

A) LA PREDEDUZIONE FRA PRESENTE E FUTURO
B) LA PREDEDUZIONE DOPO L'ART. 182-QUATER L.F.
C) LE MOBILI FRONTIERE DELLA PREDEDUZIONE: L'ART. 182-
QUATER L.F.

La fase crepuscolare che precede l'apertura di una procedura d'insolvenza è caratterizzata dalla incertezza dei rapporti giuridici, soggetti alla azione revocatoria fallimentare. Il protrarsi di questa fase di gestione da parte dell'imprenditore di un patrimonio non più "suo", in quanto il passivo supera l'attivo, cosicché l'effettivo rischio di impresa viene traslato su soggetti terzi e gli atti posti in essere sono connotati da tendenziale instabilità, costituisce fatto pregiudizievole per l'economia in generale e potenzialmente anche per i singoli creditori.

Il rimedio è l'apertura tempestiva della procedura d'insolvenza che determina:

- la intangibilità degli atti liquidatori non più revocabili.
- la prededuzione dei crediti sorti durante la gestione della procedura, per cui essi vengono pagati prima e a preferenza degli altri.
- la stessa intangibilità e prededucibilità rispettivamente per gli atti e per i crediti riferibili ad una precedente e diversa procedura di insolvenza poi evoluta in fallimento (il principio della *consecutio procedure*, a torto revocato in dubbio a seguito della Riforma, trova riconoscimento nella stessa norma di cui all'art. 111 l.f. e ora anche il recente avallo della S.C.: Cass. 18437/2010).

Nel nostro come in altri ordinamenti la ratio della prededuzione si rinviene nel principio di stabilità degli atti compiuti nell'ambito (all'interno) di una procedura, il fine quello di garantire colui che contrae con gli organi della procedura. E' il principio che sorregge la norma di cui all'art. 18 comma 15 e quella di cui all'art. 67 comma 3° lett. D ed E) l.f. (parimenti nell'ordinamento americano la prededucibilità assiste i crediti sorti all'interno della procedura di Chapter 11 in quella successiva di Chapter 7, ai sensi della Sezione 726 del *Bankruptcy Code*).

Anche nel sistema codicistico un principio analogo si rinviene nell'art. 2929 c.c. per il caso di nullità del processo esecutivo.

Ma non sempre è stato così per quanto riguarda il diritto fallimentare. Prima della Riforma la posizione di chi contraeva con il debitore in concordato preventivo era assai più debole, per assenza di specifiche disposizioni e per l'impostazione della giurisprudenza, che muoveva da una visione esclusivamente liquidatoria del concordato preventivo (così Cass. 14 luglio 1997, n. 6352, in *fallimento*, 1998, p. 177).

E' ben vero che anche il vecchio art. 167 l. fall. prevedeva già (prima della riforma del 2005) che il debitore potesse, ad esempio, contrarre dei mutui e quindi accedere al canale dei finanziamenti, anche assistiti da garanzia, ma il finanziatore era sottoposto ad un rischio difficilmente accettabile (e nella prassi forse mai accettato): 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.

La riduzione del concordato preventivo a procedura meramente liquidatoria era evento annunciato.

Il novellato art. 111, che consente la sostituzione del giudizio *ex post* di utilità con quello *ex ante* di funzionalità, ha dato certezze ai rapporti giuridici fra terzi e imprenditore in procedura; in particolare ha indicato possibili vie per trasformare il concordato preventivo da strumento alternativo di liquidazione dell'impresa (al più con traslazione del modello affitto-vendita azienda) in strumento di riorganizzazione della impresa in crisi ovvero in ciò che il legislatore della Riforma ha inteso dover essere (e che fin'ora di rado è stato, come ampiamente documentato nella ricerca OCI di cui al volume *Concordato preventivo, Concordato fallimentare e Accordi di Ristrutturazione dei Debiti*, Giappichelli 2009).

Ma che significa la locuzione "in occasione o in funzione" di una procedura concorsuale, adottata dall'art. 111 l.f.? Serve a dilatare l'ambito temporale della insorgenza del credito? Serve, in poche parole, ad attribuire rango prededucibile a crediti sorti prima della apertura della procedura, per mera iniziativa dell'imprenditore? Si pensi al caso del professionista incaricato di esaminare la possibilità di un concordato o di predisporre la domanda ovvero alla necessità di forniture che potrebbero essere essenziali per la sopravvivenza della impresa di cui si preveda la cessione in sede concordataria.

Non vi è questione sul termine "in occasione": qui il riferimento temporale è certo. Con ogni evidenza si tratta di crediti sorti durante la procedura ma non necessariamente nell'interesse dei creditori, ma comunque riconducibili all'operato degli organi della procedura (ad es. condanna al pagamento delle spese legali in caso di soccombenza in giudizio) o per fatto illecito verificatosi in corso di procedura (il legislatore italiano pare avere così codificato 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).

Al contrario, il termine "in funzione" sembra non rimandare ad un ambito temporale certo, donde la deduzione che esso sarebbe tale da ricomprendere anche i crediti temporalmente anteriori all'apertura della procedura.

L'uso del termine "in funzione" implica soltanto una finalizzazione, una coerenza tendenziale con gli interessi dei creditori sotteso alla procedura concorsuale, che il mero riferimento temporale ("durante") non avrebbe certo assicurato.

Dunque, poiché l'espressione "in funzione" per sua natura non contiene di per sé un preciso riferimento temporale (ma solo teleologico) possiamo dire che, da questo punto di vista, essa si pone come sostanzialmente neutra.

Sovviene, tuttavia, la *ratio* della prededuzione.

Se, come già detto, essa in tutti gli ordinamenti si rinviene nel principio di stabilità degli atti compiuti nell'ambito di una procedura al fine di garantire colui che contrae con gli organi della procedura stessa e al tempo stesso senza consentire abusi, il suo indefettibile presupposto sta nel *sistema di controlli e garanzie* diretti ad accertare la coerenza dell'atto con le finalità della procedura (ovvero la sua "funzionalità"), ad accertare cioè che esso sia *strumentale* all'interesse dei creditori e non si risolva in un trasferimento di ricchezza in loro danno.

Sul punto appare possibile un riscontro a livello normativo.

Vi è, infatti, sostanziale identità fra posizioni creditorie sorte "in funzione" di una procedura concorsuale e quelle sorte in relazione a rapporti "strumentali" all'accesso alle medesime, posto che anche le seconde, in quanto finalizzate alla procedura concorsuale, possono considerarsi ad essa funzionali e, dunque, sorte "in funzione" (per usare l'espressione di cui all'art. 111).

Per esse, tuttavia, l'art. 67, comma 3, lett. g) prevede il mero esonero da revocatoria (nell'ambito di tale disposizione potrebbero probabilmente ricondursi i crediti di cui ai precedenti esempi - nuove operazioni commerciali e linee di credito - nonché, secondo taluni, gli stessi crediti per prestazioni professionali).

Ora, sembra evidente che prededuzione e stabilità per esonero da revocatoria sono termini diversi e, in un certo senso, antinomici (come fatto palese dagli ulteriori casi di esonero previsti dall'art. 67), nel senso che se un credito si pone come prededucibile è privo di senso parlare di esonero da revocatoria posto che la prima tutela è assai più forte della seconda. La stabilità non implica la prededucibilità, mentre la seconda presuppone la prima.

E allora perché la stessa tipologia di crediti (strumentali/funzionali alla procedura) può subire un trattamento diverso ovvero essere una volta prededucibile (ex art. 111) e una volta solo esente da revocatoria in caso di avvenuto pagamento ex art. 67, comma 3, lett. g)?

Vi è una sola risposta plausibile: nel secondo caso si tratta (testualmente) di crediti antecedenti la procedura concorsuale (crediti strumentali), nel primo si tratta (conseguentemente) di crediti successivi all'apertura della procedura concorsuale (crediti funzionali).

Come si vede, se è vero che l'espressione "in funzione" adottata dall'art. 111 di per sé non contiene un sicuro riferimento temporale, tuttavia essa lo riceve *aliunde* ovvero dal sistema.

Il significato della modifica dell'art. 111 non si rinviene nella presunta apertura alla prededucibilità dei crediti ante procedura (professionali o di altro genere che siano: sul punto cfr, Tribunale Firenze, 26 marzo 2008, integralmente ripreso da Tribunale di Pordenone, 8 ottobre 2009), ma in qualcosa di assai più rilevante e diverso.

Il richiamo funzionale consente di superare l'indirizzo secondo cui (Cass. 14 luglio 1997 n. 6352) era sbarrata la strada ai finanziatori in corso di procedura nell'ambito di una visione meramente liquidatoria del concordato.

Una volta rivoluzionato il concordato preventivo che, almeno nelle sue potenzialità, cessa di essere una procedura di tipo esclusivamente liquidatorio, ma si presta ad essere o a diventare una vera procedura di riorganizzazione aziendale con possibilità di salvataggio del valore di impresa (in stretta similitudine col Chapter 11 di diritto americano), era necessario compiere l'ulteriore passo ovvero quello di agevolare il finanziamento della impresa in procedura tutelando il realizzo del credito attraverso la prededuzione (cosicché il finanziatore possa contare sulla garanzia offerta dall'attivo e non già su quella costituita dalla differenza fra attivo e passivo).

Questo è il vero tema caldo oggi, il terreno in cui la prededuzione è chiamata a dare i suoi frutti.

Di ciò è stato consapevole il legislatore che su questo tema ha incentrato un nuovo intervento sulla legge fallimentare introducendo l'art. 182-*quater* col d.l. 31 maggio 2010 n.78, convertito con legge 30 luglio 2010 n. 122 Un intervento che occorre ora decodificare, ma che al fondo contiene un messaggio non equivoco: il finanziamento dell'impresa in crisi è possibile ed auspicabile, il passaggio da un concordato liquidatorio ad un concordato di risanamento o con continuità di impresa non deve più essere una utopia.

Non è, infatti, ipotizzabile soltanto un finanziamento finalizzato al consolidamento del debito con sostituzione di un solo creditore alla massa, ma anche un finanziamento diretto ad una ristrutturazione aziendale tale da determinare la produzione di utili, che (dedotti i costi) consentano l'adempimento degli obblighi concordatari e, al tempo stesso, la continuità dell'impresa in mano all'imprenditore.

Per meglio comprendere il significato, la portata e i limiti del nuovo intervento del legislatore, pare opportuno indicare in sintesi quale fosse in precedenza una ragionevole disciplina dei finanziamenti alla impresa in crisi.

A) Non disciplinato era il finanziamento interinale, il cd. finanziamento-ponte, quello necessario per il periodo occorrente per redazione della domanda di procedura di insolvenza: un finanziamento anteriore alla ammissione e finalizzato a sostenere l'impresa in questa fase propedeutica

Si caratterizza in quanto giustificato dall'esigenza di garantire la continuità aziendale o di evitare danni all'impresa, in quanto limitato nel tempo (fino alla presentazione della domanda di procedura di insolvenza) e tendenzialmente ed opportunamente effettuato mediante la concessione di linee di credito autoliquidanti, senza il rilascio di garanzie da parte dell'impresa.

Essendo posto in essere prima ed in previsione dell'accesso ad uno degli strumenti previsti dalla legge per la soluzione della crisi, non riceveva la tutela dei finanziamenti che hanno luogo nell'ambito di tali strumenti, non assumendo il relativo credito le caratteristiche di prededuzione né l'atto quelle della stabilità (ovvero assenza di revocatoria). Identica soluzione per i rapporti in questa fase con i creditori anche se strategici o necessari.

Che nella realtà economica molte imprese necessitino di un tale tipo di finanziamento è indice del ritardo culturale dell'imprenditore, che non previene il passaggio dallo stato di crisi a quello di insolvenza, e che, nella migliore delle ipotesi, ripropone lo schema della liquidazione della azienda,

sia pure operativa.

B) Di stabilità e prededuzione godeva e gode evidentemente il finanziamento ante omologa, ma successivo alla ammissione della procedura: quello cioè autorizzato dal G.D. ex art. 167 l.f. e finalizzato a condurre l'impresa in crisi fino alla omologa: dovrebbe essere limitato nel suo oggetto al finanziamento del capitale circolante fino a tale momento (periodo stimabile in 6- 9 mesi dalla domanda: art. 181), senza estendersi al finanziamento di investimenti.

Qui trova piena applicazione il novellato art. 111, in forza del quale il giudizio di utilità *ex post* (del tutto aleatorio e scoraggiante per il finanziatore, come per chiunque intendesse contrattare con l'imprenditore in procedura) è stato sostituito dal giudizio preventivo di funzionalità (appunto da parte del GD ex art. 167). Nell'eventuale successivo fallimento la tutela è piena (seppure nei modi di cui poi si dirà).

C) Delicata appariva la questione di un finanziamento *post* omologa, ma previsto nella proposta di concordato poi omologato e quindi sorto "in esecuzione" del concordato: per esso, di norma, si è ritenuta la sola stabilità per irrevocabilità ex art. 67 co. 3 lett. e, ma non anche la prededucibilità del relativo credito nell'eventuale fallimento successivo e ciò per assenza del presupposto controllo/autorizzazione da parte dell'organo giurisdizionale (soluzione accolta in *Il Concordato di Risanamento – Corso di Perfezionamento "Il Nuovo Diritto Fallimentare" 2010* - Università di Firenze).

Per la verità, in via interpretativa e ancor prima della introduzione del nuovo art. 182-*quater*, tale soluzione poteva forse essere posta in dubbio. Non sembrava 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. ma *condizionato* all'omologa: in questa prospettiva, nella fase *post* omologa si pone solo l'erogazione del finanziamento, mentre l'accordo sul medesimo interviene in quella precedente in cui il controllo è previsto.

Un tale finanziamento può considerarsi in funzione della procedura, anzi costituisce punto essenziale del piano, interviene nella fase esecutiva ma ciò non è ostativo al riconoscimento di una funzionalità intesa in senso teleologico e sganciata da rigorosi paletti temporali, una volta che possa avvalersi del vaglio giurisdizionale costituito prima dalla autorizzazione del G.D. e poi dall'omologa (in assenza di riconoscimento di funzionalità vi sarebbe diniego di omologa per assenza di regolarità/fattibilità del

concordato).

Ad un finanziamento siffatto avrebbe potuto riconoscersi stabilità e prevedibilità ancor prima del nuovo intervento del legislatore.

In questo quadro si inserisce il nuovo intervento normativo.

L'ART. 182-*quater*

Appare opportuna una breve disamina della norma

Comma 1

Si tratta della ipotesi del finanziamento *post omologa*, posto in essere in esecuzione di un concordato preventivo (o di un AdR) con erogazione successiva alla omologa, ma accordo perfezionato (o quantomeno predisposto) prima onde consentirne il controllo in sede di omologa stessa (in difetto di ciò presumibilmente il legislatore avrebbe qualificato tali crediti come “parificati ai prevedibili”, non diversamente da quelli previsti nel successivo comma 2).

Tale finanziamento costituisce aspetto significativo del piano di risanamento o di ristrutturazione, che deve prevederlo.

Deve, inoltre, trattarsi di finanziamenti effettuati da istituti bancari o da intermediari finanziari autorizzati, iscritti in apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia.

La norma codifica, per quanto prima osservato, un'interpretazione anche in precedenza possibile: non solo stabilità per divieto di revocatoria, ma anche prededuzione in quanto attraverso l'omologa è intervenuto il controllo del giudice e soprattutto il consenso dei creditori, che in una ottica dinamica può considerarsi equipollente (come confermato dai commi 2 e 4 dell'art. 182-*quater*). Ora, in ogni caso, la questione è normativamente risolta e il legislatore ha manifestato in modo netto l'intento di superare il modello di procedura esclusivamente liquidatoria in favore di una tipologia di procedure aventi finalità di risanamento.

Comma 2

Si tratta della ipotesi dei crediti da finanziamento effettuati dai soggetti di cui al precedente comma, funzionali alla presentazione della domanda di ammissione al concordato o di omologazione dell'AdR, crediti per il passato ragionevolmente esclusi dalla prededuzione per assenza del vaglio preventivo del giudice (o del consenso dei creditori nell'ottica di cui sopra).

Il legislatore ha, dunque, introdotto per la prima volta una disciplina per il cd. finanziamento ponte che, in precedenza, non trovava collocazione nel sistema.

Di particolare rilievo da un punto di vista sistematico è la sofisticata modifica fra la versione di cui al d.l. 78 e quella definitiva di cui alla legge di conversione 122/2010: nel primo testo tali crediti venivano qualificati tout court come preeducibili, nel secondo come “parificati ai preeducibili” ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 111.

Con ciò indirettamente si ribadisce, così evitando uno strappo sistematico, che di preeducibilità in senso proprio non può parlarsi in relazione a crediti sorti al di fuori (in particolare, prima) della procedura e attraverso una iniziativa non controllata dell’imprenditore.

Si tratta, per altro, di una parificazione condizionata alla valutazione positiva del Tribunale, che deve disporre in tal senso in sede di ammissione, ovvero alla omologa dell’AdR: in altri termini, ad un controllo *ex post* di utilità da parte dell’organo giurisdizionale ovvero della maggioranza dei creditori (l’introduzione di un controllo equipollente a quello del giudice – o, quantomeno, misto a seconda di come si ricostruiscano i poteri del tribunale in sede di omologa - non deve stupire nella nuova filosofia delle procedure di insolvenza cd. minori ove si privilegia l’aspetto negoziale dell’accordo fra debitore e creditori).

Ciò che, tuttavia, lascia perplessi è l’asimmetria fra le soluzioni adottate per le due diverse procedure, che potrebbe rendere critica la posizione del finanziatore nel concordato preventivo. Mentre nell’AdR la valutazione di utilità del finanziamento interinale resta assorbita da quella più ampia relativa all’intero accordo, nel concordato sarà problematico il riconoscimento della preeducazione in sede di decreto di ammissione, disponendo il tribunale in questa fase di scarsi elementi di valutazione: in definitiva solo il necessario passaggio che sul punto si dovrà ritrovare nella relazione di cui all’art. 161 co. 3.

Una soluzione identica per entrambe le procedure (intervenuta omologa, come in effetti previsto nella versione originaria di cui al d.l. 31 maggio 2010 n.78) sarebbe stata a questo punto preferibile, anche perché avrebbe evitato il dubbio se, in sede concordataria, al difetto di riconoscimento da parte del tribunale in sede di ammissione si possa supplire con l’omologa, come parrebbe ragionevole per evitare discrasie sistematiche (poco convincente anche alla luce del testo ante conversione, ma non da escludere in radice, è l’interpretazione secondo cui la norma, con l’espressione

“l'accordo sia omologato” abbia inteso riferirsi ad entrambe le procedure e non solo all'AdR).

Sotto altro profilo, l'introduzione della condizione appare del tutto coerente con i principi generali in tema di prededuzione, che impongono un controllo sull'atto generatore del debito, diretto ad accertarne la congruità, funzionalità e assenza di pregiudizio per la massa: al controllo di funzionalità *ex ante* si supplisce con un controllo di utilità *ex post*.

Tuttavia, resta assai dubbio che in tal modo il finanziamento ponte possa trarre concreti benefici dalla nuova norma e risultarne incentivato: poiché quando si potrà realizzare la condizione legittimante la parificazione del credito alla prededuzione il finanziamento sarebbe già da tempo intervenuto, c'è da chiedersi chi mai porrà a rischio il proprio capitale sapendo che la tutela è subordinata ad un evento futuro e incerto.

Comma 3

La disposizione estende l'applicazione del primo comma (finanziamenti *post* omologa in esecuzione della procedura) anche ai finanziamenti effettuati dai soci fino alla concorrenza dell'80% dell'ammontare, in deroga agli art. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. Legittimo è il dubbio se possa ipotizzarsi un doppio richiamo in forza del quale ai soci finanziatori sarebbe applicabile anche la disposizione del secondo comma relativa al finanziamento ponte (in concreto, non è evidente se il richiamo ai soggetti di cui al co. 1, contenuto nel co. 2, coinvolga anche i soci finanziatori posto che il co. 3 dispone che “il primo comma si applica” anche costoro).

Esiste allora la protezione della prededuzione anche per il finanziamento ponte (art. 182-*quater* co. 2) effettuato dal socio?

La risposta pare dover essere positiva, in quanto, ove così non fosse (e, dunque, per i soci si parlasse solo dei finanziamenti di cui al 1° comma) non si comprenderebbe per essi l'esclusione formale dal voto sancita dal 5° comma, che si renderebbe del tutto pleonastica trattandosi di crediti sorti dopo la presentazione della domanda (per l'esattezza nella fase successiva alla omologa) e come tali in radice esclusi dal voto (tanto che l'esclusione non è correttamente neppure presa in considerazione dalla norma per i crediti di cui al comma 1°, essendo implicita nel momento di insorgenza temporale del credito): ne deriva che l'esclusione dal diritto di voto per i soci finanziatori sancita dal comma 5° non può che riferirsi ai finanziamenti di cui al comma 2°, con ciò confermandosi la operatività del doppio richiamo.

La soluzione, che apre la strada alla protezione del finanziamento ponte da parte del socio, è importante perché nella prassi il socio sarà forse (per convenienze proprie) l'unico soggetto disposto a concederlo, stante la tutela condizionata riconosciuta dalla norma che potrebbe scoraggiare i finanziatori istituzionali.

In ogni caso, un esempio di non particolare limpidezza da parte del nostro legislatore.

Comma 4

Il beneficio della prededuzione è riconosciuto al solo professionista incaricato della relazione di cui all'art. 161 co. 3 (e all'art. 182 *-bis*, co. 1), con ciò mettendosi fuori gioco quelle interpretazioni che, operando una discutibile dilatazione dell'art. 111 l.f., pretendevano di riconoscere tale trattamento ai professionisti che, in generale, avessero prestato la propria opera nella predisposizione della domanda.

La limitazione ragionevolmente imposta dalla norma tiene conto della natura funzionale (per così dire organica) alla procedura della relazione del professionista attestatore, ma è singolare che lo stesso trattamento non sia stato riservato, per l'identica *ratio*, anche al professionista di cui all'art. 160, co. 2. Forse il legislatore ha ritenuto trattarsi del medesimo soggetto, cosa che di fatto spesso non avviene, stanti le diverse professionalità richieste.

Il trattamento del credito da compenso come prededucibile viene nuovamente condizionato ad una espressa disposizione in tal senso del tribunale in sede di ammissione del concordato o alla omologa dell'AdR, con soluzione identica a quella adottata nel comma precedente.

Qui però le ragioni di tale limitazione non sono chiarissime, salvo ipotizzare anche per il professionista attestatore la necessità del riconoscimento di idoneità/utilità della relazione: riconoscimento implicito se riconducibile al consenso dei creditori attraverso l'omologa; esplicito se riconducibile al provvedimento giurisdizionale.

Non sfugge, tuttavia, che in sede concordataria il fatto stesso della ammissione dovrebbe implicare necessariamente che la relazione abbia assolto il suo scopo, in difetto di che il concordato verrebbe dichiarato inammissibile.

Risulta, dunque, non del tutto ragionevole la necessità dell'espresso riconoscimento della prededuzione da parte del Tribunale e, in assenza di esso, ancora una volta si affaccia il plausibile dubbio se la successiva

omologa (in analogia con quanto avviene nell'AdR) non debba assumere valore equipollente e sanante.

Per quanto riguarda il provvedimento del tribunale esso può essere assunto di ufficio o necessita di apposita domanda? Si tratta di soluzioni entrambe praticabili e vedremo come si consolideranno le prassi.

Non è inopportuno intanto chiederci (nell'ambito della seconda alternativa) quale sia il soggetto legittimato ad avanzare la domanda di trattamento prededucibile: certo l'imprenditore nell'ambito della domanda di concordato (come necessariamente dovrà avvenire nella domanda di omologa dell'AdR), ma probabilmente, in sede concordataria, anche il professionista stesso, quale effettivo titolare della posizione giuridica che si intende tutelare, potrebbe richiedere al tribunale il provvedimento espresso richiesto dalla norma.

Ragionevole inoltre è che, per tale fattispecie, si possa parlare di prededuzione tout court e non di "parificazione", posto che almeno nel concordato il credito del professionista attestatore può talvolta perfezionarsi dopo il deposito della domanda (utilizzazione del termine ex art. 162 co. 1 per la presentazione della relazione ovvero modifiche della domanda, anche a seguito di indicazioni del giudice, con conseguente integrazione e messa a punto della relazione del professionista, la cui opera, in questa fase, può considerarsi come una prestazione in divenire).

Per altro verso non è privo d'interesse rilevare come, diversamente da quanto disposto ai commi 1 e 2 ove i crediti sono qualificati come prededucibili (o parificati ai prededucibili) ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 111, per il credito in esame una tale precisazione non vi sia. Semplice omissione senza conseguenze o altro?

Poiché il terreno elettivo di operatività della prededuzione è quello fallimentare (in una procedura di concordato è probabilmente sufficiente il richiamo alla teoria generale del contratto o delle obbligazioni da fatto illecito), si potrebbe ritenere che il legislatore abbia valutato come inutile la ripetizione della precisazione, ma ciò sarebbe più convincente se il riferimento all'art. 111 fosse stato fatto un'unica volta (quella del comma 1°) ritenendolo implicito nelle successive e non invece due volte, come di fatto avvenuto.

Se, nell'ambito di uno stesso articolo di legge, per due fattispecie la precisazione è data e per la terza no, sorge legittimo il dubbio che il senso non sia quello di evitare una già effettuata ripetizione, ma che sia stato quello di trattare il compenso del professionista attestatore (per il suo particolare significato di credito "organico" alla procedura) in modo effettivamente

diverso e più favorevole ovvero rendendo operativa la prededuzione non solo in caso di consecuzione di procedure, ma anche all'interno della stessa procedura di ristrutturazione.

Sembra una conclusione plausibile.

Argomento stimolante e connesso (perché relativo al luogo in cui opera la prededuzione) è quello di segno affatto opposto.

Se la natura prededucibile di un credito sorto nell'ambito di una procedura di insolvenza emerge operativamente nel successivo fallimento, può ammettersi l'inverso ovvero un credito che sia tale nella prima ma non anche nella seconda procedura? Credo che la questione si risolva nel quesito se può essere ammissibile la prededuzione volontaria.

In concreto, l'imprenditore che presenta la domanda di procedura d'insolvenza, in particolare di concordato preventivo, può indicare come prededucibili determinati crediti (che normativamente non lo sarebbero né ai sensi dell'art. 111, né dell'art. 182-*quater*) quali ad esempio quelli dei professionisti che lo hanno assistito o in generale di determinati creditori giudicati strategici (con conseguente esclusione dal voto)?

L'ampio spettro all'interno del quale l'autonomia delle parti può oggi individuare le vie di uscita dalla crisi d'impresa, mi pare induca a una risposta positiva almeno nei limiti in cui si ritenga non operativo il divieto di cui all'art. 160, co. 2, ultima parte. Il divieto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione è divieto assoluto o opera solo sui beni del debitore?

Se si ritiene, come io ritengo, vera la seconda opzione per cui il debitore è libero di allocare come ritiene più conveniente, ai fini dell'esito positivo della procedura ed eventualmente di una utile continuità della attività di impresa, il *surplus* concordatario (col che viene superata ogni questione in tema di possibile *cram down*, per impossibilità di configurare un trattamento peggiore rispetto ai possibili scenari alternativi che riguarderebbero il solo patrimonio del debitore), ugualmente non vi sono ragioni per negare, in questi limiti, la ammissibilità di una prededuzione volontaria o, per meglio dire, consensuale.

Poiché, tuttavia, la volontà delle parti può incidere solo sul *trattamento* del credito nell'ambito della procedura in cui il consenso si raggiunge e che da tale consenso è sorretta, ma non altera la natura del credito, ne consegue che in caso di successivo fallimento (che non coinvolgerebbe il *surplus* concordatario) la prededuzione (e l'implicito divieto da revocatoria) non opera e quel credito sarà trattato secondo la sua natura.

La prededuzione volontaria, se ritenuta ammissibile, opera in modo invertito rispetto a quella normativamente prevista.

Comma 5

L'esclusione dal voto e dal computo delle maggioranze per i crediti di cui ai commi 2-3-4 si giustifica stante la protezione di cui il credito prededucibile gode, in similitudine con quanto avviene per i crediti privilegiati. Il mancato richiamo ai crediti di cui al comma 1 è del tutto logico, trattandosi di crediti che sorgono nella fase successiva all'omologa e, dunque, impossibili da ricomprendere nelle maggioranze e nel voto.

Si richiamano i rilievi precedenti sulla posizione del credito del socio finanziatore.

LUCI ED OMBRE

Il nuovo intervento del legislatore non pare proprio costituire un ritorno all'età della pietra, come pur autorevolmente si è paventato, ma contribuisce a una definizione corretta della prededuzione, per altro in sintonia con l'evoluzione della natura delle procedure di insolvenza: necessità che il credito sorga all'interno della procedura (per quelli antecedenti può esservi una mera parificazione *ex lege*, per altro di stretta interpretazione) e che vi sia il vaglio del giudice o il consenso dei creditori, per evitare indebiti trasferimenti di ricchezza.

Viene normativamente riconosciuto che il finanziamento *post* omologa in esecuzione di un concordato (o di un AdR) gode della prededuzione, dando certezza ad una interpretazione anche in precedenza possibile ma per nulla scontata.

Viene riconosciuta una, seppure condizionata, tutela al finanziamento ponte. In qualche modo, la mobile frontiera della prededuzione è stata spostata ancora in avanti.

Resta tuttavia aperto un grande spazio all'interpretazione, per le lacune che ancora il sistema presenta.

Alcune di esse non sono colmabili.

Se nel concordato preventivo il finanziamento ante omologa non aveva necessità di intervento normativo, essendo disciplinato dall'art. 167, non così per l'AdR che, invece, un tale intervento richiedeva non fosse altro che per ragioni di simmetria di trattamento.

L'art. 182-*quater* non prevede, invece, la prededuzione per i finanziamenti concessi nel periodo dalla pubblicazione dell'accordo nel Registro delle

Imprese alla sua omologazione, lasciando privo di copertura il momento più delicato dell'intero processo di ristrutturazione. La mancanza di tutela per i finanziamenti concessi in questa fase rischia di costituire un pesante condizionamento nella disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, che difficilmente diverranno quello strumento efficiente per la soluzione bonaria della crisi d'impresa che il legislatore intenderebbe fossero (come dimostrato dal nuovo e contemporaneo intervento sull'art. 182-bis).

Altre lacune, invece, possono forse aprire spazi alla interpretazione.

Si è detto che la problematica del finanziamento ponte non è stata ancora risolta. Può l'interprete colmare questa lacuna, almeno in riferimento al concordato preventivo?

E' possibile ipotizzare una diversa tipologia di finanziamento ponte, prededucibile nell'eventuale fallimento successivo, utilizzando la zona grigia fra il deposito della domanda di concordato e il decreto di ammissione?

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, non trovando disponibilità presso gli istituti di credito disincentivati dalla prospettiva di una prededuzione condizionata (al provvedimento del tribunale in sede di ammissione o all'omologa), potrebbe 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 e, dunque, verrebbero meno le remore degli istituti di credito, quelle stesse che lo hanno impedito in passato (assenza di stabilità e di prededucibilità) e lo impediranno anche se richiesto in vigenza dell'art. 182-*quater*, co. 2 (prededucibilità subordinata ad evento del tutto ipotetico).

Ciò che sembra ostare a questa ricostruzione è l'apparente assenza in questa fase degli organi della procedura, per cui non sarebbe nemmeno individuabile l'organo deputato a rilasciare l'autorizzazione.

Ma in realtà si tratta di assenza solo apparente in quanto, dopo il deposito della domanda, è significativamente operativo l'organo collegiale. Esso: fissa l'audizione del debitore avanti a sé (o ad un giudice all'uopo "delegato"); concede o non concede (ed eventualmente proroga) il termine di cui al primo comma dell'art. 162; conduce il "procedimento" di verifica dei presupposti di ammissibilità (art. 162 co. 2); interloquisce col debitore in camera di consiglio – direttamente o tramite il giudice all'uopo delegato - al fine di una corretta messa a punto della domanda evidenziando lacune o profili di dubbia ammissibilità, così inducendo il proponente a definire una proposta rispondente ai profili di cui agli artt. 160 e 161.

Dunque, l'organo, e forse gli organi, esistono anche in questa fase e sono operativi, con la conseguenza che l'esistenza di un potere autorizzatorio non può essere negata per ragioni di impossibilità tecnica (come sarebbe se l'organo non vi fosse), ma deve essere verificata in concreto quanto alla sua configurabilità.

La negazione non si legittimerebbe in riferimento ad una mera considerazione di non necessità in riferimento ai tempi e agli effetti. Quanto al primo punto (per altro di rilievo meramente pratico e non teorico), è frutto di esperienza il rilievo che la fase deposito della domanda/ammissione può non essere affatto breve, specie in caso di concordati complessi in cui l'attività preventiva del tribunale appare indispensabile per una definizione della domanda in termini formalmente e sostanzialmente corretti (inducendo, ad esempio, una riformulazione delle classi o sollecitando una integrazione della relazione ex art. 161). Del resto, ai sensi del comma 1 dell'art. 162 la domanda può essere presentata anche in carenza di documentazione (anche la relazione del professionista attestatore) e ciò costituisce altro fatto impeditivo di una decisione immediata.

Quanto agli effetti, l'eventuale autorizzazione del giudice non sarebbe affatto priva di significato e ciò sotto profili anche diversi da quello in esame.

Ad esempio, seppure la SC (Cass. 26036/05), abbia affermato che il pagamento del debitore preconcordatario (senza autorizzazione) è in sé legittimo in quanto atto di ordinaria amministrazione, ciò non toglie che debba essere scrutinato sia ex art. 173, co. 2, sia sotto il profilo della possibile revocatoria in caso di successivo fallimento, col che, in assenza di autorizzazione, il pagamento del creditore strategico diviene improbabile e

quest'ultimo non sarà incentivato alla prosecuzione del suo rapporto con l'impresa che si intende risanare, stante il timore di rimanere esposto ad azione revocatoria.

Ma la questione non si pone soltanto in relazione al pagamento dei creditori, ma soprattutto in relazione a quei rapporti che caratterizzano un concordato con continuità di impresa. In un concordato di questo tipo può essere necessario ed utile acquisire nuove commesse, ordinare forniture strategiche, e, appunto, finanziarsi.

Se, dunque, anche in questa fase della procedura l'eventuale autorizzazione potrebbe assumere un ruolo rilevante per gli effetti suoi propri in riferimento all'art. 111 e poiché l'organo esiste fin dal momento del deposito della domanda, resta la sola questione se tale organo sia titolare del potere autorizzatorio anche prima del decreto di ammissione.

Credo che la risposta debba essere positiva per le seguenti considerazioni: l'art. 167 si presta ad una lettura estensiva per cui il "durante la procedura" può essere idoneo a ricomprendere anche la fase ante ammissione. Poco conta che in tale fase non sia presente un GD (in senso proprio), posto che, come si desume dall'ultimo comma dell'art. 167 (che consente al tribunale di sottrarre in via definitiva categorie di atti di straordinaria amministrazione alla necessità di autorizzazione del giudice delegato) la titolarità del potere autorizzatorio sembra essere del Collegio. 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.

Non si vede, allora, perché non possa esercitare un tale potere, direttamente o con delega, anche nella fase anteriore alla ammissione.

Ma vi è di più: l'art. 168, che disciplina testualmente, gli "effetti della *presentazione* del ricorso" e, dunque, anche la fase ante ammissione, prevede all'ultimo comma un quanto mai significativo potere autorizzatorio del "giudice" (non del GD necessariamente). Tale norma, che si presta a più letture possibili, in ogni caso costituisce la prova della possibilità di esercizio del potere autorizzatorio (poco conta se quello di cui all'art. 167 o altro ad esso connesso) anche nella fase immediatamente successiva al deposito del ricorso.

Se è vero che, secondo la lettera della legge, la procedura di concordato preventivo si apre formalmente col decreto ex art. 163, co. 1, così come si chiude con il decreto di omologazione, secondo la formulazione attuale dell'art. 181, ciò non significa che, come non vi è il nulla dopo il secondo

decreto (vi è la fase di esecuzione/adempimento/risoluzione), vi sia il nulla prima del decreto di ammissione. In qualche modo e in senso ampio, si può ritenere che la “procedura” concordataria inizi col deposito della domanda e si concluda (almeno in caso di adempimento) con un decreto di avvenuta esecuzione ex artt. 136/185 (il primo analogicamente richiamato).

Condividendo questa impostazione, è possibile ipotizzare che nella fase intercorrente fra il deposito della domanda e il decreto di ammissione si pongano in essere atti e sorgano crediti rispettivamente caratterizzati da stabilità e prededucibilità nell’eventuale successivo fallimento in forza della autorizzazione del Collegio.

Su questa strada si è di recente (giugno 2010) posto il Tribunale di Pistoia che (avendo la società richiedente il concordato dato la sua disponibilità in tal senso, offrendosi l’accollo delle relative spese), subito dopo il deposito della domanda ha nominato un CTU (presumibilmente futuro commissario o curatore fallimentare, quindi senza sostanziali aggravii di spese) che, a fronte di richiesta di autorizzazione alla accensione di finanziamenti o di altri atti di straordinaria amministrazione (nella fattispecie acquisto di un diritto di superficie di proprietà comunale) avrebbe rilasciato il suo parere in ordine alla funzionalità dell’atto in relazione al piano concordatario e alla assenza di pregiudizio per i creditori in caso di eventuale fallimento).

I rapporti fra finanziamento e prededuzione possono a questo punto così riassumersi:

- 1) finanziamento ponte (antecedente alla presentazione della domanda di procedura di insolvenza): possibile, con effetti di stabilità e prededucibilità condizionata, ex art. 182-*quater* co. 2 sia nel concordato preventivo sia nell’accordo di ristrutturazione dei debiti;
- 2) finanziamento “ponte” (successivo alla presentazione della domanda ma antecedente al decreto di ammissione): possibile, con effetti di stabilità e prededucibilità, solo nel concordato preventivo in base ad una interpretazione ragionevole degli artt. 167 e 168;
- 3) finanziamento (successivo al decreto di ammissione e fino all’omologa): possibile, con effetti di stabilità e prededucibilità, ex art. 167 nel solo concordato preventivo;
- 4) finanziamento in esecuzione (successivo alla omologa): possibile, con effetti di stabilità e prededucibilità, ex art. 182-*quater* co. 1 sia nel concordato preventivo sia nell’accordo di ristrutturazione dei debiti;

Ma il sistema potrebbe presentare un'altra lacuna, non colmata dal nuovo intervento del legislatore e che spetta all'interprete risolvere o quantomeno chiarire.

Poiché la prededuzione opera in sede fallimentare, se in caso di inadempimento del concordato non si perviene al fallimento, la tutela rischia di evaporare (questione che lascia sullo sfondo quella, per altro preliminare, della sfuggente natura dell'inadempimento in un concordato di risanamento).

L'ipotesi di fallimento di ufficio, in coerenza col sistema, è scomparsa anche dal testo dell'art. 186, sicché la soluzione resta allo stato incerta anche perché il legislatore si è limitato ad una norma di chiusura del seguente tenore: "si applicano le disposizioni degli articoli 137 e 138, in quanto compatibili, intendendosi sostituito al curatore il commissario giudiziale" (Art. 186, ultimo comma, l. fall.).

Rimane quindi aperto il problema relativo al fallimento d'ufficio in caso di risoluzione od annullamento del concordato preventivo, visto che le norme richiamate in tema di concordato fallimentare prevedono l'automatica riapertura del fallimento a seguito della declaratoria di risoluzione del concordato stesso. Se si segue l'indirizzo interpretativo che riserva al tribunale ancora un ruolo attivo, diretto a pervenire alla dichiarazione di fallimento a seguito di una declaratoria di risoluzione od annullamento del concordato preventivo, anche in assenza di istanza di soggetto terzo, allora la questione non si pone.

In caso contrario, dovrà riflettersi sulla legittimazione a richiedere il fallimento (inteso come fallimento successivo ex art. 186 e non come fallimento autonomo) da parte di un soggetto terzo – il finanziatore – la cui posizione creditoria sia sorta dopo l'omologa (art. 182-*quater* co.1).

Ciò che conta è acquisire al più presto interpretazioni condivise per offrire a coloro che intendano trattare con una impresa in procedura ragionevoli sicurezze sulla sorte del proprio investimento.

Se e quando il sistema sarà rodato, sarà il tempo di porci ulteriori questioni, quale ad esempio quella della sorte di un eventuale finanziamento che si rendesse necessario nella fase di esecuzione, non previsto nel piano concordatario (come tale "non in esecuzione" del concordato ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 182-*quater*, co. 1), ma suggerito da eventi successivi e non prevedibili, incidenti sull'ipotizzato andamento dei flussi di cassa: stabilità e prededuzione, solo la prima ovvero nessuna delle due? Il futuro dirà se sarà questa una riflessione opportuna.

In conclusione resta, al di là delle lacune, il valore simbolico del nuovo intervento normativo che ribadisce la filosofia del legislatore della Riforma (anzi delle riforme): non a caso si tratta, piuttosto che di un intervento sulla prededuzione in generale, di un intervento sulla prededuzione del finanziamento della impresa in crisi. Un intervento sul diritto e sulla economia al tempo stesso, che costituisce chiaramente una sfida per il giudice (chiamato ad una interpretazione attenta allo spirito delle riforme e alla *ratio legis*, ma anche il più possibile omogenea perché l'incertezza in ordine alla tutela del credito diventa paralizzante per l'erogazione del credito stesso), ma non solo per il giudice.

Prima di tutto per le Banche, essendo nota la oggettiva difficoltà di accedere a finanziamenti per debitori, anche in procedura, che siano segnalati a sofferenza presso la Centrale dei rischi della Banca d'Italia. Ciò risponde ad una prassi nata al tempo in cui al concordato preventivo potevano accedere solo imprese in stato di insolvenza, ma oggi divenuta inadeguata perché non tiene conto che al concordato preventivo può accedere un'impresa in stato di semplice crisi (che è poi quella che ragionevolmente chiederà il finanziamento); resta che una volta scattata la segnalazione a sofferenza, le banche difficilmente si inducono a concedere affidamenti al debitore e ciò nonostante il fatto che il finanziamento ad un'impresa sottoposta a procedura, se assunto nei modi di legge, sia da ritenere concesso ad un debitore "diverso", in quanto il relativo rimborso è antergato al rimborso di tutti i debiti precedenti (chirografari) che sono oggetto della segnalazione a sofferenza.

Le Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia (Istruzioni di Vigilanza sulla Centrale dei rischi, Cap. II, Sez. 2, "Categorie di censimento dei rischi", par. 4, voce 550800) accennano alla possibilità di distinguere la posizione del debitore in crediti concordatari, che vanno segnalati a sofferenza fino a quando non passati parzialmente a perdita per effetto dell'approvazione del concordato, e crediti all'impresa in procedura, che potrebbero essere erogati secondo le normali prassi come "finanziamenti a procedura concorsuale" (sul punto, interessanti spunti di riflessione si traggono da Corte di Cassazione 1° aprile 2009, n. 7958).

Certo, la prededuzione è una risorsa, ma ha i suoi limiti e il credito prededucibile, ancorché antergato rispetto ai crediti chirografari anteriori, subisce i seguenti rischi:

- non è infatti antergato rispetto ai crediti muniti di pegno o ipoteca (art. 111-*bis*), posto che non esiste nell'ordinamento italiano (a differenza, ad

esempio, di quello americano), la possibilità che il giudice autorizzi i creditori (prededucibili) ad acquisire un “superprivilegio” che prevalga sui creditori muniti di privilegio speciale, pegno o ipoteca;

- concorre assieme agli altri crediti prededucibili (art. 111-*bis*, comma 2°);
- in caso di mancato adempimento spontaneo, non è detto che il finanziatore possa attuare l’esecuzione forzata nel concordato preventivo (art. 168, secondo alcune non incontrastate interpretazioni) e certamente non lo può nell’eventuale fallimento successivo (art. 51);
- quanto ai tempi di riscossione, anche ove il credito fosse garantito da pegno o assistito da privilegio, nel fallimento successivo dovrebbe essere previamente insinuato al passivo (art. art. 111-*bis* comma 1°).

Non sfugge, tuttavia, che il rischio non è certo soppresso anche nel caso di finanziamento dell’impresa non in procedura e i tempi di riscossione attraverso il processo esecutivo non sono di norma più rapidi di quelli del procedimento fallimentare. Il finanziamento dell’impresa in procedura resta o è diventato un “buon investimento” anche se potrà esservi un ritardo culturale nel comprenderlo.

Da ultimo, la sfida è lanciata all’imprenditore sul cui ritardo culturale (talvolta psicologico) nel cogliere il momento in cui la crisi è reversibile, evitando il passaggio dallo stato di crisi a quello d’insolvenza in cui la stessa idea di finanziamento diventa utopia, di tale ben noto ritardo non mette conto parlare.

Eppure, alla fin fine, questo è il primo nodo da sciogliere: inutile apparecchiare la tavola se poi il principale invitato resta di pietra.