

TRIBUNALE DI VICENZA, 7 marzo 2014 Brunello Giudice Delegato

Concordato preventivo – Natura del concordato preventivo – Liquidazione dei beni – Poteri del tribunale – Concordato chiuso – Ammissibilità (r.d. 16 marzo 1942, artt. 160, 161 e 182).

L'art. 182 l. fall. enuncia chiaramente il principio secondo cui, nel concordato con cessione di beni, il decreto di omologa interviene in via sussidiaria a determinare le modalità di liquidazione solo nel caso in cui il piano non disponga diversamente. Pertanto, il debitore è libero di determinare autonomamente le modalità di liquidazione dei propri beni e non sussiste alcuna legittima aspettativa in capo a terzi concorrenti di partecipare a procedure competitive non previste dal piano. Il temperamento all'autonomia concessa al ricorrente nel confezionamento del piano è dato dall'art. 173 l. fall. con la sanzione della revoca in caso di rappresentazione non veritiera delle poste attive e del loro valore.

(Omissis)

premessò

che in data 20.12.2013 [Società] – ammessa alla procedura di concordato preventivo con decreto 24.10.2013 del Tribunale di Vicenza – presentava istanza per l'autorizzazione al compimento di atto di amministrazione straordinaria ed urgente (accettazione della proposta 19.12.2013 [della Cessionaria] v. all 1: acquisto di due rami di azienda [omissis]);

che il commissario giudiziale e il coadiutore legale esprimevano parere favorevole al compimento dell'atto;

che il GD accoglieva l'istanza cennata "alle condizioni indicate nel parere del C.G." con provvedimento datato 20.12.13 (emesso nell'esercizio dei poteri attribuiti all'art. 167 l. fall.);

che in seguito al deposito di istanza/relazione informativa del 3.1.2014 da parte di [Terza Interessata] (società di diritto tedesco, non creditrice, operante nel settore [omissis]) il GD ordinava, con provvedimento 9.1.2014, che non si desse "corso ad alcuna vendita fino a nuova disposizione" (con ciò disponendo la sospensione della vendita autorizzata);

(Omissis)

ritenuto

che il ricorso con il piano e la proposta, depositato da [Società] il 21/10.2014, prevede già per alcuni - importanti - *assets* la enunciazione delle modalità di liquidazione (piano cd blindato o chiuso);

che la valutazione di ammissibilità di un piano con tale contenuto (in parte qua escludente il ricorso a procedure competitive) è già stata effettuata allorché il Tribunale ha ammesso [Società] alla procedura concordataria con decreto 24.10.2014;

che l'art. 182 l. fall. enuncia infatti chiaramente il principio secondo cui il decreto di omologa interviene in via sussidiaria a determinare le modalità di liquidazione (nel concordato con cessione di beni) solo se il piano "non dispone diversamente" (sul punto si rimanda alle argomentazioni di giurisprudenza e dottrina allegate alla memoria 3.2.14 [Società], condivise all'Ufficio ed in base alle quali non sussiste alcuna legittima aspettativa in capo a terzi concorrenti di partecipazione a procedura competitiva non prevista dal piano);

che il temperamento all'autonomia concessa al ricorrente nel confezionamento del piano è dato dall'art. 173 l. fall. (la sanzione della revoca consegue ad una non veritiera rappresentazione delle poste attive e del loro valore);

che la legge consente espressamente, nell'ambito del disposto dell'art. 167 l. fall. (che richiama espressamente le alienazioni di beni immobili e disciplina tutti gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione che evidentemente incidono sull'acquisizione dell'attivo messo a disposizione dei creditori), l'anticipata esecuzione di atti dispositivi previa "autorizzazione scritta del giudice delegato";

rilevato

che nel caso concreto, [Società] ha richiesto ed ottenuto autorizzazione scritta al compimento dell'atto dispositivo (vendita di due *assets* all'acquirente indicato nel piano per un corrispettivo che il commissario giudiziale, con motivato parere 20.12.2013 - in parte qua costituente una vera e propria perizia di stima - ha giudicato senz'altro congruo e conveniente per i creditori);

che la vendita è stata in seguito sospesa con decreto 9.1.14;

che secondo un principio ricorrente nell'ordinamento nelle fattispecie di vendite autorizzate giudizialmente la sospensione può essere deciso solo ove ricorrano "gravi motivi" (v. artt. 534 ter, 591 ter cpc, 108 l. fall.);

che nel caso in esame i gravi motivi erano rappresentati dalla più volte manifestata volontà di formulare un'offerta di acquisto dei rami d'azienda [omissis]: in particolare in data 10.12.13 veniva depositata nota informativa per conto di [Terza Interessata] (volta ad acquisire informazioni necessarie al fine di sottoporre offerte per l'acquisto di rami d'azienda e/o singoli beni); in data 23.12.13 [Terza Interessata] chiedeva che il GD o il

Collegio volessero assumere i provvedimenti più adeguati a garantire la partecipazione di [Terza Interessata] alla procedura liquidatoria; in seguito, in data 3.1.14 [Terza Interessata] chiedeva di autorizzare l'accesso agli atti e di assumere i provvedimenti più adeguati nel caso di specie atteso il "reiterato interessamento manifestato da [Terza Interessata] all'acquisito del ramo d'azienda [omissis];

che - ottenuta la sospensione della vendita - [Terza Interessata] chiedeva in data 14.1.14 il sequestro dei beni costituenti il marchio e la tecnologia [Società] nonché adottare il provvedimento più opportuno per garantire la conservazione del patrimonio sociale di [Società] in vista della propria partecipazione alla fase liquidatoria;

nuovamente in data 21.1.14 [Terza Interessata] chiedeva di rigettare l'istanza 15.1.13 di [Società] di revoca della sospensione, di revocare il provvedimento 24.12.14 di autorizzazione alla vendita, di adottare ogni provvedimento più opportuno a garantire la conservarne del patrimonio sociale, di sequestrare il marchio e la tecnologia [Società], invitare il commissario a far adottare procedure competitive, di autorizzare [Terza Interessata] all'accesso alle informazioni societarie;

considerato

che in seguito alle richieste di [Terza Interessata], mantenuto fermo il provvedimento di sospensione, il GD disponeva la convocazione delle parti (per l'11.2.14) e incaricava gli esperti di chiarire se la società tedesca fosse o meno in grado di avanzare un offerta migliorativa (unico scenario che avrebbe potuto eventualmente giustificare la revoca del provvedimento 21.12.13 nell'interesse dei creditori);

che la risposta degli esperti è stata in equivoca nel senso di affermare che [Terza Interessata] era ed è in grado di formulare una proposta d'acquisto;

che tale proposta di acquisto, tuttavia, non è pervenuta;

(Omissis)

ritenuto dunque

che i gravi motivi che hanno portato alla sospensione (possibile emersione di un altro acquirente rispetto a quello indicato nel piano, disponibile ad attuare condizioni più favorevoli per i creditori) siano venuti meno, posto che [Terza Interessata] ha goduto di un periodo di tempo congruo per poter avanzare la propria disponibilità e farla conoscere all'Ufficio e ai creditori di [Società] (questo dato oggettivo consente di ritenere superate le considerazioni sulle tempistiche e sulla condotta di [Società] anche da ultimo ribadite nella memoria 6.3.14 di [Terza Interessata] posto che questo Ufficio ha messo nelle condizioni il terzo interessato di concretizzare il proprio generico interessamento, senza esiti positivi da prospettare ai creditori all'adunanza del 7.3.14);

che le modalità di liquidazione indicate nel piano andranno sottoposte al

vaglio e al giudizio dei creditori e che, nel frattempo, non sia giustificato l'ulteriore dilazione della cessione giudicata conveniente per la massa nei motivati pareri del commissario giudiziosi e del legale (20.12.13) atteso il rischio da una lato di veder "evaporare" anche l'unica seria proposta di acquisto sinora avanzata e dall'altro di aumentare il passivo concordatario con eventuali richieste risarcitorie del contraente [Cessionaria] (v. parere legale 15.1.14 agli atti);

(*Omissis*)

P.Q.M.

In accoglimento dell'istanza 15.1.14 (reiterata il 3.2.14 ed il 5.3.14) di [Società],
disattesa ogni contraria istanza
revoca il provvedimento di sospensione della vendita 9.1.14.

(*Omissis*)

La natura del concordato preventivo e il c.d. concordato chiuso

Mattia Esposito

(Dottore di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract “Concordato preventivo”, under Italian Bankruptcy Law (R.D. 16 march 1942, n. 267), is a legal process aimed to reach an arrangement between the debtor and all of his creditors. The debtor submits an arrangement proposal to the Court, along with all of the necessary documentation to prove the proposal’s feasibility and its convenience over bankruptcy. The Court verifies the regularity of documentation and process, while creditors vote on the proposal. If the proposal reaches the majority of votes, the arrangement is binding for all creditors. The article addresses two controversial issues about “concordato preventivo”. The first one concerns the nature of “concordato preventivo”: is it a judicial proceeding ruled by the Court, or is it a private agreement between the debtor and his creditors? The second one, linked to the first, addresses modalities of the debtor’s assets selling off (in order to procure the necessary funds to fulfill the arrangement): can they be freely determined by the debtor itself or must they be determined by the Court according to Bankruptcy Law? The article examines these issues and concludes with a reflection on the need for the Court to ensure that “concordato preventivo” is not used as an abuse of law to damage creditors’ rights.

Sommario 1. Introduzione. – 2. La vicenda processuale. – 3. Il provvedimento e le questioni sottese. – 4. Il c.d. “concordato chiuso”. – 5. La natura privatistica del concordato preventivo. – 6. La natura pubblicistica del concordato preventivo. – 7. L’ammissibilità del concordato chiuso. – 8. Il concordato chiuso e l’abuso del diritto.

1 Introduzione

Il provvedimento che si commenta riveste particolare interesse perché affronta la questione sulla ammissibilità o meno del c.d. “concordato chiuso” che, a sua volta, si innesta su un’altra questione altrettanto dibattuta, ossia quella sulla natura (negoziale-privatistica o processuale-pubblicistica) del concordato preventivo.

Si tratta questioni che di recente, grazie anche al noto caso del Concordato della Fondazione Centro San Raffaele Del Monte Tabor, sono salite alla ribalta delle cronache, attirando l’attenzione degli operatori giuridici e anche quella mediatica del grande pubblico.

Com’è noto, il concordato della Fondazione San Raffaele prevedeva che la Fondazione costituisse una “società veicolo”, conferendovi la parte più consistente dei propri *assets*, per poi ricavare l’attivo concordatario mediante la vendita delle azioni di questa. Prima ancora di depositare il ricorso per l’ammissione al concordato, la Fondazione aveva ricevuto ed accettato una proposta irrevocabile per l’acquisto delle azioni della costituenda società veicolo, concludendo sostanzialmente un contratto

preliminare condizionato all'omologa del concordato. In questo modo, il debitore aveva "blindato" il concordato ad una liquidazione dei suoi *assets* da eseguirsi secondo modalità negoziali privatistiche da lui medesimo autonomamente determinate (concordato chiuso), anziché secondo le modalità concorsuali previste dalla legge.

Anche nel caso che si commenta, come in quello della Fondazione San Raffaele, il piano prevedeva la liquidazione dell'attivo della società debitrice mediante modalità contrattuali liberamente e preventivamente determinate dal debitore.

In particolare, il debitore, in pendenza del procedimento di concordato, aveva ricevuto ed accettato, condizionatamente al rilascio delle prescritte autorizzazioni dagli organi della procedura, una proposta di acquisto di un ramo aziendale. Egli aveva, quindi, chiesto al Tribunale l'autorizzazione a compiere la cessione, quale atto eccedente l'ordinaria amministrazione, ai sensi dell'art. 167, co. 3, l.fall.

Il Giudice Delegato, in un primo momento, aveva rilasciato l'autorizzazione richiesta ma successivamente, prima che l'atto fosse compiuto, a causa di complicazioni sopravvenute aveva ordinato di sospendere l'esecuzione della cessione precedentemente autorizzata.

Il provvedimento che si commenta è stato emesso in un secondo momento da un nuovo Giudice Delegato, subentrato al precedente, per superare la situazione di stallo che si era venuta a creare.

Per comprendere la questione è necessario riepilogare le linee essenziali della complessa vicenda processuale in cui il provvedimento si inserisce.

2 La vicenda processuale

La società debitrice (di seguito per brevità "Società") aveva depositato una domanda di c.d. concordato con riserva *ex art.* 161, co. 6, l.fall. (altrimenti detto "concordato in bianco"), che il Tribunale di Vicenza aveva accolto fissando apposito termine per la presentazione della proposta concordataria, del piano e della relativa documentazione (di seguito per brevità "Procedura").

Già in precedenza la Società, per reperire l'attivo necessario alla realizzazione del concordato, aveva da tempo individuato i soggetti presenti nella scena mondiale che avrebbero potuto essere interessati ed in grado di acquistare i suoi *assets*, avviando con questi serie trattative e negoziazioni.

Tali trattative avevano avuto tutte esito negativo ad eccezione di una, quella avviata con una società di diritto cinese (di seguito per brevità "Cessionaria") che aveva manifestato un concreto e serio interesse all'acquisto degli *assets* della Società. La Cessionaria, quindi, formalizzava in una proposta di acquisto irrevocabile i termini essenziali dell'accordo raggiunto, sottoponendo la conclusione della compravendita alla condizione sospen-

siva del rilascio da parte della Procedura della autorizzazioni necessarie (di seguito per brevità "Proposta").

La Proposta prevedeva, inoltre, che la compravendita degli *assets* dovesse essere eseguita entro un termine finale, decorso inutilmente il quale le parti sarebbero state sciolte dai relativi impegni di acquisto e vendita.

Alla scadenza del termine *ex art.* 161, co. 6, l.fall., la Società depositava la domanda finale di ammissione al concordato con il relativo piano, il quale prevedeva l'operazione di vendita degli *assets* alla Cessionaria, nei termini stabiliti nella suddetta Proposta, quale operazione principale da cui la Società avrebbe ricavato la parte più consistente dell'attivo (di seguito per brevità "Cessione degli Assets").

L'adunanza dei creditori veniva più volte posticipata per varie ragioni, sicché si giungeva in prossimità della scadenza del termine di efficacia della Proposta prima che il concordato potesse essere omologato.

La Società, quindi, per non far decadere la Proposta, depositava istanza *ex art.* 167, co. 2, l.fall., per essere autorizzata ad accettare la Proposta stessa e porre conseguentemente in essere la Cessione degli Assets, quale atto urgente eccedente l'ordinaria amministrazione in pendenza della Procedura.

Una volta assunto il parere positivo del Commissario Giudiziale, il Giudice Delegato autorizzava la Società ad accettare la Proposta. Pedissequamente, la Società accettava la Proposta, impegnandosi legalmente così a stipulare davanti al notaio la Cessione degli Assets entro il termine finale convenuto.

Pressoché contestualmente a quanto sopra, una società terza di diritto tedesco, estranea alla Procedura e non creditrice della Società (di seguito per brevità "Terza Interessata"), dichiarando di aver precedentemente espresso alla Società ed al Commissario Giudiziale il proprio interesse all'acquisto dei rami aziendali della debitrice e lamentando di non aver avuto sufficiente risconto, depositava delle istanze per avere accesso agli atti della Procedura al fine di essere posta in condizione di formulare una propria offerta per l'acquisto dei medesimi *assets* già promessi in vendita alla Cessionaria.

Contestualmente, la Terza Interessata chiedeva che il Tribunale impedisse alla Società di dare esecuzione alla Cessione degli Assets, che le ordinasse di esibire la documentazione richiesta e che determinasse i termini e le modalità per lo svolgimento della *due diligence*, nonché quelli per la formulazione di una proposta di acquisto.

A seguito di tali istanze, lo stesso Giudice Delegato che aveva precedentemente autorizzato l'accettazione della Proposta, disponeva di non darsi più corso alla Cessione degli Assets (di seguito per brevità "Ordine di Sospensione").

La Società si trovava, quindi, obbligata a concludere la Cessione degli Assets con la Cessionaria in forza della Proposta accettata su autorizzazio-

ne del Giudice Delegato ma, al contempo, impossibilitata ad adempiere a tale obbligo a causa dell'Ordine Di Sospensione successivamente emesso dal medesimo Giudice Delegato. Dal suo canto, quindi, la Società depositava un'ulteriore istanza affinché il Giudice Delegato revocasse l'Ordine Di Sospensione, che la stava esponendo a responsabilità contrattuale nei confronti della Cessionaria e che stava mettendo a rischio l'operazione e, conseguentemente, l'intero concordato.

Nel frattempo, su istanza del Commissario Giudiziale, veniva incaricato un Collegio di esperti per accertare se la documentazione messa a disposizione della Terza Interessata fosse sufficiente a consentirle di formulare una propria proposta di acquisto. La relazione degli esperti dava responso positivo, tuttavia dalla Terza Interessata non perveniva alcuna proposta.

Nel mezzo di tale impasse procedurale, a seguito di un provvedimento di variazione tabellare del Tribunale di Vicenza, la Procedura veniva assegnata ad un nuovo Giudice Delegato il quale si trovava quindi a doversi pronunciare sulle rispettive istanze della Società e della Terza Interessata.

Il Giudice Delegato, nuovo titolare della procedura, con il provvedimento che si commenta risolveva la situazione di stallo che si era creata: l'Ordine Di Sospensione veniva revocato e si consentiva alla Società di perfezionare la Cessione degli Assets.

3 Il provvedimento e le questioni sottese

Il provvedimento in esame è fondato su una solida motivazione giuridica, articolata in vari argomenti che affrontano in modo preciso e puntuale le due questioni che sono sottese al precedente Ordine Di Sospensione.

La prima questione riguarda i presupposti "in fatto" che legittimano il decreto di sospensione delle operazioni di vendita ex art. 108 l.fall.

Com'è noto, l'art. 108 l.fall. dettato in materia di fallimento - ma richiamato in materia di concordato preventivo dall'art. 182, co. 5, l.fall. - dispone che il Giudice Delegato possa sospendere le operazioni di vendita dei beni del debitore qualora sussistano «*gravi e giustificati motivi*» ovvero quando «*il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello giusto*».

Il nuovo Giudice Delegato, per pronunciarsi sull'Ordine di Sospensione emesso dal suo predecessore, doveva valutare se nel caso di specie sussistessero tali presupposti di fatto (gravi e giustificati motivi o prezzo notevolmente inferiore al giusto), poiché in loro assenza l'Ordine di Sospensione non sarebbe stato legittimo.

Il provvedimento in esame rende atto che i gravi e giustificati motivi erano effettivamente rappresentati dall'eventualità che la Terza Interessata potesse formulare un'offerta più vantaggiosa per la Procedura rispetto a quella della Cessionaria, sebbene quest'ultima fosse già stata accettata. Tuttavia, sebbene gli esperti incaricati dal Commissario avessero accer-

tato che la Terza Interessata disponeva di tutte le informazioni ed i documenti necessari per valutare l'affare, questa non aveva formulato alcuna proposta in tempo utile. I gravi e giustificati motivi, pertanto, dovevano considerarsi venuti meno.

Allo stesso modo, non sussisteva ragione per ritenere che il prezzo offerto dalla Cessionaria fosse notevolmente inferiore al giusto, atteso che tale prezzo era in linea con le valutazioni fornite sia dai periti incaricati sia dalla Società che da quelli incaricati dal Commissario Giudiziale, le cui stime peraltro non erano nemmeno state contestate dalla Terza Interessata.

Questa prima questione, pertanto, non dava adito a particolari problematiche giuridiche, risolvendosi in una valutazione "in fatto": accertato che i presupposti previsti dall'art. 108 l.fall. non erano sussistenti, da questo punto di vista, l'Ordine Di Sospensione doveva essere revocato.

La seconda questione, invece, coinvolge considerazione "in diritto" che si estendono più in generale alla natura del concordato preventivo.

Le istanze della Terza Interessata, che chiedeva al Tribunale di impedire alla Società di dare esecuzione alla Cessione degli Assets precedentemente autorizzata, si fondavano, piuttosto che sui gravi motivi di cui all'art. 108 l.fall. citato sopra, sull'assunto per cui la liquidazione dei beni del debitore in concordato preventivo non potrebbe avvenire in forma privatistica ma dovrebbe seguire le forme ad evidenza pubblica previste dalla l.fall. per la liquidazione del patrimonio del fallito.

Sostanzialmente, nella tesi della Terza Interessata, il soggetto che richiede l'ammissione al concordato preventivo non potrebbe decidere di liquidare i propri beni mediante atti di diritto privato, liberamente negoziati e conclusi con controparti autonomamente individuate, ma dovrebbe rimettere la liquidazione alle modalità concorsuali dettate per il fallimento e richiamate in materia di concordato preventivo dall'art. 182 l.fall.

Com'è risaputo, tali modalità di liquidazione prevedono che il Tribunale nomini uno o più liquidatori che procedono alla vendita dei beni mediante le procedure competitive disciplinate dagli artt. 105 e ss l.fall. sotto la vigilanza di un comitato di creditori, nominato anch'esso dal Tribunale.

La Terza Interessata, sulla base di tale assunto, riteneva che la Cessione degli Assets autorizzata dal Tribunale non fosse legittima e invocava il proprio diritto a partecipare ad una gara competitiva per l'acquisto di tali beni.

La questione ormai è nota ed ampiamente discussa in dottrina, dove generalmente il concordato che preveda modalità negoziali privatistiche e predeterminate di liquidazione dell'attivo viene definito "concordato chiuso".

4 Il c.d. “concordato chiuso”

L'art. 160 l.fall. lascia ampia libertà al debitore nella determinazione dei contenuti che può avere il piano concordatario, sicché accade sovente che il debitore stabilisca preventivamente le modalità e gli strumenti che dovranno essere utilizzati per la liquidazione dell'attivo concordatario o, comunque, per raggiungere i risultati necessari per poter poi implementare la proposta concordataria.

Come accennato sopra, in dottrina e giurisprudenza è ormai comune qualificare queste ipotesi come concordato chiuso, definito come la «fattispecie in cui la proposta concordataria sia completa di tutti gli elementi in quanto è già individuato il cessionario, il prezzo, e quant'altro utile al trasferimento a terzi dei beni del debitore»¹.

Spesso accade che il debitore, non solo predetermini nel piano le modalità di liquidazione dei propri *assets*, ma addirittura, magari ancora prima di presentare la domanda di concordato, ponga in essere degli atti negoziali privati vincolanti, volti ad assicurare la futura esecuzione di tali previsioni (ad esempio: un contratto preliminare o un vero e proprio contratto di compravendita sottoposto alla condizione sospensiva dell'omologa).

Così facendo, il debitore elimina i rischi insiti nella liquidazione concorsuale dei suoi *assets*, i cui esiti sono sempre imprevedibili e potrebbero portare risultati inferiori a quelli preventivati nel piano. In questa prospettiva, il concordato chiuso si pone come strumento per assicurare da subito la fattibilità del piano. Dall'altra parte, però, esso preclude l'eventualità opposta, ossia la possibilità che la liquidazione concorsuale porti a risultati più vantaggiosi delle modalità di liquidazione scelte dal debitore. Inoltre, è evidente che il concordato chiuso porta con sé il rischio, o comunque il dubbio, che il debitore, liquidando autonomamente e privatamente i propri *assets*, non persegua gli interessi del ceto creditorio ma, piuttosto, persegua, direttamente o indirettamente, interessi propri o di soggetti terzi.

Queste considerazioni, hanno portato a chiedersi se il concordato chiuso sia ammissibile o meno, ossia se la liquidazione dell'attivo concordatario possa avere natura privata (cioè possa essere forgiata ed amministrata dal debitore) o se, invece, debba avere natura pubblicistica (cioè debba avvenire con le modalità concorsuali previste dalla legge e ad opera degli organi della procedura).

La questione di principio sottesa all'ammissibilità del concordato chiuso è quella relativa alla misura in cui il concordato preventivo debba ritenersi uno strumento negoziale di diritto privato, amministrato dal debitore, piuttosto che una procedura concorsuale amministrata dal Tribunale e dagli

¹ BOZZA, *La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Fall.*, 2012, p. 767.

organi da questo incaricati. La domanda si pone con maggiore forza alla luce delle novelle portate alla l.fall. tra l'anno 2005 e l'anno 2007² che, secondo molte voci in dottrina e giurisprudenza, avrebbero sostanzialmente sdoganato la natura privatistica e negoziale del concordato preventivo, eliminando ogni residuo pubblicistico ed autoritativo.

La natura del concordato preventivo è oggetto di un dibattito piuttosto acceso: stabilire se l'istituto abbia natura privatistica-negoziale o natura pubblicistica-processuale, infatti, non è un interrogativo meramente astratto ed accademico, ma si pone quale bandolo della matassa per rispondere ad una serie di quesiti operativi estremamente rilevanti e frequenti nella pratica, tra cui appunto quello relativo all'ammissibilità o meno del concordato chiuso.

Sinteticamente, senza voler qui approfondire questioni che esulano l'oggetto del presente contributo, si cerca nella natura del concordato preventivo la risposta alla diatriba relativa alla sussistenza o meno in capo al Tribunale del potere di sindacare, in primo luogo, la convenienza del concordato rispetto il fallimento e, in secondo luogo, la sussistenza dei presupposti di ammissibilità che si ricavano dall'art. 161, co. 3, l.fall., ossia la veridicità dei dati aziendali presentati e, in particolare, la fattibilità del piano.

Precisamente: il Tribunale può sindacare sulla convenienza del concordato oppure tale valutazione è riservata all'assemblea dei creditori, che si esprime attraverso il voto? Il Tribunale può verificare che i dati forniti dal debitore siano veritieri e che il piano sia fattibile, oppure deve limitarsi ad una verifica meramente formale sull'allegazione della relativa relazione del professionista, lasciando anche in questo caso ogni valutazione nel merito all'assemblea dei creditori?

È evidente che la scelta tra attribuire il sindacato su tali questioni al Tribunale oppure riservarlo ai creditori è fortemente condizionata dalla natura, pubblicistica o privatistica, che si ritiene di attribuire all'istituto in esame.

Lo stesso dicasi anche per la scelta tra ritenere ammissibile oppure non ammissibile il concordato chiuso, atteso che ciò significa attribuire all'autorità giudiziaria oppure all'accordo tra le parti la decisione sulle modalità di liquidazione dei beni concordatari.

² Si tratta della c.d. riforma apportata dal d.l. 14 marzo 2005 n. 35 convertito con modifiche dalla l. 14 maggio 2005 n. 80 e poi dalla c.d. riforma correttiva apportata dal d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169.

5 La natura privatistica del concordato preventivo

Molti, sia in giurisprudenza³ che in dottrina⁴, ritengono che le varie novelle portate alla l.fall. tra l'anno 2005 e l'anno 2007⁵ abbiano voluto rafforzare la connotazione privatistica del concordato preventivo, liberandolo definitivamente da quelle sfumature pubblicistiche che rappresentavano un residuo del regime dirigitico ormai completamente superato⁶.

Il concordato preventivo, che originariamente poteva forse essere inteso come una procedura concorsuale di natura pubblicistica alternativa al fallimento⁷ e riservata all'imprenditore «onesto ma sfortunato»⁸ (meritevole ma decotto), ora pare essere diventato uno strumento negoziale di gestione della crisi imprenditoriale⁹, che si svolge ancora sotto il controllo del Tribunale ma che ha natura sostanzialmente privatistica e che è, pertanto, tendenzialmente libero da vincoli eteronomi rispetto la volontà delle parti¹⁰.

Si è parlato di un processo di "liberalizzazione" che avrebbe eliminato

3 Si veda tra le molte Cass. S.U., 16 luglio 2008, n. 19506, disponibile sulla banca dati *DeJure*: «...nulla suggerisce che il legislatore abbia inteso modificare la natura e le caratteristiche essenziali della procedura di concordato - e tanto meno far perdere ad essa i suoi connotati originariamente negoziali in favore di un impianto pubblicistico prima non configurabile (essendo, al contrario, opine si è inteso ampliare e rafforzare il profilo consensualistico dell'istituto)». Ancora la Suprema Corte ha affermato che l'esclusione di un sindacato del Tribunale sul merito del concordato preventivo trova ragione «...nella più marcata natura privatistica che la riforma operata dal d.lgs. n. 5 del 2006, ha voluto imprimere alla procedura concordataria prevedendo alla L. Fall., art. 180, che, in caso di voto favorevole dell'assemblea dei creditori alla proposta di concordato ed in assenza di opposizioni, il tribunale omologhi la proposta stessa senza alcun sindacato sul merito» (Cass., 20 gennaio 2011, n. 1345, disponibile sulla banca dati *DeJure*).

4 Si veda ad esempio MACAGNO, *Questioni attuali in tema di concordato fallimentare*, in *Fall.*, p. 359: «L'impostazione negoziale, già minoritaria, ha tratto nuova linfa dalle profonde innovazioni normative operate, che hanno profondamente rivalutato la centralità del consenso informato». In modo altrettanto deciso circa la natura privatistica del concordato preventivo a seguito delle riforme si vedano FABIANI, *Concordato preventivo per cessione dei beni e predeterminazione delle modalità di liquidazione*, in *Fall.*, 2010, 5, p. 593; e CAFFI, *Il Concordato preventivo*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di Schiano di Pepe, Padova, 2007, p. 605.

5 Per un sintetico ma esaustivo esame delle novità legislative in parola si veda LO CASCIO, *Il punto sul concordato preventivo*, in *Fall.*, 2014, p. 7.

6 Così LO CASCIO, *Natura della liquidazione concordataria*, in *Fall.*, 2011, p. 533.

7 In questo senso RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, p. 615.

8 NIGRO, VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, p. 336.

9 Per un esaustivo confronto tra la previgente e la nuova struttura dell'istituto si veda CAIFA, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006, p. 518.

10 Si vedano, tra i molti in questo senso, AMBROSINI, DE MARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, p. 5; GROSSI, *La riforma della*

qualsiasi restrizione nell'accesso al concordato preventivo e qualsiasi limitazione al suo contenuto o al trattamento dei creditori, rimettendo tutto al libero accordo del debitore con la maggioranza dei creditori¹¹. I passaggi fondamentali di questa liberalizzazione possono essere individuati nelle modifiche legislative di seguito sinteticamente richiamate: circa le condizioni per accedere al concordato preventivo, l'art. 160 l.fall. non prevede più lo stringente stato di insolvenza, ma il più elastico ed ampio stato di crisi, e non è più nemmeno richiesto il requisito soggettivo della meritevolezza; circa la proposta concordataria, ora è espressamente prevista la possibilità di suddividere in classi il ceto creditorio, attribuendo a ciascuna classe un trattamento diverso, e non sono più imposti i limiti di un livello minimo di soddisfazione dei creditori chirografari e della soddisfazione integrale dei creditori privilegiati; infine, circa il piano concordatario, l'art. 160 l.fall. consente all'imprenditore di prevedere qualsiasi tipo di operazione giuridico-economica che il suo ingegno gli suggerisca, tanto che tale norma in dottrina è stata definita come «norma contenitore»¹², in quanto capace di accogliere qualsiasi contenuto.

Siffatto processo di liberalizzazione avrebbe rimesso la formazione ed il contenuto del concordato preventivo all'autonomia contrattuale delle parti interessate (debitore e creditori), piuttosto che, rispettivamente, ad una procedura giudiziale e a delle previsioni normative, risolvendo così l'istituto in un negozio di diritto privato.

Il contrappeso di questa liberalizzazione sarebbe stato il rafforzamento della tutela del diritto di informazione dei creditori¹³: se il concordato è diventato uno strumento negoziale privato che si fonda sul consenso dei creditori, è necessario quanto meno che tale consenso sia debitamente informato. Per questo motivo le novelle succedutesi dall'anno 2005 in avanti, ad esempio, hanno introdotto nell'art. 161 l.fall. l'obbligo per il debitore di accompagnare la domanda di concordato con la relazione del professionista attestatore e di depositare analogo relazione in caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano, nonché la previsione che il commissario debba mettere a disposizione dei creditori almeno 10 giorni prima dell'adunanza una relazione che fornisca tutte le informazioni necessarie non solo sul pia-

legge fallimentare, Milano, 2005, p. 130; DE MATTEIS, *Questioni vecchie e nuove in materia di concordato*, in *Fall.*, 2005, p. 1408.

11 Confronta LO CASCIO, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Fall.*, 2013, p. 525; AZZARO, *Concordato preventivo ed autonomia privata*, in *Fall.*, 2007, p. 1267; NISIVOCCIA, *Concordato preventivo e limiti dell'autonomia privata*, in *Fall.* 2011, p. 1291.

12 FINARDI, *La liquidazione nel concordato preventivo tra vincolo negoziale e poteri giudiziari*, in *www.ilcaso.it*, consultato nel dicembre 2014.

13 Confronta MANDRIOLI, in BONFATTI, PANZANI (a cura di), *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, 2008, p. 665 ss.

no e sulla proposta ma su ogni possibile aspetto rilevante (la norma parla di relazione "particolareggiata" sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte).

Sulla base di tale lettura del concordato preventivo, giurisprudenza e dottrina hanno fornito coerente risposta ai quesiti prospettati sopra, relativi al sindacato giudiziale sul merito dei presupposti di ammissibilità del concordato preventivo, in particolare sulla convenienza della proposta e sulla fattibilità del piano.

Poiché il concordato preventivo ha natura privatistica e negoziale, il sindacato sui suoi presupposti non compete all'autorità giudiziaria ma è riservato ai soggetti privati direttamente coinvolti¹⁴, ossia i creditori che si pronunziano in sede di votazione. Il Tribunale dovrebbe limitarsi solo ad una verifica formale sul fatto che il debitore abbia prodotto la documentazione attestante tali presupposti e, al massimo, sul fatto che tale documentazione sia completa, coerente ed intellegibile, ma gli sarebbe precluso valutarne il merito.

Certa giurisprudenza è chiarissima sul punto: «Un primo orientamento, soprattutto dottrinale, ritiene che, in sede di giudizio di ammissibilità, il Tribunale deve limitarsi ad un controllo meramente formale della completezza e regolarità della documentazione allegata alla domanda; altro orientamento ritiene che il Tribunale, in tale sede, è tenuto ad accertare anche la fattibilità del piano ... e ciò al fine di verificare la serietà delle garanzie offerte dal debitore o la sufficienza dei beni ceduti per la realizzazione del piano. Tale secondo orientamento, giustificato con l'esigenza di salvaguardare interessi di carattere pubblicistico e di evitare che la procedura di concordato preventivo possa essere utilizzata dagli imprenditori insolventi con finalità meramente dilatorie, non appare condivisibile, essendo in contrasto con il dettato normativo dal quale si ricava che il legislatore ha inteso dare una netta prevalenza alla natura contrattuale, privatistica del concordato, che dà decisivo rilievo al consenso dei creditori»¹⁵. La giurisprudenza ha altresì precisato che il sindacato del Tribunale sul merito dei presupposti del concordato è escluso non solo in sede di ammissione ma in ogni fase del procedimento e persino in caso di contestazioni di fatti fraudolenti: «Tale principio, che il Collegio pienamente condivide, è applicabile non solo alla fase di valutazione dell'ammissibilità del concordato ma anche in sede di riesame della proposta L. Fall., ex art. 173»¹⁶.

¹⁴ Si veda la decisa posizione in questo senso, già enunciata nel titolo del contributo, di FABIANI, *La fattibilità del concordato preventivo è un giudizio che spetta ai creditori*, in *Fall.*, 2011, p. 167. Si veda anche PATTI, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in *Fall.*, 2012, p. 46.

¹⁵ Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, disponibile sulla banca dati *DeJure*.

¹⁶ Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, disponibile sulla banca dati *DeJure*.

La sussistenza dei requisiti di ammissibilità, nel merito, verrebbe valutata dall'attestatore e non dal giudice, al quale «... è rimesso un compito di diversa natura e cioè quello di verificare, *ex ante*, che l'attestazione sia effettivamente funzionale allo scopo e ciò che sia redatta con modalità tali da apparire un documento facilmente intellegibile dal quale trarre il convincimento che la prognosi dell'esperto è, oppure no, attendibile»¹⁷.

L'approvazione dei creditori perfezionerebbe il negozio concordatario cosicché il ruolo del Tribunale sarebbe limitato solo ed esclusivamente alla verifica della regolarità della procedura, al fine di tutelare il consenso informato dei creditori, e all'accertamento delle maggioranze prescritte, mentre sarebbe esclusa qualsiasi valutazione nel merito in ordine alla fattibilità ed alla convenienza del concordato¹⁸.

In particolare, il sindacato sulla convenienza del concordato sarebbe escluso perché il Tribunale, «a seguito della riforma introdotta dai noti d.lgs. n. 5/2006 e n. 169/2007, ha visto sottratto alla propria sfera di indagine l'accertamento dei requisiti di meritevolezza e di convenienza della proposta concordataria»¹⁹. Infatti ora il quarto comma dell'art. 180 l.fall prevede espressamente i casi, limitati e tassativi, in cui il Tribunale ha competenza a giudicare la convenienza della proposta concordataria, ossia quando vi sia una contestazione da parte di un creditore appartenente ad una classe dissenziente ovvero, in difetto di suddivisione in classi, da parte di creditori rappresentanti il 20% dei crediti ammessi al voto. Al di fuori di questi casi, argomentando *a contrariis*, la regola è che il sindacato sulla convenienza da parte del Tribunale deve senz'altro ritenersi escluso.

Anche il sindacato sulla fattibilità del piano sarebbe sottratto al Tribunale²⁰. Ciò si ricaverebbe dall'art. 186 l.fall., ove è previsto che la risoluzione del concordato per inadempimento possa essere dichiarata solo su richiesta dei creditori e non anche d'ufficio: se il Tribunale non ha il potere di rilevare a posteriori l'avvenuto inadempimento, tanto meno avrà il potere di giudicare a priori le probabilità di adempimento, ossia la fattibilità del piano. Sul punto la Cassazione è chiarissima: «Dopo l'approvazione della proposta da parte dei creditori non è consentito al tribunale, e neppure alla corte di appello in sede di reclamo, verificare la probabilità di successo del concordato e non omologarlo quando appaia prevedibile un inadempimento del debitore che legittimerebbe i creditori a chiedere la risoluzione

17 FABIANI, *La fattibilità del concordato preventivo nella lettura delle sezioni unite*, in *Fall.*, 2013, p. 149.

18 In questo senso di veda App. Firenze, 27 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*, consultato nel maggio 2015.

19 Trib. Ravenna, 19 gennaio 2011, in *www.ilcaso.it*, consultato nel maggio 2015.

20 Così anche FINARDI, *Limiti al sindacato del tribunale sulla probabilità di successo del concordato in sede di omologa*, in *www.ilcaso.it*, consultato nel dicembre 2014.

del concordato. Una tale decisione, infatti, non potrebbe giustificarsi con la probabilità di inadempimento, posto che la relativa valutazione ai fini dell'omologazione è riservata ai creditori, ai quali soltanto, inoltre, e con esclusione dello stesso pubblico ministero, è riservata dopo l'omologazione la legittimazione a chiedere la risoluzione»²¹.

Si dovrebbe quindi concludere che, alla luce della natura privatistica dell'istituto, per l'omologa del concordato preventivo «L'unica condizione richiesta dalla legge fallimentare ... è costituita dal raggiungimento delle maggioranze entro il termine perentorio di venti giorni dalla chiusura del verbale dell'adunanza, di cui all'art. 178, quarto comma, legge fall.»²², senza necessità di alcuna ulteriore e diversa valutazione o verifica da parte del Tribunale.

Si registrano pronunce che affermano persino che, laddove il concordato sia stato approvato dai creditori, il Tribunale non avrebbe il potere di sindacarne i requisiti di ammissibilità, in particolare la fattibilità, nemmeno quando il commissario giudiziale abbia espresso parere contrario all'omologa contestando la stessa fattibilità del piano: «se i fatti incidenti sulla fattibilità del piano rappresentati dal professionista e valutati dal commissario giudiziale nella sua relazione ... dovessero risultare vagliati criticamente e regolarmente accettati dai creditori, l'omologa ... rappresenterebbe un atto dovuto»²³. Portando a conseguenze ancora più estreme l'assunto della natura privatistica e negoziale del concordato preventivo, si è affermato che, dopo la votazione e in assenza di opposizioni, il Tribunale non avrebbe nemmeno il potere di rilevare autonomamente gli atti fraudolenti ex art. 173 l.fall. quali circostanze impeditive dell'omologa²⁴.

21 Cass., 4 luglio 2014, n. 15345, disponibile sulla banca dati *DeJure*.

22 Cass., 3 febbraio 2014, n. 232, disponibile sulla banca dati *DeJure*.

23 Cass., 16 settembre 2011, n. 18987, disponibile sulla banca dati *DeJure*. In questo senso si vedano anche Cass., 23 giugno 2011, n. 13818, disponibile sulla banca dati *DeJure*, e Trib. Roma, 29 gennaio 2014, decr. n. 6, con nota di DEL LINZ, *Il controllo del tribunale sulla fattibilità del piano di concordato preventivo con cessione dei beni e modalità di liquidazione*, in www.ilfallimentarista.it, consultato nel giugno 2014.

24 Sul punto si veda tra tutti BRENCA, *Osservazioni a margine dei poteri del Tribunale in fase di omologa e del reclamo avverso il decreto di revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2011, p. 259: «... l'assenza di tale presupposto, ovvero di opposizioni all'omologazione, viene assunto ad elemento impeditivo (pendente la fase stessa di omologazione), di qualsivoglia intervento teso alla rivisitazione delle condizioni legittimanti la procedura già preventivamente e positivamente esitate che hanno ottenuto, perciò, l'approvazione da parte dei creditori. ... Diversamente argomentando si finirebbe per svuotare di ogni contenuto la nuova formulazione dell'art. 180 legge fallim., relativamente alla distinzione operata tra ipotesi in cui siano presentate opposizioni da quella in cui, per converso, non sia presentata nessuna opposizione. ... Che il Tribunale debba (o possa) valutare l'incidenza, sull'ammissibilità del concordato, dei "fatti nuovi" non esaminati in fase di ammissione o di adunanza dei creditori, non sembra esservi dubbio. Né si intende sostenere, pendente il giudizio di omologazione, l'irrelevanza dell'emersione delle ipotesi

A conferma di tali assunti, in dottrina si è osservato che il dibattito relativo al sindacato del Tribunale sulla convenienza e la fattibilità del concordato era certamente ben noto al legislatore sicché, se fosse stata sua intenzione confermare la sussistenza di tale sindacato, avrebbe provveduto espressamente in tal senso, così come ha fatto laddove ha effettivamente voluto precisare alcuni presupposti di ammissibilità che devono essere accertati dal Tribunale, ad esempio inserendo nell'art. 160 l.fall. il secondo comma, il quale specifica che la soddisfazione prevista per i creditori privilegiati non può essere inferiore a quella realizzabile dalla liquidazione dei beni su cui insiste il privilegio e che, comunque, deve essere rispettato l'ordine della cause legittime di prelazione²⁵.

6 La natura pubblicistica del concordato preventivo

In realtà, l'orientamento che, alla luce della natura negozial-privatistica del concordato preventivo, esclude o limita quanto più possibile l'intervento del Tribunale nel concordato preventivo per rimettere l'istituto completamente all'autonomia negoziale delle parti, non è incontrastato.

Innanzitutto, si è rilevato che, anche laddove il concordato preventivo fosse un mero accordo negoziale tra debitore e creditori, all'autorità giudiziaria competerebbe comunque un certo sindacato. Infatti, il Tribunale ha necessariamente il potere di rilevare d'ufficio tutte le eccezioni che può rilevare d'ufficio in relazione contratti di diritto privato comune, come ad esempio la mancanza di un elemento essenziale ex art. 1325 c.c., la sussistenza di una causa di nullità ex art. 1418 c.c., tra cui in particolare

specificate nell'art. 173 legge fallim. Tuttavia, coerentemente alla struttura plurifasica del procedimento di concordato preventivo, la verifica di tali ipotesi, in sede di omologa, dovrà avvenire con la proposizione delle "opposizioni" di cui all'art. 180 legge fallim., e non, viceversa, con l'attivazione d'ufficio del procedimento ex art. 173 legge fallim., possibile, invero, fino a che non sia stata fissata l'udienza camerale che segna, come è noto, l'avvio del giudizio di omologazione. ... Aperto il giudizio omologatorio (e sino alla chiusura di esso coincidente col decreto di omologazione; cfr. art. 181), quindi, i fatti che possono dar luogo alla revoca dell'ammissione al concordato, devono essere rilevati con lo strumento dell'"opposizione" che può terminare, riscontrata l'effettività dei presupposti della revoca, con un decreto di diniego dell'omologazione medesima (eventualmente con contestuale sentenza di fallimento) reclamabile ex art. 183 legge fallim. ... In sostanza, pur senza mettere in discussione il ruolo svolto dall'art. 173 nell'ambito della procedura di concordato, deve riconoscersi un'operatività temporalmente circoscritta, escludendosi, comunque, che il Tribunale (ex art. 173) possa sindacare le modalità concrete di fattibilità del piano in relazione alla sua idoneità a soddisfare i creditori, ovvero valutare circostanze incidenti nella fase di ammissione alla procedura».

25 Così CARMELLINO, *Il giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo nella prospettiva delle Sezioni Unite*, in *Es. for.*, 2013, p. 2.

la contrarietà a norme imperative, oppure la sussistenza dei requisiti di possibilità, liceità e determinatezza dell'oggetto o della causa²⁶.

Si vedrà nel prosieguo che proprio l'elemento causale è il grimaldello che è stato utilizzato dalla giurisprudenza per aprire il varco al sindacato del Tribunale sui presupposti di ammissibilità del concordato preventivo. Le speculazioni sulla causa del negozio concordatario si sono innestate, trovandovi terreno fertile, su quel filone dottrinale e giurisprudenziale che mette in discussione l'assunto della natura privatistica del concordato preventivo.

Molte pronunce e molti autori ritengono che la liberalizzazione del concordato preventivo descritta sopra non sarebbe stata così piena ed indiscussa e che questo istituto manterrebbe una forte connotazione pubblicistica, con conseguenti rilevanti poteri di controllo e di sindacato del giudice, anche dopo le citate novelle del 2005 e del 2007²⁷.

Anzi, proprio tali novelle avrebbero introdotto degli elementi nuovi volti a confermare la natura pubblicistica del concordato preventivo²⁸. La nuova previsione inserita nell'art. 162 l.fall. dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 per cui, in sede di ammissione alla procedura, il Tribunale può concedere al debitore un termine di quindici giorni per apportare integrazioni al piano, sarebbe la conferma che l'autorità giudiziale conserva il potere di valutare e sindacare il merito del piano concordatario²⁹: come potrebbe il Tribunale chiedere integrazioni al piano e nuovi documenti se non ha la competenza a valutarne il merito?

Le Sezioni Unite della Suprema Corte, con la ormai celebre sentenza n. 1521 del 23 gennaio 2013, hanno «evidenziato come, seppur l'istituto del concordato preventivo sia caratterizzato da connotati di indiscussa natura negoziale (come d'altro canto si desume anche dal nome del procedimento), tuttavia nella relativa disciplina siano individuabili evidenti manifestazioni di riflessi pubblicistici, suggeriti dall'avvertita esigenza di tener conto anche degli interessi di soggetti ipoteticamente non aderenti alla proposta, ma comunque esposti agli effetti di una sua non condivisa approvazione, ed attuati mediante la fissazione di una serie di regole processuali inderogabili, finalizzate alla corretta formazione dell'accordo tra debitore e creditori, nonché

26 Sul punto si veda FINARDI, *La liquidazione nel concordato preventivo tra vincolo negoziale e poteri giudiziali*, in www.ilcaso.it, consultato nel settembre 2014.

27 Per una posizione nettamente a favore del sindacato di merito del Tribunale sui presupposti di ammissibilità del concordato e, in particolare, sulla fattibilità, si veda DE SANTIS, *Rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, in *Fall.*, 2013, 9, p. 1062. Si veda altresì LO CASCIO, *Il concordato fallimentare: aspetti attuali e prospettive future*, in *Fall.*, 2011, p. 385.

28 Confronta AZZARO, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Fall.*, 2007, p. 1267.

29 Così CORDOPATRI, *Il Processo di concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 344.

con il potenziamento dei margini di intervento del giudice in chiave di garanzia»³⁰.

Il concordato preventivo non sarebbe riconducibile ad un accordo negoziale privatistico soprattutto in ragione della sua capacità di vincolare e limitare anche i diritti della minoranza dei creditori non aderenti (dissenzienti o astenuti), capacità estranea ed incompatibile con i principi fondamentali del diritto comune dei contratti.

La giurisprudenza ha sottolineato chiaramente tale distinzione del concordato preventivo, sia nella fase genetica che negli effetti, dai contratti di diritto privato, in particolare con riferimento al contratto che più gli si avvicina, ossia la *cessio bonorum* ex art. 1977 c.c.: «...il punto di partenza è l'irriducibilità dell'istituto, nella sua fase genetica, alla mera formazione di un contratto di diritto privato (art. 1326 c.c.). Ne fa difetto un elemento fondamentale, quale la volontà concorde di tutte le parti interessate, destinatarie degli effetti. L'accordo dei soggetti contraenti, secondo la rituale modalità di incontro della proposta e della conforme accettazione, non è solo una regola: ma è "la regola" fondamentale, la *Grundnorm* in materia. Rispetto a chi ne resta invece estraneo perché non esprime il consenso, l'accordo resta *res inter alios acta*; e come tale, *nec iuvat nec nocet*. È quindi letterale, in questo senso, la diversità ontologica dell'istituto concorsuale, dotato di effetti cogenti per l'intero ceto creditorio anteriore (L. Fall., art. 168), rispetto, ad es., alla forma contrattuale pura di *cessio bonorum*, tipizzata negli artt. 1977 e 1986: che, appunto, vincola solo i creditori che ne sono parte al divieto di azioni esecutive sui beni ceduti (art. 1980 c.c., co. 2) e, salvo patto contrario (espressione, ancora una volta, di scelta concorde), produce la liberazione del debitore nei limiti di quanto da essi ricevuto (art. 1984 cod. civ.). L'estensione di efficacia all'intera massa dei creditori, inclusi gli assenti o dissenzienti (oltre che dei terzi a vario titolo incisi dall'opzione concordataria), della proposta approvata a maggioranza assoluta (non più doppiamente qualificata, come nell'art. 177 previgente), rivela l'essenzialità dell'intervento del giudice: volto a garantire non solo il rispetto formale dei passaggi procedurali, ma anche la legittimità sostanziale della proposta»³¹.

Per tale motivo, l'accordo concordatario non si forma attraverso una mera trattativa privata ma attraverso un procedimento giudiziale, che deve rispettare precise regole processuali e che si svolge sotto la vigilanza del Tribunale. La funzione di tale procedimento non sarebbe solo quella di garantire la completezza e l'intelligibilità delle informazioni fornite dal debitore ma, in considerazione del sacrificio imposto ai creditori dissenzienti, dovrebbe essere anche quella di accertare il merito dei presupposti

30 Cass. S.U., 23 gennaio 2013, n. 1521, disponibile sulla banca dati *DeJure*.

31 Cass., 15 settembre 2011, n. 18864, disponibile sulla banca dati *DeJure*.

di ammissibilità (in particolare convenienza e fattibilità) che giustificano e compensano tale sacrificio³².

Sinteticamente, non sarebbe sufficiente che il debitore informi i creditori e questi esprimano voto favorevole (se non addirittura si astengano), ma sarebbe necessario che l'autorità giudiziaria accerti la sussistenza effettiva delle condizioni in presenza delle quali la legge ammette il concordato preventivo: ecco che riemergono così la natura pubblicistica dell'istituto ed il ruolo del Tribunale.

Alla luce di siffatta rivalutazione delle connotazioni pubblicistiche del concordato preventivo, la Sentenza delle Sezioni Unite citata sopra, pur ribadendo che il giudizio sulla convenienza e sulla fattibilità del concordato tendenzialmente spetta ai creditori, si preoccupa di recuperare all'autorità giudiziaria un margine di sindacato sul merito dei presupposti di ammissibilità, non essendo sufficiente che la loro esistenza sia asserita dal debitore attraverso il professionista attestatore. Tali requisiti, con particolare riferimento alla fattibilità del piano, devono essere effettivamente sussistenti ed il relativo accertamento è competenza del Tribunale. Come anticipato sopra, le Sezioni Unite, avendo in mente il profilo pubblicistico dell'istituto, fanno leva sull'elemento causale³³ dell'accordo concordatario, individuando la sua causa concreta nella funzione di superare la crisi dell'impresa mediante la soddisfazione almeno parziale dei creditori. Se il piano non è effettivamente fattibile allora evidentemente viene meno la causa dell'accordo concordatario e non può essere negato al Tribunale il potere di accertare tale mancanza.

Il *ché* equivale a dire che al Tribunale compete, almeno indirettamente, il sindacato sulla fattibilità del piano concordatario.

In vero, il ragionamento delle Sezioni Unite è mediato perché distingue la "fattibilità economica", ossia la prognosi circa le possibilità di realizzazione del piano, dalla "fattibilità giuridica"³⁴, ossia la conformità alle norme giuridiche inderogabili degli strumenti negoziali in cui si articola il piano³⁵: solo la "fattibilità giuridica" rientrerebbe necessariamente nella cogni-

32 Si veda PAGNI, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Bonocore e Bassi (diretto da), Padova, I, 2010, p. 561 ss.

33 Per un quadro aggiornato ed approfondito sullo stato dell'arte in materia di causa del contratto si veda BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 251.

34 La distinzione tra "fattibilità economica" e "fattibilità giuridica" è stata criticata da ABETE, *La struttura contrattuale del concordato preventivo: riflessioni a latere della sentenza n. 1521/2013 delle Sezioni Unite*, in *Dir. fall.*, 2013, II, p. 867.

35 Per un commento sulla portata della citata Sentenza delle Sezioni Unite della Suprema corte si veda LO CASCIO, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Fall.*, 2013, p. 525.

zione del Tribunale, mentre la “fattibilità economica” sarebbe senz’altro rimessa alle valutazioni dei creditori, i quali con il loro voto si assumono i relativi rischi economici³⁶.

La giurisprudenza immediatamente successiva ha sviluppato i corollari dei principi posti dalle Sezioni Unite e i confini della fattibilità giuridica sono stati estesi sino, di fatto, ad inglobare la fattibilità economica. Infatti, si è affermato che laddove le dichiarazioni dell’attestatore sulla fattibilità economica siano palesemente erranee, allora si verterebbe in tema di fattibilità giuridica piuttosto che economica, con la conseguenza che il Tribunale sarebbe legittimato ad accertare il difetto di fattibilità e dichiarare il concordato inammissibile³⁷.

Sempre sulla scorta della citata sentenza delle Sezioni Unite, è stato precisato che la caratterizzazione privatistica del concordato preventivo, seppure innegabile, non può valere a segregare il ruolo del Tribunale ad una mera verifica della regolarità formale degli atti e che non può, quindi, essergli negato, ad esempio, il potere di accertare d’ufficio la commissione di atti fraudolenti ex art. 173 l.fall. ³⁸.

La dottrina e la giurisprudenza³⁹ più favorevoli alla tesi della natura pubblicistica del concordato preventivo sono poi andate oltre i principi di-

36 Per una motivata ed attenta analisi critica della citata Sentenza, si veda FAUCEGLIA, *La Cassazione e il concordato preventivo*, in *Giur. it.*, 2013, p. 2538.

37 Trib. Bergamo 9 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*, consultato nel maggio 2015: «In linea di principio, non v’è dubbio che il tema dell’effettivo valore dei beni ceduti alla massa dei creditori con lo scopo di realizzare la causa del concordato preventivo (la soluzione/gestione della crisi attraverso il soddisfacimento di tutti i creditori in un lasso di tempo ragionevolmente breve) inerisca alla cd. fattibilità economica del piano e sia, quindi, devoluto alle valutazioni che la massa dei creditori esprime con il voto, favorevole o sfavorevole, alla proposta (Cass., Sezioni Unite, n. 1521/2013). Tuttavia qualora il commissario abbia l’evidenza di una sopravvalutazione dei beni di entità significativa, e comunque tale da determinare una prognosi di certa impossibilità di soddisfacimento dei creditori chirografari, e sia in grado di dimostrarla previo ricorso all’accertamento tecnico eseguito da un c.t.u. di cui abbia chiesto ed ottenuto la nomina da parte del giudice delegato, il tribunale, verificato che gli accertamenti degli organi della procedura non si prestino a rilievi di incoerenza (e per fare ciò vanno considerate anche le eventuali deduzioni e contestazioni del debitore), non può che prendere atto del fatto che, in questa ipotesi, il tema del valore dei beni ceduti alla massa dei creditori incide direttamente sulla cd. fattibilità giuridica del concordato e, come tale, rientra nella sua sfera di cognizione».

38 Si veda Cass., 4 giugno 2014, n. 12533, disponibile sulla banca dati *DeJure*: «Non è esatto che il tribunale sia privo del potere di negare l’omologazione, anche in assenza di opposizioni, se è in grado di rilevare l’esistenza di circostanze, quali per esempio atti in frode dei creditori, che ai sensi della L. Fall., art. 173 avrebbero implicato la revoca dell’ammissione. Un siffatto potere è infatti espressione del doveroso controllo sulla regolarità della procedura, non limitata ai soli dati formali, e la corrispondenza tra i poteri officiosi del tribunale nelle tre fasi dell’ammissione, dell’eventuale revoca e dell’omologazione del concordato è puntualizzata anche da Cass. Sez. Un. 1521/2013».

39 Si veda in particolare Cass., 15 settembre 2011, n. 18864 con commento di LAMANNA, *Il contrasto in Cassazione sulla fattibilità del concordato preventivo: una novità (positiva)*

chiarati dalle Sezioni Unite, spingendosi sino a sostenere che al Tribunale compete pieno sindacato sulla fattibilità del concordato, senza distinguere tra “fattibilità economica” e “fattibilità giuridica”, e che tale sindacato spetta d’ufficio e in ogni fase, tanto in sede di ammissione quanto in sede di omologazione, anche a prescindere dall’accertamento di atti fraudolenti o dalla proposizione di opposizioni da parte dei creditori: «Resta fermo che in sede di omologazione, e non solo per la via dell’art. 173 l.fall., è senz’altro consentito l’apprezzamento della ritualità della procedura e della fattibilità del piano del concordato. E, pure in costanza della mancata composizione della relativa polemica, è comunque indubbio che il Tribunale potrà e dovrà esercitare la sua piena ed esaustiva funzione di controllo anche in assenza di opposizioni»⁴⁰.

Sviluppando ulteriormente questi spunti, altra dottrina⁴¹, in una prospettiva processualistica, ha rilevato che in caso di simultanea pendenza di una domanda di concordato e di un’istanza di fallimento, non essendo scontato che la domanda di concordato sia pregiudiziale rispetto la procedura fallimentare, il Tribunale dovrebbe necessariamente poter valutare il merito delle due ipotesi (quindi la fattibilità e la convenienza del concordato) per decidere a quale di esse dare la prevalenza⁴².

Una recentissima sentenza di merito⁴³, ancora sulla scorta delle considerazioni delle Sezioni Unite in ordine alla causa del concordato preventivo, ha aperto il varco ad una valutazione che sostanzialmente supera anche la fattibilità per andare a coinvolgere persino la convenienza del concordato: si afferma che il Tribunale deve dichiarare inammissibile un concordato che preveda una percentuale di soddisfazione dei creditori chirografari inferiore al 5% perché tale soglia sarebbe «la misura al di sotto della quale la consistenza dell’entità del soddisfacimento non è più minimale ma diviene inconsistente e quindi non apprezzabile come pagamento» sicché, in tale ipotesi, verrebbe meno la causa del negozio di concordato⁴⁴.

che rende necessario l’intervento delle SSUU, in www.ilfallimentarista.it, consultato nel novembre 2011.

40 CORDOPATRI, *Il Processo di concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 344.

41 PAGNI, *Del controllo del Tribunale sulla proposta di concordato dopo la sentenza del 23 gennaio 2013, n. 1521 (e sui rapporti tra concordato e fallimento)*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 633.

42 In questo senso si veda il recente Trib. Siena, decr. 6 giugno 2014, in www.unijuris.it, consultato nel maggio 2015.

43 Trib. Modena, 3 settembre 2014, in www.ilcaso.it, consultato nel giugno 2015.

44 È stato osservato che, a bene vedere, non sarebbe nemmeno necessario scomodare la categoria della causa del contratto per affermare che il concordato deve prevedere una qualche soddisfazione concreta dei creditori, atteso che tale elemento sarebbe imposto dall’art. 160 l. fall. si veda VILLA, *Fattibilità del piano concordatario e sindacato giudiziale indiretto*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 218: «La verifica della “realizzabilità della causa concreta della procedura”, sostanziandosi nel controllo del contenuto della proposta in relazione alla

Allo stesso modo, altra giurisprudenza altrettanto recente sostiene che il Tribunale avrebbe il potere di sindacare anche la durata del piano concordatario, sia come profilo della fattibilità (che sarebbe incerta se proiettata troppo lontana nel tempo), sia per valutare se un pagamento troppo dilazionato nel tempo non faccia di fatto venire meno la causa del concordato, ossia una effettiva e non irrisoria, anche se minimale, soddisfazione dei crediti⁴⁵.

Secondo questo filone di pensieri, la causa del concordato preventivo e la sua natura processual-pubblicistica, sottrarrebbero il concordato preventivo all'autonomia negoziale delle parti, riconsegnandolo all'autorità giudiziale, per quanto riguarda la sua formazione, ed alla legge, per quanto riguarda i suoi presupposti ed i suoi contenuti.

7 L'ammissibilità del concordato chiuso

Come anticipato sopra, l'indagine svolta sulla natura privatistica o pubblicistica del concordato preventivo non è finalizzata a sé stessa ma è volta a fornire argomenti per rispondere al quesito pratico se il concordato chiuso sia ammissibile o meno, ossia se il debitore possa liberamente stabilire, nel piano concordatario o addirittura mediante atti negoziali precedenti alla domanda di concordato, le modalità negoziali di liquidazione dei beni concordatari e se queste modalità siano vincolanti per la procedura.

Come si è visto, sebbene sia in dottrina che in giurisprudenza la tesi privatistica sembri prevalente su quella pubblicistica, la questione sulla natura del concordato preventivo non può dirsi pacificamente risolta sicché tale argomento, da solo, non può fornire la risposta definitiva al quesito sull'ammissibilità del concordato chiuso.

Un secondo argomento rilevante in proposito è sicuramente quello del tenore letterale delle norme. L'art. 182 l.fall., in materia di liquidazione dell'attivo concordatario, disciplina la cessione dei beni del debitore richiamando le regole pubblicistiche e le procedure concorsuali dettate per il fallimento, le quali non lasciano spazio all'autonomia negoziale del debitore. Ad una prima lettura, quindi, il concordato chiuso non sembrerebbe compatibile con il dettato normativo. Tuttavia, la stessa norma precisa testualmente che tali regole e procedure concorsuali si applicano solo «Se il concordato ... non dispone diversamente». Il debitore, quindi, sarebbe

finalità di soddisfazione delle pretese creditorie, sembra risolversi nel sindacato sull'esistenza del presupposto di cui all'art. 160, comma 1°, lett. a), a prescindere dal richiamo di "categorie di stretta derivazione privatistica».

⁴⁵ Trib. Prato, 30 aprile 2014, con commento di ROVATI, *Il sindacato del Tribunale sulla fattibilità del piano: la rilevanza dei tempi di adempimento del piano*, in www.ilfallimentarista.it, consultato nel novembre 2014.

libero di stabilire privatamente ed autonomamente le modalità di liquidazione dell'attivo concordatario e, in tale caso, le previsioni dell'art. 182 l.fall. non troverebbero applicazione⁴⁶ o, al più, troverebbero applicazione residua per colmare le lacune delle previsioni del piano⁴⁷. In questa prospettiva, il concordato chiuso deve ritenersi ammissibile. Qualsiasi diversa ricostruzione giuridica, per quanto avvincente, si scontrerebbe con il chiaro dettato dell'art. 182 l. fall., in *In claris non fit interpretatio*: ove le modalità di liquidazione degli *assets* siano stabilite dal debitore, non vi sarebbe applicazione delle modalità di legge.

Tuttavia, tale assunto non è pacifico⁴⁸.

Secondo alcuni autori, l'art. 182 l.fall. avrebbe natura inderogabile sicché, nonostante il tenore letterale della norma, non sarebbe concesso al debitore di sottrarsi alla disciplina della liquidazione concorsuale ivi richiamata⁴⁹. È stato altresì osservato che l'art. 182 l.fall., nel far salvo quanto diversamente previsto rispetto la liquidazione fallimentare, sancisce che tali deroghe possono essere previste dal concordato, non dal piano o dalla proposta concordataria: l'atto che può prevedere modalità di liquidazione diverse da quelle fallimentari sarebbe, quindi, il decreto di omologa emesso dal Tribunale e non il piano elaborato dal debitore⁵⁰. Il debitore non avrebbe il potere di stabilire modalità negoziali e privatistiche di liquidazione dell'attivo concordatario perché tale liquidazione deve avvenire secondo le regole concorsuali poste dalla legge, le quali possono essere derogate solo dal giudice in sede di omologa: in questa prospettiva il concordato chiuso non sarebbe ammissibile.

Anche il tenore letterale delle norme si presta ad interpretazioni opposte e non è, quindi, risolutivo ai fini che qui interessano.

Un terzo argomento individuato dalla dottrina a favore dell'ammissibilità del concordato chiuso è quello, di carattere processual-civilistico, che richiama il principio della domanda *ex art. 112 c.p.c.*⁵¹. Il ricorso per

46 Così FABIANI, *Concordato preventivo per cessione dei beni e predeterminazione delle modalità di liquidazione*, in *Fall.*, 2010, p. 593.

47 Così LO CASCIO, *Natura della liquidazione concordataria*, in *Fall.*, 2011, p. 533.

48 Per un interessante caso concreto di particolare disciplina della liquidazione proposta dal debitore si veda RAVINA, *Proposta concordataria: i confini dell'autonomia privata tra par condicio e controllo del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, consultato nel settembre 2014.

49 Così IVONE, MACARIO, *Concordato preventivo della fondazione esercente attività d'impresa e poteri del Tribunale nella disciplina della liquidazione*, in www.ilfallimentarista.it, consultato nel settembre 2014.

50 CONCA, *Il rapporto tra autonomia privata e controllo giudiziale nel concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, consultato nel settembre 2014.

51 Per una ordinata e chiara esposizione di vari argomenti a favore dell'ammissibilità del concordato chiuso si veda FABIANI, *La "programmazione" della liquidazione del concordato preventivo da parte del debitore e la natura delle vendite concordatarie*, in *Fall.*, 2012, p. 906.

l'ammissione di un concordato preventivo costituirebbe a tutti gli effetti una vera e propria domanda giudiziale sicché, laddove il debitore abbia formulato un *petitum* che prevede la liquidazione negoziale e privatistica dell'attivo, allora la pronuncia del Tribunale che imponesse le modalità di liquidazione previste dalla legge sarebbe resa *extra-petitum*: «la proposta di concordato è contenuta in un ricorso che ha anche valore di domanda giudiziale, sì che nel rispetto del principio dispositivo (art. 112 c.p.c.) il giudice non può accogliere una domanda che non è stata formulata»⁵². Il vizio di tale pronuncia sarebbe ancor più grave se resa in sede di omologa, atteso che sul *petitum* formulato dal debitore e disatteso dal Tribunale si è altresì formato l'accordo con i creditori.

Un quarto argomento a favore dell'ammissibilità del concordato chiuso è quello relativo alla responsabilità per l'attuazione del concordato omologato. L'esecuzione del piano concordatario costituisce sostanzialmente l'oggetto dell'obbligazione che il debitore si assume con l'omologa del concordato, tanto che gli artt. 185 e 186 l.fall., in materia di esecuzione e risoluzione del concordato, parlano espressamente di "adempimento" del concordato omologato: il commissario sorveglia l'adempimento del concordato omologato e i creditori ne possono chiedere la risoluzione per inadempimento, precisando che quest'ultima non è ammessa «se l'inadempimento ha scarsa importanza». È lampante l'analogia con l'identico principio di diritto comune dei contratti posto dall'art. 1455 c.c.: «*il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza...*». Pertanto, considerato che il debitore si assume la responsabilità "contrattuale" di raggiungere il risultato indicato nella proposta concordataria, pare coerente che esso abbia il potere di scegliere e di utilizzare gli strumenti che ritiene più opportuni per raggiungere tale risultato, mentre non pare corretto imporgli di affidare l'esecuzione del piano concordatario ad un liquidatore nominato dal Tribunale, anziché al soggetto scelto da lui, e secondo modalità previste dalla legge, anziché da quelle da lui stesso stabilite. Come si può, altrimenti, imputare al debitore la responsabilità per la mancata o inesatta esecuzione del piano se tale esecuzione è sottratta al suo controllo e rimessa integralmente alla procedura?

Un quinto argomento viene individuato nell'ingiustificata differenza di trattamento che troverebbero le cessioni di beni concordatari da compiersi in sede di esecuzione del concordato (dopo l'omologa) e quelle da compiersi in pendenza della procedura (prima dell'omologa). Le prime sarebbero soggette alle regole concorsuali richiamate dall'art. 182 l.fall., mentre le secondo sono rimesse alle modalità negoziali decise dal debitore, con sola precisazione che, se si tratta di atti eccedenti l'ordinaria ammini-

52 Ancora CONCA, *op. cit.*, p. 15.

strazione, è necessaria la preventiva autorizzazione del Tribunale ai sensi dell'art. 161, co. 7, l.fall. (prima del decreto di ammissione ex art. 183 l.fall.) oppure ai sensi dell'art. 167, co. 2, l.fall. (tra il decreto di ammissione e l'omologa). Se il debitore, in pendenza della procedura, conserva il potere di compiere cessioni dei propri beni mediante atti negoziali privati, per quale motivo dovrebbe perdere tale potere dal momento dell'omologa? Al contrario, tale potere dovrebbe ritenersi maggiormente legittimato atteso che gli atti negoziali di cessioni previsti nel piano hanno ottenuto l'approvazione dei creditori e, a quel punto, costituirebbero addirittura un atto dovuto di esecuzione del piano medesimo.

Infine, quale sesto argomento, è stato osservato, in maniera ancor più radicale e decisiva, che l'art. 182 l.fall. non troverebbe proprio applicazione in caso di concordato chiuso, risolvendo così a monte i dubbi circa l'ammissibilità dello stesso. Ciò perché il concordato chiuso non integrerebbe una cessione dei beni, che è il presupposto di applicazione dell'art. 182 l.fall.: «In realtà siamo in presenza di un concordato etichettato come con cessione dei beni, che però non richiede in concreto alcuna attività di liquidazione, per cui non sussiste, una volta ritenuto ammissibile e omologato il concordato, la necessità di nomina degli organi liquidatori e di controllo né della indicazione delle modalità di liquidazione ... La scelta del debitore di stabilire le modalità di esecuzione con accordi già confezionati comporta l'esclusione di tale norma, ma questo accade non perché l'art. 182 sia interamente derogabile dalla parte ma perché, in questi casi, non si è in presenza di un concordato con cessione dei beni e, quindi, l'art. 182 l.fall. non deve essere applicato»⁵³.

Alla luce di quanto sopra, nonostante l'indagine circa la natura del concordato chiuso e il tenore letterale delle norme rilevanti non forniscano una risposta inequivocabile ed incontestabile, pare ragionevole concludere che gli ulteriori argomenti esposti forniscono una solida e fondata base per predicare l'ammissibilità del concordato chiuso nel nostro ordinamento giuridico.

8 Il concordato chiuso e l'abuso del diritto

Giunti alla conclusione che il concordato chiuso deve essere considerato ammissibile, si deve tuttavia rilevare che sussiste sicuramente un limite di ordine generale al suo utilizzo.

In proposito, lo spunto è fornito ancora una volta dal caso del concordato della Fondazione San Raffaele. Come brevemente accennato sopra, la Fondazione aveva proposto un piano concordatario fondato sulla liquidazione

53 DE MATTEIS, GRAZIANO, *Manuale del concordato preventivo*, Rimini, 2013, p. 699.

dei suoi *assets* mediante un contratto preliminare di compravendita delle azioni di una “società veicolo” da costituirsi mediante il conferimento degli *assets* medesimi. Nel caso specifico, la questione era complicata dal fatto che la controparte del preliminare era costituita (anche) da soggetti che erano stati amministratori della Fondazione medesima, sicché emergevano evidenti problematiche dal punto di vista di possibili conflitti d’interesse in capo ai medesimi.

Tale peculiare situazione rende palesi i rischi e le criticità che hanno indotto molti a negare l’ammissibilità del concordato chiuso.

In primo luogo, il concordato chiuso, se da una parte presente il vantaggio di eliminare l’alea, i costi ed i tempi della liquidazione concorsuale dei beni del debitore, dall’altra parte preclude la possibilità che la liquidazione concorsuale, invece, porti risultati migliori rispetto a quelli ottenibili mediante la liquidazione “blindata” dal debitore.

In secondo luogo, è evidente che il concordato chiuso porta con sé anche il rischio che le modalità di liquidazione dei propri beni stabilite liberamente dal debitore, al di fuori di ogni controllo e sindacato giudiziale, possano, invero, nascondere una svendita dei beni a condizioni ingiustamente vantaggiose per i cessionari scelti dal debitore medesimo, a scapito degli interessi dei creditori. Fuor di metafora, il pericolo del concordato chiuso è che, lasciando in capo al debitore il potere di disporre liberamente dei propri beni, questi scarichi il dissesto della propria impresa sui suoi creditori e tragga, anche solo indirettamente, un ingiusto tornaconto dalla liquidazione dell’attivo concordatario, ad esempio mediante una vendita preferenziale degli *assets* concordatari all’acquirente da lui scelto ad un prezzo inferiore al loro reale valore.

Il Tribunale di Milano nel caso della Fondazione San Raffaele dichiara espressamente che il concordato chiuso diventa inammissibile e financo illecito «se inteso come strumento finalizzato solo a preconstituire una cessione preferenziale di beni del debitore ad un prezzo predeterminato (e in ipotesi particolarmente vantaggioso) a favore solo di predeterminati soggetti»⁵⁴.

Ad avviso di chi scrive, è corretto predicare un sindacato del Tribunale sul concordato preventivo, in particolare sul concordato chiuso, ma tale sindacato non deve avere oggetto la convenienza della proposta né la fattibilità del piano, perché l’impianto normativo prevede che tali elementi siano verificati ed illustrati dal professionista attestatore e che siano valutati dai creditori mediante il voto. Il Tribunale deve verificare che il concordato non sia utilizzato per finalità diverse e incompatibili con quelle per cui l’istituto è ammesso dall’ordinamento, ossia il superamento della crisi dell’impresa e la miglior soddisfazione possibile per i creditori.

54 Decreto Trib. Milano, 28 ottobre 2011, in www.unijuris.it, consultato nel marzo 2015.

La categoria che entra in gioco, piuttosto che quella della fattibilità o quella della convenienza, è quella dell'abuso del diritto, ormai ampiamente utilizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza e in vari e diversi settori dell'ordinamento⁵⁵.

La predeterminazione negoziale e privata delle modalità di liquidazione degli *assets* aziendali è una alternativa alle procedure concorsuali sicuramente ammissibile a condizione che persegua (auspicabilmente in modo più efficace ed efficiente) le medesime finalità, mentre non è ammissibile laddove persegua interessi del debitore medesimo, interessi di terzi o comunque interessi diversi da quello della migliore soddisfazione possibile per la massa dei creditori.

In questo senso si è già chiaramente espressa certa giurisprudenza: «Si richiede, dunque, al giudice fallimentare un controllo più penetrante di quello meramente formale, per poter censurare ogni intento di piegare lo strumento concordatario a finalità diverse da quello per cui è predisposto, consistenti nell'agevolazione della soluzione anticipata della crisi d'impresa...». «L'abuso del diritto, concetto giuridico di portata generale, ha cominciato a trovare applicazione nei confronti di tutte le tipologie di concordato, compreso quello con riserva ... Quindi, il controllo del Tribunale, se non si sovrappone alla valutazione di fattibilità ..., è comunque deputato a garantire che l'accesso alla procedura non abbia intenti meramente dilatori»⁵⁶.

Applicando tale principio ai casi concreti la giurisprudenza ha potuto affermare che «sembrano potersi escludere allo stato profili di illegittimità o illiceità della specifica modalità liquidatoria consistente nell'accettazione dell'offerta condizionata di acquisto da parte di un soggetto pre-individuato (peraltro secondo una tempistica che la rende altamente preferibile alla ipotesi alternativa, pur prevista, delle ordinarie modalità liquidatorie competitive), non emergendo in questa sede sospetti di cessione preferenziale o "blindata", in conflitto di interessi, né l'elusione di norme imperative»⁵⁷.

Questo dell'abuso del diritto dovrebbe, quindi, essere, ad avviso di chi scrive, il percorso da seguire per risolvere la questione dell'ammissibilità del concordato chiuso e quella dei limiti del sindacato del Tribunale sul concordato preventivo in generale.

55 Per un quadro aggiornato ed approfondito sullo stato dell'arte in materia di abuso del diritto si veda BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 467 ss.

56 App. Salerno, 28 luglio 2014, n. 425, disponibile sulla banca dati *DeJure*.

57 Trib. Terni, 26 aprile 2012, in *www.ilcaso.it*, consultato nel marzo 2015.