PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

OTTOBRE/DICEMBRE

2017

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

La prededuzione dei crediti verso l'impresa in crisi tra natura della procedura e "consecutio" di procedimenti

Parte Prima - L'orientamento emergente nella giurisprudenza di merito sui "crediti" sorti nell'ambito di una sequenza di procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa

I.1. Premessa. La "sequenza" di procedure di composizione delle crisi d'impresa in un recente caso di specie.

Il tema della individuazione dei presupposti di riconoscibilità del collocamento in prededuzione di crediti, sorti nell'ambito di procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa, è stato al centro di diversi, recenti provvedimenti – assunti contemporaneamente e caratterizzati da analogo contenuto ¹, adottati nell'ambito di una procedura di Liquidazione Coatta Amministrativa di un importante gruppo cooperativo. La LCA finale ha costituito l'epilogo di un tentativo di "salvataggio", articolatosi in una sequenza di procedimenti così riassumibili:

- 6/2/2013: deposito del ricorso ai sensi dell'art. 161, co. 6 della legge fallimentare;
- 6/6/2013: deposito del ricorso ai sensi dell'art. 182-bis legge fallimentare per l'omologazione di un rilevante numero di accordi di ristrutturazione dei debiti;
- 25/6/2013: dichiarazione di estinzione del procedimento per Concordato preventivo;
- 19/7/2013: omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti presentati dalla Cooperativa;
- 27/5/2015: presentazione di una seconda richiesta di concessione del termine *ex art.* 161, co. 6 legge fallimentare;
- 27/10/2015: deposito della dichiarazione di rinuncia al ricorso;
- 30/10/2015: apertura della procedura di Liquidazione Coatta Amministrativa della Cooperativa.

¹ Trib. Reggio Emilia, n. 5563/2017 del 19 ottobre 2017; Trib. Reggio Emilia, n. 5616/2017 del 19 ottobre 2017; Trib. Reggio Emilia, n. 5631/2017 del 20 ottobre 2017; Trib. Reggio Emilia, n. 5796/2017 del 25 ottobre 2017;

La successione di procedimenti così sintetizzata ha posto – *inter alia* – il problema *se* ed a *quali* crediti potesse essere riconosciuto, nella L.C.A. finale, il collocamento in prededuzione, invocato da *tutti* i creditori successivi all’apertura della “sequenza” – cioè titolari di pretese sorte per atti compiuti tra il 6 febbraio 2013 ed il 30 ottobre 2015 -. Le decisioni richiamate hanno avuto ad oggetto crediti per c.d. “commerciali”, ma il tentativo di “salvataggio” in esame ha procurato anche un ingente indebitamento “finanziario” (oltre 90 milioni di euro), per il quale si sono poste analoghe questioni ².

Il problema in esame poteva (e può) essere declinato nei seguenti sotto-quesiti:

- a) se debbano essere considerati prededucibili i crediti sorti tra il 6 febbraio 2013 e il 5 giugno 2013 (c.d. “**Concordato 1**”);
- b) se debbano esserlo quelli sorti tra il 6 giugno 2013 ed il 18 luglio 2013 (procedimento di omologa dello “**Accordo**” ex art. 182-*bis*, l.fall.);
- c) se debbano esserlo quelli sorti tra il 19 luglio 2013 ed il 26 maggio 2015 – (tentativo di) esecuzione dello “**Accordo**” -;
- d) se debbano esserlo quelli sorti tra il 27 maggio 2015 e il 30 ottobre 2015 (c.d. “**Concordato 2**”).

Come vedremo, il Tribunale ha ritenuto di potere dare risposta positiva soltanto all’ultimo quesito (prededucibilità dei crediti sorti nel corso del “Concordato 2”), attesi:

- (i) la inequivocabile natura di “procedura concorsuale” dei due procedimenti interessati dalla sequenza (Concordato Preventivo e L.C.A.); e
- (ii) la sostanziale continuità sia temporale sia economico-patrimoniale-finanziaria delle due “fasi”, attesa la modesta durata della prima (cinque mesi) ed il carattere necessariamente conservativo (ai limiti dello “spegnimento”) della gestione aziendale che l’ha caratterizzata.

L’orientamento assunto dal Tribunale merita di essere condiviso, tanto nella parte “positiva” – nella quale attribuisce carattere prededucibile, nella L.C.A. finale, ai crediti sorti nel corso del “Concordato 2”-; quanto nella parte “negativa” – nella quale esclude tale collocazione per i crediti sorti nei procedimenti precedenti -.

² *Infra*, Parte Seconda

Alla giustificazione di tale conclusione è dedicata la Parte Prima di questo contributo.

Nella Parte Seconda saranno presi in considerazione i corrispondenti problemi interpretativi, riferibili peraltro ai (crediti derivanti da) “finanziamenti”, piuttosto che ai “crediti” *tout court*.

I.2. *I presupposti della “consecutio” tra procedure concorsuali (propriamente dette).*

I provvedimenti richiamati danno atto dell’origine “pretoria” dell’istituto della consecuzione di procedure concorsuali, e mostrano di condividere l’analisi condotta da risalente giurisprudenza della Suprema Corte³, che lo ha descritto come “*un fenomeno caratterizzato dal verificarsi a carico di un imprenditore di una serie di procedure concorsuali, seguenti una all’altra senza soluzione di continuità, a causa dell’incapacità delle prime di conseguire i rispettivi scopi istituzionali. La sequenza delle procedure concorsuali viene intesa, nell’ambito della consecuzione e della conversione di una procedura in altra, non come una semplice successione di procedimenti, ma come la realizzazione di un’unica procedura concorsuale, nell’ambito della quale le procedure progressivamente succedutesi costituiscono delle fasi, prive di autonomia e di separata rilevanza; le varie fasi, quindi, assumono rilievo come conversione, o trasformazione, di un procedimento in un altro (o in altri) senza uscire dall’alveo di quella intesa, nella sua complessa unità, come procedura concorsuale di carattere unitario*”.

Più nel dettaglio, i presupposti della *consecutio* sono individuati in:

- 1) l’insussistenza di una discontinuità temporale (come registrata nella sequenza tra “Concordato 2” e L.C.A.), ovvero la sussistenza di uno iato temporale sufficientemente contenuto da non poter mettere in discussione “*l’identità della crisi*”;
- 2) la “*coincidenza, in termini qualitativi e quantitativi, delle masse passive delle due procedure*”;
- 3) “*la cessazione dell’attività d’impresa nel periodo di riferimento*”.

³ *Ex multis* Cass., n. 7339/1990.

A questa stregua, possiamo anticipare che ad avviso di chi scrive⁴ risulta condivisibile una risposta negativa alla pretesa del riconoscimento di una *consecutio* tra “Concordato 1” e L.C.A. (con gli effetti che ne sarebbero conseguiti), atteso che:

- 1) fra l’uno e l’altra erano trascorsi due anni e mezzo;
- 2) in questa (non breve) fase l’impresa aveva continuato “*a contrarre nuove obbligazioni per svariati milioni di euro .. e di conseguenza modificando in maniera significativa anche il proprio stato passivo*”;
- 3) nel frattempo l’indebitamento verso terzi dell’impresa interessata era enormemente aumentato (187 milioni di euro), mentre il patrimonio netto era enormemente diminuito (297 milioni di euro).

Per i crediti sorti nel corso del “Concordato 1”, pertanto, il carattere prededucibile, che avrebbe potuto astrattamente essere riconosciuto in ipotesi di immediata evoluzione della procedura in fallimento (ovvero in L.C.A.), non può essere “*conservato*” a tempo indefinito, per essere fatto valere in una procedura concorsuale finale priva dei caratteri di continuità con quella originaria: giacché - chiarisce il Tribunale – “*la prededuzione non è una caratteristica del credito che lo accompagna da quando esso viene ad esistenza sino alla sua definitiva estinzione, tratto che è invece proprio del privilegio, ma è una qualità che produce effetti solo nell’ambito del concorso in cui il credito stesso sorge (o eventualmente nell’ambito di quello ad esso legato da un nesso di consequenzialità)*”⁵.

I.3. I presupposti della “*consecutio*” tra Accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis l.fall. e procedure concorsuali successive.

Una volta risolto in senso negativo il quesito della “permanenza” del carattere prededucibile, previsto dall’art. 111, co. 2, seconda parte,

⁴ *Infra*, Parte Seconda, n. II.5.

⁵ V. in questo senso S. BONFATTI, *Il finanziamento all’impresa in crisi*, in *La continuità aziendale nelle procedure concorsuali* (a cura di Ferro M., Pacchi S., Nonno G.M., Brogi R.), Pacini Giur., 2017, p. 287-317.

l. fall. (e dall'art. 161, co. 7, seconda parte, l. fall.⁶) per i crediti sorti nell'ambito di un Concordato preventivo, allorchè essi debbano essere soddisfatti all'interno di una diversa procedura concorsuale seguita al Concordato senza i connotati della "continuità" declinati dalla giurisprudenza della Cassazione, i provvedimenti in esame si volgono poi a considerare la sorte - nella L.C.A. finale - dei crediti (per la precisione: "crediti commerciali") sorti:

- (i) nell'ambito del procedimento di "Accordo" *ex art. 182-bis* l.fall.⁷ che era seguito al primo Concordato; e
- (ii) "in esecuzione" dell'Accordo di Ristrutturazione stesso⁸.

Il preteso collocamento in prededuzione nella L.C.A. finale viene negato in considerazione della esclusione della natura di "procedura concorsuale" con riguardo all'Accordo di Ristrutturazione *ex art. 182-bis* l.fall. (e conseguente esclusione della invocabilità dell'art. 111 l.fall., applicabile ai crediti "*sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali*" disciplinate dalla legge fallimentare).

Secondo i provvedimenti in commento "*le procedure concorsuali in senso proprio (fallimento; Concordato preventivo; amministrazione straordinaria delle grandi imprese) hanno alcuni tratti comuni che ne caratterizzano l'appartenenza al medesimo genere:*

- 1) *un provvedimento giudiziale di apertura, che preveda la nomina di un giudice delegato e di un organo (curatore o commissario) a cui sia rimessa la gestione della procedura;*
- 2) *l'universalità degli effetti che essa produce sul patrimonio del debitore (coinvolto per l'intero) e verso i creditori (tutti indistintamente);*
- 3) *l'apertura del concorso tra i creditori e il blocco del decorso degli interessi sui crediti chirografari;*

⁶ Il provvedimento n. 5796/2017 prende in considerazione espressamente la fattispecie del credito sorto nel periodo interessato dalla prima domanda di Concordato preventivo "con riserva".

⁷ La decisione n. 5567/2017 ha per oggetto un credito sorto all'inizio di luglio 2013, quindi nell'intervallo tra il deposito del ricorso per la omologa dello "Accordo" e il provvedimento di omologazione.

⁸ I provvedimenti nn. 5616/2017 e 5631/2017 hanno per oggetto (anche) crediti sorti successivamente all'omologa dell'Accordo. Entrambi i decreti, più in generale, affermano il principio secondo il quale "*non è possibile riconoscere la prededuzione, nel successivo fallimento o liquidazione coatta amministrativa, a tutti quei crediti che siano sorti in esecuzione di quegli stessi Accordi, ancorché omologati*"

4) *il principio della par condicio creditorum.*

Muovendo da queste considerazioni, il tribunale giudica condivisibile l'orientamento giurisprudenziale che attribuisce natura prevalentemente privatistica agli accordi di ristrutturazione dei debiti, che vengono così esclusi dal novero delle procedure concorsuali”⁹.

Le conclusioni raggiunte sono sorrette dai seguenti, principali argomenti:

- “i) anzitutto non è prevista alcuna fase di ammissibilità e quindi manca un provvedimento giurisdizionale di apertura e la conseguente nomina di organi concorsuali di vigilanza e controllo;*
- ii) la presentazione degli accordi, rimessa all'esclusiva iniziativa privata, non determina l'apertura del concorso tra tutti i creditori, che restano liberi di aderire o meno all'accordo proposto con ciascuno di loro dall'imprenditore e che, a differenza di quanto avviene nell'ambito del Concordato preventivo, non possono neppure essere tenuti a soggiacere alla volontà della maggioranza degli altri creditori, attesa viceversa l'applicazione della regola privatistica di cui all'art. 1372 cc;*
- ii) con la sottoscrizione degli accordi e quindi con il consenso dei singoli creditori, l'imprenditore non è tenuto al rispetto delle cause legittime di prelazione;*
- iii) gli accordi possono non coinvolgere l'intero patrimonio del debitore ed essere conclusi solo con una parte dei creditori;*
- iv) manca, infine, un controllo giudiziale anche nel corso della fase esecutiva degli accordi, non essendo prevista la nomina di un organo deputato a tale funzione”¹⁰.*

⁹ Trib. Bologna, 17/11/2011; App. Firenze, 07/04/2016; Trib. Forlì, 05/05/2016; Trib. Milano, 10/11/2016; Trib. Modena, 19/11/2014).

¹⁰ I provvedimenti in commento considerano anche le recenti modifiche legislative che hanno interessato la disciplina dello “Accordo” ex art. 182-bis l.fall., ma non le giudicano rilevanti ai fini di una revisione delle conclusioni raggiunte. “Le modifiche legislative che hanno interessato nel tempo gli accordi di ristrutturazione dei debiti (a partire dalla riforma del 2007), hanno in parte mutato l'originaria natura più esattamente privatistica dell'istituto (si pensi all'introduzione del divieto per i creditori di iniziare o proseguire, per sessanta giorni dalla pubblicazione della domanda, azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore; alla disciplina della prededuzione ex art. 182 quater; alla possibilità di depositare l'accordo godendo degli effetti “prenotativi” derivanti dalla precedente presentazione di un ri-

Infine viene valorizzata, nella stessa direzione interpretativa, la circostanza che il diritto positivo (fallimentare) circoscrive il fenomeno della “consecuzione di procedure concorsuali” alla sequenza Concordato preventivo-fallimento, senza prendere in considerazione gli Accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis l.fall.* (e tanto meno i “Piani di risanamento attestati” *ex art. 67, co. 3, lett. d), l.fall.*): cfr. *art. 69-bis l.fall.*

I.4. Segue. Il problema della natura dell'Accordo di Ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall. alla luce della disciplina del pagamento dei “fornitori strategici”.

Come si è premesso, la conclusione alla quale pervengono le decisioni in commento a proposito della negazione della natura di “procedura concorsuale” all’Accordo di Ristrutturazione *ex art. 182-bis l.fall.* merita di essere condivisa: per le ragioni addotte dal Tribunale, e per (almeno) un argomento supplementare: la considerazione della disciplina dell’autorizzazione giudiziale al pagamento dei cc.dd. “fornitori strategici” (*art. 182-quinquies, comma 5 e comma 6 l. fall.*).

Le due disposizioni presentano un identico contenuto, tranne l’ultima parte del comma 6 (assente nel comma 5), secondo la quale “*in tal caso [intervento dell’autorizzazione giudiziale] i pagamenti effettuati non sono soggetti all’azione revocatoria di cui all’articolo 67*”¹¹.

L’autorizzazione giudiziale in questione può riguardare dunque tanto le imprese ammesse al Concordato preventivo, quanto le imprese impegnate nel perfezionamento di un Accordo di Ristrutturazione: ma la considerazione dei differenti effetti prodotti dall’autorizzazione giudiziale nelle due fattispecie dimostra come il Concordato preventivo possa essere definito “procedura concorsuale” – come tale caratterizzata, *inter alia*: (i) dal divieto del pagamento dei debiti pregressi; e (ii) dalla determinazione del *dies a quo* di decorrenza del “periodo sospetto” a fini revocatori dalla data di apertura della procedura di Con-

corso ex art. 161 co. 6), ma non hanno inciso in senso modificativo su quei tratti caratterizzanti le procedure concorsuali in senso proprio, come sopra individuati”.

¹¹ E’ (anche) questa differenza che dimostra come al Concordato preventivo la natura di procedura concorsuale sia certamente attribuibile, mentre all’Accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis l. fall.* debba essere negata.

cordato -; mentre per lo “Accordo” si debba pervenire ad una conclusione opposta.

In primo luogo va precisato che, nonostante il silenzio della norma, si deve ritenere che i pagamenti *de quibus*, quantunque oggettivamente “preferenziali”, non siano soltanto interessati dalla disposta “esenzione” dalla revocatoria fallimentare, ma anche dalla “esimente” dalla responsabilità penale normalmente connessa ai pagamenti effettuati in violazione del principio della “*par condicio creditorum*” (art. 216, co. 3, l.fall.).

In secondo luogo occorre sottolineare come le due disposizioni di cui all’art. 182-*quinqies*, co. 5 e co. 6, l. fall., che dettano le condizioni (principalmente, l’autorizzazione del tribunale) per il pagamento dei cc.dd. “fornitori strategici”, nel caso – rispettivamente – del Concordato preventivo (“in continuità aziendale”) e dello “Accordo” *ex* art. 182-*bis*, pur presentando contenuti ed obiettivi identici, siano però caratterizzate da *rationes* antitetiche.

La esenzione dall’azione revocatoria di cui all’art. 67 l. fall. non si spiega se riferita a pagamenti effettuati nel corso di una procedura concorsuale sfociata in fallimento, giacchè in tal caso la revocatoria fallimentare investe il “periodo sospetto” *anteriore alla prima procedura consecutiva* (cfr. art. 69-*bis*, co. 2, l. fall.), quindi non può investire i pagamenti *successivi* alla sua apertura. Tali pagamenti, dunque, o sono “legittimi”; ovvero non lo sono, e come tali risultano semplicemente *inopponibili* alla procedura ed al fallimento consecutivo (ma non certamente revocabili).

La esenzione dall’azione revocatoria può invece a ragion veduta essere disposta per i pagamenti effettuati nel corso di un procedimento di composizione negoziale della crisi d’impresa - sfociato in un fallimento -- che *non* abbia natura di “procedura concorsuale”, per la ragione che:

- (i) il “periodo sospetto” decorre a ritroso dall’apertura del fallimento, e quindi ha l’attitudine ad investire i pagamenti *de quibus*; e
- (ii) l’essere stati effettuati nel corso o in esecuzione di un procedimento di composizione negoziale della crisi d’impresa accentua il rischio della soccombenza in sede revocatoria.

Per tali ragioni il comma 5 dell’art. 182-*quinqies*, che disciplina i pagamenti (di crediti anteriori all’apertura della procedura) effettuati

nel corso del Concordato preventivo – che è una “procedura concorsuale” – si disinteressa del rischio revocatorio (assente, per le ragioni sopra specificate): il che dimostra che l’autorizzazione giudiziale è funzionale a superare *un divieto* altrimenti impeditivo dei pagamenti (ed infatti nel Concordato preventivo il pagamento dei crediti pregressi è vietato).

Sempre per tali ragioni il comma 6 della norma in discussione, che disciplina i pagamenti (di crediti pregressi) effettuati nel corso dell’Accordo di ristrutturazione, si preoccupa del pericolo revocatorio perché nel fallimento successivo i pagamenti *de quibus* vi sarebbero soggetti¹²: il che dimostra che essi, per altro verso, sono “legittimi”, con una conclusione che è coerente soltanto con la negazione all’Accordo *ex art. 182-bis l. fall.* della natura di “procedura concorsuale”.

Parte Seconda - La disciplina dei crediti sorti da “finanziamenti” erogati nell’ambito di una sequenza di procedure di composizione negoziale della crisi d’impresa

II.1. Premessa. “Crediti” e “finanziamenti” verso l’impresa in crisi.

Come detto, i provvedimenti dai quali si è tratta l’occasione per il presente contributo intervengono a dirimere controversie aventi ad oggetto crediti per c.d. “commerciali”, sorti in occasione o nel corso di un primo Concordato preventivo; ovvero in occasione o nel corso - oppure, soprattutto, “in esecuzione” -, di un successivo Accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis l.fall.*, sfociato in un “fallimento” finale (per la precisione, in una L.C.A. finale).

Per ciò che concerne le pretese fatte valere con riguardo allo “Accordo”, le decisioni (negative) sono assunte sulla base della ritenuta inapplicabilità ai casi di specie del principio affermato dall’art. 111, co. 2, seconda parte, l.fall., secondo il quale “*sono considerati crediti prededucibili... quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge*”. Negata allo “Accordo” la na-

¹² Trattasi insomma di una ennesima fattispecie di “esenzione” dall’azione revocatoria, che sarebbe stato preferibile disciplinare nella sede propria (per es. nel contesto dell’art. 67, co. 3, l.fall.).

tura di “*procedura concorsuale*”, ne discende l’inapplicabilità della norma menzionata.

Come pure anticipato, peraltro, una rilevante parte dell’indebitamento prodottosi con il tentativo di “salvataggio” in questione è stato rappresentato dalla erogazione di ingenti (oltre 90 milioni di euro!) “finanziamenti” bancari: il ché apre la strada alla considerazione del disposto dell’art. 111, co. 2, prima parte l.fall., secondo il quale “*sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge*”: perché, quando si parla di crediti derivanti da “finanziamenti” (e non di “crediti” genericamente intesi), “*specifiche disposizioni di legge*” concernenti l’attribuzione del carattere prededucibile a passività sorte in funzione dell’omologazione o in esecuzione di un “Accordo” *ex art. 182-bis* l.fall., sono effettivamente rinvenibili (con specifico riferimento all’art. 182-*quater* l.fall. ed all’art. 182-*quinqüies* l.fall.).

Prescindendo in questa sede dal problema della corretta individuazione della nozione di “finanziamento” (in origine ancorata alle operazioni creditizie poste in essere con *banche e intermediari finanziari non bancari* – art. 48 d.l. n. 78/2010, convertito con modificazioni dalla legge n. 122/2010-, ma oggi liberata da tale requisito); ed accontentandocisi, ai fini del presente contributo, della constatazione che sono sicuramente definibili tali le operazioni creditizie rappresentate da “*mutui*” erogati da imprese bancarie (come è accaduto nel caso di specie); è necessario interrogarsi su quali effetti debbano essere attribuiti alla circostanza che per i crediti derivanti da “finanziamenti” non vale il principio generale di cui all’art. 111, co. 2, seconda parte, l.fall., bensì le disposizioni speciali (quando, come nel nostro caso, ne ricorrano) attributive della prededuzione in forza di previsioni puntuali.

II.2. *I finanziamenti erogati in funzione dell’omologazione ovvero in esecuzione di un “Accordo di Ristrutturazione”.*

Le disposizioni che attribuiscono collocazione prededucibile ai crediti derivanti dai finanziamenti erogati in funzione od in esecuzione di un Accordo di Ristrutturazione *ex art. 182-bis* l.fall. (ovvero di un Concordato preventivo) – artt. 182-*quater* e 182-*quinqüies* l. fall. - rinviano alla disciplina dell’art. 111 l.fall.

Questa, come è noto, afferma che i crediti prededucibili sono soddisfatti prima di ogni altro credito (al netto del ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno od ipoteca “*per la parte destinata ai creditori garantiti*”).

Si tratta dunque di una disciplina che postula una attività di ripartizione tra i creditori di un debitore comune del ricavato dalla liquidazione del suo patrimonio.

Ciò significa, in altre parole, che la “qualità” del credito – se così vogliamo denominarla –, costituita dalla prededucibilità assegnatagli dalla legge, è destinata ad operare *solo in sede di (e solo in occasione di)* “concorso tra i creditori”: poiché è solamente in quella sede, ed in quella ipotesi, che l’adempimento delle obbligazioni è regolato da una valutazione delle rispettive “qualità” (o “gradi”).

Sotto questo profilo - ma limitatamente a questo – ¹³, ci si trova di fronte ad un fenomeno analogo a quello dei crediti privilegiati, per i quali pure la “qualità” del credito è destinata ad operare solo in sede di “concorso”: in quella sede, cioè, nella quale la regola che governa l’adempimento delle obbligazioni è quella che attribuisce rilievo alla “qualità” (o al “grado”) di ciascuna, laddove in condizioni normali il criterio di adempimento dell’obbligazione è quello della rispettiva scadenza.

In condizioni normali, non sarebbe giustificato l’inadempimento di un credito chirografario già scaduto, in conseguenza della considerazione della imminente (ma successiva) scadenza di altri crediti privilegiati.

In sede di “concorso tra creditori”, invece, la scadenza delle rispettive pretese non rileva più (principio scolpito dal combinato disposto dell’art. 52 l.fall. – “*il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito*” - e dell’art. 55 l.fall. – “*i debiti pecuniari del fallito si considerano scaduti, agli effetti del concorso, alla data di dichiarazione del fallimento*” –).

¹³ Va rimarcata, infatti, la profonda differenza tra collocabilità del credito in prededuzione e collocabilità in privilegio, con riguardo alla circostanza che soltanto il privilegio assicura una collocazione preferenziale in qualunque “concorso” venga fatta valere la pretesa, connesso o non connesso che sia con la situazione economico-finanziaria-patrimoniale (ovvero la procedura di “crisi”) nel contesto della quale è nato il rapporto giuridico interessato.

L'apertura di un "concorso tra i creditori" non costituisce peraltro un effetto proprio di tutte le procedure di composizione della crisi d'impresa: o comunque non si presenta sempre con i medesimi connotati.

Prescindendo, come sempre, dai "Piani di Risanamento Attestati" *ex art. 67, co. 3, lett. d) l.fall.* – che non conoscono fattispecie di crediti prededucibili né ai sensi della prima parte né ai sensi della seconda parte del comma 2 dell'art. 111 l. fall. -; per ciò che concerne il procedimento di "Accordo" *ex art. 182-bis l.fall.* occorre precisare che in linea di principio esso non apre alcun "concorso".

I creditori non aderenti allo "Accordo" devono essere soddisfatti integralmente e "regolarmente" – con la sola possibilità della proroga legale fino a 120 giorni (dall'omologazione ovvero dalla scadenza, se successiva) disposta dall'art. 182-*bis*, co. 1, l.fall. -¹⁴.

I creditori aderenti allo "Accordo" devono essere soddisfatti (nella misura e) alle scadenze rispettivamente pattuite.

Il criterio di adempimento delle obbligazioni rimane (quello applicabile al di fuori delle situazioni di "concorso", ovvero) il criterio della *scadenza* dei debiti, fissata:

¹⁴ La decorrenza del termine di 120 giorni, per i crediti già scaduti, è ancorata, per esplicita previsione normativa, alla "omologa": la quale è prodotta dal deposito del decreto motivato di cui all'art. 182-*bis*., co. 4, l. fall.

Nulla autorizza a congetturare che la decorrenza del termine debba essere ancorata alla *definitività* del provvedimento di omologa: non solo tale precisazione è assente dal dato normativo, ma anche - e soprattutto – rappresenterebbe una previsione produttiva di possibili effetti distorsivi in alcun modo giustificabili.

Il soddisfacimento (integrale) delle pretese dei creditori non aderenti, che non siano ancora scadute alla data dell'omologazione, deve essere assicurato entro 120 giorni dalla rispettiva "scadenza". Se il pagamento dei creditori non aderenti, le cui pretese risultino già scadute, potesse essere differito sino al centoventesimo giorno dalla *definitività* del provvedimento di omologa, ne verrebbe che, in caso di reclamo (e di successivo ricorso per Cassazione *ex art. 111 Cost.*), il soddisfacimento di crediti *già scaduti* alla data dell'omologa avverrebbe *dopo* (possibilmente, *molto dopo*) il soddisfacimento di crediti *non ancora scaduti* alla data dell'omologazione: il che è totalmente privo di ragionevolezza.

Di più.

Deve rimanere ferma, anche in tale prospettiva, la *ratio* sottesa all'istituto, secondo la quale i creditori estranei all'Accordo sono *indifferenti* agli effetti delle intercorse con i creditori aderenti: indifferenza che deve estendersi alla sottrazione dei creditori non aderenti anche agli effetti (spesso assai perniciosi) delle vicende giudiziarie interessanti l'Accordo ed il relativo provvedimento omologatorio.

- a) per quelli verso creditori non aderenti, e già scaduti all'atto dell'omologazione dello "Accordo", alla data (al più tardi) del 120° giorno successivo;
- b) per quelli verso creditori non aderenti, e non ancora scaduti all'atto dell'omologazione, alla data (al più tardi) del 120° giorno successivo alle rispettive scadenze;
- c) per quelli verso creditori aderenti, alle date (ed eventualmente alle condizioni) rispettivamente concordate nell'ambito dello "Accordo" (o degli Accordi).

In tale contesto, i crediti prededucibili relativi a finanziamenti erogati ai sensi degli articoli 182-*quater* e 182-*quinquies* l.fall. devono "semplicemente" essere soddisfatti alla rispettiva scadenza, *senza che tale prospettiva impedisca il pagamento degli altri crediti* (se vantati da creditori aderenti ovvero non aderenti, non rileva) *caratterizzati da una scadenza precedente.*

Il carattere prededucibile del credito è destinato ad operare solo nell'ipotesi nella quale un "concorso tra i creditori" effettivamente si apra: il che postula, evidentemente, che lo "Accordo" non abbia trovato regolare esecuzione, per cui, non riuscendosi ad adempiere le obbligazioni secondo il regime "normale" – la rispettiva scadenza, nei termini sopra declinati -, le si debba adempiere mettendole a confronto tra di loro, in un contesto nel quale "concorrono" a ricercare soddisfacimento su un patrimonio responsabile comune, incapace (per lo meno sotto il profilo finanziario; di norma anche sotto il profilo patrimoniale) di soddisfarle "regolarmente" (e integralmente).

Il "concorso" evocato può essere rappresentato, ad avviso di chi scrive, tanto da un Concordato preventivo, quanto da un fallimento, "consecutivi" all' Accordo di Ristrutturazione ineseguito, nel senso precisato in appresso.

*II.3. Segue. Presupposti e condizioni della collocabilità in prededu-
zione dei crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione
dell'omologazione ovvero in esecuzione di un Accordo di Ristruttura-
zione nell'eventuale "concorso dei creditori" successivo. A) La "con-
dizione legale" dello "integrale pagamento" dei creditori estranei*

In merito alla attitudine dei crediti derivanti da finanziamenti erogati ai sensi degli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* l.fall. a fare valere

la prededucibilità loro assegnata dalle norme richiamate, è necessario risolvere un dubbio di carattere preliminare, concernente la rilevanza o meno dell'intervenuto soddisfacimento "regolare" (e integrale) dei creditori non aderenti.

Come è noto, l'art. 182-*bis* l.fall. disciplina "semplicemente" taluni "effetti speciali" di un accordo tra l'imprenditore in stato di crisi ed i suoi creditori (i "creditori aderenti"), allorché le loro pretese superino il 60% delle passività complessive dell'impresa.

L'effetto vincolante dello "Accordo" per costoro deriva "semplicemente" dalla circostanza di averlo accettato: né più né meno che se avessero accettato una proposta avulsa dal procedimento in questione.

La presenza di alcuni elementi aggiuntivi (la percentuale di accordi raggiunti rispetto al monte-debiti; la attestazione di un esperto indipendente) può consentire di integrare l'accordo (o il complesso di accordi) raggiunto con i creditori (limitatamente a quelli "aderenti") con gli "effetti speciali" prodotti dalla omologazione giudiziale: effetti di norma definiti come "effetti esentativi", perché costituiscono una salvaguardia contro i rischi dell'azione revocatoria e contro i rischi della responsabilità per i reati di bancarotta. Secondo l'art. 67, co. 3, lett. e) l. fall., infatti, *"non sono soggetti all'azione revocatoria ... gli atti, i pagamenti e le garanzie poste in essere in esecuzione ... dell'accordo di ristrutturazione omologato ai sensi dell'articolo 182-bis..."*; e secondo l'art. 217-*bis* l. fall. *"le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma, e 217 (bancarotta preferenziale; bancarotta semplice) non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiute in esecuzione ... di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis..."*.

A tali "effetti speciali" di natura "esentativa" è destinato ad aggiungersi, per i crediti derivanti dai finanziamenti di cui agli art. 182-*quater* e 182-*quinquies* l.fall., l'effetto speciale di natura "premierale" rappresentato dal collocamento in prededucazione nel concorso con gli altri creditori dell'imprenditore in stato di crisi (comprensivo, come è noto, dello stato di insolvenza).

Tali "effetti speciali" possono rappresentare fonte di gravi pregiudizi per i *creditori non aderenti*: per un verso, a causa della impossibilità di vedere ricostituito il patrimonio del debitore comune attraverso l'esercizio delle azioni revocatorie nei confronti dei pagamenti effettuati o delle garanzie costituite (stante l' "effetto esentativo" spiegato,

a favore dei creditori soddisfatti, dall'art. 67, co. 3, lett. e), l.fall.; e stante la dichiarata ammissibilità - espressamente ribadita anche dai provvedimenti citati in apertura - del compimento di atti di disposizione *alterativi della par condicio creditorum*); per un altro verso, a causa della antergazione attribuita ai crediti per finanziamenti erogati in funzione dell'omologazione ovvero in esecuzione dell' "Accordo" (stante l' "effetto premiale" spiegato, a favore dei finanziatori, dagli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* l.fall.).

Da ciò la spontanea domanda su quale *ratio* governi questo assetto normativo, che senza il ricorso al principio maggioritario - che allo "Accordo" *ex* art. 182-*bis* l.fall. è dichiaratamente estraneo, come ben evidenziato dalla eccezione alla regola oggi rappresentata dalla disciplina dello "Accordo con intermediari finanziari" di cui all'art. 182-*septies* - parrebbe imporre ad una serie di creditori (che potrebbero anche rappresentare il 40% dei creditori complessivi) un doppio sacrificio: quello di dovere subire contemporaneamente le conseguenze di un "lucro cessante" (la impossibilità di vedere esercitate le azioni revocatorie altrimenti proponibili - e la persecuzione di fatti altrimenti di rilevanza penale, con le conseguenti possibili responsabilità anche risarcitorie -); e di un "danno emergente" (la postergazione del soddisfacimento dei propri crediti al preventivo soddisfacimento dei crediti prededucibili per i finanziamenti erogati ai sensi degli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* l. fall.).

La *ratio* sottesa alla disciplina in commento può essere soltanto quella riferita alla (presumibile o comunque presunta) *indifferenza* dei creditori non aderenti agli effetti (quali che essi siano destinati ad essere) degli "Accordi di ristrutturazione" *ex* art. 182-*bis* l. fall. Non a caso, del resto, riveste carattere centrale, nella disciplina dello "Accordo" previsto dall'art. 182-*bis*, l.fall., la "attestazione qualificata" della sua "*idoneità ad assicurare il pagamento integrale dei creditori estranei*" entro i termini dettati dalla norma.

Tale conclusione era immediatamente ricavabile dalla versione originaria della norma, la quale prevedeva che la Relazione dell'esperto attestatore si pronunciasse sull'attuabilità dell'accordo "*con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei*" - implicando la necessità di un soddisfacimento tanto *integrale*, quanto *puntuale*, delle loro pretese -: ma non può rite-

nersi scalfita dalla successiva previsione della “proroga legale” di 120 giorni, oggi contenuta nel primo comma dell’art. 182-*bis* l. fall.

A parere di chi scrive, il “*regolare pagamento dei creditori estranei*” allo “Accordo” (nei termini consentiti della “proroga legale” richiamata) *costituisce una condizione legale della produzione degli “effetti speciali” dell’Accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.* (tanto di natura “esentativa”, quanto di natura “premiale”).

Il vero problema, se mai, è rappresentato dal dubbio se tale “condizione” coinvolga anche i (crediti derivanti da) “finanziamenti” già erogati – e sarebbe il caso della c.d. “finanza interinale”, che necessariamente precede l’accertamento se i creditori estranei siano o non siano stati soddisfatti “regolarmente” -; oppure coinvolga soltanto i (crediti derivanti da) “finanziamenti” erogati successivamente alla mancata verifica della “condizione” (ovvero – per quanto si dirà in appresso – dell’accertamento dell’impossibilità dell’avveramento).

Per questa seconda ipotesi, infatti, la conclusione negativa circa la permanenza degli effetti esentativi e degli effetti premiali pur ricollegabili alle disposizioni di cui all’art. 182-*quater* l. fall., non può essere messa in discussione.

Nell’ipotesi in cui l’imprenditore che avesse conseguito l’omologazione di un “Accordo” *ex art. 182-bis l. fall.* – il quale prevedesse la erogazione di “nuova finanza” ai sensi dell’art. 182-*quater* l. fall. - non avesse provveduto al “regolare pagamento” dei creditori estranei, non si creerebbero tanto (o comunque soltanto) i presupposti per una possibile *risoluzione* dell’ “Accordo” – che rappresenterebbe comunque una iniziativa non disponibile per i creditori estranei, che in quanto tali non costituiscono “parti” degli accordi di ristrutturazione confluenti nel ricorso per l’omologazione *ex art. 182-bis l. fall.* -; quanto piuttosto *il presupposto della inettitudine dell’Accordo omologato a produrre gli “effetti esentativi” e gli “effetti premiali” previsti dalla sua disciplina*: e benché in questa sede l’attenzione sia rivolta a considerare i presupposti di producibilità dell’ “effetto premiale” della *pre-deduzione*, ad uguale conclusione si dovrebbe pervenire laddove si volessero considerare gli “effetti esentativi” dalla revocatoria (e dalla responsabilità penale).

A parere di chi scrive tale conclusione non può essere messa in discussione per gli atti di disposizione (pagamenti; garanzie; *assunzione di finanziamenti*) posti in essere *successivamente* all’accertamento del

mancato avveramento della precisata “condizione legale”: vale a dire, successivamente alla scadenza del termine di 120 giorni (variamente decorrente, secondo i casi indicati) *senza che risultino integralmente soddisfatti i creditori estranei*.

Il mantenimento dell’efficacia “esentativa” e dell’efficacia “premierale” dell’Accordo di Ristrutturazione sarebbe privo di giustificazione, in un contesto dal quale si dovesse ricavare la “non-idoneità” ad assicurare il pagamento integrale dei creditori estranei nei termini dettati dalla norma (perché già scaduti).

Conclusione, questa, dalla quale si ritiene lecito ricavare almeno due corollari:

- (i) l’identità della conclusione contraria a riconoscere il mantenimento dell’attitudine dell’Accordo a produrre effetti esentativi ed effetti premiali, nei confronti di atti di disposizione da porre in essere quando l’accertamento della “condizione legale” del “regolare pagamento” (nel senso chiarito) dei creditori estranei (non solo sia già diventa impossibile – essendo i termini di 120 giorni già scaduti - , ma anche) debba giudicarsi impossibile; e
- (ii) la sostanziale necessità che per gli atti di disposizione posti in essere *dopo la scadenza dei termini di 120 giorni di cui all’art. 182-bis, co. 1, lett.a) e b) l.fall.*, per quanto previsti nel “Piano” sotteso allo “Accordo” come funzionali alla sua esecuzione – e, quindi, come tali, astrattamente beneficiari degli effetti esentativi e degli effetti premiali di cui all’art. 67, co. 3, lett e) l.fall. e all’art. 182-*quater*, co. 1, l.fall. – sia acquisita una “Attestazione” (con i crismi di cui all’art. 182-*bis*, co. 1, l. fall.) *integrativa*, avente ad oggetto l’accertamento dell’effettivo avveramento della “condizione legale” di cui si è detto.

Si deve conclusivamente affermare, alla luce delle considerazioni sopra sviluppate, che nell’ipotesi di mancato “regolare pagamento” dei creditori estranei all’ “Accordo” *ex art. 182-bis l.fall.*, nell’eventuale “concorso tra i creditori” successivo, benché giudicabile in ipotesi “consecutivo” (*infra*):

- (i) i crediti derivanti da finanziamenti erogati in un momento successivo, benchè risultanti “autorizzati” perché previsti dal “Piano” e perché riconducibili all’art. 182-*quater l.fall.* non sarebbero prededucibili; e

- (ii) gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere (sempre in un momento successivo) in funzione o in esecuzione dell' "Accordo" *non* sarebbero esentati dalle azioni revocatorie (e da responsabilità penale).

Per ciò che concerne invece i crediti sorti da "finanziamenti" già erogati alla data della scadenza (o delle scadenze) dei termini di 120 giorni dall'omologazione dell'Accordo – o dalle scadenze contrattuali, se posteriori -, la risposta alla domanda circa la permanenza o meno degli effetti esentativi e degli effetti premiali in ipotesi già prodottisi (in conseguenza della verifica dei presupposti di cui all'art. 182-*quater*, co. 2, l. fall. – "finanza-ponte" la cui prededuzione sia stata "disposta" dal provvedimento di omologa; ovvero di cui all'art. 182-*quinquies*, co. 1 e co. 3, l. fall. – "finanza interinale" che sia stata autorizzata dal tribunale - ; o ancora dell'art. 67, o. 3, lett. e), l. fall.), la soluzione opposta si fa preferire.

Nella perdurante efficacia dei provvedimenti giudiziali "autorizzatori" (il provvedimento di omologa per la "finanza-ponte"; i decreti autorizzatori per la "finanza interinale" – "attestata" o "urgente" -), e della Relazione attestativa circa l'idoneità dell'Accordo ad assicurare il "regolare" pagamento dei creditori non aderenti (nei termini sopra precisati), l'erogazione di "finanziamenti" (come il compimento di atti di disposizione) coerenti con i presupposti della produzione di effetti premiali (come di effetti esentativi) non deve potere essere messa in discussione dall'eventuale evoluzione negativa della situazione: se così fosse – infatti – verrebbe da domandarsi quale sia la funzione della Relazione attestativa dell'esperto indipendente, e delle stesse autorizzazioni (o "disposizioni") del tribunale.

II.4. *Segue. B) L'ulteriore condizione della "consecutività" del "concorso dei creditori" successivo.*

Premesso quanto sopra per ciò che concerne il *presupposto* della collocabilità in prededuzione, nel "concorso" successivo, dei crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione dell'omologazione ovvero in esecuzione di un "Accordo" *ex* art. 182-*bis* l. fall. (presupposto rappresentato dal "regolare pagamento" – integrale e puntuale nei limiti concessi dall'art. 182-*bis*, primo comma – dei creditori estranei), occorre aggiungere che tale "effetto premiale" postula ulteriormente il

soddisfacimento di una seconda *condizione*: il carattere “consecutivo” del concorso eventualmente apertosi a seguito della mancata esecuzione dell’“Accordo”.

Poiché lo “Accordo” *ex art. 182-bis l. fall.* non è una “procedura concorsuale”; e poiché la prededuzione originata dall’aver erogato finanziamenti ai sensi degli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies l.fall.* può esprimersi solamente in occasione di un “concorso dei creditori”; è inevitabile dover ammettere che tale effetto si produca nel contesto di una procedura *diversa e successiva al procedimento di “Accordo”*; ed è altrettanto inevitabile circoscrivere tale effetto all’intervento di una procedura (nella quale la caratteristica della collocabilità in prededuzione possa esprimersi, e quindi presenti una natura) qualificabile come “*procedura concorsuale*”.

Ad avviso di chi scrive, tale procedura concorsuale può essere rappresentata tanto da un Concordato preventivo, quanto da un fallimento (ovvero da una procedura di Amministrazione Straordinaria o ancora di liquidazione coatta amministrativa, di diritto comune ovvero di diritto speciale)¹⁵: ma non può trattarsi di *qualsiasi* Concordato o fallimento (ovvero Amministrazione Straordinaria o liquidazione coatta amministrativa). Deve, al contrario, essere qualificabile come procedura concorsuale “*consecutiva*”, intendendo per tale quella apertasi in conseguenza del mancato superamento (o della mancata composizione) di *quella* situazione di “crisi”, che lo “Accordo” *ex art. 182-bis l. fall.* si proponeva di superare (o di comporre): non, invece, di una situazione di “crisi” dai connotati non riconducibili a quelli caratterizzanti la crisi originaria. E, da questo punto di vista, l’orientamento giurisprudenziale formatosi negli anni passati è pervenuto a risultati interpretativi che nel complesso meritano di essere condivisi e confermati¹⁶.

¹⁵ L’ipotesi di un “Accordo” *ex art. 182-bis l. fall.*, seguito da una procedura di L.C.A. di diritto speciale (in particolare, di diritto bancario e finanziario) è perfettamente plausibile, proprio in considerazione della esclusione della natura di “procedura concorsuale” allo “Accordo di Ristrutturazione” (in caso contrario essendo escluse l’accessibilità delle banche e degli intermediari finanziari non bancari alle “procedure concorsuali” di diritto comune): in argomento v. BONFATTI, *La disciplina delle crisi delle imprese bancarie, finanziarie e assicurative*, in BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, IV[^] ed., Padova, 2011, p.695 ss.

¹⁶ *Supra*, Parte Prima

Nell'ipotesi di successivo Concordato preventivo (o fallimento, eccetera), "non consecutivo" rispetto all' "Accordo" – perché originato da una situazione di "crisi" non riferibile a quella posta alla base dell'Accordo omologato –, gli "effetti esentativi" e gli "effetti premiali" non potrebbero prodursi. L' "effetto premiale" della prededuzione, in particolare, non potrebbe prodursi, poiché la prededuzione – come già detto – non rappresenta una caratteristica del credito connaturato alla sua natura (come accade, invece, per il *privilegio*), come tale invocabile in qualsiasi momento e in qualsiasi sede.

Se prendiamo in considerazione la fattispecie che ha originato le decisioni precisate in esordio, dobbiamo prendere atto che – come dalle stesse ben puntualizzato – la situazione economico-patrimoniale-finanziaria nella quale versava l'impresa assoggettata alla L.C.A. finale non era oggettivamente riconducibile a quanto caratterizzante la condizione dell'impresa al momento di accesso al primo Concordato preventivo, né all'atto dell'omologa dell'Accordo di Ristrutturazione (per lo stravolgimento prodotto dal pagamento di ingenti passività pregresse; dalla assunzione di ingenti nuove obbligazioni; dalla erosione di una ingente porzione del patrimonio – effetti del resto prodotti nella massima parte nel contesto dello "Accordo" e della sua esecuzione –). Per tale ragione abbiamo manifestato adesione ai risultati interpretativi ai quali il Tribunale è pervenuto.

Ma anche ad ipotizzare un esito di segno contrario – cioè tale da comportare il *superamento* della crisi, anziché il suo stravolgimento in senso peggiorativo –, il risultato interpretativo non cambierebbe.

Dovrebbe infatti rimanere ferma la conclusione che la prededuzione rappresenta il diritto ad una collocazione preferenziale nel "concorso dei creditori", originato da una specifica situazione di crisi, la quale può produrre i suoi effetti soltanto nell'ambito di *quel* contesto. Una volta superata (ovvero composta) la situazione di crisi nell'ambito della quale i crediti prededucibili avrebbero potuto (e prevedibilmente dovuto) essere soddisfatti con precedenza rispetto agli altri, ove ciò non sia avvenuto – per qualsiasi ragione –, non si rinvengono presupposti atti a giustificare il *mantenimento* di tale prelazione, tanto più ove si considerino le conseguenze che ne deriverebbero nei rapporti con i creditori successivi al superamento o alla composizione della originaria "crisi" – e come tali non più meritevoli di una collocazione in prededuzione –.

Il regolare adempimento delle obbligazioni assunte dopo il superamento (o la composizione) della situazione di “crisi” non potrebbe essere impedito dalla perdurante sussistenza di crediti (*ex*) prededucibili, perché il principio di adempimento delle obbligazioni sarebbe ritornato ad essere quello connesso alla *scadenza* di ciascuna, non già quello connesso alla loro *natura*. Per converso, la pretesa perdurante condizione di “postergazione” dei crediti pregressi (rispetto ai crediti sorti da finanziamenti erogati in funzione o in esecuzione dello “Accordo”), ne comporterebbe la posposizione anche ai crediti *non più* qualificabili come “prededucibili” – in conseguenza del superamento o della composizione della “crisi” –, perché nell’attesa del soddisfacimento degli (*ex*) prededucibili, anche i crediti correnti dovrebbero essere regolarmente soddisfatti, sulla base della considerazione delle rispettive *scadenze*.

Posto che, come detto, l’ “Accordo” *neppure apre un “concorso dei creditori”*; e posto che – come constatato – ciononostante gli art. 182-*quater* e 182-*quinquies* l. fall. ipotizzano una collocabilità dei crediti, derivanti dai relativi finanziamenti, in prededuazione: la soluzione non può essere che quella di *ammettere*, e contemporaneamente circoscrivere, la prelazione così assegnata a tali crediti all’ipotesi di procedura concorsuale *consecutiva* allo “Accordo” in questione.

II.5. *Presupposti e condizioni della collocabilità in prededuazione dei crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione o in esecuzione del Concordato preventivo nell’ambito del Concordato ovvero nell’eventuale fallimento (o liquidazione coatta amministrativa) successivi.*

L’analisi condotta a proposito della collocabilità in prededuazione dei crediti derivanti da finanziamenti funzionali a favorire l’omologazione ovvero l’esecuzione dello “Accordo” *ex* art. 182-*bis* l. fall. induce a valutare quale soluzione dovrebbero ricevere i corrispondenti problemi generati dal sostegno finanziario alle imprese ammesse alla procedura di Concordato preventivo.

Per ciò che concerne l’effetto “premiante” del collocamento in prededuazione attribuito ai crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione; nel corso; ovvero in esecuzione del Concordato preventivo (in sequenza: art. 182-*quater*, co. 2, l. fall.; art. 182-*quinquies*; art. 167

l.fall.; art. 182-*quater*, co. 1) si deve ritenere, in via preliminare, che esso si produca, in tutte le fattispecie, anzitutto nell'ambito della procedura di Concordato, nel cui contesto sia stato dato corso ai finanziamenti in questione (ferma restando la discussione, che non interessa in questa sede, sulla ammissibilità di talune di tali operazioni, con i conseguenti effetti premiali, nell'ambito del solo Concordato preventivo "in continuità aziendale", ovvero anche nel Concordato preventivo "liquidativo").

La affermata prededucibilità dei crediti in questione dovrebbe tradursi nella rimborsabilità dei finanziamenti, che li hanno originati, *alle rispettive scadenze, al di fuori dei riparti periodici* del ricavato dalla liquidazione dell'attivo.

Nello stesso modo, non si ritiene (più) sindacabile, in sede e al momento di soddisfacimento del credito, l'attitudine a comportarne la prededucibilità (e quindi il soddisfacimento al di fuori dei riparti periodici), tutte le volte che essa sia stata disposta da un provvedimento giudiziale: il ché rappresenta la quasi totalità delle fattispecie ipotizzabili (per i "finanziamenti-ponte", la prededucazione deve essere stata confermata nel provvedimento di ammissione al Concordato – art. 182-*quater*, co. 2, l.fall. –; per i "finanziamenti interinali" l'operazione deve essere stata autorizzata dal Tribunale – art. 182-*quinquies*, l.fall. –; per i finanziamenti al Concordato, i "mutui" (*et similia*) devono essere stati autorizzati dal giudice delegato – art. 167 l. fall. –; per i finanziamenti "in esecuzione" del Concordato, la loro necessaria previsione nel "Piano" sotteso alla Proposta concordataria – secondo l'interpretazione che si fa preferire – implica l'autorizzazione giudiziale in conseguenza dell'intervenuta omologazione della procedura).

Si può pertanto concludere che:

- i. i crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione, in occasione, in esecuzione del Concordato preventivo devono essere soddisfatti, *in corso di Concordato*, alle rispettive scadenze, al di fuori dei piani di riparto; e
- ii. il soddisfacimento dei crediti prededucibili così individuati non richiede formalità autorizzative supplementari tutte le volte nelle quali (*sempre*, in pratica, per chi condivide l'analisi sopra illustrata) il collocamento preferenziale derivi da un originario provvedimento autorizzatorio.

Ciò detto per quanto concerne il soddisfacimento dei crediti prededucibili in conseguenza dell'erogazione di finanziamenti *ex art. 182-quater, 182-quinquies, 167 l.fall., nel corso dell'esecuzione della proposta concordataria*; rimane da stabilirne le sorti allorché essi non risultino ancora soddisfatti (ovvero per quelli tra di essi che non risultino ancora soddisfatti) nel momento dell'eventuale dichiarazione di un fallimento successivo (o dell'apertura di una diversa procedura concorsuale successiva).

La conferma della collocabilità in prededuzione dei crediti in questione (a prescindere da quali effetti debbano attribuirsi a tali conclusioni: su cui *infra*) postula l'accertamento della c.d. "consecutività" della procedura concorsuale successiva rispetto al Concordato originario.

Il fatto che a seguito di una situazione di crisi si sia aperto il concorso dei creditori secondo determinati connotati – quelli di una proposta concordataria accettata e omologata –; e il fatto che l'evoluzione successiva non sia stata rispettosa dei relativi presupposti, lasciando spazio all'applicazione di modalità diverse di composizione del dissesto – comprensivi, per esempio, del ricorso inedito a strumenti di ricostituzione del patrimonio dell'imprenditore mediante l'esercizio delle azioni revocatorie fallimentari –; non dovrebbero impedire – a parere di chi scrive – la produzione degli "effetti esentativi" e degli "effetti premiali" già giudicati coerenti, *secondo una originaria valutazione giudiziale* (quando ovviamente vi sia stata, nei termini già riferiti), con la situazione nell'ambito della quale sono stati posti in essere gli atti (i finanziamenti) per i quali tali effetti vengano ora invocati.

La conclusione può essere diversa – e, a parere di chi scrive, *deve* esserlo – nelle situazioni nelle quali la procedura concorsuale successiva presenti connotati di discontinuità rispetto al Concordato originario, nel senso di essere rivolta a dare sistemazione ad una situazione di crisi non riconducibile a quella originaria.

In tale contesto, l'effetto "premierale" della prededuzione potrebbe essere utilmente invocato solo se si attribuissero a tale "quaità" i connotati del *privilegio*: ma tale equiparazione è, allo stato del diritto positivo disponibile, non prospettabile. Come detto, la prededuzione assicura un collocamento preferenziale nel "concorso dei creditori" nel quale viene attribuita al credito (per esempio, da finanziamenti); ed in mancanza del "concorso" (di *quel* concorso, eventualmente interessato

da una disciplina evolutiva, ma ancorata alla situazione originaria), non ha modo di produrre gli effetti desiderati.

Tale fenomeno si è presentato raramente, o sostanzialmente non si è presentato, nel passato, caratterizzato da procedure di Concordato preventivo (di fatto, se non di diritto) di natura liquidativa – per le quali al fallimento successivo difficilmente poteva negarsi la caratteristica della “consecutività” rispetto al Concordato originario-: ma ha acquistato oggi rilievo, e tanto più pare destinato a conquistarne in futuro, in conseguenza della moltiplicazione delle procedure di Concordato preventivo “*in continuità aziendale*”. In tale ipotesi, infatti, acquista interesse la prospettiva che la causa di un fallimento consecutivo debba essere individuata (anche, se non soprattutto) nella gestione dell’impresa (che non cessa con l’omologazione) *successiva* alla chiusura del Concordato, piuttosto che un retaggio della crisi che aveva dato corso all’ammissione al Concordato stesso: e corrispondentemente acquista interesse la conclusione, che come detto si ritiene preferibile, *contraria* a consentire il collocamento in prededuzione, nel fallimento finale “non consecutivo”, dei crediti derivanti dalla erogazione di finanziamenti ai quali quell’effetto “premiante” pure era stato attribuito da un provvedimento giudiziale (per la ragione che viene meno quel “concorso”, nell’ambito del quale quell’effetto avrebbe dovuto prodursi).

II.6. *Gli effetti degli scostamenti dei risultati della gestione dell’impresa o della gestione della liquidazione rispetto alle previsioni del piano sotteso agli Accordi di ristrutturazione o al Concordato preventivo.*

L’occasione del presente approfondimento è propizia per estendere la attenzione alle conseguenze prodotte – con specifico riguardo all’argomento dell’effetto “premiante” della prededuzione ai crediti derivanti dai finanziamenti qui esaminati (nonché degli effetti “esentativi” pure previsti in loro favore) – dalla constatazione del mancato conseguimento dei risultati prospettati al momento del compimento degli atti “rilevanti” (vale a dire della concessione delle autorizzazioni giudiziali che tali li rendono).

In linea di principio occorre affermare con decisione che certamente non per il solo fatto della smentita dei risultati attesi è consentito

mettere in discussione la “tenuta” degli effetti “premiali” e degli effetti “esentativi” conseguenti alla concessione delle autorizzazioni giudiziali funzionali a produrli (ovvero, per chi ritenesse di individuarne degli esempi, della produzione dei presupposti di prededucibilità di tali effetti, che fossero pur diversi da provvedimenti giudiziari – come potrebbe per esempio sostenersi per gli “*atti legalmente compiuti*” considerati dall’art. 161, co. 7, l. fall. –). E’ vero semmai il contrario: nel senso, che effetti premiali ed effetti esentativi sono disposti *proprio* per le ipotesi di mancata evoluzione positiva della situazione di crisi, non essendovi probabilmente necessità di protezione, e forse neppure di trattamenti di favore, allorché la crisi risultasse superata o composta.

Del resto si è tentato di dimostrare, nelle pagine precedenti, che gli effetti qui presi in considerazione non cadono nel nulla quando il peggioramento della situazione sfocia addirittura in una procedura concorsuale inedita (il passaggio da “Accordo” a Concordato/fallimento), ovvero da una procedura concorsuale *fair* ad una procedura concorsuale più incisiva (da Concordato preventivo a fallimento/Amministrazione Straordinaria/liquidazione coatta amministrativa), sol che sia consentito di individuare un rapporto di “consecutività”.

L’argomento merita tuttavia di essere approfondito, poiché i finanziamenti astrattamente idonei a produrre crediti prededucibili (così come gli atti di disposizione dei quali si potrà mettere in discussione la produzione o meno degli effetti attesi) possono intervenire in fasi diverse della procedura di crisi, ed in tal modo richiedere o non richiedere accertamenti e verifiche supplementari.

Con riguardo ai cc.dd. “finanziamenti-ponte” (art. 182-*quater*, co. 2, l. fall.) la produzione dell’effetto premiale del collocamento in prededuzione dei crediti relativi è condizionata alla circostanza che la stessa “*sia espressamente disposta dal provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al Concordato preventivo ovvero l’accordo sia omologato*”. Pronunciato che sia tale provvedimento, i finanziamenti interessati sono destinati a produrre crediti prededucibili – a parere di chi scrive – quali che siano le evoluzioni successivamente registrate dalla “procedura”. La conclusione appare incontrovertibile per i finanziamenti che abbiano rivestito la forma tecnica del “*mutuo*” (cioè abbiano dato corso alla immediata erogazione dell’importo finanziato): ma non dovrebbe mutare di segno anche per i

finanziamenti resi disponibili secondo forme tecniche differenti, finanche quelle caratterizzate da *atti di esecuzione differiti nel tempo*, quando pure vi fosse ragione di dubitare delle condizioni economico-finanziarie sulla base delle quali fu disposta la prededuzione (come potrebbe essere il caso dei finanziamenti da erogare “a stati di avanzamento lavori”, cioè in corrispondenza della progressione delle opere finanziate).

Occorre peraltro precisare che il carattere temporaneamente circoscritto di tale fase difficilmente porrà all’attenzione del Tribunale finanziamenti diversi da quelli che si traducono nella immediata erogazione di una somma di denaro.

Con riguardo ai cc.dd. “finanziamenti interinali attestati”, la prededuzione dei relativi crediti é condizionata alla produzione di una “attestazione speciale” concernente la ritenuta funzionalità “*alla migliore soddisfazione dei creditori*” (art. 182-*quinquies*, co. 1, l. fall.).

Tale collocazione preferenziale non può essere messa in discussione – a parere di chi scrive – sino a quando la conclusione raggiunta dall’attestazione rimanga condividibile secondo una valutazione ragionevole.

Diverso sarebbe se nel frattempo – *prima* cioè della concessione del finanziamento – i presupposti dell’attestazione fossero venuti meno (in modo, evidentemente, riconoscibile, o comunque una volta dimostrata la consapevolezza in capo al soggetto finanziatore). A quel punto l’effetto dell’autorizzazione giudiziale pur a suo tempo concessa potrebbe fondatamente essere messo in discussione, e confermato esclusivamente (a non volere pretendere un secondo vaglio giudiziale) da una attestazione confermativa della funzionalità del finanziamento – pure in un contesto nel frattempo mutato – ad assicurare “*la migliore soddisfazione dei creditori*”.

Per ciò che concerne i “finanziamenti alla procedura” – cioè quelli che, nella procedura di Concordato preventivo, possono essere erogati nella fase che va dalla ammissione all’omologa – la risposta alla domanda della perennità ovvero del carattere contingente degli effetti “premiali” – in termini di collocamento in prededuzione dei relativi crediti – attribuiti ai “*mutui*” (e finanziamenti in genere) dall’autorizzazione del giudice delegato *ex art. 167 l.fall.* (combinata con gli effetti disposti dall’art. 111, co. 2, seconda parte, l.fall.) dipende dal contenuto dei singoli provvedimenti autorizzatori: secondo che,

cioè, essi prevedano o non prevedano condizioni all'efficacia dei provvedimenti pronunciati, e secondo che tali condizioni siano o non siano risultate (ovvero rimaste) soddisfatte alla data dell'erogazione dei finanziamenti interessati.

Per ciò che concerne infine i finanziamenti “in esecuzione” dell'Accordo ovvero del Concordato preventivo (cfr. art. 182-*quater*, co. 1, l. fall.), la risposta alla domanda avente ad oggetto le condizioni del mantenimento dell'attitudine del provvedimento autorizzatorio a produrre effetti “premiali” (nonché effetti “esentativi”) in favore dei crediti derivanti dai finanziamenti (che si ritiene essere necessario siano stati precisati come) funzionali a dare esecuzione al “Piano” sotteso all'Accordo ovvero alla proposta concordataria, deve forse seguire percorsi argomentativi diversi in relazione alle due “procedure”¹⁷.

Per ciò che concerne l'Accordo di ristrutturazione *ex* art. 182-*bis* l.fall. si pone anzitutto come presupposto per l'applicabilità dell'art. 182-*quater*, co. 1, l.fall. (come già detto) l'intervenuto “regolare pagamento” dei creditori estranei (per l'intero importo ed entro i termini della “proroga legale” di cui al primo comma dell'art. 182-*bis* l.fall.).

Accertato tale presupposto occorre valutare se gli effetti (“premiali” e “esentativi”) prodotti dal provvedimento di omologazione dell'“Accordo” permangano indefinitamente e conseguentemente risultino applicabili ai finanziamenti previsti dal “Piano” *qualsiasi cosa sia intervenuta nel frattempo*: oppure se gli scostamenti eventualmente registrati (e, ovviamente, percepiti) tra omologazione ed erogazione possano ingenerare dubbi su tale conclusione.

Le circostanze che:

- A) la prededuzione (e anche la esenzione da revocatoria) non sia assimilabile al “privilegio” attribuito al credito in considerazione della natura del rapporto che lo ha originato; e
- B) *l'esecuzione dell' “Accordo di Ristrutturazione” sia sottratta a qualsiasi controllo giudiziale o finanche semplicemente indipendente* (manca la sorveglianza di un giudice delegato; manca il controllo di un commissario giudiziale; manca finanche la previsione della necessità di una qualsiasi “Attestazione” di un

¹⁷ Ferma sempre restando l'estraneità al tema della prededuzione dell'istituto del “Piano di Ristrutturazione Attestato”, che non ne conosce esempi – mentre per ciò che concerne i cc.dd. “effetti esentativi” è ragionevole mutare le conclusioni raggiunte nel testo per l'Accordo di Ristrutturazione, *mutatis mutandis* –.

esperto indipendente – sulla permanente attualità, per esempio, delle assunzioni di varia natura poste alla base del “Piano” –); inducono a concludere che

- (i) l'intervento di scostamenti di rilievo nei modi, nei tempi, e nei risultati della esecuzione del “Piano” può privare il provvedimento omologatorio (per i finanziamenti erogati in un momento successivo) degli effetti premiali ed esentativi attesi;
- (ii) il pericolo connesso a tale conclusione possa essere neutralizzato attraverso il conseguimento di un aggiornamento della Relazione di Attestazione *ex art. 182-bis*, co. 1, l. fall. originaria, che confermi la “regolare” eseguibilità del “Piano” nei termini originariamente rappresentati, nonostante gli scostamenti registrati (per esempio, grazie alla preesistenza di adeguati “fondi-rischi”); e
- (iii) l'accertamento della sopravvenuta inesequibilità del “Piano” e della consapevolezza degli scostamenti registratisi – con la conseguenza della sopravvenuta inattitudine del provvedimento omologatorio ad assicurare gli effetti premiali e gli effetti esentativi astrattamente previsti dalla legge per i finanziamenti rivolti a dare esecuzione all' Accordo stesso – possa essere condotto anche nella sede della procedura concorsuale consecutiva nella quale si vogliano fare valere gli effetti precisati.

Per ciò che concerne la procedura di Concordato Preventivo la previsione della erogazione di finanziamenti funzionali a dare esecuzione alla proposta concordataria può assumere particolare rilievo allorché ci si trovi di fronte ad un Concordato “*in continuità aziendale*” c.d. “*diretta*”.

In tale ipotesi, la prospettiva di una sicura prosecuzione della gestione dell'impresa, con ciò che comporterà sull'inevitabile ricorso al finanziamento esterno (specie di natura bancaria), impone di circoscrivere la prededuzione *ex art. 182-quater*, co. 1, l. fall. ai soli crediti derivanti da finanziamenti espressamente previsti nel “Piano” concordatario (senza possibilità di estenderla a tutto l'indebitamento pur registrato in funzione della prosecuzione dell'attività aziendale), ed enfatizza la esigenza di un effettivo monitoraggio dei risultati della esecuzione della proposta accettata dai creditori ed omologata dal Tribunale.

Pare opportuno segnalare, a tale proposito, che in tema di esecuzione della proposta concordataria, l'art. 185 l.fall. prevede che il commissario giudiziale debba sorvegliarne l'adempimento, ed accertare (per poi riferirne al giudice) *“ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori”*.

Con specifico riferimento al Concordato preventivo *“con continuità aziendale”*, ma declinando un principio che deve essere ritenuto comune anche al Concordato c.d. *“liquidatorio”*, l'art. 186-bis, co. 7, l.fall. afferma poi che *“se nel corso di una procedura”* [di Concordato con continuità aziendale] *... l'esercizio dell'attività [d'impresa] ... risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale procede ai sensi dell'art. 173”*.

Ciò implica la esistenza di un presidio sulla attuazione della proposta concordataria che postula – ad avviso di chi scrive – che quando in funzione della sua *“esecuzione”* debba darsi corso (perché così previsto) ad un finanziamento suscettibile di originare crediti destinati ad una collocazione in prededuzione (perché riferibili al disposto dell'art. 182-*quater*, co. 1, l. fall.):

- (i) il commissario giudiziale ne debba essere opportunamente informato; e
- (ii) *in mancanza di iniziative ostative del commissario giudiziale (e per esso del giudice, informatone come previsto dalla legge) i crediti conseguenti all'erogazione dei finanziamenti non interessati da interventi interruttivi della esecuzione della proposta concordataria debbano trovare collocazione in prededuzione nell'eventuale fallimento successivo, senza possibilità di sindacato da parte degli Organi fallimentari.*

II.7. Il soddisfacimento dei crediti prededucibili in quanto sorti in funzione od in esecuzione di un Accordo ex art. 182-bis l. fall. ovvero di un Concordato preventivo, nel concorso con i creditori successivi

L'attenzione che in questo momento pare opportuno riservare all'istituto del Concordato preventivo con continuità aziendale rende di particolare interesse un argomento che in realtà è comune anche all'Accordo di Ristrutturazione ed al Concordato preventivo *“liquidatorio”*, pur se con minore impatto.

Il tema è rappresentato dalla individuazione delle modalità con le quali dare esecuzione alle disposizioni che attribuiscono il collocamento in prededuzione ai crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione, nel corso, ovvero in esecuzione di un “Accordo” o di un Concordato, nel momento in cui – poniamo, nell’ambito del fallimento consecutivo finale – questi abbiano a dover concorrere con crediti sorti dopo l’intervenuta omologazione della procedura di “Accordo” ovvero di Concordato.

L’attribuzione della prededuzione ai crediti *de quibus* (quando ricorrano le fattispecie sopra passate in rassegna, nelle quali si è ritenuto che tale effetto “premiale” debba essere conservato) comporta *la postergazione di tutti i crediti pregressi* (tralasciando per ora, e in questa sede, il problema dei crediti bensì pregressi ma assistiti da garanzie reali; e il problema dell’applicabilità anche ad essi della regola contenuta nell’art. 111-bis, co. 3, l.fall.) *al preventivo soddisfacimento integrale dei crediti prededucibili*.

Ove si ritenesse che i crediti prededucibili *de quibus* debbano trovare una collocazione preferenziale, nel fallimento consecutivo finale, *rispetto all’intero passivo fallimentare*, comprensivo dei debiti sorti dopo l’omologazione dell’Accordo o del Concordato – per esempio, in funzione della continuazione della gestione dell’impresa –, si dovrebbe dare luogo al soddisfacimento preventivo dei primi, e poi al soddisfacimento dei secondi *in concorso con i crediti pregressi*¹⁸

Ove si ritenga invece – come a chi scrive appare preferibile – che la prededuzione *ex art. 182-quater, 182-quinques, 167 l.fall.* riguardi il concorso dei finanziatori dell’Accordo, o del Concordato, con i (soli) creditori pregressi rispetto all’apertura di tali procedure, la necessaria postergazione di costoro ai crediti così prededucibili

¹⁸ L’idea che i crediti pregressi debbano trovare soddisfazione preferenziale sul patrimonio esistente alla data dell’omologazione dell’Accordo o del Concordato, alla stregua di un “patrimonio separato”, pare di difficile attuazione pratica (stante la prevedibile difficoltà di ricostruzione delle attività che lo compongono), e risulta priva di qualsiasi supporto normativo - giudicato peraltro necessario laddove il principio è stato ritenuto meritevole di affermazione: cfr. art. 12, co.3, ultima parte, l. n. 3/2012 (“Accordo di composizione della crisi”); art. 12 - *ter*, co.2, ultima parte, l. n. 3/2012 (“Piano del consumatore”); art. 14-*duodecies*, co. 1, l. n. 3/2012 (“Liquidazione del patrimonio”) – .

ne implicherebbe *la postergazione anche rispetto a tutti i creditori successivi*: perché i crediti prededucibili, che si dovessero ritenere pur concorrenti con i crediti posteriori all'omologazione (nell'ipotesi che non si ritenga che debbano essere anteposti *anche a questi!*), non potrebbero avere trovato soddisfacimento integrale (come condizione per la partecipazione al riparto dei crediti pregressi postergati) *se non in concomitanza con il corrispondente soddisfacimento integrale anche dei creditori successivi*.

Risultando tale conclusione difficilmente accettabile – non avendo avuto a suo tempo i creditori pregressi alcun elemento di valutazione su quale avrebbe potuto essere l'entità finale complessiva dei crediti successivi all'omologa (diversi da quelli per i quali fosse prevista la collocazione in prededuzione), e che nell'ipotesi qui presa in considerazione sarebbero destinati a ricevere anch'essi un soddisfacimento preferenziale rispetto all'indebitamento pregresso – pare necessario dare esecuzione alla prededuzione qui presa in considerazione attraverso una tecnica diversa da quella ricavabile dalla semplice antergazione/postergazione di categorie di creditori.

Tale tecnica può essere rappresentata dall'ammissione dei crediti pregressi a concorrere anch'essi nella ripartizione del ricavato dalla liquidazione fallimentare – quindi, insieme ai crediti prededucibili (nel nostro caso, in quanto derivanti da finanziamenti erogati in base alle richiamate disposizioni comportanti tale effetto “premierale”) ed ai crediti maturati successivamente in corso di esecuzione del Concordato o dello “Accordo” - *ma con attribuzione delle pertinenti quote di riparto ai titolari dei crediti prededucibili, sino a soddisfacimento integrale*.

Questa tecnica, che dovrebbe essere quella da utilizzarsi in via generale ogni qualvolta ci si trovi di fronte a postergazioni (di norma convenzionali) *a singoli creditori* (ovvero a singole categorie di creditori)¹⁹, richiama quella prevista dall'art. 62, co.3 l.fall., in ma-

¹⁹ Ricorre questa ipotesi nella fattispecie di *postergazione convenzionale*, pattuita tra i singoli creditori con efficacia per c.d. “interna”. Il fenomeno è abbastanza ricorrente nei rapporti tra banche e soci di società di capitali in cerca di nuovo sostegno finanziario. Le banche condizionano spesso la disponibilità a concederlo alla condizione che i soci acconsentono alla *postergazione* dei propri crediti (derivanti, di norma, da finanziamenti pregressi) rispetto al preventivo soddisfacimento integrale

teria di obbligazioni solidali. Anche in quel caso è affermato il principio che il coobbligato solidale del fallito è “postergato” al creditore solidale, nel senso che *“il regresso ... può essere esercitato solo dopo che il creditore (solidale) sia stato soddisfatto per l'intero credito”* – art. 61, co. 2 -: ma laddove tale risultato economico non sia conseguibile con la semplice “postergazione” dell’esercizio del regresso al soddisfacimento integrale del creditore preferito – il ché accade quando un credito di regresso, sia pure parziale, è già sorto, e non può essere fatto valere che dal coobbligato solidale escusso, laddove il creditore solidale può insinuare soltanto il credito residuo: art. 62-, il soddisfacimento preferenziale integrale del creditore solidale è perseguito **non già** escludendo dal concorso il soggetto destinato ad un soddisfacimento postergato, **bensì** disponendo che egli concorra con il creditore destinato ad essergli preferito, ma con la previsione che *“il creditore ha diritto di farsi assegnare la quota di riparto spettante al coobbligato, fino a concorrenza di quanto dovutogli”* (art. 62, co.3).

In tal modo i creditori pregressi risulterebbero postergati ai soli finanziatori dell’Accordo o del Concordato, giacché dopo che costoro avessero ricevuto soddisfacimento integrale – anche con il concorso delle quote spettanti ai creditori pregressi – questi ultimi continuerebbero a percepire e diventerebbero legittimati a trattene-
re quanto così percepito.

della “nuova finanza”. Si comprende che in caso di assoggettamento della società ad una procedura concorsuale, la condizione del preventivo pagamento integrale della “nuova finanza” bancaria assume la portata di una “postergazione universale”, dal momento che al soddisfacimento integrale del passivo bancario può pervenirsi soltanto a condizione di realizzare il soddisfacimento (altrettanto) integrale di ogni altra passività collocata nello stesso grado (di norma, al chirografo). Tale effetto non corrisponde in nulla alla volontà delle parti, che aspiravano a sacrificare il soddisfacimento dei soci al soddisfacimento integrale preventivo *del solo passivo bancario*, non già dell’intero passivo societario. Deve allora ritenersi che la postergazione convenzionale in questione comporti non già l’esclusione del credito del socio interessato dai riparti del ricavato dalla liquidazione dell’attivo societario, bensì la attribuzione alla banca antergata – fino a concorrenza del soddisfacimento integrale del credito antergato – delle quote di riparto spettanti al creditore-socio.