

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 25/11/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38844-gli-atti-in-frode-rilevanti-ex-art-173-l-f-e-l-abuso-del-diritto-nella-procedura-concordataria>

Autore: Lucio A. de Benedictis

Gli atti in frode rilevanti ex art. 173 L.F. e l'abuso del diritto nella procedura concordataria

**GLI ATTI IN FRODE RILEVANTI EX ART. 173 L.F. E
CONSIDERAZIONI SULL'ABUSO DEL DIRITTO NELLA
PROCEDURA CONCORDATARIA – REGIME PROBATORIO**

di Lucio A. de Benedictis

Un atto di “frode”, rilevante ai sensi dell’art. 173 L.F. può essere ritenuto qualsiasi comportamento volontario del debitore idoneo a pregiudicare le aspettative di soddisfacimento del ceto creditorio.

Ebbene, posta la natura contrattuale del concordato preventivo: qual è il controllo che il Tribunale deve compiere? Va solo verificata l’idoneità della documentazione prodotta dal debitore a corrispondere alla funzione che le è propria, cioè fornire elementi di giudizio ai creditori, oppure è necessario verificare i singoli comportamenti?

Nella sentenza in commento, la Corte di Appello di Bari ha ritenuto di non condividere la pronunzia impugnata (T. Bari 7/10/2015) che aveva ritenuto che i “dubbi” sollevati in ordine agli atti in frode (nella specie trattavasi delle variazioni della consistenza di magazzino) non potevano essere rilevanti – mancando prova certa ed inoppugnabile di inattendibilità di scritture e dati contabili - perché “il magazzino alla data del deposito del ricorso non faceva parte del patrimonio che la società poteva offrire ai creditori”. L’ottica seguita è quindi quella di valutare la natura meramente contrattuale dello scambio di volontà tra creditori e debitori cristallizzato nella votazione. In altri termini, se i creditori hanno ritenuto comunque di accettare, la loro volontà va privilegiata rispetto a fatti, dubbi od altre circostanze ritenute non essenziali al perfezionamento della fattispecie.

I problemi quindi emergenti sono quelli dei limiti di applicazione dell’art. 173 L.F. e le caratteristiche che la prova deve avere per ottenere la revoca del concordato conseguente all’applicazione dell’art. 173 L.F.

L’impugnazione, è stata incentrata nella delimitazione del campo degli atti in frode, nell’obbligo dell’Autorità Giudiziaria di valutare tutti i profili dell’art. 173 L.F., alla luce dei principi generali che vietano che una parte processuale possa abusare del proprio diritto di valersi di una delle soluzioni alternative della crisi offerte dalla normativa fallimentare ogni qualvolta la soluzione venga ad essere solo un modo per coprire fatti non corrispondenti al pieno esercizio del diritto.

La giurisprudenza di merito in materia di atti di frode rilevanti ex art. 173 L.F. ha evidenziato che: “La scoperta di eventuali atti di frode compiuti dal debitore prima del deposito della domanda di concordato impedisce l'apertura del concordato stesso e, se scoperti successivamente, ne determina la revoca ai sensi dell'art.173 L.F. o il diniego dell'omologa ai sensi dell'art. 180 L.F.” (T. Monza 4/11/14 in Fallimento, 2015, 5, 616); ancora “Il primo comma dell'art. 173, R.D. n. 267/1942 (legge fallimentare), si applica soltanto a condotte tenute nella fase antecedente all'emanazione del decreto di ammissione a concordato preventivo, dovendosi trattare di atti di frode posti in essere al fine esclusivo di ottenere l'approvazione e l'omologazione del concordato” (App. L'Aquila 10/10/12 in Fallimento, 2012, 12, 1479). Ancora: “per atti di frode (art. 173, legge fallimentare) debbono intendersi tutti gli atti diretti a causare o aggravare il dissesto, ossia atti che comportino accrescimento del passivo o diminuzione *dell'attivo, senza alcuna giustificazione attinente all'attività imprenditoriale* esercitata, compiuti dal debitore con la consapevolezza di arrecare pregiudizio ai creditori, riducendo le loro possibilità di soddisfacimento” (Trib. Roma, 20 aprile 2010, in www.ilcaso.it). Ancora: “... *l'abolizione, ai fini della ammissione al concordato preventivo, del requisito della meritevolezza dell'imprenditore non comporta l'abrogazione implicita dell'art. 173 l.f.*, né, dunque, l'indifferenza della vicenda concordataria di fronte a violazioni del dovere di correttezza così gravi come quelle delineate dalla norma in discorso. Tale disposizione costituisce, infatti, *un'applicazione del principio* della buona fede che deve costituire il modello di comportamento del debitore nell'adempimento delle obbligazioni e che trova fondamento costituzionale negli inderogabili doveri di solidarietà sociale tutelati dall'art. 2 della Costituzione. Tale conclusione trova conferma nel fatto che il Legislatore, una volta introdotta la riforma del 2005, non ha poi espunto la norma dal sistema concorsuale in occasione della novella organica del 2006, sicché si deve presumere che la permanenza di tale disposizione sia frutto di una precisa scelta che preclude *ogni interpretazione volta ad affermarne l'abrogazione implicita*” (Tribunale di Milano 19/7/2007 in [Il caso.it](http://www.ilcaso.it), 2007). Da ultimo anche Cass. 26 giugno 2014, n. 14552 ha precisato: “La rilevanza, ai fini e per gli *effetti di cui all'articolo 173 LF, della natura* fraudolenta degli atti posti in essere dal debitore e potenzialmente decettivi nei riguardi dei creditori, è *ravvisabile anche nell'ipotesi in cui l'inganno* effettivamente realizzato sia stato reso noto ai creditori prima del voto. Se, *infatti, così non fosse, se cioè l'accertamento degli atti fraudolenti ad opera* del commissario potesse essere superato dal voto dei creditori che, informati della frode, siano ugualmente disposti ad approvare la proposta

concordataria, non si capirebbe perché il legislatore ricollega, invece, immediatamente alla scoperta degli atti in frode il potere-dovere del giudice *di revocare l'ammissione al concordato* e ciò senza la necessità di alcuna presa di posizione sul punto da parte dei creditori. Questo significa che **IL LEGISLATORE HA INTESO SBARRARE LA VIA DEL CONCORDATO AL DEBITORE IL QUALE ABBIA POSTO DOLOSAMENTE IN ESSERE GLI ATTI CONTEMPLATI DAL CITATO ARTICOLO 173, INDIVIDUANDO IN ESSI UNA RAGIONE DI RADICALE NON AFFIDABILITÀ DEL DEBITORE MEDESIMO E, QUINDI, NEL LORO ACCERTAMENTO, UN OSTACOLO OBIETTIVO ED INSUPERABILE ALLA PROSECUZIONE DELLA PROCEDURA**” (Cass. sez. I 26 giugno 2014, n. 14552)

Ancora la stessa sentenza prosegue affermando che “*L'accertamento, ad opera del commissario giudiziale, di atti di occultamento o dissimulazione dell'attivo, della dolosa omissione della denuncia di uno o più creditori, dell'esposizione di passività insussistenti o della commissione di altri atti di frode da parte del debitore, determina la revoca dell'ammissione al concordato, a norma dell'articolo 173 L.F., indipendentemente dal voto espresso dai creditori in adunanza e quindi anche nell'ipotesi in cui i creditori medesimi siano stati edotti di quell'accertamento*” Ancora prosegue precisando che “*Il fatto che l'accertamento da parte del commissario di atti di frode possa determinare la revoca dell'ammissione al concordato preventivo, a norma dell'articolo 173 L.F., indipendentemente dalla circostanza che i creditori, debitamente informati di tali atti di frode, abbiano espresso voto favorevole, non vale ad reintrodurre il giudizio di meritevolezza che la riforma della legge fallimentare ha espunto dal novero dei presupposti per l'ammissione al concordato preventivo. La meritevolezza era, infatti, un requisito positivo di carattere generale, che implicava la necessità di un apprezzamento favorevole della pregressa condotta dell'imprenditore (sfortunato, ma onesto), nell'ottica di una procedura prevalentemente concepita come beneficio premiale. Era, quindi, nozione ben più ampia dell'assenza di atti di frode, non solo genericamente pregiudizievoli, ma che devono essere direttamente finalizzati, in esecuzione di un disegno preordinato, a trarre in inganno i creditori in vista dell'accesso alla procedura concordataria.*”

Da quanto sopra consegue da un lato che lo strumento concordatario non può essere usato in modo dissennato, al fine di coprire e “pulire” buchi di bilancio o peggio e, dall’altro, che pur essendo venuta meno la valutazione sulla “meritevolezza”, il Tribunale non solo può, ma DEVE essere rigoroso nella verifica di fatti che il Commissario Giudiziale od i creditori possano

segnalare e, conseguentemente, che il voto dei creditori – anche se essenziale ai fini del perfezionamento della fattispecie - non può prevalere sul contenuto pubblicistico del controllo che il Tribunale è obbligato a compiere a tutela, in ultima analisi, dell'ordinamento e nella forza cogente delle norme applicate.

In mancanza l'esigenza di tutela sia delle imprese, che del ceto creditorio da parte dello Stato, perseguita nella normativa sul concordato, deve ritenersi irrealizzata. Anzi, a parere del sottoscritto, ove si consentisse al Tribunale solo un ruolo “notarile” di mera verifica del raggiungimento delle maggioranze si avrebbe un vero e proprio abuso del diritto nel ricorso allo strumento concordatario.

In tale ottica anche la relazione del Professionista ha enorme rilevanza (e responsabilità di chi la sottoscrive) perché la mancanza di veridicità dei dati contabili o la eccessiva genericità inficia il consenso che i creditori andranno a dare o meno posto che “la veridicità dei dati non si identifica affatto con la fattibilità del piano di concordato, ma costituisce il presupposto indispensabile per consentire ai creditori di valutare sulla base di dati reali la convenienza della proposta e la stessa fattibilità economica del piano. In proposito, le Sezioni unite di questa Corte, con la sentenza del 23 gennaio 2013, n. 1521, hanno chiarito, quanto al sindacato espletabile dal Tribunale, che "rientra ... certamente, nell'ambito del detto controllo, una delibazione in ordine alla correttezza delle argomentazioni svolte e delle motivazioni addotte dal professionista a sostegno del formulato giudizio di fattibilità del piano", mentre non è possibile un sindacato in ordine alle stime effettuate dal professionista. Pertanto, il tribunale, "deputato a garantire il rispetto della legalità nello svolgimento della procedura, deve certamente esercitare sulla relazione del professionista attestatore un controllo concernente la congruità e la logicità della motivazione, anche sotto il profilo del collegamento effettivo fra i dati riscontrati ed il conseguente giudizio" (Cass. 31/1/14 n. 2130).

Naturalmente, ogni qualvolta venga riscontrata una deviazione rispetto al percorso tipico della normativa concordataria, deviazione volta a “coprire” fatti o situazioni non meritevoli di tutela, si ha abuso del diritto, che non gode di tutela da parte dell'ordinamento.

“Costituisce atto in frode ai creditori ai sensi dell'articolo 173, comma 3, L.F. l'utilizzo dello strumento del concordato preventivo nell'ambito di un disegno articolato ed attuato mediante una serie di atti posti in essere con lo scopo di traghettare i soci della società di persone oltre la linea della

propria responsabilità personale" (Tribunale Padova 23/10/2014 in Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 11789 - pubb. 15/12/2014); ancora: "Anche ove il debitore abbia reso note ai creditori alcune delle manovre effettuate in loro danno prima della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo si può riscontrare un "abuso del diritto" (che conduce anch'esso alla revoca dell'ammissione al concordato), qualora da una valutazione complessiva della condotta tenuta dall'imprenditore emerga la prova che determinati comportamenti depauperativi del patrimonio siano stati posti in essere con la prospettiva e la finalità di avvalersi dello strumento del concordato, il quale così costituirebbe "il risultato utile della preordinata attività contraria al richiamato principio immanente nell'ordinamento". (Tribunale Udine 30/9/2011 in Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 6733 - pubb. 30/11/2011). Anche la mera svalutazione dei crediti, anche se portata a conoscenza dei creditori, è un sintomo palese di una situazione anormale che va rigidamente valutata per non rientrare nella casistica della preordinazione finalizzata ad avvalersi dello strumento concordatario per evitare gli effetti penali (bancarotta) e civili (azione di responsabilità) conseguenti al fallimento. Ancora: "Costituisce abuso dello strumento concordatario, di cui non sussiste prova nel caso di specie, il comportamento distrattivo o depauperativo posto in essere dal debitore al solo preordinato scopo di chiedere l'ammissione alla procedura di concordato preventivo e costringere i creditori ad accettare una proposta costruita in modo tale da apparire migliore rispetto alla prospettiva fallimentare." (Tribunale Perugia 15/7/2011 in Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 6545 - pubb. 19/09/2011)

Anche la Suprema Corte si è espressa in merito: "In tema di omologazione del concordato preventivo, sebbene, nel regime conseguente all'entrata in vigore del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, al giudice sia precluso il giudizio sulla convenienza economica della proposta, non per questo gli è affidata una mera funzione di controllo della regolarità formale della procedura, dovendo, invece, egli intervenire, anche d'ufficio ed in difetto di opposizione ex art. 180 legge fall., sollevando le eccezioni di merito, quale quella di nullità, ex art. 1421 cod. civ.; in particolare, se è vero che l'apprezzamento della realizzabilità della proposta, come mera prognosi di adempimento, compete ai soli creditori, ove sussista, invece, un vero e proprio vizio genetico della causa, accertabile in via preventiva in ragione della totale ed evidente inadeguatezza del piano, non rilevata nella relazione del professionista attestatore, il giudice deve procedere ad un controllo di legittimità sostanziale, trattandosi di vizio non sanabile dal consenso dei creditori e così svolgendo il predetto giudice una funzione di

tutela dell'interesse pubblico, evitando forme di abuso del diritto nella utilizzazione impropria della procedura”(Cass. sez. I 15/9/11, n. 18864) Ancora: “Vi è abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede laddove emerge la prova che determinati comportamenti depauperativi del patrimonio siano stati posti in essere con la prospettiva e la finalità di avvalersi dello strumento del concordato preventivo, ponendo i creditori di fronte ad una situazione di pregiudicate o insussistenti garanzie patrimoniali, in modo da indurli ad accettare una proposta comunque migliore della prospettiva liquidatoria. In presenza di una tale condotta, il concordato NON È AMMISSIBILE in quanto rappresenterebbe il risultato utile della preordinata attività contraria al richiamato principio della buona fede.” (Cass., sez. I 23/6/11, n. 13818)

Anche in motivazione di Cass. N. 2374/11 si legge che “non è con-testabile l'applicabilità anche allo strumento concordatario del concetto di abuso del diritto che ha già trovato nella giurisprudenza importanti applicazioni sia in ambito sostanziale (basti pensare a quello tributario nonchè, inter alias Cass. civ., sez. 3[^], 31/5/2010, n. 13208 e Cass. civ., sez. 3[^], 18/9/2009, n. 20106) e processuale (Cass. civ., sez. 1[^], 3/05/2010, n. 10634; Cass. civ., sez. 3[^], 27/01/2010, n. 1706; Cass. civ., sez. un., 15/11/2007, n. 23726) e che trova fondamento nel principio generale secondo cui l'ordinamento tutela il ricorso agli strumenti che lo stesso predispone nei limiti in cui questi vengono impiegati per il fine per cui sono stati istituiti senza procurare a chi li utilizza un vantaggio ulteriore rispetto alla tutela del diritto presidiato dallo strumento e a chi li subisce un danno maggiore rispetto a quello strettamente necessario per la realizzazione del diritto dell'agente. Quanto alto strumento concordatario il fine per cui lo stesso è predisposto è quello di favorire l'anticipata soluzione della crisi mediante una soluzione che tuteli i diritti di tutti i creditori con le modalità approvate dalla maggioranza senza arrecare al debitore fallito un danno non necessario”

Il Trib. Siracusa, Sent., 20-12-2012 (in IlCaso.it Sez. Giurisprudenza, 8761 - pubb. 08/04/2013) ha sul punto mirabilmente evidenziato come “Gli "altri atti di frode" previsti dell'articolo 173, L.F. non sono necessariamente quelli da ritenersi tali da un punto di vista civilistico (contratti in frode alla legge, con causa o motivo illecito, simulati ovvero soggetti a revocatoria) o da un punto di vista penalistico (ipotesi previste dagli articoli 216 e seguenti L.F.) bensì quelli che, per quanto dotati di una portata interna alla procedura concorsuale, siano nondimeno finalizzati a frodare le ragioni del ceto creditorio, nel senso di inficiare il percorso formativo del consenso che

i creditori sono chiamati ad esprimere sulla proposta. Si tratta, in sostanza, di quegli atti che consentono di prospettare ai creditori, al fine di ottenerne il consenso, una surrettizia, incongrua ed errata rappresentazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa debitrice.” Precisando poi che “L'art. 173 L.F. funge, infatti, da “contrappeso pubblicistico”, assegnando al Tribunale anche un ruolo di garanzia del rispetto delle richiamate regole della correttezza e buona fede.”

Non può quindi considerarsi meritevole di tutela una proposta concordataria che abbia lo scopo di celare o comunque a non mettere a disposizione dei creditori tutti i beni offerti ed inducendoli a ritenere che al di fuori del concordato non avrebbero ottenuto nulla di più per evitare gli effetti negativi della procedura fallimentare ed in primis la responsabilità personale in sede civile e penale dell'amministratore.

In termini di prova, posto che una prova diretta di un atto di frode percepito o documentabile in maniera inoppugnabile da parte del creditore che non ha accesso a dati contabili od all'azienda in genere, è difficilmente esigibile non può che ritenersi che sia necessario avvalersi di presunzioni.

Ciò nel senso che la certezza logica dell'esistenza di tale atto rilevante ex art. 173 L.F. può legittimamente dirsi acquisita non solo quando sia provato il fatto, né quando tale fatto sia “astrattamente prospettabile”, bensì quando la probabilità del verificarsi di tali atti rilevanti ex art. 173 L.F. trovi il suo fondamento nei presupposti e nelle condizioni (economiche, organizzative, ecc.) nelle quali si sia concretamente trovato ad operare, nella specie, il proponente il concordato. La prova, quindi, come evidenziato dalla giurisprudenza della Suprema Corte non può essere quella rigida del processo penale nel quale vige la regola della prova “oltre il ragionevole dubbio”, ossia in termini che si avvicinano alla certezza: nel processo civile vige la diversa regola della preponderanza dell'evidenza, ovvero del “più probabile che non” (v., tra le altre, Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 576, nonchè Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, 5 maggio 2009, n. 10285, e 21 luglio 2011, n. 15991).

Avv. Lucio A. de Benedictis