

Tribunale di Udine, 6 marzo 2010 – Pres. Bottan – Rel. Pellizzoni.

Segnalazione del Prof. Massimo Fabiani

Fallimento – Crediti prededucibili – Introduzione di una definizione specifica – Qualificazione dei crediti prededucibili.

Continuità delle procedure – Concordato preventivo – Fase dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo – Fallimento – Prededucibilità – decorrenza del presupposto della continuità delle procedure – Decreto di ammissione al concordato.

Concordato preventivo – Fallimento – Prededucibilità – Carattere della normativa applicabile.

Fallimento – Prededucibilità – Crediti sorti in occasione delle procedure – Crediti sorti in funzione delle procedure – Distinzione.

Concordato preventivo – Crediti funzionali allo svolgimento della procedura – Fallimento – Riconoscimento normativo del presupposto della continuità delle procedure – Stato di insolvenza – Mero stato di crisi – Irrilevanza.

Il legislatore, introducendo un secondo comma all'interno dell'art. 111 l.f., fornisce, per la prima volta, una definizione specifica dei crediti prededucibili precisando che in tale categoria sono ricompresi tutti i debiti qualificati come tali dalla legge, oppure quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare. (gc) (riproduzione riservata)

Nella fase di predisposizione e di deposito della domanda di concordato preventivo sussiste esclusivamente un interesse del debitore, il quale pone in essere una attività meramente privata, tendente a risolvere la crisi dell'impresa e/o a evitare il fallimento, secondo modelli alternativi di soddisfazione dei creditori tipicamente liquidatori o di risanamento dell'impresa, che non ha ancora ricevuto né il vaglio dell'autorità giudiziaria né quello dei creditori; solo con il decreto di ammissione può dirsi integrato il presupposto della continuità delle procedure. (gc) (riproduzione riservata)

Le norme relative alla prededucibilità dei crediti hanno carattere eccezionale e sono di stretta interpretazione, dato che introducono una deroga al principio della par condicio creditorum e alle cause legittime di prelazione e le stesse non possono prescindere dall'interesse per la massa dei creditori che solo può giustificare il sacrificio delle loro ragioni e la posposizione dei loro crediti, rispetto alle spese di procedura e ai crediti funzionali al suo svolgimento secondo le modalità indicate nella proposta. (gc) (riproduzione riservata)

La distinzione fra crediti sorti in occasione delle procedure e crediti sorti in funzione delle procedure, attiene alla distinzione fra obbligazioni contratte dal debitore per gli scopi della procedura e spese ed oneri di gestione della procedura, ma sempre insorti in un momento successivo all'apertura del concordato. (gc) (riproduzione riservata)

L'art. 111, secondo comma, nel momento in cui considera come prededucibili nel successivo fallimento tutti gli oneri insorti nel concordato preventivo, purché funzionali allo svolgimento della procedura e agli interessi della massa dei creditori, riconosce implicitamente il presupposto della continuità delle procedure e della loro sostanziale unicità a prescindere dall'esistenza dello stato di insolvenza o del mero stato di crisi, una volta che il tribunale abbia accertato l'effettiva insolvenza dell'imprenditore. (gc) (riproduzione riservata)

omissis

FATTO E DIRITTO

Con atto introduttivo del 24.11.2008 la dr. D. K., premesso di essere stata incaricata, su designazione di questo Tribunale, dalla società B. spa (poi trasformata in B. srl) di predisporre - in veste di esperto - in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma lett. d) - la relazione richiesta dall'art. 161, terzo comma, l. fall. attestante la fattibilità del piano di concordato e la veridicità dei dati aziendali, da allegare alla domanda di concordato preventivo che la società B. si apprestava a presentare e che in data 13.05.2008 aveva depositato la predetta relazione contestualmente al deposito della domanda di concordato, che era stata tuttavia dichiarata inammissibile con decreto di data 23.05.2008 da questo Tribunale, che aveva anche dichiarato nella stessa data il fallimento della società debitrice, che per tale prestazione professionale aveva maturato un credito residuo di € 38.011,60, di cui aveva chiesto l'ammissione al passivo, proponeva ricorso in opposizione allo stato passivo del citato fallimento, assumendo che il proprio credito professionale era stato ammesso per € 31.676,34 in via privilegiata ex art. 2751 bis, n. 2 cod. civ. e per il residuo in chirografo per i va e non in prededuzione ex art. 111, terzo comma l. fall., come richiesto, dovendo essere considerato una spesa effettuata in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo, sfociata poi nel successivo fallimento, trattandosi di una vera e propria spesa di procedura prevista dalla legge, quale condizione di ammissibilità della proposta stessa.

Nel costituirsi in giudizio la curatela resisteva alla domanda, negando la natura prededucibile del credito in questione, atteso che il presupposto per l'ammissione del credito in prededuzione della continuità fra le procedure di concordato e fallimento, non si era mai verificato, non avendo il Tribunale accolto la domanda e aperto la procedura di concordato, ma dichiarato il fallimento e non potendosi pertanto parlare di consecuzione di procedure.

L'opposizione è infondata e va respinta, non sussistendo i presupposti per l'ammissione in prededuzione ex art. 111, secondo comma l. fall.

E' noto che sotto il vigore della legge del 1942 fra i crediti prededucibili, secondo quanto previsto dall'art. 111, primo comma l. fall., vecchio testo, si solevano comprendere, trattandosi di norma eccezionale e quindi di stretta interpretazione, solo i crediti insorti in occasione e in funzione del procedimento fallimentare in senso stretto, per lo svolgimento della procedura (e quindi solo quelli insorti dopo l'apertura del procedimento), quali quelli contratti dagli organi fallimentari per l'amministrazione del fallimento e in generale per le spese della procedura e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa (cfr. per tutte Cass. 16.11.1981, n. 6056), ma tale restrittiva interpretazione subiva una deroga nell'ipotesi di continuità di procedure e in particolare dei crediti sorti durante la procedura di amministrazione controllata e contratti per la gestione dell'impresa, sempre che fossero destinati ad assicurare la continuazione dell'attività aziendale in vista di un possibile risanamento, ritenendo che esistesse una unitarietà fra le due procedure (v. per tutte Cass. 17.06.1995, n. 6852).

La Suprema Corte aveva escluso per contro che i crediti contratti nel corso della procedura di concordato preventivo dal debitore, nel caso di successivo fallimento, potessero essere soddisfatti in prededuzione, stante la funzione meramente liquidatoria della procedura, rispetto alla quale rimaneva estranea e indifferente - l'eventuale - continuazione dell'esercizio dell'impresa da parte del debitore, a differenza di quelli inerenti alla gestione dell'impresa insorti nel corso dell'amministrazione controllata, che si ritenevano posti in essere per la realizzazione delle finalità proprie della procedura e quindi strumentali rispetto al successivo fallimento (v. per tutte Cass. 9.09.2002, n. 13056, secondo cui: Con riferimento all'ipotesi di concordato preventivo cui abbia fatto seguito la dichiarazione di fallimento, il credito relativo a mutuo contratto, con l'autorizzazione del giudice delegato, dall'imprenditore (il quale, come si evince dall'art. 167 legge fall., non è spossessato dei beni, ma conserva l'amministrazione di essi e l'esercizio dell'impresa e può validamente obbligarsi, da solo, nell'ambito dell'amministrazione ordinaria, e, previa autorizzazione del giudice delegato, nell'ambito dell'amministrazione straordinaria), per effettuare il deposito (ai sensi dell'art. 163, n. 4, legge fall.) della somma necessaria per le spese della procedura di concordato, non costituisce debito di massa, ma debito contratto dall'imprenditore nel suo esclusivo interesse e, come tale, non può essere soddisfatto in prededuzione, atteso che il predetto deposito non si identifica, agli effetti dell'art. 111, n. 1, legge fall., con le spese del

procedimento che lo stesso mira a soddisfare, ne' il mutuo a tal fine stipulato è riconducibile ai debiti contratti per la gestione della procedura, a nulla rilevando l'autorizzazione concessa dal giudice delegato, la quale è volta semplicemente a porre la massa dei creditori anteriori al riparo dai pregiudizi derivanti dall'indiscriminata assunzione di nuove obbligazioni da parte del debitore, e non trasforma, dunque, l'operazione di finanziamento dell'imprenditore in debito contratto, nell'interesse dei creditori, dagli organi della procedura per la gestione della stessa).

Tuttavia la corte regolatrice aveva precisato che anche nell'amministrazione controllata, non tutti i debiti contratti potevano avere sempre carattere prededucibile, considerato che, mentre i debiti di mera gestione erano sempre prededucibili, in quanto fisiologicamente collegati alla finalità della procedura, tendente alla conservazione dell'impresa, viceversa altri debiti, quali ad esempio quelli derivanti da prestazioni professionali, potevano essere pagati nel fallimento successivo ex art. 111, primo comma solo se ne fosse stata accertata l'utilità, reale o potenziale per la massa dei creditori.

IL CASO.it

In particolare si era negata la prededucibilità nel susseguente fallimento del credito di un professionista che avesse predisposto un piano affinché l'amministrazione controllata sfociasse in un concordato preventivo e non nel fallimento (v. Cass. 16.05.1983, n. 3369 secondo cui: "Ai fini dell'ammissione al beneficio della prededuzione dei crediti del professionista che ha svolto la propria opera su incarico dell'imprenditore sottoposto alla procedura di amministrazione controllata, il giudice deve avere riguardo alla "Rilevanza" che detto incarico assume nelle circostanze concrete nelle quali viene posto in essere, in relazione soprattutto allo impegno di spesa che grava sulle già precarie condizioni economiche dell'azienda, accertando, da un lato, se l'incarico in questione debba considerarsi atto di ordinaria amministrazione, ovvero atto di straordinaria amministrazione (come tale soggetto all'autorizzazione del giudice delegato a norma dell'art. 167, secondo comma, della legge fallimentare) e, dall'altro lato, l'utilità, rispetto allo scopo della procedura (risanamento dell'impresa), dell'opera svolta dal professionista, la quale difetta di questo requisito se mira in definitiva a predisporre un piano per far sfociare l'amministrazione controllata in un concordato preventivo anziché nel fallimento, non potendosi in tal caso considerare utile per i creditori, il cui interesse è solo quello di conservare integro il patrimonio del comune debitore, sul quale soddisfare le proprie ragioni di credito), così come si era negata la prededucibilità dei crediti insorti fra la data del deposito della domanda, ma prima dell'emanazione del decreto e quelli sorti precedentemente alla cassazione del decreto di ammissione alla procedura, non essendovi in questo caso consecuzione di procedure (v. Cass. 5.02.1979, n. 746, secondo cui: "La prededucibilità, in Sede di riparto delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo fallimentare, dei crediti legalmente contratti durante la procedura di amministrazione controllata e legata al duplice presupposto che i medesimi crediti siano stati contratti secondo le regole e per le finalità proprie della procedura e che il successivo fallimento sia collegato ad essa da un nesso di consecuzione, costituendone uno dei possibili sbocchi: ne consegue che, una volta che il decreto di ammissione alla procedura di amministrazione controllata sia stato cassato e posto quindi nel nulla con efficacia ex tunc, la prededucibilità deve essere esclusa, facendo difetto entrambi gli anzidetti presupposti).

La regola dell'esclusione della prededuzione nel caso di consecuzione di procedure di concordato preventivo e di fallimento aveva subito tuttavia una ulteriore attenuazione dall'affermazione che i crediti sorti durante la prima procedura potevano godere della prededuzione nel caso in cui fossero funzionali alla continuazione dell'esercizio dell'impresa e questo scopo fosse espressamente previsto nella proposta di concordato, come finalità dichiarata della procedura, approvata dai creditori e dal Tribunale (v. ad esempio Cass. 5.08.1996, n. 7140, secondo cui: " Con riferimento all'ipotesi di concordato preventivo con cessione di beni cui abbia fatto seguito la dichiarazione di fallimento, i crediti sorti dall'esecuzione di un contratto di somministrazione, maturati prima e dopo il concordato preventivo, non costituiscono spese di gestione e non possono essere soddisfatti in prededuzione nel consecutivo fallimento, ne' in applicazione estensiva o analogica dell'art. 74 legge fall., non richiamato dalle disposizioni del concordato preventivo, ne' in base al principio dell'art. 111 n. 1 legge fall., ancorché estensivamente interpretato nell'ambito della teoria della consecuzione delle procedure, quando la gestione dell'impresa non abbia costituito modalità essenziale del concordato preventivo. Quest'ultima norma, invece, trova applicazione nella procedura in esame quando la gestione dell'impresa ne abbia costituito

modalità essenziale, perché sia stata parte della proposta di concordato, sia stata oggetto dell'ammissione da parte del tribunale nonché dell'approvazione da parte dei creditori e sia stata oggetto dell'omologazione finale "e anche in senso conforme, Cass. 2.08.2002, n. 11580, secondo cui: "In tema di fallimento susseguente alla procedura di concordato preventivo, deve escludersi la prededucibilità, in seno alla procedura fallimentare, del credito vantato dal garante del concordato per effetto di pagamenti effettuati non già in adempimento di debiti contratti dal debitore poi fallito ai fini della continuazione dell'impresa, bensì (come nella specie) in adempimento di crediti concorsuali sorti anteriormente alla domanda di concordato".

La corte regolatrice anche di recente aveva pertanto ribadito che la possibilità di ammissione in prededuzione di crediti sorti in pendenza di concordato era connessa alla loro riconosciuta inerenza alle finalità della procedura e agli interessi dei creditori ("La prededuzione, ammissibile anche nel concordato preventivo, deve corrispondere ai debiti della massa, contratti cioè per le spese e dunque a causa dello svolgimento e della gestione della procedura, nell'interesse dei creditori; deve escludersi tale natura al credito per il prezzo di una vendita coattiva, nel caso in cui la citazione per la esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, in relazione al preliminare stipulato quando le parti erano in bonis, sia stata notificata al debitore anteriormente all'apertura del concordato, mentre la sentenza costitutiva sia sopravvenuta quando il concordato era già stato omologato e si era aperta la fase della liquidazione" (cfr. Cass. 25.07.2007, n. 16426).

In tale ottica si era invece ammesso che il compenso e i rimborsi dovuti al commissario giudiziale e al commissario liquidatore avessero natura prededucibile sull'attivo del fallimento conseguente, dato che tali organi agiscono nell'interesse della massa dei creditori (v. Cass. 5402/'83).

In nessun caso potevano avere carattere prededucibile i crediti connessi all'istanza di concordato, relativi alle prestazioni dei professionisti o alle spese sopportate per la domanda di concordato, ove allo stesso fosse subentrata una procedura fallimentare (v. ancora Cass. 17.02.1981, n. 948).

IL CASO.it

Le uniche spese anteriori alla dichiarazione di fallimento o ai decreti di apertura delle procedure concorsuali minori che secondo alcuni potevano avere carattere prededucibile erano pertanto le spese sopportate dal creditore per la proposizione dell'istanza di fallimento, mentre altri le consideravano solamente privilegiate ex art. 2755 e 2777 cod. civ. come spese di giustizia.

Il legislatore nel modificare la norma dell'art. 111 l. fall ha ora profondamente inciso su questo quadro, introducendo un secondo comma che fornisce per la prima volta una definizione specifica dei crediti prededucibili, che in precedenza non esisteva, precisando che in tale categoria sono ricompresi tutti i debiti qualificati come tali dalla legge, oppure quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare. Tale definizione indubbiamente innovativa, ma al contempo non particolarmente chiara nel suo significato lessicale, ha diviso gli interpreti, in quanto una parte della dottrina ha dato al nuovo comma un significato minimale, tendente ad una mera sistemazione teorica della categoria dei crediti prededucibili (da tenersi distinti anche da quelli c. d. di massa) che trovava le sue radici nelle prassi interpretative, anche giurisprudenziali già esistenti, mentre un'altra parte ne ha dato una interpretazione più radicale, sottolineando come il riferimento a tutte le procedure concorsuali, eliminava non solo la distinzione fra spese e debiti contratti per l'amministrazione fallimentare e la gestione dell'impresa e spese e debiti contratti per le procedure concorsuali minori e ma anche la distinzione fra oneri contratti consapevolmente o meno nell'interesse dei creditori, senza concorso della volontà degli organi, ma comunque in concomitanza delle stesse.

Secondo la prima interpretazione la definizione dei crediti prededucibili, non può comunque prescindere dall'inerenza delle spese e altre passività con le esigenze funzionali della procedura e gli interessi dei creditori, mentre secondo la più innovativa prospettiva il rango prededucibile deve riguardare non solo i crediti insorti dopo l'apertura della procedura di fallimento (e quelli insorti nel corso della procedura di concordato in virtù della continuità fra le due procedure), ma anche quelli sorti in occasione e in funzione delle procedure concorsuali, vale a dire tutte le obbligazioni sorte successivamente al deposito dell'istanza di fallimento o della domanda di concordato e financo gli esborsi relativi alla predisposizione della istanza di fallimento, della domanda di concordato e della relazione dell'esperto.

Secondo questa prospettiva mentre il riferimento ai crediti insorti in occasione delle procedure individua i crediti derivanti da atti compiuti dal debitore (e secondo alcuni solo se debitamente autorizzati ex art. 167 l. fall.) il riferimento ai crediti insorti in funzione della procedura avrebbe riguardo non solo alle spese effettuate dopo l'apertura del procedimento, ma anche alle obbligazioni insorte prima, in quanto funzionali e finalizzate all'ammissione al concordato quando questo venga effettivamente aperto o comunque dirette al raggiungimento degli obiettivi previsti nel piano di risanamento.

Tale interpretazione poggia sul dato letterale del duplice requisito indicato dalla legge della occasionalità e funzionalità delle obbligazioni insorte, che non avrebbe alcun significato logico, risolvendosi altrimenti il secondo termine in un mero duplicato del primo, se non quello di voler introdurre, diversamente che dal passato, una prevedibilità non solo degli oneri incontrati dopo l'apertura delle procedure, mediante il meccanismo della retrodatazione degli effetti alla prima procedura in funzione della continuità e unicità delle due fasi di concordato e di fallimento, ma anche di quelli funzionali all'ammissione alla procedura e quindi propedeutici alla sua apertura, in quanto indispensabili per la sua proposizione ed eventuale successivo accoglimento.

Tale tesi pur suggestiva e apparentemente aderente al dato letterale della norma, che sembra distinguere fra crediti insorti in occasione e quindi in seguito all'ammissione alla procedura e crediti insorti in funzione della procedura e quindi connessi alla introduzione del procedimento, non appare tuttavia condivisibile, sol che si osservi come in questo caso manchi non tanto o non solo il vaglio e controllo degli organi della procedura, quanto piuttosto la funzionalità all'interesse dei creditori per poter sostenere l'inerenza delle spese alla procedura concorsuale, almeno fin tanto che la stessa non venga effettivamente aperta.

Nella fase di predisposizione della domanda e di deposito della stessa sussiste infatti esclusivamente un interesse del debitore, il quale pone in essere una attività meramente privata, tendente a risolvere la crisi dell'impresa e/o a evitare il fallimento (secondo modelli alternativi di soddisfazione dei creditori tipicamente liquidatori o di risanamento dell'impresa), che non ha ancora ricevuto il vaglio dell'autorità giudiziaria e tantomeno dei creditori e solo con il decreto di ammissione può dirsi integrato il presupposto della continuità delle procedure.

IL CASO.it

Non si deve infatti dimenticare che le norme relative alla prevedibilità dei crediti hanno carattere eccezionale e sono di stretta interpretazione, dato che introducono una deroga al principio della par condicio creditorum e alle cause legittime di prelazione e le stesse non possono prescindere dall'interesse per la massa dei creditori che solo può giustificare il sacrificio delle loro ragioni e la posposizione dei loro crediti, rispetto alle spese di procedura e ai crediti funzionali al suo svolgimento secondo le modalità indicate nella proposta.

La distinzione fra crediti insorti in occasione delle procedure e crediti insorti in funzione delle procedure, appare pertanto attenersi piuttosto alla distinzione fra obbligazioni contratte dal debitore per gli scopi della procedura (e segnatamente per la gestione e conservazione dell'impresa in vista del raggiungimento degli scopi del piano) e spese e oneri di gestione della procedura, ma sempre insorti in un momento successivo all'apertura del concordato.

Non pare dunque che al di là delle suggestioni lessicali suggerite dalle ambigue espressioni del legislatore si possa rinvenire, da una interpretazione sistematica, una vera radicale portata innovativa del secondo comma dell'art.111 l. fall nella disciplina dei crediti prevedibili (se non quella di aver fugato i dubbi sull'ammissibilità della predeuzione per i crediti contratti in pendenza di concordato), la cui stella polare non può che essere individuata nella strumentalità delle obbligazioni contratte rispetto agli scopi della procedura e agli interessi dei creditori.

In tutti i casi la norma presuppone che una procedura di concordato sia stata effettivamente aperta e non solo che sia stata depositata una domanda, non accolta, come nel caso in esame.

La norma in questione di cui al secondo comma dell'art. 111 l. fall. risulta invece avere sicuramente un diverso e complementare significato, atteso che appare risolvere positivamente i dubbi insorti in dottrina, dopo la riforma, in merito alla sussistenza della continuità delle procedure, anche dopo il venir meno del requisito dello stato di insolvenza per la presentazione della domanda di concordato e quindi della non omogeneità dei requisiti oggettivi previsti per la presentazione della domanda di concordato rispetto al fallimento.

Non paiono infatti esservi dubbi che l'art. 111, secondo comma, nel momento in cui

considera come prededucibili nel successivo fallimento tutti gli oneri insorti nel concordato preventivo, purché funzionali allo svolgimento della procedura e agli interessi della massa dei creditori, riconosce implicitamente il presupposto - già ammesso dalla giurisprudenza precedente - della continuità delle procedure e della loro sostanziale unicità a prescindere dall'esistenza dello stato di insolvenza o del mero stato di crisi, un volta che il tribunale abbia accertato l'effettiva insolvenza dell'imprenditore.

Alla stregua di queste ulteriori considerazioni non può essere messo in dubbio che il presupposto comunque richiesto dalla legge per riconoscere la prededuzione appare essere quello dell'apertura della procedura di concordato preventivo, in quanto solo con il decreto di ammissione vi può essere una continuità di procedure, mentre nel caso di rigetto dell'istanza e di contestuale dichiarazione di fallimento (su istanza dei creditori o del P. M.), la domanda di concordato e i connessi oneri, rimane un a mera istanza, che non ha trovato accoglimento e non implica alcun vantaggio per la massa dei creditori.

In questo caso infatti è escluso in radice che possa esistere un funzionalità di tali spese con gli interessi dei creditori, che trovano invece tutela nell'alternativa dichiarazione di fallimento.

IL CASO.it

Appare equa la compensazione delle spese, attesa la novità dei temi trattati, che non trovano conforto in alcun precedente.

P.Q.M.

Il Tribunale fra le parti definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza ed eccezione reietta:

- Respinge l'opposizione in quanto infondata;
- Compensa fra le parti le spese del giudizio.

Udine, lì 6.12.2009

Depositato in Cancelleria il 6.03.2010