

*Riflessioni in vista di un dibattito sulla prededuzione e nuovi spunti:  
dal Convegno di Narni*

L'indagine OCI sul passivo fallimentare ha incrociato la strada di uno degli istituti più multiformi, complessi e in qualche modo misteriosi del diritto fallimentare: la prededuzione ovvero l'istituto che consente in sede fallimentare un trattamento preferenziale del credito, il quale, ancorché di natura chirografaria e pur postergato rispetto ai crediti con privilegio speciale, è antergato rispetto ad ogni altro.

Argomento delicato, ad alto tasso di emotività, forse perché coinvolge interessi significativi, dei quali spesso sono portatori gli stessi interpreti della norma. Inoltre mette in gioco aspetti, per così dire, ideologici sul ruolo del giudice e sul senso stesso della concorsualità: ciò può aver talvolta fatto velo sulla serenità dei giudizi.

Prima della riforma, l'espressione prededuzione non aveva cittadinanza nella legge fallimentare ed è noto lo spazio ridotto che essa aveva trovato nella prassi interpretativa del vecchio art. 111, co. 1, n. 1 (debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa: debiti cd di massa). Rarissime le aperture all'ingresso della prededuzione nel successivo fallimento e in ogni caso subordinate ad un giudizio di utilità ex post.

Con la Riforma e poi le riforme della riforma la prededuzione è stata espressamente chiamata a svolgere un ruolo di rilievo quale strumento idoneo ad agevolare l'evoluzione delle procedure di insolvenza da un modello meramente liquidatorio ad altro che consentisse una ristrutturazione aziendale, creando per questa via le basi della moderna concorsualità. E' naturale che il mercato isoli l'impresa in crisi (quando essa è percepita come tale), meno ovvio che, una volta intrapresa la via della ristrutturazione, gli investitori continuino a diffidare: il previsto miracolo del loro riavvicinamento tarda a realizzarsi. Lunga si è dimostrata la strada che separa la liquidazione dal risanamento, una strada che può essere percorsa solo dando fiducia e certezze a chi intende instaurare rapporti giuridici con l'impresa in procedura.

In concreto ciò può significare saper cogliere e valorizzare la possibile disomogeneità nell'ambito di posizioni giuridicamente uguali e tradurla in disegualianza di trattamento: per legge o per iniziativa dell'imprenditore in crisi nell'ambito di una proposta di riassetto economico e finanziario, che trovi il consenso della maggioranza dei creditori interessati. Tutto questo assume il nome di prededuzione e, ispirandosi ad altri ordinamenti che da tempo hanno tracciato la strada, anche il nostro legislatore ha disciplinato e reso fruibile questo strumento per individuare nuove e moderne forme di concorsualità alternative al modello esclusivamente liquidatorio del recente passato, marcato dalla traslazione del principio civilistico di cui all'art. 2741 cc.

Nasce così la riformulazione dell'art. 111 (e segg) che per la prima volta prevede il trattamento dei crediti prededucibili, definiti secondo una formula flessibile ed interpretabile - crediti sorti in funzione o in occasione - che è stata fonte di una quasi infinita e ancora non sopita, querelle. Si è anche preteso di ricavare decisivi elementi interpretativi dall'uso della disgiuntiva <<o>> in luogo della congiuntiva <<e>>, quasi che, isolata e decontestualizzata, l'espressione "in occasione" bastasse ad integrare un criterio autonomo e ragionevole di riconoscimento della prededuzione in corso di procedura o che l'insieme eventualmente congiunto dei due termini (in

occasione e in funzione) fosse idoneo alla corretta qualificazione anche di crediti nascenti durante la procedura, ma non coerenti con gli interessi ad essa sottesi (danni causati a terzi da beni ceduti o condanna alle spese di lite, per esempio). Quella del legislatore (adozione della disgiuntiva "o") è stata, dunque, nulla più che una scelta obbligata (meglio: una non scelta), come tale indifferente in sede interpretativa.

Da ultimo, nel 2010, considerando gli sconsolanti esiti della riformulazione del concordato preventivo e della creazione dell'AdR (messi impietosamente in luce dalla ricerca OCI del 2009), il legislatore ha introdotto la nuova norma di cui all'art. 182-quater palesemente rivolta ad agevolare il finanziamento dell'impresa in procedura (nell'ambito di un più complessivo intervento a protezione dell'impresa in crisi anche nella fase delle trattative con i creditori: art. 182 bis, co. 6).

Al termine di questo processo, non è fuor di luogo chiedersi se esista ancora e che senso abbia quella stella polare che aveva illuminato il cammino del fallimentarista per molti lustri e che ora appare offuscata, forse spenta: l'uguale condizione dei creditori, la par condicio.

Forse in dissonanza con le tensioni della società civile, il microcosmo della concorsualità è partito dalla aspirazione alla uguaglianza per giungere alla convinzione che una concorsualità moderna deve poter creare diritti diseguali. L'alterazione del meccanismo ordinario della par condicio è ineluttabile conseguenza della scelta di conferire tutela maggiore (e anche un eventuale maggiore profitto stante la legittimità del possibile intento speculativo) ai soggetti protagonisti della crisi, che rischiano in proprio per contribuire al suo superamento, rispetto a coloro che assumono programmaticamente una posizione passiva e la cui situazione resta regolata dai principi ordinari della concorsualità.

In questa ottica, si legittima la regola secondo cui la prededuzione può consentire il trattamento preferenziale del credito per i benefici che può assicurare ai creditori nell'ambito di una procedura rispetto alla quale quel credito si pone come funzionale: ciò rappresenta l'evoluzione moderna di quel risalente principio giurisprudenziale secondo cui in rari casi la prededuzione veniva riconosciuta quando il credito poteva superare positivamente un giudizio di utilità ex post.

Ridimensionata dalla introduzione delle classi nei concordati e poi dal regime cautelare previsto dal comma 6 dall'art. 182 bis (possibilità di acquisizione di titoli di prelazione concordati), la par condicio costituisce ancora un criterio spendibile di interpretazione generale o si riduce ad un criterio di livellamento valido solo all'interno della singola classe (oltre che norma di chiusura del sistema)?

Nelle soluzioni concordate della crisi di impresa la par condicio appare certo criterio recessivo (così Cass. 3274/2011), una regola che, a mio avviso, potrebbe semmai riproporsi con un senso diverso da quello tradizionale: parità di trattamento non fra creditori ma fra margine di soddisfazione (intesa in modo ampio ed elastico) ragionevolmente prevedibile nell'ambito di una procedura alternativa rispetto a quello ipotizzabile in sede di fallimento (par condicio fra procedure, non fra creditori). Il tutto secondo una valutazione rimessa alla maggioranza dei creditori, ma con un preciso ruolo di garanzia (in termini tutti da verificare) da parte del tribunale. Resta che, mentre il principio di uguaglianza regge ancora la concorsualità ordinaria (fallimento), il principio della possibile disuguaglianza funzionale costituisce la base della concorsualità alternativa ovvero della moderna concorsualità.

Quest'ultima tuttavia, a differenza della prima che è un fatto, costituisce aspirazione al fatto cioè un tentativo che può o meno tradursi in realtà. Si tenta il salvataggio dell'impresa (moderna concorsualità), ma se il tentativo non riesce quel che resta è il fallimento ovvero la concorsualità tradizionale. Qui, però, la disuguaglianza funzionale (ad altra, diversa e non realizzata procedura) rischia di diventare disuguaglianza tout court, il danno collaterale dell'esito infausto del tentato salvataggio dell'impresa. Il problema nasce perché oggi, alla luce del nuovo art. 111, il possibile travaso della protezione del credito dall'una all'altra tipologia di procedura è ormai codificato.

Ecco allora la grande questione della predeuzione: chi decide sui contenuti del passaggio da un sistema ove la par condicio è residuale da un altro ove questo principio costituisce ancora la regola?

Il legislatore, con la riforma del 2010 e il nuovo art. 182 quater, offre una risposta chiara nell'ambito di due tipologie di crediti particolarmente significativi quali il credito da finanziamento e quello per prestazioni professionali strumentali: in presenza di presupposti e condizioni normativamente previste, decide in sostanza il consenso dei creditori nell'ambito di una visione privatistico/negoziale delle soluzioni concordate della crisi di impresa, con un ruolo significativo, ma non prevalente e, forse, solo anticipatorio per ragioni di mera tempistica, da parte del tribunale.

Si tratta di una regola generale oppure è possibile trovare fonti diverse legittimanti l'importazione della disuguaglianza di trattamento a prescindere dal binomio consenso/intervento degli organi della procedura e, dunque, anche per semplice iniziativa del debitore o di terzi?

Ugualmente da comprendere è l'esatta collocazione della predeuzione, che spesso pretende di anticipare le soglie del successivo fallimento e farsi valere già all'interno della procedura di riorganizzazione: predeuzione solo nel fallimento successivo o anche (o soltanto) nella procedura di riorganizzazione alternativa che eventualmente lo precede?

Ma ulteriori problemi di natura sistematica generale si pongono. Come conciliare l'indagine che la norma richiede al tribunale in tema di predeuzione (che spesso sfiora la questione di fattibilità della procedura) con la via stretta tracciata dalla Cass 21860/10 al tribunale in sede di ammissione del concordato: è forse necessario un ripensamento?

Tentare di dare risposte a tutto questo è compito della sessione sulla predeuzione del Convegno di Narni, insieme a quello di fornire le soluzioni possibili di alcuni non semplici passaggi di una norma di non facile decodificazione: insomma le istruzioni per l'uso dell'art. 182 quater.

28 maggio 2011

#### ***NOTE A MARGINE DELLA SESSIONE***

La sessione di chiusura del convegno di Narni del 27-28 maggio 2011 è stata dedicata alla predeuzione, quale strumento potenzialmente idoneo a condurre la concorsualità verso forme e modelli più efficienti e moderni.

La metodologia che ormai caratterizza le sessioni dei convegni organizzati dall'OCI consente un dibattito vivace e stringente e favorisce l'emersione di una pluralità di questioni e di interpretazioni che vengono subito poste a confronto.

Ne deriva una notevole possibilità di arricchimento culturale e, se anche i tempi stretti non consentono quell'approfondimento del confronto che potrebbe portare a soluzioni condivise, è certo che ne risulta stimolata una riflessione idonea a condurre a tale primario scopo, magari attraverso una successiva meditazione.

Tale è la presente che tiene conto degli stimoli ricevuti dal dibattito con i relatori e a seguito del quale si legittima a mio avviso la seguente considerazione di fondo: la prededuzione è sì quello strumento potenzialmente dirompente nel senso positivo di cui sopra, ma solo se usata *cum grano salis*, altrimenti diviene strumento eversivo dei valori fondanti la nozione stessa di concorsualità. Occorre, dunque, maneggiarla con cautela e senza perdere di vista il senso, la *ratio* dell'istituto. Soluzioni "coraggiose" sono opportune e forse necessarie, purché non oggettivamente tali da creare rendite di posizione, ma collocabili nell'ambito della moderna concorsualità, che da un lato privilegia soluzioni concordate della crisi di impresa, dall'altro, proprio per agevolarle, postula quelle certezze dei rapporti giuridici che la concorsualità del passato era inidonea a garantire.

Occorre, allora, interpretare il sistema sia in relazione al riformato tessuto normativo, sia in riferimento al senso dello *ius novum*. Forse maggiormente riguardo al secondo, che può essere terreno di più spontanee e naturali convergenze rispetto al primo, in quanto non è facile che l'interprete riesca ad uscire dal circuito narcisista in cui rispecchia se stesso nella astrazione della norma (parafrasando James Hillman in una forse improbabile analogia fra interpretazione giuridica e psicoanalisi).

### **Interpretazione del sistema**

Ancora ci s'interroga sul significato della locuzione "in occasione o in funzione" di una procedura concorsuale, adottata dall'art. 111 l.f. e a molti è parso che la rivoluzione epocale della Riforma si risolvesse nella dilatazione dell'ambito temporale della insorgenza del credito, con conseguente possibilità di attribuire rango prededucibile a *crediti sorti prima della apertura della procedura*, per mera iniziativa dell'imprenditore: una soluzione dissonante e divaricata rispetto al panorama delle legislazioni occidentali non essendo tali le *administrative expenses* di cui alla Section 507, richiamata dalla Section 726 del *Bankruptcy Code* americano per i crediti sorti nella procedura di riorganizzazione del Chapter 11, prededucibili nella successiva procedura di liquidazione del Chapter 7; né i *massegläubiger* di cui agli artt. 53-55 della *Insolvenzordnung* tedesca, né le *frais et dépens de la liquidation judiciaire* di cui all'art. 643-8 del *Code de Commerce* francese.

E', comunque, singolare che la questione, nel concreto, non sia stata posta in termini generali, ma limitata al possibile trattamento di favore dei professionisti che hanno assistito l'imprenditore nella presentazione della domanda di procedura alternativa. Ma se la funzionalità costituisse davvero un criterio di imputazione autonomo e atemporale bisognerebbe concedere la protezione *ex lege* (nel senso della prededucibilità prevista dalla norma di cui all'art. 111) a tutti quei crediti che sono sorti nella fase antecedente alla presentazione della domanda, purché in qualche modo ad essa finalizzati: crediti per forniture necessarie o anche solo utili per la sopravvivenza della impresa di cui si preveda la cessione in

sede concordataria, ad esempio; ma anche crediti per ristrutturare e modernizzare l'impresa nella prospettiva di un concordato di risanamento, crediti per valutazioni degli *assets* e via discorrendo. Quei crediti che possono semmai godere di stabilità ex art. 67, comma 3, lett. g), una stabilità, si noti, limitata per altro *ai soli pagamenti* effettuati: una tutela rispetto alla quale il riconoscimento della prededuzione non costituisce completamente e corollario (come pur si è sostenuto), ma la sua palese contraddizione nel senso che, se un credito si pone come prededucibile, è privo di senso parlare di esonero da revocatoria (dei soli pagamenti già eseguiti, per giunta) in quanto la prima tutela assorbe la seconda. La stabilità non implica la prededucibilità, mentre la seconda presuppone la prima, in quanto non sarebbe configurabile un credito prededucibile ma revocabile quanto al pagamento effettuato per la contraddizione che non lo consente.

Resta che chi opina il contrario, per coerenza, dovrebbe ritenere estensibile il trattamento preferenziale nel successivo fallimento a tutti quei rapporti strumentali/funzionali che si perfezionano in una fase antecedente alla presentazione della domanda di procedura alternativa (quanto distante?), con ciò aprendo la strada ad una vera e propria alluvione tale stravolgere il principio di uguaglianza che è alla base della *par condicio* ovvero della regola che regge ancora la procedura fallimentare.

Come si vede, è del tutto fuorviante porre il problema solo in riferimento ai professionisti, una categoria di creditori che, per altro, poco abbisogna del beneficio della prededuzione essendo già il loro credito assistito dal privilegio di cui all'art. 2751 bis n. 2 c.c..

Per altro, trattandosi di prededuzione "importata" ovvero non sorta nel corso del fallimento, tale credito non potrebbe godere di quel trattamento procedimentale che consente la soddisfazione prima e fuori del riparto ex art. 111 bis, co. 3, ma si avvarrebbe solo della antergazione prevista dal comma 4 della stessa norma per il caso di insufficienza di attivo (ipotesi del tutto anomala nel fallimento consecutivo alla procedura alternativa che presuppone la, seppur parziale, soddisfazione anche dei creditori chirografari, sicché l'assenza di fondi sufficienti per pagare per intero il creditore col privilegio di cui al n. 2 dell'art. 2751 bis denoterebbe una probabile assenza di diligenza da parte di quei professionisti che si intenderebbe beneficiare, avendo essi prestato la loro opera nella messa a punto di una proposta così poco plausibile).

Credo che a questo punto un segnale di decisiva chiarezza possa essere colto in un passaggio qualificante della sentenza della S.C. 3582/11 ove si afferma che ai fini dell'individuazione dei debiti di massa, *non è determinante il profilo temporale, bensì quello funzionale: e cioè, la genesi del debito per atto degli organi fallimentari - e non certo di un terzo creditore - in occasione e per le finalità della procedura*. Si tratta di una rilettura del precedente sistema alla luce di quello attuale con una quanto mai significativa adozione della congiunzione "e" in luogo della disgiuntiva "o" e il richiamo al necessario intervento degli organi della procedura nella fase genetica del credito. Ne risulta confermato che, isolati e decontestualizzati, nessuno dei due termini bastano di regola ad integrare un criterio autonomo e sufficiente di riconoscimento della prededuzione e che la formula disgiuntiva adottata da legislatore si è resa necessaria per ricomprendere fra i cd crediti di massa anche quelli sorti in occasione (nel corso) della procedura *ma non ad essa funzionali* cioè non collegati ad un interesse dei creditori concorrenti (tipicamente crediti risarcitori verso terzi danneggiati da beni ceduti o derivanti da attività degli organi, quali la condanna alle spese di lite ecc.).

In questo contesto, col d.l. 31 maggio 2010 n.78, convertito con legge 30 luglio 2010 n. 122, è stato introdotto l'art. 182-*quater*.

Tale norma appare decisiva o indifferente rispetto alla interpretazione dell'art. 111? E' la questione della collocazione sistematica dell'art. 182-*quater*, se tale, cioè, da escludere la prededuzione di qualsiasi credito diverso - rispetto a quelli dalla norma disciplinati - *sorto nella fase antecedente* la procedura ovvero se limitata alla creazione di crediti prededucibili così qualificati da specifica disposizione di legge ai sensi dell'art. 111, co. 1, con conseguente spazio per il riconoscimento della prededuzione in favore di ulteriori crediti anteriori ma in senso lato funzionali alla procedura.

Anche a seguito degli spunti emersi nella sessione del convegno di Narni, a me pare che la soluzione più rigorosa, e tale da escludere l'invasione di crediti prededucibili ad opera di terzi nel successivo fallimento, risulti confermata dalla riforma del 2010, che, in qualche modo, costituisce una "interpretazione autentica" dell'art. 111. Ciò per le seguenti considerazioni.

Di tutti i crediti contemplati dall'art. 182 *quater*, con certezza antecedenti la procedura sono solo quelli di cui al comma 2 derivanti da finanziamento-ponte (non necessariamente è tale quello del professionista attestatore la cui opera può perfezionarsi anche nella fase di presentazione della domanda/decreto di ammissione, stante le nuove possibilità aperte dall'art. 162, co. 1 oppure a seguito di richiesta di chiarimenti o integrazioni da parte del Tribunale). Per essi appare significativa la modifica fra la versione di cui al d.l. 78/2010 e quella definitiva di cui alla legge di conversione 122/2010: nel primo testo tali crediti venivano qualificati *tout court* come prededucibili, nel secondo come *parificati* ai prededucibili ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 111.

La norma, nella sua definitiva e meditata formulazione, chiarisce, con evidente rilevanza sul piano sistematico, che di prededucibilità in senso proprio non può parlarsi in relazione a crediti sorti al di fuori (in particolare, prima) della procedura e attraverso una iniziativa autonoma dell'imprenditore.

In definitiva, nella fase antecedente e incontrollata, non si configura prededuzione ex art. 111 (e ciò pur in presenza di crediti evidentemente funzionali), ma è necessario l'intervento normativo per creare una situazione di trattamento parificato.

Altra disposizione significativa è quella del comma 4, perché non avrebbe senso avere previsto la prededuzione per il solo professionista attestatore se poi analogo trattamento potesse attribuirsi anche agli altri professionisti in virtù del mero richiamo all'art. 111.

Ragionando *a contrariis*, se tale professionista avesse anche in precedenza goduto della prededuzione in forza dell'art. 111, neppure si comprenderebbe la *ratio* della norma perché in tal caso si dovrebbe concludere che il legislatore abbia voluto rendere deteriore la sua posizione rispetto al passato e rispetto a quella degli altri professionisti. Ad esempio, nell'AdR la prededuzione viene negata nel caso di mancata omologazione (come nel caso del concordato ove il tribunale nel decreto di ammissione non abbia disposto in favore della prededucibilità), ma non per questo il credito cessa di essere funzionale ex art. 111 (del resto la mancata omologa può intervenire per ragioni che nulla hanno a che vedere con la relazione ex art. 182 bis). Tuttavia, la norma è chiarissima nel senso che in tal caso la prededuzione non potrà essere riconosciuta nel successivo fallimento ("purchè..."), mentre per gli altri professionisti tale possibilità resterebbe aperta, come lo sarebbe stata anche per il professionista attestatore prima dell'art. 182 *quater*, co. 4: la norma, anziché di favore rispetto alla posizione di un soggetto

necessario alla procedura si trasformerebbe in norma di sfavore, con evidente e clamoroso sospetto di illegittimità costituzionale.

Ove, invece, la norma venga letta nel senso di escludere la prededuzione per i professionisti non contemplati, un tale sospetto non si configura in quanto la funzione del professionista di cui agli artt. 161, co. 3 e 182 bis, co. 2 è del tutto diversa da quella di qualsiasi altro professionista sia intervenuto nella predisposizione della domanda o del piano, essendo l'unico indispensabile *ex lege*. Ne consegue che la posizione in qualche modo organica di tale professionista esclude che il suo trattamento possa determinare sospetti di irragionevolezza o di violazione del principio di uguaglianza. Si noti che per esso la norma non parla di prededucibilità "ai sensi e per gli effetti dell'art. 111" ma di prededucibilità *tout court*, il che sembra parificare tale compenso a quello del commissario giudiziale (e del curatore del successivo fallimento): in definitiva spese di giustizia cui attribuire la prededuzione con privilegio speciale ex artt. 2755 e 2770.

Quella del professionista attestatore è, dunque, una posizione unica nell'ambito delle procedure alternative al fallimento alla quale, a tutto concedere, potrebbe accostarsi (con eventuale ricorso alla analogia o ad una interpretazione costituzionalmente orientata) solo quella del professionista - che infatti necessita di pari requisiti - autore della relazione giurata di cui all'art. 160, co. 2, seppure si tratti di una funzione solo *eventualmente* necessaria, conseguente alla libera scelta dell'imprenditore di ricorrere alla facoltà di falcidia del privilegio.

Sotto altro profilo, osta alla ricostruzione delle fattispecie previste dall'art. 182 *quater* come ipotesi di crediti prededucibili <<così qualificati da una specifica disposizione di legge>> ai sensi dell'art. 111, co. 2, con conseguente libertà di selezionare ulteriori crediti anteriori sotto il paradigma della mera funzionalità, la stessa *ratio* della norma.

La disciplina del finanziamento all'impresa in crisi, specie per quanto riguarda il finanziamento ponte, individua quale presupposto soggettivo della prededuzione l'essere il finanziatore una Banca o un intermediario finanziario autorizzato. La scelta restrittiva potrà essere discutibile (probabilmente lo è per quanto attiene al finanziamento in esecuzione), ma tale resta e denota la consapevolezza che la materia si presta ad abusi e che solo chi è istituzionalmente soggetto a regole professionali e prudenziali offre le necessarie garanzie: appare consequenziale che solo il credito di tale soggetto possa essere trattato alla stregua di credito prededucibile, mentre il finanziamento da parte di soggetti diversi resta legittimo, ma con trattamento secondo regole ordinarie (credito chirografario o prelatizio). Il riconoscimento anche a tali diversi soggetti del trattamento prededucibile (sotto l'ombrello dell'art. 111, piuttosto che dell'art. 182 *quater*) parrebbe una vera antinomia. Ancor più grave ove si pensi che tali diversi soggetti erogatori di finanziamento-ponte non rientrerebbero nella esclusione dal voto prevista dal comma 5 dell'art. 182 *quater*, sicché la posizione delle Banche e degli intermediari finanziari autorizzati finirebbe per essere deteriore. Di più: tali diversi soggetti avendo diritto al voto *potrebbero avere convenienza a votare contro l'approvazione del concordato* in quanto, nel fallimento successivo, si avvarrebbero della prededuzione del loro credito in ipotesi chirografario. Ma, a ben vedere, questa vera e propria contraddizione in termini si ripresenterebbe per qualsiasi creditore *anteriore* alla presentazione della domanda (professionista, fornitore strategico o essenziale ecc.) ove potesse aspirare alla prededuzione nel successivo fallimento solo perché ritenuto *funzionale* alla procedura.

## **Il senso del sistema.**

Poiché, in ogni caso, quello della interpretazione della norma resta il campo del possibile, conviene ricercare ulteriori certezze interrogandoci sul senso della prededuzione, sul significato di questo istituto nell'ambito del sistema concorsuale e sulle ragioni per cui il legislatore ha inteso disciplinarlo superando le inevitabili marginalità alle quali era in precedenza condannato da un ordinamento silente.

Prima della Riforma del 2005, la posizione di chi contraeva con il debitore in procedura di ristrutturazione era priva di protezione, per assenza di specifiche disposizioni (anche se il risalente art. 2929 c.c. era significativo del valore della stabilità degli atti compiuti nel corso di una procedura e a prescindere dalla sua sorte) e per l'impostazione della giurisprudenza, che muoveva da una visione esclusivamente liquidatoria del concordato preventivo (C 6352/97). Anche se non erano mancate aperture (C 7140/96 e C 2192/99, ma drastica è C 6352/97), del tutto giustificata era la conclamata diffidenza a finanziare e più in generale a porre in essere rapporti giuridici con l'impresa in procedura in quanto neppure l'autorizzazione ex art. 167 evitava, nel successivo fallimento, la sottoposizione del creditore ad un rischio difficilmente accettabile: non essendo prevista la prededucibilità diretta dei crediti maturati nel corso della procedura di concordato preventivo nel successivo fallimento, tale *status* del credito poteva essere riconosciuto solo in casi limitati, quando cioè, con giudizio *ex post*, fosse riconosciuta la concreta utilità/essenzialità della operazione ai fini della migliore liquidazione del patrimonio (C 3731/79, C 57/1979. Di fatto, poi, le modeste aperture hanno riguardato il compenso da pagare agli organi della procedura: C 5753/83. Si veda, in tema di amministrazione controllata: C 3369/83).

Il tutto nell'ambito di una visione sostanzialmente unitaria e collegata delle procedure fra loro (cd consecuzione fra procedure), tale da consentire l'individuazione di un unico procedimento fondato sugli stessi presupposti soggettivi ed oggettivi, come tale regolato dalla disciplina propria dell'ultima procedura purché fra i due procedimenti non vi fosse un apprezzabile intervallo temporale (C 8164/99).

Il nuovo apprezzamento delle ragioni dell'economia, di cui è permeata la Riforma, ha condotto alla riformulazione dell'art. 111 e, su questa strada, alla introduzione dell'art. 182 *quater*.

Se obiettivo primario era quello di agevolare le soluzioni concordate della crisi di impresa e, nell'ambito di queste, il risanamento che coniuga gli interessi dei creditori con quello del mercato, era necessario dare certezza ai soggetti che intendessero assumere una posizione attiva nella prospettiva della ristrutturazione: consentire la possibilità del profitto, ma soprattutto escludere o limitare in modo ragionevole i rischi che costoro intendessero assumere. Stabilità e prededucibilità sono le parole chiave dell'operazione, ancorché non si sia posto sotto il sole nulla di nuovo, ma si sia semplicemente adeguato ai tempi e alle altre realtà ordinamentali un sistema concorsuale divenuto arcaico e inadeguato: quella che per noi si avvia ad essere la moderna concorsualità è da tempo la normale concorsualità degli altri paesi occidentali.

Dunque, l'indiscutibile e condiviso senso del sistema (moderno) della prededuzione è *quello di dare certezza ai rapporti giuridici*: chi tratta con l'imprenditore in procedura deve avere la ragionevole certezza di poter recuperare il proprio investimento, altrimenti non tratta e le procedure di risanamento tornano ad essere una utopia e si risolvono nelle vecchie procedure liquidatorie.

In teoria, il creditore potrebbe ottenere garanzie ordinarie, ma non sempre esistono beni sui quali prestarle oppure essi sono gravati da altre garanzie. Inoltre, la garanzia prestata

dall'imprenditore in crisi, è atto revocabile nel successivo fallimento. Questo non accade con la prededuzione, donde la sua *superiorità ed essenzialità nel quadro del superamento della crisi*. Ma ciò è vero ed accettabile a due condizioni.

E' **accettabile** se lo spostamento di risorse in favore dei creditori prededucibili avviene (come avviene negli altri ordinamenti) sotto il controllo del giudice, che si pone come garante che il fine dell'operazione sia il *tendenziale* vantaggio anche della massa dei creditori passivi (cioè coloro che non assumono posizione di protagonisti del superamento della crisi): *tendenziale* vuol dire che esso deve apparire tale nell'ambito di una valutazione da compiersi *al momento del perfezionamento dell'atto generatore del credito* in base ad un giudizio *ex ante* e ancorché esso possa poi non trovare conferma *ex post*, in sede consuntiva (caso nel quale la disuguaglianza, funzionale alla non realizzata procedura alternativa, si traduce, in sede fallimentare, nel *danno collaterale* dell'esito negativo del tentato salvataggio dell'impresa). Il controllo del giudice si traduce talvolta in valutazione di merito (art. 167, art. 182 *quater*, co. 2 e co. 4 in riferimento al concordato preventivo), talvolta in mero controllo di legittimità nell'ambito di una valutazione di merito effettuata da creditori stessi (art. 182 *quater*, co. 1 e 3 e co. 2 e 4 in riferimento all'AdR).

Ma l'affermazione della superiorità ed essenzialità della prededuzione è anche **vera** se e in quanto l'interpretazione della norma non la vanifichi.

La certezza che viene data a chi intende instaurare rapporti giuridici con l'impresa in procedura sta nel fatto che, grazie alla prededuzione del suo credito, egli potrà soddisfarsi sull'intero attivo (salvo i beni sottoposti a privilegio speciale) e non sulla differenza fra attivo e passivo, antepoendosi ai creditori anteriori.

Ciò comporta che la previsione e valutazione della composizione *qualitativa* del passivo resti tendenzialmente stabile fino al momento in cui il beneficio della prededuzione è chiamato ad operare. Soprattutto comporta che la composizione qualitativa del passivo non possa essere alterata a seguito di valutazioni successive effettuate *ex post* in sede fallimentare.

Il finanziatore o il fornitore essenziale (con contratto autorizzato in corso di procedura ex art. 167) sono titolari di crediti chirografari, ma essi possono prevedere il grado di probabilità di rimborso del proprio credito in caso di fallimento valutando sia la composizione dell'attivo sia le capacità soddisfattive derivanti dalla prededuzione avuto riguardo a tutte le prededuzioni e alla natura degli altri crediti sulla base della proposta di procedura alternativa e del piano di ristrutturazione (qualità del passivo).

Questa non difficile previsione può essere azzerata se il GD, in sede di formazione dello stato passivo, potesse riconoscere la prededucibilità di altri crediti antecedenti il fallimento sulla base di una successiva valutazione di funzionalità ex art. 111.

Se la varia tipologia di crediti, di cui ho prima fatto cenno, potesse aspirare al successivo riconoscimento della prededuzione, in caso di insufficienza di attivo, troverebbero applicazione i criteri di graduazione e proporzionalità di cui all'art. 111 *bis*, ultimo comma: in concreto, il creditore certamente prededucibile ex art. 182 *quater* o ex art. 167 si troverebbe a concorrere con soggetti il cui credito era in precedenza postergato al proprio.

In taluni casi, ove il credito successivamente qualificato dal GD come prededucibile fosse privilegiato, da postergato diverrebbe addirittura antergato rispetto a quello *ab origine* prededucibile (sempre secondo la regola di cui all'art. 111 *bis*, ultimo comma)

Riprendiamo il caso dei professionisti.

Dall'esame del questionario aziendalistico, è stato rilevato (prof. Paletta) che, complessivamente, i crediti dei professionisti ammessi hanno un valore medio unitario di 70.808,79 euro calcolato su 340 procedure; un numero molto inferiore di procedure, pari a 37, rileva la presenza di crediti derivanti da precedenti procedure non andate a buon fine (accordi di ristrutturazione; piani attestati di risanamento; concordati preventivi). Tali crediti rappresentano mediamente per ciascuna impresa del campione un ammontare molto più elevato pari a 101.900,05 euro, mettendo in luce come frequentemente l'effetto di queste procedure sia quello di accrescere lo stato passivo del fallimento.

Orbene questi crediti professionali derivanti da procedure alternative non andate a buon fine (che concorrono a costituire quello che ho chiamato il danno collaterale del non riuscito tentativo di salvataggio o ristrutturazione dell'impresa), in caso di insufficienza dell'attivo, non solo concorrerebbero ma sarebbero preferiti al creditore originariamente prededucibile (in ipotesi il finanziatore), che alla fine dei salmi resterebbe insoddisfatto.

Se davvero l'art. 111 si prestasse a questa malefica magia in virtù della quale la certezza della soddisfazione, che aveva indotto il finanziatore o il fornitore ad attivarsi per la soluzione della crisi, potesse all'improvviso svanire a distanza di tempo, al momento della formazione del passivo del successivo fallimento, questa sarebbe la fine di qualsiasi tentativo di salvataggio dell'impresa: con l'opzione ermeneutica secondo la quale il concetto di funzionalità declinato dall'art. 111 si presterebbe a ricomprendere crediti sorti per iniziativa dell'imprenditore nella fase antecedente la procedura, così spostando risorse dai creditori dell'impresa ai "creditori dell'imprenditore", la certezza dei rapporti giuridici tornerebbe ad essere una utopia e con essa l'aspirazione alla moderna concorsualità.

Se lo scopo della nuova prededuzione è quello di incoraggiare, dando certezza al credito, i rapporti fra terzi ed impresa in procedura (salvataggio dell'impresa in crisi), esso non si realizza certo attraverso la possibilità di una successiva valutazione (in sede fallimentare) della funzionalità del credito cioè della sua strumentalità rispetto ad una opzione di ristrutturazione non riuscita.

Ma, per una volta, la ragionevole interpretazione della norma e le esigenze dell'economia (che non possono continuare ad essere estranee alla interpretazione) tendono ad una conclusione unitaria e indicano la seguente regola.

*La prededuzione assiste ex art. 111 i crediti funzionali ad una procedura già esistente e non solo prospettica e, dunque, quei crediti sorti sotto il controllo del giudice; assiste altresì i crediti sorti in occasione della procedura ovvero in assenza di utilità per i creditori in quanto riconducibili a fatto degli organi della procedura (quali la condanna alle spese legali per soccombenza in una lite giudiziaria) o a fatto illecito verificatosi nel corso della procedura e in connessione con la stessa (risulta così codificato anche nel nostro sistema il principio posto a base della sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti del 1968 nel caso Reading Co. v. Brown, 391 U.S. 471).*

Riprova della regola è che gli accordi stragiudiziali, stante l'assenza della supervisione del giudice, possono generare crediti assistiti da garanzie di diritto privato, ma non obbligazioni prededucibili.

Il sistema trova piena conferma da parte dell'art. 182 *quater* che, per i crediti da finanziamento anteriori, non riconosce la prededuzione, ma solo una tutela ad essa *parificata* ovvero introduce una eccezione che, in quanto tale, conferma la regola opposta.

Densa di significato è la Relazione illustrativa sull'art. 48 (*Disposizioni in materia di procedure concorsuali*) del d.l. 31 maggio 2010 n.78, convertito con legge 30 luglio 2010 n. 122, introduttivo dell'art. 182 *quater* ove espressamente è detto: <<La prededuzione è stata limitata, a tutela della massa dei creditori, solo con riferimento agli strumenti di risanamento configurati dalla nuova legge fallimentare che prevedono l'intervento dell'autorità giudiziaria>>.

### **La natura giuridica della prededuzione**

La sensazione che ho tratto dal convegno di Narni, in coerenza con la ricostruzione sistematica che precede, è che sia stato sfatato un mito: quello che solo l'interpretazione allargata dell'art. 111 sia coerente con i principi della moderna concorsualità, mentre quella rigorosa costituirebbe un cascame della vecchia concezione dirigistica delle procedure di insolvenza. E' vero, come si è visto, l'esatto contrario.

Inoltre, l'interpretazione allargata non coglie l'ulteriore novità della riforma che è quella di incidere sulla stessa natura giuridica della prededuzione.

Nel nuovo sistema la qualificazione di un credito come prededucibile interviene nella *fase genetica* del credito (così anche C 3582/11) sia attraverso un provvedimento espresso del giudice, sia attraverso un controllo giurisdizionale di legittimità generale della procedura in cui il consenso alla prededuzione del credito (parte del piano proposto dall'imprenditore) sia stato espresso dalla maggioranza dei creditori (unica eccezione è quella riferibile al credito già sorto ed erogato per finanziamento ponte, una eccezione solo apparente perché per esso la norma parla appunto di "parificazione" alla prededuzione).

Il crisma della prededucibilità conferito ex ante attraverso una valutazione di funzionalità (ovvero di tendenziale, prevedibile utilità) che si sostituisce a quella successiva di utilità effettiva e comprovata, non può più essere messo in discussione: è la *stabilità* della qualificazione di prededucibilità, che si comprende solo nell'ambito della ricostruzione proposta.

Questa è la vera svolta epocale dell'art. 111 che supera il criterio iperselettivo della verifica di utilità (ovviamente successiva) in favore di un criterio ontologicamente diverso quale quello di tendenziale utilità (funzionalità/strumentalità rispetto ad una procedura che si propone nell'interesse dei creditori ed eventualmente per la conservazione dell'impresa), che in quanto logicamente preventivo non può essere vanificato da una verifica successiva in ordine all'esito concreto dell'atto autorizzato o oggetto di un patto negoziale fra imprenditore e creditori, regolarmente omologato.

Mentre in passato l'atto autorizzato ex art. 167, ad esempio, non creava automaticamente prededuzione (con conseguente assenza di certezza sul trattamento del credito nello scenario fallimentare), nella nuova ottica è possibile ipotizzare la stabilità del trattamento del credito preventivamente e definitivamente valutato come funzionale, qualità non alterata dall'eventuale esito non positivo dell'atto.

Si tratta di una conclusione ampiamente condivisa e consequenziale alla autorevolezza del sistema, che intanto è ipotizzabile in quanto idoneo a creare vincoli simmetrici per il giudice del

successivo fallimento

La prededuzione, allora, tende a divenire una *qualità* del credito fin dalla sua genesi: sembra superata la visione processualistica della prededuzione a vantaggio di una dimensione *sostanziale* non troppo dissimile da quella del privilegio (si noti la significativa assimilazione della prededuzione al privilegio nella declinazione delle ipotesi successive di cui ai nn. 1 e 2 del 1° comma dell'art. 111). Ciò, ben inteso, salva la sua capacità di espansione che non può valicare i confini della concorsualità.

Però di *tutta* la concorsualità, colta non in una prospettiva frazionata e segmentata, ma unitaria e circolare.

### **Prededuzione e consecuzione di procedure**

In questa ottica parrebbe superabile anche il presupposto della consecuzione fra procedure, per il passato ritenuto indispensabile per il travaso degli effetti della procedura alternativa in quella di fallimento.

E' vero che la SC (C 18437/10) ha dedotto dall'art. 111 il permanere dell'istituto della *consecutio*, ma ciò non significa che senza consecuzione non si dia prededuzione (la teoria della unitarietà fra procedura rileva per molteplici e diversi aspetti: sospensione degli interessi ex artt. 169 e 55, computo del periodo sospetto ai fini dell'azione revocatoria ecc.).

Nella visione processualistica della prededuzione quale trattamento riservato al credito nel successivo fallimento si determinerebbero gravi criticità nella tutela del credito tutte le volte in cui le procedure fossero segmentate da un apprezzabile intervallo temporale (C 8164/99), il che può verificarsi con frequenza essendo venuta meno la dichiarazione officiosa di fallimento: che succede al credito prededucibile in caso di revoca della ammissione del concordato ex art. 173, non seguita da fallimento? Che succede in caso di inadempimento del concordato ex art. 186 anche esso non accompagnato da declaratoria di fallimento? Ancor più radicalmente: che succede se, dopo l'ammissione, l'imprenditore rinuncia al concordato?

Il debitore potrebbe continuare i pagamenti dei crediti prededucibili per un determinato periodo di tempo prima di rendersi moroso e l'eventuale nuovo fallimento dichiarato dopo un apprezzabile intervallo temporale renderebbe dubbio il requisito della consecuzione fra procedure.

Solo nella diversa dimensione sostanzialistica della prededuzione che, a seguito della qualificazione in fase genetica del credito (o della sua parificazione ex lege), assurge a *nuova categoria sostanziale* della concorsualità è possibile superare agevolmente la criticità.

Del resto l'art. 111 co. 2 nella sua generica formulazione consente di accreditare tale impostazione: funzionalità rispetto alle "procedure concorsuali di cui alla presente legge" non rispetto alla precedente di cui quel fallimento sia consecutivo (o analoga formula).

Sempre in questa ottica, c'è da chiedersi se davvero la prededuzione sia inidonea ad assistere il caso di cd concordato di risanamento indiretto realizzato mediante l'intervento di una Newco. Il finanziamento ottenuto da quest'ultima in funzione del risanamento della società in crisi è prededucibile nel fallimento eventuale della Newco? La risposta generalmente data è negativa (nonostante che qui non vi sia una esigenza di tutela di precedenti creditori che nella Newco non dovrebbero esserci per definizione) per il fatto che non vi è identità soggettiva fra imprenditore in crisi e imprenditore che prosegue l'attività di impresa, mediante affitto (spesso) e successivo acquisto dell'impresa stessa.

La questione è delicata e rilevante perché molti piani concordatari prevedono lo schema di cui sopra e certamente merita più approfondita riflessione (a Narni è stata solo sfiorata). Tuttavia a me pare che le considerazioni di cui sopra possano indurre a soluzione diversa in quanto la nuova natura della prededuzione dovrebbe prescindere dal presupposto della consecuzione delle procedure e ciò anche sotto il profilo della identità soggettiva dell'imprenditore.

Elementi ostativi non si rinvengono nella lettera dell'art. 182 *quater* co. 1 (una volta che il riferimento all'art. 111, contenuto in questa ultima norma, non si ritenga imporre la consecuzione di procedure) e neppure direttamente nell'art. 111: il finanziamento previsto nel piano di concordato dell'imprenditore in crisi in favore della Newco è certamente *in esecuzione* di un concordato (requisito ex art. 182 *quater* co. 1) e *in funzione* di una procedura concorsuale prevista dalla legge fallimentare (requisito ex art. 111). Si tratta di un credito sorto nell'ambito di una procedura controllata dal giudice e la qualità prededuttiva del credito è divenuta una sua qualità sostanziale nei limiti della concorsualità.

La conclusione che tale credito, eventualmente chirografario, sia prededucibile nell'eventuale fallimento della Newco non mi pare del tutto improbabile.

### **La prededuzione coraggiosa**

Come si è appena visto, il rigore della impostazione iniziale in tema di interpretazione dell'art. 111 non impedisce affatto, ma anzi è alla base di possibili soluzioni "coraggiose", tali cioè da far avanzare la concorsualità verso più moderni approdi. Altre possono esserci.

#### Sul finanziamento-ponte.

Al di là delle buone intenzioni, è assai dubbio che la norma di cui all'art. 182 *quater* co. 1 possa dare risultati concreti (e ciò quand'anche potessimo dare al finanziatore la certezza che il GD del successivo fallimento non potrà alterare la composizione del passivo con disinvolte interpretazioni dell'art. 111). La protezione della parificazione alla prededuzione è condizionata al provvedimento in tal senso in sede di ammissione del concordato ovvero alla omologa dell'AdR: quando il finanziamento viene erogato vi è totale incertezza sul verificarsi della condizione.

Perché ciò avvenga è inoltre necessario che l'imprenditore:

- 1) presenti effettivamente la domanda di procedura alternativa;
- 2) preveda il finanziamento nel piano e, forse, anche che chiedo la parificazione alla prededuzione;
- 3) ottenga dal perito attestatore una relazione idonea a consentire la valutazione di funzionalità;
- 4) utilizzi *davvero* il finanziamento in funzione della presentazione della domanda, posto che la funzionalità attiene, piuttosto che al finanziamento in sé, alla sua destinazione.

Nessuna garanzia ha il finanziatore che tutto ciò avvenga e le eventuali clausole del contratto con conseguenti obbligazioni risarcitorie a carico dell'imprenditore in crisi lasciano il tempo che trovano.

Più ragionevole è allora immaginare che l'imprenditore scelga, per ragioni strategiche ma anche per possibili pressioni da parte del creditore forte, quale salvare dei pregressi finanziamenti già ottenuti, con ciò stravolgendosi le finalità dell'istituto.

Ecco che si palesa l'opportunità di percorrere altre strade per incentivare un vero finanziamento-ponte.

Senza dilungarmi, richiamo la soluzione proposta nel 2010 nella mia relazione al convegno di Bari e pubblicata sul sito OCI.

In sostanza, si tratta di consentire che l'imprenditore che necessita di un finanziamento nel periodo occorrente a mettere a punto la domanda e a predisporre la necessaria documentazione, in particolare la relazione ex art. 161, co. 3, possa presentare una domanda di concordato "semplificata", corredata dalla documentazione indispensabile e chiedere immediatamente di essere autorizzato a contrarre un finanziamento (qualcosa di simile a quanto avviene col Chapter 11 di diritto americano. Si rammenta, ad esempio, che il 30 aprile 2009 la Chrysler presentò una assai sintetica domanda di procedura di ristrutturazione ex Chapter 11 e 5 giorni dopo ottenne dal giudice fallimentare di New York l'autorizzazione a un finanziamento di 4,1 miliardi di dollari per consentire alla società di mantenere l'impresa in funzionamento).

Contestualmente l'imprenditore chiederebbe la concessione del termine di cui all'art. 162, co. 1, che potrebbe nella prassi anche essere maggiore di 15 giorni (non è termine perentorio e non pare improrogabile) per mettere a punto la domanda e completare il deposito della documentazione.

Se autorizzato, un tale finanziamento ponte sarebbe prededucibile incondizionatamente ex art. 111.

Il potere autorizzatorio in questa fase spetterebbe al tribunale, come si desume dall'ultimo comma dell'art. 167, che consente al Collegio di sottrarre in via definitiva categorie di atti di straordinaria amministrazione alla necessità di autorizzazione del giudice delegato: ciò lascia appunto pensare che il tribunale disponga di una generale competenza ad autorizzare gli atti di gestione dell'impresa e che ne possa disciplinare le modalità e i limiti di esercizio.

Sul finanziamento in esecuzione.

La restrizione operata dall'art. 182 *quater* co. 1 in favore delle Banche e degli operatori finanziari autorizzati lascia perplessi, specie ove si consideri che la successiva apertura ai soci (già postergati) crea una situazione deteriore rispetto a questi ultimi ove il finanziamento venga concesso da soggetti terzi. E' possibile riconoscere la prededucazione anche in favore dell'eventuale terzo che concedesse un finanziamento in esecuzione del concordato?

Non sembra irragionevole ipotizzare un finanziamento - prededucibile in quanto funzionale al concordato - da *erogarsi* in fase di esecuzione, ma posto a fondamento del piano approvato dai creditori e recepito in omologa: contratto di finanziamento *stipulato prima* e con l'autorizzazione del GD ex art. 167 l.f. (vaglio preventivo di funzionalità) ma *condizionato* all'omologa: in questa prospettiva, nella fase *post* omologa si porrebbe solo l'erogazione del finanziamento, mentre l'accordo sul medesimo sarebbe intervenuto in quella precedente in cui il controllo giurisdizionale è previsto.

**Al di là della prededucazione.**

Come si è visto, la prededucazione è probabilmente divenuta una categoria sostanziale della concorsualità per cui non ha più senso confinarla solo nel fallimento successivo, ma è destinata ora a circolare nell'ambito delle procedure di insolvenza.

Riprova ne è che per il professionista attestatore l'art. 182 *quater*, co. 4, diversamente da quanto previsto nei commi precedenti, prevede espressamente la prededucazione *tout court* senza alcun riferimento agli effetti di cui all'art. 111.

Ciò vale anche per la parificazione alla prededucazione prevista per il finanziamento ponte? La

risposta parrebbe positiva in quanto l'esigenza di garantire il pagamento del finanziatore è evidente, tanto più che questi è escluso dal voto ai sensi del comma 5 dell'art. 182 *quater*.

Deve, tuttavia, osservarsi che il trattamento prededucibile altro non è che quello previsto dagli artt. 111 e 111 bis: antergazione nei pagamenti rispetto alle somme ricavate dalla liquidazione. Cosa diversa è invece l'adempimento dell'obbligazione che richiama la teoria generale della responsabilità civile (art. 1218 c.c.). In altri termini, la prededucazione, allorché il rapporto pretenda l'esatto adempimento, non appare strumento idoneo a realizzarlo.

E' allora legittima la domanda se il finanziatore, tutelato dalla parificazione alla prededucazione del suo credito nell'eventuale fallimento, ove a tanto non si pervenga possa contare sul regolare pagamento del proprio credito in corso di procedura. La risposta positiva si ricava non dalla operatività in questa fase dell'istituto della prededucazione, che sarebbe inidoneo allo scopo, ma dalla necessaria previsione del finanziamento nel piano o nell'accordo, così come imposto dall'art. 182 *quater*, co. 2. Se "previsione" significasse "descrizione" saremmo nel campo del superfluo, tanto che una pari condizione non è richiesta dal primo comma per il finanziamento in esecuzione e ciò per la semplice ragione che si tratterebbe di una disposizione inutile. Se di un finanziamento si chiede la prededucazione è ovvio che esso debba essere descritto e "previsto" nel piano che su quel finanziamento si fonda (tanto più se si tratta di un finanziamento in esecuzione che è il cuore stesso del piano). L'esplicita condizione posta solo per il finanziamento ponte altro non può significare che l'imprenditore deve indicare nel piano le modalità con le quali si darà esatta esecuzione alle obbligazioni contratte per conseguire tale finanziamento. L'esclusione dal voto si legittima proprio perché il concordato non riguarda il finanziatore, che resta ad esso estraneo in quanto verrà pagato con le modalità contrattualmente previste (soluzione identica, ma per le ragioni diverse che si è detto, per il professionista attestatore).

Del resto, che il pagamento di debiti pregressi anche se compiuto dal debitore che ha chiesto l'ammissione al concordato preventivo sia in sé legittimo, in quanto atto di ordinaria amministrazione, purché non integri l'ipotesi di un atto diretto a frodare le ragioni dei creditori, ed allora sanzionabile con la dichiarazione di fallimento ai sensi dell'art. 173 co. 2 e revocabile in forza dell'art. 67 co. 2, era noto da tempo (C 26036/05; C 24476/08).

Oggi, con qualche certezza in più, possiamo concludere che non è fuori del sistema ipotizzare che il concordato possa rivolgersi non a tutti i creditori, ma solo a determinate categorie di essi: per quelli esclusi si indicheranno nel piano le modalità e i termini di pagamento, che potranno anche essere quelli dell'esatto adempimento e lo dovranno essere se non siano intervenuti accordi diversi. In qualche modo, ora che non si dubita più della natura di procedura concorsuale dell'AdR, probabilmente quale forma speciale e semplificata del concordato, la nozione di *creditore estraneo*, destinatario di pagamento regolare secondo gli accordi, rifluisce dalla prima alla seconda procedura.

Una prospettiva di grande interesse rispetto alle categorie dei creditori essenziali e strategici nel quadro del concordato di risanamento.

### **La prededucazione taciuta**

E' quella riguardante le molteplici ulteriori questioni interpretative dell'art. 182 *quater* emerse nel convegno di Narni e che ometto di trattare. Così, per fare qualche esempio: nozione ampia o ristretta della nozione di finanziamento in funzione della presentazione della domanda di

procedura alternativa, possibilità di finanziamento ponte da parte del socio, la divaricazione fra ammissione del concordato e riconoscimento della parificazione alla prededuzione, il regime del finanziamento successivo alla ammissione del concordato ma prima dell'omologa, il significato del mancato riconoscimento della prededuzione del professionista attestatore, il senso della divaricazione della disciplina fra concordato e AdR quanto alla prededuzione, la possibilità di finanziamento in corso di procedura di AdR, i rimedi avverso il diniego di prededuzione da parte del tribunale...ed altro ancora.

Di tutto ciò, forse, prima o poi torneremo a parlare.

12 giugno 2011

Raffaele D'Amora