

LA FINANZA INTERINALE URGENTE

di

Raffaella Brogi

Magistrato in Prato

1. Il finanziamento dell'impresa nella disciplina concorsuale e in quella societaria. 2. L'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. 2a) La centralità della continuità aziendale. 2b). Concorrenzialità e regole sul finanziamento dell'impresa in crisi. 2c). La decisione del Tribunale. 2d). Le verifiche ed il parere del commissario giudiziale. Un caso concreto. 2e). Il provvedimento di autorizzazione ex art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. 2f). Le verifiche successive all'autorizzazione del finanziamento e l'obbligo di rendicontazione. 3. I rapporti tra il primo ed il terzo comma dell'art. 182 *quinquies* l.f. 4. I finanziamenti urgenti da parte dei soci. 5. Il mantenimento delle linee autoliquidanti. 6. La cessione dei crediti, il pegno e l'ipoteca a garanzia della restituzione dei finanziamenti. 7. I finanziamenti urgenti e la prededuzione.

1. Il finanziamento dell'impresa nella disciplina concorsuale e in quella societaria¹.

Il finanziamento dell'impresa in crisi costituisce un tema di sempre maggior centralità all'interno del diritto concorsuale, come emerge dall'attenzione posta dal legislatore, il quale nelle ultime tre riforme della legge fallimentare (d.l. n. 78/2010, conv. l. 122/2010; d.l. 83/2012, conv. l. n. 134/2012; d.l. n. 83/2015, conv. l. n. 132/2015) è sempre intervenuto, con importanti novità normative, dando vita ad un sistema imperniato sui finanziamenti in esecuzione (art. 182 *quater*, co. 1, l.f.), i c.d. finanziamenti ponte (art. 182 *quater*, co. 2, l.f.) ed i finanziamenti interinali (art. 182 *quinquies* l.f.).

Inizialmente, con il d.l. n. 78/2010 (conv. l. 30 luglio 2010, n. 122), è stato introdotto l'art. 182 *quater* l.f. che prevede i **finanziamenti in corso di esecuzione** di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione omologato, riconoscendone la prededucibilità (per effetto della l. 7 agosto 2012, n. 134, che ha convertito con modificazioni il d.l. 22 giugno 2012, n.83, da chiunque siano erogati). Sempre per effetto

¹ L'articolo riprende i contenuti, rielaborandoli, della Relazione tenuta al Corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare" presso l'Università degli Studi di Firenze in data 23 febbraio 2016.

del d.l. n. 78/2010 sono stati introdotti i **finanziamenti c.d. ponte**, che (così come risulta anche a seguito delle modifiche apportate dalla riforma del 2012) sono quelli erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione e per i quali la prededuzione è ancorata o ad un'espressa disposizione contenuta nel provvedimento di ammissione alla procedura di concordato preventivo o all'omologazione dell'accordo di ristrutturazione.

La disciplina della **finanza interinale** è invece il frutto della riforma del 2012 (essendo prima prospettabile solo il ricorso alla norma generale dell'art. 167 l.f. in combinato con l'art. 111 l.f. [Stanghellini, 2010, 1348]), quando è stato introdotto l'art. 182 *quinquies* l.f. (ad opera dell'art. 33 d.l. n. 83/2012, conv. l. n. 134/2012), il quale al primo comma prevede che il tribunale, dopo il deposito del ricorso ex art. 161, comma 6, l.f. - anche prima del deposito del piano o della proposta - possa autorizzare il debitore a contrarre nuovi finanziamenti prededucibili qualora un professionista dotato dei requisiti ex art. 67, comma 3, lett. d) l.f. ne attesti la funzionalità alla miglior realizzazione dell'interesse dei creditori.

Anche nell'ultima riforma del 2015, con l'art. 1 d.l. n. 83/2015, conv. l. n. 132/2015, il legislatore è tornato nuovamente sulla disciplina del finanziamento dell'impresa in crisi, con la modifica parziale dell'art. 182 *quinquies*, co. 1, l.f. e, soprattutto, con l'introduzione di una nuova tipologia speciale di **finanziamento interinale urgente a tempo determinato**, il quale, sebbene non specificamente destinato al concordato in continuità, è finalizzato ad assicurare l'esercizio dell'azienda in situazioni di urgenza limitate al periodo necessario a predisporre il piano e la proposta concordatari, l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione o a perfezionare le trattative per articolare una proposta di accordo. Il requisito dell'urgenza si accompagna, sempre da un punto di vista temporale, alla durata predeterminata di tale forma di finanziamento, espressamente limitato al periodo del c.d. preconcordato o a quello compreso tra la domanda di omologazione di un a.d.r. già perfezionato e l'udienza per l'omologazione o a quello necessario al completamento di quest'ultimo durante le trattative e fino alla scadenza del termine fissato ai sensi dell'art. 182 *bis*, co. 7, l.f. (art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f.).

Il legislatore ha, quindi, delineato, negli artt. 182 *quater* e 182 *quinquies* l.f., una disciplina tendenzialmente completa del finanziamento dell'impresa in crisi, i cui tratti distintivi essenziali sono due: la **prededuzione** e la presenza di una **verifica** da parte **del tribunale**. Sul punto proprio la relazione illustrativa al d.l. 78/2010 (in *www.senato.it*) rileva come - a tutela della massa dei creditori - la prededuzione sia riferibile “*solo con riferimento agli strumenti di risanamento configurati dalla nuova legge fallimentare che prevedono l'intervento dell'autorità giudiziaria.*” Per tale ragione i finanziamenti disciplinati dall'art. 182 *quater* l.f. riguardano solo le ipotesi di concordato preventivo e di accordo di ristrutturazione e non, invece, il piano attestato, esente, a differenza dei primi, da qualsiasi tipo di controllo giudiziale.

La *ratio* della disciplina concorsuale del finanziamento dell'impresa in crisi può essere compresa appieno solo attraverso un confronto con le regole del diritto societario in materia di finanziamento dell'impresa. Tale confronto evidenzia le scelte di fondo da parte del legislatore, consentendo di comprendere appieno il collegamento tra la regola della prededuzione e quella del necessario controllo giudiziale, con importanti corollari applicativi, anche a livello ermeneutico.

Durante la fase in cui **l'impresa è in bonis** il legislatore adotta **regole minimali** in materia di finanziamento (come, ad es., le norme che disciplinano la soglia minima del capitale sociale, di recente ridotto da centoventimila a cinquantamila euro per le s.p.a. ad opera del d.l. n. 91/14 conv. l. 116/2014), al punto che in dottrina si parla di un vero e proprio **principio di libertà del finanziamento dell'impresa societaria** [Tombari U., 2006, 559-560].

Ciò trova conferma nel fatto che, mentre l'art. 2412 c.c. stabilisce una soglia massima per le obbligazioni emesse dalla s.p.a. (che non possono superare il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato), nessuna norma impone un rapporto predeterminato tra patrimonio netto e livello complessivo dell'indebitamento con l'intero sistema finanziario, anche con riferimento all'esposizione nei confronti del ceto bancario [Ginevra, 2014, 341].

La *ratio* di una disciplina che concede ampia autonomia all'imprenditore nel delineare la struttura finanziaria dell'impresa è quella di favorire ed incentivare il finanziamento di quest'ultima, anche attraverso fonti esterne.

Il sistema trova un contrappeso negli obblighi informativi da parte dell'imprenditore, recentemente accentuati ad opera del d.lgs. n. 139/2015, che ha inserito nell'art. 2423 c.c. l'obbligo di depositare il rendiconto finanziario, dal quale devono risultare *“l'ammontare e la composizione delle disponibilità liquide, all'inizio e alla fine dell'esercizio, ed i flussi finanziari dell'esercizio derivanti dall'attività operativa, da quella di investimento, da quella di finanziamento, ivi comprese, con autonoma indicazione, le operazioni con i soci.”* (art. 2425 *ter* c.c.). Viene così garantita una completa informazione in merito alle fonti di finanziamento dell'impresa [sia consentito di rinviare a Brogi, 2016, 257-258].

L'imprenditore plasma, quindi, la struttura finanziaria dell'impresa con un ampio grado di libertà, non solo combinando nel modo che ritiene migliore il rapporto percentuale tra capitale di rischio e capitale di debito, ma anche la misura di patrimonializzazione dell'impresa rispetto al suo indebitamento, mentre per i terzi la tutela è assicurata da una corretta informazione della struttura patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa. Solo nella fase patologica di erosione del capitale al di sotto del minimo stabilito viene in rilievo l'applicazione delle regole stabilite dagli artt. 2446, 2447, 2482 *bis* e 2482 *ter* c.c.

Tale sistema di regole non funziona più quando l'impresa è in crisi.

In primo luogo, l'incentivazione del finanziamento dell'impresa non può più essere rimessa all'autonomia organizzativa e contrattuale dell'imprenditore, ormai bollato come un cattivo pagatore, ma richiede un ulteriore stimolo, costituito dalla prededuzione del credito restitutorio.

In secondo luogo, la tutela degli interessi dei creditori dell'impresa in crisi non può essere ricondotta solo al corretto adempimento degli obblighi informativi da parte dell'imprenditore, ma richiede un intervento di tutela da parte di un organo giurisdizionale che contemperi l'inserimento di una nuova forma di indebitamento (attuata con il finanziamento prededucibile) con l'interesse della massa dei creditori. L'ingresso di una situazione di crisi determina, infatti, il coinvolgimento di una platea di

interessi più ampia, colta da chi in dottrina ha definito l'impresa come fatto sociale [Mazzoni, 2010, 835]. In tale visione il singolo rapporto contrattuale avente per oggetto il finanziamento dell'impresa non diventa più una questione che possa riguardare solo l'imprenditore in crisi ed il suo finanziatore, ma finisce per coinvolgere l'intera massa dei creditori [Vitali, 2015, 170].

La questione, a ben vedere, non è solo incentrata sulla circostanza che l'erogazione del nuovo finanziamento possa determinare un incremento dell'esposizione debitoria, dando vita ad un'ulteriore posta passiva che, grazie al regime della prededuzione, trova una collocazione prioritaria. L'erogazione di ulteriore finanziamento nei confronti di un'impresa in crisi ne garantisce la prosecuzione dell'attività, cosa che presuppone, tuttavia, nell'interesse dei creditori, la presenza di un complesso aziendale vitale, in grado di produrre utili, pena un'inammissibile traslazione del rischio d'impresa sui creditori stessi. In un simile contesto il finanziamento dell'impresa in crisi è particolarmente delicato: se è vero che può essere garantita la continuità dell'attività d'impresa (che può essere oggetto anche di un'eventuale riallocazione anche in capo a terzi soggetti) è altrettanto vero che può essere consentita l'artificiosa protrazione di un'attività che non è più in grado di generare utili, con un ulteriore aggravamento del danno subito dai creditori ed una conseguente e possibile responsabilità del finanziatore per abusiva concessione del credito (Cass. S.U. 28 marzo 2006, n. 7029, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2007, 1, 149, con nota di Nigro A., *Ancora sulla concessione "abusiva" di credito e sulla legittimazione del curatore fallimentare*; sul tema del credito responsabile sua si rinvia agli atti del Convegno di Alba 18 novembre 2006, in *Società*, 2007, 393-485). Il ruolo svolto dal tribunale di raffronto e bilanciamento tra la conservazione dell'azienda e la tutela dei creditori diventa, quindi, fondamentale.

L'autorizzazione del tribunale permette all'impresa in crisi di poter accedere ad ulteriori forme di finanziamento grazie all'incentivo della prededuzione, dell'esenzione da revocatoria ex art. 67 lett. e) l.f. [Bonfatti, 2010, 2; Vitali 2015, 175], mentre dall'altro lato consente l'esenzione di responsabilità sotto il profilo civilistico dell'abusiva concessione del credito e quello penalistico della bancarotta ex art. 217 bis l.f. [Bottai, 2015, 5].

2. L'art. 182 *quinquies*, comma 3, l.f.

2a) La centralità della continuità aziendale.

Nell'ambito del sistema che regola il finanziamento dell'impresa in crisi l'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. (così come riformulato dal d.l. n. 83/2015, conv. l. n. 132/2015) disciplina i finanziamenti *“funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale”*.

La norma prevede una forma speciale di finanziamento in corso di procedura destinata ad assicurare, in via d'urgenza, la continuazione dell'attività aziendale.

Il finanziamento interinale urgente richiede il preventivo **ingresso dell'impresa in crisi nel mondo della concorsualità**, mediante il deposito di una domanda di concordato, anche in bianco, o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182 *bis*, co. 1, l.f. o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182 *bis*, co. 6, l.f. (a tal fine occorre rilevare come il Reg. Eur. n. 848/2015 abbia inserito gli a.d.r. nell'ambito delle procedure di insolvenza, individuando la nozione di procedura concorsuale in *“una procedura che comprende tutti o una parte significativa dei creditori di un debitore a condizione che, nel secondo caso, la procedura non pregiudichi i crediti dei creditori non interessati dalla procedura stessa”*, art. 2.1), con la produzione degli effetti protettivi. Comunque, anche per chi ritiene la natura non concorsuale degli a.d.r., è comunque necessaria la scelta di uno strumento di soluzione della crisi, che implichi un necessario vaglio preventivo di tipo giurisdizionale per l'autorizzazione di un finanziamento prededucibile e non revocabile nell'eventuale successiva dichiarazione di fallimento (v. par. 7).

L'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. non trova, quindi, applicazione per le ipotesi di soluzione stragiudiziale della crisi, tipizzate (come il piano attestato) o atipiche. La **necessità di accedere alla finanza interinale** (tanto nell'ipotesi del primo comma che del terzo comma dell'art. 182 *quinquies* l.f.) diventa, pertanto, **fattore condizionante la scelta dello strumento di soluzione della crisi**, considerato che il terzo è indotto a finanziare un'impresa in una fase di incertezza economica solo ottenendo in cambio la prededuzione.

La nuova disposizione introdotta nel 2015 può, inoltre, consentire di **superare le incertezze connesse alla c.d. finanza ponte**, dove l'erogazione del finanziamento in funzione della presentazione della domanda o dell'omologazione dell'a.d.r. non ha la certezza della prededucibilità, dato che quest'ultima consegue non solo all'ammissione dell'impresa al concordato preventivo, ma anche un provvedimento positivo e specifico da parte del tribunale, in mancanza del quale il credito relativo alla restituzione del finanziamento è chirografario [Stanghellini, 10, 1351]. Per gli a.d.r., già al momento dell'introduzione dell'art. 182 *quater* l.f. è stato evidenziato come le incertezze relative alla necessità di un esito positivo dell'omologazione potessero indurre gli istituti di credito a “congelare” gli effetti dell'erogazione del finanziamento fino al decreto di omologazione, circostanza che portava non pochi problemi nei casi in cui la finanza-ponte fosse indispensabile per la conservazione dei complessi produttivi e la stessa sopravvivenza dell'impresa [Ambrosini, 2011, 645]. Con l'introduzione dell'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. è, pertanto, possibile che attraverso la presentazione di una domanda ex art. 161, co. 6, l.f. accompagnata o seguita immediatamente da una domanda di finanziamento urgente ex art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. (anche grazie al termine ristretto previsto per la decisione) possa essere agevolata la concessione del finanziamento, dato che la stessa avverrebbe a seguito di un provvedimento positivo da parte del tribunale. Ciò tuttavia può verificarsi solo in presenza dei requisiti previsti dall'art. 182 *quinquies*, comma 3, l.f. e, in particolare, in relazione alla necessaria funzionalizzazione del finanziamento alla continuità aziendale.

2b) Concorrenzialità e regole sul finanziamento dell'impresa in crisi.

Il necessario ingresso dell'impresa nel mondo della concorsualità al fine di poter fruire di ulteriore finanziamento implica la necessaria emersione della situazione di crisi, circostanza che può assumere rilievo anche in relazione al fatto che la concorrenzialità costituisce un elemento ormai acquisito all'interno della disciplina del concordato preventivo.

De iure condendo, se è vero che il modello concorrenziale predisposto nel progetto di legge delega elaborato dalla Commissione Rordorf (recepito in un disegno di legge di

iniziativa governativa, attualmente al vaglio del Parlamento, v. per entrambi www.osservatorio-oci.org) consente al terzo di potersi attivare a prescindere dalla presentazione di una domanda di concordato da parte dell'impresa in crisi, purché quest'ultima si trovi in una situazione di vera e propria insolvenza, è altrettanto vero che il deposito di una domanda di concordato in bianco implica necessariamente un'esteriorizzazione della situazione di crisi, tale da agevolare proposte concorrenziali da parte di terzi.

Ne consegue che anche in riferimento al parallelismo tra la regolamentazione del finanziamento dell'impresa nel diritto societario e nel diritto concorsuale è evidente che, se non il concreto funzionamento della disciplina societaria in materia di finanziamento, quanto meno le scelte strategiche dell'imprenditore circa le modalità con cui delineare la struttura finanziaria della propria impresa, anche in relazione al c.d. effetto leva [Stanghellini, 2007, 20], dovrà confrontarsi con la prospettiva che l'emersione della crisi - che assuma i contorni dell'insolvenza - possa agevolare la presentazione di domande concorrenziali.

D'altra parte, *de iure condito*, anche l'attuale disciplina del concordato preventivo prevede forme di concorrenzialità, condizionate all'impossibilità per l'imprenditore di pagare i propri creditori entro soglie predeterminate, secondo una scelta parametrata sul versante quantitativo piuttosto che su quello qualitativo relativo alla situazione di insolvenza (art. 163, co. 5, l.f.). Come già rilevato la necessità di accedere a nuove forme di finanziamento (o di mantenere quelle esistenti, con riferimento alle c.d. linee autoliquidanti, v. *infra*, par. 5) condiziona non poco la scelta dello strumento di soluzione della crisi da parte dell'imprenditore, non solo in relazione alla scelta di uno strumento che assicuri il ricorso a finanziamenti urgenti autorizzati dal tribunale, ma anche in relazione all'opzione tra il modello concordatario o quello dell'a.d.r. Quest'ultima scelta, a sua volta, è condizionata dal grado di consenso che l'imprenditore in crisi è in grado di intercettare nei confronti dei propri creditori, tenendo conto anche delle peculiarità che hanno interessato gli stessi a.d.r. con l'introduzione dell'art. 182 *septies* l.f. e la parziale contaminazione con il modello concordatario, con particolare riferimento alla possibile operatività del principio maggioritario.

L'ingresso della concorrenzialità nell'ambito della procedura di concordato preventivo finisce, quindi, per condizionare, se non il concreto funzionamento della regola di diritto societario che disciplina il finanziamento dell'impresa *in bonis*, quanto meno le scelte dell'imprenditore attraverso le quali viene delineata la struttura finanziaria. La misura del ricorso all'indebitamento ed il conseguente dosaggio del c.d. effetto leva [Stanghellini, 2007, 20] possono, infatti, condurre ad una situazione di crisi in cui la scelta dello strumento concorsuale può essere condizionata sia dalla necessità di accedere, anche in via d'urgenza, a nuovi canali di finanziamento, sia dalla circostanza che il creditore non sia in grado di intercettare una percentuale di consenso da parte dei creditori, tale consentire la predisposizione di un accordo di ristrutturazione. Il diverso dosaggio dell'effetto leva può pertanto portare ad una maggiore esposizione dell'impresa ad iniziative concorrenziali da parte di terzi, sia in ragione dell'urgenza di accedere a nuove forme di finanziamento, sia in relazione alla necessità di canalizzare il dissenso di una parte consistente del ceto creditorio all'interno dei meccanismi maggioritari che caratterizzano la procedura di concordato preventivo.

2c) La decisione del Tribunale.

I criteri che deve seguire il tribunale per poter autorizzare un finanziamento ai sensi dell'art. 182 *quinquies*, comma 3, l.f. sono individuati nell'urgenza, nella funzionalità ad assicurare l'esercizio dell'azienda e nell'interesse dei creditori.

Il requisito dell'**urgenza** è individuato dal legislatore laddove precisa che: *“Il ricorso deve specificare la destinazione dei finanziamenti, che il debitore non è in grado di reperire altrimenti tali finanziamenti e che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda.”* Deve, trattarsi, pertanto di una situazione emergenziale in cui la mancata erogazione del finanziamento comprometterebbe la continuità aziendale, andando ad incidere conseguentemente sul valore di avviamento dell'impresa.

Il riferimento all'**azienda in esercizio** evidenzia come l'*humus* naturale di tali finanziamenti sia quello del concordato in continuità. Il legislatore non limita, tuttavia, l'applicazione dell'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. solo a tale ipotesi, ma in via astratta rende

attuabile tale forma di finanziamento a prescindere dalla natura del concordato. Il riferimento all'esercizio dell'attività aziendale e la riconducibilità di tali finanziamenti all'area della continuità porta, tuttavia, a valorizzare il requisito della **miglior soddisfazione dell'interesse dei creditori**, con la conseguenza che rientra in gioco un requisito contenuto nel primo comma dell'art. 182 *quinquies* l.f. e solo apparentemente trascurato nell'ipotesi del terzo comma di tale norma.

Tale requisito deve rilevare sotto un duplice profilo.

Sotto il primo profilo deve essere verificato che la continuità aziendale non avvenga a totale rischio dei creditori, ma che sussista un effettivo **valore di avviamento** la cui compromissione possa andare a danno di questi ultimi.

La necessaria funzionalizzazione della finanza interinale ex art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. ad “*urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale*” porta a chiedersi se sia necessaria altresì la verifica – alla luce di un'istruzione che non può che essere sommaria dato anche il termine breve di dieci giorni – circa l'effettiva permanenza di condizioni di redditività dell'azienda che si intende finanziare. La risposta non può che essere positiva, dato che – come evidenziato in dottrina [Rordorf, 2014, 919] – ciò che giustifica la continuità aziendale è **l'interesse dei creditori che diventa ragione stessa della continuità**.

Solo l'attitudine alla produzione di utili – in cui si esprime il *going concern value*, che può essere presente anche in situazioni di patrimonio netto negativo [Stanghellini, 2007, 46] – rende plausibile la continuazione dell'azienda anche in una situazione di crisi, evitando la traslazione del rischio d'impresa sui creditori. In tale contesto emergenziale, anche in assenza dell'attestazione del professionista, possono emergere utili indicazioni sia dai flussi di cassa o dal conto economico dell'ultimo esercizio, soprattutto in situazioni nelle quali la crisi possa essere determinata dalla carenza di liquidità riconducibile alla mancata riscossione dei crediti (ad es. nell'ipotesi in cui il cliente o alcuni clienti principali siano entrati, a loro volta, in una situazione di crisi).

Sotto il secondo profilo, indipendentemente dal fatto che la continuità indiretta rientri o meno nell'art. 186 *bis* l.f., la cessione dell'azienda in esercizio deve essere tale da consentire ai creditori una **soddisfazione preferibile rispetto alla liquidazione atomistica dei beni** che la compongono. La valutazione del tribunale in relazione

all'interesse dei creditori non può essere, quindi, solo di ordine negativo (nel senso che i finanziamenti autorizzati non arrechino loro un ulteriore pregiudizio), ma anche di ordine positivo (la continuità dell'esercizio dell'azienda deve assicurare il conseguimento di quelle utilità necessarie a soddisfare i creditori o sarà comunque preferibile rispetto alla liquidazione atomistica dei singoli beni). Ne consegue che il finanziamento urgente potrebbe essere funzionalizzato, *de iure condito*, anche alla predisposizione di un concordato in cui si preveda la cessione dell'azienda in esercizio in base a procedure concorrenti. *De iure condendo* nella prospettiva del progetto di d.d.l Rordorf (e dell'attuale d.d.l. in Parlamento, v. www.osservatorio-oci.org), che vede residuare l'istituto del concordato preventivo alle sole ipotesi di continuità aziendale le disposizioni sulla finanza interinale urgente dovrebbero essere applicate all'unica tipologia di concordato destinata a sopravvivere alla riforma del diritto concorsuale, ancorché non sia da escludere il caso in cui la domanda di preconcordato non sia seguita dal deposito del piano e della proposta, ma da una procedura liquidatoria giudiziale, ad es. nell'ipotesi di circostanze sopravvenute che non consentano di completare il piano o la proposta concordatari. Tale considerazione evidenzia, ancora di più, la delicatezza delle decisioni che sul punto deve assumere il tribunale, anche in relazione alla stabilità degli effetti della prededuzione (v. par. 7).

Da un punto di vista probatorio, nonostante il legislatore ricorra al verbo "*specificare*" deve ritenersi **non sufficiente una mera allegazione da parte del debitore** circa l'impossibilità di reperire *aliunde* i finanziamenti o il pregiudizio irreparabile per l'azienda, ma che siano, invece, necessari elementi specifici volti, in primo luogo, ad evidenziare che non è possibile reperire in altro modo i finanziamenti e, in secondo luogo, che in assenza di tali finanziamenti si verrebbe a creare un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda. Si evoca così una sorta di giudizio controfattuale *ex ante*, tale da portare ad ipotizzare il venir meno delle condizioni necessarie ad assicurare la continuità aziendale in assenza del finanziamento richiesto e, conseguentemente, un pregiudizio per i creditori riconducibile alla perdita del valore di avviamento dell'azienda. Il carattere urgente non connota solo la disciplina sostanziale dell'istituto, ma anche quella processuale, dal momento che **il tribunale deve provvedere, in camera di consiglio,**

entro dieci giorni dal deposito dell'istanza di autorizzazione, sebbene il termine, in mancanza di espressa indicazione da parte del legislatore, non possa considerarsi perentorio.

La difficoltà della valutazione da parte del tribunale è riconducibile al fatto che nell'ipotesi in esame – a differenza dell'ipotesi di finanza interinale disciplinata nel primo comma dell'art. 182 *quinquies* l.f. - **manca l'attestazione di un professionista dotato dei requisiti ex art. 67, comma 3, lett. d) l.f.** Tuttavia, nelle tre ipotesi individuate dall'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. è diverso il supporto informativo di cui dispone il tribunale.

L'ipotesi più delicata è quella del **concordato con riserva**, nella quale diventerà più frequente la nomina di un commissario giudiziale. Il tribunale si avvarrà, quindi, del parere rilasciato da quest'ultimo (se nominato) e delle sommarie informazioni assunte in relazione al piano ed alla proposta che il debitore intende depositare. La **parziale discovery del piano e della proposta** in corso di elaborazione è ritenuta necessaria dalla norma (a differenza dell'audizione dei creditori che è meramente eventuale) e conferma, quindi, la **centralità della continuazione dell'attività aziendale all'interno del piano** (ad es. nel caso di cessione o conferimento d'azienda) **o della proposta** (nell'ipotesi in cui i creditori conseguano un'utilità proprio grazie a quest'ultima, non necessariamente ricollegata alla destinazione in loro favore degli utili, ma anche della prosecuzione dei rapporti contrattuali).

Diversamente, negli **a.d.r.** il giudice potrà disporre della fase di pre-accordo di cui all'art. 182 bis, co. 6, l.f. di un **attestazione del professionista** munito dei requisiti ex art. 67 lett. d) l.f. circa l'idoneità della proposta di accordo a soddisfare integralmente i creditori estranei alle trattative. Inoltre, potrà disporre di una documentazione ben più approfondita di quella che accompagna il deposito del ricorso ex art. 161, co. 6, l.f. Mentre in quest'ultima ipotesi è previsto che il debitore deve depositare i bilanci degli ultimi tre esercizi e l'elenco nominativo dei creditori, nell'ipotesi dell'art. 182 bis, comma 6, l.f. è previsto che il debitore deve depositare: *“la documentazione di cui all'articolo 161, primo e secondo comma lettere a), b), c) e d), e una proposta di accordo corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative*

con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e da una dichiarazione del professionista avente i requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare.”

La documentazione richiamata dall'art. 161 primo e secondo comma lettere a), b), c) d) è poi costituita da:

a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;

b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;

c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;

d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.

Il tribunale può, quindi, disporre di una relazione aggiornata sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa, nonché di uno stato analitico e stimativo delle attività.

Nell'ipotesi di cui all'art. 182 *bis*, co. 1, l.f. il debitore ha già completato l'iter delle trattative, al punto da aver chiesto l'omologazione dell'accordo al tribunale, con la conseguenza che quest'ultimo potrà disporre un'attestazione di un professionista munito dei requisiti ex art. 67, co. 3, lett. d) l.f. relativa all'attuabilità dell'accordo ed alla sua idoneità ad assicurare il pagamento dei creditori estranei entro il termine di centoventi giorni dall'omologazione dell'accordo (in caso di crediti scaduti) o dalla successiva scadenza dei crediti.

Il dato che accomuna le tre ipotesi previste dall'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. è costituito, pertanto, dal collegamento dell'esercizio dell'attività aziendale (che il finanziamento urgente è finalizzato ad assicurare) con la proposta di soluzione della crisi da parte del debitore nei confronti dei creditori.

2d) Le verifiche ed il parere del commissario giudiziale. Un caso concreto.

Date le maggiori carenze informative connesse all'ipotesi in cui il finanziamento urgente sia chiesto nella fase del c.d. concordato con riserva (soprattutto laddove la richiesta venga fatta nella fase iniziale) sono di particolare importanza le verifiche e le valutazioni fatte dal commissario giudiziale attraverso l'esame degli ultimi bilanci e della situazione patrimoniale attuale della società. Anche la presenza di particolari *asset* tali da consentire una prognosi favorevole circa il possibile sfruttamento economico (es. un brevetto particolare relativo alla realizzazione di un determinato bene) può determinare una valutazione positiva da parte del tribunale.

Un esempio significativo di finanziamento interinale urgente si ritrova nel caso deciso dal Tribunale di Firenze (11 settembre 2015). In particolare, la società in crisi svolgeva la propria attività nel settore delle opere pubbliche, costruzioni stradali e lavori stradali. Nella specie si trattava di una società in piena attività con importanti appalti in corso di esecuzione da parte di committenti, che pagavano regolarmente gli stati d'avanzamento dei lavori. Il fabbisogno finanziario era riconducibile ai costi diretti e indiretti dei cantieri. Il mancato pagamento delle forniture avrebbe determinato la loro interruzione, suscettibile di ripercuotersi sulla corretta esecuzione dei contratti, con la conseguente possibilità di contestazioni e anche della risoluzione dei contratti stessi. Le linee di credito attive erano due, mentre le altre erano incagliate. La domanda ex art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. era, pertanto, destinata a ripristinare la liquidità sia mediante nuovi rapporti autoliquidanti (anticipo fatture s.b.f. e/o cessione di credito), sia mediante la richiesta di mantenimento di linee autoliquidanti in essere, l'ampliamento dei castelletti affidati per anticipo fatture ed un ulteriore affidamento. In tale ipotesi il commissario giudiziale nel proprio parere ha indicato le **attività svolte**: interlocuzione con gli organi societari, esame dei contratti di appalto, esame del bilancio infrannuale e del conto economico previsionale per l'anno in corso ed esame del *budget* finanziario per il periodo di riferimento, con l'indicazione del fabbisogno finanziario. Successivamente, ha indicato i risultati degli accertamenti, concludendo che in mancanza di nuova finanza la società

non avrebbe avuto la possibilità di svolgere la propria attività, con conseguenze negative sia a livello di dispersione del valore aziendale e dei livelli occupazionali, sia in merito alla possibile applicazione di penali e di richieste di risarcimento dei danni.

In tale caso è evidente come la concessione dei finanziamenti, anche con riferimento al mantenimento delle linee autoliquidanti, consentisse, da un lato, la conservazione del valore di avviamento dell'azienda (quindi almeno la conservazione di una componente importante dell'attivo concordatario) e, dall'altro lato, permettesse di evitare l'ulteriore incremento dell'esposizione debitoria conseguente all'applicazione di penali o di richieste risarcitorie. D'altra parte nella specie il finanziamento e la conservazione delle linee autoliquidanti venivano coperte mediante i flussi di cassa futuri grazie alla prededuzione. È pur vero che quest'ultima sottrae il credito derivante dal finanziamento o dal mantenimento della linea autoliquidante alla concorsualità, ma è altrettanto vero che l'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. opera in situazioni in cui la mancata erogazione del finanziamento o il mantenimento della linea autoliquidante non solo non consentirebbe di generare i flussi derivanti dalla continuità aziendale, ma compromettendo quest'ultima, andrebbe ad erodere l'attivo concordatario e ad incrementare il passivo, quanto meno con una ragionevole certezza.

Sotto tale profilo deve essere apprezzata la **miglior realizzazione dell'interesse dei creditori**: l'esigenza di **evitare un possibile minor valore dell'attivo concordatario** (conseguente alla perdita del valore d'avviamento) e quella di scongiurare l'ulteriore **incremento del passivo concordatario** (in conseguenza dell'emergere di ulteriori poste negative conseguenti al venire meno della continuità aziendale) trovano così un adeguato **bilanciamento con l'ingresso di un nuovo credito in prededuzione**. Tale mosaico non può trovare completezza, tuttavia, se non mediante un richiamo agli elementi del piano e della proposta, non a caso evocati direttamente dall'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. In tale prospettiva il debitore dovrebbe indicare, quanto meno, il tipo di piano concordatario che intende proporre ed il valore che la continuità aziendale assume al suo interno e, anche in via approssimativa – salve eventuali rettificazioni del professionista attestatore – l'ammontare dell'attivo e del passivo concordatario.

Tutto ciò diventa possibile nella misura in cui l'imprenditore abbia predisposto un apparato organizzativo, amministrativo, contabile adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa (art. 2381, co. 4, c.c.).

In sintesi le **attività del commissario giudiziale** ai fini del rilascio del parere ex art. 182 *quinquies*, comma 3, l.f. sono:

- interlocuzione con gli organi societari e professionisti che assistono la società;
- verifica delle ragioni della crisi e delle motivazioni che hanno condotto alla carenza di liquidità per far fronte alla continuità aziendale;
- esame dei bilanci, anche infrannuali e del conto economico previsionale, nonché del *budget* finanziario relativo al fabbisogno economico dell'impresa in crisi;
- verifica dei flussi di cassa ricavabili dalla continuità aziendale anche in relazione alla solvibilità delle controparti dell'impresa richiedente;
- indicazione delle risorse con le quali far fronte alla restituzione dei finanziamenti in prededuzione ed incidenza sul piano concordatario, anche in relazione all'interesse dei creditori;
- verifica delle ragioni che non rendono reperibile *aliunde* il finanziamento e delle ragioni di urgenza;
- disamina degli elementi relativi al piano ed alla proposta concordatari forniti dalla società ricorrente, anche al fine di valutare l'eventuale incidenza della prededuzione sul piano concordatario, con riferimento alle risorse destinate alla restituzione del finanziamento autorizzato ex art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f.

2e) il provvedimento di autorizzazione ex art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f.

Il tribunale, alla luce degli elementi forniti dalla parte istante, dovrà prendere una decisione, tenendo conto:

- della parziale *discovery* del piano e della proposta concordataria, così come richiesto dall'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. Nell'ipotesi del concordato in continuità non si potrà avere nella fase di preconcordato quell'analitica descrizione dei costi e

ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista nel piano concordatario, delle risorse finanziarie e delle necessarie modalità di copertura. Né sarà possibile avere un'attestazione del professionista che assicuri che la continuazione dell'attività d'impresa è funzionale alla miglior realizzazione dell'interesse dei creditori. I contenuti delle lett. a) e b) dell'art. 186 *bis* l.f. possono essere contenuti solo nell'ambito di un piano di concordato pieno e non possono essere presenti nella fase preconcordataria in cui viene chiesta l'autorizzazione per i finanziamenti interinali urgenti. Nondimeno, la valutazione del tribunale non potrà non poggiare sulla constatazione circa l'effettiva presenza di un complesso aziendale dotato di un valore di avviamento che proprio la concessione del finanziamento urgente tende a conservare, anche nella prospettiva di una miglior realizzazione dell'interesse dei creditori. Diventano, quindi, di particolare importanza i contenuti informativi presenti nel parere reso dal commissario giudiziale alla luce di una prima verifica sulle risultanze contabili e sui flussi di cassa.

La situazione più agevole e più completa di elementi è quella in cui il finanziamento urgente sia chiesto in presenza di un accordo di ristrutturazione con i creditori già perfezionato per il quale venga chiesta l'omologazione e sia necessario provvedere nel periodo compreso tra la domanda di omologa ed il provvedimento del tribunale. In tal caso il tribunale può convocare non solo l'imprenditore ricorrente, ma anche lo stesso professionista attestatore, al fine di rendere chiarimenti o dare ulteriori informazioni.

Una situazione intermedia è costituita dall'ipotesi in cui sia stata chiesta la c.d. protezione delle trattative durante l'accordo di ristrutturazione. Anche in tale ipotesi il riferimento espresso alla proposta e la necessaria attestazione da parte di un professionista indipendente dell'idoneità di quest'ultima ad assicurare il pagamento dei creditori estranei evidenzia come debbano essere già articolati – quanto meno nelle sue linee essenziali e salvo ulteriori modifiche – i contenuti della proposta nei confronti dei creditori, da portare a conoscenza del tribunale destinatario di un'istanza ex art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. Potrà essere disposta, quindi, la

convocazione non solo della società, ma anche del professionista autore dell'attestazione resa ai sensi dell'art. 182 bis, co. 6, l.f.;

- dell'indicazione delle cause della crisi da parte del debitore. In tale fase si potrà non avere un piano concordatario o un accordo per il quale richiedere l'omologazione, ma è importante che il debitore abbia già fatto una corretta disamina delle cause della crisi d'impresa e sia in grado di rappresentarle al tribunale, proprio per consentire una prognosi positiva sulla possibile continuazione dell'attività aziendale anche grazie al finanziamento di cui si sta chiedendo la concessione;

- l'incidenza del credito in prededuzione sul piano concordatario o sull'accordo di ristrutturazione. L'entità del finanziamento deve essere tale da non incidere sulla fattibilità giuridica del concordato, assicurando l'integrale pagamento di tutti i crediti in prededuzione, in privilegio e di una percentuale ragionevole dei crediti chirografari;

- l'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. non è applicabile, teoricamente, alle sole ipotesi di concordato in continuità. Il legislatore ha in tal modo favorito la massima estensione possibile della norma, consentendone la proposizione della domanda anche nelle ipotesi nelle quali la continuità aziendale sia finalizzata alla liquidazione dell'azienda (ipotesi che può assumere rilievo anche in relazione al tempo necessario all'attivazione del meccanismo inerente alle offerte concorrenti ex art. 163 *bis* l.f.). Si pone, tuttavia, il problema se, in tale fase, sia necessario o meno verificare, in presenza di un concordato liquidatorio la possibilità – anche in relazione all'incidenza del finanziamento in prededuzione - di assicurare il pagamento del venti per cento nell'ipotesi di concordato liquidatorio. Sul punto vengono in rilievo le controverse qualificazioni del concordato in continuità. Non vengono, invece, in rilievo le questioni relative alle percentuali di pagamento ostative alla presentazione di proposte concorrenziali ex art. 163, co. 4, l.f. (che nell'attuale sistema presuppongono comunque la presentazione di una domanda di concordato da parte del debitore). Nondimeno, la considerazione del tema delle proposte concorrenziali porta ad evidenziare come la finanza interinale sia di

esclusivo appannaggio del debitore e non del terzo che faccia una proposta di concordato concorrente con quella dell'imprenditore in crisi;

- del carattere urgente del finanziamento richiesto e della sua indifferibilità, anche in relazione ad una corretta distinzione dell'ambito applicativo dell'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. – connotato da una *ratio* acceleratoria con un termine ristretto di dieci giorni e dalla mancanza di un'attestazione da parte del professionista – rispetto al primo comma. L'indifferibilità deve essere colta in relazione alla possibile interruzione dell'attività aziendale in mancanza dei finanziamenti, ad es. riconducibile alla sospensione delle forniture dei beni necessari per l'esercizio dell'attività d'impresa [Trib. Benevento, 4 febbraio 2016], con il conseguente venir meno dei flussi di cassa conseguenti all'*exceptio inadimplenti contractus* (art. 1460 c.c.) sollevata dai clienti che non ricevessero il regolare adempimento della prestazione cui è tenuta l'impresa in crisi [come nel caso esaminato dal Trib. Firenze, 11 settembre 2015].

È importante che la stessa impresa mantenga un atteggiamento collaborativo nei confronti del commissario giudiziale e presenti tutte le informazioni necessarie a garantire la verifica circa la presenza delle condizioni che assicurino un'effettiva continuità aziendale. Considerato il termine ristretto di dieci giorni per la decisione è evidente come in presenza di un'istruttoria lacunosa o di una condotta reticente da parte dell'impresa in crisi il provvedimento del tribunale non potrà che essere di rigetto.

Difatti, il fulcro attorno a cui ruota la decisione del tribunale è quello di una ragionevole certezza circa l'effettiva sussistenza di condizioni di continuità aziendale, una volta valutate le verifiche necessarie e l'incidenza dell'ingresso di un nuovo credito in prededuzione sul piano concordatario. Sotto quest'ultimo profilo è bene sin da ora precisare che la decisione del tribunale, secondo l'opzione ermeneutica preferibile – v. par. 7 – non è rivedibile nell'ambito di un eventuale successivo fallimento, con la conseguenza che eventuali incertezze o lacune informative o, peggio ancora, un atteggiamento reticente o poco collaborativo (soprattutto con il commissario giudiziale) da parte dell'imprenditore in crisi non può che andare in suo danno.

2.f) Le verifiche successive all'autorizzazione del finanziamento e l'obbligo di rendicontazione.

A differenza di quanto previsto nell'art. 182 *quinquies*, co. 1, l.f. il terzo comma della norma richiamata stabilisce che il ricorso specifichi la destinazione dei finanziamenti. Ne consegue che in caso di autorizzazione da parte del tribunale il commissario giudiziale deve verificare l'effettivo impiego degli stessi. Una **destinazione diversa da quella** indicata dal debitore e **per la quale sia stata concessa l'autorizzazione** da parte del tribunale può integrare un **atto di frode ex art. 173 l.f.**, comportando la revoca dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo. D'altra parte non sembra potersi pervenire ad una soluzione differente neppure per le ipotesi di cui all'art. 182 *quinquies*, co. 1, l.f. e del caso della finanza c.d. ponte di cui all'art. 182 *quater*, co. 2, l.f., posto che anche in tali ipotesi se è vero la destinazione dei finanziamenti erogati non è tipizzata in astratto dal legislatore (come avviene invece nell'ipotesi di finanza interinale urgente) è altrettanto vero che, comunque, il debitore al momento della richiesta di autorizzazione indicherà la destinazione specifica di tali finanziamenti, con la conseguenza che il commissario giudiziale dovrà verificarne l'effettivo impiego, secondo le indicazioni fornite dal debitore al momento della richiesta di autorizzazione.

Un interessante esempio sul punto è costituito dal caso deciso dal Tribunale Benevento [4/2/2016], dove l'autorizzazione ex art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. è stata concessa, imponendo all'impresa in crisi – secondo le indicazioni contenute nel parere dei commissari giudiziali – di tenere una contabilità economica e finanziaria distinta delle somme ricevute per effetto dei finanziamenti autorizzati, in modo da poter desumere l'uso delle somme ricevute per costi utili e funzionali al normale esercizio dell'attività d'impresa successiva alla presentazione della domanda di concordato. È stata altresì prevista la trasmissione ai commissari giudiziali di tale rendicontazione con scadenza mensile.

In presenza di finanziamenti di considerevole entità è pertanto auspicabile che il **provvedimento autorizzatorio** contenga anche **indicazioni** tali da permettere la

verifica da parte dei commissari giudiziali circa l'effettiva destinazione dei finanziamenti ai costi necessari ed utili a garantire la continuità aziendale.

3. I rapporti tra il primo ed il terzo comma dell'art. 182 *quinquies* l.f.

Il legislatore circoscrive l'**ambito temporale** di tali finanziamenti, nel periodo compreso tra la domanda di concordato ex art. 161 co. 6, l.f. e la scadenza del termine concesso ai sensi di quest'ultima norma, in quello compreso tra il deposito della domanda di omologazione dell'a.d.r. fino all'udienza di omologazione ex art. 182 *bis*, co. 4, l.f. o, in caso di c.d. protezione delle trattative, fino alla scadenza del termine ex art. 182 *bis*, co. 7, l.f. Si tratta, quindi, di **finanziamenti a tempo determinato**. La peculiarità è che il termine è fissato direttamente dal legislatore e non è, quindi, rimesso all'autonomia contrattuale delle parti. L'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. finisce, così, per erodere il perimetro applicativo del primo comma della norma in esame che potrà trovare applicazione con riferimento ai finanziamenti funzionali ad assicurare la continuità aziendale che non ricoprono il requisito dell'urgenza, ma che siano, tuttavia, funzionali alla miglior realizzazione dell'interesse dei creditori e che possano protrarsi anche per un periodo significativo successivo al termine ex art. 161, co. 6, l.f. o alla scadenza del termine ex art. 182 *bis*, co. 7, l.f.

Il primo comma dell'art. 182 *quinquies* l.f. si applica, inoltre, a tutte le ipotesi di finanziamenti interinali non funzionali ad assicurare la continuità dell'esercizio dell'impresa (es. Trib. Prato, 22 aprile 2014, in *www.ossevatorio-oci*, Ms.0883, riguardava il finanziamento relativo ad un contenzioso, il cui esito positivo avrebbe potuto incrementare l'attivo concordatario).

All'infuori delle ipotesi di urgenza, di funzionalità all'esercizio dell'azienda e dei termini circoscritti di applicazione dell'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. rientra in gioco il primo comma di quest'ultima norma, con la conseguenza che è necessaria l'attestazione di un professionista circa la funzionalizzazione di tali finanziamenti alla miglior soddisfazione dell'interesse dei creditori.

Deve, quindi, ritenersi che sia configurabile tra l'ipotesi di finanziamento interinale urgente disciplinata nell'ambito dell'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. e quella disciplinata nell'art. 182 *quinquies*, co. 1, l.f. un rapporto da *species ad genus*.

4. I finanziamenti urgenti da parte dei soci.

Il *favor* del legislatore nel favorire il finanziamento dell'impresa si spinge al punto di derogare ad una regola del diritto societario contenuta nell'art. 2467 c.c. e finalizzata a sanzionare le condotte di sottocapitalizzazione da parte dei soci che effettuino un finanziamento nei casi nei quali sia invece necessario fare un conferimento, attraverso la riqualificazione del finanziamento in capitale di rischio attraverso la sua postergazione. Tale deroga è espressamente inserita solo nell'art. 182 *quater* l.f. (dove per i finanziamenti ponte e quelli in esecuzione eseguiti dai soci viene riconosciuta la prededuzione nei limiti dell'80%) ma non nell'ambito dei finanziamenti interinali ex art. 182 *quinquies*, co. 1, l.f. (finanza interinale ordinaria). Il silenzio del legislatore in relazione all'eventuale deroga all'art. 2467 c.c. è stato variamente interpretato a seguito dell'entrata in vigore della riforma del 2012, ravvisandosi o la necessità di una **applicazione analogica dell'art. 182 *quater*, co. 3, l.f. o** la possibilità di applicare una **deroga integrale dell'art. 2467 c.c.**, dal momento che nell'art. 182 *quinquies*, co. 1, l.f. – a differenza delle ipotesi disciplinate nell'art. 182 *quater* l.f. – è presente un'attestazione da parte di un professionista dotato dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. e) l.f. della funzionalizzazione di tali finanziamenti alla miglior realizzazione dell'interesse dei creditori (Trib. Prato, 22 aprile 2014). Entrambe le soluzioni ermeneutiche si possono riproporre anche in relazione alla nuova ipotesi speciale di finanziamento interinale urgente disciplinata dall'art. 182 *quinquies*, comma 3, l.f. La prima ricostruisce il diritto societario della crisi come sistema tendenzialmente autonomo rispetto al diritto societario [Tombari, 2014, 2835 -2860]. La seconda è riproponibile in relazione al fatto che il finanziamento interinale urgente, in quanto finalizzato alla conservazione del valore di avviamento dell'azienda, è funzionale ad assicurare una miglior soddisfazione dell'interesse dei creditori. La mancanza dell'attestazione del professionista sarebbe,

quindi, supportata dalla centralità che riveste la continuità aziendale nel piano concordatario o nell'accordo di ristrutturazione ed il *favor* per la continuità aziendale espresso dal legislatore (purché la stessa sia idonea a garantire la contestuale e coesistente realizzazione dell'interesse dei creditori).

Il procedimento semplificato per la concessione di finanziamenti urgenti e necessari ad assicurare la continuità aziendale disciplinato dall'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. durante la fase del concordato, non esclude, tuttavia, che a seguito dell'ammissione del concordato possa essere chiesta un'altra autorizzazione per il finanziamento ulteriore idoneo ad assicurare le esigenze inerenti l'esercizio dell'azienda, in presenza dei requisiti e dell'attestazione previsti dall'art. 182 *quinquies*, co. 1, l.f.

5. Il mantenimento delle linee autoliquidanti.

Le linee di credito autoliquidanti sono riconducibili a quelli che in dottrina sono denominati come *contratti di liquidità*, nei quali la realizzazione dei crediti dell'impresa avviene presso il sistema bancario con un meccanismo in cui il rientro dell'esposizione della banca si attua direttamente attraverso il pagamento nei suoi confronti da parte dei debitori dell'imprenditore, con la conseguenza che l'obbligo di quest'ultimo diventa sussidiario [Cavalli, 2011, 193].

Nella circolare della Banca d'Italia (n. 139 dell'11 febbraio 1991 e successivi aggiornamenti) sono menzionati tra i rischi autoliquidanti quelli derivanti da rapporti di anticipo su crediti ceduti per attività di factoring; anticipo s.b.f.; anticipi su fatture; anticipo garantito da cessione del credito; prefinanziamento di mutuo (anche se concesso dallo stesso intermediario che ha deliberato l'operazione di mutuo); sconto di portafoglio commerciale e finanziario indiretto; anticipi all'esportazione e insoluti rivenienti dalle operazioni che confluiscono in questa categoria.

La riforma del 2015 si è espressamente occupata, in materia di finanza interinale, delle linee di credito autoliquidanti. L'ultimo periodo dell'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. prevede, infatti, che: “La richiesta può avere ad oggetto anche il mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda.”.

Le **linee autoliquidanti** costituiscono un'ordinaria **fonte di finanziamento esterno** dell'impresa e la loro permanenza anche in un contesto di crisi costituisce un supporto irrinunciabile per garantire la continuità aziendale. Ciò giustifica l'inserimento della richiesta al mantenimento delle linee autoliquidanti all'interno dell'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f., cioè nell'ambito di una norma che disciplina i finanziamenti urgenti funzionali al mantenimento della continuità aziendale. L'inserimento di tale previsione all'interno dell'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. implica la necessità che vengano eseguite le verifiche in punto di urgenza e di funzionalità del finanziamento all'esercizio dell'attività aziendale. Deve trattarsi, pertanto, di un contesto finanziario in cui la cessazione delle linee autoliquidanti determinerebbe il venir meno delle condizioni di continuità dell'esercizio dell'azienda.

Occorre poi sottolineare la rilevanza trilaterale dei contratti di liquidità, dato il coinvolgimento non solo dell'impresa e della banca, ma anche del terzo debitore della prima. Ciò emerge dalla stessa definizione dei rischi autoliquidanti contenuta nella Circolare della Banca d'Italia, n. 139/1991, dove si legge che gli stessi sono costituiti da *“operazioni caratterizzate da una fonte di rimborso predeterminata. Si tratta di finanziamenti concessi per consentire l'immediata disponibilità di crediti non ancora scaduti vantati nei confronti di terzi e per i quali l'intermediario segnalante cura l'incasso. Di conseguenza, il rapporto coinvolge, di norma, oltre all'intermediario e al cliente anche un terzo soggetto che assume la veste di debitore di quest'ultimo.”*. Ne consegue che, anche sotto tale profilo, la valutazione del tribunale non può che essere particolarmente rigorosa, anche in ragione degli importi significativi che hanno spesso le linee autoliquidanti (come emerge nei provvedimenti dei tribunali di Firenze e Benevento, richiamati al par. 2.d) e 2.f). È pertanto necessario, a fini dell'autorizzazione al loro mantenimento, che sia verificata in concreto l'effettiva permanenza delle condizioni di continuità aziendale, tali da giustificare la concorrenzialità scomoda dei crediti in prededuzione che maturano a favore della banca, e che vi siano – anche in relazione alle pregresse condotte dei destinatari delle prestazioni o dei servizi dell'impresa in crisi nonché in relazione all'ammontare degli importi dovuti – ragionevoli prospettive di solvibilità dei debitori in relazione ai crediti inseriti nelle linee autoliquidanti. Tale valutazione deve essere contenuta anche nell'ambito del parere reso

dal commissario giudiziale. Come già rilevato, la verifica del tribunale prima di autorizzare il mantenimento delle linee autoliquidanti deve essere rigorosa, anche in relazione alla stabilità della prededuzione conseguente al provvedimento autorizzatorio (v. par. 7).

Inoltre, l'inserimento della previsione relativa all'autorizzazione al mantenimento delle linee autoliquidanti nell'ambito dell'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. porta a chiedersi se tale autorizzazione abbia i limiti temporali stabiliti da tale norma, con particolare riferimento, alla fase del concordato e se sia, conseguentemente, necessario a seguito del decreto di ammissione supportare l'autorizzazione al mantenimento delle linee autoliquidanti ad un'ulteriore autorizzazione emessa ai sensi dell'art. 182 *quinquies*, co. 1, l.f.

La risposta a tale domanda non può che dipendere dall'interpretazione dell'ultimo periodo dell'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. e, in particolare, dalla risposta che viene data al quesito se le linee autoliquidanti siano sospese o cessino automaticamente per effetto della presentazione della domanda di concordato (anche ai sensi dell'art. 161, co. 6, l.f.).

Già a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 169 bis l.f. (introdotto dal d.l. n. 134/2012, conv. l. n. 134/2012) si è posto il problema se i rapporti bancari relativi alle linee di credito autoliquidanti potessero o meno rientrare nell'ambito applicativo di tale norma e, quindi, se gli stessi continuassero o meno a seguito della presentazione di una domanda di concordato preventivo [in senso positivo App. Genova, 10 febbraio 2014; Trib. Venezia, 20 gennaio 2015; Trib. Pavia, 24 novembre 2014; nel senso che il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti costituisce atto di ordinaria amministrazione che non necessita di autorizzazione Trib. Verona, 21 luglio 2014; Trib. Cuneo, 14 novembre 2013; nel senso della possibilità di sospendere l'esecuzione del mandato all'incasso, Trib. Milano, 28 maggio 2014, nel senso che la sospensione o lo scioglimento del contratto comporta il venir meno del patto di compensazione, Trib. Monza, 27 novembre 2013; in senso negativo, con riferimento alle ipotesi di avvenuta erogazione del finanziamento da parte della banca e cessione del credito Trib. Ravenna, 14 ottobre 2014; Trib. Prato, 23 luglio 2014]. Come emerge dalla lettura della giurisprudenza l'opzione interpretativa prescelta dipendeva anche dal rapporto di corrispondenza o di differenziazione instaurato tra l'art. 169 bis l.f. e l'art. 72 l.f.

L'argomento relativo al differente ambito di applicazione delle norme richiamate risulta sminuito a seguito delle modifiche apportate all'art. 169 bis l.f. ad opera del d.l. n. 83/2015 (conv. l. n. 132/2015) che a partire dalla riformulazione della rubrica della norma ("*Contratti pendenti*"), fino alla precisazione contenuta nel suo testo che deve trattarsi di contratti non eseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti, impone un parallelismo applicativo tra l'art. 72 e l'art. 169 *bis* l.f., ormai non più contestabile. Ne consegue che non può più essere il maggior ambito applicativo dell'art. 169 *bis* l.f. rispetto all'art. 72 l.f. a giustificare la possibilità di chiedere la sospensione o lo scioglimento dei contratti relativi alle linee autoliquidanti nei quali la banca abbia eseguito la propria prestazione (salvo quanto si dirà più avanti in merito alle opinioni circa l'ammissibilità o meno della concorsualizzazione delle somme ricevute dalla banca in esecuzione di un mandato all'incasso).

Tuttavia, la riforma del 2015 ha inserito un ulteriore tassello a livello sistematico, costituito dall'**inserimento di un riferimento espresso alle c.d. linee autoliquidanti all'interno dell'art. 182 *quinquies* l.f.**, cioè della norma che disciplina la finanza interinale.

Se è vero che in alcune interpretazioni è stato sminuito il dettato legislativo, rilevando che la prosecuzione del contratto porta con sé il corollario della prededuzione e che pertanto non è, in realtà, necessaria alcuna autorizzazione [Trib. Rovigo, 26 novembre 2015] è altrettanto vero che è emersa anche l'opinione di chi [Bonfatti, 4/2/2016; Trib. Prato, 9/3/2016], in ragione della previsione espressa della necessaria autorizzazione per il mantenimento delle linee autoliquidanti contenuta nell'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f., è giunto alla conclusione che la nuova formulazione della norma implichi lo scioglimento (o quanto meno la sospensione) dei contratti di liquidità in conseguenza della presentazione della domanda di concordato preventivo. Tale seconda opinione deve ritenersi preferibile: l'ultimo periodo dell'art. 182 *quinquies*, co., 3, l.f. implica, infatti, la **volontà del legislatore di attrarre i contratti c.d. di liquidità nell'ambito della disciplina del finanziamento dell'impresa in crisi**. Con riferimento alle c.d. linee autoliquidanti, pertanto, l'individuazione della disciplina applicabile al momento dell'ingresso dell'impresa nell'ambito della concorsualità non si fonda tanto sul dato

formale della struttura contrattuale (che potrebbe attrarle astrattamente nell'ambito di applicazione dell'art. 169 *bis* l.f., ove risolto in senso positivo il problema della loro riconducibilità alla nozione di contratti pendenti), quanto piuttosto sul dato sostanziale relativo alla **concreta funzione di finanziamento dell'impresa** propria dei c.d. contratti di liquidità. Ne consegue che al momento del deposito del ricorso *ex* art. 161 l.f. le linee autoliquidanti sono sciolte (o, quanto meno, sospese) e la loro prosecuzione deve essere autorizzata ai sensi dell'art. 182 *quinquies* l.f. A ben vedere tale opzione interpretativa comporta una maggior tutela per la massa dei creditori, posto che la continuazione di tali contratti (che in corso di procedura determina il sorgere di crediti in prededuzione) può avvenire solo a seguito di un provvedimento autorizzatorio del tribunale.

Nell'ipotesi in cui il mantenimento delle linee autoliquidanti sia chiesto quale forma di finanziamento interinale urgente l'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. deve essere applicato nella sua interezza, anche con riferimento al carattere limitato nel tempo dell'autorizzazione, con la conseguenza che il finanziamento erogato all'impresa mediante il mantenimento delle linee autoliquidanti in data successiva alla scadenza del termine *ex* art. 161, co. 6, l.f. dovrebbe essere autorizzato ai sensi dell'art. 182 *quinquies*, co. 1, l.f., con la necessità dell'attestazione di un professionista indipendente, norma che trova applicazione in tutti i casi di mancanza dei presupposti processuali e sostanziali previsti dall'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f., anche nella fase del concordato, così come precisato dalla recente riforma fallimentare (d.l. n. 83/2015, conv. l. n. 132/2015).

Un'ulteriore questione ermeneutica attiene alle ipotesi di **anticipazione o sconto di fatture eseguite dalla banca anteriormente alla presentazione della domanda** di concordato preventivo e riscossione successiva alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese. Mentre nell'ipotesi di autorizzazione al mantenimento delle linee autoliquidanti, trattandosi di un rapporto che prosegue durante la procedura, non sussistono particolari problemi in ordine all'eventuale compensazione operata dalla banca tra somme incassate e somme anticipate, maggiori problemi interpretativi emergono con riferimento alla **sorte delle somme incassate dalla banca successivamente alla pubblicazione della domanda** sul registro delle imprese nel

caso di scioglimento del contratto di liquidità. In tale ipotesi si registrano, anche nell'ambito della stessa giurisprudenza di legittimità, **opinioni contrastanti** tra chi, in ragione del richiamo dell'art. 169 l.f. all'art. 56 e 45 l.f. **ritiene** che le somme riscosse successivamente, **data la cristallizzazione dell'attivo** conseguente all'applicazione di quest'ultima norma, **non possano essere compensate dalla banca** [in dottrina Bontempi, 2015, 285; Panzani, 2014, 508; Cass. 7 maggio 2009, n. 10548, e in senso conforme App. Venezia, 26 novembre 2014, Trib. Prato, 9 marzo 2016, che distingue tra l'ipotesi di cessione del credito e mandato all'incasso e 23 settembre 2015; Trib. Ravenna, 14 ottobre 2014 distingue tra cessione del credito, da un lato, e mandato all'incasso e patto di compensazione, dall'altro lato; Trib. Monza, 27 novembre 2013; Trib. Terni, 12 ottobre 2012] e chi, invece, **ritiene che si debba guardare al concreto atteggiarsi del rapporto contrattuale *inter partes*** [Patti, 2013, 271, distingue tra mandato all'incasso, dove non è possibile operare la compensazione stante il combinato disposto degli artt. 169 e 56 l.f. dall'ipotesi del c.d. "patto di compensazione" o patto di annotazione ed elisione nel conto di partite di segno opposto, legittimante la banca a compensare il proprio debito di restituzione al cliente delle somme riscosse, con il proprio credito verso lo stesso, conseguente ad operazioni regolate nel medesimo conto corrente, indipendentemente dall'antiorità alla procedura concorsuale; Cass. 1° settembre 2011, n. 17999; Trib. Benevento, 4 febbraio 2016] o chi ha, invece, **rilevato come l'acquisizione all'attivo concordatario delle somme riscosse dalla banca nell'esecuzione di un contratto di liquidità** successivamente alla pubblicazione della domanda sul registro delle imprese implicherebbe un'**applicazione retroattiva** della norma, tale da comportare una sorta di "*revocatoria per le vie brevi*" [Ambrosini, 2014, 23].

Infine, occorre precisare che, costituendo le linee c.d. autoliquidanti un canale ordinario di finanziamento dell'impresa, l'ultimo periodo dell'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. deve interpretarsi nel senso che l'autorizzazione non debba necessariamente riguardare in via esclusiva il mantenimento di linee autoliquidanti già esistenti, ma che possa riguardare anche l'autorizzazione ad instaurare rapporti contrattuali dai quali derivino nuove linee autoliquidanti, come sembra emergere, correttamente, dai primi provvedimenti della giurisprudenza di merito [Trib. Firenze e Trib. Benevento, *cit.*].

6. La cessione dei crediti, il pegno e l'ipoteca a garanzia della restituzione dei finanziamenti.

L'art. 182 *quinquies*, co. 4, l.f. prevede che: “*Il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca o a cedere crediti a garanzia dei medesimi finanziamenti.*”

Si tratta di una previsione già presente nel testo originario dell'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. che è stata estesa con l'espresso riferimento alla possibilità di cessione dei crediti a garanzia dei finanziamenti concessi, tanto ai sensi del primo che del terzo comma dell'art. 182 *quinquies* l.f.

L'autorizzazione alla concessione del pegno o dell'ipoteca a garanzia della restituzione dei finanziamenti deroga all'art. 168, co. 3, l.f., in base al quale dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo i creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti. Lo stesso art. 168, co. 3, l.f. prevede, tuttavia, una deroga, mediante il richiamo all'art. 167 l.f. Ne consegue che durante la procedura di concordato preventivo è possibile, su autorizzazione del tribunale, la concessione di pegni ed ipoteca.

Con l'autorizzazione alla **cessione del credito** in funzione della garanzia della restituzione dei finanziamenti autorizzati sia in base al primo che al terzo comma dell'art. 182 *quinquies* l.f. un elemento dell'attivo concordatario fuoriesce direttamente dall'ambito della concorsualità per essere direttamente trasferito al terzo che abbia erogato un finanziamento autorizzato, secondo un meccanismo corrispondente a quello proprio delle linee autoliquidanti. In assenza di espressa deroga del legislatore non vi è, infatti, motivo per non ritenere che la cessione del credito, ancorché a scopo di garanzia, segua le regole di diritto comune, integrando sì uno schema contrattuale a causa variabile, ma pur sempre incentrato (salva diversa pattuizione delle parti) sul principio consensuale, con la conseguenza che **il trasferimento del credito è immediato** e non subordinato, invece, all'inadempimento del cedente [Panzani, 2014, 508; in senso contrario Carbone – Urciolo, 3/11/2015]. Il provvedimento autorizzatorio del tribunale non può, quindi, che assolvere alla funzione di rendere il trasferimento opponibile alla massa dei creditori.

7. I finanziamenti urgenti e la prededuzione.

L'ultima importante questione ermeneutica relativa all'art. 182 *quinqüies*, co. 3, l.f. (comune, peraltro, anche a tutte le ipotesi di finanziamenti prededucibili disciplinate negli artt. 182 *quater* e 182 *quinqüies* l.f.) riguarda l'ambito di operatività della prededuzione [Tullio, 2016, 14; D'Amora, 2011]. Si tratta di una questione che assume un rilievo nevralgico, considerato che – come è stato rilevato [Pacchi, 2011, 468] – l'evoluzione della disciplina in materia di prededuzione è legata al mutamento di approccio alle procedure concorsuale ed all'esigenza di apprestare soluzioni conservative.

Le opzioni ermeneutiche possibili sono tre: in base alla prima la prededuzione opererebbe solamente nell'ambito della procedura concorsuale minore; in base alla seconda interpretazione sarebbe destinata ad operare solo nell'ambito della procedura fallimentare previo accertamento dei requisiti richiesti dall'art. 111 l.f., con la conseguente rivedibilità della decisione assunta dal tribunale; per la terza la prededuzione sarebbe destinata ad operare tanto all'interno della procedura concorsuale minore che nell'ambito della procedura fallimentare [Stanghellini, 10, 1349]. Nell'ambito di quest'ultimo indirizzo si distingue la posizione di chi (evidenziando come di prededuzione si possa parlare in senso tecnico solo in sede di concorso esecutivo, mentre in ambito concordatario si ha, piuttosto, una limitazione della libertà del debitore di configurare il contenuto della proposta) rileva che la prededuzione, all'infuori del fallimento, possa operare solo nell'ipotesi del concordato preventivo, nel quale opera il principio maggioritario, e non, invece, nell'accordo di ristrutturazione, dove è previsto il pagamento integrale dei creditori estranei [Ferri jr., 2015, 450-451]. Lo stesso Autore rileva, poi, come anche all'interno del concordato preventivo la prededuzione possa essere riconosciuta solo per i crediti anteriori, con la conseguenza che per i crediti maturati successivamente al deposito della domanda, ancorché derivanti anche da finanziamenti autorizzati ai sensi dell'art. 182 *quinqüies*, co. 1, l.f. (e, conseguentemente, nella stessa prospettiva, anche ai sensi del terzo comma di quest'ultima norma), la

prededuzione non possa operare in ambito concordatario, ma solo nell'ambito del successivo fallimento eventualmente dichiarato [Ferri jr., *cit.*, 451].

La soluzione preferibile è quella che riconosce l'operatività della prededuzione tanto all'interno della procedura concorsuale minore che all'interno del fallimento: l'intera disciplina del finanziamento dell'impresa in crisi assolve a fondamentali **esigenze di certezza**, volte a **coniugare l'affidamento di chi finanzia l'impresa in crisi con l'interesse dei creditori**, alla luce delle **verifiche operate dal tribunale** (salvi i casi di frode alla legge, i quali, integrando un'ipotesi di nullità del contratto ex art. 1344 c.c., non rientrano nei casi di esenzione da revocatoria ex art. 67 l.f.). Come è stato sottolineato nella parte iniziale del presente elaborato **le due linee guida** di tale disciplina sono costituite dalla **prededuzione** e dal **controllo giudiziale**. Proprio quest'ultimo è finalizzato ad assicurare il necessario bilanciamento tra le istanze dell'imprenditore in crisi e quelle dei suoi creditori verificando l'effettiva sussistenza di condizioni di continuità aziendale (nell'ipotesi della finanza interinale urgente, così come di quella ordinaria che sia, comunque, finalizzata a quest'ultima), nonché l'incidenza sul piano concordatario o sulla sua esecuzione in conseguenza dell'ingresso di una nuova posta creditoria, ingombrante perché accompagnata dalla dote scomoda della prededuzione.

Il binomio controllo giudiziale – prededuzione non può, quindi, essere scomposto *ex post* in conseguenza di una diversa valutazione del tribunale per la semplice ragione che è proprio il provvedimento autorizzatorio *ex ante* ad essere causa della prededuzione, evidenziando il ruolo nevralgico dell'intervento giudiziale in ordine alle scelte determinanti per il superamento della crisi d'impresa. È evidente che tale impostazione non possa che determinare un'applicazione rigorosa delle norme che disciplinano il finanziamento dell'impresa in crisi, escludendo le autorizzazioni in mancanza di elementi di ragionevole certezza, soprattutto nelle ipotesi – invero più rischiose – della finanza interinale urgente. Solo in tal modo può essere temperato il carattere non rivedibile del provvedimento autorizzatorio (salvi gli ordinari mezzi di impugnazione di quest'ultimo) con la tutela dei creditori, nell'interesse dei quali avviene la continuazione dell'attività d'impresa. Proprio le esigenze di certezza appena evidenziate sono state tenute presenti nell'ambito del d.d.l. di riforma del diritto concorsuale elaborato dalla

Commissione Rordorf (in www.osservatorio-oci.org), il quale enuncia quale principio della futura legge delega il “*riordino e la semplificazione delle varie tipologie di finanziamento alle imprese in crisi, riconoscendo stabilità alla prededuzione nel caso di successiva liquidazione giudiziale o amministrazione straordinaria, salvi i casi di frode.*” (art. 6, lett. m). Il disegno di legge approvato dal Governo, fondato sul progetto di riforma elaborato dalla Commissione Rordorf (n. 3671, attualmente presentato alla Camera dei Deputati, www.osservatorio-oci.org), prevede, tuttavia, quale principio di legge delega: “*il riordino e la semplificazione delle varie tipologie di finanziamento alle imprese in crisi.*”. A tal fine occorre rilevare come il principio del testo elaborato dalla legge Rordorf contenesse una maggior puntualizzazione circa la sorte della prededuzione, tale da rendere suggeribile un intervento durante i lavori parlamentari, in modo da eliminare incertezze interpretative e applicative in una materia così cruciale per la continuità aziendale.

Data l'importanza della questione occorre altresì richiamare **due diverse opzioni ermeneutiche** a sostegno dell'intangibilità della prededuzione, una volta emesso il provvedimento autorizzatorio ex art. 182 *quater*, co. 2, e 182 *quinqies*, co. 1 e 3, l.f. oppure una volta omologato il concordato o l'accordo di ristrutturazione in esecuzione del quale sia concesso il finanziamento.

La prima è di diritto sostanziale e, proprio partendo dalla disposizione contenuta nell'art. 182 *quater* l.f., rileva che la **prededuzione** è stata ormai resa **una qualità del credito**, e dunque una **categoria sostanziale**, non più solo processuale, che attiene direttamente al debito (e non solo alla responsabilità) [D'Amora, 2011, 12; Galletti, 2014; nel senso che per tale conclusione sarebbe, invece, necessario un intervento normativo Lamanna, 2015, 55].

La seconda risolve, invece, il problema in base ai **principi della consecuzione tra procedure**, con un *iter* argomentativo, probabilmente, più complicato.

Il principio di consecuzione delle procedure non è infatti statuito, almeno espressamente, da alcuna norma, ma costituisce uno dei principi ricavati dalla giurisprudenza in via interpretativa a far data da un importante precedente delle S.U. della Corte di Cassazione (n. 4370/1977). Si tratta, più precisamente, di un principio

inespresso ricavato in via induttiva da norme particolari, attraverso un procedimento di carattere discrezionale [Guastini R., 2004, 209].

Il principio di consecuzione ha trovato applicazione in giurisprudenza anche a seguito della riforma del 2005, quando è venuta meno la perfetta simmetria del requisito d'accesso alla procedura fallimentare e di concordato preventivo e quest'ultimo è stato ampliato allo stato di crisi, comprensivo ma non perfettamente sovrapponibile allo stato d'insolvenza [Cass., 18437/2010 e per una panoramica dottrinale degli indirizzi anteriori e successivi alla riforma della legge fallimentare del 2005 Filocamo, 2014, 2317 -2345; Bosticco, 2011, 33-40] e nonostante sia venuta, altresì, meno l'automaticità della dichiarazione di fallimento in conseguenza di evenienze patologiche sopravvenute tali da determinare l'arresto della procedura di concordato (come nell'ipotesi dell'art. 162, co. 2, l.f. anteriore alla riforma attuata con d.lgs. n. 169/2007).

Tale principio è ricavato da una pluralità di norme contenute nella legge fallimentare, come l'art. 111, co. 2, l.f. (che riconosce la prededuzione per i crediti sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali disciplinate nella legge fallimentare), nonché gli artt. 182 *quater*, comma 1, l.f. [Didone, *cit.*, 2459]) e 182 *quinquies*, co. 1 e 3, l.f., in materia di finanza interinale, indicati “*prededucibili ai sensi dell'art. 111 [l.f.]*” e l'art. 69 *bis*, co. 2, l.f. (il quale, a seguito della riforma attuata con d.l. n. 83/2012, conv. l. n. 134/2012 prevede che: “*Nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli articoli 64, 65, 67, primo e secondo comma, e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese.*” [nel senso che l'art. 69 *bis* l.f. battezza definitivamente il principio di consecuzione, Fabiani, 2013, I, 668].

La circostanza che il principio di consecuzione sia ricavato in via interpretativa apre ad una serie di questioni ermeneutiche diverse anche circa la sua portata applicativa.

In primo luogo viene in rilievo la questione se la consecuzione richieda o meno un nesso di contiguità temporale o se sia sufficiente che il fallimento costituisca un naturale sviluppo della medesima situazione di insolvenza che l'imprenditore ha inteso regolare, pur senza successo, mediante il ricorso alla procedura concordataria. La presenza di tale nesso non richiede, secondo una recente pronuncia del giudice di legittimità, una totale assenza di soluzione di continuità tra le due procedure, dato che la “*continuità tra le*

procedure non si risolve in un mero dato temporale, configurandosi, per converso, come fattispecie di consecuzione (più che di successione) tra esse, il fallimento rappresentando lo sviluppo della condizione di dissesto che diede causa alla precedente procedura concorsuale.” [Cass., n. 6031/2014]. La mancanza di totale simmetria tra presupposto oggetto di accesso al concordato preventivo (stato di crisi) e presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento (insolvenza) implica, comunque, la necessità di un accertamento in concreto circa l'identità della situazione di crisi da regolare mediante il ricorso a due distinte procedure, ancorché non necessariamente legate da un rapporto di rigida consequenzialità di tipo temporale [Fabiani M., 2014, 160].

La seconda questione riguarda il problema dell'ammissibilità della **consecuzione tra procedure concorsuali minori**, oggetto di contrastanti letture nella giurisprudenza di merito [in senso positivo Trib. Siracusa, 28 luglio 2014; in senso negativo, Trib. Forlì, 3 novembre 2015 e Trib. Asti, 30 ottobre 2014]. A tal fine viene in rilievo la *querelle* circa la sussunzione o meno degli a.d.r. nell'ambito delle procedure concorsuali: è evidente come solo in caso di risposta positiva a tale questione (particolarmente controversa in dottrina e in giurisprudenza) è possibile applicare anche agli a.d.r. i principi relativi alla consecuzione tra procedure c.d. minori. A tal fine è bene precisare che il problema ermeneutico si pone nell'ipotesi in cui ad una procedura di a.d.r. segua una procedura di concordato preventivo: in tale ipotesi la possibilità di applicare il principio di consecuzione passa, necessariamente, dal nodo gordiano della qualificazione giuridica degli accordi di ristrutturazione. Non altrettanto è a dirsi, invece, nell'ipotesi in cui l'accordo di ristrutturazione sia l'approdo di una procedura di preconcordato: in tale ipotesi, infatti, è lo stesso legislatore a stabilire la c.d. passerella, cioè la possibilità che alla scadenza del termine ex art. 161, co. 6, l.f. venga depositato, in alternativa al piano o alla proposta concordataria, un a.d.r. La soluzione preferibile, pertanto, è che in presenza di un finanziamento interinale urgente autorizzato ai sensi dell'art. 182 *quinquies*, co. 3, l.f. durante la fase di preconcordato, nell'ipotesi in cui al termine concesso ai sensi dell'art. 161, co. 6, l.f. venga depositata una domanda di omologazione di un a.d.r. non possa che restare confermata la prededuzione maturata nella fase del concordato con riserva.

L'applicazione dei principi in materia di consecuzione tra le procedure a livello pratico risente, quindi, delle incertezze riconnesse ad una verifica da fare, di volta in volta, circa la sussistenza dei requisiti necessari a ravvisare concretamente la consecuzione tra le procedure, quanto delle stesse divergenze interpretative sull'esatta portata di quest'ultima appena richiamate.

La materia del finanziamento delle imprese in crisi non può, tuttavia, tollerare alcuna incertezza, essendo in gioco valori fondamentali come la tutela dei creditori e la conservazione dei valori aziendali. In tale prospettiva un'esigenza di certezza, tale da incentivare il finanziamento dell'impresa in crisi – alla condizione imprescindibile che ci sia un'azienda da salvare in ragione della miglior soddisfazione dell'interesse dei creditori – non può che essere attuata attraverso una profonda semplificazione di ciò che si presenta, inevitabilmente, complesso: la prededucibilità del finanziamento condizionatamente ad un vaglio autorizzatorio rigoroso da parte del tribunale. Proprio la centralità del momento giurisdizionale evidenzia come quest'ultimo debba assolvere ad esigenze di tutela contestualmente a quelle di stabilità dei provvedimenti, una volta che siano inutilmente decorsi i termini di impugnazione. L'occasione data dalla presentazione di un disegno di legge delega per la riforma del diritto concorsuale deve essere, quindi, una preziosa occasione da non sprecare per eliminare incertezze in una materia nevralgica per la conservazione dei valori di continuità aziendale, come il finanziamento dell'impresa in crisi.

Bibliografia

Ambrosini S., *Gli effetti dell'ammissione al concordato e i contratti in corso di esecuzione*, in www.fallimentiesocietà.it, 2014; Ambrosini S., *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, in *Fall.*, 2011, 6, 641-649; Bonfatti S., *Locazione finanziaria e contratti bancari*, Relazione tenuta al Corso di perfezionamento *Il nuovo diritto fallimentare*, Firenze, 4/2/2016; Bonfatti S., *Le procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa: opportunità e responsabilità*, 2010, 1-32, in www.ilcaso.it; Bontempi P., *I contratti bancari «autoliquidanti» nel concordato preventivo: tra scioglimento e retrocessione delle somme incassate dalla banca*, nota a Trib.

Ravenna, 14 novembre 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 4, 227; Bosticco P., *La Cassazione conferma il principio della consecuzione tra concordato preventivo e fallimento*, nota a Cass., 18437/2010, in *Fall.*, 2011, 33-40; Bottai L.A., *Speciale Decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: I finanziamenti interinali*, in www.ilfallimentarista.it; Brogi R., *La ricapitalizzazione societaria e la soddisfazione dei creditori mediante attribuzione di partecipazioni e strumenti finanziari*, in Bastia P. – Brogi R., *Operazioni societarie straordinarie e crisi d'impresa*, Milano, 2016, 255-312; Brogi R., *La nuova forma di finanza interinale urgente*, in *Quot. Giur.*, 3/11/2015; Carbone D. – Urciolo R., *Le novità della riforma estiva (d.l. n. 83/2015, convertito nella l. n. 132/2015) in tema di finanza interinale*, in www.diritto.it, 3/11/2015; Cavalli G., *Lo sconto bancario*, in Cavalli G.-Callegari M., *Lezioni sui contratti bancari*, Bologna, 2011, 191-210; D'Amora R., *La prededuzione prima e dopo Narni*, 2011, in www.osservatorio-oci.org; Didone A., *Note minime sulla consecuzione delle procedure concorsuali*, in *Giust. Civ.*, 2010, 2457 – 2461; Fabiani M., *Concordato preventivo*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna, 2014, 160; Fabiani M., *La consecuzione biunivoca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*, nota a Trib. Modena, 30/11/2012, in *Foro it.*, 2013, I, 668; Ferri jr. G., *In tema di prededuzione prefallimentare*, in *Corr. Giur.*, 2015, 4, 449-454; Filocamo F.S., *Sub art. 173 l.f.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* (a cura di Ferro M.), 2014, 2317 -2345; Galletti D., *La prededuzione nel concordato preventivo: equivoci legati ad una formulazione ellittica?*, 2014, www.ilfallimentarista.it; Ginevra E., *La società per azioni. La struttura finanziaria*, in *Diritto commerciale* (a cura di Cian M.), Torino, 2014, 227-360; Guastini R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato Dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2004; Lamanna F., *I finanziamenti nel preconcordato*, in *Il civilista*, 2015, 51-58; Mazzoni A., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, Torino, 2010, 813-851; Pacchi S., *La prededuzione dei crediti: notazioni generali*, in *Diritto delle banche e del mercato finanziario*, 2011, 3, 468-483; Panzani L., *Le garanzie tipiche ed atipiche nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2014, 505-511; Patti A., *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fall.*, 2013, 261-273; Pazzi A., *L'infinito mondo della consecuzione nelle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2015, 21-29; Rordorf R., *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, in *Società*, 2014, 8-9, 917 – 920; Stanghellini L., *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, 1346-1365; Stanghellini L., *Le crisi*

d'impresa fra diritto ed economia, Bologna, 2007; Tombari U., *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, *Liber amic. Abbadessa*, III, Utet, 2014, 2835-2860; Tombari U., "Apporti spontanei" e "prestiti" dei soci nelle società di capitali, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* (diretto da Abbadessa P.-Portale G.B.), I, Torino, 2006, 551-557; Tullio A., *Finanziamento all'impresa in crisi e merito creditizio. Una performance impossibile?*, in *www.ilcaso.it*; Vitali M.L., *Finanza "ponte", finanza "in esecuzione" e "interinale" (ossia il puzzle della disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi): appunti*, in *Contratto e impresa*, 2015, 167-230.

Giurisprudenza

Cass. S.U. 28 marzo 2006, n. 7029, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2007, 1, 149, con nota di Nigro A., *Ancora sulla concessione "abusiva" di credito e sulla legittimazione del curatore fallimentare*; Cass. S.U., 14 ottobre 1977, n. 4370, in *Dir. Fall.*, 1978, 2, 286; Cass., 14 marzo 2014, n. 6031, in *www.ilcaso.it*; Cass. 1° settembre 2011, n. 17999, in *Italggiure*; Cass., 6 agosto 2010, n. 18437, in *Giust. Civ.*, 2010, 2453, con nota di Didone A.; Cass. 7 maggio 2009, n. 10548, in *Italggiure*; App. Venezia, 26 novembre 2014, in *www.ilcaso.it*; App. Genova, 10 febbraio 2014, in *Fall.*, 2014, 7, 793, con nota di Cederle V., *Contratti pendenti di anticipazione crediti e concordato*; App. Brescia, 19 giugno 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Prato, 9 marzo 2016, in *www.osservatorio-oci.org*, Ms.00994; Trib. Benevento, 4 febbraio 2016, in *www.osservatorio-oci.org*, Ms. 00993; Trib. Rovigo, 26 novembre 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Forlì, 3 novembre 2015, in *Quotidiano giuridico*, 1 dicembre 2015, con nota di Brogi R., *La consecuzione tra procedure concorsuali minori*; Trib. Prato, 23 settembre 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Firenze, 11 settembre 2015 (in materiali del Corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare", vol II, a cura di Pagni I.-Stanghellini L., p. 299); Trib. Venezia, 20 gennaio 2015, in *www.ilcaso.it*; App. Venezia, 26 novembre 2014; Trib. Pavia, 24 novembre 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Asti, 30 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Ravenna, 14 novembre 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 4, 227, con nota di Bontempi P., *I contratti bancari «autoliquidanti» nel concordato preventivo: tra scioglimento e retrocessione delle somme incassate dalla banca*; Trib. di Siracusa, 28 luglio 2014, in

www.osservatorio-oci.org, MS00902; Trib. Prato, 23 luglio 2014, in *www.osservatorio-oci.org*, Ms. 00891; Trib. Verona, 21 luglio 2014, in *www.ilfallimentarista.it*; Trib. Milano, 28 maggio 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Monza, 27 novembre 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Cuneo, 14 novembre 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Genova, 4 novembre 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Terni, 12 ottobre 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, Ms.00723.

www.osservatorio-oci.org