

INDICE

Introduzione		pag. 3
Capitolo 1	“Il diritto societario della crisi”	
Paragrafo 1.1	Il complesso rapporto tra “diritto societario” e “diritto della crisi d’impresa”	pag. 5
Paragrafo 1.2	Il “diritto societario della crisi” come “sistema normativo (sostanzialmente) autonomo”	pag. 13
Paragrafo 1.3	L’evoluzione della disciplina dei finanziamenti soci ed infragruppo all’impresa in crisi	pag. 19
Capitolo 2	Il principio generale del “diritto societario della crisi” per i i finanziamenti infragruppo: “la prededucibilità attenuata”	
Paragrafo 2.1	L’ambito oggettivo di applicazione dell’articolo 182- <i>quater</i> terzo comma della Legge Fallimentare	pag. 34
Paragrafo 2.2	La limitazione quantitativa dell’articolo 182- <i>quater</i> terzo comma della Legge Fallimentare	pag. 37
Paragrafo 2.3	I presupposti applicativi della prededuzione ai sensi dell’articolo 182- <i>quater</i> terzo comma della Legge Fallimentare	pag. 51
	2.3.1 Il presupposto soggettivo	pag. 51
	2.3.2 L’elemento oggettivo	pag. 58
Capitolo 3	Il problema della lacuna sui finanziamenti soci e infragruppo “in occasione” della presentazione di una domanda di ammissione a concordato preventivo o di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti	pag. 70

Bibliografia

pag. 78

Giurisprudenza

pag. 87

Introduzione

Negli ultimi anni, nei principali Paesi dell'Unione Europea (Italia compresa), si è sviluppato un dibattito riguardante la possibilità di enucleare dal “diritto societario generale” un “diritto societario della crisi” come complesso normativo sostanzialmente dotato di una propria autonomia.

La questione deve essere affrontata alla luce del dato normativo: si tratta di accertare l'esistenza e capire quali siano le proposizioni normative che consentono di configurare il “diritto societario della crisi” come “sistema tendenzialmente autonomo” (con conseguenze rilevanti sul piano normativo).

Nell'ordinamento giuridico italiano, ove “il diritto societario e il diritto della crisi sembrano muoversi su orizzonti paralleli e manifestano da tempo una criticità di rapporti”¹, sono state introdotte, in anni recenti (2010 e 2012), due disposizioni di grande significato sistematico. Le norme dalle quali sembra emergere l'autonomia del “diritto societario della crisi” sono: l'art. 182-*sexies* l. fall. (dedicata alla disciplina della “riduzione o perdita del capitale della società in crisi”) e il terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. (contenente i finanziamenti-soci ed infragruppo).

All'interno del presente lavoro l'attenzione è concentrata sulla tematica dei finanziamenti infragruppo che, insieme alla materia dei finanziamenti soci, “per certi aspetti rappresenta un «mondo a parte»”² dentro la disciplina dei finanziamenti destinati al risanamento dell'impresa in crisi.

In primo luogo, dopo aver esaminato il “complesso ed irrisolto rapporto tra «diritto della crisi d'impresa» e «diritto societario»”³, aver affrontato la questione riguardante la possibilità di configurare “il «diritto societario della crisi» come «sistema tendenzialmente autonomo»”⁴ e aver evidenziato l'importanza della “nuova finanza” apportata ad un'impresa in stato di crisi da parte dei soci, della capogruppo e delle società c.d. “sorelle”, il presente lavoro cerca di chiarire la collocazione del terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. rispetto al “diritto societario generale” e, in particolare, nei riguardi degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. (Cap. 1).

¹ AA.VV., *Diritto societario e crisi d'impresa* a cura di Tombari U., Volume 62 di Quaderni Cesifin, Torino, Giappichelli, 2014.

² SCIUTO M., *I finanziamenti dei soci nell'art.2467 c.c. e nell'art.182-quater L. Fall.*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2011, 506.

³ TOMBARI U., *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, in *Rivista delle società*, 2013, 1138.

⁴ TOMBARI U., *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, cit., 1138.

L'elaborato si pone *poi* il problema di individuare e definire “in quali ipotesi, a quali condizioni ed eventualmente entro quali limiti i crediti derivanti dai finanziamenti (...) infragruppo «in esecuzione», «in funzione» e «in occasione» siano da considerare prededucibili in ossequio ad un principio di «diritto societario della crisi»⁵.

Il terzo comma dell'art. 182-*quater* 1. fall. circoscrive la prededuzione ai crediti da finanziamento sorti nell'ambito di un concordato preventivo di cui agli artt. 160 e ss. 1. fall e di un accordo di ristrutturazione dei debiti di cui ad art. 182-*bis* 1. fall. e ne limita la portata, sul piano quantitativo, all'80 per cento dell'ammontare credito. Questa norma della legge fallimentare subordina l'attribuzione del beneficio della prededuzione al riscontro di un duplice coesenziale presupposto (sia soggettivo sia oggettivo) (Cap. 2).

Per i finanziamenti c.d. interinali, l'art. 182-*quinquies* 1. fall. non richiede per il finanziatore alcun requisito soggettivo e non richiama, a differenza del terzo comma dell'art. 182-*quater* 1. fall., gli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. Di qui l'alternativa tra qualificare i crediti derivanti dai finanziamenti-soci ed infragruppo: *a)* postergati ai sensi degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c.; *b)* prededucibili all'80 per cento (in applicazione analogica del terzo comma dell'art. 182-*quater* 1. fall.); *c)* totalmente prededucibili (Cap. 3).

⁵ TOMBARI U., *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, cit., 1150.

Capitolo 1 “Il diritto societario della crisi”

Paragrafo 1.1 Il complesso rapporto tra “diritto societario” e “diritto della crisi d’impresa”

Da tempo, nel nostro ordinamento, è sorta la necessità di riconfigurare e di rendere più forte il rapporto tra “diritto della crisi” e “diritto societario”.

L’esigenza di strutturare in modo diverso e di rafforzare il legame tra “diritto societario” e “diritto della crisi” è connessa alla necessità, emersa in ragione della crisi che ha colpito (a partire dal 2008) la maggior parte dei paesi industrializzati e delle democrazie capitalistiche, di ripensare i “paradigmi conoscitivi dominanti e sino ad ora utilizzati per spiegare il capitalismo come forma di organizzazione dell’economia”⁶. Nell’ambito del diritto dell’impresa, sono numerosi e radicali gli effetti destinati a realizzarsi a seguito del cambiamento e della riconfigurazione dei modelli conoscitivi dominanti usati fino ad ora.

Nella maggior parte dei casi le crisi e le insolvenze d’impresa e la loro gestione hanno ad oggetto imprese organizzate in forma societaria e poi facenti parte di un gruppo⁷.

È opportuno, allo stesso tempo, evidenziare che (sebbene nella realtà economica la forma societaria sia il modello organizzativo più diffuso) il “diritto della crisi d’impresa” ha come

⁶ TOMBARI U., *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, cit., 2013, 1138.

⁷ Come noto, il “gruppo” rappresenta una “forma organizzativa” della grande, media e piccola impresa molto diffusa in Italia e nei paesi industrialmente avanzati. Il secolo scorso è stato caratterizzato non dalla convergenza verso un unico sistema di *Corporate Governance* ma dall’emergere di due modelli alternativi:

1. un sistema a proprietà dispersa con forti mercati finanziari (tipico della realtà anglosassone)
2. un sistema a proprietà concentrata (proprio dei paesi dell’Europa continentale) caratterizzato dalla massiccia presenza del gruppo come forma di organizzazione dell’impresa.

Nel sistema economico italiano (senza dubbio da ricomprendere nel secondo modello) il “gruppo” ha rappresentato una “modalità organizzativa” per mezzo della quale le imprese hanno superato i limiti connessi alla piccola dimensione e sono riuscite ad essere competitive sul mercato globale. L’appartenenza di una società ad un gruppo comporta numerosi vantaggi (c.d. sinergie di gruppo) e solleva complessi problemi giuridici (il problema centrale è quello di individuare lo statuto normativo di una società “dominante” e “dipendente” cioè individuare le regole nel rispetto delle quali una società può esercitare o essere soggetta ad un’attività di direzione e coordinamento). Cfr., per tutti, CAMPOBASSO G. F., *Manuale di diritto commerciale* a cura di Campobasso M., Torino, Utet giuridica, 2015, 225 ss.

riferimento l'impresa "non societaria e autonoma"⁸. La disciplina del fallimento delle società è concentrata nel Capo X, Titolo II della legge fallimentare (articoli da 146 a 156 della legge fallimentare "Fallimento delle società") contenente disposizioni di grande importanza, che trattano solo alcuni aspetti e che "si susseguono secondo un ordine abbastanza casuale"⁹.

"L'impresa, vista come fatto sociale rilevante, è il punto di riferimento della legislazione concorsuale riformata, mentre ha cessato di esserlo l'imprenditore sconfitto, che per la vecchia legge doveva essere cacciato con ignominia dal mercato"¹⁰.

Benché questo cambiamento di prospettiva¹¹, senza ombra di dubbio, sia importante e meriti grande considerazione, il problema è che "la vigente disciplina normativa delle crisi (patrimoniali) di impresa e degli strumenti per la loro composizione o soluzione è tuttora imperniata sulla idea di fondo della pressoché integrale assimilazione (o assimilabilità) delle imprese collettive, e specificamente delle società, alle imprese individuali"¹².

⁸ "La riforma della legge fallimentare non reca - com'è noto - una regolamentazione organica della crisi e dell'insolvenza delle società, perpetuando una lacuna della legislazione concorsuale, da tempo criticata in dottrina, che si avverte maggiormente nelle soluzioni «concordate» ed in presenza di un «gruppo» di imprese" (GUERRERA F., *Soluzioni concordatarie delle crisi e riorganizzazioni societarie*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di Di Marzio e Macario, Milano, Giuffrè, 2010, 575).

Nel diritto della crisi di impresa, e in particolare nelle discipline sulla amministrazione straordinaria, è riscontrabile una considerazione indiretta della dimensione organizzativa del gruppo. In tali ambiti, si regola il fenomeno del gruppo non in quanto tale ma in quanto coinvolto nella procedura concorsuale (si pensi, ad esempio, alla disciplina della estensione alle imprese di gruppo della procedura contenuta nel Titolo IV, Capo I, d.lgs. n. 270 del 1999 e nell'art. 3 comma terzo d.lgs. n. 347 del 2003). Non è rintracciabile nel "diritto ordinario della crisi d'impresa" una eguale attenzione all'evento dei gruppi di imprese. Nella procedura fallimentare e nel concordato preventivo sono assenti disposizioni appositamente dedicate ai gruppi di società. Soltanto l'art. 84 d.lgs. n. 270 del 1999 disciplina i rapporti che si possono instaurare tra fallimento e amministrazione straordinaria quando queste procedure riguardano società appartenenti al medesimo gruppo (Trib. di Roma, 7 marzo 2011, e Trib. di Monza, 24 aprile 2012).

⁹ FABIANI M., *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, Zanichelli, 2011, 505.

¹⁰ MAZZONI A., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, Giappichelli, 2010, 822.

¹¹ L'incisiva riforma della legge fallimentare operata dal d.l. 35/2005 (convertito dalla l. 80/2005) e dal d.lgs. 5/2006 recante la "riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali", integrata dalle disposizioni "correttive" contenute nel d.lgs. 169/2007 e novellato da ulteriori disposizioni succedutesi in questi ultimi anni, ha aggiornato una disciplina superata e negli anni dimostratasi sempre meno efficiente. Rilevante innovazione apportata all'originario assetto delle procedure concorsuali dalla riforma del 2005: è stata definitivamente ripudiata l'antica visione del "decoctor ergo fraudator" cioè dell'imprenditore

Le novità legislative più rilevanti (in particolare il d.l. 22 giugno 2012 n. 83 – noto come “Decreto Sviluppo” – convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012 n. 134 e il d.l. 31 maggio 2010 n. 78 convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010 n.122):

- si sono concentrate, integrandole e ritoccandole, sulla disciplina del concordato preventivo, sul complesso di norme dedicate all’accordo di ristrutturazione dei debiti e sulla disciplina del piano di risanamento con qualche effetto riflesso sul procedimento fallimentare (come in materia di azione revocatoria e di contratti pendenti)¹³;
- hanno trascurato la disciplina delle società in concordato e nel corso di accordi di ristrutturazione dei debiti anche se “la riorganizzazione societaria attuata nell’ambito del procedimento di concordato (preventivo o fallimentare) si configura come un processo negoziale di «rifondazione» della società, che coinvolge non soltanto i soci, ma anche i creditori e i partecipanti (in senso atecnico) all’iniziativa imprenditoriale, cioè tutti coloro che l’hanno alimentata mediante erogazione di capitale di credito o di rischio o fornitura di beni e di servizi, nonché, più in generale, i soggetti interessati in vario senso alle sue sorti”¹⁴.

inteso come soggetto caratterizzato dalla tenuta di una condotta fraudolenta, lesiva e con dolo degli interessi dei creditori. Questa inversione di tendenza si evince dal fatto che gli aspetti sanzionatori e afflittivi per l’imprenditore fallito sono stati superati (soppressione del pubblico registro dei falliti, riconoscimento all’imprenditore fallito che risulti meritevole del beneficio della esdebitazione, attenuazione dei c.d. effetti personali revocatoria fallimentare che si presenta maggiormente vantaggiosa per la curatela fallimentare). Parallelamente, accanto al soggetto imprenditore, l’impresa considerata oggettivamente come attività economica organizzata emerge progressivamente come referente della disciplina e un’attenzione sempre maggiore è rivolta all’interesse a tutelare in modo oggettivo la capacità dell’impresa a tornare *in bonis*, a conservare e a ricollocare sul mercato il complesso produttivo (trend legislativo che dagli anni ’70 si è sviluppato in Italia con la legislazione delle grandi imprese in crisi).

¹² NIGRO A. e VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, Il Mulino, 2009, 303-304

¹³ Con gli interventi normativi del 2010 e del 2012 il legislatore, muovendosi in una situazione di crisi economica (con portata e dimensioni anche internazionali) e di consistenti tagli alla spesa pubblica, ha prevalentemente cercato di incentivare l’economia e sostenere la “crescita” e lo “sviluppo economico” del paese, per quanto concerne la crisi d’impresa, potenziando i c.d. strumenti di composizione delle crisi d’impresa; si tratta di interventi “a costo zero” per lo Stato in quanto le novità legislative incidono sui rapporti tra i protagonisti della crisi: l’imprenditore, i professionisti, i suoi creditori e gli istituti di credito. FABIANI M., *L’ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l’incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, 898; LAMANNA F., *La Legge Fallimentare dopo il Decreto Sviluppo in vigore dal 12 agosto 2012*, Milano, Giuffrè, 2012, 7-10.

¹⁴ GUERRERA F. e MALTONI M., *Concordati giudiziali e operazioni societarie di “riorganizzazione”*, in *Rivista delle società*, 2008, 46.

In questo contesto normativo sono state progressivamente introdotte due disposizioni di estrema rilevanza, “due (ulteriori ed) importanti frammenti di quello che si può sin da ora definire come «diritto societario della crisi»”¹⁵.

Si tratta di due norme di grande significato sistematico e dalle quali può emergere forse l'autonomia del “diritto societario della crisi”.

La prima disposizione è l'art. 182-*sexies* l. fall. ai sensi del quale “dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche a norma dell'articolo 161, sesto comma, della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182-*bis* ovvero della proposta di accordo a norma del sesto comma dello stesso articolo e sino all'omologazione non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-*bis*, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-*ter* del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545-*duodecies* del codice civile. Resta ferma, per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta di cui al primo comma, l'applicazione dell'articolo 2486 del codice civile”.

La seconda norma è l'art. 182-*quater* comma terzo l. fall. recante la disciplina dei finanziamenti soci e infragruppo. Il terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. recita “in deroga agli articoli 2467 e 2497-*quinquies* del codice civile, il primo e il secondo comma del presente articolo si applicano anche ai finanziamenti effettuati dai soci fino alla concorrenza dell'80 per cento del loro ammontare. Si applicano i commi primo e secondo quando il finanziatore ha acquisito la qualità di socio in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo”.

Nelle procedure concorsuali (tipici e tradizionali strumenti di governo e di gestione delle crisi delle imprese) gli enti organizzati in forma societaria assumono una innegabile centralità. Questo assoluto protagonismo dell'impresa collettiva societaria fa emergere l'esigenza di un adeguato “trattamento” di tali organismi in relazione sia alle loro diversità di struttura e peculiarità sia alla molteplicità degli interessi coinvolti nella crisi. Il “diritto della crisi d'impresa” italiano non si è ancora rapportato alla dimensione societaria in modo appropriato. Analogamente, il diritto societario ha dedicato la propria attenzione solo ad alcune problematiche che emergono in caso di crisi e “si è limitato a pochi e sporadici interventi, quelli che evidentemente ha ritenuto strettamente indispensabili”¹⁶.

¹⁵ TOMBARI U., *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, cit., 2013, 1139.

¹⁶ NIGRO A., *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Campobasso Gian Franco* diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, volume I, Torino, Utet Giuridica, 2006, 177. A titolo meramente esemplificativo, tra le problematiche prese in considerazione dal diritto societario italiano, è opportuno menzionare l'art. 2394-*bis* c.c. (“Azioni di responsabilità nelle

Benché, uno dei criteri generali, enunciati dall'art.1 della l. n. 366/2001 (di delega per la riforma del diritto societario), fosse quello del coordinamento "con le altre disposizioni vigenti, ivi comprese quelle in tema di crisi dell'impresa" della disciplina nuova, il legislatore delegato ha interpretato e applicato in modo piuttosto limitato questo criterio di delega, non elaborando un "nuovo regime delle società di capitali anche e proprio in funzione della prevenzione e della soluzione delle crisi"¹⁷ ma ha affrontato solo alcuni problemi marginalmente.

Tra le varie questioni trascurate dal diritto societario italiano, troviamo quella concernente i doveri dell'organo amministrativo e dell'organo di controllo in caso di declino o di crisi dell'impresa. Tra "diritto societario" e "diritto fallimentare" sembra manifestarsi ed emergere una frattura per quanto riguarda il "sistema di tutela dei creditori sociali"¹⁸.

Se esaminiamo i due complessi normativi in una prospettiva meramente patrimoniale (che vede l'impresa in maniera statica), per il diritto societario è rilevante solo la perdita che ha una certa consistenza mentre per il diritto fallimentare è rilevante anche una situazione di grave squilibrio; ma se c'è squilibrio ci potrebbe essere uno stato di crisi o uno stato di insolvenza perché c'è comunque l'incapacità di adempiere regolarmente le obbligazioni. Viceversa per il diritto societario uno squilibrio riconducibile a queste ipotesi è irrilevante.

Si arriva alla conclusione che esiste una sorta di "rottura" tra "diritto societario" e "diritto fallimentare", infatti, per il diritto fallimentare rilevano situazioni che non sono di alcuna importanza per il diritto societario. Anche il sistema di tutela dei creditori è diverso nel diritto societario e nel diritto fallimentare; nel diritto societario i creditori sono tutelati dalle norme sull'integrità del capitale sociale e in maniera differente rispetto a come avviene nel diritto fallimentare.

procedure concorsuali"), l'art. 2497 ultimo comma c.c. ("Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario") e gli artt. 2325 secondo comma c.c. e 2462 secondo comma c.c. (dedicati rispettivamente alle società per azioni e alle società a responsabilità limitata, stabiliscono che "Nel caso di insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le azioni o le partecipazioni sono appartenute ad una sola persona, questa risponde illimitatamente quando i conferimenti non siano stati effettuati secondo quanto previsto dall'art. 2342 e dall'art. 2464 - versamento dell'intero ammontare del conferimento all'atto della sottoscrizione dell'atto costitutivo - o fino a quando non sia stata attuata la pubblicità prescritta rispettivamente dagli artt. 2362 e 2470 c.c.").

¹⁷ NIGRO A., *Diritto societario e procedure concorsuali*, cit., 177. Occorre sottolineare che la riforma del diritto societario italiano si colloca in un contesto di sviluppo economico all'interno del quale l'esigenza di elaborare e sviluppare un "diritto societario della crisi" non era ancora avvertita.

¹⁸ STRAMPELLI G., *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Rivista delle società*, 2012, 605 ss.

Ne consegue la diversa impostazione del diritto societario e del diritto fallimentare: l'impostazione del diritto societario, basata su una prospettiva patrimoniale, è *statica* mentre la prospettiva del diritto fallimentare è *dinamica* perché nella legislazione fallimentare assume rilievo non solo la struttura patrimoniale della società ma anche la struttura finanziaria della società (alla quale devono essere ricondotte le nozioni di insolvenza e di stato di crisi).

Questa ricostruzione non appare tendenzialmente condivisibile. Infatti, ci sono numerose norme dalle quali si desume che, anche per il diritto societario, può assumere rilievo una prospettiva dinamico-finanziaria. La prospettiva statica è accolta negli artt. 2446 e 2447 c.c., ma – ad uno sguardo più approfondito – nel codice civile riscontriamo altre disposizioni che riconoscono rilevanza alla dimensione finanziaria. A tal fine può assumere rilievo il quinto comma dell'art. 2381 c.c. che individua alcuni obblighi specifici per gli amministratori delegati in aggiunta all'obbligo, consustanziale alla natura dell'incarico, di gestire la società nei limiti della delega ricevuta. Il disposto dell'art. 2381 comma quinto c.c. prescrive agli amministratori delegati di curare l'esistenza di un assetto "organizzativo, amministrativo e contabile" adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa. Da questa disposizione del codice civile emerge che se il legislatore ha avvertito la necessità di specificare che sugli amministratori delegati incombe il compito di valutare la struttura organizzativa, contabile e finanziaria della società, a maggior ragione questo incarico ce l'ha a monte il consiglio di amministrazione in assenza di delega. In generale, a prescindere dal fatto che ci sia stata o non ci sia stata la delega di alcune funzioni, l'organo gestorio deve necessariamente predisporre un sistema di pianificazione e monitoraggio della dinamica finanziaria dell'impresa collettiva societaria. Gli amministratori si devono preoccupare non solo delle risultanze contabili e che non si realizzi una perdita giuridicamente rilevante ma devono stabilire un meccanismo - un congegno che consente di pianificare e controllare l'aspetto finanziario (la struttura finanziaria) della società stessa.

Ulteriore norma dalla quale si capisce che forse la spaccatura tra diritto fallimentare e diritto societario non sussiste è il terzo comma dell'art. 2381 c.c. ai sensi del quale il consiglio di amministrazione "quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società". Sebbene l'inciso iniziale "quando elaborati" sembra individuare nella redazione di tale documentazione una semplice facoltà rimessa alla libera scelta dell'organo gestorio, diviene doverosa la programmazione della dinamica finanziaria mediante la predisposizione di piani industriali, finanziari e strategici "quando le dimensioni dell'impresa e/o le politiche gestionali prescelte rendano opportuno, nell'interesse della società, l'istituzione di un processo programmatico formalizzato"¹⁹. Questo in virtù dell'obbligo generale di diligente gestione

¹⁹ ABBADESSA P., *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da Abbadessa P. e Portale G. B., II, Torino, Utet giuridica, 2006, 499.

della società (art. 2392 comma primo c.c.) e in obbedienza del rispetto dei principi di corretta amministrazione (art. 2403 comma primo c.c.).

La seconda parte del quinto comma dell'art. 2381 c.c. individua un secondo obbligo: gli amministratori delegati devono riferire al collegio sindacale e al consiglio di amministrazione, con periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso con cadenza almeno semestrale, su quello che è l'andamento generale della gestione e la sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggiore rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società o dalle sue controllate. Questo è considerato espressione diretta del più ampio comandamento di curare l'adeguatezza dell'assetto "organizzativo, amministrativo e contabile" ed è riconducibile alla clausola generale che impone agli amministratori di gestire la società con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico. La predisposizione e il ricorso a strumenti idonei a consentire la programmazione e il continuo controllo sull'assetto finanziario della società rende disponibili anche previsioni sull'evoluzione della dinamica reddituale e finanziaria dell'impresa collettiva societaria.

L'esigenza di una pianificazione economico-finanziaria dell'impresa trova poi un referente sul piano normativo non solo negli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. ma anche nell'art. 2082 c.c.

Ai fini degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c., la programmazione e il monitoraggio della situazione finanziaria della società assume preminenza ai fini dell'accertamento dei presupposti della duplice regola della postergazione del credito e della restituzione del rimborso avvenuta nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento. Devono essere valutati, avendo riguardo alla situazione finanziaria della società, le due situazioni "anomale" del secondo comma dell'art. 2467 c.c. ("eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto" ovvero "situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento").

Dalla nozione di imprenditore di cui all'art. 2082 c.c. si desume che la programmazione e il monitoraggio della situazione finanziaria è fondamentale: è necessario adottare una prospettiva non statica ma dinamica affinché siano soddisfatti i requisiti dell'organizzazione e della professionalità. Il grado di articolazione e di formalizzazione della programmazione economico-finanziaria dipende dalle dimensioni dell'impresa e dalla natura del soggetto che la esercita.

Sulla base di tutti questi indizi normativi possiamo arrivare a concludere che anche nel "diritto societario" la prospettiva finanziaria trova riconoscimento.

La questione non è meramente teorica ma induce a domandarsi se "l'accertamento di squilibri della situazione finanziaria – costituendo certamente un indice rivelatore dell'insolvenza o dello stato di crisi – possa costituire un presupposto alternativo, in concorrenza con la riduzione del capitale sociale per perdite, dell'insorgere di specifici doveri dell'organo amministrativo e dei soci"²⁰. In altre parole, se siamo in una delle situazioni previste all'art. 2446 c.c. e all'art. 2447

²⁰ STRAMPELLI G., *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, cit., 608.

c.c. (circostanze in cui è necessario ridurre il capitale sociale per perdite) allora non vi è alcun dubbio che in capo all'organo amministrativo scattano obblighi specifici ma se c'è uno squilibrio patrimoniale e non siamo in una delle situazioni individuate dagli artt. 2446 e 2447 c.c. allora è da chiedersi se si crei un mutamento di quelli che sono gli obblighi in capo all'organo gestorio.

Sebbene “il diritto societario e il diritto della crisi sembrano muoversi su due orizzonti paralleli e manifestano da tempo una criticità di rapporti”²¹, occorre rilevare che negli ultimi anni si stanno sviluppando orientamenti che mirano ad approfondire il dialogo tra questi due complessi normativi.

In questo contesto “è compito dell'interprete avviare la costruzione ed elaborazione del «diritto della crisi d'impresa» con un approccio metodologico più attento ai profili societari”²². I problemi di “diritto societario della crisi” che necessitano un intervento dell'interprete e che negli ultimi anni sono stati oggetto di approfondimenti e studi sono numerosi e complessi. A titolo esemplificativo, sempre facendo riferimento alla società in precrisi o in stato di crisi, tra i vari argomenti oggetto di recente attenzione possiamo individuare i doveri e le responsabilità dell'organo amministrativo, di controllo e del revisore legale dei conti, la struttura finanziaria delle società in crisi, i doveri della società che esercita direzione e coordinamento in caso di crisi del gruppo o di una o più delle sue unità, l'applicabilità della disciplina sulla perdita del capitale e sullo scioglimento/liquidazione, i diritti degli azionisti, le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale delle crisi e i finanziamenti soci e infragruppo.

²¹ AA.VV *Diritto societario e crisi d'impresa*, cit.

²² TOMBARI U., *Crisi d'impresa e doveri di “corretta gestione societaria ed imprenditoriale” della società capogruppo. Prime considerazioni*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2011, 632.

Paragrafo 1.2 Il “diritto societario della crisi” come “sistema normativo (sostanzialmente) autonomo”

Nel sistema della legge fallimentare sono stati inseriti nel 2010 e nel 2012 due importanti frammenti del “diritto societario della crisi”. Il terzo comma dell’art. 182-*quater* l. fall. (contenente i finanziamenti soci e infragruppo) e l’art. 182-*sexies* l. fall. (dedicato alla disciplina della “riduzione o perdita del capitale della società in crisi”) sono disposizioni che introducono rilevanti eccezioni sia ai principi di “diritto societario generale” sia ai principi di “diritto della crisi”.

Per quanto concerne le deroghe apportate dalle due recenti norme introdotte nella legge fallimentare al “diritto societario generale”, occorre rilevare che:

- l’art. 182-*quater* terzo comma l. fall. riconosce ai crediti derivanti dai finanziamenti dei soci e infragruppo a società in crisi la prededucibilità nel limite dell’80 per cento, contravvenendo la disciplina contenuta nel codice civile negli artt. 2467 e 2497-*quinquies*. La duplice regola della postergazione del credito e della restituzione dei rimborsi avvenuti nell’anno precedente la dichiarazione di fallimento, dettata dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c., è stata introdotta nell’ordinamento giuridico italiano dalla riforma del diritto societario (d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6) ed è prevista testualmente per i finanziamenti concessi da soci di società a responsabilità limitata e da società del medesimo gruppo in situazioni c.d. “anomale”;
- l’art. 182-*sexies* l. fall. cristallizza l’applicazione delle norme sulla riduzione obbligatoria del capitale sociale nella s.p.a. e nella s.r.l. e delle disposizioni sullo scioglimento/liquidazione della società (deroga circoscritta temporalmente: dalla data di presentazione di una domanda di ammissione a concordato preventivo o di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti fino all’omologa del concordato o dell’a.r.d.); la terza regola dettata dal nuovo articolo della legge fallimentare è quella secondo cui nel periodo anteriore al deposito della domanda di concordato preventivo o della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti resta fermo l’art. 2486 c.c.

Da un punto di vista più generale e indipendentemente dal contenuto e dal significato degli artt. 182-*quater* comma terzo l. fall. e 182-*sexies* l. fall., è da domandarsi “se il «diritto societario della crisi» si configuri come «diritto speciale» rispetto al «diritto societario generale» (...) ovvero come «sistema tendenzialmente autonomo» (...)”²³.

²³ TOMBARI U., *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, cit., 1146.

Considerare il “diritto societario della crisi” come “diritto speciale” rispetto al “diritto societario generale” o come “complesso normativo sostanzialmente autonomo” ha diverse conseguenze sul piano normativo. Nella prima ipotesi, il diritto societario generale verrà applicato per colmare le eventuali lacune che si riscontrano nel “diritto societario della crisi”. Laddove si strutturi il “diritto societario della crisi” come “sistema tendenzialmente autonomo” e in assenza di una specifica previsione di “diritto societario della crisi”, allora la mancanza - il vuoto normativo dovrà essere riempito ricorrendo non al diritto societario generale, non al diritto generale della crisi ma rivolgendosi, in primo luogo, alle disposizioni e ai principi generali dettati o comunque rinvenibili ed emergenti dal medesimo sistema del “diritto societario della crisi”.

La questione ha una rilevanza che non si riferisce solo alla teoria ma anche pratica, infatti, ha implicazioni importanti.

Si pensi, a titolo esemplificativo, al fatto che l’art. 182-*sexies* l. fall. espressamente ed esplicitamente sospende l’applicazione della causa di scioglimento prevista dal n. 4 dell’art. 2484 c.c. e non anche dell’ipotesi di scioglimento contenuta nel punto 2 dell’art. 2484 c.c. Relativamente a ciò, è stato sostenuto che qualora, per effetto di una situazione di squilibrio finanziario, la continuità aziendale venga compromessa e si configuri una “materiale impossibilità” di conseguire l’oggetto sociale (fattispecie di scioglimento di cui al n. 2 dell’art. 2484 c.c.) allora la regola “ripristina l’equilibrio finanziario o liquida”, emergente dal n. 2 dell’art. 2484 c.c., non viene temporaneamente disapplicata dall’art. 182-*sexies* l. fall. Da questa considerazione scaturiscono due importanti corollari:

1. anche in caso di deposito della domanda per l’ammissione al concordato preventivo (normale o “con riserva”) ovvero della domanda per l’omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti, una società caratterizzata da una crisi finanziaria tale da compromettere la continuità aziendale può essere sottoposta alla disciplina dello scioglimento/liquidazione;
2. posto che le società che si avvicinano ad una procedura concorsuale o ad una gestione negoziale della crisi in genere sono caratterizzate da un forte squilibrio finanziario, vengono parzialmente ma in maniera significativa compromesse la finalità sottostanti all’introduzione dell’art. 182-*sexies* l. fall.

Nella risoluzione del problema in esame può essere di ausilio la visione del “diritto societario della crisi” come “sistema tendenzialmente autonomo”. Nel caso in cui la società versi in una situazione di forte squilibrio finanziario e sia diventata, in maniera irreversibile, incapace di conseguire l’oggetto sociale (la crisi finanziaria che minaccia la continuità aziendale integra la fattispecie di scioglimento delineata nell’art. 2484 punto 2 c.c.):

- se optiamo per una visione del “diritto societario della crisi” come “diritto speciale” rispetto al “diritto societario generale” allora non trova applicazione la disposizione

speciale dettata nell'art. 182-*sexies* l. fall. mentre deve applicarsi il diritto generale societario;

- se consideriamo il “diritto societario della crisi” come “sistema sostanzialmente autonomo” allora si può ritenere che “l'art. 182-*sexies* l. fall. enuncia un principio di «diritto societario della crisi», in forza del quale – in caso di deposito del ricorso per concordato preventivo o di domanda di omologazione dell'accordo ex art. 182-*bis* l. fall. e sino all'omologazione – il legislatore sospende la disciplina dello scioglimento/liquidazione, dal momento che ritiene sufficiente alla tutela degli interessi in gioco le regole del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti”²⁴. Abbiamo la cristallizzazione dell'applicazione del principio di cui all'art. 2484 punto 2 c.c. Al riguardo, occorre sottolineare che rileva il momento temporale; si tratta, infatti, di una deroga circoscritta all'intervallo di tempo che intercorre tra la data di presentazione di una domanda di ammissione a concordato preventivo, anche “in bianco”, o di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti (momento iniziale) e l'omologa del concordato preventivo o dell'accordo di cui ad art. 182-*bis* l. fall. (momento finale). Questa proposta interpretativa è corroborata e supportata sia dalla mancata individuazione, in seguito alla riforma del diritto societario del 2003, del fallimento come causa di scioglimento della società sia dal fatto che la normativa sullo scioglimento/liquidazione viene disapplicata dall'art. 182-*sexies* l. fall. in presenza di una crisi patrimoniale, caratterizzata da maggiori elementi di certezza rispetto ad una crisi finanziaria e regolata da disposizioni inderogabili come gli artt. 2446, 2447, 2482-*bis* e 2482-*ter* c.c.

Ritornando all'interrogativo in merito alla configurazione del “diritto societario della crisi” come “diritto speciale” rispetto al “diritto societario generale” ovvero come “sistema tendenzialmente autonomo”, possibili modalità di risoluzione e spunti possono essere ricavati dalla questione, indagata da tempo, riguardante il rapporto tra “diritto privato generale” e “diritto commerciale e dell'impresa”. Sotto alcuni profili, la problematica concernente il rapporto tra “diritto societario generale” e “diritto societario della crisi” e quella in tema di rapporto tra “diritto privato generale” e “diritto commerciale e dell'impresa” sono assimilabili e presentano delle analogie.

Il problema del rapporto tra diritto commerciale e diritto civile è antico.

Lungo tre diversi filoni l'autonomia del diritto commerciale rispetto al diritto civile fu elaborata, teorizzata e dimostrata dai giuscommercianti italiani fin dalla seconda metà dell'Ottocento:

1. il primo tratto di autonomia riguardava la teoria delle fonti: l'art. 1 del codice del commercio attribuiva agli usi commerciali un maggiore rilievo rispetto alle leggi civili e

²⁴ TOMBARI U., *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, cit., 1161.

la dottrina giuscommerciologica individuava una fonte di diritto non scritto nella “natura delle cose”;

2. il secondo atteneva al metodo di ricerca: secondo la dottrina giuscommerciologica, base essenziale di ogni corretta costruzione giuridica era costituita da uno studio attento e approfondito dei fatti economici; nella realtà socioeconomica esistono ed esistevano disuguaglianze ed asimmetrie. Era fondamentale ed opportuno che le costruzioni giuridiche tenessero di conto delle disparità di interessi e poteri sociali ed anche dei fenomeni collettivi ed organizzati;
3. il terzo ed ultimo filone di autonomia, considerato un filo conduttore della storia del diritto commerciale, si riferiva “all’affermazione del diritto commerciale come diritto speciale, ma non eccezionale, con il conseguente riconoscimento della possibilità che le regole commercialistiche vengano sviluppate analogicamente fino a ricavarne principi generali, derogatori rispetto a quelli del diritto civile”²⁵.

Con l’unificazione del codice civile e del codice del commercio non solo il diritto commerciale è stato assorbito nel codice civile ma la disciplina civilistica dei rapporti patrimoniali, nel codice civile del 1942, subì revisioni, rivisitazioni e innovazioni determinate dai contenuti normativi del diritto commerciale (scompare la fattispecie dell’atto di commercio isolato visto dal punto di vista oggettivo e nel codice civile acquisì centralità l’esercizio delle attività economiche in forma imprenditoriale). La perdita di autonomia da parte del codice del commercio e il suo inserimento in un apposito libro del codice civile unificato (nel Libro V intitolato “*Del Lavoro*”), accese all’interno della dottrina commercialistica un contrasto tra chi considerava esclusivamente formale l’unificazione dei due complessi normativi e coloro che vedevano la conferma, nell’unione, della tesi che rappresentava il diritto dell’impresa esclusivamente come categoria storica dotata di autonomia scientifica e didattica.

A partire dagli anni ’70 dello scorso secolo, ha preso avvio “un processo di “ricommerciologizzazione” del diritto commerciale, inteso quest’ultimo non come presenza, nella disciplina codicistica, di una serie più o meno ricca di norme speciali destinate alla regolamentazione dell’attività commerciale, bensì come diritto privato dell’impresa, che consenta di andare oltre le stessa codificazione, con la creazione di nuovi schemi, nuovi concetti e con la costruzione di nuove discipline”²⁶.

Ormai è innegabile l’esistenza di un diritto commerciale e dell’impresa come *Selbständiges Sonderrecht* ovvero come “diritto speciale autonomo” ovvero come “diritto speciale in senso «forte», che equivale ad un diritto autonomo rispetto al diritto privato generale e dotato di propri

²⁵ LIBERTINI M., *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Rivista delle società* 2013, 5.

²⁶ PORTALE G. B., *Diritto privato comune e diritto privato dell’impresa*, in *BBTC*, 1984, parte I, 14-15.

principi, capaci di applicazione analogica, senza per questo escludersi, nel caso di lacune, la possibile utilizzazione dei principi del diritto privato generale”²⁷.

Ricorrendo alla distinzione tra diritto “primo” e diritto “secondo”²⁸, il diritto commerciale non rappresenta un diritto “secondo” ma è una parte e ha la stessa natura del diritto privato generale. Nella legislazione vigente, il diritto commerciale ha acquisito una propria autonomia in ragione del proprio oggetto (le attività economiche organizzate in forma d’impresa) ed è in grado di dialogare con il diritto privato generale. All’interno del diritto privato contemporaneo, il diritto civile e il diritto dell’impresa sono sostanzialmente sistemi autonomi, dotati di propri principi generali e di proprie categorie giuridiche. Non considerare il diritto dell’impresa come “diritto speciale” rispetto al “diritto privato generale” ha importanti e numerosi sviluppi applicativi. Ad esempio, le lacune della disciplina sulla nullità della società (art. 2332 c.c.) o le mancanze in tema di invalidità delle delibere assembleari e consiliari delle società per azioni (artt. 2377 e 2388 c.c.) dovranno essere colmate ricorrendo ai principi generali del microsistema del diritto dell’impresa e commerciale e non facendo rinvio alla disciplina generale prevista per la nullità e l’annullabilità del contratto.

Il “diritto societario della crisi” si configura come sistema tendenzialmente autonomo sia nei confronti del “diritto societario generale” sia rispetto al “diritto generale della crisi”.

Pensare al “diritto societario della crisi” come microsistema autonomo nei riguardi del “diritto societario generale”, offre la possibilità di attuare, realizzare e conseguire meglio i valori e gli obiettivi, che in caso di crisi dell’ente organizzato in forma societaria, l’ordinamento ha voluto perseguire e che solo marginalmente il “diritto societario generale” è in grado di raggiungere.

Ravvisare nel “diritto societario della crisi” un sistema sostanzialmente indipendente rispetto al “diritto generale della crisi”, non nega e non esclude un dialogo ed un’osmosi tra questi due complessi normativi. “Ciò non dovrà avvenire in via immediata e diretta, ma solo in seguito ad un’attenta valutazione da parte dell’interprete in merito alla sussistenza di specifici principi di disciplina di «diritto societario della crisi»”²⁹.

“Il «diritto societario della crisi» regola la società come «organizzazione» ed «attività (di impresa)» nella fase «patologica» della crisi o comunque del declino”³⁰. Poiché il “diritto

²⁷ PORTALE G. B., *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Rivista delle società*, 2008, 11.

²⁸ La differenziazione tra diritto “primo” e diritto “secondo” ha a che fare con fenomeni caratterizzati dallo sviluppo continuo e regolare dal diritto di applicazione generale (dal diritto “primo”) di sottosistemi autonomi di norme (diritto “secondo”). Questi corpi organici e ampi di disposizioni speciali che ruotano intorno al diritto “primo” sono destinati, nel caso in cui vi siano delle lacune da colmare, ad accogliere le regole operazionali e le strutture logiche di quest’ultimo.

²⁹ TOMBARI U., *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, cit., 1148.

³⁰ TOMBARI U., *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, cit., 1148.

generale della crisi” sembra ignorare la dimensione societaria, all’interno dell’ordinamento giuridico italiano il “diritto societario della crisi” è destinato a continuare a vivere (non essendo un diritto “episodico” ed “emergenziale” correlato e connesso alla “crisi globale” che, a partire dal 2008, ha investito la maggioranza dei paesi industrializzati) e ad occupare un ruolo ben preciso.

Paragrafo 1.3 L'evoluzione della disciplina dei finanziamenti soci ed infragruppo all'impresa in crisi

Nella realtà empirica è frequente che i soci³¹, la capogruppo o le società c.d. “sorelle” effettuino dei finanziamenti a favore dell'impresa in stato di crisi. La nuova finanza apportata da questi soggetti può rappresentare uno strumento importante nella gestione negoziale della crisi³² di una società non appartenente ad un gruppo (società c.d. “autonoma”) o di una società “diretta e coordinata”³³.

Tali finanziamenti possono rappresentare:

³¹ Per soci dobbiamo intendere non solo le persone fisiche ma anche le persone giuridiche (ad esempio: società che è socia di un'altra società). Normalmente, ma non necessariamente, alle imprese in crisi i finanziamenti vengono erogati dai soci di controllo.

³² Spesso i soci, la società che esercita l'attività di direzione e coordinamento o le società c.d. “correlate” (cioè le società che risultano controllate dalla medesima compagine societaria o comunque partecipate dagli stessi soci e/o gestite dagli stessi amministratori) erogano finanziamenti alle imprese che hanno avviato o che stanno per avviare una gestione negoziale della crisi d'impresa, per rendere il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione dei debiti più appetibile e conveniente rispetto all'alternativa della procedura fallimentare, per persuadere i creditori sociali a non votare contro la proposta di concordato o ad aderire all'accordo di cui ad art. 182-bis l. fall., per coprire le perdite pregresse e ridurre l'indebitamento (con l'effetto positivo di diminuire gli oneri finanziari).

³³ Nell'ambito del “gruppo di società”, ci possiamo trovare in presenza di una crisi “di gruppo” (è la complessiva aggregazione societaria ad essere travolta dallo stato di crisi e a ricorrere ad una procedura di risanamento) oppure di una crisi “nel gruppo”. In quest'ultimo caso è la singola società controllata/collegata ad essere colpita dalla crisi e “ad intraprendere in proprio il percorso risanatorio attraverso un piano attestato, un accordo di ristrutturazione dei debiti o un concordato preventivo” (BASILE E., *Art. 217-bis l. fall. e gruppi di società*, in BBTC, 2013, parte I, 218). Spesso la società “madre” o le società c.d. “sorelle”, per risanare la situazione di crisi della controllata/collegata, erogano finanziamenti alla società “figlia”. L'operazione infragruppo viene strutturata in maniera appropriata rispetto al contesto di crisi nel quale si inserisce. Si pensi, a titolo meramente semplificato, alla conclusione di un contratto di finanziamento tra la capogruppo e la società eterodiretta “con clausola di subordinazione, che realizzi una sorta di messa in sicurezza dei creditori attuali e che in prospettiva risulti, peraltro, sostenibile dall'impresa rifinanziata e ristrutturata, specie se accompagnato da una clausola di automatica conversione del prestito subordinato in capitale di rischio nel caso di difficoltà nel servizio degli interessi e/o nella restituzione per *tranches* del capitale” (MAZZONI A., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit., 840).

- un elemento essenziale del “piano” su cui si basa la proposta di concordato preventivo³⁴ o sottostante la domanda di omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti,
- la c.d. finanza ponte necessaria all’imprenditore per la predisposizione e la presentazione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti³⁵.

L’impresa in stato di crisi potrebbe essere finanziata anche da terzi³⁶ e in particolare da istituti bancari. L’erogazione di finanziamenti da parte del sistema bancario all’impresa in crisi è

³⁴ Con il d.l. n. 35 del 2005 (convertito dalla legge 80/2005), il contenuto della proposta di concordato preventivo (e di concordato fallimentare) è stato totalmente “detipizzato”. All’imprenditore viene riconosciuta ampia libertà nel formulare la proposta di concordato. Libertà intesa sia come assenza di limiti quantitativi (il nuovo art. 160 l. fall. non impone, come invece accadeva ante riforma del 2005, il pagamento integrale dei creditori privilegiati e un soddisfacimento almeno pari al 40 per cento per i creditori chirografari con la proposta di concordato preventivo) sia come assenza di limiti per quanto riguarda la scelta della tecnica e soluzione utile a prevenire o eliminare il dissesto purché questa non pregiudichi gli interessi dei creditori ed incontri il loro consenso maggioritario. “La riforma dei concordati giudiziali (...) ha aperto la strada a una vasta gamma di interventi di ristrutturazione patrimoniale, finanziaria e societaria dell’impresa in crisi (...) che si estende dalla rinegoziazione dei debiti, anche mediante emissione di obbligazioni (ordinarie e convertibili) e di altri strumenti finanziari, alla ricapitalizzazione della società ad opera dei soci e/o di terzi, alla conversione dei debiti in capitale mediante sottoscrizione riservata ai creditori (o a società da questi partecipate), alla fusione con altra società dotata di adeguati mezzi patrimoniali e finanziari, allo scorporo di azienda e alla scissione finalizzati alla costituzione di nuove società o al trasferimento delle attività e del patrimonio per scopi del concordato. E’ consentito, inoltre, proporre l’assegnazione ai creditori dei titoli rivenienti da siffatte operazioni «in luogo» del pagamento dei crediti e produrre con ciò un radicale mutamento degli «assetti imprenditoriali» (effetto realizzabile, peraltro, anche mediante «assunzione del concordato» da parte di terzi o di società destinate a fungere da apposito «veicolo» di riconversione dei crediti insoluti)” (GUERRERA F., *Soluzioni concordatarie delle crisi e riorganizzazioni societarie*, cit., 576).

³⁵ Le “nuove risorse” date in prestito all’impresa in stato di crisi, in funzione e in epoca anteriore al deposito del ricorso di cui ad art. 161 l. fall. o della domanda prevista ad art.182-*bis* l. fall., molto spesso per il debitore sono utili ed indispensabili i) ad assicurare la continuità aziendale (nel caso in cui il concordato preventivo o l’accordo di ristrutturazione prevedano la prosecuzione dell’attività d’impresa) e quindi a garantire il pagamento di stipendi e compensi ai dipendenti e collaboratori essenziali al funzionamento dell’impresa, di tasse, imposte e ritenute d’acconto, dei contributi previdenziali, dei fornitori strategici, dei crediti derivanti da contratti ad esecuzione continuata o periodica e fondamentali alla non interruzione dell’attività, ecc ... ii) ad eseguire il deposito delle spese della procedura concordataria e a pagare i professionisti a vario titolo incaricati di prestare assistenza all’imprenditore (professionisti che contribuiscono alla stesura della domanda di concordato preventivo o dell’accordo di ristrutturazione dei debiti, professionisti che devono effettuare le varie attestazioni previste dalla legge fallimentare, professionisti che devono assistere il debitore nel giudizio di omologa).

fondamentale. Da questi apporti in genere dipende il successo della soluzione “concordata” - “partecipata” della crisi. Tendenzialmente i terzi (soprattutto le banche) sono disposti a sostenere finanziariamente la società in difficoltà se i soci di controllo o la società capogruppo contribuiscono al fabbisogno finanziario dell’impresa collettiva societaria mediante la concessione di capitale proprio o di credito oppure se viene data loro la possibilità di entrate nel capitale della società finanziata a condizioni non penalizzanti.

I finanziamenti alle imprese in crisi (a prescindere dal fatto che il finanziatore sia socio, società capogruppo o società c.d. sorella) possono essere classificati in base alla struttura degli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* l. fall.³⁷ Queste due disposizioni attribuiscono ai crediti derivanti

³⁶ Concedere finanziamenti a soggetti molto indebitati non è estraneo ai criteri di razionalità economica, a condizione che il rischio e il costo di erogare nuova finanza sia compensato da rendimenti elevati (il finanziatore applicherà per quel credito tassi più alti di quelli praticati di solito sul mercato ai debitori solidi) oppure se il rimborso del prestito è assicurato da una garanzia accordata sul patrimonio del debitore. Analogamente un soggetto già creditore di una società in stato di crisi spera, finanziandola ulteriormente ad esempio per 10, di recuperare non solo quei 10 ma, in tutto o in parte, anche la somma di denaro che aveva già prestato in precedenza e che quasi certamente in caso di insolvenza verrebbe perduta. Quando il rischio di credito è inferiore alla probabilità di recuperare la vecchia finanza, il nuovo prestito è razionale. La concessione di garanzie sul patrimonio del debitore può ridurre, totalmente o parzialmente, il maggiore rischio del finanziamento all’impresa in stato di crisi ma comporta la postergazione dei vecchi crediti rispetto al nuovo, garantito.

³⁷ Gli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* l. fall. contengono la disciplina dei finanziamenti destinati al risanamento dell’impresa in crisi. Per comprendere le ragioni sottostanti l’introduzione nell’ordinamento giuridico italiano di questa nuova disciplina, ad opera dell’art. 48 del d.l. 31 maggio 2010 n. 78 (convertito in legge 30 luglio 2010 n. 122) e dell’art. 33 del d.l. 22 giugno 2012 n. 83 (convertito in legge 7 agosto 2012 n. 134), è necessario evidenziare e sottolineare che:

- il successo di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti, molto spesso, dipende dall’apporto di nuova finanza;
- il finanziamento ad un’impresa in crisi è caratterizzato da un grado di rischio molto elevato che l’investitore è disposto ad assumersi solo se ha la certezza che il suo credito sarà integralmente rimborsato e con priorità rispetto agli altri creditori.

Nelle riforme della disciplina fallimentare del 2005 e 2006, la materia della “nuova finanza” erogata alle imprese in crisi a titolo di prestito era stata oggetto di attenzione solo indirettamente attraverso:

1. l’esonero dal rischio della revocatoria fallimentare assicurata agli atti, ai pagamenti e alle garanzie posti in essere “in esecuzione” di un piano attestato, di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato o di un concordato preventivo (art.67, comma terzo, lettera e) l. fall.);
2. la riformulazione del secondo comma dell’art. 111 l. fall. in base al quale “sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge; tali debiti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n. 1)”.

da finanziamenti concessi all'interno o prima ed in funzione dell'accesso a concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione dei debiti, il beneficio processuale della prededucibilità ai sensi dell'art. 111 l. fall. "con una serie di prescrizioni e cautele progressivamente più stringenti in ragione del momento in cui i finanziamenti sono effettuati"³⁸.

Possiamo distinguere tra finanziamenti:

- "in esecuzione di un concordato preventivo (...) ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato" (art. 182-*quater*, comma primo, l. fall.)³⁹;
- "in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti" (art. 182-*quater*, secondo comma, l. fall.);
- "in occasione" della presentazione di una domanda di ammissione al concordato preventivo, anche "con riserva", di una domanda di omologazione di un accordo di

In passato, in difetto di una disciplina sui finanziamenti alle imprese in crisi, era difficile reperire nuova finanza all'interno di una procedura di concordato preventivo o all'interno di un accordo di ristrutturazione dei debiti perché se il tentativo "concordato" - "partecipato" di superamento della crisi andava male e si aveva la dichiarazione di fallimento allora quei finanziamenti sarebbero stati finanziamenti a fondo perduto. Questo costituiva una sorta di disincentivo naturale all'erogazione di risorse finanziarie "fresche" all'impresa in crisi.

Negli anni 2010 e 2012, si è provveduto a colmare la lacuna mediante l'inserimento nel corpo della legge fallimentare di alcune regole di notevole impatto sistematico ed incentivanti l'erogazione alle imprese in stato di crisi di nuove risorse finanziarie. Oltre agli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* l. fall., nel Regio Decreto 16 marzo 1942 n. 267, sono state create, ad opera dell'art. 217-*bis* l. fall. (rubricato "Esenzioni dai reati di bancarotta"), una serie di esimenti dai reati di bancarotta semplice e di bancarotta fraudolenta per i pagamenti e le operazioni compiute "in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-*bis* o del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), ovvero di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'articolo 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182-*quinquies* e alle operazioni di finanziamento effettuate ai sensi dell'articolo 22-*quater*, comma 1, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116, nonché ai pagamenti ed alle operazioni compiuti, per le finalità di cui alla medesima disposizione, con impiego delle somme provenienti da tali finanziamenti".

³⁸ BARTALENA A., *Crediti accordati in funzione o in esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*quater* l. fall.)*, in *Società, Banche e crisi d'impresa, Liber amicorum Pietro Abbadessa*, volume III, Torino, Utet Giuridica, 2014, 2947.

³⁹ Si tratta di finanziamenti che vengono effettuati affinché l'impresa possa assolvere ed onorare gli obblighi e gli impegni assunti verso i creditori con il concordato preventivo o con l'accordo di ristrutturazione dei debiti omologato.

ristrutturazione dei debiti o di una proposta di accordo ai sensi del sesto comma dell'art.

182-*bis* l. fall. (art. 182-*quinquies*, commi da primo a terzo, l. fall.)⁴⁰

Considerato che i “finanziamenti-ponte”, i “finanziamenti autorizzati” e i “finanziamenti in esecuzione” di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti vengono di solito concessi dai soci, dalla capogruppo o dalle società “correlate” in una crisi o in vicinanza di una crisi, dovrebbero trovare applicazione gli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c.⁴¹

⁴⁰ I primi tre commi dell'art. 182-*quinquies* l. fall. prevedono la possibilità per il debitore, che presenta una domanda di concordato, anche senza piano, una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione o un'istanza di moratoria delle azioni esecutive e cautelari *ex* art. 182-*bis*, sesto comma. l. fall., di essere autorizzato a contrarre finanziamenti prededucibili (anche individuati soltanto per tipologia ed entità e non ancora oggetto di trattative) necessari per l'esercizio dell'attività d'impresa fino all'omologa e a concedere pegno o ipoteca a garanzia dei medesimi finanziamenti.

⁴¹ Il primo comma dell'art. 2467 c.c. dispone che “il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito”. Il precetto normativo del primo comma è doppiamente impreciso perché è il diritto di credito originato in capo al socio dal finanziamento da lui effettuato ad essere postergato e sono le somme rimborsate nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento ad essere oggetto dell'obbligo di restituzione. Il secondo comma dell'art. 2467 c.c. statuisce che “ai fini del precedente comma s'intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento”.

Un aspetto fondamentale del fenomeno della direzione e coordinamento di società è regolato dalla proposizione normativa dell'art. 2497-*quinquies* c.c. che stabilisce che “ai finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti si applica l'articolo 2467”. Il gruppo costituisce un modello organizzativo per lo svolgimento di attività d'impresa in cui all'unitarietà del fenomeno imprenditoriale sotto il profilo economico corrispondono più società formalmente e giuridicamente indipendenti. La caratteristica “unicità di interesse economico e pluralità di centri giuridici” qualifica il fenomeno del “gruppo di società” e viene in evidenza ed esaltata nelle operazioni finanziarie tra controllante e controllata e tra società sottoposte a comune controllo. La circolazione dei flussi di liquidità tra le varie entità che fanno parte del gruppo secondo condizioni e termini diversi da quelli praticati sul mercato normalmente è consentita dall'unità creata dal collegamento di gruppo. La “metamorfosi” del titolo giuridico in base al quale la finanza viene acquisita sul mercato “esterno” dei capitali è resa possibile dalla molteplicità e pluralità di masse patrimoniali. La società capogruppo può prestare somme di denaro, derivanti da un aumento di capitale sociale sottoscritto da investitori “terzi”, alle proprie controllate oppure può canalizzare il mutuo erogato dal ceto bancario alle entità dirette e coordinate per incrementare la sua dotazione di mezzi propri.

Le disposizioni dettate da questi due articoli del codice civile non si applicano a tutti i finanziamenti effettuati dai soci di società a responsabilità limitata e da società del medesimo gruppo ma solo ai finanziamenti dei soci e infragruppo concessi nelle situazioni critiche individuate dal secondo comma dell'art. 2467 c.c. La duplice regola della postergazione del credito e della restituzione del rimborso prefallimentare, di cui al primo comma dell'art. 2467 c.c., opera in presenza di due circostanze: “eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto” ovvero “situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento”⁴².

⁴² La relazione illustrativa al d.lgs. n. 6/2003 non ha definito in cosa consistano le due situazioni “anomale” del secondo comma dell'art. 2467 c.c. ma ha dato all'interprete l'incarico di “ricercare se la causa del finanziamento è da individuare nel rapporto sociale (e non in un generico rapporto di credito)” assieme all'esortazione “ad adottare un criterio di ragionevolezza, con il quale si tenga conto della situazione della società e la si confronti con i comportamenti che nel mercato sarebbe appunto ragionevole aspettarsi”. Questo significa che i due elementi (“eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto” e “situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento”) devono essere:

- interpretati tenendo conto dell'appartenenza o meno ad un gruppo della società (nella giurisprudenza italiana è stata evidenziata più volte l'esigenza di considerare le “specificità” di una società c.d. di gruppo, allorquando ad essa si debba applicare una disposizione dettata dal legislatore per una società c.d. monade);
- valutati su un piano meramente oggettivo, senza cercare di capire se al momento della concessione del prestito nel pensiero del finanziatore “albergasse amore per la società oppure spirito speculativo” (CAMPOBASSO M., *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, in *S.r.l. commentario dedicato a G. B. Portale* a cura di A. A. Dolmetta e G. Presti, Milano, Giuffrè, 2011, 240).

Occorre domandarsi se, in quella specifica situazione, un normale operatore di mercato sarebbe stato disponibile o meno a concedere credito alla società. Nell'ipotesi di gruppo di società, per “normale operatore di mercato” deve intendersi un terzo esterno al gruppo, il quale deve valutare se la complessiva situazione economica dell'impresa collettiva societaria, stimata considerando gli aspetti positivi e negativi derivanti dall'inserimento della società nel gruppo, offre o meno adeguate garanzie di rimborso del finanziamento. Le fattispecie del “finanziamento soci” e del “finanziamento infragruppo” rilevanti ai fini dell'applicazione degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. potranno considerarsi integrate in caso di risposta negativa al quesito. Le disposizioni sul corretto finanziamento di un'impresa (sia “autonoma” sia “diretta e coordinata”) in questa ipotesi vengono violate “dal momento che la ragione economica del finanziamento risiederebbe esclusivamente nella volontà” di traslare il rischio di salvataggio della società c.d. “atomo” sui creditori esterni ovvero “di esternalizzare il rischio d'impresa a danno dei creditori sociali «esterni al gruppo» ed a vantaggio dei creditori c.d. interni al gruppo (società madre o società sorella)” (TOMBARI U., *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, Giuffrè, 2010, 70).

I maggiori rischi di comportamenti opportunistici da parte dei soci o da parte della società che esercita attività di direzione e coordinamento si annidano in queste situazioni, posto che i soci o la capogruppo che finanziano la società in stato di difficoltà godono di asimmetrie informative⁴³ e sono portatori di un interesse difforme rispetto a quello dei creditori. Il sopraggiungere di una situazione di crisi nell'impresa organizzata in forma societaria spinge i soci a finanziare l'esercizio dell'attività con capitale di credito e ad incidere sulle scelte gestorie degli amministratori per indurli a porre in essere affari fortemente aleatori. Si instaura tra soci e creditori una comunione di rischio (in ragione della probabilità di non riuscire a conseguire il rimborso del credito) ma non una comunione di interessi. I principali beneficiari dell'esito positivo delle operazioni compiute dagli amministratori sono i soci perché titolari della pretesa residuale sul patrimonio sociale e quindi destinatari, anche, di un suo incremento eventuale. In caso di apertura di una procedura di insolvenza, conseguente all'insuccesso degli affari intrapresi dall'organo gestorio, i soci sono legittimati a partecipare al concorso in funzione della posizione creditoria acquisita con l'erogazione del finanziamento. Mantenere in vita un'impresa decotta comporta il rischio di una riduzione e consumazione della residua massa attiva sulla quale i creditori sociali avrebbero potuto soddisfarsi nel caso in cui si fosse optato immediatamente per una gestione negoziale della crisi oppure per l'apertura della procedura fallimentare.

Una simile situazione di rischio si manifesta ed emerge in maniera ancora più marcata ed evidente all'interno del gruppo di società. Tra organismo finanziatore e organismo finanziato esiste, in via mediata o diretta, un legame - una connessione partecipativa che fa emergere la stessa problematica giuridica trattata ed affrontata dall'art. 2467 c.c. Gli amministratori della società che esercita attività di direzione e coordinamento hanno un potere di intervento molto forte ed intenso sulla gestione dell'entità eterodiretta. La società che dirige e coordina "si trova in una situazione di vantaggio informativo e di influenza sulla gestione della altrui impresa non meno intensa di quella che connota la posizione del socio di s.r.l."⁴⁴. "Non è difficile in effetti constatare che nell'ipotesi di finanziamenti infragruppo si presentano molti dei dati che sono parsi alla base dell'art. 2467 c.c.: l'individuazione in particolare di un'operazione finanziaria che, per

Con gli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. si vuole evitare che il finanziatore (socio, capogruppo o società c.d. correlata), in una posizione di vantaggio informativo, trasferisca in modo consapevole il rischio di impresa sugli "altri" creditori. Sulla base di questa premessa, è da osservare che le situazioni critiche di cui al secondo comma dell'art. 2467 c.c. debbano sussistere al momento dell'erogazione del finanziamento ed è irrilevante, ai fini dell'applicazione della disciplina di cui si discute, il fatto che si verificano successivamente alla concessione del finanziamento.

⁴³ Si presuppone la conoscenza dello stato di crisi della società finanziata da parte dei soci e delle società del medesimo gruppo. Questi, infatti, godono di poteri di controllo e di intervento pregnanti.

⁴⁴ MAUGERI M., *I finanziamenti "anomali" endogruppo*, in *BBTC*, 2014, parte I, 727.

la posizione di chi la effettua, non si risolve in un mero investimento, ma costituisce un momento di esercizio dell'impresa, se si vuol dire del suo governo, e che perciò non può essere sottratta al rischio tipico di tale posizione"⁴⁵.

Gli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. delineano un vero e proprio principio generale di "corretto finanziamento" e di "equilibrata gestione" dell'impresa in situazione di squilibrio (sia "autonoma" sia "diretta e coordinata"⁴⁶).

La dimensione finanziaria della società ha un rilievo centrale nella legislazione fallimentare. La nozione di insolvenza (art. 5 l. fall.):

- rappresenta il presupposto oggettivo delle procedure di fallimento, di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e della liquidazione coatta amministrativa;
- è connessa alla situazione finanziaria della società, infatti, il secondo comma dell'art. 5 l. fall. prevede che "lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni".

Lo stato di insolvenza si risolve in una condizione di crisi finanziaria che si traduce sostanzialmente in una situazione di illiquidità non momentanea⁴⁷.

⁴⁵ ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2003, 47- 48.

⁴⁶ Non sono sostituiti e surrogati dal rimedio della postergazione legale gli strumenti di tutela edificati dalla disciplina dell'attività di direzione e coordinamento (artt. 2497 ss. c.c. "Direzione e coordinamento di società") per i creditori c.d. "esterni". Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla responsabilità diretta, delineata dall'art. 2497 c.c., della società o ente capogruppo verso i creditori e i soci della società "dipendente". La fattispecie - figura di responsabilità delineata dal primo comma dell'art. 2497 c.c. pare richiedere come elementi costitutivi che la società o ente capogruppo *a*) abbia esercitato la propria attività di direzione e coordinamento, *b*) con "egoismo imprenditoriale", *c*) in violazione dei "principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale" delle società eterodirette e *d*) arrecando ai soci e/o ai creditori delle società "sottoposte" un danno nella forma, rispettivamente, di "un pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale" ovvero di "una lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società".

⁴⁷ Sotto il profilo della tempestività dell'adempimento, per capire se un imprenditore è insolvente, occorre distinguere tra difficoltà momentanea e difficoltà temporanea. Colui che esercita attività d'impresa si trova in una situazione di difficoltà momentanea se è in grado di reperire in un ragionevole lasso temporale i mezzi normali di pagamento necessari per estinguere le passività. Una dilazione di pagamento è ammissibile e il fatto che il debitore paghi in ritardo non significa che sia necessariamente insolvente. La difficoltà momentanea è giuridicamente irrilevante. Viceversa, nell'ipotesi in cui la difficoltà non sia meramente momentanea, ma sia temporanea (il debitore è in grado di reperire i mezzi necessari a far fronte alle proprie obbligazioni ma non in un "lasso ragionevole di tempo" - ad esempio nell'arco di un

Muovendo da questa premessa (l'insolvenza è l'incapacità di far fronte regolarmente alle obbligazioni e si sostanzia nella illiquidità), l'affermazione secondo la quale "non vale ad escludere l'insolvenza l'eccedenza dell'attivo sul passivo" (Cass. 15 marzo 1994, n.2470) risulta coerente. L'insolvenza non implica necessariamente uno sbilancio patrimoniale. Dall'esame delle norme che disciplinano il contenuto del bilancio emerge che il patrimonio netto risulta anche dal computo dei cespiti iscritti nell'attivo dello stato patrimoniale che costituiscono immobilizzazioni e che non consentono, in via immediata, di trarre liquidità (si pensi agli impianti, ai macchinari, ai beni immateriali, ecc ...). Se l'eccedenza di attivo sul passivo viene valutata positivamente dagli istituti di credito e il debitore riesce ad ottenere dei finanziamenti dalle banche allora l'imprenditore è in grado di adempiere le proprie obbligazioni grazie alla liquidità messa a disposizione da chi gli accorda il credito. Se questo non accade può esservi carenza di liquidità e quindi insolvenza. Analogamente una eccedenza di passivo sull'attivo non comporta necessariamente l'insolvenza. Finché colui che esercita l'attività d'impresa può accedere al credito (in virtù di garanzie prestate da terzi o in considerazione delle prospettive di ampliamento, di sviluppo, progettuali relative all'impresa) non versa in stato di insolvenza. Per questa ragione, la dottrina prevalente ritiene che le risultanze contabili siano non decisive ai fini dell'accertamento dello stato di insolvenza.

Per lo "stato di crisi" *ex art. 160 l. fall.* (che costituisce il presupposto oggettivo per l'ammissione a concordato preventivo e per la domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui ad *art. 182-bis l. fall.*) è possibile giungere ad una conclusione analoga a quella formulata per lo stato di insolvenza: per verificare la presenza o meno dello stato di insolvenza e dello stato di crisi non è sufficiente l'analisi delle scritture contabili. Lo stato di crisi è una condizione che attiene essenzialmente al profilo finanziario dell'attività e si sostanzia generalmente in una crisi finanziaria. Sia lo stato di crisi sia lo stato di insolvenza sono destinati ad incidere sulla capacità dell'imprenditore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni.⁴⁸

anno o due anni -), si deve valutare se questa incapacità di adempiere integri o meno uno stato di insolvenza.

⁴⁸ Nel concetto di stato di crisi rientra sicuramente lo stato di insolvenza. Il d.l. del 30 dicembre 2005 n. 273 ha precisato all'ultimo comma dell'art. 160 l. fall. che "(...) per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza". Quindi il *genus* è lo stato di crisi e la *species* è lo stato di insolvenza. Lo stato di insolvenza è una delle forme che può assumere lo stato di crisi. Volendo tracciare una differenza tra stato di crisi e stato di insolvenza potremmo dire che la crisi può essere reversibile mentre l'insolvenza non è reversibile. La reversibilità dipende dal fatto che ci sono soggetti disposti a finanziare la società in difficoltà.

Con l'introduzione nel tessuto normativo del codice civile degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* l'obiettivo perseguito dal legislatore della riforma del diritto societario del 2003 è stato quello di combattere la "sottocapitalizzazione nominale" delle società⁴⁹.

La prospettiva delle due disposizioni di diritto commerciale è sia finanziaria sia patrimoniale⁵⁰, infatti, l'impresa collettiva societaria è munita di un capitale sociale superiore a quello minimo

⁴⁹ La società versa in una condizione di c.d. "sottocapitalizzazione nominale" quando "è dotata di mezzi propri (capitale nominale ed altre voci del patrimonio netto) assolutamente insufficienti, ed è mantenuta in vita mediante risorse apportate" (CAMPOBASSO M., *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, cit., 238) a titolo di prestito dai soci, dalla capogruppo o dalle società c.d. "sorelle". Si parla di "finanziamenti sostitutivi di capitale" perché i finanziamenti soci e infragruppo rimediano alla scarsità di capitale e ai mancati conferimenti.

⁵⁰ Il secondo comma dell'art. 2467 c.c. richiama i concetti di "sovraindebitamento" e di "ragionevolezza del conferimento". E' necessario determinare quando una società può essere considerata sovraindebitata (questo comporta una valutazione oggettiva delle condizioni patrimoniali e finanziarie della società) ed individuare quando è "ragionevole effettuare un conferimento".

Non è possibile predefinire un livello di indebitamento massimo sopportabile da un'impresa senza fallire. Solo dopo aver analizzato tutte le caratteristiche del caso concreto (capacità redditizia, tipo di attività svolta, ammontare dei debiti, struttura dei costi, ecc ...), si può affermare che la situazione finanziaria della società è tale da mettere a repentaglio la capacità di onorare i debiti.

In via generale è possibile dire che un eccessivo indebitamento può porre la società debitrice a rischio insolvenza e che il finanziamento del socio, della capogruppo o delle società c.d. "correlate" è postergato se, nel momento in cui viene concesso, vi è una elevata probabilità che la società non sia in grado, rimborsandolo, di far fronte regolarmente alle pretese degli altri creditori. Se il merito creditizio non supera il livello dell'*investment grade* si applicano gli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. Questo rende utilizzabili come elementi di prova i rating assegnati da banche o società indipendenti al debitore e, in mancanza, si dovrà ricorrere ad un'analisi della situazione patrimoniale e finanziaria della società al momento della concessione del prestito.

Per quanto riguarda il secondo parametro richiamato dall'art. 2467 c.c., dal punto di vista economico, è ragionevole effettuare un conferimento se permette alla società di acquisire i mezzi finanziari di cui ha bisogno a condizioni più favorevoli di un prestito. Secondo gli studiosi di finanza aziendale, tale circostanza si manifesta solo quando l'indebitamento ha raggiunto il punto di equilibrio finanziario (cioè la combinazione tra capitale di rischio e capitale di credito che consente di massimizzare il valore dell'impresa). Se la società ha raggiunto l'equilibrio finanziario ed è intenzionata ad incrementare i propri mezzi finanziari allora è ragionevole che faccia ricorso a nuovi conferimenti perché l'assunzione di nuovi debiti farebbe perdere valore al complesso aziendale. Per valutare la ragionevolezza di un conferimento dal punto di vista giuridico, il concetto di equilibrio finanziario è un parametro non utilizzabile sia perché non è possibile con certezza accertare il raggiungimento di un livello ottimale di indebitamento (obiettivo ideale della gestione finanziaria aziendale) sia perché la quantificazione della progressiva svalutazione del complesso aziendale correlata all'aumentare del rischio di insolvenza è aleatoria e soggettiva. Ai fini

previsto dalla legge ma inferiore rispetto a quanto sarebbe necessario per esercitare l'attività d'impresa (sarebbe stato opportuno dotare la società di un patrimonio netto superiore).

Il presupposto della duplice regola della postergazione e della restituzione del rimborso ricevuto nell'anno anteriore al fallimento, per come individuato dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c., si accompagna in genere anche ad una crisi sotto il profilo finanziario.

Il criterio del “corretto finanziamento”, dettato dalle due disposizioni societarie dedicate ai finanziamenti soci ed infragruppo, tutela in modo efficace le ragioni dei creditori “esterni” alla società “autonoma” e dei creditori della società eterodiretta ma, prevedendo la postergazione dei finanziamenti erogati dai soci o dalla capogruppo alle controllate nelle situazioni critiche individuate dal secondo comma dell'art. 2467 c.c., minimizza l'incentivo del socio o dell'ente che esercita attività di direzione e coordinamento “a finanziare tentativi efficienti di salvataggio” della propria società o della società controllata⁵¹.

La prospettiva di subire la postergazione del finanziamento può scoraggiare gli investimenti astrattamente produttivi (in quanto effettuati in presenza di un piano di ristrutturazione credibile) e connotati da una elevata rischiosità in tre modi:

1. può chiaramente disincentivare i finanziamenti soci ed infragruppo;
2. può non permettere finanziamenti di terzi (in genere, di istituti di credito già esposti), la cui effettuazione sia condizionata all'apporto di nuove risorse da parte dei soci o delle società del medesimo gruppo;
3. può impedire l'erogazione di finanza anche da parte di nuovi finanziatori volenterosi di intervenire nella ristrutturazione mediante un mix di capitale di credito e di capitale di rischio.

Teoricamente sarebbe appropriato frenare solo i finanziamenti che non creano valore ma lo distruggono. La soluzione è tuttavia complicata, essendo difficile distinguere *a priori* tra buoni e cattivi piani. La scelta operata dal legislatore italiano è più articolata rispetto alla soluzione tedesca di esentare dalla postergazione (regola generale prevista per i prestiti dei soci in qualsiasi momento concessi alla società) solo i finanziamenti erogati dai nuovi soci, che diventano cioè tali in conseguenza della ristrutturazione (*Sanierungsprivileg*). Nell'ordinamento giuridico italiano è stata parzialmente superata l'applicazione della regola della postergazione “in seguito all'introduzione di un principio di «diritto societario della crisi» contenuto nel terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall.”⁵², in virtù del quale i finanziamenti concessi dai soci, dalla

dell'applicazione degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c., si può concludere che è ragionevole effettuare un conferimento al posto di un prestito quando la società non sarebbe in grado di restituire il debito o comunque per farlo metterebbe a repentaglio il regolare pagamento degli altri creditori.

⁵¹ MAUGERI M., *I finanziamenti “anomali” endogruppo*, cit., 744.

⁵² TOMBARI U., *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, cit., 1150.

controllante o dalle società c.d. “sorelle” “in esecuzione” ed “in funzione” di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti sono prededucibili “fino all’80 per cento del loro ammontare” ed “in deroga agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c.”.

Occorre, a questo punto, chiedersi come il terzo comma dell’art. 182-*quater* l. fall. (tassello del “diritto societario della crisi”) si colloca rispetto al “diritto societario generale”.

Una parte della dottrina⁵³ evidenzia l’esistenza di un contrasto tra “diritto societario generale” e “diritto societario della crisi”. L’art. 182-*quater* l. fall. si pone in controtendenza rispetto al principio civilistico della postergazione dettato dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. Le due disposizioni del codice civile considerano i finanziamenti dei soci ed infragruppo come un “fattore di anomalia” (una condotta potenzialmente abusiva dei partecipanti all’impresa i quali, conservando il diritto di percepire i guadagni, cercano di traslare le perdite dell’attività di impresa sui creditori); viceversa per l’art. 182-*quater* comma terzo l. fall., con il quale la disciplina concorsuale ha preso contezza del fenomeno dei finanziamenti dei soci e infragruppo, questi rappresentano, in presenza di certe condizioni, una “condotta virtuosa” (una “opportunità”), anche per gli altri creditori (in quanto finanziamenti strumentali al superamento dello stato di crisi dell’impresa). Il “diritto societario della crisi” premia con la prededuzione il credito del finanziatore socio, società capogruppo e società c.d. “correlata”, seppur nei limiti dell’80 per cento⁵⁴.

⁵³ TOMBARI U., *Principi e problemi di “diritto societario della crisi*, cit., 1138 ss. e BRIOLINI F., *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. e sull’art. 182-quater l. fall.*, in *BBTC*, 2012, parte I, 523 ss.

⁵⁴ Con la disciplina dei finanziamenti-soci ed infragruppo destinati al risanamento dell’impresa in crisi “il legislatore italiano non si è limitato ad introdurre una semplice «deroga» alle regole dettate dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c., ma ha posto le premesse per un’autentica «metamorfosi» della posizione giuridica dei soci o delle società infragruppo che abbiano effettuato finanziamenti in situazioni di «eccessivo squilibrio dell’indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un finanziamento» (ABRIANI N., *Finanziamenti “anomali” dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, in *Diritto delle società oggi, Scritti in onore di G. Zanarone*, 2011, 49). Il credito originato da finanziamenti erogati dai soci, dalla capogruppo o dalle società c.d. “sorelle” “in esecuzione” e “in funzione” di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti subisce una radicale trasformazione: viene sottratto alla duplice regola della postergazione e dell’immediata restituzione dei rimborsi ricevuti nell’anno anteriore al fallimento e fatto assurgere, ad opera del terzo comma dell’art. 182-*quater* l. fall., al rango di prededucibile ai sensi dell’art. 111 l. fall.

Secondo alcuni studiosi di diritto commerciale e di diritto della crisi d’impresa, la disciplina delineata dal terzo comma dell’art. 182-*quater* l. fall. non sancisce una “trasformazione radicale” (un’elevazione del rango nell’ordine di distribuzione) dei crediti dei soci e delle società appartenenti al medesimo gruppo. Si tratta non di crediti sorti in regime di postergazione che vengono “promossi” a prededucibili ma di crediti

Da un esame approfondito degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. e dell'art. 182-*quater* l. fall., secondo un altro orientamento della dottrina⁵⁵, si desume che vi è, in realtà, un *fil rouge* che lega le disposizioni di “diritto societario della crisi” e di “diritto societario generale”, le quali finiscono per essere espressione del principio generale di “corretta gestione di un’impresa in crisi”. L’art. 182-*quater* terzo comma l. fall. “non è affatto una norma di indiscriminato favore”⁵⁶. Il finanziamento a sostegno dell’impresa in stato di crisi è stimolato con il riconoscimento della prededucibilità se e in quanto il reperimento di nuova finanza tramite indebitamento è strumentale e coerente rispetto ad una soluzione della crisi attribuita ad un concordato preventivo o a un accordo di ristrutturazione. La concessione di nuova finanza presuppone indefettibilmente la predisposizione di una dettagliata strategia di soluzione della crisi e l’attestazione da parte di un professionista, designato dal debitore ed in possesso dei requisiti di cui ad art. 67 comma terzo lettera d) l. fall., dell’effettiva capacità dell’impresa di rimborsare il prestito secondo le tempistiche del piano nonché della funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori in base al dettato dell’art. 186-*bis* l. fall.⁵⁷. L’ordinamento giuridico italiano non considera la scelta della società in crisi di ricorrere al credito e non all’autofinanziamento incompatibile con i principi di corretta amministrazione⁵⁸ (come indicano

che “nascono” già prededucibili in misura dell’80 per cento (si formano, infatti, “in esecuzione” di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione omologato o “in funzione” della presentazione della domanda di ammissione alla procedura concordataria o della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti). Essi “non beneficiano di nessun *upgrading*, ma sono *ab origine* sottoposti al regime dell’eventuale prededucazione” (SCIUTO M., *I finanziamenti dei soci nell’art.2467 c.c. e nell’art.182-quater L. Fall.*, cit., 2011, 513).

⁵⁵ NIEDDU ARRICA F., *Finanziamento e sostenibilità dell’indebitamento dell’impresa in crisi*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, parte I, 808 ss. e AMBROSINI S., *La tutela dei finanziamenti all’impresa in crisi*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali* diretto da Vassalli F., Luiso F.P., Gabrielli E., volume IV, Torino, Giappichelli, 2013, 450 - 451.

⁵⁶ AMBROSINI S., *La tutela dei finanziamenti all’impresa in crisi*, cit., 450.

⁵⁷ Rappresenta, per definizione, una corretta politica finanziaria il ripristino dell’equilibrio per mezzo dell’aumento del netto e nell’ipotesi di acquisizione di nuove risorse tramite indebitamento; i canoni di adeguatezza, pianificazione e lealtà verso i creditori sono rispettati se e nella misura in cui vi sia coerenza tra il programma di risanamento e accensione di nuovi debiti e un professionista indipendente attesti la sostenibilità del rimborso dei finanziamenti.

⁵⁸ Nell’ordinamento italiano non vi è una norma che espressamente preveda l’obbligo o il dovere per chiunque gestisca un’impresa di farlo secondo criteri di correttezza imprenditoriale ma è prevista una disposizione che ne sanziona l’inosservanza. L’art. 2497 c.c. individua una specifica disciplina della responsabilità in capo alla società o ente che esercita attività di direzione e coordinamento su altra società. Tale responsabilità si estrinseca sia verso i soci (per i danni da questi sofferti quale mancato aumento della redditività o diminuzione di valore della partecipazione) sia verso i creditori della società (quando

chiaramente gli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* l. fall.), ma richiede che ciò accada secondo regole ben precise, il cui rispetto è indispensabile per poter restituire in prededuzione il denaro ricevuto in prestito.

Ne consegue che la previsione del terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. non si pone in contrasto con gli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. Dalla lettura congiunta di tali norme, emerge una ripugnanza dell'ordinamento “verso la condotta dell'imprenditore in crisi, il quale copra

tale esercizio provochi l'insufficienza del patrimonio della società eterodiretta a garantire le ragioni creditorie) e sussiste qualora la direzione e coordinamento siano stati esercitati “in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale” della società controllata. L'utilizzo del binomio “corretta gestione societaria e imprenditoriale” suggerisce che la corretta gestione deve essere giudicata sotto due diversi profili:

1. in prospettiva societaria cioè prendendo in considerazione le norme di diritto societario prescrittive di obblighi e doveri gestori rapportati al tipo di società adottato come forma organizzativa dell'impresa;
2. in prospettiva imprenditoriale controllando, cioè, l'osservanza degli obblighi e dei doveri che la legge fa derivare dal fatto che la gestione ha per oggetto un'impresa.

Una corretta gestione societaria, che attiene essenzialmente alla disciplina organizzativa del soggetto imprenditore, costituisce solo un profilo dell'ampio compito gestorio e “consiste nel prestare diligenza e perizia anche nella cura o trattamento, in prospettiva imprenditoriale, di interessi diversi da quello o quelli riferibile/i alla società” (MAZZONI A., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit., 830).

I principi di corretta gestione societaria e i principi di corretta gestione imprenditoriale sono destinati ad integrarsi a vicenda. L'obbligo o dovere societario di gestire correttamente nell'interesse sociale, come l'obbligo o dovere imprenditoriale di gestire correttamente, è sicuramente riconducibile allo schema di uno *standard*.

La corretta gestione imprenditoriale deve essere valutata alla stregua della *honest business judgment rule* (da tempo applicata agli amministratori di società) ed utilizzando il parametro imprenditoriale della prospettiva di continuità dell'impresa (ovvero la costante della prospettiva di continuità aziendale).

Si devono considerare conformi a corretta gestione imprenditoriale le decisioni che il gestore adotta, nella prospettiva della continuità aziendale, con *honest business judgment* cioè “le decisioni che, secondo una valutazione di ragionevolezza controllabile soltanto *ex post*, risultino essere state prese in coerenza con l'obiettivo di mantenere l'impresa in condizioni tali da poter rimanere indefinitamente sul mercato, auto generando le risorse per la propria continuità” (MAZZONI A., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit., 831).

Quando la prospettiva della continuità viene meno o non sussiste *ab inizio* (è l'ipotesi dell'impresa sottocapitalizzata *ab origine* cioè dell'impresa intenzionalmente dotata di un capitale sociale inadeguato a finanziare le attività programmate e quindi appare una scelta inevitabile il ricorso al finanziamento esterno) l'*honest business judgment* non può rivestire le scelte che non prendono contezza di tale circostanza.

l'esposizione debitoria contraendo nuovi debiti al di fuori di una soluzione della crisi programmata dagli amministratori, verificata dal professionista attentatore e concordata con i creditori"⁵⁹.

Sia che si aderisca alla prima soluzione interpretativa (contrasto tra "diritto societario della crisi" e "diritto societario generale") sia che si opti per il secondo orientamento della dottrina (esistenza di un filo conduttore tra "diritto societario generale" e "diritto societario della crisi"), si pone il problema di individuare e definire "in quali ipotesi, a quali condizioni ed eventualmente entro quali limiti i crediti derivanti dai finanziamenti-soci ed infragruppo «in esecuzione», «in funzione» e «in occasione» siano da considerare prededucibili in ossequio ad un principio di «diritto societario della crisi»"⁶⁰ (e ipotizzando una "discordia" tra "diritto societario della crisi" e "diritto societario generale", in deroga a quest'ultimo complesso normativo).

Il terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. circoscrive la prededuzione ai crediti da finanziamento sorti nell'ambito di un concordato preventivo di cui agli artt. 160 e ss. l. fall e di un accordo di ristrutturazione dei debiti di cui ad art. 182-*bis* l. fall. e ne limita la portata, sul piano quantitativo, all'80 per cento dell'ammontare credito. Questa norma della legge fallimentare subordina l'attribuzione del beneficio della prededuzione al riscontro di un duplice coesenziale presupposto (sia soggettivo sia oggettivo).

Per i finanziamenti c.d. interinali, l'art. 182-*quinquies* l. fall. non richiede per il finanziatore alcun requisito soggettivo e non richiama, a differenza del terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall., gli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. Di qui l'alternativa tra qualificare i crediti derivanti dai finanziamenti soci ed infragruppo:

- postergati ai sensi degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c.,
- prededucibili all'80 per cento (in applicazione analogica del terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall.),
- totalmente prededucibili.

⁵⁹ NIEDDU ARRICA F., *Finanziamento e sostenibilità dell'indebitamento dell'impresa in crisi*, cit., 814.

⁶⁰ TOMBARI U., *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, cit., 1150.

Capitolo 2 Il principio generale del “diritto societario della crisi” per i finanziamenti infragruppo: “la prededucibilità attenuata”

Paragrafo 2.1 L’ambito oggettivo di applicazione dell’articolo 182-*quater* terzo comma della Legge Fallimentare

La “deroga agli articoli 2467 e 2497-*quinqüies* del codice civile”, prevista dal terzo comma dell’art. 182-*quater* l. fall., incontra una prima limitazione di carattere oggettivo legata al tipo di procedura prescelta dal debitore. Il riconoscimento del carattere della prededucibilità concerne i crediti relativi a finanziamenti concessi nell’ambito o “in funzione” della procedura di concordato preventivo di cui agli artt. 160 ss. l. fall. ovvero dell’istituto dell’accordo di ristrutturazione dei debiti previsto dall’art. 182-*bis* l. fall. ma non si estende ai finanziamenti erogati nel contesto di un piano di risanamento. Rispetto a questi ultimi, il problema del rapporto tra le norme di diritto concorsuale e le disposizioni societarie sembra porsi, sostanzialmente, in termini di reciproca indifferenza. L’unico punto di contatto tra i due sistemi normativi (“diritto societario” e “diritto concorsuale”) emerge dall’interrogativo se l’esonero dall’azione revocatoria fallimentare, previsto dall’art. 67 comma terzo lettera d) l. fall. per “gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell’impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria”, riguardi anche l’obbligo di restituzione delle somme rimborsate nell’anno anteriore alla dichiarazione di fallimento di cui al primo comma dell’art. 2467 c.c.⁶¹

⁶¹ La questione (se il rimborso di finanziamenti dei soci ed infragruppo effettuato in esecuzione di un piano di risanamento attestato sia soggetto all’obbligo di restituzione alla massa in caso di fallimento oppure sia irrevocabile) trova divergenti risposte. Secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, i piani *ex art. 67* comma terzo lettera d) l. fall. sono ininfluenti per l’applicazione dell’art. 2467 c.c., infatti, non consentono deroghe all’obbligo di restituire le somme rimborsate entro l’anno dal fallimento. Qualora si consentisse nei confronti dei finanziamenti soci ed infragruppo concessi nell’ambito di un piano di risanamento l’esclusione dalla revocatoria fallimentare, la finalità dell’obbligo di restituzione, dettato dal primo comma dell’art. 2467 c.c., verrebbe frustrata e sarebbe ancora più accentuata l’assenza di incentivi all’adozione di un piano di risanamento attestato, per gli elevati rischi inerenti agli interventi creditizi a suo sostegno (CAMPOBASSO M., *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, cit., 264; BRIZZI F., *La fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2013, 6, 853; ABRIANI N., *Finanziamenti “anomali” dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a*

Il piano di risanamento attestato costituisce uno strumento di composizione concordata della crisi d'impresa di importanza non inferiore rispetto all'accordo di ristrutturazione dei debiti e al concordato preventivo. Si tratta, allora, di comprendere la *ratio* sottostante la scelta normativa di escludere dal trattamento preferenziale accordato dal terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall., i finanziamenti soci ed infragruppo concessi nell'ambito o "in funzione" di un piano *ex art.* 67 comma terzo lettera d) l. fall. Quest'ultimo strumento di composizione stragiudiziale della crisi è teso al "risanamento della esposizione debitoria dell'impresa" e al "riequilibrio della sua situazione finanziaria" e richiede l'attestazione della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano da parte di un professionista indipendente. Nel piano di risanamento attestato, a differenza di quanto accade nelle ipotesi cui si riferiscono gli artt. 160 ss., 182-*bis* e 182-*quater* l. fall., sono assenti "i momenti che sono parsi qualificanti della condivisione (da parte dei creditori) e del controllo (ad opera del Tribunale in sede di omologa), mentre solo con il d.l. 83/2012 è stata ammessa - ma a mera discrezione dell'imprenditore - l'iscrizione del piano nel registro delle imprese"⁶².

responsabilità limitata, cit., 49, nt. 88; Cassazione 4 febbraio 2009 n. 2706). Una parte della dottrina è invece favorevole all'estensione ai finanziamenti soci ed infragruppo delle esenzioni generate dall'art. 67 comma terzo lettera d) l. fall. L'esigenza, preservata dalla esenzione di cui all'art. 67 l. fall., di tutela dell'affidamento dei destinatari del pagamento in ordine alla sua stabilità sussiste anche nel caso in cui il finanziatore sia un socio, la società capogruppo o una società c.d. "sorella". L'attestazione fatta dal professionista indipendente sulla veridicità dei dati aziendali e sulla fattibilità del piano (che costituisce un requisito di operatività dell'esenzione nell'ipotesi contemplata all'art. 67 comma terzo lettera d) l. fall.) sembra depurare da ogni nota di anomalia il rimborso del prestito, anche se la società che lo esegue versa in uno stato di conclamata difficoltà finanziaria. "Tale conclusione pare del resto imporsi anche, e principalmente, in ordine alla fase di erogazione del finanziamento la quale, ove si dispieghi «in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria (...)», mostra per ciò stesso di sottrarsi a quel giudizio di disvalore cui mette capo il secondo comma dell'art. 2467". (MAUGERI M., *Sul regime concorsuale dei finanziamenti soci*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2010, parte I, 823 nt. 57 e 836 nt. 99; ABRIANI N., *Finanziamenti "anomali" dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, cit., 51-52 nt. 94).

⁶² BRIOLINI F., *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. e sull'art. 182-*quater* l. fall.*, cit., 537. Il piano di risanamento attestato è un atto programmatico unilaterale dell'imprenditore e non è oggetto di formale accettazione da parte del ceto creditorio (non è un accordo e non è un contratto ma è un piano che l'imprenditore predispose con l'ausilio del professionista). Lo strumento di composizione della crisi di cui all'art. 67 comma terzo lettera d) l. fall. non offre alcuna protezione rispetto alle azioni esecutive e cautelari ed altre iniziative dei creditori e non contempla alcun intervento di controllo da parte dell'autorità giudiziaria. Quest'ultima interviene, *ex post* (in caso di non riuscita del "piano" e di

Ne consegue che, nell'ambito dell'istituto disciplinato dall'art. 67 comma terzo lettera d) l. fall., la concessione di finanziamenti da parte dei soci, della società capogruppo e delle società c.d. "sorelle" (anche se collocata nel piano ed eventualmente programmata come attività esecutiva di quest'ultimo) si presta sempre ad essere qualificata, dinanzi a un "eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto" ovvero in una "situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento", come "*sub specie* di unilaterale approfittamento a scapito dei creditori del rapporto privilegiato che lega i finanziatori alla società sovvenuta"⁶³. Ai fini della tutela del ceto creditorio, l'applicazione degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. appare del tutto adeguata, a meno che il piano di risanamento attestato, restaurando le condizioni di solvibilità della società sovvenuta, non elimini le situazioni "anomale" di cui al secondo comma dell'art. 2467 c.c.⁶⁴

conseguente fallimento), a giudicare della revocabilità degli atti compiuti e delle responsabilità (anche penali) che possono scaturire dalla continuazione dell'impresa e dal pagamento di soltanto alcuni creditori concorsuali. Il riconoscimento della prededuzione soltanto ai crediti originati da finanziamenti - ponte e "in esecuzione" di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti risponde alla scelta di politica legislativa, chiarita nella Relazione accompagnatoria al d.l. n. 78 del 2010, di circoscrivere l'attribuzione di tale beneficio processuale agli strumenti di risoluzione concordata della crisi d'impresa caratterizzati da un intervento più o meno incisivo dell'autorità giudiziaria. Il controllo giudiziale sulla natura prededuttiva del credito è considerato fondamentale a proteggere i creditori concorsuali da comportamenti abusivi in grado, attraverso l'utilizzo senza cautela e prudenza del prelievo fuori dal concorso, di erodere l'attivo patrimoniale loro destinato.

⁶³ BRIOLINI F., *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. e sull'art. 182-quater l. fall.*, cit., 537.

⁶⁴ Deve escludersi che la mera predisposizione del piano attestato di risanamento comporti in assoluto il venir meno dei presupposti della postergazione legale, rendendo non applicabile la relativa disciplina. Il piano di cui ad art. 67 comma terzo lettera d) l. fall. ha natura essenzialmente previsionale, anche se le ipotesi formulate e le previsioni elaborate (in termini di risultati da conseguire nel medio - lungo termine) al suo interno sono valutate fattibili (BRIZZI F., *La fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 852 e CAMPOBASSO M., *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, cit., 264). Una parte della dottrina sembra supporre che il piano di risanamento attestato sia sempre idoneo ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria della società (MAUGERI M., *Sul regime concorsuale dei finanziamenti soci*, cit., 836 nt. 99).

Paragrafo 2.2 La limitazione quantitativa dell'articolo 182-*quater* terzo comma della Legge Fallimentare

Il “diritto della crisi” ricompensa con la “prededuzione” del credito il finanziatore di un'impresa in crisi nelle ipotesi contemplate dagli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* l. fall.

L'utilizzo di un istituto proprio della disciplina fallimentare “fuori” dal suo ambito “naturale”, sebbene dia luogo ad alcuni problemi interpretativi⁶⁵, risponde ad una precisa *intentio legis*:

⁶⁵ Il massiccio ricorso allo strumento della prededuzione al fine di favorire il finanziamento delle imprese in crisi è uno dei tratti più significativi delle riforme della disciplina delle procedure concorsuali degli anni 2010 e 2012. Ciò ha sollevato numerosi problemi. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle incertezze interpretative legate alla definizione del rapporto tra art. 111 l. fall. e art. 182-*quater* l. fall., ai dubbi riguardanti l'ambito di operatività della prededuzione, alle problematiche concernenti le modalità di effettiva attuazione di tale meccanismo, ecc ...

Per quanto riguarda la seconda problematica, è da chiedersi se la nuova disposizione contenuta nell'art. 182-*quater* l. fall. intenda introdurre la prededuzione, oltre che nell'eventuale e successivo fallimento, anche all'interno della procedura di concordato preventivo e all'interno dell'accordo di ristrutturazione dei debiti; e quale significato assuma la prededuzione nelle procedure concorsuali minori.

Secondo un possibile orientamento, la prededuzione può essere intesa come l'attribuzione a certi crediti di una sorta di “privilegio generale”. Sempre e dovunque (negli accordi di ristrutturazione dei debiti, nel concordato preventivo, nel fallimento) la prededuzione appare essere una caratteristica di questi particolari crediti e rimanere anche nell'ipotesi di consecuzione tra procedimenti e procedure diverse. Questa linea ricostruttiva sembra essere confermata da varie considerazioni:

- la previsione del legislatore di una specie di “attestazione” della prededucibilità da parte del provvedimento del giudice che omologa l'accordo o il concordato;
- l'esclusione dal voto e dal computo delle maggioranze per l'approvazione del concordato e dal calcolo della percentuale dei crediti prevista dall'art. 182-*bis* l. fall., ad opera del quarto comma dell'art. 182-*quater* l. fall., di tutti i crediti derivanti da finanziamenti-ponte che nel fallimento sarebbero prededucibili; questo può comportare il non interesse al concordato o all'accordo di ristrutturazione da parte del finanziatore (argomento testuale);
- un trattamento del finanziamento-ponte nel concordato preventivo deteriore rispetto a quello previsto nel fallimento può indurre il creditore a votare contro la proposta di concordato (anche quando questa risulta essere favorevole per tutti gli altri creditori) con l'unico scopo di poter fruire della prededucibilità (argomento funzionale);
- pare incoerente affermare che i finanziamenti che hanno reso possibile l'accesso alla procedura concordataria o all'accordo di ristrutturazione vadano rimborsati totalmente solo nel fallimento cioè soltanto in caso di insuccesso del tentativo di superamento della crisi d'impresa (argomento sistematico).

incentivare la concessione di “nuova finanza” a favore dell’impresa in stato di crisi e rafforzare

L’art. 182-*quater* l. fall. molto probabilmente intende favorire il rimborso dei finanziamenti anche nel corso dell’esecuzione del concordato preventivo (senza che ciò comporti una violazione del divieto di alterazione dell’ordine delle cause legittime di prelazione previsto dal secondo comma dell’art. 160 l. fall.) e nell’accordo di ristrutturazione dei debiti.

La prededuzione all’interno delle soluzioni negoziali della crisi sembra assumere un significato tecnico particolare e diverso da quello che tale termine ha nel fallimento: i crediti prededucibili in queste procedure hanno l’attitudine ad essere soddisfatti prima e fuori dai riparti stabiliti dal commissario giudiziale o dal liquidatore ed ad essere tutelati con azioni giudiziarie ordinarie di cognizione di esecuzione e cautelari. Nell’ambito del concordato preventivo e dell’accordo di ristrutturazione dei debiti:

- i) vi è l’obbligo di rispettare il principio di parità di trattamento e la graduazione tra i debiti della massa;
- ii) l’assenza di un procedimento di verifica e di una vera e propria fase di ripartizione dell’attivo può complicare l’applicazione della disciplina della prededuzione.

Secondo una parte della dottrina, tale linea di pensiero è “da respingere recisamente, per il semplice motivo che nelle norme che stiamo considerando la prededucibilità è attribuita a certi crediti espressamente «ai sensi e per gli effetti» dell’art. 111 l. fall.” (NIGRO A., *Introduzione in Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2011, 460 e similmente ARMELI B., *I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo tra prededucibilità e postergazione*, in *Fallimento*, 2011, 890). Questo vuol dire che la prededucibilità è destinata ad operare esclusivamente nell’ambito del fallimento eventualmente dichiarato in un momento posteriore all’omologazione dell’accordo *ex art.182-bis* l. fall. o del concordato preventivo. L’idea di avere la prededucibilità in queste due soluzioni negoziali della crisi d’impresa pare, secondo l’orientamento in questione, improbabile. Il termine “prededucibilità” (“prededuzione” è un’unità morfologica che deriva dall’unione di “pre” e “dedurre”) significa priorità (“dedurre per primo”) in sede di distribuzione dell’attivo. Tale fase (la distribuzione dell’attivo), in senso proprio, caratterizza la procedura fallimentare e non la si ritrova anche negli accordi di ristrutturazione dei debiti e nel concordato preventivo (con l’eccezione dell’ipotesi di concordato con *cessio bonorum*). “In sede di esecuzione dell’accordo” *ex art.182-bis* l. fall. “non vi è spazio per la graduazione dovendo tutti i crediti essere soddisfatti” (PRESTI G., *I crediti dei soci finanziatori nel concordato delle società a responsabilità limitata*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, Giuffrè, 2011, 924, nt. 22). I creditori estranei e non vincolati dall’accordo vanno pagati per intero e quelli aderenti vanno “accontentati” secondo le modalità e i tempi pattuiti, indipendentemente dalla regola della *par condicio creditorum*. La rubrica dell’art. 182-*quater* l. fall. “continua impropriamente a parlare di prededucibilità (...) «negli accordi di ristrutturazione»” (AMBROSINI S., *I finanziamenti alle imprese in crisi*, in *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi*, Bologna, Zanichelli editore, 2012, 136). Nel concordato preventivo si distingue soltanto tra crediti che possono essere falcidiati e crediti che vanno interamente pagati (non si fa menzione dei crediti prededucibili) e tra le disposizioni richiamate dall’art. 169 l. fall. non compare l’art. 111 l. fall.

Sulla base di queste argomentazioni si potrebbe essere tentati dall’escludere l’operatività della prededuzione nell’accordo di ristrutturazione dei debiti e nel concordato preventivo, limitandola alla sola ipotesi del successivo fallimento.

la tutela, sotto il profilo della certezza del rimborso, dei soggetti che a vario titolo finanziano l'impresa in difficoltà⁶⁶.

Nell'ambito della complessa ed articolata disciplina dei finanziamenti destinati al risanamento dell'impresa in crisi, l'art. 182-*quater* l. fall. riconosce espressamente le prededuzione:

- ai crediti originati da finanziamenti in qualsiasi forma e da chiunque (purché non socio, società capogruppo o società c.d. "sorelle") effettuati "in esecuzione" e "in funzione" di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti, fino a concorrenza del 100 per cento del loro ammontare;
- ai crediti derivanti da finanziamenti soci ed infragruppo concessi nell'ambito e in prossimità dell'accesso a concordato preventivo ovvero ad un accordo di cui all'art. 182-*bis* l. fall., limitatamente all'80 per cento del loro ammontare e in deroga agli artt. 2467 e 2497-*quinqües* c.c.

Le regole di "diritto della crisi" di cui ai primi due commi dell'art. 182-*quater* l. fall., sembrano parzialmente derogate dal terzo comma del medesimo art. 182-*quater* l. fall. La disposizione di "diritto societario della crisi" attribuisce il beneficio della prededuzione ai crediti originati da finanziamenti accordati da soci o da società infragruppo "in esecuzione" e "in funzione" di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti ma solo "fino a concorrenza dell'80 per cento del loro ammontare". L'originalità di quanto enunciato nel terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. deve rintracciarsi nella scelta di limitare la prededuzione ad una parte, sia pure rilevante, del finanziamento soci o infragruppo.

In realtà, il frammento di "diritto societario della crisi" non rappresenta una parziale eccezione alle regole contenute nei primi due commi dell'art. 182-*quater* l. fall. Se si leggesse il terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. in questo senso si tradirebbe lo spirito della norma e si segnerebbe una retrocessione della tutela della "nuova finanza". In altre parole, anziché incentivare la concessione di nuove risorse, "è come se dicesse: no, da oggi in poi la nuova finanza non sarà più prededucibile al 100 per cento ma soltanto all'80 per cento"⁶⁷. L'eccezione si riscontra non con riferimento alle disposizioni del "diritto della crisi" ma solo rispetto alle

⁶⁶ Ci si è chiesti "se la prededuzione sia una tutela effettiva o illusoria del finanziamento dell'impresa in crisi" (BASSI A., *La illusione della prededuzione*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2011, parte I, 344). Una parte della dottrina sostiene che il finanziamento alle imprese in crisi rimanga, nonostante le novità introdotte con le riforme, una operazione altamente rischiosa. Questa tesi si basa sull'idea che il legislatore per conseguire un obiettivo pratico (favorire l'apporto di nuova finanza nell'ambito delle procedure di salvataggio, con la garanzia per il finanziatore del rimborso) si sia avvalso di un istituto - di un meccanismo estremamente complicato ed articolato, "quasi infernale" (BASSI A., *La illusione della prededuzione*, cit., 345) con la conseguenza che il *favor* legislativo per il finanziamento delle imprese in stato di crisi può risultare puramente illusorio e rimanere inattuato.

⁶⁷ SCIUTO M., *I finanziamenti dei soci nell'art.2467 c.c. e nell'art.182-quater L. Fall.*, cit., 511.

norme di “diritto societario generale” (come suggerisce l’*incipit* del terzo comma dell’art. 182-*quater* l. fall. “In deroga agli articoli 2467 e 2497-*quinquies* del codice civile”).

La limitazione della prededucibilità all’80 per cento dell’ammontare del credito originato da finanziamenti soci ed infragruppo “in esecuzione” e “in funzione” di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti è una “scelta numerica, se si vuole, un po’ bizzarra”⁶⁸ e ha una *ratio* non di agevole comprensione. L’opinione maggiormente accreditata tende ad individuare la ragione sottostante l’opzione legislativa nella necessità di realizzare “un’opportuna corresponsabilizzazione del socio - finanziatore nel successo del tentativo di uscita dalla crisi”⁶⁹. La previsione della prededucibilità solo per l’80 per cento dell’ammontare del credito è finalizzata ad imporre al finanziatore una certa dose di rischio nell’investimento (dissuadendolo dal compiere scelte rischiose) e una ponderata valutazione delle effettive possibilità di risanamento dell’impresa. Laddove la prededuzione fosse integrale, sarebbe conveniente per il socio e la capogruppo, come pure per gli altri soggetti ad essa sottoposti, finanziare l’impresa in crisi sempre e comunque ed indipendentemente dalle effettive probabilità di successo del “salvataggio”; in caso di naufragio dell’operazione di rimessione *in bonis*, il finanziamento sarebbe comunque integralmente recuperabile in prededuzione e a svantaggio degli altri creditori.

Nell’individuare la percentuale di credito per la quale la prededuzione è ammissibile, il terzo comma dell’art. 182-*quater* l. fall. sembra porre un limite massimo (appunto dell’80 per cento). Si ritiene che, in sede di trattative con il ceto creditorio, il limite al prelievo prededuttivo possa essere derogato *in pejus* cioè i partecipanti all’accordo di ristrutturazione dei debiti ovvero al concordato preventivo potrebbero anche determinare la prededucibilità per una porzione di credito (derivante da finanziamenti effettuati da soci o da società appartenenti al medesimo gruppo nell’ambito e in vista dell’accesso alla soluzione “partecipata” - “concordata” della crisi) inferiore all’80 per cento ⁷⁰. Viceversa, è considerata illegittima l’estensione della prededucibilità oltre la soglia massima stabilita dalla legge.

⁶⁸ SCIUTO M., *I finanziamenti dei soci nell’art.2467 c.c. e nell’art.182-quater L. Fall.*, cit., 511.

⁶⁹ STANGHELLINI L., *Finanziamenti - ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, 1346 ss. Esiste una analogia tra la tecnica utilizzata dal legislatore nel terzo comma dell’art. 182-*quater* l. fall. e il meccanismo dello “scoperto” adottato nelle polizze assicurative. Entrambe (al pari della franchigia) mirano a sensibilizzare e a non rendere indifferente l’assicurato rispetto al materializzarsi dell’oggetto di copertura.

⁷⁰ Si pensi, a titolo esemplificativo, all’ipotesi in cui i partecipanti ad un accordo di ristrutturazione dei debiti (banche oppure particolari categorie di creditori come i fornitori) pretendano dai soci della società debitrice, dalla capogruppo o dalle società c.d. “correlate” (nell’ipotesi in cui l’impresa collettiva societaria sia collocata all’interno di un gruppo) un concreto apporto di liquidità per il superamento della crisi ma per motivi più diversi non siano disposti ad accordare la prededuzione nella misura dell’80 per

Non è chiaro se, ove il finanziamento preveda la corresponsione di interessi, la limitazione dell'80 per cento entro cui opera la prededuzione riguardi solo il capitale oppure si riferisca al montante capitale più gli interessi. Secondo una opinione⁷¹, la prima soluzione è quella più in linea con il tenore letterale della norma dal momento che il limite dell'80 per cento concerne le somme erogate a titolo di finanziamento e non il credito di restituzione che potrebbe contenere anche gli interessi. A questa linea di pensiero si contrappone la teoria⁷² che considera ragionevole applicare il regime della prededucibilità all'80 per cento del capitale e all'80 per cento degli interessi maturati fino alla data della dichiarazione di fallimento.

La sorte della restante percentuale del 20 per cento del credito non è affatto chiara. La tesi più convincente al riguardo è quella secondo la quale per l'ammontare residuo, benché il terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. non lo dica espressamente, continui a valere il regime di postergazione legale previsto dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c.⁷³ La nuova regola di "diritto societario della crisi" deroga, infatti, i principi sanciti dalla disciplina del codice civile.

cento ai crediti nati da finanziamenti soci o infragruppo. Nell'ambito dell'eventuale trattativa è ipotizzabile il raggiungimento di un equilibrio intermedio prevedendo una percentuale di prededucibilità inferiore all'80 per cento per i crediti dei soci ed infragruppo. Quest'ultima potrebbe essere, ad esempio, uguale o simile o comunque rapportata alla misura di soddisfazione prevista per gli altri creditori aderenti all'accordo di cui ad art 182-*bis* l. fall.

⁷¹ LAMANNA F., *La Legge Fallimentare dopo il Decreto Sviluppo in vigore dal 12 agosto 2012*, cit., 26 e MAFFEI ALBERTI A., sub *articolo 182-quater L. Fall.*, in *Commentario breve alla Legge Fallimentare*, Padova, Cedam, 2013, 1283.

⁷² BARTALENA A., *Crediti accordati in funzione o in esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-quater l. fall.)*, cit., 2972 e NIEDDU ARRICA F., *Le operazioni di finanziamento funzionali alle soluzioni concordate della crisi d'impresa alla luce dell'art. 182-quater legge fall.*, in *Rivista di diritto societario*, 2011, 2,455.

⁷³ ABRIANI N., *Finanziamenti "anomali" dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, cit., 50; AMBROSINI S., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il nuovo diritto fallimentare* diretto da A. Jorio e M. Fabiani, Bologna, Zanichelli, 2010, 1175; ARMELI B., *I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo tra prededucibilità e postergazione*, cit., 893 ss.; BALESTRA L., *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. Decreto Sviluppo*, in *Fallimento*, 2012, 1404; BARTALENA A., *Crediti accordati in funzione o in esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-quater l. fall.)*, cit., 2972; BRIZZI F., *La fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 838; CALDERAZZI R., *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2012, 136-137; CAMPOBASSO M., *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, cit., 263; FABIANI M., *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, cit., 906; INZITARI B., *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis, l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Contratto e impresa*, 2011, 6, 1344;

La qualificazione di tale porzione di credito come postergata richiede la verifica dell'effettiva sussistenza, nel momento in cui il finanziamento viene concesso dai soci, dalla capogruppo o dalle società c.d. "sorelle", delle situazioni "anomale" indicate nel secondo comma dell'art. 2467 c.c. L'accertamento della concreta esistenza delle condizioni individuate dalla norma di diritto societario si rende opportuno laddove si condivide l'idea per la quale le fattispecie di squilibrio finanziario del secondo comma dell'art. 2467 c.c. possono concorrere ad integrare lo stato di crisi senza però esaurire la relativa fattispecie.

La corretta identificazione della nozione di "stato di crisi" di cui all'art. 160 l. fall.⁷⁴ e l'individuazione del rapporto esistente tra "stato di crisi" e le situazioni indicate al secondo comma dell'art. 2467 c.c. rappresentano temi particolarmente rilevanti e delicati.

LAMANNA F., *La Legge Fallimentare dopo il Decreto Sviluppo in vigore dal 12 agosto 2012*, cit., 25; MAFFEI ALBERTI A., *sub articolo 182-quater L. Fall.*, cit., 1283; MARCHISIO E., *I "finanziamenti anomali" tra postergazione e prededuzione*, in *Riv. Notariato*, 2012, 6, 1311; MORELLINI L., *L'art. 182-quater l. fall.: novità e criticità*, in *Fallimento*, 2011, 903; RACUGNO G., *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti. Le novità introdotte dal D. L. 31 maggio 2010 n. 78 e dalla L. 30 luglio 2010 n. 122*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2011, 4; SCIUTO M., *I finanziamenti dei soci nell'art.2467 c.c. e nell'art.182-quater L. Fall.*, cit., 511; STANGHELLINI L., *Finanziamenti - ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, cit., 1364; TERSILLA S., *La prededucibilità è un reale incentivo al finanziamento delle imprese in concordato preventivo?*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2012, 3 - 4, 374.

La quota di finanziamento postergata potrà essere rimborsata, secondo questo orientamento (per il quale propende larga parte della dottrina), solo dopo che la società ha superato lo stato di crisi (la restituzione non può avvenire durante la fase di esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti).

In caso di sopravvenuto fallimento, il 20 per cento del finanziamento non prededucibile potrà soddisfarsi sul ricavato della liquidazione del patrimonio mobiliare ed immobiliare facente capo all'impresa fallita solo dopo i creditori chirografari.

⁷⁴ Alla base del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti è posto lo stato di crisi.

La legge non fornisce alcuna definizione di questo presupposto oggettivo.

La mancanza nell'ordinamento giuridico italiano della nozione di "crisi" deriva dalla scelta del legislatore di utilizzare la tecnica di normazione per clausole generali, allo scopo di fornire tempestive risposte alle necessità emergenti dal sistema economico. L'implicazione di tale approccio è, dal punto di vista applicativo, l'estrema importanza attribuita al momento esegetico: l'interprete ha il compito di individuare soluzioni coerenti con gli scopi perseguiti dal legislatore in conformità ai principi costituzionali.

Il terzo comma dell'art. 160 l. fall. precisa che "per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza". Lo stato di crisi include ma non si identifica con lo stato di insolvenza. Si pone il problema di individuare le fattispecie - le ipotesi diverse dallo *status decoctionis* ma suscettibili di integrare lo stato di crisi (sorge "in primo luogo l'esigenza di fissare un limite, per così dire interno alla nozione di stato di crisi, idoneo a

In base ad una lettura ampia del concetto di “stato di crisi”⁷⁵, in quest’ultimo vengono comprese non solo situazioni di uno squilibrio patrimoniale o finanziario ma anche condizioni meno gravi.

distinguere le ipotesi in cui il debitore, versando in stato di crisi, ma non in quello di insolvenza, risulta legittimato a chiedere di essere ammesso al concordato, ovvero a proporre domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell’art. 182-bis l. fall.” FERRI jr G., *Insolvenza e crisi dell’impresa organizzata in forma societaria*, in *La riforma della legge fallimentare* a cura di Fortunato S., Giannelli V., Guerrera F., Perrino M., Giuffrè, Milano, 2011,56).

Sul punto vi sono numerosi orientamenti: si va da chi sostiene che l’espressione “stato di crisi” contenga tutta la possibile gamma di situazioni di difficoltà fino alla soglia dell’insolvenza e chi (GALLETTI D., *Commento sub art. 160*, in *Il nuovo diritto fallimentare* diretto da A. Jorio, t. II, Torino, Zanichelli, 2007, 2275, nel senso di una sostanziale identità tra stato di crisi e stato di insolvenza; TERRANOVA G., *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Torino, Giappichelli, 2007, 75, secondo il quale, sottolineando l’assenza di una differenza sostanziale tra il presupposto del fallimento e del concordato preventivo, quest’ultima procedura non richiede una crisi finanziaria in atto, purché vi sia una crisi economico - patrimoniale), all’opposto, ritiene che vi sia coincidenza, di fatto, tra il presupposto degli strumenti di composizione “concordata” - “partecipata” della crisi e quello della procedura concorsuale prevista per le imprese insolventi. Queste due interpretazioni “estreme” del concetto di “stato di crisi” non possono essere accolte. Una ricostruzione estesa della nozione di cui ad art. 160 l. fall. può portare il debitore ad utilizzare impropriamente il concordato preventivo e l’accordo di ristrutturazione dei debiti. La tesi c.d. “restrittiva” non pare condivisibile dal momento che contrasta fortemente sia con il chiarimento contenuto nell’ultimo comma dell’art. 160 l. fall. sia con la previsione, nelle diverse ipotesi di “insuccesso” del concordato preventivo (inammissibilità della proposta di concordato *ex art.* 162 l. fall., revoca dell’ammissione a concordato ai sensi dell’art. 173 l. fall., ecc...) e dell’accordo di ristrutturazione dei debiti (mancata omologazione da parte del tribunale competente dell’accordo), di un accertamento dell’esistenza dello stato di insolvenza laddove si voglia dichiarare il fallimento del debitore (non vi è il passaggio automatico da concordato preventivo e dall’accordo di ristrutturazione dei debiti a fallimento).

⁷⁵ In questo senso SANDULLI M., *Commento sub art. 160 legge fall.*, in *La riforma della legge fallimentare* a cura di Nigro A. e Sandulli M., t. 2, Torino, Giappichelli, 2006, 983, secondo il quale l’espressione “stato di crisi” va intesa come formulazione omnicomprendiva di ogni fenomeno di “malessere” economico-finanziario dell’imprenditore; sembra GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2012, 321- 322, ad avviso del quale il presupposto oggettivo del concordato preventivo e dell’accordo di ristrutturazione dei debiti comprende indubbiamente lo stato (patologico più grave) di insolvenza ma abbraccia, oltre la temporanea difficoltà ad adempiere che un tempo costituiva il presupposto per l’ammissione all’amministrazione straordinaria e che secondo la giurisprudenza era anch’essa uno stato di insolvenza connotato da ritenuta reversibilità, anche:

- il rischio di insolvenza, che sussiste quando l’imprenditore è in grado di adempiere le obbligazioni scadute ma è prevedibile che non sarà in grado di adempiere i debiti di prossima scadenza. Il debitore riesce, quindi, ad “eseguire” in modo regolare le obbligazioni di breve termine (ad esempio: debiti verso i fornitori, debiti verso i dipendenti) ma i problemi e i rischi si

Si tratta di situazioni qualificabili in termini di squilibrio economico⁷⁶ o squilibrio gestionale⁷⁷, non riconducibili ai presupposti della postergazione legale ma comunque in grado di legittimare

pongono per quelle di prossima scadenza. In questa fase, vi è per colui che esercita l'attività d'impresa la possibilità di denunciare tempestivamente la crisi per favorire la migliore regolazione della crisi stessa e per evitare l'aggravarsi del dissesto. Nell'ordinamento giuridico tedesco e in quello spagnolo è espressamente prevista la legittimazione del debitore a richiedere l'apertura della procedura in presenza di un incombente rischio di insolvenza (§18 InsO tedesca) o di una imminente insolvenza (art. 2 *ley concursal* spagnola).

- lo sbilancio patrimoniale o sovraindebitamento quando l'imprenditore è una persona giuridica. Si tratta di uno squilibrio patrimoniale cioè una eccedenza del passivo sull'attivo. Il soddisfacimento dei creditori può essere messo a rischio laddove non si ponga riparo allo sbilancio patrimoniale con operazioni di ricapitalizzazione o con finanziamenti sostitutivi di apporti di capitali. Il sovraindebitamento (che nell'ordinamento giuridico tedesco è previsto espressamente come presupposto di apertura della procedura di concordato preventivo dal § 19 InsO) è una situazione diversa dall'insolvenza (e dal rischio di insolvenza) caratterizzata da uno squilibrio tra liquidità e credito da un lato e debiti esigibili dall'altro.
- la riduzione del patrimonio netto al di sotto del minimo legale (che costituisce una causa di scioglimento della società e alla quale non si può ovviare con finanziamenti sostitutivi del capitale di rischio).

Non sembra ricadere, secondo Guglielmucci Lino, nella nozione di stato di crisi la una mera perdita di capacità reddituale da parte dell'impresa (la procedura concorsuale non può diventare uno strumento per far pagare ai creditori il recupero della redditività). Similmente AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Cottino G., Torino, Cedam, 2008, 25 il quale sottolinea che, molto spesso (quasi normalmente), la perdita di capacità reddituale è transitoria e superabile senza il ricorso al concordato preventivo.

⁷⁶ Si veda RACUGNO G., *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, parte I, 897, il quale analizza i principali sintomi dello stato di crisi prodromico allo stato di insolvenza (squilibrio finanziario, squilibrio patrimoniale e squilibrio economico); MARINO R. e CARMINATI M., *Interpretazione estensiva del presupposto di cui all'art. 160 l. fall. e prevenzione dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2015, 387 ss., secondo i quali il tentativo di ricostruire il presupposto oggettivo del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti non può prescindere dalla nozione aziendalistica di crisi d'impresa che si articola nei diversi aspetti economico, finanziario e patrimoniale. Seguendo la nozione di matrice aziendalistica, un'impresa versa in stato di crisi laddove si trovi in una situazione di *deficit* economico e/o patrimoniale e/o finanziario. Tra le tre tipologie di crisi aziendale esiste una stretta correlazione. Si pensi, a titolo esemplificativo, al fatto che una situazione caratterizzata da uno squilibrio duraturo tra ricavi di esercizio e i relativi costi (una crisi economica persistente) può compromettere nel tempo l'equilibrio finanziario e quello patrimoniale; un ricorso eccessivo al capitale di terzi, in presenza di un costo del capitale preso in prestito superiore alla redditività operativa del capitale investito, può incidere e compromettere l'equilibrio economico fino a

l'imprenditore commerciale a depositare una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o una domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo⁷⁸.

degenerare in uno squilibrio finanziario; se non attenuato con apporti di capitale di rischio, un deficit patrimoniale (ossia uno sbilanciamento del capitale di terzi rispetto al capitale proprio nell'ambito del capitale complessivamente investito) può determinare uno squilibrio economico e finanziario; il rivolgersi in misura crescente all'indebitamento da parte di un'impresa in squilibrio finanziario per salvaguardare i flussi di cassa (si consideri un'impresa con fornitori da pagare a breve e clienti con modalità di pagamento dilazionato) può intaccare anche l'equilibrio economico e quello patrimoniale.

⁷⁷ SANDULLI M., *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2009, 1104, definisce lo "stato di crisi" come "la situazione che pone a rischio la prospettiva della continuazione dell'attività" sulla base di una valutazione complessiva della situazione aziendale che tenga conto anche di profili aziendali - organizzativi. Non è possibile parlare di crisi laddove gli squilibri tra i fattori della produzione ed inefficienze organizzative e produttive vengano affrontate per tempo e in modo efficace. Quando le inefficienze cominciano a produrre perdite economiche, si deve verificare se la società sia in grado di risolvere le problematiche aziendali al suo interno oppure se sia opportuna, in una prospettiva di continuità, l'adozione di una procedura concorsuale. Al contrario, STRAMPELLI G., *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, cit., 631 - 632, che, tracciando una linea di confine tra lo "stato di crisi" ex art. 160 l. fall. e quello di "pre-crisi", identifica quest'ultimo come una condizione di "difficoltà" (meno intensa di quella caratterizzante la crisi) che si concretizza al registrarsi di una situazione economico-finanziaria incompatibile con la prospettiva di continuazione dell'attività. Nello stato immediatamente precedente la crisi la capacità di accedere al credito non risulta completamente pregiudicata (non essendo la fiducia del mercato verso la società del tutto compromessa). "Il venir meno della prospettiva della continuità aziendale, non implicando necessariamente l'impossibilità della società di fare ricorso al credito, sembra dunque un evento di regola inquadrabile nella fase di «pre-crisi»".

⁷⁸ ARMELI B., *I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo tra prededucibilità e postergazione*, cit., 892, ritiene che lo "stato di crisi" dell'imprenditore commerciale possa coincidere con lo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto, integrando così il presupposto oggettivo richiesto dal secondo comma dell'art. 2467 c.c. per la postergazione del rimborso dei finanziamenti sostitutivi di apporti di capitale; in questo senso, ABRIANI N., *Finanziamenti "anomali" dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, cit., 51, secondo il quale le condizioni "anomale" individuate dal secondo comma dell'articolo del codice civile rubricato "Finanziamenti dei soci", sebbene siano normalmente presupposte dall'accordo di ristrutturazione dei debiti e dal concordato preventivo, non sembrano caratterizzare necessariamente il momento genetico di tutti i finanziamenti "in esecuzione" e "in funzione" degli stessi.

FERRI jr. G., *Insolvenza e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria*, cit., 60 ss., sostiene che il problema della ricostruzione del rapporto esistente tra le disfunzioni dell'impresa e del suo funzionamento di cui al secondo comma dell'art. 2467 c.c. e lo "stato di crisi" si pone essenzialmente con

Individuare una nozione di “stato di crisi” ampia consente all’imprenditore di presentare una proposta di concordato preventivo o di dare vita ad un accordo di cui ad art. 182-*bis* l. fall. anche in assenza di eccessivo squilibrio tra patrimonio netto ed indebitamento ovvero di una situazione in cui sarebbe ragionevole un conferimento. Da tale constatazione nasce il problema di capire quale regime applicare ai crediti originati da finanziamenti soci ed infragruppo in presenza di uno stato di crisi ma in assenza dei presupposti della postergazione legale. In altri termini, ipotizzando che le situazioni “anomale” di cui al secondo comma dell’art. 2467 c.c. non esauriscano le fattispecie di “stato di crisi” e qualora si faccia ricorso alla procedura concordataria o all’accordo di ristrutturazione dei debiti in ragione di una situazione fattuale diversa da quella giustificante la postergazione *ex* artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c., è da chiedersi quale sia il trattamento previsto per il credito del socio, della capogruppo o delle società c.d. “correlate” derivante dal finanziamento concesso “in funzione” e “in esecuzione” della soluzione “concordata” - “partecipata” della crisi: “se (...) sia da considerare alla stregua di un credito chirografario o, all’opposto, di un credito prededucibile”⁷⁹. Qualunque sia il trattamento che si decida di riservare al credito, quest’ultimo dovrà essere considerato in modo unitario e con poca probabilità potranno continuare a valere per le due porzioni di credito le due diverse discipline previste dal terzo comma dell’art. 182-*quater* l. fall. (la differenza di regime per le percentuali trova il suo presupposto logico - giuridico nella genesi postergata del credito *ex* artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c.).

Secondo un orientamento della dottrina⁸⁰, la questione può essere risolta alla luce della nuova formulazione della norma contenuta nell’art. 182-*quater* l. fall. L’applicazione di tale disposizione, nella sua versione originaria, era circoscritta espressamente ai finanziamenti concessi dalle banche e dagli intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli artt. 106 e 107 t.u.b. Con il d.l. n. 83/2012 il legislatore italiano, eliminando tale limitazione, ha riconosciuto il beneficio della prededuzione ad ogni forma di finanziamento, indipendentemente dal soggetto erogatore. Ciò implica che il finanziamento concesso all’impresa in crisi dal socio

riguardo alla “situazione finanziaria (...) nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento” e non anche “all’eccessivo squilibrio dell’indebitamento rispetto al patrimonio netto”. Il secondo squilibrio, anche quando si presenta in termini “estremi” (e non solo “eccessivi”), non implica che la società versi in stato di crisi dal momento che l’ente collettivo societario è comunque in grado di svolgere una regolare attività solutoria. La situazione finanziaria in cui sarebbe ragionevole un conferimento sembra, secondo l’opinione di Giuseppe Ferri *jr.*, corrispondere allo stato di insolvenza poiché la decisione di finanziare una società in *status decoctionis* deve considerarsi irragionevole.

⁷⁹ BRIZZI F., *La fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 840.

⁸⁰ BRIZZI F., *La fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 840.

o da una società appartenente al medesimo gruppo, ove non riconducibile alla fattispecie individuata dal terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall., sia attratto alla disciplina dettata dai primi due commi del medesimo art. 182-*quater* l. fall. Il credito del socio, della società capogruppo e delle società c.d. "sorelle" è integralmente prededucibile. Tale conclusione (totale prededucibilità dei crediti soci ed infragruppo sorti da finanziamenti concessi in assenza delle condizioni "anomale" di cui al secondo comma dell'art. 2467 c.c.) è supportata da una lettura costituzionalmente orientata della norma contenuta nella legge fallimentare: alla luce dell'art. 3 Cost., sarebbe difficilmente giustificabile riservare ai crediti derivanti dai finanziamenti socie ed infragruppo un trattamento diverso da quello previsto per i crediti di qualunque altro finanziatore.

Secondo un'altra opinione⁸¹, il credito originato dal finanziamento soci ed infragruppo "in esecuzione" e "in funzione" di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti, in mancanza del presupposto oggettivo dell'artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c., deve essere trattato come credito chirografario dal momento che il credito da finanziamento ha *ab origine* carattere neutro e sono assenti diritti di prelazione sostanzialmente denotanti la natura del credito in questione.

Sia che si aderisca al primo orientamento (a favore della prededucibilità del credito) sia che si condivida la seconda idea (propensione a considerare il credito neutro fin dalla nascita e a prevedere per tale posizione creditoria un trattamento analogo a quello riservato ai chirografari), ai finanziamenti soci ed infragruppo connessi al concordato preventivo e all'accordo di ristrutturazione dei debiti sono riservati due diversi regimi:

- il regime di prededucazione (per l'80 per cento del credito) / postergazione (per il residuo 20 per cento del credito);
- il regime di prededucazione previsto, per l'intero ammontare del credito, dal primo e dal secondo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. oppure, in alternativa, un trattamento equiparato a quello previsto per i crediti chirografari.

Questa diversità di regimi è riconducibile a situazioni (esistenti al momento della concessione del prestito) differenti in termini di equilibrio finanziario e patrimoniale della società.

Una ricostruzione estremamente ampia della nozione di "stato di crisi", comprendente ogni situazione di difficoltà economica precedente l'insolvenza, può dar luogo a possibili abusi dello strumento concordatario e dell'accordo di cui all'art. 182-*bis* l. fall. L'individuazione del presupposto oggettivo del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti in un momento eccessivamente anticipato potrebbe portare all'inaccettabile esito "di ammettere l'accesso alla procedura dell'imprenditore (ancora) in grado di far fronte ai propri debiti (ma

⁸¹ ARMELI B., *I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo tra prededucibilità e postergazione*, cit., 892.

privo della capacità di porre in essere gli interventi necessari per il superamento della crisi), consentendo di attuare il risanamento della società «a spese» dei creditori⁸².

La necessità di conseguire un corretto equilibrio tra tutela del ceto creditorio ed esigenza di prevenzione della crisi conduce ad avvalorare una interpretazione diversa del concetto di “stato di crisi” e a rielaborare il rapporto esistente tra quest’ultimo e gli indici sintomatici previsti all’interno della disciplina della postergazione legale.

Risulta preferibile:

- la tesi “intermedia” che fa coincidere lo “stato di crisi” *ex art.* 160 l. fall. con la situazione in cui vi sia un pericolo reale e concreto di insolvenza suscettibile di manifestarsi a breve; questa condizione presuppone la ragionevole previsione (non l’oggettiva certezza) che l’insolvenza “costituisce, allo stato delle conoscenze del debitore, lo scenario più probabile”⁸³;

⁸² GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, cit., 322; NIGRO A., *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone M., vol. XXV, Torino, Giappichelli, 2012, 217 ss.; PRESTI G., *Rigore è quando arbitro fischia?*, in *Fallimento*, 2009, 28; ROSSI S., *Le crisi d’impresa*, in *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2013, 30; STRAMPELLI G., *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, cit., 632; TERRANOVA G., *Stato di crisi e stato di insolvenza*, cit., 76.

Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti rappresentano per il debitore un “vantaggio” con conseguente rilevante sacrificio per i creditori: occorre evitare che tali strumenti di soluzione negoziata della crisi (diretti a realizzare una equilibrata composizione degli interessi coinvolti e a conservare l’attività d’impresa) vengano utilizzati impropriamente per risolvere situazioni di difficoltà che il debitore sarebbe comunque in grado di adempiere con mezzi propri o autonomamente reperiti. L’operazione di risanamento aziendale non può diventare un mezzo per traslare sui creditori i costi necessari per il ritorno *in bonis* dell’impresa. Nel caso in cui l’imprenditore sia in grado di soddisfare tutti i creditori regolarmente, questi sicuramente voteranno contro la proposta di concordato che ne prevede un trattamento deteriore. Ciò potrebbe non verificarsi solo in due ipotesi:

- a. in mancanza di un’informazione corretta e completa;
- b. in presenza della partecipazione di alcuni creditori (che rappresentano la maggioranza) al guadagno concordatario insieme al debitore e a spese degli altri creditori.

⁸³ STANGHELLINI L., *La crisi d’impresa fra diritto ed economia*, Bologna, Il Mulino, 2007, 138. Si veda anche AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 24 ss.; CALANDRA BUONAURA V., *Voce “Concordato preventivo”*, in *Enc. Dir. Annali*, II, t.2, Milano, Giuffrè, 2008, 255; DE FERRA G., *Il rischio di insolvenza*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2001, parte I, 199; STRAMPELLI G., *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, cit., 632; NIGRO A., *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese*, cit., 228 - 229; ROSSI S., *Le crisi d’impresa*, cit., 30.

- ritenere che le situazioni “anomale” di cui agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. rappresentino, pur non integrando necessariamente lo stato di crisi, una condizione essenziale, anche se non sufficiente, perché il presupposto della procedura di concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti possa considerarsi esistente. A tal fine, occorre che gli squilibri finanziari giustificanti la postergazione legale siano affiancati da “elementi oggettivi che consentano di pervenire ad una fondata prognosi circa la probabilità concreta del subentrare dello stato di insolvenza”⁸⁴.

Da ciò consegue che il credito originato da finanziamenti soci ed infragruppo “in esecuzione” e “in funzione” di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti andrà disciplinato unicamente dal terzo comma dell’art. 182-*quater* l. fall. Per il credito in questione è previsto un trattamento differenziato: 80 per cento prededucibile e 20 per cento postergato. La duplice determinazione qualitativa del credito può spiegarsi con la duplice determinazione qualitativa assunta dal creditore: quest’ultimo rivestendo anche la posizione giuridica di socio, di società capogruppo o di società c.d. “correlata”, in caso di riuscita del tentativo di risanamento dell’impresa, è in grado di ottenere rispetto agli altri creditori un beneficio ulteriore ed aggiuntivo (la conservazione del valore della propria partecipazione sociale).

Secondo una “originale quanto suggestiva proposta”⁸⁵, la quota rimanente del 20 per cento del credito è assoggettata all’effetto di graduazione previsto dall’ultimo comma dell’art. 111-*bis* l. fall.⁸⁶: in forza degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. tale percentuale di credito ha collocazione subordinata non a tutti i creditori concorsuali ma soltanto, nell’ipotesi in cui l’attivo

La soluzione interpretativa “intermedia” rende l’applicazione del concordato preventivo e dell’accordo di ristrutturazione dei debiti coerente con le sue finalità ed individua lo “stato di crisi” in quelle situazioni in cui l’insolvenza, dove ancora non maturata, è realisticamente probabile e che non possono essere adeguatamente affrontate con mezzi diversi dalle soluzioni individuate nell’ambito della procedura. La tesi “mediana” è perfettamente in linea con la definizione di “stato di crisi” proposta nel progetto elaborato dalla Commissione ministeriale nominata nel 2004 (Commissione Trevisano); la “crisi” era espressamente definita (all’art. 2, lettera h) come “la situazione patrimoniale, economica o finanziaria in cui si trova l’impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza”; in questo modo veniva sottolineata la necessità di prevedere una procedura che permettesse, con l’adozione di misure idonee a prevenire la degenerazione dell’equilibrio dell’impresa, di intervenire in situazioni di sbilancio patrimoniale, squilibrio finanziario o andamento economico negativo tali da comportare il rischio di insolvenza.

⁸⁴ BRIZZI F., *la fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 842.

⁸⁵ BRIZZI F., *La fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 838, nt. 116.

⁸⁶ Ai sensi dell’ultimo comma dell’art. 111-*bis* l. fall. “Se l’attivo è insufficiente, la distribuzione deve avvenire secondo i criteri della graduazione e della proporzionalità, conformemente all’ordine assegnato dalla legge”.

patrimoniale sia insufficiente, agli altri crediti prededucibili ai sensi dell'art. 111 l. fall. che non sono ugualmente subordinati. Il significato della "deroga" (o meglio del "richiamo") agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c., contenuta nel terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall., non si esaurisce in una disapplicazione del regime di postergazione legale per l'80 per cento dell'ammontare del prestito del socio o della società infragruppo ma, al contrario, statuisce l'operatività, sempre all'interno della categoria dei crediti prededucibili, della disciplina dettata dalle norme di diritto societario con riferimento al rimanente 20 per cento. L'idea di sottoporre al criterio della graduazione dettato dal quarto comma dell'art. 111-*bis* l. fall. la porzione del 20 per cento del credito è in linea:

- con la possibilità di operare all'interno della classe dei crediti prededucibili alcune distinzioni⁸⁷;
- con l'obiettivo (agevolare operazioni di sistemazione concordata della crisi) sotteso agli interventi normativi del 2010 e del 2012. "Optando per la tesi della subordinazione del venti per cento del finanziamento alle pretese dell'intero ceto creditorio concorrente (ivi inclusi, dunque, i chirografi), l'incentivo del socio a contribuire al salvataggio dell'impresa risulterebbe attenuato, poi in misura più o meno intensa in ragione di molteplici fattori"⁸⁸ (si pensi, ad esempio, all'entità del finanziamento erogato "in funzione" o "in esecuzione" del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, al grado di probabilità che il socio, la capogruppo o la società c.d. "sorella" attribuisce al successo del tentativo di risanamento, alla dimensione della partecipazione al capitale sociale detenuta da tali soggetti, ecc ...).

⁸⁷ La possibilità di un "concorso sostanziale tra prededucibili" (SCIUTO M., *I finanziamenti dei soci nell'art.2467 c.c. e nell'art.182-quater L. Fall.*, cit., 520) è enunciabile in forza non solo degli artt. 111-*bis* e 113 l. fall. ma anche delle modifiche introdotte dal Decreto Sviluppo. Il terzo comma dell'art. 182-*quinquies* l. fall. consente al tribunale di "autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca a garanzia" dei finanziamenti da erogare successivamente al deposito della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di una domanda di ammissione a concordato preventivo; in questo modo, ai soggetti erogatori "nuova finanza" viene riconosciuta una tutela aggiuntiva rispetto alla prededucibilità del loro credito.

⁸⁸ MAUGERI M., *Sul regime concorsuale dei finanziamenti soci*, cit., 838 nt. 108.

Paragrafo 2.3 I presupposti applicativi della prededuzione ai sensi dell'articolo 182-*quater* terzo comma della Legge Fallimentare

La locuzione normativa contenuta nel terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. solleva una serie di problemi interpretativi riguardanti la perimetrazione del suo generale ambito applicativo. Si tratta di questioni concernenti sia il presupposto c.d. soggettivo sia l'elemento c.d. oggettivo della fattispecie individuata dal frammento del "diritto societario della crisi". Tra i vari interrogativi applicativi suscitati dalla norma inserita recentemente nel tessuto della legge fallimentare alcuni riguardano specificamente i finanziamenti infragruppo concessi "in esecuzione" e "in funzione" di un concordato preventivo di cui agli artt. 160 ss. l. fall. ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti di cui ad art. 182-*bis* l. fall.

2.3.1 Il presupposto soggettivo

Per quanto riguarda il profilo soggettivo, un dubbio esegetico deriva dal fatto che, sebbene il terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. si riferisca ai soli "finanziamenti effettuati dai soci", l'*incipit* di tale disposizione richiama espressamente il disposto dell'art. 2497-*quinquies* c.c.

Ai fini dell'applicazione della disciplina contenuta nel frammento del "diritto societario della crisi", si pone il problema di comprendere che cosa qualificare come finanziamento infragruppo. Si tratta di capire se il terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. "si applichi esclusivamente ai finanziamenti tra società del medesimo gruppo che sono socie o anche a prescindere dall'esistenza di un rapporto sociale tra finanziatore e impresa finanziata"⁸⁹.

Una parte della dottrina⁹⁰ accoglie una soluzione di tipo "sostanziale": l'eventuale finanziamento effettuato a favore di una società diretta e coordinata in stato di crisi da parte della capogruppo o di altra società appartenente al medesimo gruppo "in esecuzione" o "in funzione" di un

⁸⁹ TOMBARI U., *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, cit., 1150.

⁹⁰ ABRIANI N., *Finanziamenti "anomali" dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, cit., 54 - 55; BARTALENA A., *Crediti accordati in funzione o in esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*quater* l. fall.)*, cit., 2969; INZITARI B., *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis, l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, cit., 1344; MAFFEI ALBERTI A., *sub articolo 182-*quater* L. Fall.*, cit., 1283; MAUGERI M., *I finanziamenti "anomali" endogruppo*, cit., 748; NIEDDU ARRICA F., *Le operazioni di finanziamento funzionali alle soluzioni concordate della crisi d'impresa alla luce dell'art. 182-*quater* legge fall.*, cit., 456; STANGHELLINI L., *Finanziamenti - ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, cit., 1364; TOMBARI U., *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, cit., 1150; VALENSISE P., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2012, 304.

concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi del primo e del secondo comma dell'art. 182-*quater* l. fall., è prededucibile *ex art.* 111 l. fall., nei limiti dell'80 per cento e in deroga a quanto disposto dall'art. 2497-*quinquies* c.c., indipendentemente dall'esistenza di un rapporto societario tra finanziatore e società finanziata. In altre parole, anche se il terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. si riferisce soltanto al "finanziamento effettuato dai soci", l'espresso richiamo al disposto dell'art. 2497-*quinquies* c.c. dovrebbe interpretarsi nel senso che il regime della prededucibilità *ex art.* 182-*quater* l. fall. si estende - "in via diretta o, in alternativa, in via di *analogia legis* o *iuris*"⁹¹ - ai finanziamenti concessi sia dalla capogruppo e sia da altra società facente parte del medesimo gruppo cui appartiene la società in stato di crisi anche se non direttamente partecipante alla compagine sociale di quest'ultima.

La limitazione dell'operatività del beneficio della prededuzione ai soli "finanziamenti effettuati dai soci" appare coerente soltanto quando applicata all'art. 2467 c.c., nell'ambito del quale la partecipazione societaria alla s.r.l. comporta una asimmetria informativa che giustifica la postergazione del credito. Gli artt. 2497-*quinquies* e 2467 c.c. perseguono l'obiettivo del "corretto finanziamento dell'impresa societaria" ma la fattispecie prevista dalla disposizione del codice civile rubricata "Finanziamenti nell'attività di direzione e coordinamento" è diversa rispetto all'ipotesi contemplata dalla norma dettata per le società a responsabilità limitata. L'applicazione dell'art. 2497-*quinquies* c.c. trova fondamento nei vantaggi informativi originati dall'esistenza di un'attività di direzione e coordinamento unitaria delle imprese finanziante e finanziata. In un contesto di gruppo, la regola della c.d. postergazione dei finanziamenti (primo comma dell'art. 2467 c.c.) è applicabile indipendentemente dalla circostanza che il finanziatore sia socio⁹²: assume rilevanza l'assoggettamento a direzione unitaria. Il legislatore italiano ha

⁹¹ TOMBARI U., *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, cit., 1150.

⁹² TOMBARI U., *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 73, secondo il quale "la normativa sui «finanziamenti nell'attività di direzione e coordinamento» è funzionale ad estendere la regola della c.d. postergazione dei finanziamenti (...) all'ipotesi (*rectius*, anche all'ipotesi) non contemplata all'art. 2467 c.c., in cui il finanziatore non sia socio". IRACE A., sub art. 2497-*quinquies*, in *La riforma delle società* a cura di Sandulli M. e Santoro V., III (Artt. 2462 - 2510 cod. civ.), Torino, Giappichelli, 2003, 341; IRRERA M., *La nuova disciplina dei "prestiti" dei soci alla società*, in *La riforma delle società*, a cura di Ambrosini S., Torino, Giappichelli, 2003, 145; LOLLI A., Art. 2497-*quinquies* (*Finanziamenti nell'attività di direzione e coordinamento*), in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, Padova, Cedam, 2005, 2418; MAFFEI ALBERTI A., sub articolo 2497-*quinquies* c.c., in *Commentario breve al Diritto delle Società*, Padova, Cedam, 2011, 1417; MAUGERI M., *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2005, 239; MAUGERI M., *I finanziamenti "anomali" endogruppo*, cit., 728; NIUTTA A., *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2003, parte I, 418;

adeguato il principio dettato dall'art. 2467 c.c. per le società a responsabilità limitata c.d. "atomo" a società appartenenti ad un medesimo gruppo.

Una fattispecie soggettivamente più ampia rispetto a quella oggetto della norma di cui all'art. 2467 c.c. è delineata dall'art. 2497-*quinquies* c.c. nella quale risultano ricompresi: i finanziamenti effettuati da "chi" esercita l'attività di direzione e coordinamento alla società diretta e coordinata (finanziamenti c.d. *down - stream*) e i finanziamenti elargiti alla società diretta e coordinata da "altri soggetti" sottoposti all'attività di direzione e coordinamento (finanziamenti c.d. *cross - stream*).

Nella disposizione dell'art. 2497-*quinquies* c.c.:

- si prevede l'applicazione della postergazione "a chi esercita attività di direzione e coordinamento" o "ad altri soggetti ad essa sottoposti" (come avviene, ai sensi del quinto comma dell'art. 2497-*bis* c.c., in tema di pubblicità della eterodirezione) e non la circoscrive al finanziamento proveniente dalla "società o ente" che svolge tale attività (come accade in materia di responsabilità diretta della società o ente capogruppo verso i soci ed i creditori della società "dipendente" delineata dall'art. 2497 c.c.). Da ciò ne consegue che l'effetto della postergazione legale del finanziamento "anomalo" non dipende dalla natura giuridica del soggetto finanziatore esercente attività di direzione e coordinamento. Ai sensi dell'art. 2497-*quinquies* c.c. assumono rilevanza i finanziamenti erogati da società⁹³, enti di natura non societaria (come le associazioni, le fondazioni, ecc ...) nonché da persone fisiche⁹⁴;

TERRANOVA G., *I finanziamenti dei soci*, in *Commentario* a cura di Niccolini G. e Stagno d'Alcontres A., Napoli, Jovene, 2004, 1471 - 1472; Trib. di Padova 16 maggio 2011.

⁹³ TOMBARI U., *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2004, 1166, evidenzia che "le proposizioni normative di cui agli artt. 2497 ss. sono ispirate ad un «principio di effettività», disciplinando un fatto e, più in particolare, l'attività di direzione e coordinamento di società (...). In una prospettiva più generale, si tratta di una disciplina c.d. transtipica (*Rechtsformneutral*), ossia di una disciplina che prescinde dal tipo societario assunto dall'impresa: in altri termini, si sono dettati una serie di principi generali di disciplina, i quali trovano applicazione per ogni società (e, tendenzialmente, per ogni impresa non societaria) «di gruppo», ossia per ogni società che esercita o è assoggettata ad «attività di direzione e coordinamento»". ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., 47, l'art. 2497-*quinquies* c.c. estende la disciplina dettata dall'art. 2467 c.c., a prescindere dal tipo societario, "ai finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti". Similmente, Baccetti N., *Postergazione dei finanziamenti e tipi sociali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, parte I, 813.

⁹⁴ IRACE A., sub art. 2497-*quinquies*, cit., 34; MAFFEI ALBERTI A., sub articolo 2497-*quinquies* c.c., cit., 1417; DI MAJO A., *I gruppi di società. Responsabilità e profili concorsuali*, Milano, Giuffrè, 2012, 141.

- non si include, secondo la dottrina maggioritaria⁹⁵, i finanziamenti erogati a favore dell'ente che esercita attività di direzione e coordinamento da parte di società che vi è sottoposta (finanziamenti c.d. *up - stream* diretti)⁹⁶.

L'opinione restrittiva (secondo la quale non è applicabile al finanziamento “dal basso verso l'alto” la disciplina dettata dall'art. 2497-*quinquies* c.c.) è fondata non solo su una interpretazione strettamente letterale del dettato normativo (che fa riferimento esclusivamente ai “finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti”) ma anche sulla *ratio* sottesa alla stessa disposizione. La società finanziata si può considerare “eterodiretta” e si pone il problema di tutela dei creditori sociali “esterni al gruppo” soltanto nell'ipotesi di “finanziamenti effettuati dalla «società madre» alla «figlia» *direttamente* ovvero *indirettamente* attraverso altra società figlia «delegata» al finanziamento (c.d. finanziamento tra società sorelle)”⁹⁷ ma non anche nel caso di finanziamento prestato dalla “figlia” alla “madre”⁹⁸.

⁹⁵ ABRIANI N., *Debiti infragruppo e concordato preventivo: tra postergazione e compensazione*, in *BBTC*, 2013, parte I, 713; . BRIZZI F., *La fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 842; LOLLI A., *Art. 2497-quinquies (Finanziamenti nell'attività di direzione e coordinamento)*, cit., 2418; MAUGERI M., *I finanziamenti “anomali” endogruppo*, cit., 731; TOMBARI U., *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 66.

⁹⁶ Rientrano nella previsione della disposizione del codice civile rubricata “Finanziamenti nell'attività di direzione e coordinamento” i finanziamenti erogati dalla “controllata inferiore” alla “controllata superiore” (finanziamenti c.d. *up - stream* intermedi); si tratta di finanziamenti tra società soggette alla direzione e coordinamento di un medesimo soggetto.

⁹⁷ TOMBARI U., *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 67. Nell'ambito dell'art. 2497-*quinquies* c.c. sono ricompresi anche i rapporti di finanziamento “orizzontali” (esistenti, cioè, tra società soggette a comune controllo). Il legislatore, valorizzando un dato della comune esperienza, muove dalla supposizione che all'interno del gruppo il soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento non ha la necessità di concedere direttamente alle controllate il finanziamento sostitutivo del capitale, ma può servirsi “di altre società sottoposte alle sue direttive, nella consapevolezza che i vantaggi resteranno comunque «in famiglia», mentre i rischi vengono ribaltati sui creditori e sui soci esterni” (TERRANOVA G., *I finanziamenti dei soci*, cit., 1473; similmente BACCETTI N., *Postergazione dei finanziamenti e tipi sociali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, parte I, 816 e MAUGERI M., *I finanziamenti “anomali” endogruppo*, cit., 729). In quest'ottica, la scelta di evocare unitariamente la fattispecie del finanziamento elargito dalla capogruppo e l'ipotesi della nuova finanza concessa da una società c.d. “sorella” appare logica e coerente (non avrebbe avuto senso prevedere trattamenti giuridici differenti per condotte equivalenti sul piano funzionale). I creditori e i soci “esterni” della società che apporta nuove risorse, di fronte alla postergazione legale del prestito erogato in esecuzione della direttiva di gruppo alla “società” in crisi, “saranno legittimati (...) ad attuare le fattispecie di responsabilità esibite dall'art. 2497, commi 1°

e 2°, c.c. nei confronti della capogruppo, dei suoi amministratori nonché degli amministratori della società finanziatrice” (MAUGERI M., *I finanziamenti “anomali” endogruppo*, cit., 729; nello stesso senso BALP G., *Articolo 2497-quinquies. Finanziamenti nell’attività di direzione e coordinamento*, in *Direzione e coordinamento di società: artt. 2497 - 2497-quinquies c.c.* a cura di G. Sbisà, Milano, Egea, 2012, 301; CARIELLO V., *La S.r.l. di gruppo*, in *S.r.l. commentario dedicato a G. B. Portale* a cura di A. A. Dolmetta e G. Presti, Milano, Giuffrè, 2011, 1072; LOLLI A., *Art. 2497-quinquies (Finanziamenti nell’attività di direzione e coordinamento)*, cit., 242).

⁹⁸ L’applicazione dell’art. 2497-quinquies c.c. ai finanziamenti c.d. *up - stream* potrebbe giustificarsi soltanto in via analogica cioè supponendo una somiglianza tra la questione giuridica sollevata dal prestito “ascendente” e quella alla cui soluzione è indirizzata la disciplina dettata dalla norma del codice civile rubricata “Finanziamenti nell’attività di direzione e coordinamento”. Non sembra possibile affermare l’esistenza di tale similitudine. Gli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. sono indirizzati a prevenire e neutralizzare le situazioni “anomale” che sembrano essere “non solo diverse, ma addirittura *opposte* a quella nella quale si trova la società eterodiretta nei confronti della controllante: la prima risulta, per definizione, priva di alcuna posizione di *potere* in senso proprio (...) nei confronti della seconda in forza della quale influenzarne stabilmente le scelte strategiche ad acquisire informazioni differenziali” (PERONE G., *La postergazione dei finanziamenti ascendenti infragruppo*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, parte I, 894). Nell’ipotesi del finanziamento erogato da una società diretta e coordinata a favore della capogruppo, la società figlia non ha alcun incentivo a traslare sui creditori “esterni” (della controllante) il pericolo della crisi dell’iniziativa imprenditoriale (MAUGERI M., *I finanziamenti “anomali” endogruppo*, cit., 732; PERONE G., *La postergazione dei finanziamenti ascendenti infragruppo*, cit., 892; PORTALE G. B., *I “finanziamenti” dei soci nelle società di capitali*, in *BBTC*, 2003, parte I, 672). Per l’ordinamento giuridico italiano la scelta degli amministratori della società diretta e coordinata di finanziare la capogruppo non è senza rilievo. Il fenomeno denominato di “*upstream financing*” pare essere regolato in modo appropriato mediante l’applicazione delle varie disposizioni contenute nel Libro V, Titolo V, Capo IX del codice civile e, in particolare, di quelle dedicate alla teoria dei vantaggi compensativi o di quella c.d. “dell’indennizzo”. Nel caso in cui si realizzi un finanziamento delle controllate alla capogruppo a condizioni non di mercato (si pensi, ad esempio, ad un prestito infruttifero, non assistito da alcuna garanzia reale mobiliare o immobiliare o privo di un corrispettivo adeguato), laddove in concreto siano assenti vantaggi compensativi o forme di indennizzo del pregiudizio sopportato da alcune società figlie, magari a vantaggio di altre, i soci esterni e i creditori sociali delle società dirette e coordinate danneggiate potrebbero esperire l’azione *ex art. 2497 c.c.* al fine di ottenere un riequilibrio della situazione patrimoniale e il rimedio del recesso *ex art. 2497-quater c.c.* (MAUGERI M., *I finanziamenti “anomali” endogruppo*, cit., 732 e NIUTTA A., *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi di società*, cit., 416 - 417). Dilatare, ricorrendo al ragionamento sistematico ed analogico, l’ambito precettivo della disciplina recata dall’art. 2497-quinquies c.c., fino a ricomprendervi la regola della postergazione legale anche ai finanziamenti c.d. “ascendenti”, risulta inopportuno. La subordinazione coattiva del prestito concesso alla capogruppo dalla società eterodiretta (riducendo le aspettative di quest’ultima di rimborso del suo finanziamento) giungerebbe ad arrecare un pregiudizio all’integrità patrimoniale della controllata e a ledere l’interesse dei

Il fatto che a fianco dell'art. 2467 c.c. sia richiamato dal terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. anche l'art. 2497-*quinquies* c.c., secondo l'orientamento della dottrina di tipo "sostanziale", lascia pensare che la norma di "diritto societario della crisi" si applichi ai finanziamenti infragruppo anche effettuati da non soci.

Una interpretazione letterale del terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. finirebbe per circoscrivere il beneficio della prededuzione ai soli finanziamenti erogati: *a)* da soci di una s.r.l.; *b)* da soci di una s.p.a. soggetta ad attività di direzione e coordinamento⁹⁹. Tale conseguenza, in termini precettivi, non sembra condivisibile. La logica sottostante alla regola della postergazione e quella alla base del riconoscimento del privilegio della prededuzione al finanziamento effettuato nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento è la stessa: le operazioni di finanziamento tra società unidirette, nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento, sono compiute sulla base di informazioni sulla società finanziata ben

soci di minoranza e dei creditori "esterni" cioè dei soggetti alla cui tutela è ispirata la disciplina contenuta negli artt. 2497 ss. c.c. (MAUGERI M., *I finanziamenti "anomali" endogruppo*, cit., 732 e BALP G., *Articolo 2497-quinquies. Finanziamenti nell'attività di direzione e coordinamento*, cit., 304).

Una parte della dottrina (BENEDETTI L., *La disciplina dei finanziamenti up-stream della società eterodiretta alla capogruppo in situazione di difficoltà finanziaria*, in *Rivista delle società*, 2014, 747 ss.) è favorevole all'applicazione della norma contenuta nell'art. 2497-*quinquies* c.c. anche ai finanziamenti c.d. *up - stream*. I sostenitori di tale tesi rintracciano in capo alla società controllata finanziatrice:

- a. una "duplicità di interessi economici" dal momento che, trattandosi di una società "interna" al gruppo, non solo sopporta il rischio di un qualsiasi creditore - terzo ma persegue, a seguito dell'operazione di finanziamento, benefici economici diversi ed ulteriori rispetto alla remunerazione del prestito (vantaggi "addizionali" derivanti dall'attuazione di un unitario piano strategico);
- b. un vantaggio informativo dinanzi ai finanziatori esterni al gruppo; la proposizione normativa recata nell'art. 2497-*ter* c.c. implica un flusso discendente di informazioni dalla capogruppo alla società eterodiretta che crea tra quest'ultima e i finanziatori esterni al gruppo asimmetrie che costituiscono il fondamento della postergazione legale. "La *holding* è obbligata ad indicare gli obiettivi strategici e gli interessi che ispirano ogni decisione influenzata dall'attività di direzione e coordinamento (...) poi recepiti nella motivazione degli amministratori della dominata" (BENEDETTI L., *La disciplina dei finanziamenti up-stream della società eterodiretta alla capogruppo in situazione di difficoltà finanziaria*, cit., 777).

⁹⁹ STANGHELLINI L., *Finanziamenti - ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, cit., 1364; BRIZZI F., *La fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 843; MARCHISIO E., *I "finanziamenti anomali" tra postergazione e prededuzione*, cit., 1318, secondo il quale, interpretando letteralmente il terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall., la prededuzione, nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento, verrebbe riconosciuta al finanziamento effettuato "esclusivamente da una società socia nei confronti di una società azionaria".

maggiori¹⁰⁰ di quelle a disposizione sul mercato del credito. Limitare alla variabile “*partecipazione societaria*” la operatività della prededuzione non pare avere senso, essendo rilevante per la regola della postergazione soltanto la variabile “*eterodirezione*”.

Una estensione della disciplina dettata dal tassello di “diritto societario della crisi” a tutti i finanziamenti infragruppo, anche a quelli concessi da società non socie della società diretta e coordinata, avvalendosi eventualmente dall’applicazione analogica del terzo comma dell’art. 182-*quater* l. fall.¹⁰¹, sembra essere giustificata e supportata non solo da ragioni di coerenza sistematica, che si riscontrano nella *ratio* della norma presente nel corpo della legge fallimentare, ma anche dal principio di ragionevolezza delle leggi *ex art. 3 Cost.*

Il filone della dottrina che aderisce alla soluzione c.d. “sostanziale” sostiene che:

- il riferimento ai soli finanziamenti dei soci da parte dell’art. 182-*quater* terzo comma l. fall. dove essere interpretato letteralmente esclusivamente in relazione alla deroga all’art. 2467 c.c.
- non vi è alcuna ragione per negare il beneficio della prededuzione al credito originato dal finanziamento elargito da un soggetto che non è titolare di alcuna partecipazione sociale; la logica sottostante al privilegio della prededuzione trova giustificazione nel riconoscimento della meritevolezza al finanziamento strumentale al compimento di operazioni di ristrutturazione e di risanamento nell’ambito degli strumenti di superamento della crisi d’impresa caratterizzati da “momenti che sono parsi qualificanti della condivisione (da parte dei creditori) e del controllo (ad opera del Tribunale in sede di omologa)”¹⁰².

¹⁰⁰ La conoscenza proviene dalla circostanza che l’operazione di finanziamento, nell’ambito dell’attività di direzione e coordinamento (per la posizione di chi la effettua), non si risolve in un semplice investimento ma costituisce un momento di esercizio dell’impresa.

¹⁰¹ TOMBARI U., *Crisi d’impresa e doveri di “corretta gestione societaria ed imprenditoriale” della società capogruppo. Prime considerazioni.*, cit., 645; STANGHELLINI L., *Finanziamenti - ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, cit., 1364, ritiene sia possibile l’applicazione analogica a tutte le fattispecie di finanziamenti individuati dall’art. 2497-*quinquies* c.c.; ABRIANI N., *Finanziamenti “anomali” dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, cit., 54 - 55, propende per una applicazione analogica e un’interpretazione antiletterale della disposizione contenuta nel terzo comma dell’art. 182-*quater* l. fall., in modo tale da ampliare la sfera operativa di quest’ultima a tutte le fattispecie di cui all’art. 2497-*quinquies* c.c.; i dubbi esegetici suscitati dalla lettera della norma lasciano “sin d’ora prevedere un prudenziale ricorso da parte degli operatori alla farragginosa alternativa dell’effettuazione di un «doppio passaggio di denaro»: dalla cassaforte del gruppo alla società socia di quella in crisi, e da questa a quella in crisi”.

¹⁰² BRIOLINI F., *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. e sull’art. 182-*quater* l. fall.*, cit., 537.

Sempre più spesso si verifica che, nell'ambito del gruppo, "chi" esercita attività di direzione e coordinamento nei confronti della società debitrice e/o le società c.d. "sorelle" sono chiamate ad effettuare operazioni di sostegno "in funzione" e "in esecuzione":

- a. di un accordo di ristrutturazione dei debiti ovvero di un concordato preventivo di una società del gruppo;
- b. di un complessivo accordo di ristrutturazione dei debiti ovvero di un complessivo concordato preventivo dell'intero gruppo;
- c. di diversi concordati preventivi ovvero di differenti accordi di ristrutturazione dei debiti tra loro collegati e finalizzati nel loro complesso a ristrutturare l'esposizione debitoria dell'intero gruppo.

Il legislatore italiano, all'interno del terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall., sembra manifestare una "inedita attenzione legislativa alla composizione della crisi dei raggruppamenti societari"¹⁰³.

La perplessità esegetica riguardante la possibilità di applicare la disciplina dettata dal terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. anche ai finanziamenti effettuati da società del gruppo che non partecipano direttamente alla compagine sociale della società in crisi può essere superata accogliendo una soluzione di tipo "sostanziale" oppure aderendo ad una argomentazione di tipo "formale". Una parte della dottrina¹⁰⁴ ritiene che il persistente richiamo ai "finanziamenti effettuati dai soci" all'interno della disposizione del "diritto societario della crisi" rende arduo sostenere la tesi a favore dell'applicabilità a tutte le società facenti parte del gruppo del beneficio della prededuzione.

2.3.2 L'elemento oggettivo

Il primo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. riconosce il beneficio della prededucibilità "ai sensi e per gli effetti dell'art. 111"¹⁰⁵ ai crediti originati da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati

¹⁰³ MAFFEI ALBERTI A., sub *articolo 182-quater L. Fall.*, cit., 772 ss. e 1283.

¹⁰⁴ AMBROSINI S., *I finanziamenti alle imprese in crisi*, cit., 154.

¹⁰⁵ La prededuzione riconosciuta al credito del finanziatore dai primi due commi dell'art. 182-*quater* l. fall. è descritta con l'espressione "ai sensi e per gli effetti dell'art. 111".

Secondo la tesi basata sull'idea che "a significanti diversi corrispondono anche significati diversi. Piaccia o meno il risultato finale del possibile esercizio di semantica lessicale" (D'AMORA R., *La prededuzione nell'anno di grazia 2013*, in www.osservatorio-oci.org), la formulazione contenuta nel primo comma della "norma madre in tema di prededuzione" (DIDONE A., *La prededuzione dopo la L. n. 134 del 2012 (prededuzione "ai sensi" e prededuzione "ai sensi e per gli effetti")*, in *Fallimento*, 2013, 920) contiene: un riferimento descrittivo ("ai sensi") e un riferimento operativo ("per gli effetti"); in genere il primo è

utilizzato per richiamare la disciplina di un istituto e il secondo normalmente è usato per individuare lo spazio di operatività - di efficacia che si vuole attribuire mediante il richiamo (“per gli effetti”).

Assume un duplice significato il congiunto utilizzo delle due modalità di aggancio normativo:

- la prededuzione riconosciuta al finanziatore dall’art. 182-*quater* l. fall. è quella indicata dall’art.111 l. fall. (il quale individua l’ordine di distribuzione delle somme provenienti dalla liquidazione del patrimonio dell’imprenditore fallito e richiama l’art. 111-*bis* l. fall. contenente la disciplina fallimentare del credito prededucibile);
- l’ambito di operatività della prededuzione accordata dall’art. 182-*quater* l. fall. coincide con quello dell’art. 111 l. fall.

In particolare, “quando il legislatore intende ricondurre l’operatività della prededuzione all’ambito fallimentare utilizza l’espressione «per gli effetti dell’art. 111» omettendo la precisazione espressa solo quando il rinvio al fallimento è insito nello stesso contesto normativo, per cui diverrebbe pleonastico” (D’AMORA R., *La prededuzione nell’anno di grazia 2013*, cit.). Tale considerazione è supportata dall’analisi dell’art. 182-*quater* l. fall. ai sensi del quale il Tribunale o la maggioranza qualificata di creditori (in un’ottica privatistica di equivalenza delle due fasi) valuta in via preventiva la funzionalità del finanziamento; una prededuzione “ai sensi e per gli effetti dell’art. 111” determina “la definitività della valutazione *ex ante* non più scrutinabile dal giudice dello stato passivo, così raggiungendosi il massimo grado di certezza dei rapporti giuridici e di sicurezza per i soggetti che trattano con l’impresa in procedura” (D’AMORA R., *La prededuzione nell’anno di grazia 2013*, cit.).

La prededuzione sembra operare soltanto nel concordato preventivo o negli accordi di ristrutturazione dei debiti (e non anche nel successivo fallimento) ove il legislatore utilizza per richiamare l’art. 111 l’ enunciato “ai sensi”. Questa affermazione è corroborata dall’esame del primo comma dell’art. 182-*quinquies* l. fall.. Il Tribunale esegue un mero controllo di legittimità sostanziale in ordine all’attestazione del professionista, designato dal debitore, sulla funzionalità del finanziamento alla migliore soddisfazione dei creditori; nella successiva procedura fallimentare incombe sul creditore l’onere di provare la concreta funzionalità/utilità del finanziamento per la massa dei creditori. E’ possibile pervenire ad una simile conclusione anche per i crediti sorti in virtù del settimo comma dell’art. 161 l. fall. Nell’ipotesi di pre-concordato, durante la fase di predisposizione della proposta, l’imprenditore è autonomo nella gestione caratteristica dell’impresa e ha soltanto obblighi di trasparenza (art. 161 ottavo comma l. fall.) e di controllo sugli atti di maggiore impatto economico (autorizzazioni *ex art.* 161 comma settimo l. fall. per gli atti urgenti di straordinaria amministrazione). Nel caso di insuccesso della proposta concordataria “il terzo resta comunque tutelato tramite il riconoscimento del suo credito nello stato passivo del fallimento grazie alla stabilità dell’art. 67, comma 3, lettera e), fatta salva la prova a carico del creditore della concreta funzionalità/utilità per la massa dei creditori” (D’AMORA R., *La prededuzione nell’anno di grazia 2013*, cit.).

Una parte della dottrina (DIDONE A., *La prededuzione dopo la L. n. 134 del 2012 (prededuzione “ai sensi” e prededuzione “ai sensi e per gli effetti”?)*, cit., 913 ss.) critica la teoria della distinzione tra prededuzione “ai sensi” e prededuzione “ai sensi e per gli effetti”, sostenendo che:

“in esecuzione” di un concordato preventivo di cui agli artt. 160 e ss. l. fall. ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell’art. 182-bis l. fall.

Il secondo comma della norma, contenuta nel corpo della legge fallimentare e rubricata “Disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione”, parifica “ai crediti di cui al primo comma i crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti”.

Il terzo comma del medesimo art. 182-*quater* l. fall. dispone che “in deroga agli articoli 2467 e 2497-*quinquies* c.c. del codice civile, il primo e il secondo comma si applicano anche ai finanziamenti effettuati dai soci, fino a concorrenza dell’80 per cento del loro ammontare”.

In seguito alle modifiche apportate dal Decreto Sviluppo alla formulazione del frammento del “diritto societario della crisi”, quest’ultimo richiama sia il primo sia il secondo comma dell’art. 182-*quater* l. fall. Il beneficio della prededucibilità, già attribuito dal d.l. del 31 maggio 2010 n. 78 (nel limite dell’80 per cento) ai crediti provenienti da finanziamenti dei soci ed infragruppo concessi “in esecuzione” di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti¹⁰⁶, è stato esteso dal d.l. del 22 giugno 2012 n. 83 anche a quelli (fino a concorrenza

-
- l’enunciato “ai sensi e per gli effetti”, nato nella pratica forense e solo recentemente introdotto nella legge fallimentare, nel codice di procedura civile (art. 186-*ter*) e nel codice civile (artt. 2343-*quater*, 2444 e 2443), sembra essere un rafforzativo;
 - non appare condivisibile la tesi che, basandosi su enunciati diversi (“ai sensi dell’art. 111” e “ai sensi e per gli effetti dell’art. 111”), differenzia la prededucazione tra “forte” (che agisce non solo nel concordato preventivo o nell’accordo di ristrutturazione dei debiti ma anche nel fallimento) e “debole” (operante soltanto nella soluzione concordataria o nell’ambito dell’accordo di cui ad art. 182-*bis* l. fall.);
 - se fosse condivisibile la soluzione secondo la quale “ai sensi” è funzionale a richiamare la disciplina di un istituto e “per gli effetti” ha contenuto operativo ed indica l’ambito di operatività che si vuole attribuire mediante il richiamo allora in tutte le norme in cui il legislatore ha posto l’espressione “ai sensi” di una determinata norma (si pensi, a titolo meramente esemplificativo, agli artt. 127, 130 e 136 l. fall.), di questa sarebbe stata richiamata solo la disciplina e non anche gli effetti.

¹⁰⁶ All’originaria limitazione della prededucazione ai soli crediti originati da finanziamenti-soci ed infragruppo “in esecuzione” di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti si obiettava che il ricorso al sostegno finanziario da parte dei soci, della capogruppo o delle società c.d. “correlate” (anche non socie) può essere decisivo e fondamentale nella fase precedente alla presentazione dell’istanza di ammissione alla procedura di cui agli artt. 160 e ss. l. fall. ovvero della domanda di omologazione dell’accordo di cui all’art. 182-*bis* l. fall. Per le imprese in stato di crisi non è semplice reperire in vista dell’accesso ad una procedura di composizione della crisi “nuove risorse” esterne

dell'80 per cento del loro ammontare) generati da finanziamenti soci e da finanziamenti infragruppo erogati "in funzione" della presentazione di una domanda di ammissione a concordato preventivo o di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Per quanto riguarda i finanziamenti soci e i finanziamenti infragruppo "in esecuzione", la proposta di concordato ovvero l'accordo di ristrutturazione dei debiti devono indicare chiaramente e descrivere accuratamente i prestiti che i soci, la capogruppo e le società c.d. "correlate" (anche non socie) si impegnano a concedere affinché l'impresa possa assolvere ed onorare gli obblighi e gli impegni assunti verso i creditori con il concordato o con l'accordo di ristrutturazione omologato. La prededucibilità (parziale) dei relativi crediti, come la prededucibilità (integrale) dei crediti originati dai finanziamenti di cui ai primi due commi dell'art. 182-*quater* l. fall., rappresenta un beneficio che discende direttamente dalla legge e non deve essere necessariamente ed espressamente indicata nella proposta di concordato o nell'accordo di ristrutturazione dei debiti. Nel caso di concordato di cui agli artt. 160 e ss. l. fall. il commissario giudiziale deve illustrare l'esistenza e gli effetti dei finanziamenti dei soci ed infragruppo "in esecuzione" "nella relazione *ex art.* 172 l. fall., al fine di consentire ai creditori l'esercizio consapevole del diritto di voto"¹⁰⁷. Sulla necessità di un espresso riconoscimento da

provenienti da banche ed intermediari finanziari, considerato il rischio a cui si espongono quest'ultimi soggetti in relazione all'eventualità che, dopo aver concesso il finanziamento, l'accordo di ristrutturazione dei debiti non venga omologato ovvero in sede di ammissione del concordato il Tribunale non accordi la prededuzione.

Secondo ABRIANI N., *Finanziamenti "anomali" dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, cit., 55 - 56, la scelta del legislatore italiano di riservare la prededuzione ai soli crediti aventi ad oggetto il finanziamento erogato dai soci, dalla capogruppo e dalle società c.d. "sorelle" (anche non socie) nella fase di esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti sembrava essere giustificata dal fatto che il contesto in cui quest'ultimi sono effettuati è radicalmente diverso rispetto alle due situazioni "anomale" presupposte dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. Il privilegio processuale era riconosciuto esclusivamente ai finanziamenti soci ed infragruppo elargiti:

- a. in un momento di crisi della società accertato giudizialmente (non in presenza di asimmetrie informative a sfavore dei creditori sociali);
- b. nel rispetto delle previsioni contenute in un concordato preventivo o in un accordo di ristrutturazione dei debiti approvato o condiviso con i creditori ed oggetto dei rispettivi provvedimenti giudiziali di ammissione ed omologazione.

¹⁰⁷ CAMPOBASSO M., *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, cit., 264.

parte del Tribunale del carattere prededucibile del credito sorto in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato non vi è concordia¹⁰⁸.

Una questione complessa concerne l'applicabilità della disciplina restitutoria di cui agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. per quanto riguarda i rimborsi dei finanziamenti dei soci ed infragruppo effettuati "in esecuzione" del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti omologato. Si pone il dubbio che il rimborso dei finanziamenti soci ed infragruppo attuativi del concordato preventivo ovvero dell'accordo di ristrutturazione dei debiti oltre a costituire oggetto di restituzione in caso di fallimento della società (in base al "secondo segmento" della disciplina contenuta nel primo comma dell'art. 2467 c.c.) rientri anche nell'ambito di applicazione dell'esonero dalla revocatoria fallimentare di cui ad art. 67 comma terzo lettera e) l. fall.

Tra le norme del codice civile e quelle contenute nella legge fallimentare è dato riscontrare un potenziale conflitto.

Gli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c., oltre a dettare la regola della postergazione precludono agli amministratori (fino a quando la crisi non è superata o l'insolvenza evitata) di rimborsare le somme ricevute a titolo di finanziamento dai soci, dalla capogruppo o dalle società "sorelle" (anche non socie); la norma codicistica dispone che in caso di rimborso avvenuto nell'anno anteriore la dichiarazione di fallimento tali somme devono essere restituite.

Dall'art. 67 comma terzo lettera e) l. fall. emerge un evidente *favor* legislativo per gli strumenti di soluzione "concordata" - "partecipata" della crisi d'impresa. Questa proposizione normativa

¹⁰⁸ Favorevole INZITARI B., *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis, l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, cit., 1341, secondo il quale, con riferimento all'accordo di ristrutturazione dei debiti, il riconoscimento della prededuzione è consentito soltanto per i finanziamenti: a) effettuati in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e quindi dopo l'omologa dello stesso, b) previsti specificamente nell'accordo quali necessari e funzionali all'esecuzione di tale strumento di soluzione concordata della crisi d'impresa, c) "specificamente presi in considerazione e con espressa disposizione della prededuzione nel provvedimento che accoglie la domanda di omologa dell'accordo". Contrari: ARMELI B., *I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo tra prededucibilità e postergazione*, cit., 890, ritiene non necessaria l'espressa previsione della prededuzione nel provvedimento con cui il Tribunale accoglie la domanda di ammissione a concordato preventivo; BRIZZI F., *La fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 830 sostiene che il provvedimento in ordine all'ammissione del concordato preventivo o l'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti hanno anche l'effetto di "un riconoscimento implicito da parte del Tribunale circa la natura prededucibile e l'importo dei crediti derivanti dai (...) finanziamenti" esecutivi di un concordato preventivo ovvero di un accordo di cui all'art. 182-bis l. fall. In giurisprudenza: Trib. di Milano 9 febbraio 2015 sentenza n. 1754 e Trib. di Piacenza 13 maggio 2015.

prevede l'esonero dalla revocatoria fallimentare per gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse in esecuzione del concordato preventivo nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'art. 182-*bis* l. fall.

Si tratta di capire se l'esenzione dall'azione revocatoria prevista dall'art. 67 comma terzo lettera e) l. fall. si applichi anche con riferimento ai rimborsi dei finanziamenti avvenuti "in esecuzione" di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti. In altre parole, si pone il quesito riguardante la possibilità o meno per il curatore di esercitare, nel fallimento intervenuto entro l'anno dall'avvenuto pagamento, l'azione restitutoria *ex* artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. Tale problematica si delinea indipendentemente dall'introduzione del terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. ma è resa maggiormente complicata da quest'ultima disposizione che, limitando la prededuzione all'80 per cento dell'ammontare del credito, costituisce una deroga espressa alle disposizioni codicistiche; in particolare il quesito che si crea riguarda "come tale deroga operi rispetto non già alla regola della postergazione, bensì all'inefficacia del rimborso rispetto al fallimento, egualmente facente parte della disciplina di cui agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c."¹⁰⁹.

Secondo una parte della dottrina¹¹⁰, i finanziamenti soci ed infragruppo attuativi di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti si sottraggono all'applicazione della regola della restituzione del rimborso fallimentare dettata dall'art. 2467 c.c. A prescindere dalla discussa e controversa questione se la pretesa restitutoria del curatore fallimentare ai sensi del primo comma della norma del codice civile rubricata "Finanziamenti dei soci" rientri o meno nel *genus* della revocatoria (con conseguente estensione ad essa della specifica esenzione di cui ad art. 67 comma terzo lettera e) l. fall.), la disapplicazione del precetto di cui all'ultima parte dell'art. 2467 c.c. appare supportata da due considerazioni.

Tra la postergazione del credito e l'obbligo di restituzione delle somme percepite a suo rimborso, da più parti, è stato ravvisato un collegamento: "se è vero che quando il credito è postergato non può ammettersi – per la contraddizione che nol consente – che il creditore incassi efficacemente le somme di sua spettanza, deve credersi che, ove la postergazione venga invece meno, e al suo posto sia addirittura introdotto un regime di prededuzione, per coerenza non possa nemmeno permanere l'obbligo sancito dal primo comma dell'art. 2467, comma 1°, c.c."¹¹¹.

¹⁰⁹ BRIZZI F., *La fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 844.

¹¹⁰ BRIOLINI F., *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. e sull'art. 182-quater l. fall.*, cit., 523 ss. e MAUGERI M., *I finanziamenti "anomali" endogruppo*, cit., 726 ss.

¹¹¹ BRIOLINI F., *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. e sull'art. 182-quater l. fall.*, cit., 530, il quale

Il secondo argomento, che sembra corroborare la tesi che esclude l'applicazione dell'obbligo di restituzione delle somme rimborsate nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento di cui al primo comma dell'art. 2467 c.c., è correlato ad una riflessione riguardante l'inquadramento complessivo della regola dettata dal terzo comma dell'art. 182-*quater* c.c. Questa disposizione, contenuta nel tessuto della legge fallimentare, riconosce il beneficio della prededuzione (nei limiti dell'80 per cento) al credito derivante da un "sostegno finanziario *accettato* (dai creditori) e pubblicamente *accertato* (dal professionista e dal Tribunale) come funzionale alla realizzazione"¹¹² di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di un concordato preventivo. I principi di corretto e leale finanziamento dell'impresa alla base della disciplina contenuta negli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. non si mostrano in conflitto con il sostegno finanziario di cui al terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall., dal momento che con i finanziamenti "in esecuzione" di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione i soci, la capogruppo e le società c.d. "correlate" non si avvalgono delle asimmetrie informative per avvantaggiarsi sui creditori sociali prima che costoro vengano a conoscenza dello stato di crisi ma pongono in essere un intervento ragionato nell'interesse del ceto creditorio (che il legislatore ritiene opportuno incentivare con il beneficio della prededuzione). In ipotesi del genere il profilo della "anomalia" che caratterizza i finanziamenti previsti dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. sembra ridursi o addirittura venir meno, con la conseguenza che la regola che esige la restituzione delle somme rimborsate ai creditori nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento non trova applicazione¹¹³.

Il dubbio in ordine alla compatibilità tra il generale regime di irrevocabilità e il riconoscimento della legittimazione del curatore fallimentare ad esperire l'azione di restituzione dei rimborsi effettuati in conformità di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti è risolto in modo diverso da un'altra parte della dottrina¹¹⁴. La disciplina dei finanziamenti-soci

evidenzia che una differente soluzione condurrebbe ad un risultato irragionevole: il finanziatore socio, capogruppo o società c.d. "sorella" (anche non socie) dovrebbe restituire le somme ricevute in rimborso ma subito dopo potrebbe far valere, collocato in prededuzione nella misura dell'80 per cento, il proprio credito.

¹¹² BRIOLINI F., *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. e sull'art. 182-quater l. fall.*, cit., 530.

¹¹³ Secondo BRIOLINI F., *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. e sull'art. 182-quater l. fall.*, cit., 530 nt. 29 e MAUGERI M., *I finanziamenti "anomali" endogruppo*, cit., 752 il precetto di cui all'ultima parte del primo comma dell'art. 2467 c.c. non si applica neppure nei limiti del 20 per cento delle somme rimborsate.

¹¹⁴ NIEDDU ARRICA F., *Le operazioni di finanziamento funzionali alle soluzioni concordate della crisi d'impresa alla luce dell'art. 182-quater legge fall.*, cit., 457 - 458.

ed infragruppo posta dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. può essere scomposta in due regole: la prima legittima l'azione della curatela a farsi restituire quanto rimborsato nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento ai soci e alle altre società facenti parte del gruppo e la seconda prevede la postergazione del credito del finanziatore. La deroga (all'80 per cento) operata dal terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. sembra riferirsi esclusivamente alla seconda regola e non all'inefficacia dell'eventuale rimborso avvenuto nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento. Da ciò ne consegue che la tutela riconosciuta al finanziatore *insider* è inferiore rispetto a quella accordata ad un qualunque altro soggetto che finanzia l'impresa in stato di crisi ai sensi del primo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. Il curatore può domandare la restituzione del rimborso percepito nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento al socio, alla capogruppo o alla società c.d. "correlata" (anche non socia); quest'ultimi possono richiedere l'ammissione al passivo del loro credito per l'80 per cento in prededuzione e per il 20 per cento in via postergata. Il rimborso in favore di un qualunque finanziatore sarà esentato da revocatoria *ex art. 67* comma terzo lettera e) l. fall.

Vi è poi un terzo orientamento della dottrina¹¹⁵ che, per risolvere il "conflitto" tra esonero da revocatoria *ex art. 67* comma terzo lettera e) l. fall. e obbligo di restituzione del rimborso prefallimentare ai sensi del primo comma dell'art. 2467 c.c., con riferimento al prestito del socio ed infragruppo erogato "in esecuzione" di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti, opta per una soluzione "intermedia" rispetto a quella a favore della integrale applicazione e quella che sostiene la totale disapplicazione degli artt. 2467 e 2497-

¹¹⁵ ABRIANI N., *Finanziamenti "anomali" dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, cit., 53 - 54; ARMELI B., *I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo tra prededucibilità e postergazione*, cit., 894; BARTALENA A., *Crediti accordati in funzione o in esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*quater* l. fall.)*, cit., 2972 - 2793; BRIZZI F., *La fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 845; CALDERAZZI R., *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, cit., 139; CAMPOBASSO M., *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, cit., 263 - 264; SCIUTO M., *I finanziamenti dei soci nell'art.2467 c.c. e nell'art.182-*quater* L. Fall.*, cit., 519 - 520 ritiene che "un'azione revocatoria potrebbe senz'altro legittimarsi per il restante 20 per cento" del credito derivante da finanziamenti soci ed infragruppo "in esecuzione" di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti e che, anche oltre il limite del 20 per cento (per la parte del credito assistita dalla condizione di prededucibilità), potrebbe legittimarsi la revoca del rimborso dei finanziamenti soci ed infragruppo. In concreto, secondo la soluzione tracciata dal professor Maurizio Sciuto, starebbe al curatore discernere tra una situazione di sostanziale inutilità della revoca (considerando che quanto revocato va poi integralmente restituito in prededuzione) e il caso in cui l'esercizio di un'azione restitutoria delle somme rimborsate sia utile e giustificata dal fatto che il credito prededucibile nel fallimento rischia di scontare qualche falcidia *ex art. 113* l. fall.

quinqües c.c. Questa terza opzione consiste nell'ammettere l'esenzione da revocatoria per l'80 per cento dell'ammontare del credito soddisfatto e lasciare il rimanente 20 per cento soggetto alla regola della revocabilità oltre che della postergazione. A favore di tale soluzione valgono tre considerazioni:

1. la permanenza in capo al curatore dell'azione restitutoria per il 20 per cento del credito è in armonia con la *ratio* sottostante l'art. 182-*quater* comma terzo l. fall. (incoraggiare il sostegno finanziario dell'impresa in stato di crisi da parte dei soci, della capogruppo e della società c.d. "sorelle" purché questo avvenga nell'ambito e in funzione delle procedure di composizione negoziale e di risanamento previste dalla legge);
2. la "prededuzione" e la "esenzione da revocatoria" sono due situazioni giuridiche connesse da una *ratio* analoga (si tratta di due strumenti complementari nella protezione della "nuova finanza");
3. se si consentisse l'esclusione dalla revocatoria del pagamento eseguito allora risulterebbero frustrati sia la finalità della postergazione sia l'obbligo della restituzione del rimborso incassato dal finanziatore socio, capogruppo o società c.d. "correlata" (anche non socio).

Per effetto del richiamo al secondo comma dell'art. 182-*quater* l. fall., inserito nel terzo comma della medesima disposizione, il beneficio della prededuzione può essere riconosciuto anche ai finanziamenti soci ed infragruppo concessi prima della presentazione di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di una domanda di ammissione a concordato preventivo purché "in funzione" della stessa. Rimangono esclusi dalla prededuzione i finanziamenti concessi dai soci e dalle società facenti parte del medesimo gruppo a cui appartiene la società in stato di crisi non oggettivamente propedeutici e non strettamente connessi all'introduzione di una soluzione concordata della crisi, anche se erogati con il preciso scopo di salvaguardare la continuità aziendale e fondamentali per l'esercizio dell'impresa (il perseguimento di tale finalità incontra il giudizio di disfavore sottostante alle norme degli artt. 2467 e 2497-*quinqües* c.c.).

I finanziamenti dei soci ed infragruppo funzionali all'ammissione al concordato preventivo o all'omologazione dell'accordo di cui ad art. 182-*bis* l. fall. seguono il regime previsto al secondo comma dell'art. 182-*quater* l. fall.

Solo al ricorrere di una serie di rigorose condizioni il "vantaggio" della prededucibilità è accordato alla "nuova finanza" c.d. "ponte":

1. funzionalità del finanziamento rispetto alla presentazione di una domanda di ammissione a concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti¹¹⁶;
2. la previsione nell'accordo di ristrutturazione dei debiti o nel piano di concordato preventivo del finanziamento¹¹⁷;
3. omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o riconoscimento espresso del carattere prededucibile del credito nel decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo¹¹⁸.

¹¹⁶ La funzionalità, che deve connotare oggettivamente il finanziamento, non è condizionata dal buon esito del mezzo di superamento dello stato di crisi prescelto e forma oggetto della relazione del professionista attentatore (il quale deve individuare il ruolo svolto dal finanziamento nel periodo anteriore al deposito della domanda).

¹¹⁷ All'intero del piano *ex art.* 160 l. fall. o dell'accordo di cui ad art. 182-*bis* l. fall. i finanziamenti c.d. "in funzione" devono essere enucleati nei loro elementi essenziali (come previsto anche per i finanziamenti c.d. "in esecuzione") e devono essere analiticamente descritti in modo tale che il professionista attestatore e il tribunale siano in grado di apprezzarne la funzionalità. In dottrina è stato evidenziato il rischio di uno sviamento di funzione relativamente alla possibilità che il debitore individui "quale finanziamento ponte una erogazione invece acquisita a sostegno di altre, ordinarie, esigenze (quale, ad esempio, un fido per cassa o su prenotazione di effetti commerciali, ma privo di garanzie reali) e poi rivestita di un compito strategico mediante un'artificiosa inserzione nel piano" (FERRO M. e FILOCAMO S., sub *articolo 182-quater*, in *La legge fallimentare - Commentario teorico pratico* a cura di Ferro M., Padova, Cedam, 2011, 2189). Il duplice filtro costituito dal controllo dell'attestatore e dal controllo del tribunale appare rappresentare uno strumento efficace per reprimere il pericolo di questo possibile abuso.

¹¹⁸ L'ultimo elemento indispensabile della fattispecie delineata dal secondo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. affinché scatti la prededucibilità è l'intervento del giudice. Il controllo giudiziale assume caratteri diversi nel caso del finanziamento c.d. "ponte" verso l'accordo di ristrutturazione dei debiti o verso il concordato preventivo.

Se il finanziamento c.d. "ponte" è stato effettivamente funzionale alla presentazione della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti allora l'omologazione dell'accordo di cui ad art. 182-*bis* l. fall. lo rende definitivamente prededucibile (prededuazione: effetto automatico dell'omologazione dell'accordo). Viceversa, la mancata omologazione dell'accordo di ristrutturazione lascia al credito il rango che gli compete.

La "nuova finanza" che è stata funzionale al deposito della domanda di cui ad art. 160 l. fall. non diviene prededucibile in modo automatico ma la disposizione di cui al secondo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. prevede che "la prededuazione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il Tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo". "La legge è chiara nell'affermare" (STANGHELLINI L., *Finanziamenti - ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, cit., 1357) la possibilità che il Tribunale dichiari aperta la procedura di concordato preventivo con proprio decreto ai

Dalla proposizione normativa contenuta nel secondo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. non si ricava con certezza alcunché in merito al trattamento normativo dei finanziamenti c.d. "ponte" (ossia i finanziamenti necessari alla sopravvivenza e all'esercizio dell'impresa prima e in funzione dell'accesso alla procedura di concordato preventivo o all'istituto dell'accordo di ristrutturazione dei debiti). Il secondo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. condiziona e subordina

sensi dell'art. 163 l. fall. ma neghi la prededuzione al credito derivante dal finanziamento ponte. Ciò potrebbe avere, in concreto, un impatto sulla fattibilità del piano. In pendenza di concordato o in sua esecuzione, ad esempio, il finanziatore potrebbe dare la propria disponibilità a concedere ulteriori nuove risorse, essenziali e fondamentali per l'impresa, a condizione che il finanziamento "in funzione" già erogato sia qualificato come prededucibile; la negazione di tale beneficio agli apporti già elargiti renderebbe il piano non fattibile e il Tribunale non potrebbe ammettere il debitore a concordato. La domanda di concordato potrebbe, inoltre, essere condizionata dallo stesso debitore alla concessione al finanziamento c.d. "ponte" della prededuzione. In molti casi la decisione sulla prededuzione del finanziamento incide sull'ammissibilità del concordato. La concessione della prededuzione non è un premio che il giudice discrezionalmente attribuisce al finanziatore ma il Tribunale per accordare o negare tale beneficio processuale deve seguire criteri ben precisi. Quest'ultimo deve verificare l'esistenza dei presupposti di legge:

- il finanziamento deve essere funzionale alla presentazione della domanda di concordato;
- la nuova finanza deve aver dato un contributo causale rispetto ad un piano concordato che appare legittimo e astrattamente convincente per i creditori.

Da ciò ne deriva che: *a*) l'istruttoria in sede di ammissione alla procedura di concordato preventivo rischia di allungarsi e complicarsi moltissimo dal momento che il Tribunale deve accertare che il finanziamento c.d. "ponte" sia funzionale rispetto alla presentazione della domanda e *b*) il provvedimento che dispone la prededuzione, basandosi su un accertamento di convenienza per i creditori della conservazione del patrimonio grazie al finanziamento "in funzione", sopravvive e resiste anche in caso di mancata omologazione del concordato: anche se la proposta di concordato preventivo si mostra in concreto non conveniente, il patrimonio può essere stato conservato con effetti positivi e vantaggi per i creditori.

Sorgono dei dubbi su quali siano le possibili forme di tutela contro il decreto che ammette il debitore a concordato preventivo ai sensi dell'art. 163 l. fall. ma non riconosce il beneficio processuale della prededuzione ai finanziamenti c.d. "in funzione". Se si ritiene che il provvedimento abbia una valenza decisoria su un diritto (diritto del finanziatore escluso dalla prededuzione) allora l'esperibilità del ricorso straordinario per Cassazione, *ex art. 111 Cost.*, sulla statuizione accessoria contenuta nel decreto di ammissione è consentita. Controindicazione di questo strumento di tutela: il provvedimento acquisisce una portata definitiva e, in caso di successivo fallimento, il creditore a cui è stata negata la prededuzione, difficilmente può sottoporre al giudice delegato, nel giudizio di ammissione al passivo, la questione della prededucibilità del proprio credito. La dottrina maggioritaria suggerisce la via del reclamo ai sensi dell'art. 26 l. fall. alla Corte d'appello (in questo modo il creditore è in grado di ridiscutere subito il diritto alla prededuzione senza che il provvedimento sul punto acquisisca valenza definitiva).

il riconoscimento della prededuzione “ad un evento futuro ed incerto, vale a dire all’omologa degli accordi o all’espresso riconoscimento da parte del tribunale nel provvedimento con cui avesse accolto la domanda di ammissione al concordato preventivo”¹¹⁹.

Il legislatore del Decreto Sviluppo ha cercato di porre un rimedio a tale problematica non modificando l’art. 182-*quater* l. fall. ma introducendo nel tessuto della legge fallimentare l’art. 182-*quinqüies*, dedicato ai finanziamenti effettuati “in occasione” della presentazione della domanda di ammissione la concordato preventivo o della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti. Questa disposizione è finalizzata a porre rimedio ad una delle criticità del sistema delineato dall’art. 182-*quater* l. fall. “che maggiormente impedisce la tempestiva risoluzione delle crisi d’impresa. Si tratta della sostanziale inesistenza di un mercato della finanza interinale”¹²⁰. Con il d.l. del 27 giugno 2015 n. 83, recante “misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell’amministrazione giudiziaria”, all’art. 182-*quinqüies* l. fall. sono state apportate alcune modifiche “ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di rafforzare le disposizioni sull’erogazione di provvista finanziaria alle imprese in crisi”¹²¹.

¹¹⁹ LAMANNA F., *La Legge Fallimentare dopo il Decreto Sviluppo in vigore dal 12 agosto 2012*, cit., 24; AMBROSINI S., *I finanziamenti alle imprese in crisi*, cit., 145; MAUGERI M., *I finanziamenti “anomali” endogrupo*, cit., 755; TOMBARI U., *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, cit., 1138 ss.; VALENSISE P., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, cit., 307, sottolinea che le criticità esegetiche ed operative hanno determinato un ricorso allo strumento dei finanziamenti c.d. “ponte” in misura inferiore alle attese; costituisce il maggiore elemento di sfavore (il principale deterrente) all’erogazione di tali finanziamenti il fatto che il riconoscimento della prededucibilità di un finanziamento c.d. “in funzione” (erogato in prossimità dell’accesso ad uno strumento di risoluzione della crisi d’impresa perché è in quel preciso momento - “nell’immediatezza” che tale afflusso serve all’impresa in difficoltà) sia ancorato ad un eventuale provvedimento giurisdizionale che verrà emesso solo dopo qualche mese. BRIOLINI F., *Concordato preventivo e nuova finanza. Note sui “finanziamenti autorizzati” a norma dell’art. 182-*quinqüies*, comma 1-3, legge fallim.*, in *Diritto fallimentare*, 2015, 3, evidenzia l’ottimismo del presupposto che si trova alla base del secondo comma dell’art. 182-*quater* l. fall.: la presenza di un finanziatore disposto a concedere “al buio” credito ad un’impresa in stato di crisi cioè senza sapere, sino ad un momento molto avanzato del procedimento di ristrutturazione, se il credito originato dal finanziamento (già concesso) sarà considerato o meno prededucibile.

¹²⁰ Relazione Illustrativa - *Decreto legge n. 83 del 22 giugno 2012*, art. 33. Secondo BRIOLINI F., *Concordato preventivo e nuova finanza. Note sui “finanziamenti autorizzati” a norma dell’art. 182-*quinqüies*, comma 1-3, legge fallim.*, cit., 3, i primi tre commi dell’art. 182-*quinqüies* l. fall. sembrano strutturati in modo tale da permettere al potenziale finanziatore *ex ante* (con autorizzazione giudiziale) di avere la certezza che il suo credito godrà del carattere della prededucibilità.

¹²¹ Decreto legge n. 83 del 27 giugno 2015, Capo I “*Facilitazione della finanza nella crisi*”.

Capitolo 3 Il problema della lacuna sui finanziamenti soci e infragruppo “in occasione” della presentazione di una domanda di ammissione a concordato preventivo o di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti

L'impresa in stato di crisi può incontrare difficoltà nel reperire le risorse necessarie per “sopravvivere” fino all'omologazione. L'importanza della “nuova finanza” in questa fase è facilmente intuibile ma è resa ancora più chiara ed evidente dal fatto che l'omologazione costituisce il momento in cui tornano ad applicarsi le regole in tema di riduzione obbligatoria del capitale sociale e di scioglimento delle società di capitali e cooperative, la cui applicazione è sospesa dal primo comma dell'art. 182-*sexies* l. fall. per il periodo che intercorre tra la “data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche a norma dell'articolo 161, sesto comma, della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182 bis ovvero della proposta di accordo a norma del sesto comma dello stesso articolo” e “sino all'omologazione”. Gli obblighi di cui agli artt. 2446 commi secondo e terzo, 2447, 2482-*bis* commi quarto, quinto e sesto, 2482-*ter*, 2484 n. 4 e 2545-*duodecies* c.c. possono essere assolti dalla società soltanto se nell'arco di tempo compreso tra il deposito della domanda e l'omologa del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti l'impresa collettiva societaria riesce a porre in essere interventi di ristrutturazione dei propri debiti tali da liberare le risorse occorrenti a ridurre o ripianare le perdite e/o se l'organismo societario è in grado di ottenere nuove risorse sufficienti ad evitare lo scioglimento.

Al fine di dare un significativo impulso (creando condizioni giuridiche più propizie) alla concessione di nuova finanza a favore dell'impresa in stato di crisi e vista l'inadeguatezza della disciplina contenuta nel secondo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. (il beneficio della prededucibilità per i finanziamenti c.d. “ponte” è ancorato ad un evento futuro ed incerto cioè al provvedimento con cui il tribunale omologa l'accordo di ristrutturazione dei debiti ovvero accoglie la domanda di ammissione a concordato preventivo), il legislatore italiano nel 2012 ha introdotto l'art. 182-*quinquies* l. fall. (“ispirato ai first day orders del Bankruptcy code statunitense”¹²²).

I primi tre commi della disposizione recentemente inserita nella legge fallimentare e rubricata “Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti” prevedono e disciplinano la possibilità per l'imprenditore che deposita una domanda di ammissione a concordato preventivo, anche in

¹²² Relazione Illustrativa - *Decreto legge n. 83 del 22 giugno 2012*, art. 33

bianco, una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ovvero una proposta di accordo ai sensi dell'art. 182-*bis* sesto comma 1. fall.¹²³ di farsi autorizzare dal Tribunale (“, anche prima del deposito della documentazione di cui all'articolo 161, commi secondo e terzo”¹²⁴) a “contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111” l. fall., a prescindere dall'obiettivo della soluzione prescelta dall'imprenditore per il superamento della crisi. I finanziamenti possono essere qualificati prededucibili per effetto dell'art. 182-*quinquies* l. fall. sia che il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione dei debiti siano finalizzati alla liquidazione e alla cessazione dell'attività d'impresa sia che gli strumenti di soluzione concordata della crisi d'impresa perseguano lo scopo di continuazione dell'attività aziendale. Ciò che è richiesto è che il professionista incaricato attesti, dopo aver verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa fino all'omologazione, che “tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori”¹²⁵ e non anche alla prosecuzione dell'attività d'impresa¹²⁶.

¹²³ AMBROSINI S., *I finanziamenti alle imprese in crisi*, cit., 146, sottolinea che “l'articolata previsione - l'art. 182-*quinquies* commi 1°, 2° e 3° -” è “dichiaratamente riferita a ogni tipo di «atto introduttivo»”.

¹²⁴ Decreto legge n. 83 del 27 giugno 2015, art. 1 comma primo lettera a).

¹²⁵ Dai primi tre commi dell'art. 182-*quinquies* l. fall. emerge che possono godere del beneficio della prededuzione ai sensi dell'art. 111 l. fall. i crediti originati dai finanziamenti contratti dal debitore (successivamente al deposito di una domanda di ammissione a concordato preventivo, anche ai sensi del sesto comma dell'art. 161 l. fall., di una domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ovvero di un'istanza di cui al sesto comma dell'art. 182-*bis* l. fall.) alla triplice condizione che:

- a. l'imprenditore all'interno della domanda di ammissione alla soluzione “concordata” - “partecipata” della crisi abbia richiesto al Tribunale l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili (i quali possono essere “individuati anche soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative”);
- b. un professionista, designato dal debitore e in possesso dei requisiti di cui ad art. 67 comma terzo lettera d) l. fall., - “verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa fino all'omologazione” - abbia attestato, sotto la propria responsabilità, che i finanziamenti richiesti sono “funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori”.

L'utilizzo, all'interno del primo comma dell'art. 182-*quinquies* l. fall., dell'espressione “funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori” pare precludere la possibilità di prefigurare operazioni neutre per i creditori e “sta a significare che senza l'erogazione di quei finanziamenti le prospettive di soddisfacimento del ceto creditorio risultano inferiori, il che val quanto dire che il sacrificio connesso all'assunzione di un ulteriore debito, per di più prededucibile, è giustificato in quanto gli effetti positivi scaturienti dalla disponibilità di quelle nuove risorse sopravanzino, prognosticamente, gli oneri che ne derivano” (AMBROSINI S., *I finanziamenti alle imprese in crisi*, cit., 147). Questa conclusione è confermata dalla disposizione sull'esercizio provvisorio (art. 104 comma primo l. fall.) e dalla norma sulla falcidia dei creditori privilegiati nel

L'art. 182-*quinquies* l. fall. non prevede nulla in merito ai finanziamenti-soci e ai finanziamenti infragruppo effettuati “in occasione” della presentazione di una domanda (anche con riserva) di ammissione a concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

concordato preventivo (art. 160 l. fall.) che richiedono soltanto che non si verifichi un peggioramento della situazione dei creditori.

La contrazione di nuovi finanziamenti comporta da un lato costi e oneri immediati e dall'altro lato futuri vantaggi e benefici per i creditori. L'esperto per valutare il nesso di funzionalità deve verificare che le nuove risorse finanziarie siano utili a realizzare gli obiettivi del piano e la ragionevole probabilità che, attraverso un profittevole impiego delle nuove somme di denaro, i creditori ottengano una soddisfazione migliore rispetto a quella che otterrebbero nell'ipotesi in cui tale concessione di credito non venisse effettuata. Tale accertamento, come precisato dal primo comma dell'art. 182-*quinquies* l.fall, richiede il calcolo del fabbisogno finanziario dell'impresa dalla data del rilascio dell'attestazione del professionista (che coincide generalmente con il deposito in cancelleria della domanda) sino all'omologazione;

- c. il Tribunale “assunte se del caso sommarie informazioni” abbia rilasciato l'autorizzazione al debitore a contrarre finanziamenti prededucibili *ex art.* 111 l. fall. ed eventualmente a concedere pegno o ipoteca a garanzia dei medesimi finanziamenti.

¹²⁶ Il d.l. del 27 giugno 2015 n. 83 ha introdotto alla legge fallimentare alcuni correttivi volti a favorire l'erogazione di finanziamenti alle imprese in crisi e a “promuovere la contendibilità delle imprese in concordato preventivo in modo da incentivare condotte virtuose dei debitori in difficoltà e favorire esiti efficienti ai tentativi di ristrutturazione” (Decreto legge n. 83 del 27 giugno 2015, Capo I “*Facilitazione della finanza nella crisi*”). In particolare, per quanto riguarda l'accesso al credito nel corso di una crisi d'impresa, il Tribunale (assunte informazioni sommarie sul piano e sulla proposta in corso di elaborazione, sentito il commissario giudiziale se nominato e “, se del caso, sentiti senza formalità i principali creditori”) può autorizzare il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo “in bianco” (art. 161 comma sesto l. fall.) o domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art.* 182-*bis* l. fall. o proposta di accordo *ex art.* 182-*bis* comma sesto l. fall., a contrarre finanziamenti interinali prededucibili ai sensi dell'art. 111 l. fall. “funzionali ad urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, o all'udienza di omologazione di cui all'articolo 182-*bis*, quarto comma, o alla scadenza del termine di cui all'articolo 182-*bis*, settimo comma”. Nel ricorso l'imprenditore in stato di crisi deve specificare: *a)* la destinazione del finanziamento; *b)* l'impossibilità per il debitore di reperire altrimenti tali finanziamenti; *c)* il pregiudizio imminente e irreparabile per l'azienda conseguente all'assenza di tali finanziamenti. Non vi è alcun riferimento nell'art. 1 comma primo lettera b) del d.l. del 27 giugno 2015 n. 83 all'attestazione di un professionista. La richiesta di autorizzazione “può avere ad oggetto anche il mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda”.

Si pone il problema se una società in stato di crisi, intenzionata a presentare una domanda di ammissione a concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, possa richiedere al Tribunale l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili *ex art. 111 l. fall.* (in osservanza delle condizioni individuate dal primo comma dell'art. 182-*quater* l. fall.) con i propri soci, con la capogruppo o con le società c.d. "sorelle" (anche non socie).

"In via di mera ipotesi si potrebbe sostenere, alternativamente, che (...) i finanziamenti-soci o infragruppo"¹²⁷:

- sono integralmente prededucibili, anche se concessi dai soci, dalla capogruppo o dalle società c.d. "correlate" (anche non socie); la proposizione normativa contenuta nel primo comma dell'art. 182-*quinquies* l. fall. si riferisce indiscriminatamente a tutti i finanziamenti e, a differenza del terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall., non contempla alcuna limitazione per i finanziamenti soci ed infragruppo¹²⁸;

¹²⁷ TOMBARI U., *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, cit., 1153.

¹²⁸ Si veda CENSONI P. F., *Concordato preventivo e nuova finanza*, in *Fallimento*, 2014, 385 - 386 il quale ritiene la soluzione della integrale prededucibilità del credito derivante dai finanziamenti-soci ed infragruppo "in occasione" "effettivamente più aderente alla lettera dell'art. 182-*quinquies* l. fall." e giustifica la diversa percentuale di prededucibilità prevista per la finanza "ponte" (80 per cento) e la finanza "interinale" (100 per cento) erogata dai soci, dalla capogruppo e dalle società c.d. "sorelle" (anche non socie), considerando i differenti tempi e modalità di concessione di tali nuove risorse. I finanziamenti "in funzione" sono erogati prima della presentazione della domanda e valutati dal Tribunale *ex post* al momento della decisione sull'ammissibilità del concordato preventivo o dell'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. I finanziamenti "in occasione" sono autorizzati dal Tribunale *ex ante*, previa attestazione del professionista indipendente e qualificato sulla funzionalità alla migliore soddisfazione dei crediti.

MAUGERI M., *I finanziamenti "anomali" endogruppo*, cit., 757 - 756, dopo aver scartato sia la tesi "restrittiva" (totale postergazione) sia quella che limita la prededuzione all' 80 per cento dell'ammontare del credito derivante dai finanziamenti-soci ed infragruppo "in occasione", giunge a considerare quest'ultimi integralmente prededucibili ("la legge intende favorire con la prededuzione piena quei finanziamenti che siano stati concessi dalla capogruppo nel periodo più delicato del percorso di soluzione concordata della crisi e nel rispetto di specifiche cautele" ossia ai sensi dell'art. 182-*quinquies* l. fall.).

BRIZZI F., *La fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 847 - 848, secondo il quale "non pare meritevole di accoglimento" la posizione "intermedia" che prevede l'applicazione ai finanziamenti-soci ed infragruppo "interinali" del terzo comma dell'art. 182-*quater* l. fall. in via di interpretazione analogica o estensiva. Non vi sono gli estremi per ricorrere né alla prima né alla seconda tipologia di interpretazione, essendo diversa e non essendoci un rapporto di somiglianza rilevante tra la fattispecie dei finanziamenti "in occasione" e quella dei finanziamenti "in esecuzione" e "in funzione" del concordato preventivo o

- non sono prededucibili ma integralmente postergati, dal momento che non vi è alcuna norma di “diritto societario della crisi” (simile al terzo comma dell’art. 182-*quater* l. fall.) che esplicitamente preveda la disapplicazione della regola di “diritto societario generale” dettata dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c.¹²⁹

Optando per la soluzione dell’assoluta postergazione, la concessione da parte dei soci, della capogruppo o delle società c.d. “sorelle” (anche non socie) di nuove risorse nell’ambito di una crisi d’impresa verrebbe fortemente disincentivata: da un lato il secondo comma dell’art. 182-*quater* l. fall. è connotato da una forte incertezza e dall’altro lato non sarebbe concesso il beneficio della prededuzione ai sensi dell’art. 182-*quinquies* l. fall. ai crediti originati da finanziamenti soci ed infragruppo “in

dell’accordo di ristrutturazione dei debiti. In base all’opinione di questo A., la prededucibilità dell’intero credito derivante dai finanziamenti “in occasione” dei soci, della capogruppo e delle società c.d. “correlate” (anche non socie) pare legittimata dalla specifica attestazione del professionista e dalla verifica del Tribunale circa la sussistenza del requisito del miglior soddisfacimento dei creditori (controlli finalizzati ad evitare possibili comportamenti abusivi da parte dei finanziatori attraverso una ponderata ed accurata valutazione delle possibilità di risanamento dell’impresa).

¹²⁹ Così NIGRO A. e VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Appendice, Bologna, Il Mulino, 2013, 18 - 19 e DIDONE A., *La prededuzione dopo la L. n. 134 del 2012 (prededuzione “ai sensi” e prededuzione “ai sensi e per gli effetti”?)*, cit., 919 - 920, i quali motivano la soluzione interpretativa della totale postergazione dei finanziamenti soci ed infragruppo “in occasione” sostenendo che, come si evince dal terzo comma dell’art. 182-*quater* l. fall., in caso di contrasto tra due norme che prevedono una la postergazione e l’altra la prededuzione di un medesimo credito, prevale la prima.

BALESTRA L., *I finanziamenti all’impresa in crisi nel c.d. Decreto Sviluppo*, cit., 1405, contrario a qualsiasi estensione (anche in via analogica) della deroga alla regola generale sancita da codice civile – artt. 2467 e 2497-*quinquies* – e contemplata nel terzo comma dell’art. 182-*quater* l. fall. Nell’ipotesi di finanziamenti soci ed infragruppo “interinali”, essendovi una disciplina di carattere generale, non vi è alcun vuoto normativo da colmare.

Cfr. anche BRIOLINI F., *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. e sull’art. 182-quater l. fall.*, cit., 535 (questo A. modifica, dopo il d.l. 134/2012, la sua opinione in BRIOLINI F., *I finanziamenti alle società in crisi dopo la legge n.134/2012*, in *BBTC*, 2013, parte I, 697) e LAMANNA F., *La Legge Fallimentare dopo il Decreto Sviluppo in vigore dal 12 agosto 2012*, cit., 25.

In giurisprudenza, Tribunale di Rimini 13 maggio 2013 “la prededuzione contemplata dall’art. 182-*quater*, 3° comma, l. fall., in deroga agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c., per il finanziamento dei soci nei limiti dell’ottanta per cento dell’importo, non è applicabile alla fattispecie dei finanziamenti di cui all’art. 182-*quinquies* l. fall.”

occasione” della presentazione di una domanda di ammissione a concordato preventivo (anche in bianco) ovvero dell’omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti. “Al silenzio che l’art. 182-*quinquies* l. fall. serba in merito alla sorte dei «finanziamenti autorizzati» eseguiti dai soci (o all’interno del gruppo)”¹³⁰ vi è un terzo rimedio. La soluzione più giusta e più in linea con il complesso di valori e di interessi introdotto dal “diritto societario della crisi” appare essere quella secondo la quale “i finanziamenti-soci o infragruppo «in occasione» (...) sono prededucibili alle condizioni previste dal primo comma dell’art. 182-*quinquies* l. fall. ma solo nel limite dell’80 per cento del loro ammontare”¹³¹.

¹³⁰ BRIOLINI F., *Concordato preventivo e nuova finanza. Note sui “finanziamenti autorizzati” a norma dell’art. 182-quinquies, comma 1-3, legge fallim.*, cit., 5.

¹³¹ TOMBARI U., *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, cit., 1154. In questo senso BRIOLINI F., *I finanziamenti alle società in crisi dopo la legge n.134/2012*, cit., 697 favorevole all’applicazione, per via analogica, del principio sancito dal terzo comma dell’art. 182-*quater* l. fall. “anche ai finanziamenti eseguiti, alle rigorose condizioni indicate dalla art. 182-*quinquies* l. fall., dai soci o dalle società del gruppo cui appartiene la società sovvenuta”. La regola della prededuzione all’80 per cento dei crediti da finanziamenti-soci ed infragruppo si presenta come il regime “naturalmente” applicabile al sostegno finanziario concesso da tali soggetti a beneficio della società in crisi. MAFFEI ALBERTI A., sub *articolo 182-quinquies L. Fall.*, cit., 1291; NIEDDU ARRICA F., *Finanziamento e sostenibilità dell’indebitamento dell’impresa in crisi*, cit., 808 ss. sottolinea che, a prescindere “dalla esplicitazione di previsioni derogatorie rispetto alle regole societarie”, l’art. 182-*quinquies* l. fall. non si colloca in rapporto di specialità rispetto alle disposizioni recate dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. e prevale sulla regola della postergazione del credito concesso dal finanziatore socio o riconducibile ad un legame di gruppo. La tutela dei creditori nell’ambito delle soluzioni concordate della crisi è affidata agli strumenti del diritto dell’impresa in crisi; l’art. 182-*quinquies* l. fall. deve considerarsi applicabile anche ai finanziamenti-soci ed infragruppo “in occasione” del concordato preventivo o dell’accordo di ristrutturazione dei debiti. Tale conclusione pone l’alternativa tra attribuire al credito originato da finanziamenti “interinali” del socio, della capogruppo o delle società c.d. “correlate” una integrale o una parziale (in misura dell’80 per cento) prededucibilità. La soluzione interpretativa accolta da Nieddu Arrica è la seconda dal momento che optare per la totale prededucibilità del credito dei soci o dei soggetti legati alla società finanziata da relazioni di gruppo implicherebbe una disparità di trattamento tra quest’ultimi e la nuova finanza soci ed infragruppo “ponte”. “La ragionevolezza di un diverso trattamento appare dubbia in relazione ai finanziamenti-ponte apportati dai soci, connotati da un rischio ed un’incertezza del buon esito della procedura affini rispetto alla fattispecie dell’art. 182-*quinquies*”. VELLA P., *L’accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo (dopo la legge n. 134/12)*, in www.ilcaso.it, documento 320/2012, 23; nonché per uno spunto nella medesima direzione Università degli studi di Firenze, *Linee - guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, 2015, § 2.4.

Per un parere contrario alla “prededucibilità” del credito NIGRO A. e VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Appendice, cit., 18, i quali “pur ammettendo l’esperibilità,

Il “diritto societario della crisi” - da intendersi come complesso normativo sostanzialmente autonomo - reca nel terzo comma dell’art. 182-*quater* l. fall. “un proprio e specifico principio generale per quanto attiene ai finanziamenti-soci ed infragruppo”¹³²: il beneficio della prededuzione è ammesso per i crediti originati da finanziamenti-soci ed infragruppo unicamente nel limite dell’80 per cento del loro ammontare, nel rispetto del principio di corretto ed equilibrato finanziamento. Questo assioma deroga parzialmente sia alla regola della postergazione di “diritto societario generale” dettata dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. sia alla disciplina di “diritto (generale) della crisi” contenuta negli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* l. fall. Quest’ultime due disposizioni contenute nella legge fallimentare prevedono un principio di “favore” per il soggetto che, alle condizioni ivi delineate, apporta nuova finanza all’impresa in crisi e partecipa - coopera al suo risanamento nell’interesse di tutti i creditori.

Dal complesso normativo tendenzialmente autonomo del “diritto societario della crisi” affiora un precetto generale di “prededucibilità attenuata”. Tale principio non solo trova diretta applicazione nelle ipotesi previste dall’art. 182-*quater* l. fall., primo e secondo comma, l. fall. (finanziamenti “in esecuzione” e finanziamenti “in funzione”) ma è strumentale a superare la “lacuna normativa”¹³³, che si rinviene all’interno dell’art. 182-*quinquies* l. fall. con riferimento ai finanziamenti soci ed infragruppo concessi “in occasione” della presentazione di una domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo (anche in bianco), di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ovvero della proposta di accordo di cui al sesto comma dell’art. 182-*bis* l. fall.

nella specie, del magistero analogico”, respingono la soluzione interpretativa a favore dell’attribuzione del carattere prededucibile ad una parte soltanto del credito del socio e infragruppo, rimando postergata la restante parte, in quanto “non si saprebbe né per quale parte del credito riconoscere la prededuzione (l’art. 182-*quater*, co. 3, stabilisce che la prededuzione opera fino alla misura dell’ 80 % del credito), né chi è competente a determinarla”.

¹³² TOMBARI U., *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, cit., 1154.

¹³³ Sulle lacune c.d. normative GUASTINI R., *Lacune*, in *Interpretare e argomentare, Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, Milano, Giuffrè, 2011, 127 ss. La formulazione “lacuna del (nel) diritto” può denunciare non meno di tre differenti fenomeni: lacune normative, lacune tecniche e lacune assiologiche. Per quanto riguarda la prima tipologia di vuoto normativo, può accadere che il legislatore disciplini una possibile fattispecie ma tralasci di regolare una o più di una delle loro possibili combinazioni. Le lacune seguono l’interpretazione. Quest’ultima può creare le lacune e, così come le produce, può prevenirle ed evitarle (è l’interprete, spiegando criticamente i testi normativi a disposizione, a decidere se la “mancanza” normativa vi sia o no). L’interpretazione non può colmare le lacune: la “carenza” normativa, quando esistente, si presenta solo ad interpretazione avvenuta e per “riempirla” non resta che creare nuovo diritto. La produzione di una nuova norma per superare la lacuna (“costruzione giuridica”) è cosa concettualmente diversa dall’interpretazione di una disposizione preesistente.

Il beneficio della prededuzione di cui ad art. 111 l. fall. è espressamente richiamato dalle due proposizioni normative di “diritto (generale) della crisi” contenute negli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* l. fall.

Gli interventi di riforma della legge fallimentare del 2005 e del 2006 hanno riformulato l’art. 111 l. fall. introducendo una specifica definizione di “crediti prededucibili” che in precedenza non esisteva; in base al secondo comma dell’art. 111 l. fall. “sono considerati (...) prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge”.

In conclusione sembra potersi ritenere che la finanza prestata dai soci, dalla capogruppo e dalle società c.d. “correlate” (anche non socie) “in occasione” di un concordato preventivo (che costituisce senza ombra di dubbio una procedura concorsuale ai sensi dell’art. 111 l. fall.) o, “sebbene con maggiori margini di incertezza”¹³⁴, di un accordo di ristrutturazione dei debiti risulta prededucibile non in virtù dell’applicazione analogica della disposizione di “diritto societario della crisi” di cui al terzo comma dell’art. 182-*quater* l. fall. ma in base alla diretta applicazione delle norme contenute nell’art. 182-*quinquies* l. fall. e soprattutto nel secondo comma dell’art. 111 l. fall.¹³⁵ Il principio di “diritto societario della crisi” fissato dal terzo comma dell’art. 182-*quater* l. fall. viene applicato (*in analogia legis o iuris*) non al fine di estendere le regola della prededuzione in violazione di quanto disposto dal secondo comma dell’art. 111 l. fall. ma allo scopo di introdurre una eccezione e rendere inapplicabili le norme di cui ad artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. ed è funzionale a limitare, prevedendo una “prededucibilità attenuata” nei limiti dell’80 per cento, la regola della “prededuzione piena” disposta dal “diritto (generale) della crisi”.

¹³⁴ TOMBARI U., *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, cit., 1155.

¹³⁵ Per analoghe considerazioni TERSILLA S., *La prededucibilità è un reale incentivo al finanziamento delle imprese in concordato preventivo?*, cit., 355-356, il quale sostiene che il credito derivante dal finanziamento “in occasione” appare prededucibile solo in base al secondo comma dell’art. 111 l. fall. Tale norma delinea due criteri per individuare la natura prededucibile del credito: i) la espressa previsione normativa oppure ii) il suo rapporto logico/cronologico rispetto alla procedura concorsuale. Quest’ultimo parametro rappresenta l’unica fonte della natura prededucibile dei finanziamenti “autorizzati”. L’avverbio “in occasione” contenuto nel secondo comma dell’art. 111 l. fall. esprime un requisito temporale ed indica il momento in cui i crediti in discorso devono sorgere per essere considerati prededucibili ossia “durante” la procedura concorsuale.

Bibliografia

AA. VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2012, 360 ss.

AA. VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2013.

ABBADESSA P., *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da Abbadessa P. - Portale G. B., 2, Torino, Utet Giuridica, 2006, 497 ss.

ABRIANI N. e GIUNTA F., *Finanziamenti a società "correlate" e postergazione: profili di diritto civile e penale*, in *Società*, 2012, 405 ss.

ABRIANI N., *Debiti infragruppo e concordato preventivo: tra postergazione e compensazione*, in *BBTC*, 2013, parte I, 699 ss.

ABRIANI N., *Finanziamenti "anomali" dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, in *Diritto delle società oggi, Scritti in onore di G. Zanarone*, 2011, 47 ss.

ABRIANI N., *Il finanziamento dei soci alle imprese in crisi alla luce del nuovo art. 182-quater l. fall.: dal sous-sol della postergazione all'attico della prededuzione?*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2010, 3, 429 ss.

AMBROSINI S., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il nuovo diritto fallimentare* diretto da A. Jorio e M. Fabiani, Bologna, Zanichelli, 2010, 1172 ss.

AMBROSINI S., *I finanziamenti alle imprese in crisi*, in *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi*, Bologna, Zanichelli editore, 2012, 135 ss.

AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Cottino G., Torino, Cedam, 2008, 20 ss.

AMBROSINI S., *La tutela dei finanziamenti all'impresa in crisi* in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali* diretto da Vassalli F., Luiso F.P., Gabrielli E., volume IV, Torino, Giappichelli, 2013, 436 ss.

ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2003, 42 ss.

ARMELI B., *I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo tra prededucibilità e postergazione*, in *Fallimento*, 2011, 889 ss.

BACCETTI N., *Postergazione dei finanziamenti e tipi sociali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, parte I, 804 ss.

BALESTRA L., *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. Decreto Sviluppo*, in *Fallimento*, 2012, 1401 ss.

BALP G., *Articolo 2497-quinquies. Finanziamenti nell'attività di direzione e coordinamento*, in *Direzione e coordinamento di società: artt. 2497 - 2497-quinquies c.c.* a cura di G. Sbisà, Milano, Egea, 2012, 287 ss.

BARTALENA A., *Crediti accordati in funzione o in esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-quater l. fall.)*, in *Società, Banche e crisi d'impresa, Liber amicorum Pietro Abbadessa*, volume III, Torino, Utet Giuridica, 2014, 2945 ss.

BASILE E., *Art. 217-bis l. fall. e gruppi di società*, in *BBTC*, 2013, parte I, 201 ss.

BASSI A., *La illusione della prededuzione*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2011, parte I, 343 ss.

BELTRAMI P., *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, in *BBTC*, 2015, parte I, 43 ss.

BENEDETTI L., *La disciplina dei finanziamenti up-stream della società eterodiretta alla capogruppo in situazione di difficoltà finanziaria*, in *Rivista delle società*, 2014, 747 ss.

BRIOLINI F., *Concordato preventivo e nuova finanza. Note sui "finanziamenti autorizzati" a norma dell'art. 182-quinquies, comma 1-3, legge fallim.*, in *Diritto fallimentare*, 2015, 1 ss.

BRIOLINI F., *I finanziamenti alle società in crisi dopo la legge n.134/2012*, in *BBTC*, 2013, parte I, 685 ss.

BRIOLINI F., *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. e sull'art. 182-quater l. fall.*, in *BBTC*, 2012, parte I, 523 ss.

BRIZZI F., *La fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2013, 6, 803 ss.

- BUONOCORE V., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose all'art. 238, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2006, parte I, 5 ss.
- CALANDRA BUONAURA V., *Voce "Concordato preventivo"*, in *Enc. Dir. Annali*, II, t.2, Milano, Giuffrè, 2008, 252 ss.
- CALDERAZZI R., *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2012, 129 ss.
- CAMPOBASSO G. F., *Manuale di diritto commerciale* a cura di Campobasso M., Torino, Utet giuridica, 2015, 225 ss.
- CAMPOBASSO M., *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, in *S.r.l. commentario dedicato a G. B. Portale* a cura di A. A. Dolmetta e G. Presti, Milano, Giuffrè, 2011, 238 ss.
- CARIELLO V., *La S.r.l. di gruppo*, in *S.r.l. commentario dedicato a G. B. Portale* a cura di A. A. Dolmetta e G. Presti, Milano, Giuffrè, 2011, 1070 ss.
- CARMELLINO G., *Primi spunti sulla prededucibilità ex art. 182-quinquies, primo comma, negli a.d.r.*, in *Fallimento*, 2013, 859 ss.
- CENSONI P. F., *Concordato preventivo e nuova finanza*, in *Fallimento*, 2014, 377 ss.
- CHIODINO S., *Il finanziamento soci: profili civilistici e fallimentari tra postergazione e prededuzione alla luce delle novità contenute nel D.L. n.83/2012, convertito*, in *Fisco*, 2012, 48 ss.
- CIERVO G., *Prededucibilità dei crediti sorti "in funzione" della procedura concorsuale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, parte I, 773 ss.
- CIRCOLARE ASSONIME N.4/2013, *Le nuove soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Rivista delle società*, 2013, 541 ss.
- COSTI R., *Le nuove frontiere del diritto commerciale di Vincenzo Buonocore*, in *BBTC*, 2009, parte I, 365 ss.
- D'AMORA R., *La prededuzione nell'anno di grazia 2013*, in www.osservatorio-oci.org.
- DE FERRA G., *Il rischio di insolvenza*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2001, parte I, 193 ss.
- DELLE MONACHE S., *"Commercializzazione" del diritto civile (e viceversa)*, in *Rivista di diritto civile*, 2012, 4, 489 ss.

- DI MAJO A., *I gruppi di società. Responsabilità e profili concorsuali*, Milano, Giuffrè, 2012, 141 ss.
- DI MARZIO F., *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, Giuffrè, 2011, 24 ss.
- DIDONE A., *La prededuzione dopo la L. n. 134 del 2012 (prededuzione "ai sensi" e prededuzione "ai sensi e per gli effetti"?)*, in *Fallimento*, 2013, 913 ss.
- FABIANI M., *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, Zanichelli, 2011, 505 ss. e 712 ss.
- FABIANI M., *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, 898 ss.
- FERRI JR G., *In tema di prededuzione prefallimentare*, in *Corriere giuridico*, 2015, 4, 449 ss.
- FERRI JR G., *Insolvenza e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria*, in *La riforma della legge fallimentare* a cura di Fortunato S., Giannelli V., Guerrera F., Perrino M., Giuffrè, Milano, 2011, 56.
- FERRO M. e FILOCAMO S., *sub articolo 182-quater*, in *La legge fallimentare - Commentario teorico pratico* a cura di Ferro M., Padova, Cedam, 2011, 2189 ss.
- FILOCAMO F. S., *La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2013, 1149 ss.
- GALLETTI D., *Commento sub art. 160*, in *Il nuovo diritto fallimentare* diretto da A. Jorio, t. II, Torino, Zanichelli, 2007, 2274 ss.
- GALLETTI D., *Commento sub art. 5*, in *Commentario alla legge fallimentare* diretto da Cavallini C., volume I, Milano, Egea, 2010, 77 ss.
- GALLETTI D., *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, Il Mulino, 2006, 39 ss. e 173 ss.
- GARCEA M., *La rilevanza del gruppo nelle gestioni negoziate della crisi di impresa*, in *Rivista delle società*, 2012, 943 ss.
- GUASTINI R., *Lacune*, in *Interpretare e argomentare, Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, Milano, Giuffrè, 2011, 127 ss.
- GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, 243 ss.

GUERRERA F. e MALTONI M., *Concordati giudiziali e operazioni societarie di “riorganizzazione”*, in *Rivista delle società*, 2008, 18 ss.

GUERRERA F., *Soluzioni concordatarie delle crisi e riorganizzazioni societarie*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di Di Marzio F. e Macario F., Milano, Giuffrè, 2010, 575 ss.

GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2012

INZITARI B., *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis, l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Contratto e impresa*, 2011, 6, 1311 ss.

IRACE A., sub art. 2497-quinquies, in *La riforma delle società* a cura di Sandulli M. e Santoro V., III (Artt. 2462 - 2510 cod. civ.), Torino, Giappichelli, 2003, 341 ss.

IRRERA M., *La nuova disciplina dei “prestiti” dei soci alla società*, in *La riforma delle società*, a cura di Ambrosini S., Torino, Giappichelli, 2003, 137 ss.

LAMANNA F., *La Legge Fallimentare dopo il Decreto Sviluppo in vigore dal 12 agosto 2012*, Milano, Giuffrè, 2012

LIBERTINI M., *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Rivista delle società* 2013, 1 ss.

LO CASCIO G., *Finanziamenti alle imprese in crisi: nuove garanzie alle banche*, in *Corriere giuridico*, 2010, 1265 ss.

LO CASCIO G., *La prededuzione nelle procedure concorsuali: vecchie e nuovi profili normativi ed interpretativi*, in *Fallimento*, 2015, 5 ss.

LOLLI A., Art. 2497-quinquies (*Finanziamenti nell'attività di direzione e coordinamento*), in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, Padova, Cedam, 2005, 2417 ss.

MAFFEI ALBERTI A., sub articolo 111, articolo 182-quater e articolo 182-quinquies L. Fall., in *Commentario breve alla Legge Fallimentare*, Padova, Cedam, 2013, 772 ss. e 1270 ss.

MAFFEI ALBERTI A., sub articolo 2497-quinquies c.c., in *Commentario breve al Diritto delle Società*, Padova, Cedam, 2011, 1416 ss.

MARCHISIO E., *I “finanziamenti anomali” tra postergazione e prededuzione*, in *Riv. Notariato*, 2012, 6, 1295 ss.

MARINO R. e CARMINATI M., *Interpretazione estensiva del presupposto di cui all'art. 160 l. fall. e prevenzione dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2015, 385 ss.

MAUGERI M., *Finanziamenti “anomali” dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2005, 238 ss.

MAUGERI M., *I finanziamenti “anomali” endogruppo*, in *BBTC*, 2014, parte I, 726 ss.

MAUGERI M., *Sul regime concorsuale dei finanziamenti soci*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2010, parte I, 805 ss.

MAZZONI A., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell’impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, Giappichelli, 2010, 813 ss.

MIOLA M., *Profili del finanziamento dell’impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, 5, 1079 ss.

MORELLINI L., *L’art. 182-quater l. fall.: novità e criticità*, in *Fallimento*, 2011, 899 ss.

NIEDDU ARRICA F., *Finanziamento e sostenibilità dell’indebitamento dell’impresa in crisi*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, parte I, 808 ss.

NIEDDU ARRICA F., *Le operazioni di finanziamento funzionali alle soluzioni concordate della crisi d’impresa alla luce dell’art. 182-quater legge fall.*, in *Rivista di diritto societario*, 2011, 2, 434 ss.

NIGRO A. e VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, Il Mulino, 2009, 303 ss.

NIGRO A. e VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Appendice, Bologna, Il Mulino, 2013, 14 ss. e 32 ss.

NIGRO A., *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Campobasso Gian Franco* diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, volume I, Torino, Utet Giuridica, 2006, 177 ss.

NIGRO A., *Introduzione in Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2011, 458 ss.

NIGRO A., *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone M., vol. XXV, Torino, Giappichelli, 2012, 217 ss.

NIGRO A., *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da E. G. Colombo e G. B. Portale, volume IX, Torino, Utet Giuridica, 1993, 209 ss.

- NIUTTA A., *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2003, parte I, 416 ss.
- PERONE G., *La postergazione dei finanziamenti ascendenti infragruppo*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, parte I, 883 ss.
- PISANI MASSAMORILE A., *La prededuzione ed i finanziamenti alle imprese in crisi*, in *BBTC*, 2015, parte I, 1 ss.
- PORTALE G. B., *I “finanziamenti” dei soci nelle società di capitali*, in *BBTC*, 2003, parte I, 663 ss.
- PORTALE G. B., *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Rivista delle società*, 2008, 1 ss.
- PORTALE G. B., *Diritto privato comune e diritto privato dell’impresa*, in *BBTC*, 1984, parte I, 14 ss.
- PORTALE G. B., *Verso un “diritto societario della crisi”?*, in *Diritto societario e crisi d’impresa* a cura di Tombari U., Volume 62 di Quaderni Cesifin, Torino, Giappichelli, 2014, 1 ss.
- PRESTI G., *I crediti dei soci finanziatori nel concordato delle società a responsabilità limitata*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, Giuffrè, 2011, 918 ss.
- PRESTI G., *Rigore è quando arbitro fischia?*, in *Fallimento*, 2009, 25 ss.
- RACUGNO G., *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti. Le novità introdotte dal D. L. 31 maggio 2010 n. 78 e dalla L. 30 luglio 2010 n. 122*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2011, 1, 4 ss.
- RACUGNO G., *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, parte I, 889 ss.
- RELAZIONE ILLUSTRATIVA - *Decreto legge n.78 del 31 maggio 2010*, art. 48
- RELAZIONE ILLUSTRATIVA - *Decreto legge n.83 del 22 giugno 2012*, art. 33
- SANDULLI M., *Commento sub art. 160 legge fall.*, in *La riforma della legge fallimentare* a cura di Nigro A. e Sandulli M., t.2, Torino, Giappichelli, 2006, 981 ss.
- SANDULLI M., *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d’impresa*, in *Fallimento*, 2009, 1100 ss.

SCIUTO M., *I finanziamenti dei soci nell'art.2467 c.c. e nell'art.182-quater L. Fall.*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2011, 506 ss.

STANGHELLINI L., *Finanziamenti - ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, 1346 ss.

STANGHELLINI L., *La crisi d'impresa fra diritto ed economia*, Bologna, Il Mulino, 2007, 320 ss.

STRAMPELLI G., *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Rivista delle società*, 2012, 605 ss.

TERRANOVA G., *I finanziamenti dei soci*, in *Commentario* a cura di Niccolini G. e Stagno d'Alcontres A., Napoli, Jovene, 2004, 1465 ss.

TERRANOVA G., *La prededuzione dei finanziamenti bancari nell'art. 182-quater l. fall.*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2011, 483 ss.

TERRANOVA G., *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Torino, Giappichelli, 2007, 33 ss., 65 ss. e 75 ss.

TERSILLA S., *La prededucibilità è un reale incentivo al finanziamento delle imprese in concordato preventivo?*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2012, 3 - 4, 349 ss.

TOMBARI U., *Crisi d'impresa e doveri di "corretta gestione societaria ed imprenditoriale" della società capogruppo. Prime considerazioni.*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2011, 631 ss.

TOMBARI U., *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, Giuffrè, 2010

TOMBARI U., *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2004, 1164 ss.

TOMBARI U., *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Rivista delle società*, 2013, 1138 ss.

TOMBARI U., *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, parte I, 6 ss.

Università degli studi di Firenze, *Linee - guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, 2015

VALENSISE P., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2012, 290 ss.

VELLA P., *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, 657 ss.

VELLA P., *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo (dopo la legge n. 134/12)*, in www.ilcaso.it, documento 320/2012, 21 ss.

VITALE R., *Nuove aperture per il concordato preventivo*, in www.eutekne.it,

Giurisprudenza

Corte di Cassazione, 15 marzo 1994, n. 2470, www.ilcaso.it.

Corte di Cassazione, 4 febbraio 2009, n. 2706, www.ilcaso.it.

Tribunale di Roma, 7 marzo 2011, www.ilcaso.it.

Tribunale di Padova, 16 maggio 2011, www.ilcaso.it.

Tribunale di Monza, 24 aprile 2012, www.ilcaso.it,

Tribunale di Rimini, 13 maggio 2013, www.ilforoitaliano.it,

Tribunale di Milano, 9 febbraio 2015, n. 1754, www.ilcaso.it.

Tribunale di Piacenza, 13 maggio 2015, www.ilcaso.it.