

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

OTTOBRE/DICEMBRE

2018

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

FILIPPO SARTORI, STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO,
FILIPPO ANNUNZIATA, SIDO BONFATTI, FRANCESCO CAPRIGLIONE,
ALFONSO CASTIELLO D'ANTONIO, PAOLOEFISIO CORRIAS, FULVIO
CORTESE, MATTEO DE POLI, RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO
DOLMETTA, ALBERTO GALLARATI, UGO PATRONI GRIFFI, BRUNO
INZITARI, MARCO LAMANDINI, RAFFAELE LENER, PAOLA
LUCANTONI, ALBERTO LUPOI, DANIELE MAFFEIS, LUCA
MANDRIOLI, RAINER MASERA , ALESSANDRO MELCHIONDA,
ROBERTO NATOLI, ELISABETTA PIRAS, MADDALENA RABITTI,
GIUSEPPE SANTONI, MADDALENA SEMERARO, ANTONELLA
SCIARRONE ALIBRANDI, FRANCESCO TESAURO

DIREZIONE ESECUTIVA

ALBERTO GALLARATI, PAOLA LUCANTONI, LUCA MANDRIOLI,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, MADDALENA
SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

FRANCESCO ALBERTINI, FRANCESCO AUTELITANO, STEFANO DAPRÀ,
EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, MASSIMO MAZZOLA,
MANILA ORLANDO, CARLO MIGNONE, EDOARDO RULLI, STEFANIA
STANCA

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

I finanziamenti “in esecuzione” di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti: continuità ed innovazioni nel “Codice della crisi e dell’insolvenza”

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Genesi ed evoluzione della disciplina dei finanziamenti “in esecuzione” – 3. Il “finanziamento in esecuzione” come contratto – 3.1. Le tipologie contrattuali – 3.2. Il finanziamento “in esecuzione” come “mutuo di scopo” legale – 3.3. Aspetti temporali relativi alla concessione del finanziamento - 4. La prededuzione nei finanziamenti “in esecuzione” – 4.1. Il quadro “ante riforma” – 4.2. Il “preannunciato” quadro “post riforma” – 4.2.1. Segue. La “decadenza” dalla prededuzione – 5. Il riconoscimento della prededuzione nelle successive procedure “concorsuali” ed “esecutive”.

1. Premessa

La materia dei finanziamenti “prededucibili” alle imprese in crisi – quale è andata via via “stratificandosi” all’interno della legge fallimentare – è stata oggetto di un crescente, intenso interesse da parte degli interpreti.

Le ragioni di tale interesse riposano essenzialmente sul fatto che si tratta di un tema nel quale confluiscono (e, spesso, si sovrappongono, producendo importanti problemi di raccordo) temi ed istituti generali del diritto della crisi d’impresa: l’innestarsi di tali previsioni normative su discipline e/o su procedure diverse (piani di risanamento attestati, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo); la tutt’ora controversa natura di talune di tali procedure (segnatamente, dell’accordo di ristrutturazione); il possibile diverso atteggiarsi della concreta applicazione della disciplina a seconda che si “innesti” su un accordo di ristrutturazione o su un concordato preventivo; il difficile raccordo – nella materia del concordato preventivo - delle discipline speciali con quella generale degli atti di ordinaria/straordinaria amministrazione; più in generale, il difficile raccordo tra le disposizioni generali in materia di prededuzione e quelle “speciali” previste per i finanziamenti all’impresa in crisi; tutti questi elementi hanno concorso a rendere la materia un vivace terreno di discussione per gli studiosi e la disciplina sovente di difficile applicazione per la giurisprudenza.

L'interesse per tali profili è ora inevitabilmente destinato ad accrescersi ulteriormente in ragione della preannunciata, imminente riforma del diritto della crisi d'impresa, con la emanazione, in attuazione della delega contenuta nella legge n. 155 del 2017, di un decreto legislativo che ha la dichiarata ambizione, per di più, di porsi come un vero e proprio “codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza”¹.

Per chi si trovi a dover compiere una ricognizione, allo stato attuale, sui termini di quella che è attualmente e di quella che sarà verosimilmente la disciplina “a regime” il compito è, se possibile, ulteriormente “aggravato” dalla circostanza che, in merito alla attuazione della delega, sono circolate diverse (per la precisione, due) “edizioni” della bozza del “codice”, l'ultima delle quali a distanza ravvicinatissima rispetto al momento in cui vengono formulate le considerazioni che seguono.

La disciplina dei finanziamenti cc.dd. “in esecuzione” di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione già presentava, infatti – non meno di quella degli altri “finanziamenti in prededuzione” – profili di problematicità a livello interpretativo nel contesto della (ormai) “vecchia” legge fallimentare, via via messi a fuoco dagli interpreti e dalla giurisprudenza. Si tratterebbe ora di verificare se e come quei nodi siano stati in qualche misura “sciolti” dal legislatore del “codice”: ma la risposta ad un tale quesito deve tenere conto anche del fatto che sono stati oggetto di intervento anche alcuni istituti generali nell'ambito delle cui maglie quei finanziamenti possono essere ideati e concessi (primo fra tutti, quello della prededuzione). Sicché le considerazioni che possono svolgersi ad oggi sono inevitabilmente connotate non soltanto dalla fisiologica opinabilità delle interpretazioni, ma anche dalla inevitabile provvisorietà determinata dal momento.

¹ Pertanto, nel testo si utilizzerà l'acronimo “CCI” per riferirsi allo schema di decreto legislativo di esecuzione della legge delega n. 155 del 2017.

2. *Genesi ed evoluzione della disciplina dei finanziamenti “in esecuzione”*

L’origine della disciplina dei finanziamenti “in prededuzione” deve essere ricercata nel quadro giuridico delineatosi allorché il legislatore della riforma della legge fallimentare del 2005 aveva per la prima volta introdotto istituti di “gestione privatistica dell’insolvenza” (quali il piano di risanamento attestato e gli accordi di ristrutturazione). All’interno di tali scenari, l’apporto di nuova finanza costituisce sicuramente un elemento importante, se non essenziale, nella predisposizione di un “piano” di gestione della crisi. In particolare, con riferimento soprattutto all’accordo di ristrutturazione, la originaria stesura dell’art. 182-*bis* aveva lasciato generalmente insoddisfatti gli interpreti per la mancanza di spunti ermeneutici capaci di attribuire ai possibili finanziatori un grado di relativa certezza nella assunzione del rischio di credito. Per quanto la disciplina dell’accordo di ristrutturazione (ed anche quella del piano di risanamento attestato) prevedesse una specifica protezione (sotto forma di esenzione) dall’azione revocatoria, nessuna disposizione prevedeva un regime di prededuzione per i crediti sorti in occasione del finanziamento alla “gestione privatistica dell’insolvenza”.²

In particolare, nulla si disponeva in merito alla eventuale prededuzione da riservarsi al credito concesso nell’ambito di un accordo di ristrutturazione: l’art. 111, comma 2, considerava (e ancora considera) infatti prededucibili i crediti così specificamente qualificati da una legge o quelli sorti “in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge”, ed il problema della concorsualità degli accordi (tutt’ora ben lontano dal trovare una soluzione condivisa), ha sempre condizionato ogni possibilità di applicazione della norma appena ricordata, salvo a tentare, nel riconoscimento della “non concorsualità”, una interpretazione estensiva od analogica della disposizione³ o a ritenere che l’accordo di

² *Contra* R. CUONZO, *L’evoluzione legislativa del diritto preconcorsuale dell’economia*, Napoli, 2012, secondo cui prima dell’intervento del legislatore del 2010 “la concessione della nuova finanza non poteva essere considerata come uno dei contenuti possibili degli accordi di ristrutturazione dei debiti”.

³ In questa prospettiva A. VICARI, *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 491-496

ristrutturazione assumesse la natura di procedura concorsuale per effetto della omologazione, con conseguente applicazione dell'art. 111 l. fall.⁴.

Né il risultato della prededuzione avrebbe potuto conseguirsi invocando il principio della consecuzione, stante il diverso presupposto oggettivo dell'accordo rispetto al fallimento (tanto più ove si ritenga che lo "stato di crisi", in questo caso, non ricomprenda anche l'insolvenza)⁵; ed anche alla luce della circostanza che nessuna sorveglianza sulla gestione dell'impresa successivamente alla omologazione dell'accordo viene attribuita "a chicchessia"⁶.

Pur apparendo evidente che la mancanza di una previsione esplicita condizionasse negativamente, ed in grande misura, l'applicazione concreta dell'istituto, neppure il legislatore del "correttivo 2007" aveva ritenuto di dover stabilire alcunché al riguardo, pur esprimendo rammarico, nella *Relazione*, per la mancata, "auspicata diffusione" dell'istituto degli accordi.

Non così, evidentemente, per il concordato preventivo: vuoi per la sua indiscussa natura concorsuale (che avrebbe reso possibile l'applicazione dell'art. 111 l. fall.), vuoi per la presenza di una disciplina relativa agli atti di ordinaria/straordinaria amministrazione compiuti "durante la procedura di concordato" (ed, in particolare, relativa ai "mutui"), contenuta nel secondo comma dell'art. 167 l. fall..

Il quadro ha iniziato a subire delle modifiche per effetto dell'intervento del legislatore del 2010 che, attraverso l'art. 48 del d.l. n. 78, introduceva un nuovo art. 182-*quater* (poi parzialmente modificato ad opera del d.l. n. 83 del 2012), articolo nel quale venivano individuate due tipologie di finanziamenti.

In particolare, il primo comma di tale articolo stabiliva che "i crediti derivanti da *finanziamenti in qualsiasi forma effettuati* da banche e

⁴ E' questa la prospettiva fatta propria da A. PALUCHOWSKI, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., 916.

⁵ G. LO CASCIO, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, cit., 995.

⁶ Così S. BONFATTI, in S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006, 310; nonché in S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, 477-478. Nel senso della impossibilità di riconoscimento della prededucibilità anche A. JORIO, *Accordi di ristrutturazione e piani di risanamento*, cit., 104.

intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, *in esecuzione* di un concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111”.

Si stabiliva in tal modo un quadro normativo volto a favorire l'erogazione della nuova finanza, incentivando l'intervento degli intermediari professionali, pur nel contesto di un aumentato rischio di credito, attraverso la previsione della prededuzione accordata ai finanziamenti da essi concessi⁷. Di più: tale previsione andava “naturalmente” a fondersi con la già disciplinata esenzione dalla azione revocatoria, realizzando così quella intrinseca correlazione che la dottrina ha ritenuto dover sussistere tra prededuzione e esenzione dalla revocatoria⁸. Il contenuto del primo comma del nuovo art. 184-*quater* veniva ritoccato a distanza di due anni dalla sua introduzione, con la eliminazione della previsione che i finanziamenti dovessero necessariamente essere effettuati da banche o intermediari finanziari: soluzione, quest'ultima, invero criticata dalla dottrina più sensibile, la quale non ha mancato di evidenziare come non avrebbero potuto ritenersi sussistenti profili di disparità di trattamento tra creditori, considerato, non da ultimo, il carattere di “bene giuridico tutelato a livello subprimario dall'art. 47, comma 1, seconda parte, Cost.” da

⁷ A. GUIOTTO, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, in *Fallimento*, 2017, 1065, dopo aver evidenziato che, normalmente, la nuova finanza richiesta ai creditori bancari è proporzionale alla esposizione chirografaria di questi, rileva che tale “regola” può trovare una eccezione laddove ricorrano “specifiche e maggiori tutele”, quali, come nel caso che ci occupa, il riconoscimento della prededuzione.

⁸ C. COSTA, *Esenzione dall'azione della revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese*, in *Dir. fall.*, 2010, I, 538. D'altro canto, risultava non giustificabile una situazione nella quale, da un lato, si esentavano da revocatoria i pagamenti di crediti derivanti da atti di esecuzione del piano e si privasse di tutela il creditore per il caso in cui l'imprenditore non avesse ritenuto di effettuare quei pagamenti: in questa prospettiva S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, 570. Efficacemente parla di “regola di correlazione disciplinare, in rapporto di complementarietà, fra esenzione da revocatorie e prededuzione” A. CASTIELLO D'ANTONIO, *I chiaroscuri della riforma del diritto preconcorsuale italiano*, in S. BONFATTI – G. FALCONE (a cura di), *Le procedure di composizione negoziata delle crisi e del sovraindebitamento*, Milano, 2014, 137-138.

riconoscersi al “credito professionale”⁹; senza contare che la ragguardevole “espansione” dei crediti prededucibili, come è stato esattamente evidenziato, corre il rischio di determinare un danno per i creditori per titolo o causa anteriore, che vedranno seriamente pregiudicata la possibilità di conseguire un qualche soddisfacimento¹⁰ (tanto più che: a) neppure la prededuzione in sé costituisce garanzia di sicuro recupero dei crediti nell’eventuale, successivo, fallimento¹¹, atteso che dovrà comunque consentirsi ai creditori ipotecari e pignoratizi di realizzare a proprio favore ed intangibilmente, i beni dati in garanzia; b) in caso di insufficienza al soddisfacimento di tutti i crediti prededucibili dovrà operare anche tra questi il principio di graduazione; e c) il pagamento non potrà avvenire al di fuori del procedimento di riparto, stante il riferimento, compiuto dall’art. 111-bis, co. 3, l. fall., ai soli crediti sorti nel corso del fallimento)¹².

⁹ R. CUONZO, *L’evoluzione legislativa del diritto preconcorsuale dell’economia*, cit., 54; la critica è condivisa da A. CASTIELLO D’ANTONIO, *I chiaroscuri*, cit., 134. Considerazioni negative in merito alla scelta di eliminare il riferimento ai finanziatori professionali anche in G. STAIANO, *Il sostegno finanziario delle imprese in crisi: i finanziamenti bancari*, in S. BONFATTI – G. FALCONE (a cura di), *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento*, Milano, 2014, 108-109, il quale evidenzia il pericolo di un significativo aumento dei crediti in prededuzione, tale da rendere meno efficace questo strumento per garantire i finanziatori; critico con la eliminazione del riferimento ai finanziatori professionali anche A. PISANI MASSAMORMILE, *La prededuzione ed i finanziamenti alle imprese in crisi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, I, 7, il quale invece evidenzia come sia proprio il finanziatore istituzionale a saper valutare (o dover saper valutare) “se e quali margini di ripresa l’impresa realmente presenti e quindi se ed in che misura possa essere produttivo erogare credito in suo favore”.

¹⁰ In questa prospettiva A. CASTIELLO D’ANTONIO, *I chiaroscuri*, cit., 135, il quale evidenzia come tale aspetto sia stato preso in considerazione anche dalla giurisprudenza, portando ad esempio Trib. Terni 14 gennaio 2013. Una considerazione critica per il “proliferare” delle previsioni di prededuzione anche in A. PISANI MASSAMORMILE, *op. ult. cit.*, 7.

¹¹ Così ancora A. CASTIELLO D’ANTONIO, *Riflessioni sparse sul diritto preconcorsuale rivisitato*, introduzione a R. CUONZO, *L’evoluzione legislativa del diritto preconcorsuale dell’economia*, cit., XII. Analogamente G. BUCCARELLA, *I “nuovi” accordi*, cit., 153-154.

¹² Sotto altra prospettiva, M. L. VITALI, *Finanza “ponte”, finanza “in esecuzione” e “interinale” (ossia il puzzle della disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi): appunti*, in *Contratto e impresa*, 2015, 185-186, pur rilevando che la modifica si muove nella finalità di creare un vero e proprio “mercato della nuova finanza”, evidenzia peraltro la possibilità di “asimmetrie informative” tra intermediari vigilati

La previsione appena ricordata ha posto (e pone) una molteplicità di temi interpretativi, che, ad oggi, devono essere presi in considerazione anche come possibile “chiave di lettura” del prossimo intervento del legislatore in attuazione della legge delega n. 155.

Se, con tutte le riserve in merito all’assetto definitivo che assumerà la riforma, si prende in considerazione lo schema di CCI da poco diffuso, la norma di riferimento diventa l’art. 101, che recita: “*quando è prevista la continuazione dell’attività aziendale, i crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati, ivi compresa l’emissione di garanzie, in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ed espressamente previsti nel piano ad essi sottostante sono prededucibili*”.

Lasciando ad un momento successivo l’esame del secondo comma dello stesso articolo (relativo alla “successione” di procedure concorsuali o esecutive), è possibile effettuare una prima ricognizione dei nuclei problematici della disciplina: che, a ben vedere, risultano individuabili in quello del finanziamento inteso come contratto, da un lato; ed in quello del riconoscimento della prededuzione, dall’altro.

Alcuni di questi temi, nella prospettiva della riforma, si ripropongono in termini affatto coincidenti rispetto a quanto accade nella ancora vigente legge fallimentare; altri sono sostanzialmente “inediti”, e sono legati proprio alle innovazioni contenute nello schema di decreto di attuazione della legge delega.

3. Il “finanziamento in esecuzione” come contratto

3.1. Le tipologie contrattuali

Il primo tema di natura negoziale posto dall’art. 182-*quater*, co. 2 riguarda la nozione stessa di finanziamento che qui viene presa in considerazione¹³. A tale riguardo, all’espressione “*finanziamenti in*

e altri finanziatori. Per una interpretazione nel senso di ricomprendere anche i finanziamenti effettuati prima dell’omologazione, ma dopo il deposito dell’accordo di ristrutturazione, L. MORELLINI, *L’art. 182 quater l. fall.: novità e criticità*, in *Fallimento*, 2011, 901.

¹³ Secondo S. SANZO, *Il finanziamento delle imprese in crisi*, in F. GALGANO (diretto da), *Le operazioni di finanziamento*, Bologna, 2016, 1484-1485, il tema delle

qualsiasi forma effettuati” sembra doversi fare corrispondere un significato quanto mai ampio, e ciò non tanto e non soltanto per il fatto che, da tempo, il legislatore fa un uso normalmente “atecnico” del termine (significativo, al riguardo, l’utilizzo della nozione di “finanziamento” all’interno della disciplina delle “particolari operazioni di credito” contenuta negli artt. 38 ss. del Testo Unico Bancario), ma anche in ragione della circostanza che – per effetto della “novella” del 2012 – legittimati alla erogazione non sono più soltanto gli intermediari bancari o finanziari: sicché non soltanto dovranno ricomprendersi all’interno di tale espressione tutti i contratti caratterizzati da una causa di credito rientranti nella operatività di detti ultimi soggetti, ma anche quelli che non presuppongano una specifica qualità soggettiva in capo al soggetto finanziatore¹⁴. Una interpretazione che prescinda dalla “tipologia” di finanziamento è stata adottata recentemente anche dalla Suprema Corte¹⁵. Anche il legislatore della riforma sembra condividere questa ricostruzione, dal momento che nel testo dell’art. 101 dello schema di decreto di attuazione recentemente diffuso, si parla di “crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati, *ivi compresa l’emissione di garanzie*”.

tipologie contrattuali apparirebbe “meno problematico”, rilevando unicamente che il negozio prescelto sia sorretto da una causa di finanziamento.

¹⁴ Secondo M.L. VITALI, *Finanza “ponte”*, 197, si potrebbe anche ipotizzare la ricomprensione all’interno della nozione di “finanziamento” fatta propria dalla norma delle emissioni dei c.d. “minibond”. Anche L. MORELLINI, *L’art. 182 quater l. fall.: novità e criticità*, cit., 900, patrocinava una interpretazione estensiva del concetto di finanziamento, tale da ricomprendere anche la dilazione di pagamento, o il mantenimento o la proroga del credito già concesso. Secondo S. SANZO, *op. cit.*, 1506, possono rientrare nella categoria dei finanziamenti in discorso “tutti i rapporti negoziali cui sia sottesa la causa di sovvenzione finanziaria in favore dell’impresa della cui ristrutturazione si tratta”.

¹⁵ Il riferimento è a Cass. Civ., 2 febbraio 2018, n. 2627, in *Il caso.it.*, che ha affermato che nella previsione normativa è da considerarsi compresa “qualunque tipologia di sostegno finanziario tesa a realizzare, nei fatti una forma di finanziamento”. In particolare, la Corte, dopo aver quindi precisato che sono possibili anche “forme tecniche diverse da quelle tipiche del mutuo”, ha ritenuto che “l’ampiezza della previsione e la ratio compensativa del rischio di credito per il finanziatore, volta a incentivare, con la prededucibilità, l’erogazione a sostegno dell’impresa, consentono di affermare che tra le ipotizzate forme tecniche di sostegno finanziario rientrano anche le garanzie fideiussorie”.

Anche modifiche apportate convenzionalmente a linee di credito già in essere sembrano potersi sussumere sotto la specie dei finanziamenti in discorso, almeno nella misura in cui le modifiche intervengano nel senso di dilazionare nel tempo le obbligazioni restitutorie.

Un ragionamento più articolato meriterebbe la questione della sussumibilità, sotto la specie dei finanziamenti “in esecuzione”, anche delle linee di credito già concesse e derivanti da contratti pendenti. Il problema, più in particolare, si pone per il caso del concordato preventivo, perché – ove dovesse ritenersi che, alla luce di quanto previsto dall’art. 169-*bis* l. fall., il contratto prosegua, nonostante l’apertura della procedura – ai crediti sorti nel contesto di quest’ultima dovrebbe riconoscersi la prededuzione. Pertanto si è ritenuto che anche in questo caso la disciplina dell’art. 182-*quater* operi come disciplina speciale, con il risultato di ritenere prededucibili unicamente le linee di credito quando ricorrano i presupposti stabiliti da quell’articolo¹⁶. Con l’aggiunta che se il contratto di credito dovesse consistere in una linea c.d. “autoliquidante” (normalmente considerata rientrare nell’ambito della ordinaria amministrazione), neppure rileverebbe l’appartenere il finanziamento a tale specie, dovendo comunque trovare applicazione la disciplina speciale¹⁷.

Sempre con riferimento ai profili contrattuali del finanziamento, è opportuno evidenziare come anche la giurisprudenza abbia optato per una nozione molto generale: tanto generale da far ritenere che l’espressione “in qualsiasi forma concessi” sia capace di ricomprendere anche le linee di credito concesse non già all’impresa in crisi, ma ad un terzo soggetto (il caso concretamente oggetto di attenzione è stato

¹⁶ S. BONFATTI, *I presupposti e gli effetti*, cit., 9. In questo senso, la precisazione contenuta nel comma 2 dell’art. 99 dello schema di CCI (“Finanziamenti prededucibili autorizzati prima dell’omologazione del concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti”), secondo cui “la richiesta può avere ad oggetto anche il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda di cui al comma 1” dovrebbe considerarsi espressione di una regola che opererebbe comunque, ancorché non esplicitata (come, per l’appunto, per il caso dei finanziamenti “in esecuzione”): laddove il “mantenimento” deve essere interpretato come “mantenimento in un regime di prededuzione”.

¹⁷ In questa prospettiva Trib. Perugia, 16 novembre 2017, in *Il caso.it*, che ha affermato il principio per cui “i crediti per nuova finanza in esecuzione frutto anche del mantenimento, autorizzato, delle linee di credito esistenti, sono prededucibili ex articolo 111 l. fall.”.

quello del finanziamento concesso ad una *newco*¹⁸ sull'assunto che, nell'accordo, ne era "contemplata la presenza e la partecipazione come strumento di risoluzione della crisi cui il piano di concordato o l'accordo ex art. 182 bis si riferisce").

3.2. Il finanziamento "in esecuzione" come "mutuo di scopo legale"

Tuttavia c'è da aggiungere che, dal punto di vista della terminologia, i finanziamenti "in esecuzione" paiono soddisfare anche i requisiti più stringenti che alla nozione di finanziamento ha tradizionalmente associato la giurisprudenza, vale a dire quelli che identificano il "finanziamento" come "mutuo di scopo": si tratta, infatti, di negozi di credito in cui – proprio per il legame con la "esecuzione" di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione - la destinazione della somma finanziata costituisce oggetto di una specifica obbligazione gravante sul finanziato, ulteriore rispetto a quella restitutoria. Più in particolare, si è in presenza di un mutuo di scopo "legale", essendo la destinazione della somma finanziata impressa non soltanto dalla volontà delle parti, ma anche, prima ancora, direttamente dalla previsione di legge.

Un ulteriore aspetto merita però di essere indagato: del mutuo di scopo legale, infatti, viene normalmente predicata la caratteristica della "consensualità". E' da chiarire se i finanziamenti in parola rispettino anche tale ultimo requisito: per rispondere a tale interrogativo, peraltro, occorre previamente prendere posizione su alcune questioni connesse, che sono rappresentate dalla individuazione del momento della concessione, e di quello della erogazione (sul punto, v. *infra*, § 3.3.)

Quanto alla "destinazione" dei finanziamenti effettuati in esecuzione di un concordato, si pone poi il problema dell'utilizzo del finanziamento

¹⁸ Si tratta di Trib. Milano, 5 ottobre 2017, in *GiustiziaCivile.com*, 23 marzo 2018, con nota di GOMMELLINI, *Crediti da finanziamenti in favore di una newco in esecuzione di accordo di ristrutturazione dei debiti omologato: prededucibilità ex art. 182-quater l. fall.* Si trattava di un caso in cui alla *newco* era stata trasferita l'azienda, con tutte le attività e parte delle passività: essa quindi diventava uno strumento per la continuazione dell'attività di impresa e, dunque, di attuazione dell'accordo omologato. La circostanza che il finanziamento venga effettuato in favore della *newco* cessionaria delle attività dell'impresa in crisi fa sì, poi, che la prededuzione "investa" il medesimo patrimonio dell'imprenditore. Ovviamente, in tal caso, la prededuzione rileva nel caso della procedura concorsuale che dovesse investire la stessa *newco*.

in coerenza con l'ordine dei privilegi: sul punto, la possibilità di una destinazione dei finanziamenti anche al pagamento dei creditori chirografari – con possibile alterazione dell'ordine dei privilegi - è stata talora messa in discussione¹⁹: ma si ritiene che la sottoposizione della erogazione alla condizione sospensiva della omologa dell'accordo, lo renda comunque vincolato alla realizzazione della liquidazione concordataria²⁰. Anche in dottrina i finanziamenti in discorso sono stati concepiti come quelli intesi a “supportare degli investimenti funzionali al processo di risanamento ovvero a pagare uno o più creditori secondo quanto previsto nel piano o nella proposta concordataria”²¹.

La circostanza dell'essere il finanziamento “in esecuzione” riconducibile alla categoria del finanziamento di scopo, da ultimo, risulta essenziale, come si tenterà di evidenziare, anche in ragione della distinzione tra questa tipologia di finanziamento alla impresa in crisi, dalle altre previste dallo stesso art. 182-*quater* e dall'art. 182-*quinquies*.

3.3. Aspetti temporali relativi alla concessione del finanziamento

Il tema relativo al momento nel quale il finanziamento deve essere perfezionato ed erogato è forse quello che ha maggiormente sollevato disparità di interpretazioni. La norma di legge, al riguardo, è apparentemente atecnica e alquanto generica: si fa infatti riferimento ai finanziamenti “effettuati” (e l'utilizzo di questo aggettivo appare tanto più significativo e vistoso, in quanto nel comma successivo – dove sono disciplinati i finanziamenti “in funzione” - viene riferito al finanziamento il diverso aggettivo “erogato”).

Al di là di questo, il concetto di “esecuzione” di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione omologato lascia propendere per una “effettuazione” del finanziamento che si ponga come *conseguente* alla omologazione: e, quindi, almeno *logicamente*, *se non anche temporalmente*, successiva.

Probabilmente, la necessità di “categorizzare” le diverse tipologie di finanziamenti in prededuzione può avere indotto, talora, a separare rigidamente le singole ipotesi di finanziamento dal punto di vista della

¹⁹ Trib. Pesaro, 13 novembre 2014, in *Il caso.it*, Sez. giurisprudenza, 11917.

²⁰ Trib. Monza, 5 novembre 2014, in *Il caso.it*, sez. giurisprudenza, 11589.

²¹ F. NIEDDU ARRICA, *Finanziamento e sostenibilità dell'indebitamento dell'impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 838.

individuazione dell'ambito temporale riferibile a ciascuna di esse, ponendo così un "problema di confini"²² non soltanto sotto il profilo sostanziale, ma, per l'appunto, anche sotto quello temporale.

Orbene, a dispetto delle apparenze, la tipologia dei finanziamenti "in esecuzione" di un accordo di ristrutturazione o di un concordato preventivo è forse paradossalmente, tra tutte, quella che meno si presta ad univoche ed invalicabili collocazioni temporali (a riprova, le molteplici e quanto mai differenziate conclusioni che, in punto di tale collocazione, sono state raggiunte dagli interpreti²³). In questa direzione depongono anche le scelte lessicali del legislatore, che solo con riferimento a tali finanziamenti ha utilizzato il termine "effettuati" e non già "erogati" o "stipulati". Non sembra che questo possa considerarsi il frutto di sciatteria linguistica o di scarsa attenzione dedicata all'aspetto semantico: infatti, come appena ricordato, dove il legislatore ha voluto essere più preciso, soltanto un comma dopo, lo ha fatto, ed ha parlato di finanziamenti "erogati" (riferendosi ai cc.dd. "finanziamenti ponte"). Di più: il anche il legislatore del CCI ha ritenuto di confermare la scelta lessicale già compiuta nell'art. 182-*quater*, co. 1.

Il riferimento ad un finanziamento "effettuato" sembra suggerire il richiamo al risultato finale della operazione, e non ad una precisa collocazione temporale: nondimeno il finanziamento, anche a seconda della natura consensuale o reale del contratto, potrebbe presentare delle scansioni temporali più articolate. In particolare, si potrebbero in astratto ipotizzare diverse situazioni:

²² Di "problema di confini" parla A. PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, 6-10. Sul tema delle possibili "classificazioni" dei finanziamenti in prededuzione v. S. FORTUNATO, *Considerazioni sul finanziamento alle imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 587 ss.

²³ Secondo A. PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, 9, si tratterebbe di finanziamenti che, a prescindere dal momento della erogazione, sono concessi prima della domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione, ma visti come modalità di adempimento di quanto previsto nel piano o nell'accordo. Essi dovrebbero essere indicati nel piano, ed erogati dopo l'omologazione. Più precisamente, secondo l'A., i finanziamenti in discorso dovrebbero essere erogati dopo la pubblicazione della domanda nel Registro delle Imprese e prima dell'ammissione al concordato o dell'omologa. Secondo NIEDDU ARRICA, *op. cit.*, 840, invece, si tratterebbe di finanziamenti contratti dopo l'omologazione del concordato o dell'accordo.

a) nella ipotesi più “semplice”, il finanziamento è stato deliberato, concesso, perfezionato ed erogato dopo la omologazione del concordato o dell’accordo di ristrutturazione;

b) in una seconda ipotesi, il finanziamento è stato perfezionato prima della omologazione, ma erogato successivamente, in quanto concepito sotto specie di contratto consensuale condizionato (alla omologazione); a tale ipotesi parrebbe assimilabile quella in cui il finanziamento sia stato già “deliberato” dal finanziatore prima della omologazione, ma non ancora perfezionato, con la presenza, però, di un impegno irrevocabile del finanziatore ad erogare il finanziamento: detto impegno verrebbe formalizzato prima del deposito dell’accordo di ristrutturazione, e non sarebbe condizionato a futura valutazione discrezionale al momento del perfezionamento²⁴: deve quindi esservi la “certezza” della futura erogazione in caso di omologazione. E’ stata peraltro avanzata anche una opzione interpretativa ulteriore, ritenendosi che, al fine di poter concepire un finanziamento “in esecuzione”, neppure sia necessario che, prima della omologazione, il finanziatore abbia assunto un impegno irrevocabile alla relativa erogazione²⁵. Tale impostazione – pare di poter comprendere – muove da una applicazione, per così dire, “analogica” di una previsione che è contenuta nel secondo comma dell’art. 182-*quinquies* che, con riferimento alla autorizzazione alla contrazione di finanziamenti in occasione della presentazione di una domanda di ammissione al concordato preventivo o di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione (o di una proposta di accordo), stabilisce che l’autorizzazione “può riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative”. Rileverebbe, cioè, al riguardo, al fine di munire i finanziamenti della prededucibilità, (anche soltanto) la circostanza di essere “chiaramente strumentali, per importo, caratteristiche e tempistica di concessione, all’esecuzione dell’accordo di ristrutturazione”²⁶;

²⁴ Così ancora M.L. VITARI, *Finanza “ponte”*, cit., 196. Analogamente A. PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, 5.

²⁵ Tale impostazione è rinvenibile all’interno delle *Linee-guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, elaborate dalla Università degli Studi di Firenze, dal CNDCEC e da Assonime, nella loro seconda edizione del 2015, p. 62.

²⁶ Così ancora le citate *Linee-guida*.

c) in una terza, più controversa, ipotesi, il finanziamento è stato concesso, perfezionato ed erogato prima della omologazione, ma dopo il deposito del piano di concordato (o dell'accordo) in cancelleria (essendo in tal caso evidentemente la prededuzione subordinata al successivo ed incerto evento della omologazione);

d) viene poi prospettata anche l'ipotesi in cui il finanziamento sia stato concesso e stipulato anche prima del deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo²⁷, "leggendo" l'aggettivo "effettuato" come sinonimo di "concesso"²⁸.

Invero, astrattamente, ciascuna di tali possibili ricostruzioni, a sua volta, risulta compatibile con la ritenuta necessità (attualmente non prevista dalla legge ma condivisa dagli interpreti) che il finanziamento in esecuzione debba essere stato previamente previsto all'interno del piano di concordato o dell'accordo di ristrutturazione, e, secondo una interpretazione particolarmente rigorosa, anche già individuato nei suoi aspetti essenziali (dovrebbero comunque essere indicati gli elementi descrittivi del finanziamento ed il suo ruolo nel risanamento dell'impresa²⁹): la compatibilità, evidentemente, risulta, nelle prime tre ipotesi, dal fatto che in tutte le ipotesi prese in rassegna l'iter di perfezionamento del finanziamento risulta successivo al deposito del piano di concordato o dell'accordo; si è ipotizzato, però, anche che il piano possa fare riferimento ad un finanziamento già stipulato³⁰.

Vi è evidentemente da aggiungere che quella che oggi è una particolare (ancorché prevalente) interpretazione della norma di cui all'art. 182-*quater*, co. 1, sarà domani una previsione esplicita di legge, giacché, nello schema di decreto legislativo attualmente diffuso, il primo comma dell'art. 101 richiede che i finanziamenti siano

²⁷ A. PISANI MASSAMORMILE, *La prededuzione ed i finanziamenti alle imprese in crisi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, I, 1 ss.

²⁸ A. PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, 5. Non così in giurisprudenza: per Trib. Modena, 16 dicembre 2014, ne Ilcaso.it, i finanziamenti "in esecuzione" sono "contratti" successivamente alla omologazione.

²⁹ M. L. VITALI, *Finanza "ponte"*, cit., 195.

³⁰ Sul punto deve ricordarsi che talora la giurisprudenza ha equiparato il concetto di "esecuzione" del piano a quello di "puntuale previsione" all'interno del piano: così Trib. Milano, 23 settembre 2013, n. 9362, in *Fallimentopiù.it*, 24 aprile 2014.

“*espressamente previsti nel piano ad essi sottostante*” (sul punto, v. *infra*).

Alla luce delle ipotesi astrattamente formulate, il rilievo dell'elemento *temporale* (riferito alla “effettuazione” del finanziamento) sembrerebbe ridimensionato, mentre resterebbe invece determinante quello *logico* (che emerge nel necessario riferimento al piano): è in questa prospettiva che anche la Suprema Corte ha recentemente evidenziato come – ancorché il riferimento esplicito sia contenuto unicamente nel secondo comma dell'art. 182-*quater* – anche nei finanziamenti “in esecuzione” debba sussistere un nesso di “funzionalità”³¹; ed è evidentemente su questo nesso (che precede e condiziona la vera e propria esecuzione) che potrà pronunciarsi – se emergente dal piano – il professionista. La prevalenza dell'elemento logico su quello temporale consente anche di operare un discrimine del finanziamento in “esecuzione” rispetto ad altre tipologie di finanziamento che potrebbero, nella loro operatività, “sovrapporsi” temporalmente al primo.

Ed infatti:

a) ammettere che un finanziamento possa essere stato anche erogato prima della presentazione della domanda di concordato o di omologazione dell'accordo potrebbe porre un problema di sovrapposizione con la fattispecie prevista e disciplinata dall'art. 182-*quater*, co. 2, relativo ai cc.dd. “finanziamenti ponte”;

b) ammettere che un finanziamento possa essere stato anche erogato dopo la presentazione della domanda di concordato o di omologazione dell'accordo e prima di quest'ultima, potrebbe porre un analogo problema di sovrapposizione con la fattispecie oggetto dell'art. 182-*quinquies*, che prende in considerazione finanziamenti la cui contrazione viene autorizzata dal tribunale in forza della richiesta contenuta nella domanda di concordato preventivo o di omologazione dell'accordo (o della proposta di accordo).

Ciò che distinguerebbe in finanziamento “in esecuzione” o quello “autorizzato” in occasione della domanda di concordato o di omologazione dell'accordo, o del preaccordo, in definitiva, non sarebbe

³¹ Cass, Civ., Sez. I., 2 febbraio 2018, n. 2627, in *Il caso.it*, esprime il principio per cui la valutazione di “funzionalità” deve ritenersi insita nel provvedimento di omologazione.

il momento in cui l'iter di perfezionamento del finanziamento ha a svolgersi, ma, essenzialmente, *la finalità* del finanziamento. Anche sotto questo profilo pare quindi riconfermata, ed anzi rafforzata la ricostruzione dei finanziamenti in discorso come crediti di scopo (legale). Questo rafforzamento, nella prospettiva della riforma operata dal CCI, risulta ancora più evidente nel momento in cui la disposizione in materia di finanziamenti “in esecuzione” limita ora il suo ambito oggettivo di applicazione soltanto ai casi in cui “è prevista la continuazione dell'attività aziendale”.

4. *La prededuzione nei finanziamenti “in esecuzione”*

Per procedere ad un primo e superficiale esame delle disposizioni, relative alla materia della prededuzione e riferite ai finanziamenti “in esecuzione”, giova comunque prendere le mosse dai principi enunciati nella legge delega, che sono sostanzialmente riconducibili al riconoscimento della “stabilità alla prededuzione dei finanziamenti autorizzati dal giudice”, ma nello stesso tempo, anche al “contenimento delle ipotesi di prededuzione” (oltre che al “riordino” alla “semplificazione delle varie tipologie di finanziamento alle imprese in crisi”), per poi domandarsi se, ed in che misura, lo schema di “codice” faccia effettivamente proprie e realizzi tali istanze. Per far questo, però, occorre prima rievocare, sia pur schematicamente, il quadro normativo risultante dalla legge fallimentare e ad oggi (ancora) vigente.

4.1. *Il quadro “ante riforma”*

Il punto critico della disciplina “pre-riforma” era stato puntualmente individuato nella difficoltà di stabilire il criterio di raccordo tra la disciplina generale della prededuzione, contenuta nell'art. 111, co. 2, 1. fall., e le singole ipotesi di “prededucibilità” di cui alle singole previsioni di legge riferite ai finanziamenti alle imprese in crisi³².

Infatti, si evidenziava che i due criteri fissati dall'art. 111, co. 2, 1. fall. – l'essere il credito sorto “*in occasione o in funzione*” di una procedura concorsuale; o l'avere il credito riconosciuta la prededuzione

³² S. BONFATTI, *I presupposti e gli effetti del sostegno finanziario alle imprese in crisi. Uno sguardo d'insieme*, in *dirittobancario.it*.

in forza di una “*specifica disposizione di legge*” – avrebbero dovuto regolare la materia della prededuzione in maniera diversa, almeno per quanto riguarda il concordato preventivo, la cui natura concorsuale è indiscussa. Alla luce degli attuali arresti giurisprudenziali (non poco avversati, in verità, dagli interpreti), la medesima soluzione potrebbe valere anche per gli accordi ristrutturazione, ove se ne riconoscesse, per l'appunto, la concorsualità³³. Altrimenti, avrebbe dovuto soccorrere una

³³ Benché il dibattito sulla natura concorsuale o (soltanto) privatistica degli accordi di ristrutturazione rimonti all'indomani della introduzione di tale istituto (con una prevalenza delle opinioni intese ad escludere la concorsualità degli accordi), un nuovo impulso al confronto è stato segnato da una serie di pronunce della Suprema Corte, che, invece, hanno affermato quella “concorsualità”. In questa prospettiva, Cass. Civ., 25 ottobre 2017, nn. 1182 (in *Fallimento*, 2018, 285 ss., con nota di FABIANI, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*) e 1896; Cass. Civ., 12 aprile 2018, n. 9087, in *Fallimento*, 2018, 984 ss., con nota di TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una “procedura concorsuale”: la Cassazione completa il percorso*; e ancora Cass. Civ., 24 maggio 2018, n. 12965, in *Giust. Civ. Mass.*, 2018

In dottrina, in senso critico rispetto a quanto affermato nelle pronunce della Suprema Corte da ultimo citate, S. BONFATTI, *La natura giuridica dei “piani attestati di risanamento” e degli “accordi di ristrutturazione”*, in *Il caso.it*, gennaio 2018, nonché in *Dir. banc.*, 2018, I, 175 ss.; ID, *La natura giuridica degli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. dir. banc.*, www.dirittobancario.it, 2018; ID, *Ancora sulla natura giuridica degli accordi di ristrutturazione*, in *Il caso.it*, febbraio 2018; ID, *Estraneità degli accordi di ristrutturazione alla “sfera della concorsualità” in materia di prededuzione*, in *Il caso.it*, luglio 2018.

In senso adesivo, invece, al nuovo orientamento della Suprema Corte, M. ARATO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra la giurisprudenza della Cassazione e il Codice della Crisi e dell'Insolvenza*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 9 ottobre 2018.

Ritiene che si possa prescindere dalla necessità di “catalogare” nell'un senso o nell'altro gli accordi di ristrutturazione, per adottare invece un criterio “funzionalistico”, M. FABIANI, *Dal codice della crisi d'impresa agli accordi di ristrutturazione senza passare da Saturno*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 14 ottobre 2018.

Anche la giurisprudenza di merito si è talora mostrata critica nei confronti delle conclusioni raggiunte dalla Suprema Corte: in particolare si segnalano due gruppi di pronunce del Tribunale di Reggio Emilia (14 e 15 febbraio 2018, in *Il caso.it*, febbraio 2018; 21 e 22 marzo 2018, 17 luglio 2018, in *Il caso.it*, luglio 2018; e Trib. Udine, 9 gennaio 2018, *Il caso.it*). In senso negativo rispetto alla concorsualità degli accordi di ristrutturazione anche Trib. Reggio Emilia, 19 ottobre 2017, n. 5616, su cui J. PAOLONI, *La natura prevalentemente privatistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Nota a Tribunale di Reggio Emilia, Sezione Fallimentare, 19 ottobre 2017, n. 5616*, in *Riv. dir. banc.*, www.dirittobancario.it, 2018.

“specifica disposizione di legge” (quale appunto quella, riferita al caso che qui ci occupa, contenuta nel primo comma dell’art. 182-*quater* 1. fall.).

Nondimeno, il legislatore ha creato una sorta di “binario concorrente”, dacché ha senz’altro inserito una “*specifica disposizione*” di legge per gli accordi di ristrutturazione; ma lo ha fatto anche per il concordato preventivo: sicché, quando l’atto da compiersi sia un “finanziamento”, non varrà il regime generale di cui all’art. 111, co. 2, 1. fall., sibbene, nel nostro caso, quello (più complesso) di cui all’articolo 182-*quater*. Pervero, con riferimento al concordato preventivo, la disciplina speciale sarebbe alternativa:

- anche a quella relativa al periodo “anteriore” alla ammissione al concordato (e successiva al deposito del ricorso), nel quale, in forza dell’attuale art. 161, co. 7, 1. fall., deve riconoscersi la prededuzione agli “atti legalmente compiuti dal debitore” (dove l’avverbio “*legalmente*” deve intendersi riferito ad atti compiuti direttamente dal debitore, ove di ordinaria amministrazione; e compiuti con l’autorizzazione del tribunale, ove *urgenti* e di *straordinaria amministrazione*);

- anche a quella relativa al periodo successivo alla ammissione del concordato, “governata” dal combinato disposto dell’art. 111, co. 2, e 167, co. 2, della legge fallimentare, relativamente ai “mutui” ed agli altri atti di straordinaria amministrazione.

4.2. Il “preannunciato” quadro “post riforma”

Nondimeno, non sembrerebbero venir meno i profili di “sovrapposibilità” (e, dunque, i problemi di coordinamento) con la disciplina dei finanziamenti “in esecuzione” che può leggersi nello schema di decreto di attuazione oggi disponibile. Infatti:

a) esiste una disciplina generale della prededuzione, contenuta nell’art. 6, secondo la quale “oltre ai *crediti così espressamente qualificati dalla legge*, sono prededucibili: ... (d) i crediti legalmente sorti *durante* le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore, la continuazione dell’esercizio dell’impresa, il compenso degli organi preposti e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi”. Verrebbero, pertanto, meno i criteri della “*funzionalità*” e della “*occasionalità*” rispetto alla procedura concorsuale attualmente fatti propri dall’art. 111, co. 2, 1. fall. Qui è incidentalmente da notare

che al criterio puramente temporale (“durante”), che avrebbe direttamente evocato quello della “occasionalità” di cui all’art. 111, vengono posti immediatamente dei “temperamenti” derivanti dalla causa del credito, ed anzi, più in particolare, (ancora una volta) dallo scopo del finanziamento;

b) esiste una disciplina speciale dei finanziamenti “in esecuzione”, ad oggi rinvenibile nell’art. 101 dello schema di CCI, secondo il cui primo comma *“quando è prevista la continuazione dell’attività aziendale, i crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati, ivi compresa l’emissione di garanzie, in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ed espressamente previsti nel piano ad essi sottostante sono prededucibili”*;

c) il legislatore della riforma continua a non pronunciarsi *apertis verbis* sulla concorsualità o meno dell’accordo di ristrutturazione. Per l’ipotesi in cui si dovesse ritenere esclusa detta natura, resterebbe nondimeno il criterio della prededucibilità come conseguenza di una espressa qualifica per legge (come nella previsione vigente);

d) nel caso di concordato preventivo (che, invece, continua ad essere sicuramente una procedura concorsuale), si riproduce una apparente duplicità di binario: infatti, un finanziamento in esecuzione rientrerebbe già nella prededucazione “per legge”, potendo essere funzionale ad una delle finalità ivi individuate; senonché la prededucazione assisterà il finanziamento non già *“de plano”*, in quanto, per esempio, funzionale alla continuazione dell’attività, ma *soltanto condizionatamente* al rispetto della disciplina prevista dall’art. 101: dovrà quindi essere stata prevista la continuazione dell’attività aziendale, ed *il finanziamento dovrà essere stato espressamente previsto nel piano*;

e) inoltre, sempre nel caso del concordato preventivo, nella fase anteriore alla proposizione della domanda di concordato (ma successiva a quella di accesso alla procedura), opera la previsione (art. 46 del disegno di CCI) per cui “dopo il deposito della domanda di accesso e fino al decreto di apertura” del concordato, “il debitore può compiere atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale” ed “i crediti di terzi sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili”; ed ancora, per effetto dell’art. 94 CCI, viene stabilita una disciplina in parte mutuata dal “vecchio” art. 167 l. fall., in forza della quale, dal momento della

presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo e fino all'omologazione, il debitore potrà contrarre "mutui", e, in genere, gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, purché sussista la autorizzazione scritta del giudice delegato (che può concederla prima dell'omologazione se l'atto è "funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori"). Rispetto alla precedente versione dello schema di decreto di attuazione si assiste ad un vistoso "ripensamento", giacché, secondo le previsioni della prima "bozza" di decreto, anche i "mutui" avrebbero potuto considerarsi atti di ordinaria amministrazione se "per natura e per valore rientrano nell'ordinaria attività d'impresa del debitore": precisazione che invece scompare nell'art. 94 del nuovo schema.

Dunque, anche nella nuova prospettiva la prededuzione per i finanziamenti "in esecuzione" non viene regolata dalle previsioni generali, ma da quelle speciali, all'interno delle quali, oltre al requisito della continuazione della attività aziendale, compare quello della *previsione espressa del finanziamento all'interno del piano*.

A tale ultimo riguardo, è pur vero, però, che tale (nuova) previsione si pone in linea con l'orientamento prevalente manifestato, con riferimento all'ormai vecchio art. 182-*quater*, dalla giurisprudenza³⁴, pur se con alcune talora vistose eccezioni³⁵; ma, nello stesso tempo, come è stato efficacemente evidenziato, non appare appagante, dal momento che le esigenze finanziarie sottese alla esecuzione del

³⁴ Trib. Milano, 23 settembre 2013, in *Fallimentopiù.it*, 24 aprile 2014, secondo cui "la disposizione di cui all'art. 182-*quater*, comma 1, l. fall., non ha efficacia retroattiva, anche perché non riconosce la prededucibilità a qualunque credito da finanziamento sorto nel corso dell'esecuzione del concordato, ma richiede che il finanziamento sia effettuato in esecuzione di tale procedura, ossia che il medesimo sia puntualmente previsto nel piano concordatario omologato. Analogamente Trib. Milano, 9 febbraio 2015, in *Il caso.it*, e, più recentemente, Cass. Civ., 21 giugno 2018, n. 16347.

³⁵ Il riferimento è a Cass. Civ., 10 gennaio 2018, n. 380, in *Fallimento*, 2018, (4), 417 ss., con nota di NARDECCHIA: questa pronuncia ha ritenuto "irrilevante" la previsione nel piano, in quanto "nel corso dell'esecuzione del concordato, e proprio allo scopo di darvi adempimento" il debitore può trovarsi "nella necessità di contrarre nuove obbligazioni, che, in tal caso, (...) devono senz'altro ritenersi sorte "in funzione" della procedura".

concordato potrebbero richiedere finanziamenti non prevedibili “in partenza”³⁶.

Mentre quindi risulta confermato il principio della individuazione del finanziamento all’interno del piano o dell’accordo, il legislatore del CCI non prende posizione – probabilmente per essere i punti ormai “smarcati” – in merito: a) alla non necessarietà di una valutazione di funzionalità da parte del giudice (assorbita dalla attestazione del professionista³⁷); e b) alla non necessarietà di una esplicita statuizione in merito al riconoscimento della prededuzione al finanziamento³⁸.

Le discrasie di oggi e quelle di domani (o, ponendoci nella prospettiva di una riforma già “attuata”, quelle di ieri e quelle di oggi) non paiono spiegabili nei termini di interpretazioni più o meno “restrittive” od “estensive” suggerite dalla lettura della norma “speciale”³⁹: e, d’altra parte, sotto il profilo del “riordino” e del “contenimento” delle ipotesi di prededuzione – indicati come criteri da seguire nella legge delega – la nuova disciplina sembra sostanzialmente “neutra”, nel senso di non apportare, almeno per quanto riguarda la materia in esame, significativi scostamenti, se non per il fatto di avere legato l’elemento “temporale” ad una specifica finalità del credito sorto durante la procedura concorsuale.

4.2.1. *Segue. La “decadenza” dalla prededuzione*

Il secondo comma dell’art. 101 dello schema di CCI prevede che “in caso di successiva ammissione del debitore alla procedura di liquidazione giudiziale, i predetti finanziamenti non beneficiano della

³⁶ Così S. BONFATTI, *I presupposti e gli effetti*, cit., 23-24.

³⁷ In questa prospettiva la già citata Cass. Civ., 2 febbraio 2018, n. 2627, in *Il caso.it*.

³⁸ Sul punto Trib. Milano, 26 ottobre 2011, in *Riv. dott. comm.*, 2011, 4, 940.

³⁹ E’ da ricordare che Cass. Civ., 14 aprile 2013, n. 9316, in *Giust. civ.*, 2013, che aveva affermato che l’introduzione dell’art. 182-*quater* non poteva essere posta a sostegno di “una interpretazione immotivatamente restrittiva della disposizione generale fissata nell’art. 111”, in quanto in questo modo sarebbe stata tale da “annullarne sostanzialmente la portata”, ciò contrastando “con la lettera della legge e con l’intenzione del legislatore”. Analogamente Cass. Civ., 8 aprile 2013, n. 8533, in *Giur. comm.*, 2013, II, 771, con nota di CIERVO. Al dibattito in merito alla natura meramente interpretativa o piuttosto innovativa dell’art. 182-*quater* rispetto all’art. 111 l. fall., fa cenno anche Trib. Milano, 9 febbraio 2012, in *Fallimentopiù.it*, 2012.

prededuzione quando il piano di concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti risulta, sulla base di una valutazione dal riferirsi al momento del deposito, basato su dati falsi o sull'omissione di informazioni rilevanti o il debitore ha compiuto atti in frode ai creditori e il curatore dimostra che i soggetti che hanno erogato i finanziamenti, alla data dell'erogazione, conoscevano tali circostanze".

Non si prevede più, nel nuovo "schema", l'ipotesi di decadenza/revoca della prededuzione per il caso in cui, nel corso della esecuzione del piano, "si siano verificati scostamenti tra i dati di piano e i dati consuntivati tali da rendere, sulla base di una valutazione da riferirsi all'epoca, il predetto piano manifestamente inattuabile": sotto questo aspetto il "riformatore" ha evidentemente preso atto e condiviso alcune preoccupazioni manifestate dagli interpreti in merito al possibile venir meno della prededuzione del credito vantato da un finanziatore avulso da qualsiasi "intento fraudolento"⁴⁰.

Peraltro, il venir meno di tale precisazione, non toglie gran che a quanto già da tempo, sulla base della disciplina vigente, si era venuto affermando da parte degli interpreti, in merito alla opportunità di un rinnovo della attestazione in caso di scostamenti rispetto alla situazione iniziale. Di più, tale soluzione appare del resto confermata *apertis verbis* dalla nuova disciplina, che, all'art. 58 disciplina in via generale l'ipotesi della modifica del piano (rispettivamente prima e dopo l'intervenuta omologazione), peraltro (come nel precedente schema di decreto legislativo) soltanto per il caso del concordato preventivo.

5. Il riconoscimento della prededuzione nelle successive procedure "concorsuali" ed "esecutive"

Tra le novità preannunciate nello schema di CCI, una disposizione che, nell'ambito della disciplina della "prededucibilità dei crediti", figura nel comma 2 dell'art. 6 dello schema di Decreto di attuazione. Vi si prevede che "*la prededucibilità permane anche nell'ambito delle successive procedure esecutive o concorsuali*".

Per una parte la disposizione recepisce alcune indicazioni sorte dalla applicazione della disciplina pregressa: così, per esempio, anche vigente la legge fallimentare, si è sostenuto che si abbia consecuzione

⁴⁰ S. BONFATTI, *I presupposti e gli effetti del sostegno finanziario*, cit., 32.

– ancorché definita “impropria”⁴¹ – tra accordo di ristrutturazione e concordato preventivo che vi faccia seguito⁴². Se mai, c’è da aggiungere che, (anche) alla luce della prospettata riforma, non è dato sapere se quella appena descritta sia da considerarsi una consecuzione “propria” o “impropria”, dal momento che neppure viene risolto *expressis verbis* il problema della natura concorsuale o meno dell’accordo di ristrutturazione.

D’altra parte, il problema della consecuzione non è evidentemente quello del rapporto, rispettivamente, tra accordo di ristrutturazione e fallimento e quello tra concordato preventivo e fallimento: in questi casi è la legge stessa che regola la prededuzione. Il problema, invece, è proprio quello se la prededuzione possa operare anche all’interno della procedura concorsuale minore: e quindi, ad esempio, se la prededuzione accordata ai finanziamenti concessi in esecuzione di un accordo di ristrutturazione possa trovare riconoscimento anche all’interno del concordato preventivo che vi faccia seguito⁴³.

Sotto altra prospettiva, la dottrina più sensibile ha immediatamente rilevato come il criterio fatto proprio dal legislatore sia un criterio di natura *unicamente temporale*, che non coincide (o, almeno, *non coincide necessariamente*) con il concetto di “consecuzione” delle procedure concorsuali; e che, per di più, si estende non soltanto alle procedure concorsuali, ma anche alle procedure esecutive (da intendersi, evidentemente, come procedure esecutive “individuali”)⁴⁴. E’ chiaro che se il criterio della permanenza della prededuzione dovesse ritenersi come un criterio puramente temporale, la portata della norma

⁴¹ S. SANZO, *op. cit.*, 1498.

⁴² CNDCEC, *Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, 2015.

⁴³ Sul punto P. BELTRAMI, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, I, 74-76. In senso positivo rispetto al quesito S. BONFATTI, *La prededuzione dei crediti verso l’impresa in crisi tra natura della procedura e consedcutio di procedimenti*, in *Riv. dir. banc.*, www.dirittobancario.it, 2017.

⁴⁴ Così S. BONFATTI, *Le nuove procedure di composizione negoziale delle crisi d’impresa. Piani attestati di risanamento e accordi di ristrutturazione*, relazione al convegno *Riforma del “fallimento” e crisi d’impresa*, Reggio Emilia, 12 ottobre 2018, 34 ss.

sarebbe altamente impattante, o, come pure è stato efficacemente sottolineato in dottrina, “destabilizzante”⁴⁵.

D'altra parte, non soltanto, a ben vedere, si prescinde dal rapporto di “consecutività”; ma anche dalla “concorsualità” della procedura all'interno della quale si è generato il credito che ha visto riconosciuta la prededucibilità: è il caso, evidentemente discusso, dell'accordo di ristrutturazione: del quale, come si torna a dire, il legislatore della riforma non ha voluto predicare espressamente la natura (per riconoscerne ovvero per escluderne il carattere “concorsuale”).

Se dovesse escludersi la natura concorsuale dell'accordo, indirettamente ne risulterebbe confermata anche la interpretazione “estensiva” del riconoscimento della prededuzione nelle procedure concorsuali ed esecutive successive, in quanto l'istituto della “consecuzione” è concepito nella relazione tra procedure concorsuali, e, negando la concorsualità all'accordo di ristrutturazione, si nega per ciò stesso che il rapporto che legghi l'accordo ad una successiva procedura possa qualificarsi come di “consecuzione” (salvo a voler ammettere, la sopra prospettata “teoria della consecuzione impropria”).

Una interpretazione restrittiva potrebbe essere fondata sul presupposto che, verosimilmente, in tale circostanza il legislatore “*plus dixit quam voluit*” : ove ci si ponesse in tale prospettiva – ritenendo, quindi, che le procedure debbano essere non soltanto “successive”, ma anche “consecutive”, nel senso comunemente fatto proprio dalla giurisprudenza, e prescindendo dalla “non concorsualità” della prima procedura nella quale venisse riconosciuta la prededuzione - occorrerebbe ovviamente verificare se la procedura concorsuale “successiva” possa dirsi riferita alla medesima “crisi” irrisolta dalla procedura (concorsuale o meno) precedente⁴⁶.

⁴⁵ Così ancora S. BONFATTI, *op. ult. cit.*, 36, il quale evidenzia che in questo caso “la prededuzione assumerebbe le caratteristiche di un privilegio generale “universale” ovvero di un “superprivilegio”.

⁴⁶ S. BONFATTI, *op. ult. cit.*, 37-38.