma sfortunato, non garantisce in alcuna guisa i creditori.

Per dare un giudizio complessivo di convenienza del sacrificio loro richiesto, essi devono sapere quale sorte li aspetta per il futuro, specie nel caso che l'impresa continui a vivere.

Al di là degli errori del passato, che ormai appartengono alla storia, i creditori ed in ispecie il tribunale che decide l'omologazione o meno, sono chiamati a valutare «la idoneità della proposta» nel suo insieme, che per lo più suppone «la affidabilità professionale di chi guiderà l'impresa nel futuro».

Quella di chi ha guidato l'impresa nel passato è in un certo senso nota dal risultato verificatosi: ciò che conta è il risultato atteso per il futuro, come esso è previsto dai creditori.

4. – La inadeguatezza del modo di intendere retrospettivamente la meritevolezza dell'imprenditore sotto un profilo etico, è piuttosto evidente.

Lo è nel caso in cui l'impresa finisce col concordato, quando esso è proposto come soluzione a stralcio per contanti dei debiti.

Lo è ancora più nel caso di un concordato per *cessio bonorum*, perché da quel momento in poi l'imprenditore insolvente, non è più in grado di fare una scelta.

In questa ipotesi, poi – ed era il caso di specie – non si vede quale beneficio egli poteva trarre dal concordato, se egli aveva ceduto ai creditori tutti i suoi beni, così da giustificare a di lui carico, come ha fatto il tribunale, l'onere della prova della meritevolezza.

Diverso è il caso in cui il debitore, della cui meritevolezza si tratta, continui personalmente l'esercizio dell'impresa, anche dopo il concordato ed in cui la valutazione morale del passato può essere indicativa per il futuro.

È sempre più frequente che il concordato avvenga con cessione

(5) Tribunale Firenze, 21 marzo 1995, in *Giur. comm.*, 1996, 430.

dei beni e sia accompagnato dall'offerta di un diverso soggetto, che liquiderà i creditori.

Qui il giudizio di meritevolezza avrebbe senso se riguardasse costui, ma non l'imprenditore insolvente del passato.

In ogni caso il discorso ha un senso in tutti i casi in cui non vi è coincidenza tra l'imprenditore del passato e quello del futuro.

5. – Il compito di giudicare la meritevolezza è sempre più difficile nell'economia moderna, in cui l'impresa è caratterizzata da una pluralità di centri decisionali.

Ciò è soprattutto ricorrente nel caso in cui l'imprenditore sia una società di capitali, come era il caso di specie ⁽⁶⁾.

Qui si afferma che il requisito della meritevolezza, a sensi dell'art. 181, n. 4, legge fallim. «si desume dagli atti e dai comportamenti, che sono imputabili alla società, in virtù del rapporto organico» (Cassazione, 9 agosto 1994, n. 7347, in *Fallimento*, 1995, 284, tra le molte). Codesto giudizio, invero, si rivela sempre più semplicistico, per chi abbia esperienze societarie.

La pluralità degli organi decisionali di una società, quali possono essere i consigli di amministrazione, i comitati esecutivi, gli amministratori delegati e la loro mutevolezza nel tempo, rendono tutt'altro che facile la imputazione alla società degli atti da parte a base del giudizio di meritevolezza.

Di solito poi, a fianco di essi, operano una direzione generale ed una *management*.

La ripartizione dei poteri decisionali rende complesso il giudizio di imputazione alla società.

Ove si considerino la espressione del dissenso negli organi collegiali, la impugnabilità delle loro delibere (art. 2391 cod. civ.), la esperibilità di azioni di responsabilità sociale (*ex art.* 2409 cod.

(6) Per l'assoggettamento delle società di capitali al giudizio di meritevolezza, Cassazione, sez. un., 6 settembre 1990, n. 9201 tra le altre. La dottrina è controversa: P. PAJARDI, *La meritevolezza di una società di capitali nel concordato preventivo*, in *Foro pad.*, 1965, 680; A. MAFFEI ALBERTI, *Applicabilità del giudizio di meritevolezza alle società di capitali*, in *Giur. it.*, 1963, I, 2, e. 649; A. DI LAURO, *La meritevolezza nell'amministrazione controllata*, in *Dir. Fall. Soc. Comm.*, 1983, II, 263; P. LOCATELLI - G. GIANNERI, *La meritevolezza degli enti società*, *ivi*, 1991, II, 602; E. LORENZINI, *La meritevolezza nel concordato preventivo*, *ivi*, 1993, II, 470.

civ.), ci si renderà conto della problematicità della imputazione ad essa degli atti di cui si è detto.

In genere può dirsi che le prospettive e le sorti delle imprese dipendono sempre più dalla fortuna di avere alle leve uomini di perspicaci intuizioni e di capacità professionali, più che di passata probità.

Basta che un'impresa in gravi difficoltà venga a disporre di uno di questi uomini che sappiano antivedere e cogliere le opportunità future di mercato, perché le prospettive future mutino radicalmente nell'ottica dei creditori.

Questo discorso vale anche per le imprese individuali che abbiano una organizzazione decisionale policentrica, un *management*.

6. – Il problema della meritevolezza va impostato – a mio avviso – diversamente.

La ammissione di un imprenditore individuale o società alla procedura di concordato fa presumere la sua meritevolezza.

Il decreto con cui il Tribunale lo ammette alla procedura di concordato a sensi dell'art. 163 legge fallim. è fonte di presunzione di meritevolezza là dove esso riconosce che egli si trova nelle condizioni di cui all'art. 160 nn. 2 e 3 legge fallim.

Ciò ricorre *a fortiori* nel caso in cui esso era stato preceduto da una amministrazione controllata.

La correttezza e la trasparenza della condotta dell'imprenditore, in occasione e durante la procedura è garantita dall'art. 173 legge fallim., con pene particolarmente severe.

Se poi la proposta di concordato riporta, come era il caso di specie, il voto favorevole delle maggioranze, previste dalla legge, la presunzione di meritevolezza si coniuga con quella di convenienza e forma un insieme unico.

L'imprenditore insolvente, soggetto alle ispezioni e valutazioni del commissario giudiziale a sensi dell'art. 172 legge fallim., non è tenuto a fornire altre prove di meritevolezza, tenuto conto anche che ciò si risolverebbe in una prova negativa (di non immeritevolezza) e in quanto tale inammissibile.

Il tribunale può ritenere la immeritevolezza o d'ufficio sulla base delle relazioni del commissario a sensi dell'art. 172 legge fallim. o a seguito di opposizione di un creditore, che deve perciò offrire la prova, senza inversione alcuna a carico di controparte.

La immeritevolezza, dopo il voto favorevole della maggioranza dei creditori, non concerne solo un giudizio etico del passato, anzi di per sé scarsamente rilevante e indicativo del futuro, ma un giudizio complessivo, ad un tempo di convenienza e di correttezza.

Ciò che rileva ai fini dell'omologa è che la proposta di concordato non sia ad un tempo immeritevole e non conveniente.

Nel caso in cui si prospetti che l'impresa continui a vivere, anche dopo il concordato, il giudizio di immeritevolezza si estenderà ai programmi del futuro e al valore professionale del nuovo imprenditore, del nuovo *management*.

Nel caso di una società di capitali, ciò riguarderà i nuovi amministratori e specialmente quelli operativi, con riguardo ad eventuali insuccessi e dissesti passati.

Ciò ha un rilievo particolare nel caso di un concordato con cessione dei beni.

La presenza sul mercato di una impresa con o senza futuro, con uomini abili o non abili professionalmente, può essere di vantaggio e di danno per tutti e quindi anche ai creditori, fornitori, dipendenti del futuro, che è ciò che conta.