

TRE QUESTIONI IN TEMA DI CONCORDATO PREVENTIVO: ABUSO DEL DIRITTO NELLA FORMAZIONE DELLE CLASSI, ATTI DI FRODE E LEGITTIMAZIONE DEL LIQUIDATORE GIUDIZIALE ALL'ESPERIMENTO DELL'AZIONE DI RESPONSABILITÀ

di Stefano Ambrosini, Professore e Avvocato

1. Premessa. 2. Il sindacato sulla corretta formazione delle classi alla luce del divieto di abuso del diritto. 3. La qualificabilità alla stregua di atti di frode delle condotte depauperative anteriori al deposito della domanda sottaciute in sede di ricorso. 4. La legittimazione del liquidatore giudiziale all'esperimento dell'azione di responsabilità.

1. Premessa.

Il decreto del 19 luglio 2011 con il quale il Tribunale di Milano ha negato l'omologazione al concordato proposto da una società per azioni affronta tre questioni di grande interesse in materia di concordato preventivo. La più rilevante è senz'altro la prima, anche in ragione dell'assenza di precedenti editi esattamente in termini, attinente al delicato profilo del sindacato relativo alla corretta formazione delle classi, nella specie condotto alla luce non solo dei criteri dettati dall'art. 160, comma 1, lett. c, l. fall. – apparentemente rispettati dalla società debitrice –, ma soprattutto del divieto di abuso del diritto, secondo un'impostazione che si rivela sostanzialmente in linea con l'orientamento adottato – sia pur con riferimento a fattispecie non completamente sovrapponibili a quella decisa dal decreto – dalla più recente giurisprudenza di legittimità¹. Ad essa il Tribunale sembra essersi attenuto anche nella ricostruzione della nozione delle condotte idonee a determinare il prematuro arresto dell'iter concordatario, nella misura in cui ha attribuito rilievo dirimente al difetto di adeguata *disclosure* in sede di ricorso circa gli atti depauperativi del patrimonio dell'imprenditore in stato di crisi compiuti in epoca antecedente al deposito della domanda.

La terza questione – per quanto consta mai affrontata *ex professo* successivamente alla riforma – attiene ai poteri del commissario liquidatore da nominarsi ai sensi dell'art. 182 l. fall., dai quali il decreto in esame ha escluso la legittimazione all'esperimento dell'azione di responsabilità contro gli amministratori della società ricorrente, traendone gli inevitabili corollari in materia di comparazione con l'alternativa fallimentare, sotto questo profilo evidentemente più appetibile, dal momento che il curatore gode pacificamente della prerogativa di avvalersi dello strumento testé menzionato.

2. Il sindacato sulla corretta formazione delle classi alla luce del divieto di abuso del diritto.

La prima delicata questione riguarda la verifica dell'osservanza dei criteri che presidono alla divisione in classi del ceto creditorio. Come noto, l'art. 160, comma 1, lett. c, l. fall. stabilisce che il debitore ha facoltà di creare dei sottoinsiemi di creditori,

¹ Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Fallimento*, 2011, 403, con commenti di LO CASCIO, *Il concordato fallimentare: aspetti attuali e prospettive future*, e NISIVOCCIA, *Alcuni principi in tema di concordato fallimentare*; Cass., 23 giugno 2011, n. 13818, in *IlCaso.it*, l, 5783.2011, con commento di AMBROSINI, *Il sindacato sulla fattibilità del piano concordatario e la nozione "evolutiva" degli atti di frode nella sentenza 23 giugno 2011 della Cassazione*.

purché ciò avvenga sulla base di posizioni giuridiche e interessi economici omogenei². Quanto alle prime, viene in considerazione, oltre alla sussistenza di cause di prelazione³ al loro grado, un ampio novero di fattispecie, tra le quali ricorrono più di frequente l'assoggettabilità a revocatoria nell'ipotesi successivo fallimento (agevolmente pronosticabile sotto il profilo temporale, dovendosi ritenere pacifica l'applicazione della consecutio anche alle procedure aperte successivamente all'entrata in vigore della riforma⁴) e la postergazione ai sensi degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. (quantomeno laddove si aderisca alla tesi secondo la quale nel concordato preventivo i titolari di pretese subordinate hanno diritto di partecipare al concorso⁵).

² Da tempo la dottrina prevalente ritiene che la creazione delle classi sia rimessa alla discrezionalità del debitore. L'insussistenza di obblighi al riguardo si evince da "una serie di indici testuali, che, unitariamente considerati, non sembrano lasciare adito ad incertezze di sorta: l'art. 160, comma 1, stabilisce che l'imprenditore "può" – e non deve – "prevedere [...] la suddivisione dei creditori in classi"; l'art. 163, comma 1, con riferimento all'ammissione del concordato, e l'art. 177, comma 1, in materia di computo delle maggioranze, dettano regole specifiche "ove siano previste diverse classi", sottintendendo che nulla osta alla loro assenza; l'art. 182-*ter*, comma 1, infine, fa riferimento al caso di "suddivisione in classi", presupponendo la fisiologica esistenza dell'ipotesi inversa" (così AMBROSINI, *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in DI MARZIO-MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2010, 542; negli stessi termini NARDECCHIA, *Crisi di impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, 175; LO CASCIO, *Concordati, classi di creditori ed incertezze interpretative*, in *Fallimento*, 2009, 1132; BOZZA, *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, *ivi*, 2009, 424; contra FABIANI, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fallimento*, 2009, 437 ss.; CATALLOZZI, *La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori*, *ivi*, 581 ss.; SACCHI, *Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria*, *ivi*, 33-34). La tesi secondo la quale la divisione del ceto creditorio rappresenta una mera facoltà del ricorrente ha trovato accoglimento nella giurisprudenza di merito, sia con riferimento al concordato fallimentare (cfr. App. Napoli, 19 maggio 2009, in *Banca dati De Jure - Redazione Giuffrè*, 2009), sia in relazione al concordato preventivo (v. App. Torino, 3 novembre 2009, in *Banca dati De Jure - Redazione Giuffrè*, 2010; *Id.*, 27 gennaio 2010, inedito, il quale ha escluso che "il tribunale, nel verificare la regolarità della procedura, possa affermare l'illegittimità di una proposta concordataria che non preveda la suddivisione in classi diverse: l'art. 160 l. fall. attribuisce al debitore la facoltà e non l'obbligo di tale suddivisione e, comunque, si tratta di violazione che attiene ai criteri la cui correttezza deve essere valutata in sede di ammissione alla procedura e che non pare possa essere rinnovata in sede di omologazione del concordato"). D'altro canto, non sono mancate pronunce orientate diversamente, in base alle quali "il tribunale, con un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 163, comma 1, l. fall., può invitare il creditore a formare classi omogenee di creditori" (così Trib. Monza, 7 aprile 2009, in *Giur. merito*, 2009, 1895; nello stesso senso Trib. Biella, 5 novembre 2009, inedito – riformato da App. Torino, 27 gennaio 2010, cit. –, ove il rilievo che sarebbe sempre necessario inserire in una classe separata i postergati *ex lege*, sul presupposto che la "mancata differenziazione del ceto creditorio interessato al piano concordatario – secondo il criterio normativamente indicato nell'art. 160 lett. c) l. fall. ed in termini fattuali che tengano (quanto meno) distinta la posizione giuridica e gli interessi economici dei creditori [...] "postergati" ex art. 2467 c.c. rispetto a quella del restante ceto creditorio concorrente chirografario – vale di per sé ad integrare un insanabile (ed assorbente) motivo di invalidità (per conflitto di interessi e/o abuso del diritto) dell'esito del voto maggioritario espresso sulla proposta di concordato, con conseguente rilievo [...] del difetto delle condizioni per attribuire (a seguito dell'omologazione) efficacia vincolante all'accordo concordatario ex art. 184 l. fall."). Merita altresì segnalare che è stata sollevata questione di legittimità costituzionale degli artt. 160, comma 1, lett. c, 162, comma 2, e 163, comma 1, l. fall., in relazione all'art. 3 Cost., nella misura in cui i primi non stabiliscono che il tribunale dichiara aperta la procedura di concordato preventivo previa valutazione, tra l'altro, della correttezza della mancata suddivisione in classi secondo posizioni giuridiche e interessi economici omogenei (v. Trib. Biella, 27 aprile 2009, in *Giur. merito*, 2009, con nota di D'ORAZIO, *Le classi obbligatorie e la questione di costituzionalità: brevi note*). La Consulta ha ritenuto la questione manifestamente infondata, con una motivazione che tuttavia non sembra cancellare del tutto i margini per predicare la sussistenza dell'obbligo di dividere il ceto creditorio. Più nel dettaglio, la Corte ha ritenuto che "la questione risulta non sufficientemente motivata in ordine alle ragioni che impedirebbero di adottare una esigesi costituzionalmente corretta della normativa in esame, anche in considerazione della mancata, adeguata valutazione sia della eventuale possibilità di garantire una adeguata tutela dei creditori nella fase di omologazione, sia della idoneità della medesima ad eliminare il denunciato vuoto di tutela, nel quadro di una disciplina diretta ad incentivare il superamento della crisi

Ancor più variegata sono le ragioni astrattamente idonee a dar luogo alla suddivisione fondata sulla disparità di interessi economici: di regola esse attengono alle caratteristiche soggettive del creditore (distinguendosi, ad esempio, tra banche, fornitori e creditori intercompany), ma nulla vieta di adottare quale parametro circostanze ulteriori, quali la presenza di garanzie da parte di soggetti terzi o l'entità della pretesa⁶.

aziendale mediante soluzioni concordate", aggiungendo – per quanto qui più interessa – che "sull'interpretazione denunciata come in contrasto con l'art. 3 Cost. manca un "diritto vivente" e sussiste, anzi, un orientamento, del quale lo stesso rimettente dà atto, che ha ritenuto conseguibile, mediante un'interpretazione costituzionalmente orientata, la soluzione da questi auspicata in ordine alla sindacabilità della scelta del proponente di non suddividere i creditori in classi". D'altra parte, sembra che la controversa questione sia finalmente andata incontro a una soluzione definitiva a seguito dell'atteso pronunciamento sul punto della Cassazione, la quale – chiamata a decidere una fattispecie in materia di concordato fallimentare, ma adottando argomentazioni agevolmente estensibili al concordato preventivo – ha di recente affermato, in adesione all'orientamento della dottrina prevalente, che "prendendo le mosse dal canone ermeneutico fondamentale (art. 12 prel.) pare difficile contestare che secondo la formulazione letterale delle disposizioni che in qualche misura si riferiscono alle classi la loro utilizzazione nell'ambito della proposta concordataria non sia in alcun modo prevista come obbligatoria", aggiungendo che, "se pure si volesse prescindere dalla rilevanza del dato letterale, l'assenza dell'obbligatorietà della suddivisione dei creditori in classi, ovviamente prescindendo dall'ipotesi che agli stessi vengano discrezionalmente riservati trattamenti diversificati sotto il profilo del quantum, del quando e del *quomodo*, discende dall'inconsistenza delle motivazioni che vengono addotte per giustificare la tesi dell'implicita necessità del classamento", anche in considerazione del fatto che "l'obbligo delle classi non può derivare dalle diverse situazioni che possono portare a valutazioni variegata sulla proposta dal momento che dette situazioni sono potenzialmente tante quante sono i creditori e un loro censimento, prima ancora che arbitrario, sarebbe impossibile e comunque porterebbe ad una proliferazione assurda delle classi e, al limite e come è stato osservato, alla predisposizione di tante classi quante sono i creditori, senza considerare che, in assenza di parametri normativi di riferimento, la valutazione del giudice rischierebbe di confinare pericolosamente con una sostanziale discrezionalità" (Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, cit.).

³ Appare legittima sotto il profilo dell'omogeneità delle posizioni giuridiche la scelta di assegnare a un'apposita classe i soggetti muniti di privilegio limitatamente alla frazione di pretesa degradata al chirografo; d'altro canto, neppure in questo caso sussiste l'obbligo di creare un insieme distinto di creditori (cfr. AMBROSINI, *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, cit., 543-544; *contra* FERRO, sub art. 160 – *Presupposti per l'ammissione alla procedura*, in FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre 2007 n. 169. Disposizioni integrative e correttive. Manuale teorico-pratico*, Padova, 2008, 286; MANDRIOLI, sub art. 160 – *Il piano di ristrutturazione nel concordato preventivo*, *ivi*, 298).

⁴ Cass., 6 agosto 2010, n. 18437, in *Giust. civ.*, 2010, I, 2453, con nota di DIDONE, *Note minime sulla consecuzione delle procedure concorsuali*.

⁵ All'indomani della riforma, la dottrina che aveva affrontato *ex professo* la questione aveva escluso che ai postergati potesse riconoscersi alcunché in assenza dell'integrale soddisfacimento di tutti gli altri creditori (cfr. PANZANI, *La postergazione dei crediti nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2006, 680 ss.; AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2008, 45; *contra* STANGHELLINI, *L'approvazione dei creditori nel concordato preventivo: legittimazione al voto, maggioranze e voto per classi*). Alle medesima conclusione erano giunti alcuni giudici di merito (cfr. Trib. Messina, 30 dicembre 2005, in *Giur. it.*, 2006, 1635), benché non mancassero pronunce che avevano fatto proprio l'orientamento opposto, quantomeno nell'ipotesi di postergazione volontaria, qual è l'emissione di obbligazioni subordinate (v. Trib. Bologna, 26 ottobre 2006, in *Fallimento*, 2007, 579, con nota di ZANICHELLI, *Transazione fiscale e pagamento percentuale dei crediti privilegiati nel concordato preventivo: più dubbi che certezze*). La tesi più permissiva sembra aver trovato accoglimento presso la Cassazione, che – sia pur con una decisione motivata alquanto sinteticamente e resa su di una fattispecie regolata dalle legge anteriore al decreto "correttivo" – dopo aver affermato che "in tema di suddivisione dei creditori in classi nell'ambito della domanda di ammissione del debitore alla procedura di concordato preventivo, i crediti di rimborso dei soci per finanziamenti a favore della società – in quanto postergati rispetto al soddisfacimento degli altri creditori, se i finanziamenti sono stati effettuati verso una società in eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto o in una situazione che avrebbe giustificato un conferimento di capitale, e da restituire, se percepiti nell'anno anteriore all'eventuale fallimento, ai sensi dell'art. 2467, comma 1, c.c. – non possono essere inseriti in un piano di

Com'è noto, l'impatto della creazione di classi sulla proposta concordataria è assai significativo, in quanto, oltre a determinare il trattamento differenziato dei diversi gruppi (art. 160, comma 1, lett. d, l. fall.), influisce direttamente sul procedimento di approvazione della domanda: non è infatti sufficiente il raggiungimento della maggioranza dei crediti, ma deve altresì risultare assente più della metà degli insiemi⁷.

Di qui l'interrogativo se il tribunale, nel vagliare la corretta formazione delle classi, debba limitarsi a verificare il rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 160, comma 1, lett. c, l. fall. o sia piuttosto indispensabile un sindacato più approfondito: l'accertamento che le scelte del debitore, pur incensurabili sotto il profilo dell'omogeneità delle posizioni giuridiche e degli interessi economici, non siano mosse dall'intento di coartare la volontà dei creditori attraverso la loro segregazione arbitraria, preordinata esclusivamente al conseguimento della maggioranza delle classi, come può avvenire quando si proceda a isolare in alcune di esse – evidentemente create ad arte – un numero esiguo di creditori (o addirittura singoli soggetti⁸), ai quali venga in tal modo attribuito un "peso specifico" decisamente superiore a quello che i medesimi presenterebbero ove "diluati" nella massa dei votanti.

Il Tribunale ha ritenuto di fare propria questa seconda impostazione. Richiamandosi al divieto di abuso del diritto⁹, esso ha affermato che la formazione delle classi, quand'anche dia origine a insiemi omogenei, va nondimeno censurata ogniqualvolta, per le concrete modalità con cui è stata posta in essere e per le finalità a essa sottese, appaia inequivocabilmente diretta al conseguimento un obiettivo *contra ius*.

Come si è anticipato, la pronuncia milanese sembra porsi sulla stessa "lunghezza d'onda" della giurisprudenza di legittimità, secondo la quale "non è contestabile la

cui facciano parte anche altri creditori chirografari, violando tale collocazione la necessaria omogeneità degli interessi economici alla cui stregua, ex art. 160, comma 1, lett. c, l. fall., vanno formate le classi", ha però concluso che, "trattandosi pur sempre di creditori, da soddisfare dopo l'estinzione degli altri crediti, è ammessa la deroga al principio della postergazione, se risulta il consenso della maggioranza di ciascuna classe e non già il solo consenso della maggioranza assoluta del totale dei crediti chirografari" (così Cass., 4 febbraio 2009, n. 2706, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 2, 171).

Quest'impostazione non pare tuttavia aver fatto breccia nella giurisprudenza di merito, che di recente sembra essersi orientata per il divieto di corrispondere un quid ai postergati in difetto di integrale soddisfacimento degli altri creditori, inclusi naturalmente i chirografari (cfr. Trib. Firenze, 26 aprile 2010, in *Fallimento*, 2010, 1427; Trib. Cuneo, 2 febbraio 2011, inedito, secondo cui "ai creditori postergati per legge non [può] essere attribuita, in sede di concordato preventivo, alcuna percentuale di pagamento, quantomeno laddove [...] agli altri creditori chirografari sia riservato un pagamento soltanto parziale").

⁶ AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 44-45.

⁷ DEMARCHI, *L'approvazione del concordato*, in AMBROSINI-DEMARCHI-VITIELLO, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009, 157 ss.

⁸ App. Torino, 23 aprile 2009, in *Banca dati De Jure - Redazione Giuffrè*, 2010, ha statuito – sia pur in materia di concordato fallimentare – che "non va esclusa *a priori* l'ammissibilità della previsione di classi costituite da un solo creditore, ove questi sia portatore di un interesse giuridico-economico irriducibile a quello di altri creditori concorrenti".

⁹ In materia v. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105 ss., 209 ss., 417 ss.; ROMANO, *Abuso del diritto: c) diritto attuale*, in *Enc.dir.*, I, Milano, 1958, 166 ss.; NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 26 ss.; GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205 ss.; MAZZONI, *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, 601 ss.; DOSETTI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, 1573 ss.; PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. Discip. Priv. – Sez. civ.*, I, Torino, 1987, 1 ss.; SALVI, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in ALPAGRAZIADI-GUARNIERI-MATTEI-MONATERI-SACCO, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, 281 ss.; PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 25 ss.; RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007.

applicabilità anche allo strumento concordatario del concetto di abuso del diritto che ha già trovato nella giurisprudenza importanti applicazioni sia in ambito sostanziale (basti pensare a quello tributario nonché, *inter alias*, Cass. civ., sez. III, 31.5.2010, n. 130208 e Cass. civ., sez. III, 18.9.2009, n. 20106) e processuale (Cass. civ., sez. I, 3.05.2010, n. 10634; Cass. civ., sez. III, 27.01.2010, n. 1706; Cass. civ., sez. un., 15.11.2007, n. 23726) e che trova fondamento nel principio generale secondo cui l'ordinamento tutela il ricorso agli strumenti che lo stesso predispone nei limiti in cui questi vengano impiegati per il fine per cui sono stati istituiti senza procurare a chi li utilizza un vantaggio ulteriore rispetto alla tutela del diritto presidiato dallo strumento e a chi li subisce un danno maggiore rispetto a quello strettamente necessario per la realizzazione del diritto dell'agente"¹⁰.

Com'è stato osservato, "si tratta di un'affermazione molto importante, perché [...] è la prima volta che l'abuso del diritto viene ritenuto applicabile, seppur solo in via di principio, anche in ambito concorsuale; e si tratta di un'affermazione anche condivisibile, perché, rappresentando l'abuso del diritto un principio generale del nostro ordinamento (ancorché non codificato né altrimenti istituzionalizzato), non esiste ragione che ne impedisca appunto l'applicazione generalizzata, quale che sia l'ambito interessato.

Più esattamente, l'abuso del diritto altro non è se non una particolare esplicazione del principio della buona fede, inteso non solo quale parametro di comportamento ma anche quale limite all'esercizio dei diritti"¹¹.

Tale impostazione è stata ribadita dalla Suprema Corte in relazione all'enucleazione degli atti di frode idonei a determinare l'interruzione dell'*iter* concordatario ex art. 173 l. fall., laddove ha menzionato espressamente il divieto dell'abuso del diritto, chiarendo che esso "si declina nell'abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede laddove emerga la prova che determinati comportamenti depauperativi del patrimonio siano stati posti in essere con la prospettiva e la finalità di avvalersi dello strumento del concordato, ponendo i creditori di fronte ad una situazione di pregiudicate o insussistenti garanzie patrimoniali in modo da indurli ad accettare una proposta comunque migliore della prospettiva liquidatoria", precisando che "è indubbio che in presenza di una tale condotta [...] il concordato non sia ammissibile in quanto rappresenterebbe il risultato utile della preordinata attività contraria al richiamato principio immanente nell'ordinamento"¹².

Il decreto in esame, pur essendo – a quanto consta – il primo ad aver calato il divieto di abuso del diritto nella delicata fattispecie della divisione in classi, non è rimasto isolato: più di recente altra corte di merito ha affermato che nella valutazione della correttezza della formazione degli insiemi deve farsi uso della "categoria generale delle "buona fede", verificando in particolare se da parte del ricorrente si è proceduto abusando e strumentalizzando le norme di legge a fini diversi da quelli previsti dal legislatore, ad esempio "creando" più classi di creditori che potevano rientrare in una unica classe al solo fine di ottenere la maggioranza delle classi", sul presupposto che "la corretta applicazione del "principio di maggioranza" impone che non vi sia un inquinamento generato da vicende singolari, quali ad esempio una fittizia proliferazione di classi solo per ottenere la maggioranza"¹³.

¹⁰ Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, cit.

¹¹ NISIVOCCIA, *Alcuni principi in tema di concordato fallimentare*, cit., 422.

¹² Cass., 23 giugno 2011, n. 13818, cit.

¹³ Trib. Piacenza, 1° settembre 2011, in *Il Caso.it*, I, 6518/2011, la cui motivazione richiama espressamente il provvedimento milanese.

Di conseguenza, ai fini del corretto svolgimento del sindacato è anzitutto indispensabile che il debitore espliciti nel ricorso i motivi sottesi alla costruzione dei gruppi¹⁴, dovendosi ritenere che la relativa lacuna possa dar luogo alla richiesta di integrazione di cui all'art. 162, comma 1, l. fall.¹⁵

Con riferimento all'individuazione dell'illecito, contrariamente a quanto accade in altre fattispecie di abuso, non si tratta di scongiurare condotte consistenti nell'"esercizio del diritto volto a conseguire fini diversi da quelli per i quali il diritto stesso è stato conferito"¹⁶.

La frammentazione del ceto creditorio persegue infatti fisiologicamente l'obiettivo del confezionamento di una proposta con adeguate chance di successo, agevolando la formazione di quel consenso che l'imprenditore (alla cui discrezionalità è rimessa la scelta circa l'*an* della divisione¹⁷) ritiene di difficile conseguimento senza deroghe alla par condicio. Le censure del tribunale sembrano piuttosto doversi appuntare sui comportamenti manifestamente contrari alla buona fede e al dovere di lealtà nei confronti della controparte contrattuale¹⁸(alla quale i creditori possono verosimilmente assimilarsi, tanto più alla luce dei connotati privatistici del "nuovo" concordato¹⁹), vale a dire sulle misure adottate con l'unico scopo di neutralizzare il pronosticato voto contrario di alcuni gruppi, attraverso la creazione di un eguale o maggior numero di insiemi orientati a priori per l'assenso alla proposta, talvolta in effetti scontato, come nei casi di creditori *intercompany*.

In altre parole, la formazione delle classi è sempre legittimamente preordinata alla creazione delle condizioni più favorevoli per l'accettazione della proposta, consentendo la ripartizione dell'entità del sacrificio secondo scaglioni differenziati in ragione delle caratteristiche delle diverse tipologie (giuridiche ed economiche) di creditori; di frequente, ad esempio, la percentuale necessaria per ottenere il consenso dei piccoli fornitori è più elevata di quella prospettabile con successo alle banche, anche a causa del differente impatto che lo stato di crisi del debitore spiega sulle due categorie di soggetti.

A tale stregua, le fattispecie abusive devono giocoforza individuarsi in quelle – per vero alquanto circoscritte – in cui la formazione delle classi, pur osservando i criteri dettati dall'art. 160, comma 1, lett. c, l. fall., sia finalizzata, obiettivamente e in via esclusiva, a comprimere artificialmente il diritto al dissenso di una o più di esse, attraverso la contrapposizione alle stesse di gruppi creati ad hoc, in ciò dovendosi ravvisare quel "limite interno oltre il quale, pur restandosi formalmente nell'alveo dell'esercizio del diritto, si sconfinava, in realtà, nel campo dell'abuso"²⁰.

Il principale indice di condotte potenzialmente abusive va probabilmente ravvisato nell'inesistenza di un'effettiva differenziazione nel livello di soddisfacimento.

¹⁴ ALESSI, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 1147; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2007, 266 e 299; DE CICCO, *Le classi di creditori nel concordato preventivo*, Napoli, 2007, 101-102; CAFFI, *Il concordato preventivo*, in SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, 617; AMBROSINI, *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, cit., 539.

¹⁵ Trib. Piacenza, 1° settembre 2011, cit., ha disposto l'integrazione della proposta originaria con particolare riferimento alla specifica indicazione dei criteri che hanno ispirato la formazione di alcune classi e alle ragioni della loro creazione.

¹⁶ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Diritto & Giustizia*, 2009.

¹⁷ V. la nota n. 2.

¹⁸ Cass., 30 maggio 2010, n. 13208, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 5, 839.

¹⁹ AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 1 ss.

²⁰ BERGAMO, *L'abuso del diritto ed il diritto di recesso*, in *Giur. it.*, 2004, 2065.

La divisione in classi mira infatti a consentire l'approvazione del concordato attraverso la graduazione dei creditori su base volontaria²¹, sicché essa rischia di assumere i connotati dell'arbitrarietà – quando non sussistano addirittura gli estremi della simulazione, la quale peraltro postulerebbe la prova dell'esistenza di un separato accordo tra imprenditore in crisi e creditori inseriti nella classe fittiziamente formata – laddove le faccia da contraltare una disparità nella percentuale offerta inesistente o manifestamente irrisoria, segno di un possibile sovvertimento tra mezzo e fine. A sostanziale pari trattamento, infatti, la segregazione di alcuni creditori non sembra perseguire lo scopo di derogare alla par condicio onde rendere la proposta più appetibile, bensì quello di incrementare artificialmente la quantità delle classi, con il solo obiettivo di crearne alcune invariabilmente assenzienti e, come tali, idonee ad azzerare l'eventuale opposizione delle residue.

Nel caso deciso dal decreto in esame, la società debitrice, pur avendo distinto la percentuale riservata ai creditori *intercompany* da quella prospettata alla generalità dei fornitori, aveva previsto un *gap* di appena un punto percentuale, al quale corrispondeva un maggior sacrificio degli appartenenti al gruppo della S.p.A. in questione contenuto in poche migliaia di euro, equivalente a una frazione infinitesimale del fabbisogno concordatario.

A ciò si aggiunga che, nella specie, il Tribunale ha potuto desumere l'abuso da un secondo indice, consistente nella circostanza che la formazione della classe relativa alle pretese *intercompany* non era contemplata nel ricorso, essendo stata inserita in sede di modifica della proposta, verosimilmente quando il debitore si è avveduto della difficoltà di conseguire la maggioranza delle classi, originariamente previste in numero pari. La variazione, in astratto legittima – in quanto la domanda può modificarsi fino a quando le operazioni di voto abbiano inizio (art. 175, comma 2, l. fall.) –, in concreto contribuisce non poco a lumeggiare l'illiceità della condotta della ricorrente, dal momento che la sopravvenienza di una classe ulteriore non appare giustificata da alcun fatto nuovo occorso durante la procedura, né – come già detto – sembra sorretta da un reale differenziamento nel trattamento economico.

Sulla scorta di questi elementi – in effetti gravi, precisi e concordanti – il Collegio ha concluso per la sussistenza dell'abuso, all'esito di un accertamento necessariamente parametrato alle peculiarità della fattispecie. Com'è noto, infatti, l'individuazione dell'esercizio illegittimo del diritto postula un sindacato effettuato caso per caso, oltre che improntato al massimo rigore, sicché, in assenza di indici inequivoci denotanti la costituzione di una o più classi all'esclusivo fine di coartare il consenso dei creditori (come sembrerebbe essere avvenuto nella procedura della S.p.A. in questione), nulla vieta all'imprenditore in stato di crisi di suddividere il ceto creditorio secondo le modalità ritenute più funzionali all'approvazione del concordato, se del caso separando dagli altri i creditori *intercompany* ed eventualmente apportando alla proposta le modificazioni ritenute più opportune in corso d'opera.

3. La qualificabilità alla stregua di atti di frode delle condotte depauperative anteriori al deposito della domanda sottaciute in sede di ricorso.

Il decreto in esame ha ritenuto idoneo a determinare la revoca dell'ammissione al concordato il compimento di atti antecedenti al deposito del ricorso che, risultando privi, *ex ante*, di un'idonea giustificazione sotto il profilo imprenditoriale, si siano così

²¹ Trib. Roma, 20 aprile 2010, in *Banca Dati De Jure - Redazione Giuffrè*, 2010, secondo cui "non potranno essere formate classi distinte di creditori laddove non si intenda offrire loro trattamenti differenziati, in quanto ciò urterebbe contro il principio di eguaglianza sotto il profilo del diritto di voto".

tradotti nel depauperamento del patrimonio del debitore, incidendo significativamente sui termini della proposta. Si tratta, in particolare, dell'acquisto di azioni a un prezzo assai più elevato di quello risultante sia da una precedente perizia ai sensi dell'art. 2343 c.c., sia dal calcolo della corrispondente frazione di patrimonio netto (pressoché azzeratosi prima del trasferimento, in conseguenza di ingenti perdite), nonché del rilascio di garanzie in favore di soggetti terzi.

La pronuncia in esame ha attribuito particolare rilievo alla circostanza che "queste operazioni [siano] state "accertate" *ex post* dai commissari giudiziali, non contenendo il ricorso per ammissione alla procedura alcun accenno ad esse". In tale affermazione può ravvisarsi chiara eco dell'insegnamento della Cassazione secondo il quale "l'atto di frode, per avere rilievo ai fini della revoca dell'ammissione, deve essere "accertato" dal commissario giudiziale e quindi dallo stesso "scoperto" essendo prima ignorato dagli organi della procedura o dai creditori, non potendosi certo attribuire al termine "accerta" il significato di "trova conferma di quanto già enunciato nella domanda" in ordine a determinati eventi. D'altra parte, la circostanza che l'evento "accertato" per essere tale dovesse essere prima ignoto è logicamente desumibile dalla considerazione che se la norma si volesse riferire alla segnalazione di eventi già noti al momento dell'ammissione alla procedura la segnalazione degli stessi da parte del commissario costituirebbe una sollecitazione al tribunale a riprendere in considerazione e a diversamente valutare fatti già ritenuti non ostativi all'ammissione e quindi, in sostanza, l'esercizio di un potere di sollecitazione di una pronuncia giurisdizionale modificativa di una precedente che costituirebbe una straordinaria deviazione dalle funzioni proprie dell'organo che sono unicamente consultive"²².

In questa prospettiva, gli atti di *mala gestio* eventualmente commessi dagli amministratori della società in stato di crisi non vengono in considerazione di per sé (ostandovi il superamento del requisito della meritevolezza²³), né per l'impatto negativo spiegato sul patrimonio del debitore, bensì nella misura in cui il loro occultamento in sede concordataria sia idoneo a impedire la formazione di un consenso pienamente informato.

Com'è stato osservato in dottrina, la rilevanza di comportamenti siffatti "è comunque legata alla condizione della correlazione tra la condotta fraudolenta e la domanda di concordato, nel senso che non qualsiasi fatto fraudolento o astrattamente idoneo a determinare un pregiudizio per i creditori dell'impresa può contare ai fini dell'interruzione della procedura, soprattutto se verificatosi ben prima della proposta di concordato, ma possono contare solo quelle condotte che siano specificamente finalizzate a trarre in inganno il ceto creditorio in vista dell'adunanza di cui all'art. 174 l. fall., influenzandone la manifestazione di voto"²⁴.

²² Cass., 23 giugno 2011, n. 13818, cit.

²³ AMBROSINI, *Per un'interpretazione "evolutiva" della fattispecie "altri atti di frode" di cui all'art. 173, comma 1, l. fall.*, in *Il Caso.it*, II, 244/2011, 3.

²⁴ CENSONI, *Il concordato preventivo: organi, effetto, procedimento*, in JORIO-FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Bologna, 2010, 1010. Nel medesimo senso DIDONE, *Note minime sull'art. 173 l. fall.*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 2035 ss.; ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, 229 ss.; AMBROSINI, *Per un'interpretazione "evolutiva" della fattispecie "altri atti di frode" di cui all'art. 173, comma 1, l. fall.*, cit., 5-6, il quale ha rilevato che le condotte pregresse tradottesi in un danno per la massa "sembrano non già scrutinabili attraverso un giudizio "morale" del tribunale, bensì demandate alla valutazione "economica" del ceto creditorio, senza peraltro che si possa escludere *a priori* che la maggioranza dei creditori finisca per optare, specie nei casi più eclatanti, per un atteggiamento schiettamente sanzionatorio, di là dall'ipotetica maggiore convenienza della soluzione concordataria".

Questa impostazione è stata recepita dalla già menzionata pronuncia della Suprema Corte, la quale ha infatti statuito che “nessun intervento sul patrimonio del debitore è di per sé qualificabile come atto di frode ma solo l’attività del proponente il concordato volta ad occultarlo in modo da poter alterare la percezione dei creditori circa la reale situazione del debitore influenzando il loro giudizio, ogni diversa interpretazione attribuendo alla disposizione in esame [i.e. all’art. 173 l. fall.: n.d.r.] una connotazione di incomprensibile ed in congruo fossile normativo del tutto incompatibile con la nuova disciplina in quanto reintrodurrebbe, in sostanza, il requisito, apertamente ripudiato dal legislatore, della meritevolezza da valutarsi da parte del tribunale”²⁵.

Pertanto, il divieto di proseguire l’iter concordatario non discende *sic et simpliciter* dal compimento di atti depauperativi, ma piuttosto dal combinato disposto tra i medesimi e il loro successivo occultamento, perché ogniqualvolta la società debitrice taccia l’intervenuta realizzazione, da parte dei propri organi, di condotte verosimilmente integranti altrettante fattispecie di *mala gestio*, così facendo sottrae al ceto creditorio informazioni indispensabili in vista della formazione di un consenso informato circa i termini della proposta.

La comparazione con l’alternativa fallimentare, invero, non può non tener conto dell’eventualità che il curatore (ma non, come si dirà nel paragrafo successivo, il liquidatore giudiziale) esperisca azione di responsabilità, con conseguente beneficio per la massa, benché incerto nell’*an* (non essendo agevolmente pronosticabile l’esito di un giudizio di regola assai complesso) e nel *quantum* (anche in ragione della difficoltà di stimare a priori la capienza dei potenziali convenuti).

4. La legittimazione del liquidatore giudiziale all’esperimento dell’azione di responsabilità.

Il Tribunale ha sostenuto che al liquidatore giudiziale non compete la legittimazione all’esperimento dell’azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della società ammessa alla procedura di concordato preventivo per cessione dei beni.

Egli appare in effetti privo del potere di avvalersi del rimedio posto a tutela dei creditori, in quanto – diversamente dal passato – è un soggetto terzo rispetto non solo all’imprenditore, ma anche a quanti vantano pretese nei suoi confronti, non essendo pertanto assimilabile a un mandatario di questi ultimi²⁶; senza dire che l’art. 2394-*bis* c.c. non contiene alcun riferimento al liquidatore, né pare ipotizzabile la sua applicazione in chiave analogica, trattandosi di disposizione eccezionale.

Meno univoca è la conclusione circa l’azione sociale.

Sul punto, conviene muovere dal rilievo che già nel vigore della disciplina previgente si riteneva che il liquidatore godesse della legittimazione a proporre soltanto le iniziative di carattere patrimoniale afferenti ai beni ceduti, in conformità a quanto previsto dall’art. 1979 c.c.²⁷, escludendosi invece la sua facoltà d’intervento in materie estranee alla liquidazione²⁸.

In particolare, secondo la Cassazione “la procedura di concordato preventivo mediante la cessione dei beni ai creditori comporta il trasferimento agli organi della procedura non della proprietà dei beni e della titolarità dei crediti, ma solo dei poteri di gestione finalizzati alla liquidazione.

²⁵ Cass., 23 giugno 2011, n. 13818, cit.

²⁶ AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 140; CAVALLINI-ARMELI, sub art. 182, in CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, 750.

²⁷ Cass., 9 agosto 1990, n. 8086, in *Fallimento*, 1991, 236; Cass., 18 dicembre 1991, n. 13626, in *Mass. Giust. civ.*, 12.

²⁸ Cass., 14 aprile 1987, in *Giur. comm.*, 1987, II, 731.

Il debitore cedente, pertanto, conserva il diritto di esercitare le azioni o di resistervi nei confronti dei terzi, a tutela del proprio patrimonio, soprattutto dopo che sia intervenuta la sentenza di omologazione. Per effetto di tale sentenza è da ritenere che venga meno il potere di gestione del commissario giudiziale, mentre quello del liquidatore è da intendere conferito nell'ambito del suo mandato e perciò limitato ai rapporti obbligatori sorti nel corso e in funzione delle operazioni di liquidazione", con la conseguenza che – per quanto qui più interessa – “deve escludersi [...] la legittimazione processuale del liquidatore giudiziale con riguardo a una controversia tra l'imprenditore e un terzo, per un credito vantato nei confronti di quest'ultimo”²⁹.

A tale stregua, l'esperienza dell'azione sociale sembra competere al liquidatore giudiziale esclusivamente nell'ipotesi in cui il credito risarcitorio da *mala gestio* sia ricompreso nel compendio da liquidare, il che probabilmente avviene soltanto nell'ipotesi in cui il piano concordatario preveda espressamente tale iniziativa o, comunque, l'assemblea l'abbia preventivamente autorizzata (cosa che non si è verificata nella fattispecie decisa dal Tribunale di Milano, come la pronuncia in esame non ha mancato di sottolineare). Alla procedura minore, infatti, non si applica l'art. 146 l. fall. e la relativa sostituzione del placet del giudice delegato a quello dell'adunanza, che appare pertanto sempre necessario³⁰.

²⁹ Cass., 14 marzo 2006, n. 5515, in *Guida al diritto*, 2006, 21, 47.

³⁰ *Contra*, Trib. Roma, 20 gennaio 1996, in *Società*, 1996, 913, con nota di CARDARELLI, *Azione di responsabilità: legittimazione del liquidatore ad acta e volontà sociale*, ove il rilievo che “il liquidatore nominato dal giudice delegato nella procedura di concordato preventivo è legittimato all'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci anche a seguito del diniego di autorizzazione espresso dall'assemblea ordinaria della società, potendosi prescindere dalla volontà assembleare quando la società versi in uno stato di patologia, anche non irreversibile, ma comunque grave, accertata in sede giurisdizionale, contenziosa e volontaria”.