

LE PROCEDURE DI COMPOSIZIONE NEGOZIALE DELLE CRISI D'IMPRESA: OPPORTUNITA' E RESPONSABILITA'

Convegno Nazionale di Reggio Emilia, 8 ottobre 2010

Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziale delle crisi

Prof. Avv. Sido Bonfatti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il sostegno finanziario alle imprese che hanno predisposto un “Piano di Risanamento attestato” ai sensi dell’art. 67, co. 3, lett. d) l.fall. – 2.1. La “esenzione” da revocatoria degli atti di esecuzione del “Piano di Risanamento attestato”. – 2.2. Atti di esecuzione del “Piano di Risanamento attestato” e “prededuzione”. – 2.3. “Piano di Risanamento attestato” e “finanziamenti-soci”. – 3. Il sostegno finanziario alle imprese che hanno concluso un “Accordo di Ristrutturazione” ai sensi dell’art. 182-bis l.fall. – 3.1. La “esenzione” da revocatoria degli atti di esecuzione degli “Accordi di Ristrutturazione” (*rinvio*). – 3.2. “Accordi di Ristrutturazione” e “prededuzione”. A) I finanziamenti bancari effettuati in funzione della domanda di omologazione dell’Accordo di Ristrutturazione. – 3.3. *Segue*. B) I finanziamenti bancari effettuati in esecuzione dell’Accordo di Ristrutturazione. – 3.4. Accordi di Ristrutturazione e “finanziamento-soci”. – 4. Il sostegno finanziario delle imprese nel Concordato Preventivo. L’attuale disciplina del Concordato oltre la somma della disciplina dell’Amministrazione Controllata e del Concordato Preventivo previgenti. – 4.1. I Concordati Preventivi “di Risanamento”. L’affermazione nella prassi delle Procedure di Concordato di Risanamento “diretto” e di Concordato di Risanamento “indiretto”. – 4.2. La “esenzione” da revocatoria degli atti di esecuzione del Concordato Preventivo. – 4.3. Concordato Preventivo e “prededuzione”. A) Il collocamento “in prededuzione” della “nuova finanza” genericamente intesa erogata in funzione dell’ammissione dell’impresa al Concordato Preventivo “di Risanamento (“diretto)”. – 4.4. *Segue*. B) Il collocamento in prededuzione del credito professionale concesso in funzione di accesso al Concordato. – 4.5. *Segue*. C) Il collocamento in prededuzione della “nuova finanza” bancaria concessa in funzione dell’ammissione al Concordato Preventivo. – 4.6. *Segue*. D) Il collocamento in prededuzione della “nuova finanza” bancaria concessa nel corso della procedura di Concordato Preventivo. – 4.7. *Segue*. E) Il collocamento in prededuzione della “nuova finanza” bancaria concessa “in esecuzione” del Concordato. – 5. Concordato Preventivo e finanziamenti-soci. – 6. Il sostegno del Concordato Preventivo di Risanamento “indiretto”.

1.Premessa.

Il sostegno finanziario alle imprese in crisi è normalmente affidato, come accade del resto anche alle imprese *in bonis*, all'intervento del credito bancario; al credito commerciale (le dilazioni ottenute dai fornitori; più raramente, gli anticipi versati dai clienti); all'intervento finanziario dei soci ("finanziamenti-soci").

Per le imprese in crisi inoltre si presentano esigenze finanziarie speciali, sostanzialmente estranee alla gestione delle imprese *in bonis*, rappresentate dalla necessità di disporre, in tempi brevi, di *liquidità straordinaria*, funzionale a sostenere le cc.dd. "spese di procedura", rappresentate in realtà in parte da costi puntualmente connessi alla procedura di composizione negoziata della crisi avviata per il rilancio dell'impresa (per esempio il compenso del commissario giudiziale nel Concordato Preventivo), in parte più generalmente riferibili all'attribuzione di incarichi professionali "speciali" per l'accesso alla Procedura di composizione negoziata della crisi e per l'assistenza nel corso della stessa.

Dato per scontato che tanto l'accesso al credito bancario quanto l'accesso al credito commerciale (e la stessa disponibilità dei soci a finanziare ulteriormente l'impresa) divengono particolarmente difficoltosi al momento della emersione della situazione di "crisi" dell'impresa, si pone il problema di quali *incentivi* potere assicurare alle banche, ai fornitori, eccetera, per superare la comprensibile diffidenza a (continuare a) sostenere finanziariamente una impresa in conclamata difficoltà.

Gli strumenti principali che il nostro ordinamento ha inteso utilizzare in questa direzione paiono essere costituiti da: (i) "esenzione" dall'azione revocatoria (fallimentare), per i finanziamenti all'impresa in crisi che fossero stati rimborsati, o per le garanzie dai quali fossero stati assistiti; e (ii) "prededuzione", nel concorso con gli altri creditori sul ricavato dalla eventuale liquidazione del patrimonio del debitore, dei crediti derivanti da finanziamenti erogati allo scopo di favorirne il Risanamento.

Possono essere considerati "incentivi" concorrenti con quelli segnalati gli interventi in materia di "esenzione" da *responsabilità penale* per le garanzie costituite a favore dei finanziamenti all'impresa in crisi e per i pagamenti effettuati dall'imprenditore insolvente in favore del creditore (con speciale riguardo alla norma di recente introduzione nel nostro ordinamento – l. n. 122/2010 – all'art. 217-bis l.fall.): ma tale profilo non appartiene ai temi di indagine ai quali è dedicato il presente lavoro.

Alla considerazione dei termini, dei modi e dei limiti nei quali i richiamati istituti dalla “esenzione” da revocatoria e della “prededuzione” assolvono, nel nostro ordinamento, alla funzione di incentivare il sostegno finanziario delle imprese in crisi sono dedicate le pagine che seguono.

2. Il sostegno finanziario alle imprese che hanno predisposto un “Piano di Risanamento attestato” ai sensi dell’art. 67, co. 3, lett. d) l.fall.

L’art. 67, co. 3, lett. d) l.fall. afferma che *“(Non sono soggetti all’azione revocatoria) gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purchè posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il Risanamento della esposizione debitoria dell’impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall’articolo 28, lettere a) e b) ai sensi dell’articolo 2501-bis, quarto comma, del codice civile”*.

Come è noto, l’istituto del “Piano di Risanamento attestato” vede sostanzialmente esaurita la propria disciplina dalla norma sopra trascritta (integrata oggi dalla ricordata previsione dell’art. 217-bis l.fall., in materia di “esenzione” dai reati di bancarotta, estranea agli interessi del presente lavoro). *Gli incentivi* al sostegno finanziario dell’impresa sono pertanto sostanzialmente rappresentati dalla “esenzione” dall’azione revocatoria degli atti *“posti in essere in esecuzione”* del “Piano”: è comprensibile pertanto l’attenzione che il tema ha suscitato tra gli studiosi all’indomani della introduzione del richiamato art. 67, co. 3, lett. d) l.fall.

2.1. La “esenzione” da revocatoria degli atti di esecuzione del “Piano di Risanamento attestato”.

La nuova legge fallimentare persegue l’obiettivo di favorire la tempestiva emersione delle situazioni di “crisi” dell’impresa e di garantirne per quanto possibile il superamento o per lo meno la sistemazione in modi più efficienti e più efficaci rispetto al passato. Tra gli strumenti individuati allo scopo si colloca la “esenzione” dall’azione revocatoria fallimentare degli atti posti in essere in funzione od in esecuzione di una procedura giudicata dalla nuova

legge fallimentare atta a prevenire, superare o sistemare adeguatamente la situazione di “crisi”.

La portata di questo “incentivo”, che l’art. 67, co. 3, l.fall. declina nella affermazione che gli atti in questione “*non sono soggetti all’azione revocatoria*”, non è peraltro univocamente intesa.

Il comma immediatamente successivo infatti aggiunge che “*le disposizioni di questo articolo non si applicano all’istituto di emissione, alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario*” (ed aggiunge: “*sono salve le disposizioni delle leggi speciali*”); e non è chiaro se la portata delle due “esenzioni” sia uguale, oppure no.

Per la seconda delle categorie di atti “esentati” la esenzione concerne, in modo esplicito, solamente l’azione revocatoria (fallimentare) prevista da “*questo articolo*” (l’art. 67). Per la prima categoria, invece, la esenzione riguarda “*l’azione revocatoria*”.

Secondo l’opinione di alcuni interpreti le esenzioni disposte dal terzo comma dell’art. 67 l.fall. dovrebbero riguardare, in linea di principio, i soli atti “normali”: quindi dovrebbero evitare l’esercizio dell’azione revocatoria fallimentare, in sostanza, nelle sole ipotesi nelle quali essa sarebbe proponibile ai sensi dell’art. 67, co. 2, l.fall.

La conclusione non può essere condivisa, per molteplici ragioni.

Innanzitutto il segnalato confronto letterale con la disposizione contenuta nel comma successivo induce a ritenere che le nuove esenzioni previste dal terzo comma abbraccino *per lo meno* tutte le ipotesi che ricadrebbero sotto l’ambito di applicazione di “*questo articolo*”, quindi anche quelle riferibili al *primo comma* dell’art. 67.

In secondo luogo, anche ad una prima lettura delle fattispecie descritte come oggetto delle disposte esenzioni, si coglie che un buon numero di esse è funzionale ad evitare l’applicazione *proprio* del *primo* comma dell’art. 67 (con particolare riguardo alla esenzione per atti posti in essere in funzione della attuazione di “Piani di Risanamento” o di “Accordi di Ristrutturazione”).

Oltre a ciò, sempre facendo leva sul ricordato argomento letterale incentrato sul confronto con la disposizione del quarto comma della norma in commento, si può avere ragione di ritenere che gli atti contemplati nella disposizione in esame siano sottratti ad *ogni* azione revocatoria *fallimentare*, ivi comprese quelle previste dall’art. 64 e dall’art. 65 l.fall.; nonché - è da ritenere - all’azione revocatoria prevista dall’art. 66 l.fall. - azione revocatoria *ordinaria* proseguita o proposta dal curatore fallimentare -.

Induce soprattutto a propendere per la tesi secondo la quale alla “esenzione” dall’azione revocatoria prevista dall’art. 67, co. 3, 1. fall. deve essere attribuita *portata generale*, la circostanza che in numerose fattispecie tra quelle interessate dalla norma la aspirazione a sottrarre all’azione revocatoria fallimentare determinate categorie di atti riguarda anche situazioni nelle quali si presenterebbero – altrimenti – i presupposti dell’esercitabilità dell’azione revocatoria prevista *dal primo comma* dell’art. 67 1. fall. (come sarebbe, per esempio, per le *garanzie costituite in favore di crediti pregressi*, che rappresentassero atti di esecuzione di uno dei piani o degli accordi previsti dall’art. 67. co.3, lett. d) oppure lett. e) 1. fall.); oppure i presupposti dell’esercitabilità dell’azione revocatoria prevista *dall’art. 65* 1. fall. (come sarebbe, per esempio, per il *rimborso anticipato* di debiti aventi scadenza molto differita nel tempo - potrebbe trattarsi di un prestito obbligazionario particolarmente oneroso -, anch’esso in ipotesi rappresentante un atto di esecuzione di uno dei menzionati piani o accordi previsti dall’art. 67. co.3, lett. d) oppure lett. e) 1. fall.).

Occorre infine domandarsi se gli atti in questione debbano considerarsi sottratti altresì all’azione revocatoria ordinaria proposta anche al di fuori del fallimento.

Militano in questo senso la considerazione che, ove sopravvenisse il fallimento, l’azione revocatoria ordinaria diverrebbe improcedibile, qualora si ritenesse inapplicabile agli atti “esentati” l’art. 66 1.fall.; e la considerazione che risulterebbe irrazionale una disciplina che assoggettasse gli atti *de quibus* ad una disciplina più severa al di fuori del fallimento, che a seguito della pronuncia della sentenza dichiarativa.

Non vi dovrebbero essere incertezze, invece, nel considerare rientranti nell’ambito di applicazione delle “esenzioni” disposte dall’art. 67, comma 3°, 1.fall novellato (e conseguentemente inapplicabili alle fattispecie ivi descritte) le azioni revocatorie fallimentari cc.dd. speciali, disciplinate per lo più al di fuori della legge fallimentare, quali le azioni revocatorie cc.dd. “aggravate” per atti compiuti “infragruppo”, nella disciplina dell’Amministrazione straordinaria (“ordinaria” e “speciale”); le azioni revocatorie relative alle operazioni di *factoring*, o di “cartolarizzazione”; eccetera.

*

Come detto, il nuovo art. 67, co. 3, 1.fall. introduce una fattispecie di “esenzione” dall’azione revocatoria per gli atti di esecuzione del “Piano di Risanamento attestato”: cioè di un “piano” predisposto dall’imprenditore che appaia idoneo a consentire il “Risanamento” della sua esposizione e il “riequilibrio della sua situazione finanziaria.

Relativamente alla identificazione degli “atti” suscettibili di essere sottratti all’azione revocatoria fallimentare, va osservato che il “Piano di Risanamento” non è necessariamente costituito da un *Accordo con i creditori*: potendo essere rappresentato sia da un *Accordo con terzi estranei* (per esempio, nuovi investitori chiamati a sottoscrivere un aumento di capitale, oppure ad acquistare *asset* dell’impresa in crisi), sia da un *progetto unilaterale* (per esempio il conferimento di nuovi beni nell’impresa, o l’erogazione di nuovi finanziamenti da parte dei soci alla società in “crisi”).

La formula utilizzata dalla norma in commento (“atti, pagamenti e garanzie”) appare sufficientemente generica da consentire di affermare che *qualsiasi “operazione” posta in essere dall’imprenditore è suscettibile di sfuggire all’applicazione dell’azione revocatoria*, purchè risulti posta in essere “*in esecuzione*” di un “*Piano ... di Risanamento*” la cui ragionevolezza sia attestata nei modi voluti dalla norma.

La “formula” è analoga a quella prevista dalla successiva disposizione dell’art. 67, comma 3°, lett e) per gli atti di esecuzione del Concordato Preventivo e dell’Accordo “di Ristrutturazione” *ex art. 182-bis l.fall.*: tuttavia per gli atti di esecuzione del “piano” di Risanamento è precisato che il beneficio della esenzione da revocatoria è limitato alle garanzie concesse “*su beni del debitore*”.

Per le operazioni funzionali a dare esecuzione ad un accordo “giudiziale”, invece (che si tratti di accordo derivante dall’ammissione dell’impresa a Concordato Preventivo, o che si tratti dell’Accordo di Ristrutturazione omologato dall’autorità giudiziaria di cui all’art. 182-bis l.fall.), la esenzione abbraccia tutte le “garanzie”: parrebbe, anche quelle *concesse da un terzo, o su beni di un terzo, o nell’interesse di un terzo*.

Della ricordata limitazione non si comprende, in realtà, la *ratio*, se non come espressione di un *perdurante disfavore* riservato agli accordi “stragiudiziali” rispetto agli accordi (totalmente o parzialmente) “giudiziali”.

Ma più che il carattere discutibile di tale logica è da denunciare la evidente incongruenza della norma.

Se si vuole introdurre una distinzione razionale – supponendo che la diversa formulazione rilevata non costituisca semplicemente una banale svista -, la distinzione dovrebbe passare tra l’ipotesi di garanzie costituite per *debiti propri* (dell’imprenditore che accede ad una delle procedure di composizione negoziale della crisi) – dove la garanzia sarebbe necessariamente costituita (dall’imprenditore interessato) “*su beni del debitore*” -; e l’ipotesi di garanzie costituite per *debiti altrui* – dove la garanzia (del debitore interessato da un procedimento di composizione della

crisi d'impresa) potrebbe essere rappresentata tanto dalla costituzione di un pegno o di un'ipoteca "su beni del debitore" (ma per un debito altrui), quanto dalla prestazione da parte sua di una fideiussione nell'interesse di terzi -. A questa stregua, sarebbe comprensibile – salvo valutare se sarebbe anche condivisibile – prevedere che la "esenzione" da revocatoria, in determinate ipotesi – e nel nostro caso ciò riguarderebbe i "Piani di Risanamento" di cui al nuovo art. 67, comma 3°, lett. d), l.fall. -, sia circoscritta alle garanzie costituite per debiti propri, e non comprenda – invece – le garanzie prestate per debiti altrui (ma a questo punto non solo le "garanzie concesse su beni del debitore", ma anche quelle concesse coinvolgendone la generica responsabilità patrimoniale – come sarebbe per la prestazione di una fideiussione -).

Per converso, la disciplina di maggior favore che si volesse apprestare, sotto il profilo qui considerato – come le nuove norme sembrerebbero voler prevedere -, per gli accordi di composizione delle crisi di natura giudiziale (o semigiudiziale: art. 182-*bis* l.fall.), non dovrebbe tanto sottolineare la costituibilità di garanzie "concesse su beni *non* del debitore" – la cui inattuabilità è ovvia, perché prestate da un soggetto terzo, diverso dall'imprenditore "in crisi" -: quanto, piuttosto, la costituibilità da parte dell'imprenditore interessato di garanzie per debiti altrui – vuoi "su beni del debitore", vuoi nella forma della prestazione di fideiussione -, quando giudicate utili alla composizione della situazione di crisi in atto.

2.2. Atti di esecuzione del "Piano di Risanamento attestato" e "prededuzione".

La disciplina dell'istituto conosciuto sotto il nome di "prededuzione" è affidata agli artt. 111 e 111-*bis* l.fall., oggi integrati dall'art. 182-*quater*, introdotto dalla l. n. 122/2010. Quest'ultima norma *non* è applicabile agli atti posti in essere in esecuzione di un "Piano di Risanamento attestato", che rimangono dunque esclusivamente disciplinati dagli artt. 111 e 111-*bis* l.fall.

L'art. 111, co. 2, l.fall. afferma che "*sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge*". La prima ipotesi ("*specifico disposizione di legge*"), come detto, non ricorre: e neppure la seconda ("*crediti ... sorti un occasione o in funzione*" di una procedura concorsuale): perché al "procedimento" previsto per la predisposizione e la attestazione del "Piano" di cui all'art. 67, co. 23,

lett. d) 1.fall. **non** può essere attribuita natura di “**procedura concorsuale**”. Alla mancanza di qualsiasi intervento *giudiziale* si accompagna la mancanza di qualsiasi effetto distintivo tra la “massa” delle obbligazioni precedenti il “Piano” e quelle successive (se si esclude la “esenzione” da revocatoria per quelle sorte in esecuzione del “Piano”); la mancanza di qualsiasi divieto di azioni esecutive o cautelari per i creditori pregressi; la mancanza di una qualsiasi “sanzione” di *inopponibilità* ai creditori “concorsuali” di atti di disposizione del patrimonio del debitore compiuti dallo stesso (o da lui subiti) in favore di singoli creditori pregressi.

Per soprammercato, la recente previsione di fattispecie di crediti prededucibili per il compimento di atti funzionali all’accesso al Concordato Preventivo o alla procedura di omologazione degli Accordi di Ristrutturazione, o di atti posti in essere per l’esecuzione dell’uno o dell’altro (art. 182-*quater* 1.fall.), dimostra ulteriormente, con il mancato richiamo della figura del “Piano di Risanamento attestato”, la volontà di mantenere distinta la natura dei primi due istituti dalla natura giuridica del “Piano” stesso.

Ne consegue l’impossibilità di concepire una qualsiasi collocazione prededucibile, nel concorso (anche fallimentare) che si aprisse sul patrimonio dell’imprenditore, delle obbligazioni assunte a seguito di atti posti in essere in esecuzione del “Piano di Risanamento attestato”.

2.3. “Piano di Risanamento attestato” e “finanziamenti-soci”

La disciplina dei “finanziamenti-soci” che viene in considerazione quando si valuta la sorte degli interventi di sostegno finanziario dei soci ad una impresa “in crisi” è quella dettata dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* cod.civ. Tali norme, come è noto, dispongono: (i) la postergazione dei crediti per finanziamenti-soci, se non già rimborsati, erogati ad una società in condizione di squilibrio finanziario; e (ii) l’obbligo di restituzione di detti finanziamenti, se rimborsati, qualora sopravenga entro un anno la dichiarazione di fallimento della società.

Rispetto a tali finanziamenti gli “*incentivi*” della “prededuazione” e della “esenzione” da revocatoria fanno emergere profili evidentemente contraddittori, andando in senso contrario, per i crediti da finanziamento-soci, i ricordati effetti della postergazione e dell’obbligo di restituzione del rimborso eventualmente conseguito dal socio.

Relativamente al primo profilo non si pone per i crediti da “finanziamento-soci” una esigenza di coordinamento tra disciplina speciale

codicistica (“postergazione”) e disciplina fallimentare: per gli atti posti in essere in esecuzione di un “Piano” *ex art. 67, co. 3, lett. d) l.fall.*, come detto, non è configurabile alcuna ipotesi di “prededuzione”, e conseguentemente non è prospettabile alcun ostacolo alla “regolare” produzione dell’effetto della postergazione in pregiudizio del finanziamento erogato dal socio *pur* in esecuzione del “Piano” attestato – essendo indubbia la condizione di “crisi (almeno) finanziaria” dell’impresa che accede a tale istituto -.

Relativamente al secondo profilo, il coordinamento tra la disciplina speciale codicistica (obbligo di restituzione del rimborso del finanziamento) e la disciplina fallimentare (“esenzione” da revocatoria per gli atti di esecuzione del “Piano”, *ivi compresi i pagamenti che lo stesso avesse contemplato*) è meno agevole, potendo apparire bizzarro che in ipotesi di fallimento consecutivo all’insuccesso del “Piano” debbano essere restituiti (*ex artt. 2467 e 2497-quinquies cod.civ.*) i pagamenti di debiti (per finanziamento soci) “esentati” dall’azione revocatoria (*ex art. 67, co. 3, lett. d) l.fall.*).

Secondo una opinione, a mio avviso ben argomentata, “l’obbligo di restituzione” previsto dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* cod.civ. (che postula, ricordiamolo, **il fallimento** della società finanziata, e non è altrimenti invocabile) è riconducibile a quella specie di azione revocatoria fallimentare disciplinata dall’art. 65 l.fall. (i cc.dd. “pagamenti anticipati”, che sottraggono il creditore agli effetti dell’insolvenza del debitore, così come il rimborso del finanziamento erogato dal socio sottrae quest’ultimo all’effetto fallimentare della postergazione). In tale prospettiva, la “esenzione” da revocatoria per appartenenza del pagamento all’ambito di applicazione dell’art. 67, co. 3, lett. d) l.fall. (e sul condivisibile presupposto che la “esenzione” eserciti una funzione protettiva anche nei confronti dell’azione revocatoria fallimentare prevista dall’art. 65 l.fall.), comporta anche la sottrazione all’obbligo restitutorio di cui agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* cod.civ.

Secondo un’altra opinione non v’è coincidenza tra la portata delle due norme: ed i pagamenti *pur* “esentati” da revocatoria *ex art. 67, co. 3, lett. d) l.fall.* rimarrebbero ripetibili in presenza delle condizioni delineate dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* l.fall.

Questa seconda tesi è quella che appare oggi condivisa in giurisprudenza, anche se non si può ancora parlare di “orientamento”. Se tale tesi dovesse prevalere, il sostegno finanziario dei soci all’impresa in crisi, nel contesto dei “Piani di Risanamento attestati, si rivelerebbe privo di “incentivi” (di natura civilistica: rimarrebbe infatti la “esenzione” dalla disciplina della bancarotta, oggi disposta dall’art. 217-*bis* l.fall, che esclude

l'applicabilità degli artt. 216, co. 3, e 217 l.fall. “*ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione ... del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d)*” l.fall.). I crediti dei soci finanziatori, infatti, non sarebbero assistiti dalla prededuzione, e, se pagati, obbligherebbero il socio a restituire quanto ricevuto in caso di dichiarazione di fallimento entro un anno.

3. Il sostegno finanziario alle imprese che hanno concluso una “Accordo di Ristrutturazione” ai sensi dell'art. 182-bis l.fall.

L'art. 67, co. 3, lett. e) l.fall. afferma che “[non sono soggetti all'azione revocatoria] *gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del Concordato Preventivo, nonché dell'Accordo omologato ai sensi dell'art. 182-bis*”.

L'art. 182-*quater* l.fall. (introdotto dal d.l. n. 78/2010, convertito nella l. n. 122/2010) detta delle “*disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti ... negli accordi di Ristrutturazione dei debiti*”.

Sono oggi pertanto previsti entrambi gli “incentivi” individuati come fattori (principali) del sostegno finanziario alle imprese “in crisi”: la “esenzione” da revocatoria (presente già nell'originaria disciplina di riforma della legge fallimentare); e la “prededuzione” nel concorso sul patrimonio del debitore (assente nella originaria “riforma”, e già giudicata insuscettibile di applicazione per via di interpretazione estensiva od analogica in conseguenza della esclusione della natura di “procedura concorsuale” del procedimento previsto per la conclusione e la omologazione degli “Accordi di Ristrutturazione”).

3.1. La “esenzione” da revocatoria degli atti di esecuzione degli “Accordi di Ristrutturazione” (rinvio).

L'art. 67, co. 3, lett. e) l.fall. dichiara esonerati dall'azione revocatoria anche *gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione (del Concordato Preventivo nonchè) dell'Accordo omologato ai sensi dell'articolo 182-bis*.

Per ciò che concerne la “portata” della esenzione, e per ciò che concerne il rapporto con la corrispondente disposizione dettata per gli atti di

esecuzione del “Piano di Risanamento attestato”, rinviamo ai paragrafi che precedono. Per il resto, rinviamo ai paragrafi dedicati alla considerazione del corrispondente tema nell’ambito del Concordato Preventivo (*infra*, n. 4.2.).

3.2. “Accordi di Ristrutturazione” e “prededuzione”. A) I finanziamenti bancari effettuati in funzione della domanda di omologazione dell’Accordo di Ristrutturazione.

L’art. 182-*quater*, co. 2, l.fall. (introdotto, come detto, dal d.l. n. 78/2010, convertito nella l. n. 122/2010) afferma che “*sono parificati ai prededubibili ... i crediti derivanti da finanziamenti effettuati ... [da banche, e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del T.U. Bancario] ... in funzione della presentazione ... della domanda di omologazione dell’Accordo di Ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti ... dall’Accordo di Ristrutturazione, e purché ... l’Accordo sia omologato*”.

Come ho detto, prima della introduzione nella legge fallimentare dell’art. 182-*quater*, la disciplina della “prededuzione” non poteva essere applicata agli atti posti in essere in connessione con un “Accordi di Ristrutturazione”, per l’esclusione della natura di “procedura concorsuale” – che rappresenta il presupposto indicato dall’art. 111, co. 2, l.fall. per l’applicabilità dell’istituto – del procedimento disciplinato dall’art. 182-*bis* l.fall. Non era quindi sostenibile che agli atti “preparatori” dell’omologazione dello “Accordo” potesse applicarsi la disposizione (artt. 111, co. 3, l.fall.) che prevede la prededuzione per i crediti sorti “*in funzione*” di una procedura concorsuale.

Il richiamato artt. 111, co. 2, l.fall. afferma peraltro che sono prededucibili anche i crediti “*così qualificati da una specifica disposizione di legge*”: e l’art. 182-*quater*, co. 2, (e co. 1) l.fall, si è oggi venuto ad aggiungere a quelle disposizioni che prevedono casi speciali di “prededuzione”.

I limiti dello “incentivo” sono segnati da: (i) il necessario collegamento funzionale tra finanziamento e “presentazione” della domanda di “Accordo”; (ii) l’origine del sostegno finanziario (che può provenire solo da “finanziamenti” di banche o intermediari finanziari *ex* artt. 106 e 107 TUB – dove la previsione che i finanziamenti possano essere effettuati “*in qualsiasi forma*” deve indurre ad estendere l’ambito di applicazione della

norma dai tradizionali *mutui* ai contratti bancari di *apertura di credito*; dai crediti cc.dd. “*per cassa*” ai crediti cc.dd. “*di firma*” (cioè la fideiussione bancaria prestata nell’interesse dell’impresa ed a favore dei terzi); eccetera; (iii) la necessaria previsione del “finanziamento” nello “Accordo di Ristrutturazione” (senza che ciò implichi la necessità che il finanziamento sia *successivo* alla stipulazione dello “Accordo” tra i suoi firmatari, dovendosi ritenere sufficiente che l’utilizzo del finanziamento, anche avvenuto prima della formalizzazione dello “Accordo”, sia comunque previsto dallo stesso come funzionale alla presentazione della domanda di omologazione, e con ciò approvato dai creditori che aderiscono allo “Accordo”); (iv) dall’intervenuta omologazione dello “Accordo”.

E’ evidente che la condizione più stringente è l’ultima tra quelle poste dalla norma: perché l’osservanza delle prime tre non varrebbe ad assicurare la prededuzione del credito prodotto dal finanziamento “bancario”, se l’Accordo di Ristrutturazione non giungesse ad essere omologato. A ciò si aggiunga il dubbio, alimentato dal silenzio della legge sulla circostanza che il decreto di omologazione del Tribunale sia o non sia provvisoriamente esecutivo, se la prededuzione si produca *pur che* l’Accordo risulti omologato, oppure sia condizionata alla circostanza che il provvedimento di omologa divenga definitivo.

3.3. Segue. B) I finanziamenti bancari effettuati in esecuzione dell’Accordo di Ristrutturazione.

Anche per i crediti sorti “*in esecuzione*” degli Accordi di Ristrutturazione la “prededuzione” prevista dall’art. 111, co. 2, l.fall. non avrebbe potuto operare, stante la ripetuta esclusione della natura di “procedura concorsuale” dell’istituto.

Anche per tali crediti, peraltro, opera oggi la seconda fonte produttiva della “prededucibilità”, ai sensi del richiamato art. 111, co. 2, l.fall., cioè la presenza di una “specifica disposizione di legge” in tal senso. L’art. 182-*quater*, co. 1, l.fall, come introdotto dal d.l. n. 78/2010 convertito nella legge n. 122/2010, infatti, afferma ora che “*i crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche e intermediari finanziari iscritti agli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993 n. 385 in esecuzione ... di un Accordo di Ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell’articolo 182-bis) sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell’articolo 111*”.

Costituiscono pertanto condizioni della prededucibilità dei finanziamenti “bancari” concessi per il sostegno finanziario dell’impresa che conduce un “Accordo di Ristrutturazione”: (i) la funzionalità del finanziamento alla *esecuzione* dell’Accordo; e (ii) l’intervenuta omologazione dello stesso.

Anche in questo caso la criticità della disciplina della “prededucazione” è rappresentata dalla subordinazione del relativo effetto al conseguimento dell’omologazione (problematicità enfatizzata dalla riferita incertezza sulla necessità o meno che il provvedimento di omologa sia divenuto definitivo). Quanto alla funzionalità del finanziamento alla “esecuzione” dell’Accordo, ciò fa ritenere che per lo più si tratterà di operazioni *successive* alla sua stipulazione (valendo per quelle precedenti la già descritta prededucazione prevista dal *secondo* comma della norma in esame): senza peraltro che ciò implichi la necessità che risultino successive *anche all’omologazione* (definitiva o non): dovendo bensì risultare l’Accordo “omologato”, ma non necessariamente *prima* della concessione del finanziamento funzionale alla sua esecuzione (per quanto la sua collocazione in prededucazione sia subordinata al successivo intervento dell’omologa).

D’altro canto nel procedimento per l’omologazione degli “Accordi” ai sensi dell’art. 182-*bis* l.fall. non si registra un controllo dell’autorità giudiziaria, o di chi per essa, diverso (ed in ipotesi più pregnante) dopo l’omologazione, rispetto al periodo anteriore; né, al postutto, il provvedimento di omologa deve “disporre espressamente” la prededucazione (né quella per i finanziamenti funzionali alla presentazione della domanda, né quella relativa ai finanziamenti funzionali all’esecuzione dell’Accordo), come invece accade – come vedremo – per il Concordato Preventivo, relativamente alla prima delle due categorie di finanziamenti.

3.4. Accordi di Ristrutturazione e “finanziamento-soci”.

Il d.l. n. 78/2010, convertito nella l. n. 122/2010, è intervenuto *ex professo* sulla disciplina dei finanziamenti-soci erogati nel contesto delle procedure di composizione negoziale delle crisi d’impresa, introducendo nel nostro ordinamento l’art. 182-*quater*, co. 3, l.fall., secondo il quale “*in deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile, il primo comma [prededucibilità dei finanziamenti “bancari” effettuati in esecuzione di un Concordato Preventivo o di un Accordo di Ristrutturazione omologato] si*

applica anche ai finanziamenti effettuati dai soci, fino a concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare".

Alla condizione di rispettare quanto previsto dal primo comma della nuova norma, pertanto – su cui si veda quanto già precisato –, anche i crediti derivanti da “finanziamenti-soci”, come quelli derivanti dai finanziamenti “bancari”, sono collocabili in prededuzione (limitatamente all'80%), e ciò nonostante (“*in deroga*”) la presenza dei presupposti di applicabilità degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* cod.civ., che ne disporrebbero – al contrario – la postergazione.

Da ciò pare potersi agevolmente ricavare: (i) che per la quota residua del 20% dei finanziamenti-soci, non si produce alcuna deroga agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* cod.civ., e tale porzione di crediti è collocata con postergazione agli altri creditori (chirografari); e (ii) che la assimilazione dei finanziamenti-soci (nel limite dell'80%) ai finanziamenti bancari è limitata a quelli concessi per la “esecuzione” dell'Accordo di Ristrutturazione (primo comma, richiamato dal quarto), e non è estesa ai finanziamenti concessi in funzione “*della presentazione della domanda ... di omologazione*” (secondo comma, *non* richiamato dal quarto).

Ciò tuttavia non implica la necessità che il finanziamento-soci sia *successivo* all'Accordo di Ristrutturazione (né, quindi, tanto meno successivo all'omologazione, che è peraltro necessaria perché la prededuzione si produca): **dispone in senso esattamente contrario**, infatti, il quinto comma dell'art. 182-quater l.fall. in commento, secondo il quale per “*i crediti indicati ai commi, secondo, terzo e quarto, i creditori sono esclusi ... dal computo della percentuale dei crediti prevista all'articolo 182-bis, primo e sesto comma*” (il 60% dei crediti di cui devono essere titolari i creditori aderenti all'Accordo perché questo produca gli effetti della norma richiamata). Se la norma precisa che i crediti per finanziamenti-soci, qui considerati, non possono essere computati nella percentuale del 60% delle passività rilevanti ai fini della conclusione di un “Accordo di Ristrutturazione” propriamente detto, essa postula evidentemente che tali crediti siano (o possano essere) anteriori all'Accordo, e che abbiano (o potrebbero avere) attitudine ad influenzare il raggiungimento delle percentuali rilevanti per attribuirgli gli effetti previsti dall'art. 182-*bis* l. fall. (a prescindere dalla incertezza se tale “sterilizzazione” implichi che l'Accordo deve registrare l'adesione di tanti creditori che rappresentino – senza il concorso dei soci finanziatori – il 60% delle passività *comprehensive* dei debiti per finanziamenti-soci; o se debba registrare l'adesione di tanti creditori – sempre senza il concorso dei soci finanziatori – che rappresentino

il 60% delle passività *al netto* dei debiti per finanziamento-soci, che risulterebbero così esclusi dal computo a qualsiasi titolo).

Se mai la disciplina passata in rassegna rappresenta la dimostrazione che possono essere qualificati finanziamenti effettuati “in esecuzione” di un Accordo (o di un Concordato Preventivo) anche operazioni produttive di crediti sorti *anteriormente* all’Accordo (o alla domanda di Concordato), se è vero – come è vero – che la legge ritiene di dovere disporre in materia di esclusione degli stessi dal computo delle maggioranze rilevanti per la configurazione di un “Accordo di Ristrutturazione” propriamente detto (o dal computo delle maggioranze previste per l’approvazione del Concordato: art. 182-*quater*, co. 5, l.fall.).

Nulla dice la nuova disciplina dei finanziamenti–soci negli Accordi di Ristrutturazione (e nei Concordati) circa l’applicabilità o meno degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* cod.civ. ai rimborsi di finanziamenti-soci, pur erogati nelle condizioni previste dal primo comma dell’art. 182-*quater* l.fall. La “*deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies*” cod.civ. vale infatti a rendere applicabili ai finanziamenti-soci le “*disposizioni in tema di prededucibilità*” dettate per i finanziamenti “bancari” *non rimborsati*: ma nulla dice sulla applicabilità o meno delle disposizioni concernenti i finanziamenti *rimborsati*.

Ferma restando la necessaria sottrazione all’azione revocatoria, in conseguenza della “esenzione” prevista dall’art. 67, co. 3, lett. e) l.fall., rimane da stabilire se nel fallimento intervenuto entro il periodo annuale dell’effettuato pagamento possa essere promossa la domanda restitutoria prevista dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* cod.civ.

Si riproduce dunque, almeno in parte, il dilemma già affrontato a proposito della sorte del rimborso dei finanziamenti-soci erogati in esecuzione di un “Piano di Risanamento attestato”, sottratti all’azione revocatoria (*ex art. 67, co. 3, lett. d) l.fall.*), ma non necessariamente esentati dall’obbligo restitutorio di cui agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* cod.civ.

Trasferendo peraltro il dibattito dalla fattispecie dei “Piani” *ex art. 67, co. 3, lett. d) l.fall.* alla fattispecie degli “Accordi” *ex art. 182-bis l.fall.* (e tanto più a quella del Concordato Preventivo), si aggiunge la necessità di considerare il profilo della *prededucibilità* dei crediti prodotti dall’erogazione di finanziamenti-soci, “*in deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies*” cod.civ., quando non fossero risultati rimborsati: che rende totalmente irrazionale la conclusione favorevole ad assoggettarli all’obbligo restitutorio previsto dalle norme del codice civile richiamate senza immaginarne una corrispondente deroga, ove fossero stati – invece –

rimborsati, alla scadenza pattuita e in esecuzione dell'Accordo o del Concordato omologati.

4. Il sostegno finanziario delle imprese nel Concordato Preventivo.

L'attuale disciplina del Concordato oltre la somma della disciplina dell'Amministrazione Controllata e del Concordato Preventivo previgenti.

Com'è a tutti noto, l'attuale disciplina del Concordato preventivo rappresenta (il tentativo di) una sintesi tra la disciplina previgente dell'Amministrazione Controllata (oggi abrogata) e la disciplina previgente del Concordato preventivo (oggi significativamente modificata).

Posta come presupposto oggettivo della nuova procedura di Concordato preventivo la ricorrenza di uno "stato di crisi" (come ogni disposto dell'art 160 l. fall.), è opinione comune che la situazione di "*temporanea difficoltà di adempiere*", che un tempo condizionava l'ammissione dell'impresa all'Amministrazione Controllata (cfr. art 187 l.fall. previgente), rientri pacificamente nell'ambito di applicazione della nozione di "stato di crisi" (quali che siano i confini che ne delineano esattamente il perimetro), e dunque legittimi l'aspirazione dell'impresa temporaneamente in difficoltà ad accedere al nuovo Concordato preventivo.

Se mai è stata l'impresa versante nella situazione corrispondente all'originario presupposto della Procedura di *Concordato preventivo* previgente (lo "stato di insolvenza": art 160 l.fall. previgente) a vedere messa in dubbio l'inerenza di tale condizione alla nozione di "stato di crisi", e con essa la legittimazione dell'impresa stessa ad essere ammessa alla Procedura (nominalmente immutata) di Concordato preventivo *reformata* (essendosi registrate pronunce giudiziali secondo le quali lo "stato di insolvenza" rappresenterebbe un presupposto economico-finanziario-patrimoniale *diverso* dallo "stato di crisi", e come tale privo dell'attitudine a giustificare l'ammissione dell'impresa insolvente al Concordato preventivo riformato): ma al di là della forte opinabilità della conclusione interpretativa (a convenire con la quale, una riforma volta a favorire il rilancio delle imprese avrebbe finito con il conseguire il risultato ancora più integralista del passato che l'impresa insolvente *avrebbe potuto soltanto fallire*, neppure potendo aspirare all'alternativa dell'ammissione al Concordato Preventivo), è stata la legge (di interpretazione autentica: art. 36 d.l. n. 273/2005) a stabilire

definitivamente che “*ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*” (art. 160, u. co., l.fall. riformato).

*

Posto dunque che la sintesi delle discipline previgenti dell'Amministrazione Controllata e del Concordato preventivo hanno originato una nuova procedura concorsuale (denominata ancora – improvvidamente – “Concordato preventivo”, ma profondamente diversa da quella che portava lo stesso nome sotto la legge fallimentare previgente), alla quale possono essere ammesse *tanto* le imprese versanti in una condizione di “temporanea difficoltà di adempiere” (e dunque originariamente legittimate all'ammissione all'Amministrazione Controllata), *quanto* le imprese versanti in “stato di insolvenza” (e dunque originariamente legittimate all'ammissione al “vecchio” Concordato Preventivo), il dubbio è piuttosto rappresentato dalla domanda se tali presupposti esauriscano l'ambito di applicazione della nozione di “stato di crisi” (così da concepirla come sinonimo della espressione “temporanea difficoltà di adempiere o stato di insolvenza”); oppure se essa ricomprenda anche *altre* situazioni definibili “di crisi”, ma distinte dalle due già individuate.

La risposta al quesito è particolarmente incerta per le ipotesi corrispondenti alle situazioni che potremmo definire di “pericolo di insolvenza”: situazioni, cioè, nelle quali l'insolvenza non è *attuale* – quindi non è neppure certo che si produca-, ma è “annunciata” o “prospettica”, presentandosi già i sintomi di una *prevedibile* – ma futura, e quindi non certa – situazione di (temporanea difficoltà di adempiere dapprima, e successivamente di vera e propria) insolvenza.

4.1. I Concordati Preventivi “di Risanamento”. L'affermazione nella prassi delle procedure di Concordato di Risanamento “diretto” e di Concordato di Risanamento “indiretto”.

Il problema del sostegno finanziario delle imprese assoggettate al Concordato preventivo si pone (essenzialmente) per quelle procedure che prevedano *la continuazione dell'attività aziendale* (in forma “diretta” od “indiretta”).

La disciplina riformata del Concordato preventivo consente all'imprenditore “in stato di crisi” di perseguire l'obiettivo della Ristrutturazione dell'indebitamento e del soddisfacimento dei creditori con il ricorso, in pratica, a qualsiasi operazione che egli ritenga funzionale allo scopo. La nuova disciplina consente, e la prassi ha già registrato, domande di

Concordato Preventivo che spaziano tra gli estremi della fattispecie del Concordato preventivo *puramente dilatorio* – nella quale l'imprenditore si propone esclusivamente di pagare i creditori a scadenze maggiormente differite, ma in misura integrale -; o del Concordato preventivo *banalmente liquidatorio* – che prevede la cessione del patrimonio dell'impresa ai creditori, perché la liquidino e si soddisfino nella misura consentita dal ricavato -; alla fattispecie del Concordato preventivo "*partecipativo*" - nel quale l'imprenditore propone ai creditori forme articolate e sofisticate di conversione dei crediti in capitale di rischio ("ordinario" o "privilegiato"; con diritto di voto incondizionato o limitato; eccetera), attuandone un coinvolgimento organico nella gestione del tentativo di superamento della situazione di "crisi".

Tuttavia l'esperienza dei primi anni di applicazione della riforma della legge fallimentare ha evidenziato che i tentativi di Risanamento delle situazioni di crisi dell'impresa attraverso il ricorso all'istituto del Concordato preventivo (tralasciando quindi le ipotesi, pure ancora particolarmente numerose, di Concordati preventivi con obiettivi liquidatori, che non interessano il presente lavoro) ruotano intorno a due figure principali, rappresentate l'una dalla fattispecie del Concordato Preventivo incentrato sulla continuazione dell'esercizio dell'attività d'impresa, con il cui risultato pervenire al soddisfacimento dei creditori pregressi ("a saldo e stralcio", come si usa dire) nei tempi e nella misura concordati; e l'altra dalla fattispecie del Concordato preventivo incentrato sull'affitto e successiva cessione dell'azienda ad una distinta impresa, e destinazione al soddisfacimento dei creditori dell'impresa in Concordato preventivo dei canoni di locazione e del prezzo di cessione dell'azienda (oltre che della liquidazione del magazzino, della riscossione dei crediti, eccetera).

In entrambe le situazioni l'obiettivo perseguito è quello del Risanamento *dell'impresa*, individuato anche come il mezzo più efficace per il migliore soddisfacimento dei creditori pregressi (oltre che come soluzione idonea a tutelare i livelli occupazionali e salvaguardare l'integrità degli impianti produttivi): ma nel primo caso esso consegue ad un Risanamento *dello stesso imprenditore* - Risanamento (dell'impresa) c.d. "*diretto*"-, mentre nel secondo caso l'imprenditore cessa l'attività (di norma, infatti, l'impresa in Concordato preventivo che affitta e poi cede l'azienda viene posta in liquidazione volontaria), ed il Risanamento dell'impresa è perseguito attraverso la prosecuzione dell'attività aziendale ad opera di un imprenditore distinto - Risanamento c.d. "*indiretto*"-, a prescindere dalla circostanza che tale nuovo ente registri la partecipazione di (o sia addirittura esclusivamente costituita da) soggetti già coinvolti, a titolo di imprenditore individuale o

socio di impresa collettiva, nella gestione dell'impresa ammessa al Concordato preventivo.

La scelta tra le due possibili soluzioni – che, come detto, non sono tecnicamente le uniche possibili, ma sono quelle che hanno fatto registrare, in concreto, il più ampio successo - dipende da numerose variabili.

L'esperienza ha dimostrato che esse non sono sempre state adeguatamente presenti all'imprenditore (ed ai professionisti che lo hanno assistito), nel momento dell'impostazione del Concordato preventivo "di Risanamento" secondo il modello del Risanamento "diretto" o del Risanamento "indiretto" (che, come ho detto, non postula necessariamente l'abdicazione dell'imprenditore all'esercizio della sua impresa, nulla impedendo che la distinta impresa alla quale affittare e poi cedere l'azienda sia rappresentata da una società – la così detta "NewCo" – costituita dallo stesso imprenditore che accede al Concordato Preventivo con l'impresa così detta "Old").

Il tema del sostegno finanziario dell'impresa assoggettata al Concordato Preventivo riguarda (essenzialmente) la prima fattispecie: ed è alla considerazione di questa che sono dedicate le pagine che seguono.

4.2. La "esenzione" da revocatoria degli atti di esecuzione del Concordato preventivo.

L'art. 67, comma 3°, lett. e) 1.fall. dichiara esonerati da revocatoria anche *"gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del Concordato Preventivo"* (nonchè dell'Accordo "di Ristrutturazione" previsto dall'art. 182-bis c.c.).

L'estensione del delineato regime di "esenzione" – *limitatamente agli atti "di esecuzione" della procedura* – anche alle operazioni poste in essere nel corso del Concordato Preventivo ingenera taluni dubbi di fondo, di carattere sistematico.

Secondo una opinione molto diffusa – particolarmente, ma non unicamente, tra i pratici – gli atti posti in essere nel corso del Concordato preventivo e dell'amministrazione controllata non sarebbero stati soggetti *mai* alla azione revocatoria nell'eventuale fallimento consecutivo, sotto il vigore della legge fallimentare oggi riformata. Tali atti avrebbero potuto essere privi di effetti, se posti in essere – poniamo – in violazione della regola (ricavabile per opinione unanime dai principi) impeditiva del

pagamento di debiti pregressi o della costituzione di garanzie per debiti pregressi. Tali atti avrebbero altresì potuto essere dichiarati inopponibili ai creditori, nel fallimento consecutivo, ove posti in essere in violazione del *regime autorizzatorio* imposto all'imprenditore ammesso al Concordato preventivo o all'Amministrazione Controllata. L'azione revocatoria (fallimentare), invece, sarebbe risultata preclusa per definizione, nei confronti degli atti esenti dai "vizi" segnalati, per l'impossibilità di individuare nei loro confronti i profili del pregiudizio al patrimonio del debitore; e/o i profili del pregiudizio alla *par condicio creditorum*; e/o i profili della esigenza *redistributiva* delle conseguenze dell'insolvenza del debitore su una più larga schiera di creditori.

Secondo il nuovo art. 67, 3° co., lett. e) l.fall., invece, gli atti compiuti in essere nel corso del Concordato preventivo sono esentati da revocatoria *soltanto se* qualificabili come posti in essere "*in esecuzione*" della procedura: e qualsiasi cosa voglia dire questa espressione, la previsione in esame postula che vi siano atti compiuti nel corso del Concordato preventivo o dell'Amministrazione controllata (e per di più efficaci ed opponibili ai creditori) suscettibili di essere assoggettati a revocatoria (per lo meno) nel fallimento consecutivo, per non essere stati giudicati – quale che ne sia la ragione – "*funzionali*" all'esecuzione della procedura concorsuale minore.

La nuova disciplina dell'azione revocatoria (fallimentare) considera astrattamente revocabili, nel fallimento consecutivo, *anche gli atti posti in essere nel corso della precedente procedura di Concordato Preventivo* – tutte le volte che tali atti non possano dirsi compiuti "*in esecuzione*" della procedura, e tuttavia non siano impugnabili né sotto il profilo dell'efficacia, né sotto il profilo dell'opponibilità ai creditori -: ciò che dovrebbe inibire per definizione la prospettabilità della *retrodatazione* della decorrenza a ritroso del "periodo sospetto" dalla data di apertura della *prima* procedura concorsuale consecutiva (non potendosi concepire la revocabilità *tanto* degli atti compiuti, poniamo, nei sei mesi – o nei dodici mesi – anteriori al Concordato preventivo seguito – anni dopo – dal fallimento; quanto la revocabilità degli atti compiuti nei sei mesi – o nei dodici mesi – anteriori alla data della sentenza dichiarativa di fallimento).

Con ciò viene necessariamente messo in dubbio, come ognuno vede, un caposaldo della teoria della c.d. "consecuzione di procedure concorsuali": che le nuove disposizioni della legge fallimentare sulle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa impongono inevitabilmente di sottoporre a nuova considerazione, come si farà al momento di prendere in esame *ex professo* la nuova disciplina del Concordato Preventivo.

4.3. Concordato Preventivo e “Prededuzione”. A) Il collocamento “in prededuzione” della “nuova finanza” genericamente intesa erogata in funzione dell’ammissione dell’impresa al Concordato Preventivo di Risanamento (“diretto”).

Posto che la situazione di “crisi” che giustifica la domanda di ammissione al Concordato preventivo è caratterizzata, di norma, *per lo meno* da una condizione di tensione finanziaria, una delle principali esigenze dell’impresa che si accinge ad accedere al Concordato (“di Risanamento”) è rappresentata dall’ottenimento di immediate risorse finanziarie (“nuova finanza”), che le consentano non solo di fronteggiare il (prevedibile) momento di tensione finanziaria, ma anche di sostenere il (sicuro) incremento di costi per l’assistenza professionale necessaria alla predisposizione del “Piano” di Ristrutturazione; alla sua “attestazione” da parte dell’esperto di cui all’art. 161, co. 3, 1. fall.; alla presentazione del ricorso per l’ammissione alla Procedura; alla costituzione del deposito giudiziale *ex art.* 163, co. 2, 1. fall.; al successivo giudizio di omologa.

Questa “nuova finanza” può anche rivestire natura commerciale (in particolare, essere costituita da anticipi da clienti, eventualmente conseguenti alla concessione di uno sconto sui prezzi correnti di vendita): anche se nella prassi è normalmente ricavata attraverso il ricorso al credito bancario, sia in funzione del sostegno finanziario della gestione dell’impresa nel corso del periodo che precede l’ammissione al Concordato; sia in funzione del soddisfacimento di specifiche esigenze finanziarie connesse all’instauranda procedura, come accade nelle ipotesi di richiesta di finanziamenti bancari specificatamente destinati all’adempimento delle obbligazioni assunte verso i professionisti dell’impresa che curano la presentazione della domanda di Concordato, oppure alla costituzione del deposito giudiziale in predicato di essere disposto dal Tribunale fallimentare.

In queste situazioni la prospettiva della presentazione di una domanda di ammissione ad una procedura di Concordato Preventivo “per Risanamento” c.d. “*diretto*” dovrebbe favorire l’attribuzione alla “Nuova Finanza” (genericamente intesa) della collocazione *in prededuzione*, nell’eventuale fallimento dichiarato in danno dell’impresa.

In giurisprudenza v’è stata in un primo momento incertezza nel riconoscere il carattere prededucibile a crediti sorti **precedentemente** all’ammissione al Concordato preventivo, sulla base della considerazione che prima dell’apertura della Procedura non sussisterebbe alcun controllo degli

Organi (inesistenti) della stessa sulle modalità e sulle finalità della assunzione delle obbligazioni della specie.

In un secondo momento la giurisprudenza ha valorizzato il principio introdotto dall'art. 111, co. 2, 1. fall. riformato (secondo il quale “*sono considerati crediti prededucibili quelli sorti.. in funzione delle procedure concorsuali..*”), per giungere alla conclusione che le obbligazioni assunte *anche prima* dell'apertura della procedura di Concordato, ma “*in funzione*” della stessa, acquistano carattere prededucibile all'interno del Concordato poi eventualmente ammesso (nonché, v'è da ritenere, nell'eventuale fallimento consecutivo): *ciò tuttavia alla condizione che un Concordato venga effettivamente aperto*, giacché ove nessun Concordato venisse poi (chiesto e/o) ammesso, mancherebbe la “procedura concorsuale” nel cui contesto riconoscere la collocazione in prededucazione della “nuova finanza”.

Tali conclusioni meritano alcune precisazioni.

In via preliminare deve essere condivisa e ribadita la conclusione secondo la quale l'assunzione di obbligazioni *anche in epoca anteriore all'apertura della Procedura* ne comporta la collocazione in prededucazione (per lo meno, nel Concordato poi effettivamente disposto), laddove l'indebitamento in questione (*finanziario o commerciale che sia*) si ponga in un rapporto di *funzionalità* con la (predisposizione, attestazione, presentazione, ammissione della) procedura concorsuale (di Concordato).

In secondo luogo occorre precisare che l'avvertenza, secondo la quale in mancanza di una effettiva apertura del Concordato mancherebbe la sede nella quale fare valere l'astratto connotato prededucibile delle obbligazioni pur assunte in funzione della stessa, è condivisibile solo per l'ipotesi nella quale alla mancata presentazione, o alla mancata ammissione, della domanda di Concordato segua la prosecuzione dell'attività dell'impresa (o anche la deliberazione della liquidazione volontaria), per la semplice ragione della mancanza di un “concorso” legittimante il soddisfacimento dei creditori sulla base della natura della pretesa anziché della anteriorità della sua scadenza. Laddove invece all'insuccesso del tentativo di accesso al Concordato seguisse la dichiarazione di fallimento (sia pure non in modo automatico, ma – per esempio – a seguito della istruttoria condotta dal Tribunale fallimentare ai sensi dell'art. 162 1.fall.), *come conseguenza di quella stessa situazione di “crisi” addotta dall'imprenditore come presupposto della domanda (naufragata) di accesso al Concordato*, non vi sarebbe ragione di escludere il carattere prededucibile (nel fallimento consecutivo) delle obbligazioni assunte in funzione del Concordato evoluto in fallimento.

4.4. Segue. B) Il collocamento in prededuzione del “credito professionale” concesso in funzione di accesso al Concordato.

Tra le obbligazioni che l'imprenditore può assumere “in funzione” del Concordato Preventivo vi sono anche quelle connesse al conferimento di incarichi professionali per l'accesso alla procedura: e si sarebbe portati a dire *soprattutto* le obbligazioni nei confronti di professionisti, se si considera che i precedenti giudiziali in materia, appena sopra ricordati, si sono formati proprio in relazione al trattamento (nel Concordato preventivo o più spesso nel fallimento “consecutivo”) dei crediti dei professionisti che avevano assistito l'imprenditore nel tentativo di accesso al Concordato.

Relativamente a tale fattispecie, il rapporto di “funzionalità” delle obbligazioni assunte per la predisposizione, attestazione, presentazione di una domanda di Concordato preventivo con la “procedura concorsuale” intervenuta successivamente (fosse pure anche il fallimento, in conseguenza dell'esito negativo del tentativo concordatizio), sarebbe difficilmente contestabile, per l'evidenza oggettiva della relazione tra le attività professionali poste in essere e la procedura concorsuale successiva (fosse pure prodotta dall'insuccesso, anziché dal successo, del tentativo di composizione concordata della crisi).

A tale considerazione può essere affiancata quella che è originata dalla valutazione del disposto dell'art. 67, co. 3, lett. g) l.fall. riformato. Secondo tale norma, sono sottratti alla revocatoria fallimentare – evidentemente, in caso di insuccesso del Concordato e successiva dichiarazione di fallimento – “*i pagamenti dei debiti ... eseguiti ... per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure ... di Concordato Preventivo*”. La collocazione “in prededuzione” del credito professionale per la effettuazione di una prestazione strumentale all'accesso al Concordato Preventivo, non pagata dall'imprenditore, costituisce pertanto il logico e corretto *péndant* della sottrazione a revocatoria fallimentare della prestazione professionale funzionale all'ammissione alla Procedura e addirittura già *pagata* prima dell'accesso alla stessa.

Né tale conclusione potrebbe essere messa in discussione dalla considerazione che il disposto del nuovo art. 182-*quater*, co. 4, l.fall., introdotto dal d.l. n. 78/2010 convertito nella l. n. 122/2010, sembra oggi limitare la collocabilità in prededuzione delle obbligazioni sorte *prima* dell'apertura del Concordato per la prestazione di servizi professionali alla sola ipotesi del compenso spettante al “professionista attestatore” di cui all'art. 161, co. 3, l.fall. Tale disposizione, infatti, come si dirà – *infra*, n. 5 -,

ha solamente la funzione di *escludere qualsiasi giudizio valutativo* sulla effettiva “funzionalità” dei crediti derivanti dall’assolvimento della funzione di “attestazione” della fattibilità del Piano concordatizio, laddove ciò risulti *disposto* dal provvedimento giudiziale di apertura della Procedura. Per le altre obbligazioni preconcordatizie, diverse da quelle assunte nei confronti dello “attestatore” (la cui preveducibilità risulti “disposta” dal Tribunale), la prededuzione non è ovviamente *esclusa a priori*, in conseguenza della estraneità all’ambito di applicazione di cui all’art. 182-*quater*, co. 4, l.fall.: ma è *subordinata al giudizio valutativo* di effettiva “funzionalità” all’ammissione alla Procedura, previsto dal (pur sempre applicabile) art. 111, co. 2, l.fall.

4.5. Segue. C) Il collocamento in prededuzione della “nuova finanza” bancaria concessa in funzione dell’ammissione al Concordato Preventivo.

Come ho detto, l’ipotesi più ricorrente nella prassi è che il sostegno finanziario necessario a traghettare l’impresa “in crisi” dall’avvio delle attività propedeutiche all’accesso al Concordato alla formale ammissione giudiziale allo stesso, sia normalmente richiesto alle banche, sotto forma di “nuova finanza” o anche sotto forma di mantenimento dell’operatività delle linee di credito già in essere.

Che le obbligazioni dell’imprenditore connesse all’utilizzo delle linee di credito bancarie (“nuove” o meno che fossero) nell’intervallo di tempo descritto, potessero qualificarsi “*sorte ... in funzione*” del Concordato – e quindi collocate in prededuzione ai sensi e per gli effetti dell’art. 111, co. 2, l.fall. - pareva difficilmente contestabile, anche prima delle innovazioni apportate dal d.l. n. 78/2010, convertito nella l. n. 122/2010, con riguardo all’ipotesi del Concordato Preventivo “di Risanamento” (“diretto”): giacchè non si vede come si possa risanare una impresa, senza concederle l’accesso al credito bancario.

Una conferma normativa di tale conclusione non era pertanto indispensabile: ma la prassi deve ugualmente avere registrato delle incertezze in proposito, se il legislatore ha sentito l’esigenza di ribadire il principio.

L’art. 48 d.l. n. 78/2010 ha introdotto nella legge fallimentare l’art. 182-*quater*, il quale disponeva – tra l’altro – che fossero qualificati “preveducibili” i crediti “*derivanti da finanziamenti effettuati* [da banche o da intermediari finanziari] *in funzione della presentazione della domanda di*

ammissione alla procedura di Concordato Preventivo ...”: ma introduceva altresì la duplice condizione che i finanziamenti in questione fossero “*previsti dal piano di cui all’articolo 160*” e che “*il Concordato Preventivo (fosse) omologato*”.

A proposito di ciò, mentre è ragionevole la richiesta che i finanziamenti bancari “effettuati” in funzione dell’accesso al Concordato siano “previsti” dal Piano di Ristrutturazione dell’indebitamento dell’impresa – a prescindere da : (i) l’ambiguità dei termini – “*finanziamenti*”; “*effettuati*” – utilizzati; e (ii) la domanda di come *non* potrebbero essere “previsti” i (debiti per) finanziamenti bancari, all’interno di un Piano di Ristrutturazione dei debiti (per l’appunto) -: è al contrario irragionevole la condizione della successiva omologazione del Concordato, che potrebbe dipendere da cause le più varie e le più imprevedibili.

E’ pertanto da salutare con favore la modificazione apportata alla norma in commento dalla legge di conversione n. 122/2010, in forza della quale accanto alla prima condizione (confermata) ne è stata posta ancora una seconda, legata peraltro *non già* alla omologazione del Concordato, *bensì* alla esplicita “disposizione” della prededucibilità dei crediti *de quibus* nel provvedimento di accoglimento della domanda di ammissione al Concordato.

Ciò precisato, sorge spontanea la domanda di quale sia la funzione assoluta dalla ricordata innovazione normativa, calata in un contesto nel quale – come ho detto -, per effetto del disposto dell’art. 111, co. 2, 1.fall., *tutte* le obbligazioni (e *non solo* quelle originate da rapporti bancari) sorte “*in funzione*” del Concordato, devono trovare collocazione in prededuzione (nella stessa Procedura e nell’eventuale fallimento consecutivo), *senza condizioni* (che non siano rappresentate dal precisato rapporto di *funzionalità* rispetto alla successiva Procedura).

E’ da ritenere che la *ratio* della norma debba essere esclusivamente individuata nell’obiettivo di prevenire qualsiasi possibile dubbio interpretativo concernente l’effettiva appartenenza dei “*finanziamenti effettuati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura*” all’ambito di applicazione della ricordata disposizione di cui all’art. 111, co. 2, 1.fall.: ciò per la intuibile gravità delle incertezze che si erano originate in materia, essendo inconcepibile – come ho detto – qualsiasi tentativo di Risanamento dell’impresa in crisi che non sia assistito dal sostegno finanziario bancario.

Nel contempo, la precisazione – *rectius*, la conferma – circa il carattere prededucibile della “nuova finanza” funzionale all’ammissione al Concordato porta con sé l’introduzione di un inedito *vincolo*, rappresentato

dalla “consacrazione” di tale effetto all’interno del provvedimento giudiziale di ammissione alla Procedura, che ritarderà inevitabilmente l’accesso al credito bancario dell’impresa “in crisi”, sino al momento della pubblicazione del decreto di ammissione *ex art.* 163 l.fall.

4.6. Segue. D) Il collocamento in prededuzione della “nuova finanza” bancaria concessa nel corso della procedura di Concordato Preventivo.

La conclusione alla quale si è pervenuti nel paragrafo precedente – secondo la quale la concessione di “nuova finanza” bancaria all’impresa “in crisi” finirà oggi, inevitabilmente, per essere *ritardata* dalla attesa della verificabilità della “concessione” della prededuzione nel contesto del decreto di ammissione alla Procedura, *nonostante* (in tesi) l’obiettivo “funzionalità” della nuova finanza all’accesso al Concordato –, contribuisce a sottolineare l’importanza di quell’altro fattore di successo del Concordato di Risanamento “diretto”, rappresentato dall’attribuzione del carattere prededucibile alle obbligazioni sorte in conseguenza dell’utilizzo della “nuova finanza” bancaria concessa *nel corso della Procedura di Concordato* - ovvero, dalla *ammissione alla omologa* -.

Secondo quanto previsto dall’art. 181 l.fall., l’omologazione del Concordato dovrebbe intervenire entro il termine di sei mesi (prorogabile a otto mesi) dalla presentazione del ricorso: ma a tale proposito va osservato che (i) secondo diversi interpreti, tali termini sono semplicemente *ordinatori*; e (ii) *in ogni caso*, nessuna impresa “in crisi” potrebbe fare a meno del sostegno finanziario bancario per sei o otto mesi.

La concessione di “nuova finanza” (anche nella forma della conferma dell’operatività delle linee di credito preesistenti) *durante* il Concordato Preventivo è pertanto indispensabile: e deve concludersi che la collocabilità in prededuzione delle obbligazioni relative rappresenta un ulteriore profilo positivo del Concordato Preventivo di Risanamento c.d. “diretto”.

Come ho ricordato, l’art. 111, co. 2, l.fall. attribuisce carattere prededucibile alle obbligazioni “sorte *in occasione o in funzione*” del Concordato: e l’accesso al credito bancario dell’impresa ammessa ad un Concordato Preventivo “di Risanamento” (diretto) non si presenta meno “funzionale” allo sviluppo della Procedura di quanto non lo sia quello posto in essere “in occasione” della stessa.

In tale contesto occorre affrontare il problema del necessario coordinamento del disposto del ricordato art. 111, co. 2, l.fall. con il

principio oggi affermato dall'art. 182 – *quater*, co. 1, l.fall. (introdotto dal d.l. n. 78/2010, come convertito dalla l. n. 122/2010), secondo il quale “*i crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche e intermediari finanziari ... in esecuzione di un Concordato Preventivo ... sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111*”. In particolare, è necessario stabilire se la nuova norma si applichi anche ai finanziamenti bancari “effettuati” nel corso della Procedura di Concordato (i.e. dalla ammissione all'omologa), oppure solo ai finanziamenti bancari concessi *successivamente*, ai fini di dare “esecuzione” – per l'appunto – al Concordato.

In linea generale il problema potrebbe essere considerato di scarso rilievo: anche a voler concludere nel senso della inapplicabilità dell'art. 182-*quater*, co. 1, l.fall. ai finanziamenti bancari concessi prima dell'omologa, per la “nuova finanza” concessa nel corso del Concordato varrebbe comunque quanto disposto dall'art. 111, co. 2, l.fall.: e ciò sarebbe quanto basta ad assicurare alle obbligazioni relative (assunte beninteso nel rispetto della disciplina di cui all'art. 167, co. 2, l.fall.) il carattere prededucibile nel Concordato stesso (e nell'eventuale fallimento consecutivo).

Se mai è proprio l'ipotesi, qui considerata, del Concordato di Risanamento “diretto” che ingenera il dubbio della correttezza della conclusione ipotizzata: giacchè la prosecuzione dell'attività di impresa durante la procedura di Concordato rappresenta *pur sempre un inizio di “esecuzione”* della proposta concordatizia, che non potrebbe essere eseguita a procedura conclusa – ovvero sia ad accettazione dei creditori conseguita, ed a successiva omologa –, *se anche nel frattempo* l'attività d'impresa non fosse proseguita.

In questa prospettiva, l'adesione alla tesi secondo la quale costituirebbe “esecuzione” del Concordato (di Risanamento “diretto”) anche la prosecuzione dell'impresa *in corso* di procedura, renderebbe applicabile l'art. 182-*quater*, co. 1, l.fall. in luogo - *in sovrapposizione*, si potrebbe dire - dell'art. 111, co. 2, l.fall., con la conseguenza che i finanziamenti concessi durante il Concordato sarebbero (prededucibili *ex art.* 111, co. 2, l. fall. per il solo fatto di essere diretti alla “esecuzione” del Concordato, e) *erogabili senza le* (altrimenti necessarie) *autorizzazioni scritte del giudice delegato previste dall'art. 167, co. 2, l.fall.* Solo alla condizione di ritenere superflue tali autorizzazioni – necessarie invece per il compimento di atti di straordinaria amministrazione, quantunque produttivi (se autorizzati) di obbligazioni prededucibili *ex art.* 111, co. 2, l.fall. –, si giustifica l'applicazione dell'art. 182-*quater*, co.1, l.fall. anche alle obbligazioni sorte nel corso (quindi necessariamente “in occasione”) del Concordato, senza

assegnare alla nuova norma un carattere totalmente ripetitivo di quella (art. 111, co. 2) precedente.

4.7. Segue. E) Il collocamento in prededuzione della “nuova finanza” bancaria concessa “in esecuzione” del Concordato.

La considerazione della nuova disciplina della “nuova finanza” bancaria introdotta dall’art. 182-*quater*, co.1, l.fall suggerisce una precisazione, che si rivela particolarmente importante per la figura di Concordato (di Risanamento “diretto”) qui in discussione.

La norma richiamata afferma che sono prededucibili i crediti derivanti da finanziamenti bancari concessi per la *esecuzione* del Concordato preventivo: e nel Concordato di Risanamento “diretto”, come ho detto, la esecuzione dell’Accordo concordatizio avviene *mediante la prosecuzione dell’esercizio dell’impresa anche successivamente alla chiusura del Concordato* – chiusura, si noti, coincidente con la pronuncia del decreto di omologa: art. 181 l.fall. -.

Se ne potrebbe conseguentemente desumere che tutti i crediti bancari concessi per il sostegno finanziario della gestione dell’impresa fino all’adempimento delle obbligazioni concordatizie debbano trovare collocazione prededucibile, nel Concordato Preventivo – che peraltro ... non c’è più -, e (soprattutto) nell’eventuale fallimento consecutivo: perché senza gestione dell’impresa non v’è “esecuzione” del Concordato, e senza finanziamenti bancari non vi può essere prosecuzione della gestione imprenditoriale.

La conclusione non convince appieno, tenuto conto che nelle situazioni nelle quali la proposta di Concordato poggia sulla prospettiva del Risanamento “diretto” dell’impresa attraverso la prosecuzione dell’attività gestionale, la durata del “Piano di Ristrutturazione” dell’indebitamento pregresso è normalmente rilevante (giacchè, in pratica, l’impresa deve riservare ai creditori profitti sufficienti a controbilanciare il valore delle attività, che *non* sono liquidate per il soddisfacimento dei crediti pregressi, come avverrebbe in un tradizionale Concordato liquidatorio); e tenuto altresì conto che nella continuazione dell’attività aziendale, l’impresa non mira soltanto a generare gli utili promessi ai creditori nell’ambito del “Piano”, ma persegue altresì l’obiettivo del rilancio sul mercato.

Ipotizzare allora che tutta la “finanza” bancaria intervenuta nell’arco di questo considerevole periodo per il sostegno dell’intera gestione aziendale

goda, in caso di apertura di un qualsiasi “concorso”, del beneficio della prededuzione, può ingenerare comprensibili perplessità – non sembrando esprimere una sufficiente tutela l’assegnazione al Commissario giudiziale della funzione di “sorveglianza” di cui all’art. 184 l.fall. -.

E’ allora preferibile ritenere che per quanto concerne la “nuova finanza” resa disponibile all’impresa *dopo la chiusura del Concordato* (cioè dopo la sua omologazione), e sia pure rivolta a favorire la “*esecuzione*” dello stesso, possano considerarsi prededucibili le sole obbligazioni derivanti da finanziamenti *specificamente* previsti dal “Piano di Ristrutturazione dei debiti”. Ciò tuttavia senza escludere che accanto ai finanziamenti strettamente inerenti al soddisfacimento dell’indebitamento pregresso – come potrebbe essere il finanziamento bancario necessario ad esercitare il “riscatto” anticipato di un cespite utilizzato in base ad un contratto di *leasing*, per consentirne la successiva liquidazione con destinazione del ricavato (“plusvalenza implicita” compresa) a deconto delle passività pregresse -, possano collocarsi anche finanziamenti rivolti al sostegno della gestione imprenditoriale, come potrebbe essere l’erogazione di un mutuo a lungo termine previsto dal *business plan* posto alla base del “Piano” come il presupposto del riacquisto dell’equilibrio finanziario dell’impresa.

5. Concordato Preventivo e finanziamento-soci.

Come detto, il d.l. n. 78/2010, convertito nella l. n. 122/2010, è intervenuto *ex professo* sulla disciplina dei finanziamenti-soci erogati nel contesto delle procedure di composizione negoziale delle crisi d’impresa, introducendo nel nostro ordinamento l’art. 182-*quater*, co. 3, l.fall., secondo il quale “*in deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile, il primo comma [prededucibilità dei finanziamenti “bancari” effettuati in esecuzione di un Concordato preventivo o di un Accordo di Ristrutturazione omologato] si applica anche ai finanziamenti effettuati dai soci, fino a concorrenza dell’ottanta per cento del loro ammontare*”.

Prima di tale innovazione si discuteva se per i finanziamenti-soci funzionali all’accesso al Concordato preventivo e per quelli erogati per l’esecuzione dello stesso dovesse farsi applicazione della disciplina codicistica (che ne dispone *la postergazione*, essendo evidente che lo “stato di crisi” postulato dalla prospettiva o dalla presenza del Concordato rientra nell’ambito di applicazione degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* cod.civ.);

oppure della disciplina fallimentare (che ne dispone la *prededuzione*: art. 111, co. 2, l.fall.).

L'intervento dell'art. 182-*quater*, co. 3, l.fall. induce a ritenere che il legislatore abbia postulata la prevalenza della disciplina codicistica, ed abbia inteso consentire la prevalenza della disciplina fallimentare nei termini (finanziamenti effettuati “*in esecuzione*” del Concordato), e nei limiti (percentuale dell'80%) per i quali ha previsto la “*deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile*” introdotta dal richiamato d.l. n. 78/2010.

Se ne deve pertanto ricavare che:

(i) i finanziamenti erogati per favorire la presentazione della domanda di Concordato sono integralmente postergati, nonostante la loro oggettiva “funzionalità” all'accesso alla Procedura (che in termini generali giustificerebbe l'applicazione dell'art. 111, co. 2, l.fall.); e

(ii) i finanziamenti-soci erogati per dare “*esecuzione*” alla proposta di Concordato (pur se non necessariamente successivi all'omologazione del Concordato stesso: *supra*, n. 3.4.) sono postergati solo nella misura del 20%, ed “antergati”, invece – cioè collocati in *prededuzione* –, nella misura dell'80%.

*

Per ciò che concerne invece il dubbio sulla assoggettabilità dei rimborsi ricevuti dai soci all'obbligo restitutorio previsto dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* cod.civ., nonostante la “*esenzione*” dall'azione revocatoria assicurata dall'art. 67, co. 3, lett. e) l.fall., rinviando alla soluzione del corrispondente problema posto dal rimborso dei finanziamenti-soci in *esecuzione* di un Accordo di Ristrutturazione (*supra*, n. 3.4.).

6. Il sostegno del Concordato Preventivo di Risanamento “indiretto”.

Il sostegno finanziario dell'operazione di Risanamento c.d. “indiretto” dell'impresa ammessa al Concordato preventivo costituisce il problema di maggiore rilevanza presentato da tale fattispecie, *stante la evidente, totale mancanza della prededucibilità dei crediti* (bancari o commerciali) *concessi al soggetto* (la “NewCo”) *che deve perseguire il tentativo di Risanamento dell'impresa*, e che versando *in bonis* non è diversa da qualsiasi altra impresa sul mercato, e non può contare su “*incentivi*” di sorta (non essendo, per definizione – *ancora* –, in crisi).

La “NewCo”, d’altro canto, è posta nella condizione di dovere finanziare lo *start up* dell’attività d’impresa senza potere contare su disponibilità economiche di pronta acquisibilità, perché i crediti prodotti dalle vendite (ed in generale dalle prestazioni) anteriori all’affitto dell’azienda sono di pertinenza dell’affittante (e per esso dalla “sua” Procedura di Concordato); mentre i crediti per le prestazioni effettuate successivamente all’affitto di azienda, saranno caratterizzati dai normali (ammesso che rimangano tali!) tempi di incasso connessi alle dilazioni commerciali concesse ai clienti.

Al finanziamento dello *start up* si aspira a procedere, sovente, mediante la *compensazione* dei debiti di immediata maturazione verso l’affittante (prelievo di materie prime e semilavorati dal magazzino; pagamento dei prodotti finiti rivenduti ai clienti; canoni di affitto dell’azienda e/o dello stabilimento industriale) con *l’accollo* di debiti per corrispondenti importi dell’affittante verso terzi, che l’affittuario ritiene di potere fronteggiare diluendone il pagamento nel medio-lungo termine.

Caratteristico esempio di tale fenomeno è l’accollo da parte dell’affittuario–cessionario delle obbligazioni pregresse dell’affittante (in Concordato) per il TFR maturato in favore dei lavoratori dipendenti: ma tale esempio, nonché essere quello più ricorrente, rischia anche di essere l’unico prospettabile.

L’accollo di debiti pregressi dell’imprenditore in Concordato preventivo da parte di un terzo (nel caso di specie, l’affittuario) produce *tendenzialmente* il soddisfacimento integrale del creditore accollato (salva l’ipotesi di successiva insolvenza anche dell’accollante).

Tale effetto può essere in definitiva accettato, nel Concordato preventivo, *esclusivamente con riguardo alle passività cc.dd. “superprivilegiate”*, il cui soddisfacimento integrale anche in ipotesi di liquidazione alternativa (*i.e.*, fallimentare) del patrimonio dell’imprenditore “in stato di crisi” non potrebbe essere messo in discussione.

Il principio deve essere desunto dalla regola posta dall’art. 105, u. co., l.fall., che in materia di liquidazione dell’attivo fallimentare, assoggetta l’utilizzo della accollabilità di debiti pregressi in funzione di pagamento del prezzo dovuto dall’acquirente alla condizione che “*non (venga) alterata la graduazione dei crediti*”.

Il “serbatoio” delle passività pregresse accollabili dall’affittuario–cessionario dell’azienda per il pagamento delle obbligazioni sorte nei confronti dell’affittante–cedente in Concordato preventivo in conseguenza del contratto d’affitto d’azienda (con l’obbligo od opzione di acquisto della

stessa) deve pertanto ritenersi necessariamente limitato – in buona sostanza – ai crediti da lavoro dipendente, oppure ai crediti assistiti da pegno, ipoteca o privilegio speciale (beninteso capienti rispetto al presumibile valore dei realizzo dei beni vincolati).