

DIR. FALL.

IL DIRITTO FALLIMENTARE E DELLE SOCIETA' COMMERCIALI

RIVISTA BIMESTRALE DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

GIÀ DIRETTA DA ITALO DE PICCOLI (1924-1940), RENZO PROVINCIALI (1941-1981),
ANGELO BONSIGNORI (1982-2000) E GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE (1982-2003)

DIREZIONE

GIROLAMO BONGIORNO, CONCETTO COSTA,
MASSIMO DI LAURO, ELENA FRASCAROLI SANTI, LINO GUGLIELMUCCI,
BRUNO INZITARI, GIUSEPPE TERRANOVA, GUSTAVO VISENTINI

estratto



CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI - PADOVA - 2012

TRIBUNALE DI MILANO

Decreto 19 luglio 2011

Giudice FONTANA

**Concordato preventivo – Ammissione – Proposta – Cessione dei beni –
Formazione delle classi – Abuso del diritto – Violazione del principio
di buona fede**

(Artt. 160, 161, 162, 173, legge fallim.; 1375 cod. civ.)

In tema di concordato preventivo, la formazione di una classe di crediti infra-gruppo, sebbene in astratto possa ritenersi frutto di una scelta legittima rientrante nell'ambito della discrezionalità attribuita al debitore, non deve comunque in concreto essere finalizzata alla precostituzione di un gruppo di creditori a priori assenziente. Deve ritenersi strumentale la previsione di una classe di crediti infra-gruppo, ove questa non sia stata costituita per ottenere un maggiore sacrificio di tali soggetti, ma al solo scopo di ottenere un voto decisivo ai fini dell'approvazione del concordato, assicurando il raggiungimento della maggioranza delle classi (nel caso di specie, la classe intercompany, inizialmente non costituita, era stata successivamente inserita prevedendo la riduzione di un punto della percentuale di soddisfacimento di questi creditori rispetto alla percentuale inizialmente proposta, con conseguente insignificante liberazione di risorse pari allo 0,13% del fabbisogno concordatario). La costituzione di una classe successivamente alla presentazione della domanda di concordato, al solo scopo di alterare il risultato del voto, deve considerarsi illegittima; ne consegue che il voto dei creditori inseriti in quella classe, non potendo ritenersi espresso all'interno di una classe autonoma, va computato nella classe unitaria in cui essi erano stati originariamente inseriti⁽¹⁾.

Decreto ex art. 180, comma 4, legge fallim.

(*Omissis*)

Riguardo alla previsione di una classe dei crediti intercompany non vi è

(¹) Abuso del diritto nella formazione delle classi nel concordato preventivo.

SOMMARIO: 1. La vicenda in specie e il nuovo concordato preventivo. – 2. L'impatto della creazione di classi sulla *par condicio creditorum*. – 3. La creazione di classi come facoltà del proponente. – 4. Il perimetro della valutazione del Giudice in ordine alla proposta concordataria. – 5. L'utilità della clausola generale dell'abuso del diritto. – 6. Conclusioni.

1. *La vicenda in specie e il nuovo concordato preventivo.* – Vale concentrare l'attenzione sulla pronuncia *de quo* del Tribunale di Milano riguardante l'omologazione di un concordato preventivo, modificato dalla società proponente che aveva introdotto nuove classi e ritoccato le percentuali di pagamento. La decisione, con cui si nega l'omologa, si rivela di particolare

dubbio che, in astratto e in linea generale, nell'ambito della relativa discrezionalità che contraddistingue l'individuazione delle classi nella proposta concordataria, possa trattarsi di una scelta legittima alla luce dei criteri di cui all'art. 160 legge fallim. Ma, ovviamente, come con enfasi si ammette nello stesso parere pro-ventate depositato in atti, laddove si precisa che la formazione della classe non deve comunque derivare «dalla cosciente volontà di formare una classe solo per forzare il raggiungimento della maggioranza

interesse in quanto attiene all'importante aspetto del perimetro di valutazione giudiziale in relazione alla corretta formazione delle classi, mettendo in luce i criteri che presiedono alla divisione del ceto creditorio.

La rilevanza del tema si apprezza in particolare in quanto pertiene agli effetti che l'accentuazione dell'incidenza dell'autonomia privata nel concordato preventivo possa determinare nella latitudine d'intervento dell'Autorità giudiziale. Il giudice meneghino, ponendosi nel solco tracciato da recenti pronunce di legittimità⁽¹⁾, tratteggia infatti un sindacato giudiziale che non si limita al semplice utilizzo dei criteri normativi previsti dall'art. 160, comma 1, lett. c, legge fallim., – ovvero la posizione giuridica e l'omogeneità di interessi economici – ma si estende oltre una funzione meramente notarile attraverso l'applicazione della categoria generale dell'abuso del diritto.

Nel quadro di una riforma volta a estendere il rilievo dell'autonomia privata nelle procedure concorsuali di composizione della crisi d'impresa, la possibilità di suddividere i creditori in classi con trattamenti differenziati costituisce una delle innovazioni più significative⁽²⁾. Lo strumento concordatario è stato infatti profondamente innovato dalla stagione delle riforme, la quale, in una cornice di larga autonomia del proponente, ha abrogato il riferimento alla percentuale minima del quaranta per cento dei crediti chirografari (alla base della considerata soddisfazione integrale dei prelatzionari)⁽³⁾, disponendo all'art. 160, legge fallim. la possibilità di suddividere i creditori in classi, con trattamenti diversificati anche in relazione ai creditori prelatizi, con il limite del rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione⁽⁴⁾, e della certezza di una soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile tra-

⁽¹⁾ Si veda in proposito Cassazione, 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Il Fall.*, 2011, 403, con nota di G. LO CASCIO, *Il concordato fallimentare: aspetti attuali e prospettive future*, e N. NISIVOCIA, *Alcuni principi in tema di concordato fallimentare*; Cassazione, 23 giugno 2011, nn. 13817 e 13818, in *Dir. fall.*, II, 2011, 615 con commento di E. BERTACCHINI, *I creditori sono gli unici «giudici» della fattibilità della proposta... con il limite dell'abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede*.

⁽²⁾ In merito si veda A. PATTI, *Crisi di impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, 122 reputa la possibilità accordata al proponente di dividere in classi i propri creditori «la previsione probabilmente più innovativa della struttura della proposta». Per una riflessione sulle vicende collegate all'introduzione dell'istituto delle classi, dovuto alla legge n. 39 del 18 febbraio 2004, con cui è stato convertito in legge, con modifiche, il d.l. n. 347 del 23 dicembre 2003 (c.d. decreto Parmalat), successivamente corretta ed integrata del d.l. 119 del 3 maggio 2004, convertito nella legge n. 166 del 5 luglio 2004, si veda M. FERRO, *voce Classe di creditori*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di M. Ferro, Padova, 2010, 177-180.

⁽³⁾ Si veda sul punto M. MASTROGIACOMO, *Il trattamento dei creditori privilegiati nel nuovo concordato preventivo*, in *Dir. e prat. del fallimento*, 2006, I, 15.

⁽⁴⁾ Come rileva D. GALLETTI, *Sub art. 160*, in *Il nuovo diritto fallimentare* (diretto da) A. JORIO e (coordinato da) M. FABIANI, II, Bologna, 2007, 2284, nell'ordinamento degli Stati Uniti la suddivisione in classi è funzionale a sconfiggere l'ostacolo costituito dai creditori, i quali viceversa eserciterebbero il proprio potere di veto, tenendo sotto scacco l'approvazione del concordato preventivo allo scopo di perseguire i propri vantaggi privati.

delle classi», la valutazione della correttezza delle classi va operata in concreto, posto che la verifica del rispetto del limite finalistico individuato dalla dottrina in modo così inequivoco (limite in sostanza riconducibile alla figura dell'abuso del diritto), non può che compiersi, quantomeno quando una

mite la liquidazione del bene oggetto della prelazione (art. 160 legge fallim., comma 2, legge fallim.)⁽⁵⁾). In altre parole, si dovrà operare un confronto con la soddisfazione ottenibile dal creditore dissenziente, in ragione della collocazione preferenziale, con altre combinazioni di piani ovvero sul ricavato della liquidazione, considerando il valore di mercato riferibile ai beni o diritti sui quali insiste la garanzia attestato da una relazione giurata di un professionista qualificato ai ex art. 67, comma 3, lett. d)⁽⁶⁾).

È necessario poi ricordare che, sebbene sia stato abrogato il riferimento alla percentuale minima del quaranta per cento dei crediti chirografari e adesso si disponga all'art. 160, legge fallim. la possibilità di suddividere i creditori in classi prevedendo trattamenti diversificati, il legislatore concede al debitore la facoltà di proporre la soddisfazione dei creditori «in qualsiasi forma» (quindi anche con dilazione) unicamente per quanto riguarda i chirografari. Invece, i creditori privilegiati sono sottratti al voto proprio in quanto il risultato della votazione e la stessa proposta concordataria risultano loro indifferenti. Infatti, la normativa attribuisce diritto di voto ai privilegiati esclusivamente in caso di «soddisfazione non integrale» e per la parte incapiante.

2. *L'impatto della creazione di classi sulla par condicio creditorum.* – Risulta dunque superata la concezione del ceto creditorio come un insieme monolitico, giacché questo appare scomponibile secondo criteri distinti e indipendenti dall'ordine di prelazione derivante dall'attribuzione di un privilegio.

Vale tuttavia precisare come la classe, pur rappresentando una deroga alla parità di trattamento, si distingue dalla causa di prelazione ovvero dal privilegio processuale che si realizza nel concreto attuarsi del singolo processo esecutivo. Infatti, la classe del concordato preventivo, al pari del concordato fallimentare, consiste nella creazione di un vantaggio derivante da una distribuzione asimmetrica delle risorse a discrezionalità del debitore, senza che vi sia una relazione fra vantaggio e patrimonio vincolato, né alcuna corrispondenza al principio di tipicità e legalità che presiede il sistema dei privilegi⁽⁷⁾).

⁽⁵⁾ Anche recentemente, con la sentenza della Cassazione, 22 marzo 2010, n. 6901, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 3, 418, la Suprema Corte ha stabilito che le disposizioni novellate della legge fallimentare in tema di concordato preventivo non influiscono sulla posizione dei creditori dotati di privilegio i quali quindi dovranno essere pagati per intero alle scadenze previste dal titolo, compresi gli interessi fin lì maturati, a meno che non si versi nell'ipotesi di incapienza del patrimonio del debitore assoggettato a privilegio. Sia consentito in proposito il rinvio a I. L. NOCERA, *Concordato preventivo: la sorte dei creditori privilegiati in caso di incapienza del bene*, in *Fall. & crisi d'impresa*, 2008, 615.

⁽⁶⁾ Nel caso in cui la proposta comporti la creazione di un plusvalore rispetto alla liquidazione sarà possibile sebbene non obbligatorio distribuire tale plusvalore tra le classi creditorie. In merito si veda G. FERRI, *La suddivisione dei creditori in classi*, in *Il Fall.*, 2006, 1026; P. F. CENSONI, *Concordato preventivo e coinvolgimento dei creditori con diritti di prelazione*, in *Il Fall.*, 2007, 435; F. MARELLI, *Transazione fiscale, principi generali del concorso e soddisfazione parziale dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2007, 669.

⁽⁷⁾ In proposito si rinvia alle riflessioni di C. FERRI, *Classi di creditori e poteri del giudice nel giudizio di omologazione del «nuovo» concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 562, e di M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, 147.

siffatta patologia sia espressamente prospettata come oggetto di un motivo di opposizione all'omologa, esaminando l'atto nel contesto in cui è stato posto in essere e valutando in particolare, secondo il normale procedimento logico-presuntivo, se dall'insieme delle circostanze evidenziate come sintomatiche della deviazione abusiva possa effettivamente desumersi l'operare

Nella crisi d'impresa i creditori assumono rilevanza con riferimento al loro atteggiarsi rispetto alla composizione negoziale della crisi. Così si hanno creditori che sono coinvolti nella trattativa, quelli che sebbene non siano coinvolti direttamente sono comunque chiamati ad esprimere il loro consenso, senza trascurare i creditori che per scelta loro o del debitore, ovvero per situazioni non conosciute, restano estranei all'operazione.

Si afferma dunque il distacco dal principio di trattamento paritario dei creditori, o meglio l'affermazione del medesimo illuminato tuttavia da una luce nuova. Tale principio infatti, di per sé «corrispondente ad un'intuitiva esigenza di parità di trattamento»⁽⁸⁾, esige dall'interprete uno sforzo ricostruttivo che possa indagare la sua reale portata operativa fuggendo da una immotivata «mitizzazione»⁽⁹⁾.

La coerenza che dovrebbe ammantare il sistema di regole ed eccezioni costituenti l'osatura della *par condicio creditorum*, deve essere tale da rispondere all'esigenza di giustificarne le deroghe solo in un quadro di ragionevolezza⁽¹⁰⁾. Il principio di *par condicio* tradizionalmente inteso dunque, persa la caratteristica di universalità, vede ristretto il proprio ambito di applicazione, operando solo in difetto di interessi meritevoli di maggior tutela, quale appunto la continuazione dell'attività d'impresa mediante il buon esito dell'operazione di risanamento della stessa⁽¹¹⁾. Ciò in quanto la parità di trattamento assolve ad una funzione meramente strumentale all'obiettivo di permettere una gestione ottimale della crisi, pertanto non

⁽⁸⁾ Così U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in G. IUDICA - P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1991, 61. Non a caso P. G. JAEGER, «Par condicio creditorum», in *Il Fall.*, 1984, 63, qualifica la regola della *par condicio* come «una norma di polizia processuale».

⁽⁹⁾ Si veda in merito V. COLESANTI, *Mito e realtà della «par condicio»*, in *Il Fall.*, 1984, 32. In senso analogo J. M. GARRIDO, *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, cit., 294, secondo il quale «il principio di uguaglianza attua solo una specie di miraggio, capace di giustificare qualsiasi regola ed al tempo stesso di non spiegare niente».

⁽¹⁰⁾ In tal senso G. TARZIA, *Par aut dispar condicio creditorum?*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 10. Come ha osservato il Giudice delle leggi (Corte Cost., 20 aprile 1989 n. 204, in *Giur. comm.* 1990, II, 5), pur dubitando del fondamento costituzionale della *par condicio creditorum*, «non per questo essa può vantare una assoluta inderogabilità, [...] giacché essa tollera disparità di trattamento se queste siano giustificate da ragioni apprezzabili, e tanto più se lo siano dall'attuazione di un valore costituzionale». Peraltro la Corte ha individuato il carattere politico di tale valutazioni discrezionali, affidate istituzionalmente al legislatore, rifiutandosi quindi di intervenire per dare origine a nuove forme di prelazione.

⁽¹¹⁾ Sul punto cfr. A. JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, cit., 500; C. COSTA, *La crisi dell'impresa e le banche*, in G. RAGUSA MAGGIORE - G. TORTORICI (a cura di), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali in Italia e in Europa. Prospettive di riforma*, Padova, 2002, 457; V. DE SENSI, *Convenzioni stragiudiziali per il salvataggio delle imprese e patti parasociali*, in *Dir. fall.*, 2005, 57; G. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Parte speciale*, cit., 178; e V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 485, secondo il quale in particolare il valore della parità di trattamento sarebbe esclusivamente quello di disattendere il differente criterio della priorità temporale nel soddisfacimento dei creditori.

di una scelta artificiosa di formazione di una classe, in quanto volta soltanto a propiziare artificialmente il raggiungimento delle prescritte maggioranze.

In altri termini, a prescindere dalla prospettiva generale che s'intenda privilegiare nella ricostruzione dell'istituto delle classi (quella incentrata sulle condizioni di legittimazione del principio maggioritario ai fini della falciata concordataria o quella dello strumento di flessibilizzazione dei trattamenti offerti ai creditori), una volta appurato che non è legittima la creazione di una classe come escamotage finalizzato alla precostituzione di un gruppo di creditori a priori assenziente (incrementando artificialmente il «peso specifico» dei suoi componenti altrimenti destinato a «diluirsi» nella generalità di una più ampia categoria di creditori). il percorso valutativo

può assurgere a principio assoluto dovendo invece piegarsi alle esigenze dell'impresa intesa come attività da tutelare.

Peraltro, la produzione di plusvalore attraverso le soluzioni negoziali della crisi d'impresa appare incompatibile con la sua equa distribuzione, in quanto altrimenti l'impulso alla stessa creazione di plusvalore sarebbe vanificato, con inevitabile pregiudizio per i vari protagonisti della crisi: occorre quindi applicare anche in tale ambito le regole concorrenziali che caratterizzano il sistema economico generale, al fine di perseguire l'obiettivo di efficienza economica.

La deroga al principio del concorso risiede proprio nel parametro relativo all'interesse economico oltre che all'omogeneità degli interessi desumibile dalla considerazione della fonte creditoria, dell'ammontare del credito, della data in cui il credito è sorto o scaduto. L'applicazione di tali criteri permette infatti una compiuta ed effettiva diversificazione delle classi, rendendo apprezzabile una proposta che viceversa, in caso di classificazione solo apparente, incorrerebbe nella sanzione di inammissibilità⁽¹²⁾.

Il principio della *par condicio* non è dunque espunto dal concordato in quanto all'interno della stessa classe i creditori devono ricevere lo stesso trattamento, ma appare notevolmente mitigato giacché il suo raggio applicativo è riferito non più ai singoli creditori ovvero alla moltiplicazione geometrica dei privilegi, bensì alle classi nelle quali i creditori medesimi sono eventualmente ripartiti⁽¹³⁾. Si verifica dunque soltanto l'applicazione di una norma eccezionale, dettata per il concordato preventivo che deroga parzialmente alle norme generali sul concorso del creditore, senza tuttavia obliterare il principio paritario.

In ogni caso, nella procedura concordataria la possibilità di suddividere i creditori in classi rappresenta il superamento della visione volta a soddisfare i singoli diritti di credito tu-

⁽¹²⁾ Si veda in merito A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009, 228. Per quel che concerne il rapporto tra i differenti criteri a tale fine indicati dalla normativa fallimentare sia consentito, tuttavia, rinviare anche a O. DE CICCO, *Le classi di creditori nel concordato preventivo. Appunti sulla par condicio creditorum*, cit., 102.

⁽¹³⁾ In proposito si rinvia alle riflessioni di M. SANDULLI, *Commento sub art. 160 legge fallim.*, in A. NIGRO - M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, II, 987; L. PICA, *Il concordato preventivo*, in P. CELENTANO - E. FORGILLO (a cura di), *Fallimento e concordati*, Torino, 2008, 1084; G. B. NARDECCHIA, *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2011, 80. In posizione diversa S. PACCHI, *Il concordato preventivo*, in E. BERTACCHINI - L. GUALANDI - S. PACCHI - G. PACCHI - G. SCARSELLI (a cura di), *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, 438, secondo la quale la previsione delle classi rende effettivo il principio della *par condicio creditorum*, neutralizzato dalla moltiplicazione geometrica dei privilegi.

non può fermarsi alla constatazione che i componenti della classe creata presentino dei tratti astrattamente idonei a distinguerli dagli altri creditori secondo il criterio dell'interesse economico, dovendosi scandagliare (quando ovviamente si è in presenza di elementi indiziari di un abuso dello stru-

relati dal sistema dei privilegi, in quanto la classe è la manifestazione di una visione collettiva del soddisfacimento, salvaguardando i diritti dell'intero ceto creditorio in nome di una eguaglianza sostanziale.

La formazione delle classi, così inquadrata quale scelta del legislatore di derogare alla regola generale di parità nella fase satisfattiva, esige inevitabilmente un sindacato di ragionevolezza in capo alla scelta effettuata dal proponente. Questi si avvale di quella che è stata definita una «causa di prelazione in bianco»⁽¹⁴⁾, espressione dell'ampliamento del raggio dell'autonomia privata in ambito concorsuale⁽¹⁵⁾. L'autonomia negoziale dei soggetti coinvolti nella composizione della crisi, costituisce, come detto, il perno della nuova disciplina di gestione dell'insolvenza⁽¹⁶⁾, improntata al salvataggio dell'impresa in crisi.

È infatti emersa, accanto alla liquidazione, l'esigenza di risanare l'impresa, ovvero l'obiettivo della conservazione e della ricollocazione nel mercato del complesso produttivo per mezzo della ridefinizione delle pretese dei creditori, nella convinzione che ciò possa avere effetti positivi a livello macroeconomico⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ In tal senso M. FABIANI, *La giustificazione delle classi nei concordati e il superamento della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 711. Analogamente si veda L. GUGLIELMUCCI, *Commento sub artt. 124-141, in Codice commentato del fallimento*, a cura di G. LO CASCIO, Milano, 2008, 1210.

⁽¹⁵⁾ Tale prospettiva attraverso orizzontalmente la recenti riforme che hanno caratterizzato l'ordinamento giuridico. Paradigmatica in tal senso è la norma che, nella novella che ha interessato il diritto societario, sostituisce il divieto di compiere nuove operazioni con il più elastico dovere di conservare l'integrità ed il valore del patrimonio sociale (art. 2486 cod. civ.). Al pari giova richiamare l'ampiezza dei poteri dei liquidatori, ai quali può essere attribuita la facoltà di porre in essere tutti gli atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa, compreso l'esercizio provvisorio, anche di singoli rami d'azienda, in funzione del miglior realizzo (art. 2487 cod. civ.).

⁽¹⁶⁾ Come si legge nella relazione al d.l. 35 del 2005 infatti, le soluzioni fondate sull'iniziativa privata sono volte al «fine di evitare che situazioni che appaiono meritevoli di tutela siano invece travolte dall'esercizio, sovente strumentale, delle azioni giudiziarie». La riduzione della latitudine della discrezionalità del giudice risponde del resto all'esigenza di realizzare un coordinamento tra la disciplina fallimentare e il principio del giusto processo previsto dal novellato art. 111 Cost., come osserva G. LO CASCIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. FAUCEGLIA (a cura di), *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova disciplina del fallimento. La recente disciplina della revocatoria*, Napoli, 2005, 64; ID., *Gli organi e la tutela giurisdizionale nella prospettiva di riforma*, in *Il Fall.*, 2004, 981; C. FERRI, *Tutela giurisdizionale nei procedimenti di composizione concordata e liquidazione*, in *Il Fall.*, suppl. n. 12, 2004, 50.

⁽¹⁷⁾ Con la prevalenza di un modello di impresa in cui si osserva una netta preponderanza di capitale di credito sul capitale di rischio si assiste ad una esternalizzazione del rischio, giacché in caso di fallimento il costo dell'attività di rischio graverebbe in misura maggiore sul capitale di credito. Si riscontra infatti che in alcuni casi, quale quello in cui i debiti dell'imprenditore siano maggiori del valore dell'impresa produttrice di ricchezza, i creditori, che nel corso della crisi subiscono una sorta di patto leonino in quanto sopportano le perdite senza percepire gli utili né avere il controllo dell'impresa, sarebbero maggiormente tutelati qualora l'attività d'impresa proseguisse, potendo riacquistare parte del loro credito grazie alla valorizzazione del patrimonio del debitore. In merito si vedano le riflessioni di L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit.; ID., *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, in *Il Fall.*, 2008, 1075; B. LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2001, II, 332.

mento) quale sia l'effettivo scopo perseguito, ben potendosi peraltro verificare che anche alcuni dei tratti differenziatori (come ad esempio la diversificazione del trattamento) siano a loro volta realizzati artificiosamente *ex post* in quanto privi di ragionevole giustificazione tecnica nell'economia complessiva della proposta concordataria.

Ciò premesso, nel caso in esame depongono in concreto per la strumentalità della previsione della classe dei crediti intercompany i seguenti rilievi. Nell'originaria proposta di concordato le due società intercompany erano inserite nella unitaria classe dei fornitori chirografari per la quale era previsto il soddisfacimento nella misura del 5%.

La deroga al principio di parità individua dunque la propria giustificazione precipuamente nella possibilità riconosciuta dal legislatore all'autonomia privata di esplicarsi in un quadro di regole eteronome, esaltando l'intreccio virtuoso fra crisi d'impresa e contratto⁽¹⁸⁾. Le formazione delle classi è infatti funzionale al raggiungimento dell'accordo di composizione dell'insolvenza per mezzo del concordato preventivo, in quanto permette di armonizzare le posizioni creditorie in modo da rendere omogeneo il consenso sulla proposta concordataria.

La composizione negoziale dell'insolvenza affida dunque allo strumento negoziale il governo della crisi rimettendosi al diritto civile, nelle cui risorse bisogna rintracciare i mezzi per razionalizzare i rischi gestori di un'attività condotta nei confronti di un'impresa in dissesto, regolando dunque i diritti dei creditori nel quadro di una tutela diretta non al singolo, ma all'intero ceto creditorio.

L'innesto nell'ambito concordatario dell'autonomia privata in modo da rendere modulabile il contenuto del piano mediante la formazione delle classi, consente al debitore di ponderare la proposta concordataria sulle esigenze concrete dei singoli gruppi di creditori, assegnando a ciascun creditore ciò che risulta maggiormente adeguato alla sua posizione⁽¹⁹⁾.

3. *La creazione di classi come facoltà del proponente.* – Si è detto come dalla norma di cui all'art. 160 legge fallim., paradigma dello spirito liberista della riforma, emerga in maniera patente come il legislatore abbia inteso preferire l'esercizio dell'autonomia privata e la contrattazione tra debitore e creditori, ad un intervento autoritativo giudiziale, perseguendo il duplice obiettivo di evitare la liquidazione e conservare l'impresa⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ Valga in merito ricordare che la regola privata è forgiata nell'osservanza di norme create «non da parte dello stesso titolare dell'interesse cui quelle regole vanno applicate, ma da parte di un soggetto estraneo» e, dunque, eteronome; ovvero rammentare che «il valido esercizio dell'autonomia è condizionato all'adempimento di determinati oneri identificati, dall'esterno, dall'ordinamento». Così G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, 12, il quale a sua volta cita P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 1997, 335.

⁽¹⁹⁾ In tal senso si vedano le riflessioni di L. STANGHELLINI, *Piano di regolazione dell'insolvenza, classi di creditori e liquidazione*, in *Il Fall.*, 2004, 28, e P. CATALLOZZI, *La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori*, ivi, 2009, 583. In giurisprudenza si veda in tal senso Tribunale Monza, 7 aprile 2009, in *Giur. comm.*, 2010, II, 332.

⁽²⁰⁾ In proposito forte è l'influenza dei paesi di *common law*, in particolare gli Stati Uniti. Sul punto cfr. D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, 2006 e L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, 2004, 1055.

Il 31/3/2011, nell'ambito della modifica della proposta le due società

È oramai pressoché pacifica l'opinione per cui la divisione del ceto creditorio rappresenta una mera facoltà del proponente, essendo rimessa alla sua discrezionalità⁽²¹⁾. Si rintracciano in tal senso numerosi indici testuali presenti nella disciplina, simmetricamente sia nel concordato preventivo che in quello fallimentare. In particolare, l'art. 160, comma 1, stabilisce che l'imprenditore «può» e non «deve» raggruppare i creditori in classi a composizione omogenea. Inoltre, sia l'art. 163, comma 1, in relazione all'ammissione del concordato, che l'art. 177, comma 1, in tema di calcolo delle maggioranze, oltre all'art. 182-ter, comma 1, sulla transazione fiscale, fanno riferimento all'ipotesi in cui siano previste diverse classi, lasciando dedurre, *a contrario*, come nulla osti alla loro mancanza, non costituendo un carattere necessario del concordato preventivo.

Peraltro, non risponderebbe ad una fondata ragione economica la formazione di classi di creditori destinatarie di un medesimo trattamento, in quanto il trattamento differenziato costituisce l'esclusiva finalità per la previsione di classi dal punto di vista del proponente. Tuttavia, il non felice tenore della norma autorizza a leggere la proposizione sulla formazione delle classi isolatamente da quella sul trattamento differenziato, legittimando così la derivazione della facoltà di formare classi omogenee di creditori dalla libertà di offrire trattamenti differenziati. In altre parole, la lettera della norma di cui all'art. 160, comma 1, legge fallim. potrebbe giustificare *prima facie* il dovere del debitore, in presenza di disomogeneità, di suddividere i creditori in classi e, di conseguenza, anche di prevedere un'offerta differenziata di trattamento.

Risulta invece più opportuno considerare la formazione delle classi quale onere volto a realizzare l'interesse del proponente ad una migliore articolazione della proposta concordataria. La creazione di classi omogenee rappresenta quindi il limite previsto dalla legge all'autonomia del proponente di stabilire un trattamento diversificato per creditori appartenenti a classi differenti: in tal senso si comprende e si giustifica la deroga alla *par condicio*, in quanto la formazione delle classi è conseguenza della scelta del trattamento differenziato e non della disomogeneità del ceto creditorio⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ Così S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in F. DI MARZIO - F. MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2010, 542; G. NARDECCHIA, *Crisi di impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, 175; G. LO CASCIO, *Concordati, classi di creditori ed incertezze interpretative*, in *Il Fall.*, 2009, 1132; G. BOZZA, *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, *ivi*, 2009, 424. Permane tuttavia la posizione contraria, benché minoritaria, sostenuta in autorevolmente in dottrina da M. FABIANI, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Il Fall.*, 2009, 437 seg.; P. CATALLOZZI, *La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori*, *ivi*, 581; R. SACCHI, *Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria*, *ivi*, 33-34). Tuttavia, una decisione di merito ha osservato che «il tribunale, con un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 163, comma 1, legge fallim., può invitare il creditore a formare classi omogenee di creditori», in tal senso Tribunale Monza, 7 aprile 2009, in *Giur. merito*, 2009, 1895.

⁽²²⁾ Del resto a seguito di una questione di legittimità costituzionale degli artt. 160, comma 1, lett. c), 162, comma 2, e 163, comma 1, legge fallim., in relazione all'art. 3 Cost., là dove i primi non prevedono che il tribunale dichiarerà aperta la procedura di concordato preventivo previa valutazione della correttezza della mancata divisione in classi (v. Tribunale Biella, 27 aprile 2009, in *Giur. merito*, 2009, con nota di L. D'ORAZIO, *Le classi obbligatorie e la questione di costituzionalità: brevi note*), la Corte Cost., con una motivazione non perspicua ha affermato, reputando la questione manifestamente infondata, che «la questione risulta non sufficientemente motivata in ordine alle ragioni che impedirebbero di adottare una esegesi costituzionalmente corretta della normativa in esame, anche in considerazione della mancata, adeguata valutazione sia della eventuale possibilità di ga-

sono state inserite in un' autonoma classe con una previsione di soddisfacimento nella misura del 4%. Ebbene, la costituzione di una autonoma classe di crediti intercompany chirografari potrebbe in astratto rispondere alla fi-

Infatti, solo se il debitore sceglie di avvalersi della facoltà di proporre un' offerta differenziata tra i creditori dovrà fornire una giustificazione soggetta al sindacato del giudice, il quale dovrà verificare la rispondenza a correttezza dei criteri di suddivisione. Viceversa, qualora si ammettesse la divisione in classi come obbligo in caso di disomogeneità del ceto creditorio la valutazione del giudice si tradurrebbe di fatto in un vaglio discrezionale in quanto, come ha avuto modo di precisare recentemente la Cassazione, le situazioni che fondano valutazioni diversificate sono potenzialmente tante quante i creditori e non si ravvisano parametri normativi di riferimento⁽²³⁾.

Il criterio della posizione giuridica pare riguardare la tipologia del credito e la sua possibilità di soddisfazione in sede di esecuzione forzata (crediti prededucibili, crediti assistiti da cause di prelazione, crediti chirografari, crediti postergati)⁽²⁴⁾. In alcune decisioni si è pure ammessa la possibilità che anche tra i privilegiati possano riscontrarsi posizioni giuridiche distinte secondo il diverso substrato normativo ed economico che giustifica un differente grado e trattamento normativo⁽²⁵⁾.

Giova precisare come con il termine «posizione giuridica» si indichi non solo la natura del credito, ovvero la sussistenza di cause di prelazione e il loro grado, ma anche lo stato del credito (crediti contestati, condizionali, muniti di titolo esecutivo) e/o del creditore (persona fisica o giuridica, creditore estero, creditore banca, creditore artigiano, lavoratore, ecc.), considerati come caratteristiche oggettive dei crediti sul piano giuridico-formale⁽²⁶⁾. In tale contesto risulta ammissibile dunque la scelta di racchiudere in un' apposita classe i soggetti muniti di privilegio limitatamente alla frazione di pretesa degradata al chirografo⁽²⁷⁾.

Il criterio dell' interesse economico sembra riferirsi, invece, alle qualità concrete del creditore o del credito ovvero all' interesse al soddisfacimento, tenendo conto di criteri soggettivi

rantire 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 aziendale mediante soluzioni concordate». In particolare la Consulta precisa 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». Si veda in tal senso Corte Cost., 12 marzo 2010, n. 10, in *Giur. comm.*, 2011, I, II, 78 con nota di G. B. NARDECCHIA.

⁽²³⁾ In tal senso la già citata Cassazione, 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Il Fall.*, 2011, 403.

⁽²⁴⁾ In proposito si veda V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, 408; G. BOZZA, *Formazione delle classi e alterabilità delle gradazioni legislative*, in *Il Fall.*, 2009, 423, e in giurisprudenza Cassazione, 4 febbraio 2009, n. 2706, in *Il Fall.*, 2009, 789.

⁽²⁵⁾ Così Tribunale Pavia, 8 ottobre 2008, e Tribunale Mantova, 30 ottobre 2008, in *Dir. fall.*, 2009, II, 99; *contra* Tribunale Piacenza, 1° ottobre 2008, in *Dir. fall.*, 2009, II, 66.

⁽²⁶⁾ In tal senso cfr. S. PACCHI - L. D'ORAZIO - A. COPPOLA, *Il concordato preventivo*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Milano, 2009, 1785.

⁽²⁷⁾ Si vedano in proposito S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziale sull' ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, cit., 543-544; *contra* M. FERRO, *sub art. 160 - Presupposti per l' ammissione alla procedura*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre 2007 n. 169. Disposizioni integrative e correttive. Manuale teorico-pratico*, Padova, 2008, 286; L. MANDRIOLI, *sub art. 160 - Il piano di ristrutturazione nel concordato preventivo*, ivi, 298.

nalità (in tal senso apprezzabile) di evitare che gli altri creditori chirografari siano «annegati» in una classe di creditori chirografari dominata dai creditori direttamente o indirettamente riconducibili all'influenza diretta o indiretta della società che ha proposto il concordato.

Non è questo però il caso, ed anzi si verifica l'ipotesi inversa, posto che nell'ipotesi in esame i crediti delle società intercompany ammontano ad € 1.333.452,00 mentre i crediti dei creditori chirografari diversi da banche ammontano ad € 21.950.248,70.

e oggettivi. Può infatti avere rilievo la specifica attività esercitata dal creditore (cliente insoddisfatto, istituto di credito, fornitore, ente pubblico), il rapporto che unisce il creditore al debitore (natura legale o volontaria dell'obbligazione), la certezza del credito (se contestato o portato da titoli esecutivi), la sicurezza del credito (es. per garanzie esterne di terzi), le dimensioni del medesimo. L'interesse economico del creditore deve dunque essere necessariamente valutato in concreto, vagliando la posizione di ciascun creditore non solo nell'ambito del rapporto bilaterale con il debitore bensì avendo riguardo anche all'esistenza di garanzie esterne.

Infatti, qualora non si comprendessero le garanzie per quanto concerne la valutazione dell'interesse economico del creditore, la funzione di questo requisito, ulteriore rispetto a quello dell'omogeneità di posizione giuridica, risulterebbe sostanzialmente pregiudicata. È agevole supporre che in questa ipotesi si permetterebbe l'inserimento in un'unica classe di creditori con differenti prospettive di soddisfacimento dei propri crediti, con un'inevitabile manipolazione della genuinità del meccanismo di formazione della volontà della maggioranza all'interno della classe, specialmente nel caso in cui i creditori con garanzie esterne fossero titolari di crediti di entità rilevanti⁽²⁸⁾.

4. *Il perimetro della valutazione del Giudice in ordine alla proposta concordataria.* – L'esaltazione del ruolo dell'autonomia privata nel concordato preventivo, si esprime da una parte con la larga flessibilità della proposta, dall'altra con la residualità del controllo di convenienza da parte del tribunale, assegnato essenzialmente ai creditori chiamati ad approvare la stessa proposta concordataria. In particolare, la formazione delle classi ed il trattamento differenziato tra creditori economicamente disomogenei sono soggetti prima al controllo giudiziale in sede di ammissibilità, poi a quello dei creditori in sede di approvazione del concordato e di nuovo a quello del tribunale in sede di omologa.

I creditori da gruppo disordinato vengono organizzati all'interno di un quadro di regole che consentono di risolvere i conflitti in ordine alla riallocazione dei diritti sul patrimonio del debitore.

Essendo i creditori una collettività formata da soggetti disomogenei in una situazione di interdipendenza, sebbene accomunati dal medesimo interesse alla massima valorizzazione del patrimonio del debitore, le decisioni tra essi nelle procedure volontarie concordatarie non

⁽²⁸⁾ Si veda in proposito G. LO CASCIO, *Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2010, 385; G. MINUTOLI, *Il controllo giudiziale sul mancato o insufficiente «classamento» dei creditori: il punto nelle prassi e in dottrina*, in *Il Fall.*, 2010, 43; P.F. CENSONI, *Sull'ammissibilità di classi con unico creditore nel concordato fallimentare e preventivo*, in *Il Fall.*, 2010, 326; M. FERRO, *sub art. 169*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2007, 180; D. GALLETTI, *sub art. 160*, in A. JORIO (diretto da) e M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, II, 2269. In giurisprudenza si segnala una decisione del Tribunale Milano, 4 dicembre 2008, in *Il Fall.*, 2009, 423.

La costituzione della classe dei crediti intercompany chirografari potrebbe allora essere una conseguenza dell'esigenza di differenziazione del trattamento da essi riservato rispetto agli altri creditori, posto che normalmente ai creditori infragruppo, quando non si arriva alla soluzione drastica della postergazione, si richiede comunque una maggiore sacrificio al fine di liberare risorse essenziali nell'architettura della soluzione concordataria proposta.

possono che essere improntate alla regola della maggioranza, al fine di accettare i trattamenti differenziati. Altrimenti, come intuitivo, vi è il concreto rischio che l'adozione di una determinata scelta, benché efficiente, sia impedita dalla posizione ostruzionistica o comunque dal potere di veto dei soggetti meno interessati dai suoi effetti⁽²⁹⁾.

Nelle procedure concorsuali deliberative, è comunque presente una natura negoziale in quanto il creditore dispone del proprio credito al momento del voto. Tuttavia, perché la deliberazione possa spiegare effetti nei confronti di terzi è necessario che all'atto di autonomia privata segua una pronuncia giurisdizionale di omologazione. In altre parole, l'impossibilità di una preventiva accettazione della regola della maggioranza da parte di tutti i creditori esige che l'imposizione della scelta maggioritaria avvenga attraverso l'intervento del giudice che, senza esprimere alcuna valutazione in merito alla convenienza del concordato, suggelli la correttezza del procedimento e la sussistenza della competenza della maggioranza⁽³⁰⁾.

Infatti, al fine di completare il procedimento di approvazione della domanda occorre non solo raggiungere la maggioranza dei crediti, ma è al pari necessario il consenso della maggioranza delle classi⁽³¹⁾.

Per mezzo dell'intervento giudiziale si permette quindi ai vari sottogruppi di creditori, formati a seconda della posizione giuridica e del giudizio di convenienza, di superare il voto negativo di altre classi di creditori se questi ultimi non sono pregiudicati dall'approvazione del concordato, in quanto non possono ottenere altrimenti una soddisfazione maggiore. In

⁽²⁹⁾ Si veda, in generale con riferimento alla necessità di non far prevalere la volontà dei singoli e all'esigenza della regola di maggioranza in generale, F. GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padova, 1960, 59.

⁽³⁰⁾ In proposito la recente pronuncia della Cassazione, 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Foro it.*, 2011, I, 105, (confermata dalla successiva decisione della Cassazione, 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Foro it.*, 2011, I, 2095) ha affermato che «se il Tribunale in sede di omologazione del concordato non può procedere d'ufficio a valutazioni di convenienza del concordato, dato il determinante rilievo attribuito al consenso dei creditori, non può fondatamente ritenersi, in mancanza di espressa disposizione, che il legislatore abbia attribuito al Tribunale, in sede di giudizio di ammissibilità, il potere di sindacare d'ufficio la fattibilità del piano, vale a dire poteri maggiori di quelli attribuiti al Tribunale in sede di omologazione, privando, quando non ritenga fattibile il piano, i creditori della possibilità di esaminare la proposta, valutarne la congruità e convenienza». Sul punto si richiama la procedura di *Reorganization* statunitense (§ 1129 (a), *Chapter XI* del *U.S. Bankruptcy Code*), che attribuisce alla corte il potere sia di sindacare la proposizione del piano, sia di invalidarne l'accettazione o il rifiuto, nel caso in cui non siano stati realizzati «*in good faith*». Inoltre tale disposizione permette al giudice di neutralizzare l'eventuale posizione contraria delle minoranze interne alle classi, per mezzo del *best interests of creditors test*, consentendo inoltre di convalidare il piano se esso «*does not discriminate unfairly, and is fair and equitable, with respect to each class of claims or interests that is impaired under ... the plan*». Si veda in merito S. C. GILSON, *Creating value through corporate restructuring*, New York - Toronto, 2001, 226.

⁽³¹⁾ Si veda sul punto P. G. DEMARCHI, *L'approvazione del concordato*, in S. AMBROSINI - P. G. DEMARCHI - M. VITIELLO, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009, 157.

Nel caso in esame è tuttavia evidente che questa non può essere la ragione della costituzione della classe in questione, dal momento che la riduzione di un punto della percentuale di soddisfacimento di questi creditori rispetto alla percentuale inizialmente proposta (dal 5% al 4%) comporta l'insignificante liberazione di risorse per € 13.300 pari allo 0,13% del fabbisogno concordatario (e peraltro la proposta su cui hanno votato i credi-

questa maniera si rende la decisione della maggioranza efficace per tutti, rispettando la correlazione tra potere decisionale e rischio⁽³²⁾.

Tale meccanismo si rintraccia nelle procedure volontarie del concordato preventivo e fallimentare, dove i creditori privilegiati sono ammessi al voto insieme ai chirografari solo nel caso in cui rinunzino ad ottenere un'integrale soddisfazione dei loro crediti (artt. 127 e 177 legge fallim.).

Infatti, l'eterogeneità degli interessi economici richiede che la decisione maturi attraverso la formazione di categorie omogenee di creditori, all'interno delle quali operi la regola maggioritaria⁽³³⁾. Il giudice deve quindi provvedere ad un controllo sulla correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi, verificando la sussistenza di una ragionevole giustificazione nell'economia complessiva della proposta, in modo da tutelare il voto sotto il profilo dei presupposti per la formazione delle maggioranze⁽³⁴⁾.

Si giustifica dunque il dubbio relativo all'estensione del perimetro della valutazione giudiziale sulla formazione delle classi, nel senso di limitarsi alla verifica delle prescrizioni previste dall'art. 160, comma 1, legge fallim., ovvero di estendersi anche a censurare l'omogeneità delle posizioni giuridiche e degli interessi economici.

Non apparirebbe certamente consono allo spirito liberale della norma l'ammissibilità di un sindacato giudiziale che si tradurrebbe in un'ingerenza sulla valutazione delle scelte operate dal debitore nella soddisfazione dei creditori.

Del resto, in ossequio alla natura prevalentemente contrattuale e coerentemente con il rilievo decisivo assunto dalla volontà dei creditori, la giurisprudenza di legittimità ha escluso che il giudice possa effettuare un controllo di merito diretto sulla fattibilità della proposta, dato che il profilo della veridicità dei dati e della fattibilità del piano sono già attestati dal professionista. La valutazione dell'autorità giudiziaria dovrà dunque avere ad oggetto i presupposti necessari per la formulazione della prognosi e l'attuabilità giuridica del piano, indipendentemente dalla normale alea economica.

⁽³²⁾ Come osserva infatti L. STANGHELLINI, in *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., 222, è infatti facile ipotizzare l'opposizione pretestuosa di un creditore che vanta una pretesa minima attraverso fenomeni di *free riding* o di ostruzionismo, imponendo ai creditori più interessati a comprare il suo credito a un prezzo maggiorato rispetto al suo valore.

⁽³³⁾ La latitudine dell'autonomia dell'imprenditore proponente nella divisione in classi dei creditori deve comunque garantire, al di là della difformità di trattamento economico, un'uguaglianza di trattamento del creditore e di possibilità di libera formazione del proprio convincimento. Tale uguaglianza tuttavia non può fare a meno dalla rilevanza del creditore, connessa alle dimensioni economiche della sua insoddisfazione. Si veda in merito la recente decisione del Tribunale Piacenza, 1° settembre 2011, in www.ilcaso.it.

⁽³⁴⁾ Del resto se si ritenesse sufficiente, ai fini della divisione delle classi, una minima differenziazione di trattamento priva di una plausibile rilevanza economica, non si comprenderebbe il significato dell'art. 160, comma 1°, lett. c), legge fallim. il quale prescrive, quale criterio di articolazione delle classi la suddivisione del ceto creditorio in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, in quanto il debitore potrebbe costituire in maniera del tutto arbitraria le classi dei creditori determinando quindi l'esito del voto.

tori, a seguito delle rettifiche apportate ai conteggi dai commissari giudiziali nella relazione *ex art. 172 legge fallim.*, ed incidenti sull'ammontare dei cre-

Il sindacato giudiziale deve arrestarsi alla verifica della veridicità, della completezza e dell'aggiornamento della documentazione prodotta⁽³⁵⁾. Con riferimento particolare alla relazione del professionista il giudice non può tuttavia limitarsi ad un controllo di carattere formale in quanto in tal caso si rimetterebbe interamente alla valutazione dell'esperto. Il vaglio di legalità del tribunale deve quindi essere finalizzato ad appurare se la relazione dell'esperto risponda ai principi di coerenza, accuratezza e completezza sul piano logico-argomentativo del discorso asseverativo⁽³⁶⁾.

Il potere di valutare nel merito la convenienza economica della proposta appartiene dunque solo ai creditori, sì che solo in caso di dissidio tra questi in merito alla fattibilità del piano concordatario, e dunque l'esperimento dell'opposizione all'omologazione, il tribunale è legittimato ad intromettersi decidendo il conflitto con una valutazione di merito⁽³⁷⁾.

Una recente pronuncia, in particolare, precisa come al giudice non spetti «il giudizio di convenienza economica», ma gli compete, invece, il potere di sindacare il vizio genetico prodotto dal «difetto di veridicità dei dati», «a prescindere dall'elemento psicologico sotteso all'omissione», non sanabile «dal consenso dei creditori, che sarebbe inquinato da errore-vizio», atteso che la «cognizione della proposta e del piano concordatari» non può essere circoscritta nei limiti di «una mera funzione notarile di [controllo] di regolarità formale»⁽³⁸⁾. Tale decisione pur non sconfessando esplicitamente l'orientamento sostenuto dalla prevalente giurisprudenza, appare dissonante rispetto alla posizione maggioritaria contraria alla sindacabilità del merito della proposta di concordato. Infatti, se da un lato ha ridimensionato la rilevanza contrattuale dell'adesione dei creditori alla proposta concordataria, dall'altro ha evidenziato il ruolo di controllo anche sostanziale assunto dal giudice, in relazione ai requisiti di fattibilità del piano. Si giustifica così la rimessione alle Sezioni Unite del contrasto⁽³⁹⁾.

⁽³⁵⁾ Si veda in proposito la già citata Cassazione, 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Foro it.*, 2011, I, 105.

⁽³⁶⁾ In merito cfr. ancora Cassazione, 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Foro it.*, 2011, I, 105. Vale in proposito richiamare il recente arresto di cui al Tribunale Milano, 27 ottobre 2011, in *www.personaedanno.it*, in materia di accordi di ristrutturazione, secondo il quale si possa prescindere dalla conclusione dell'esperto attentatore nel caso in cui la relazione appaia ad una prima prognosi incongruente o insufficientemente o illogicamente motivata. In tale ipotesi il giudice dovrà valutare direttamente la situazione effettuale oggetto di attestazione parificando la consulenza dell'esperto attentatore ad una qualsiasi consulenza tecnica. Infatti il giudice milanese evidenzia che «la relazione degli esperti attestatori altro non è, in definitiva, che una relazione tecnica, come lascia chiaramente intendere, nel contesto di un'interpretazione sistematica delle norme che disciplinano le nuove forme di soluzione alternativa delle crisi d'impresa, l'art. 67, comma 3, lett. d), legge fallim., laddove esige che la ragionevolezza dei cd. piani di risanamento – ma tale criterio è evidentemente estensibile anche alla fattibilità dei piani concordatari e all'attuabilità degli accordi *ex art. 182-bis* legge fallim. in quanto implicanti un analogo giudizio di *feasibility* – sia attestata ai sensi dell'art. 2501-*bis*, comma 4, del codice civile».

⁽³⁷⁾ Si veda in merito Cassazione, 23 giugno 2011, nn. 13817 e 13818, in *Dir. fall.*, II, 2011, 615 con commento di E. BERTACCHINI, *I creditori sono gli unici «giudici» della fattibilità della proposta... con il limite dell'abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede*.

⁽³⁸⁾ Cfr. Cassazione, 15 settembre 2011, n. 18864, in *Corr. giur.*, 2012, 39, con nota di L. SALVATO, *Puntualizzazioni della Corte di Cassazione sul potere di controllo del Tribunale nel concordato preventivo*. Si veda inoltre Tribunale Crotone, 26 ottobre 2011, in *www.unijuris.it*.

⁽³⁹⁾ Si veda l'ordinanza di rimessione contenuta in Cassazione, 15 dicembre 2011, n. 27063, in *www.unijuris.it*, la quale rimette alle Sezioni Unite la questione relativa alla determinazione della misura in cui l'eventuale non fattibilità del piano si traduca in un'impossibilità dell'oggetto del concordato.

diti dei fornitori chirografari, esclude ogni benché minima liberazione di risorse, risultando la percentuale del 3,15% prevista per questi ultimi addirittura inferiore a quella offerta ai creditori intercompany).

In questo quadro il fatto che all'interno della nuova classe creata il credito della società sotto il diretto controllo della proponente il concordato

Analogamente in sede di giudizio di omologazione l'autorità giudiziaria è chiamata ad un controllo della regolarità della procedura, verificando la persistenza delle stesse condizioni di ammissibilità che erano state riscontrate nella fase iniziale, l'assenza dei fatti od atti di frode che potrebbero dare impulso al procedimento di revoca ai sensi dell'art. 173 legge fallim., ed il rispetto delle regole relative alla formazione di un consenso dei creditori sulla proposta concordataria⁽⁴⁰⁾.

Il giudice non deve limitarsi ad un controllo volto a colmare lacune documentali materiali, come si deduce dalla lettera dell'art. 162 legge fallim. in tema di inammissibilità della proposta, dove si prevede l'eventuale concessione di un termine per apportare integrazioni al piano in modo da effettuare emendamenti sostanziali.

È quindi escluso ogni controllo sulla coerenza nel trattamento, in quanto l'autorità giudiziaria deve circoscrivere il proprio vaglio ad una indagine sulla coerenza logica dei criteri utilizzati nella formazione della classe, in modo da verificare se vi sia omogeneità tra gli interessi economici dei creditori inclusi in una medesima classe o disomogeneità tra i creditori collocati in classi diverse. Si pone quindi fuori dalla latitudine della valutazione giudiziale l'individuazione nel merito delle ragioni giustificatrici dell'anteposizione di una classe rispetto ad altre.

Dall'autonomia riconosciuta all'imprenditore nella formazione delle classi si comprende appunto il potere del tribunale di esercitare quel controllo sulla correttezza della formazione delle classi stesse, finalizzato, nel quadro della composizione dell'insolvenza, a permettere la tenuta del principio della massima omogeneità tra i creditori appartenenti alla stessa classe.

5. *L'utilità della clausola generale dell'abuso del diritto.* – Tuttavia, il tribunale, nel suo ruolo di supervisore, è chiamato ad un controllo di legittimità finalizzato ad una tutela sostanziale del ceto dei chirografari contro possibili abusi del debitore o di altri creditori al fine di forzare il raggiungimento della maggioranza.

Infatti, il principio della forza vincolante della maggioranza e quindi dell'estensione del concordato anche ai non aderenti all'accordo presuppone il fatto che tale maggioranza si formi in maniera corretta. Essendo venuto meno il sindacato di convenienza del tribunale, il quale interviene solo in caso di opposizione proposta da creditore appartenente ad una classe dissenziente, i creditori di minoranza risultano tutelati, in primo luogo, in sede di formazione del consenso, là dove deve essere assicurata la validità del procedimento e dunque la corretta suddivisione dei creditori in classi. La difficoltà di individuare in concreto criteri di omoge-

⁽⁴⁰⁾ In tal senso la recente Cassazione, 16 settembre 2011, n. 18987, in *Red. Giust. civ. Mass.*, 2011, 9, la quale sottolinea come la valutazione di legittimità da parte del giudice «deve essere orientato alla verifica della salvaguardia della consapevole acquisizione di quel dato da parte del ceto creditorio e della regolare espressione del consenso a suo riguardo (...). Il bilanciamento tra le esigenze, opposte ma non per ciò solo necessariamente configgenti, che presidiano la procedura, secondo precisa scelta del legislatore, è perciò adeguatamente assicurato, nello spirito del riformato assetto, dal riscontro del giudice limitato a quel profilo, da cui resta assolutamente escluso il merito».

rappresenti l'80% dell'ammontare totale dei crediti e il fatto che il voto di questa classe sia risultato decisivo ai fini dell'approvazione del concordato, assicurando il raggiungimento della maggioranza delle classi, sono elementi che depongono univocamente nel senso che la costituzione della classe era finalizzata unicamente all'ottenimento di questo risultato.

La ricorrente afferma che contrasterebbe con questa ricostruzione la non prevedibilità del voto dei creditori.

neità degli interessi dei creditori non impedisce, dunque, di individuare le disomogeneità economiche che incidono sull'espressione di voto rendendolo abusivo.

I rimedi ai possibili abusi nella composizione o mancata composizione delle classi si collocano sia nella fase di ammissione, sia nell'esercizio del voto e nella formazione delle maggioranze necessarie per l'approvazione del concordato sia, infine, nella fase di omologa, nel controllo attribuito in quella sede al tribunale.

Viene qui in rilievo la formula dell'abuso del diritto, sviluppata in Italia dal formante giurisprudenziale⁽⁴¹⁾, che implica un'analisi «prismatica» dell'esercizio della situazione soggettiva di vantaggio, traducendosi in una articolata valutazione nel caso concreto.

Abbandonata la prospettiva ordoliberalista che assegnava alle categorie tradizionali un valore logico, riconoscendole come finalizzate ad ottemperare ad una funzione ermeneutica più che deontologica del contratto – da cui deriva un angusto spazio interpretativo per il giudice e uno scarso potere d'intervento nel contenuto contrattuale⁽⁴²⁾ –, l'indirizzo antiformalistico affermatosi punta invece a ricostruire il sistema del diritto privato patrimoniale attraverso paradigmi assiologici, quali la proporzionalità, l'abuso o la giustizia del contratto, che in assenza di criteri concretizzanti rischiano di sublimare.

Innervata nella prassi sociale e raccolta dall'ordinamento nella forma di clausola generale, la buona fede costituisce lo *standard* valutativo delle condotte ovvero il filtro di giudizio per discriminare nel caso concreto l'abuso. Questo, infatti, muovendo dal contrasto non con le regole ma con i principi di un dato sistema giuridico, consiste nell'esercizio concreto da parte del titolare del diritto volto ad appropriarsi di «utilità diverse ed ulteriori»⁽⁴³⁾ rispetto a quelle che l'ordinamento pretende assegnargli in astratto, in modo da ledere un diritto

⁽⁴¹⁾ L'abuso del diritto ha avuto tradizionalmente la funzione di un «cavallo di Troia», la cui utilità è vista in funzione correttiva dell'ambito delle regole giuridiche permissive destinate al titolare di un determinato diritto soggettivo in quanto tale, nell'ipotesi in cui l'applicabilità delle norme si dilati fino a comprendere casi nei quali l'esito finale e concreto si riveli ingiustificato alla luce dei principi giuridici. Si veda in merito U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 18. In numerose pronunce giurisprudenziali si afferma che l'abuso del diritto «è una violazione della buona fede e consiste nel contegno del contraente che esercita il diritto per uno scopo diverso da quello che è preordinato dalla legge o dal contratto», così *ex multis* Cassazione, 16 ottobre 2003, n. 15492, in *Foro it.*, 2004, 1845; Cassazione, 11 dicembre 2000, n. 15592, *ivi*, 2001, I, 2374, e da ultimo Cassazione, sez. un., 26 giugno 2009, n. 20106, in *Giur. comm.* 2011, 2, II, 286, con nota di M. BARCELLONA. Invece la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea prevede all'art. 54 che «nessuno può esercitare un diritto o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciute e può imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste nella Carta».

⁽⁴²⁾ Per un approfondimento in merito a tale dibattito si rinvia a R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 21; *Id.*, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 53.

⁽⁴³⁾ Sul punto si veda G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, 19.

È tuttavia sufficiente al riguardo osservare che il voto favorevole della classe dei creditori bancari era pressoché scontata (tenuto conto del ruolo delle fondazioni bancarie nella compagine sociale di Norman 95 s.p.a., del ruolo che esponenti di massimo livello delle tre principali banche creditrici hanno avuto nell'amministrazione della società, come si evince dall'evoluzione della composizione del consiglio d'amministrazione risultante dalla relazione dei commissari giudiziali, e del fatto – notorio quantomeno nel

altrui⁽⁴⁴⁾). Il medesimo abuso si riscontra nel comportamento del creditore che viola l'affidamento che ha prodotto nell'imprenditore sulla disponibilità ad tentare un'operazione di risanamento del debito.

L'abuso quindi non è più individuato nel profilo interno del contenuto del programma negoziale, bensì inquadrato nell'ampia prospettiva caratterizzata dall'«asimmetria di potere contrattuale»⁽⁴⁵⁾ che comprende le relazioni oggettive conseguenti agli sviluppi dell'iniziativa economica⁽⁴⁶⁾. Esso si svincola dal legame con il diritto soggettivo per presentarsi come abuso di potere economico – informativo.

Il giudizio di abusività tende dunque a tradursi in una articolata valutazione nel caso concreto dell'equilibrio fissato dall'autonomia privata, ovvero dei diritti e doveri che caratterizzano l'esercizio e la struttura dei poteri delle parti, in modo da preferire l'interesse giudicato *ex post* meritevole di tutela⁽⁴⁷⁾. L'indagine deve quindi essere svolta avendo riguardo non solo alla fattispecie contrattuale ma anche al profilo esterno, ovvero alle circostanze che partecipano in varia misura alla composizione dell'assetto di interessi, verificando in concreto la rispondenza delle condotte dei creditori e dell'imprenditore in crisi al modello astratto di riferimento.

⁽⁴⁴⁾ In proposito si rinvia all'analisi di M. ATIENZA - J.R. MANERO, *Illecito atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004, e le considerazioni critiche di F.D. BUSNELLI, «Illeciti atipici» e il dibattito su regole e principi, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, 1035. Sulla possibile riconduzione della figura dell'abuso alla teoria dell'illecito cfr. ancora F.D. BUSNELLI - E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, 171; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997. III. L'abuso del diritto*, Padova, 1997, 11; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 68; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, II, Agg., Milano, 1998, 15 e 18 ove si colloca sistematicamente l'abuso nella clausola generale di ingiustizia del danno.

⁽⁴⁵⁾ Tale espressione sistematica è proposta da V. ROPPO, in *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria del potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 775.

⁽⁴⁶⁾ Per l'analisi del problema dell'abuso del diritto ed i suoi rapporti con la buona fede si rinvia su tutti a U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997. III. L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 5; R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in G. ALPA - M. GRAZIADEI - A. GUARNIERI - U. MATTEI - P. G. MONATERI - R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, 281; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., 26; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit.. Si vedano inoltre i recenti contributi F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, 556; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto* (nota a Cassazione, 18 settembre 2009, n. 20106), in *Contratti*, 2010, 11.

⁽⁴⁷⁾ Si veda in merito D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, II, Agg., Milano, 1998, 5; M. COSTANZA, *Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto*, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2444; G. AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 255, il quale parla di «processo di oggettivazione dell'abuso».

circuito degli operatori coinvolti in questa vicenda, compresi gli organi giudiziari – che l’iniziativa stessa della soluzione concordataria è di matrice sostanzialmente bancaria), che scontato era pure il voto negativo della classe Erario ed Enti Previdenziali, che altamente probabile era il voto favorevole della classe Artigiani e Cooperative (a cui è proposto il soddisfacimento nella misura del 36,8%, a fronte dell’originario 5% offerto a tali creditori compresi nella classe più ampia dei fornitori) per comprendere che la creazione della classe dei creditori intercompany era volta esclusivamente a neutralizzare le conseguenze dell’orientamento nettamente negativo dei fornitori chirografari (che era certamente facilmente percepibile per il tipo di tratta-

Si apprezza quindi l’utilità della categoria dell’abuso di cui si ravvisano tutti gli elementi, in quanto il proponente è titolare del diritto soggettivo di formare classi in capo al proponente, secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate se non con i suddetti parametri dell’omogeneità delle posizioni giuridiche e degli interessi economici. In concreto, l’esercizio di tale facoltà riconosciuta dall’ordinamento, può però, pur svolgendosi nell’ambito della cornice attributiva, determinare una ingiustificata sproporzione tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte.

Se dunque le effettive modalità con cui è realizzata la formazione delle classi risulta inequivocabilmente volta al perseguimento di un obiettivo *contra ius*, alterando lo schema formale del diritto, si ravvisa un abuso in quanto, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al proponente ed il suo atto di esercizio, la funzione obiettiva dell’atto risulta distonica rispetto al potere che lo contempla⁽⁴⁸⁾.

Risulta tuttavia opportuno precisare come nella fattispecie in analisi non si configuri lo schema usuale di abuso del diritto che prevede un esercizio esorbitante rispetto ai fini previsti dall’ordinamento. Infatti, nel concordato preventivo, come si è detto, il debitore ha ampia autonomia nella formazione delle classi e inevitabilmente persegue lo scopo di raccogliere il consenso adeguato all’approvazione della proposta⁽⁴⁹⁾. Tale finalità è dunque certamente lecita, ma è raggiunta mediante comportamenti che risultano compiuti *per occasionem iuris contra naturalem aequitatem*, ledendo dunque il principio di correttezza che rappresenta una traduzione normativa del divieto di abuso del diritto⁽⁵⁰⁾. Di conseguenza, l’obiettivo dell’autorità giudiziaria dovrà focalizzarsi sulla causa in concreto che regge la creazione di una classe.

Infatti, tramite l’adozione di una prospettiva euristica che consideri il complesso assetto

⁽⁴⁸⁾ Sul punto si veda Cassazione, 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Il Fall.*, 2011, 403, laddove afferma che « 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 ».

⁽⁴⁹⁾ Si vedano in proposito le riflessioni di M. AMBROSINI, *Tre questioni in tema di concordato preventivo: abuso del diritto nella formazione delle classi, atti di frode e legittimazione del liquidatore giudiziale all’esperienza dell’azione di responsabilità*, in www.ilfallimentarista.it.

⁽⁵⁰⁾ Secondo l’orientamento giurisprudenziale prevalente il vizio dell’abuso della maggioranza si basa sulla violazione dei principi di buona fede e di correttezza nell’esecuzione del contratto: Cassazione, 7 novembre 2008, n. 26842, in *Giur. comm.*, 2010, II, 256; Cassazione, 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Foro it.*, 2006, 3467; Cassazione, 11 giugno 2003, n. 9353, in *Società*, 2004, 188; Cassazione, 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 2006, II, 332; Cassazione, 5 maggio 1995, n. 4923, in *Società*, 1995, 1548.

mento proposto e posto che in questa classe i voti favorevoli non hanno raggiunto il 30%). Quindi, in assenza di fatti sopravvenuti che possano offrire una plausibile giustificazione tecnica dell'espunzione *ex novo* dei due creditori intercompany, in epoca successiva alla presentazione del ricorso, dalla classe dei fornitori chirografari con creazione di una nuova ed autonoma classe, l'insieme di tutte le circostanze sopra evidenziate delinea un quadro d'indizi gravi, univoci e concordanti idoneo a provare che si è trattato in realtà di un «ripensamento» *ad usum delphini* del debitore volto a determinare artificiosamente il risultato della maggioranza delle classi, che altrimenti non si sarebbe verificato, e che la riduzione di un punto della percentuale di soddisfacimento proposta, insignificante sul piano economico, altro non

d'interessi, tenendo conto della causa concreta e dell'intera operazione economica, il giudice deve verificare che ciascuna classe sia sorretta da una ragionevole giustificazione tecnica, senza arrestare la propria indagine alla verifica della sussistenza di caratteristiche astrattamente idonee a rendere una classe omogenea e differente dalle altre.

L'autorità giudiziale dovrà quindi intervenire imponendo la creazione di nuove classi o la modifica di quelle costituite in autonomia, qualora, considerando la complessiva economia dell'operazione, ritenga che il debitore, in spregio al principio generale di buona fede applicabile anche nel diritto della crisi d'impresa, strumentalizzi l'autonomia riconosciutagli dalla legge pregiudicando i creditori mediante la formazione di un maggiore o minore numero di classi all'esclusivo fine di manipolare il consenso, deformando il diritto al dissenso di una o più di esse⁽⁵¹⁾.

Non è peregrino infatti il caso che il proponente «diluisca» i creditori in una massa di votanti in modo da ridurne l'influenza. Oppure, come dimostra la fattispecie *de qua*, l'ipotesi che il debitore crei artificialmente l'omogeneità di una classe di creditori consenzienti, al mero fine di aumentare il «peso specifico» dei suoi componenti nell'ambito della voto: in tal caso il procedimento decisionale risulta viziato da una fittizia proliferazione di classi finalizzata unicamente ad ottenere la maggioranza dei voti, senza che vi sia un'effettiva diversità nel livello di soddisfacimento⁽⁵²⁾.

⁽⁵¹⁾ Come hanno infatti osservato recenti decisioni di merito (Tribunale Milano, 19 luglio 2011, e Tribunale Piacenza, 1° settembre 2011, entrambe disponibili in www.ilcaso.it) «la valutazione della correttezza delle classi va operata in concreto, posto che la verifica del rispetto del limite finalistico individuato dalla dottrina in modo così in equivoco (limite in sostanza riconducibile alla figura dell'abuso del diritto), non può che compiersi, quanto meno quando una siffatta patologia sia espressamente prospettata come oggetto di un motivo di opposizione all'omologa, esaminando l'atto nel contesto in cui è stato posto in essere, e valutando in particolare, secondo il normale procedimento logico presuntivo, se dall'insieme delle circostanze evidenziate come sintomatiche della deviazione abusiva possa effettivamente desumersi l'operare di una scelta artificiosa di formazione di una classe, in quanto volta solamente a propiziare artificialmente il raggiungimento delle prescritte maggioranze». Si vedano in proposito inoltre le osservazioni di E. BERTACCHINI, *I creditori sono gli unici «giudici» della fattibilità della proposta... con il limite dell'abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede*, in *Dir. fall.*, 2011, 615.

⁽⁵²⁾ L'esito della votazione può e deve essere accettato solo se scaturisce da una decisione trasparente e incondizionata, per cui il Tribunale, nell'effettuare un controllo sulle modalità di svolgimento del voto, dovrà verificare, senza ovviamente poterle contestare, le motivazioni di voto, effettuando un'analisi in concreto.

sia stata che un artificio meramente strumentale ad offrire una parvenza di legittimità e funzionalità dell'operazione.

Si aggiunga che, laddove si avallasse l'idea che sia sufficiente una qualunque anche minima differenziazione di trattamento, indipendentemente da una sua apprezzabile rilevanza sul piano economico, per giustificare la creazione di una classe autonoma (laddove la differenziazione di trattamento dovrebbe semmai seguire, e non precedere, la obiettiva esistenza di differenziati interessi economici dei creditori), si svuoterebbe di ogni significato la previsione dell'art. 160, c. 1 lett. c), posto che, in tal modo, il debitore non incontrerebbe di fatto alcun limite nel costituire a suo piacimento, in modo del tutto arbitrario, un'articolazione di classi funzionale a manipolare il risultato della votazione.

In conclusione, nel caso di specie la costituzione della classe dei creditori intercompany, in quanto operazione finalizzata, per le ragioni fin qui evidenziate, ad alterare il risultato del voto, deve giudicarsi illegittima ingrandendo, per il segnalato abuso, una violazione del principio della buona fede, che, come principio generale operante in tutti i rapporti tra privati, esplica la sua funzione anche nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi d'impresa alternativi al fallimento, quale argine all'abuso delle facoltà che la legge riconosce al debitore proponente il concordato.

Ne discende che il voto favorevole dei due creditori intercompany, non potendo essere considerato come voto espresso all'interno di una classe autonoma, va computato nella classe unitaria dei fornitori in cui erano essi

La corretta costituzione delle classi secondo posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei costituisce infatti l'unica garanzia per i creditori non integralmente soddisfatti e dissenzienti, posto che solo la presenza di una classe dissenziente consente in sede di omologazione al creditore appartenente alla stessa classe di denunciare la convenienza della proposta concordataria.

Si realizza in tal senso, quindi, un abuso dello strumento concordatario in quanto, come sottolineato dal giudice meneghino *de quo*, «non è legittima la creazione di una classe come *escamotage* finalizzato alla precostituzione di un gruppo di creditori a priori assenzienti».

Dal potere di controllo sulla correttezza delle classi assegnato al tribunale ai sensi dell'art. 162 legge fallim. deriva l'obbligo a carico del proponente di precisare le ragioni poste a fondamento dell'inclusione dei creditori in ciascuna classe. Infatti, benché non sia prescritta, a differenza dell'art. 124 legge fallim. per il concordato fallimentare, la necessaria indicazione delle ragioni dei trattamenti differenziati, il piano deve essere tale da offrire una chiave di comprensione dei criteri adottati⁽⁵³⁾.

⁽⁵³⁾ Si veda in proposito Tribunale Palermo, 17 febbraio 2006, in *Il Fall.*, 2006, 571, e in dottrina le osservazioni di L. ABETE, Tipicità delle cause di prelazione e strumenti di formazione dei privilegi fattuali, in *Il Fall.*, 2008, 1007, e G. LO CASCIÒ, *Concordati, classi di creditori ed incertezze interpretative*, in *Il Fall.*, 2009, 1134.

originariamente inseriti, con la conseguenza che, non potendo la loro favorevole espressione di voto mutare l'esito negativo del voto di questa classe (l'aggiunta di due voti favorevoli per un importo di 1.333.452,00 comportando solo lo spostamento della percentuale di voti favorevoli dal 29,172% al 32,859%), il risultato finale sia quello dell'approvazione del concordato solo da parte di due classi su quattro, con il mancato raggiungimento, quindi, della maggioranza delle classi.

2. La conclusione a cui si è pervenuti esaminando il motivo di opposizione attinente alla costituzione della classe dei creditori intercompany) su cui in particolare si è incentrata l'opposizione del P.M., è senza dubbio assorbente. Si ritiene tuttavia opportuno evidenziare, senza procedere all'esame di tutti gli ulteriori motivi di opposizione formulati, come, alla luce della puntuale ricostruzione operata per la prima volta dai commissari giudiziali nel paragrafo sesto della relazione *ex art.172 legge fallim.* e richiamata nel-

6. *Conclusioni.* – Emerge dunque anche da questa pronuncia come la sempre maggiore presenza dell'autonomia privata e degli strumenti del diritto civile fecondino il diritto concorsuale. La tradizionale valenza di normativa dominata dalla procedura fallimentare, tanto da assumere la denominazione sineddotta di «legge fallimentare», benché comprendesse altresì la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione controllata e il concordato preventivo, è oramai difatti superata dalla diffusa definizione nella letteratura giuridica più recente di «diritto della crisi d'impresa»⁽⁵⁴⁾.

Il concordato preventivo, convertito da strumento «premia» a strumento normale a disposizione dell'imprenditore per scongiurare la dichiarazione di fallimento, consente di gestire interamente il concorso tra creditori⁽⁵⁵⁾.

In tale cornice di favore si spiega come nelle procedure volontarie concordatarie al Tribunale è dunque riconosciuto il potere di rendere efficace la proposta anche per i creditori dissenzienti, qualora si accerti che questi non subiscono le conseguenze della decisione, non avendo possibilità concrete di ottenere una soddisfazione maggiore attraverso alternative ragionevolmente attuabili⁽⁵⁶⁾. La riduzione della tutela dei creditori non aderenti esige, oltre ad un'adeguata informazione e ad una loro preventiva consultazione, l'imprescindibile funzione

⁽⁵⁴⁾ Ciò emerge da numerosi indici della nuova normativa, quali, tra gli altri, l'implementazione degli accordi di ristrutturazione con la protezione *ope legis* dalle azioni esecutive e cautelari, l'agevolazione all'accesso al concordato preventivo, il riconoscimento della facoltà al fallito di presentare una proposta di concordato fallimentare entro un anno dalla declaratoria.

⁽⁵⁵⁾ Sul punto si rinvia a A. GENTILI, *Autonomia assistita ed effetti ultra vires nell'accettazione del concordato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 349. Anche in seguito alla riforma l'istituto del concordato preventivo ribadisce alcune delle linee tradizionali della trascorsa legislazione, negando ai creditori l'adozione di una soluzione concordataria di tipo essenzialmente negoziale, pur ampliato la sfera di disponibilità del debitore. Si veda su tutti G. LO CASCIO, *Il nuovo concordato preventivo: uno sguardo d'insieme*, in *Il Fall.*, 2006, 999.

⁽⁵⁶⁾ Sulla scorta della disciplina statunitense del *cram down* (§ 1129 (b), *Chapter XI del U.S. Bankruptcy Code*) e di quella tedesca (art. 245 *Insolvenzordnung*), sia l'art. 180, comma 4, legge fallim. in tema di concordato preventivo, sia l'art. 129, comma 7, legge fallim. in materia di concordato fallimentare subordinano infatti l'intervento giudiziale alla condizione che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti «possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili».

l'atto di opposizione del Fallimento Selecta Contract s.r.l. e nella memoria del P.M., le operazioni ivi descritte (e valorizzate nella prospettiva comparativa tra procedura concordataria e fallimentare in ordine all'esercizio dell'azione di responsabilità), integrino chiaramente atti di frode ai sensi dell'art. 173 c.1 legge fallim., trattandosi di operazioni volontarie di depauperamento della società prive, anche in un'ottica *ex ante*, di una giustificazione economica, ed incidenti in modo rilevante, sia per la loro entità che per la loro collocazione temporale, sull'attuale situazione patrimoniale della debitrice.

(*Omissis*)

Si tratta certamente di circostanze non decisive ai fini del *cram down*, ma che in ogni caso appaiono deporre in senso convergente rispetto alle considerazioni svolte in ordine alle potenzialità recuperative dell'azione di responsabilità.

La domanda di omologazione va pertanto rigettata.

(*Omissis*)

P.Q.M. – Il Tribunale di Milano, definitivamente decidendo nel giudizio di omologa relativo al concordato preventivo.

(*Omissis*)

rigetta la domanda di omologa del concordato preventivo proposto da Norman 95 s.p.a. in liquidazione.

del giudice nel duplice ruolo di supervisore generale alla procedura e di autorità che imprime alla volontà della maggioranza l'efficacia *erga omnes*.

In particolare, l'autorità giudiziale con il suo sindacato è tenuto, al fine di evitare la strumentalizzazione delle norme che regolano l'applicazione del principio di maggioranza, a verificare la finalità in concreto perseguita dal proponente, avendo riguardo all'economia complessiva della proposta di concordato.

Infatti, la deroga alla regola della parità di trattamento si può ammettere solo se le discriminazioni sono giustificate dal canone della ragionevolezza. Pertanto, se la disparità appare irragionevole e contraria a buona fede, in quanto funzionale unicamente alla proliferazione del consenso senza che sia sorretta da un'effettiva differenziazione di trattamento economico, allora si realizzerà l'abuso della facoltà riconosciuta al proponente il concordato preventivo.

IVAN LIBERO NOCERA

Allievo perfezionando

della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa