

*dirette e fallimento*, GM 1986; (52) D. PLENTEDA, *Riscossione esattoriale e fallimento*, Fa 1990; (53) M. POLLIO, *La transazione fiscale*, in G. FAUCEGLIA-L. PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009; (54) M. POLLIO-P.P. PAPALEO, *La fiscalità nelle nuove procedure concorsuali*, Milano, 2007; (55) B. QUATRARO-S. D'AMORA, *Il curatore fallimentare*, Milano, 1990; (56) F. RANDAZZO, *Il consolidamento del debito tributario nella transazione fiscale*, RDT, 2008; (57) G. RUISI-A. PALERMO-C. PALERMO, *I privilegi*, Torino, 1980; (58) F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975; (59) A. SOLIDORO, *Sub art. 182 ter*, in M. BOCCHIOIA-A. PALUCHOWSKI (a cura di), *Codice del fallimento*, Milano, 2009; (60) E. STASI, *Ancora sui limiti temporali del privilegio dei crediti per tributi diretti*, Fa 1992; (61) E. STASI, *Computo del biennio privilegiato dei crediti per tributi diretti*, Fa 1994; (62) E. STASI, *Il curatore fallimentare*, in F. PASI-S. SCOVAZZO-E. STASI, *Gli organi del fallimento. Compiti e responsabilità nelle nuove procedure concorsuali*, Milano, 2007; (63) E. STASI, *La transazione fiscale*, Fa 2008; (64) E. STASI, *Sub art. 182 ter*, in G. LO CASCIO (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2008; (65) E. STASI, *Profili istituzionali della transazione fiscale*, in A. Jorio-M. Fabiani (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario sistematico*, Bologna, 2010; (66) E. STASI, *Obbligatorietà della transazione fiscale, ovvero una gabella sul concordato preventivo*, Fa 2010; (67) E. STASI, *Obbligatorietà o facoltatività della transazione fiscale?*, Fa 2011; (68) L. TOSI, *La transazione fiscale*, RT 2006; (69) G. TUCCI, *I privilegi*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1997; (70) G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo"*, Torino-Bologna, 2008; (71) G. VERNA, *La transazione fiscale quale sub-procedimento facoltativo del concordato preventivo*, Fa 2010; (72) M. VITIELLO, *L'istituto della transazione fiscale*, in S. AMBROSIANI-P.G. DE MARCHI-M.VITIELLO, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Torino, 2009; (73) V. ZANICHELLI, *Transazione fiscale e pagamento percentuale dei crediti privilegiati nel concordato preventivo: più dubbi che certezze*, Fa 2007; (74) V. ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010.

## **Art. 182quater Disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti <sup>(1)</sup>**

I crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del d.lgs. 1.9.1993, n. 385, in esecuzione di un concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182bis sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111.

Sono parificati ai prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111, i crediti derivanti da finanziamenti effettuati dai soggetti indicati al precedente comma in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione e purché la prededucazione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato.

In deroga agli articoli 2467 e 2497quinquies del codice civile, il primo comma si

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

Sono altresì prededucibili i compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui agli articoli 161, terzo comma, 182<sup>bis</sup>, primo comma, purché ciò sia espressamente disposto nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato.

Con riferimento ai crediti indicati ai commi secondo, terzo e quarto, i creditori sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze per l'approvazione del concordato ai sensi dell'articolo 177 e dal computo della percentuale dei crediti prevista all'articolo 182<sup>bis</sup>, primo e sesto comma.

(1) Articolo inserito dall'art. 48, comma 1, d.l. 31.5.2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30.7.2010, n. 122.

**SOMMARIO:** I. La prededuzione nel concordato preventivo - II. Segue Negli accordi di ristrutturazione dei debiti - III. L'esclusione dal voto e dal computo delle maggioranze

### I. La prededuzione nel concordato preventivo

1 L'art. 182 *quater*, disposizione introdotta con il d.l. 31.5.2010, n. 78, decreto legge convertito, con modificazioni, in l. 30.7.2010, n. 122 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica) disciplina la prededuzione dei crediti sorti in esecuzione o in funzione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione.

Il primo comma regola la sorte dei "crediti derivanti da finanziamenti finalizzati all'esecuzione del concordato", espressione che deve leggersi come "crediti derivanti da finanziamenti finalizzati all'esecuzione del concordato omologato" [*contra* M. FABIANI (4) 904 secondo cui la norma di cui all'art. 182 *quater* l. fall. andrebbe letta nel senso di ritenere che essa si riferisca anche ai crediti sorti da finanziamenti erogati prima dell'omologa della proposta; per analoghe considerazioni G. LO CASCIO (8) 1270].

L'interpretazione proposta appare preferibile alla luce di una lettura complessiva delle norme che disciplinano la prededuzione e, in particolar modo, della regola generale contenuta nell'art. 111 l. fall. secondo cui «sono considerati crediti prededucibili ...quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge».

Invero ove si ritenesse che l'art. 182 *quater* l. fall. si riferisca anche a crediti derivanti da finanziamenti erogati in esecuzione di una proposta di concordato non ancora omologata, la nuova disposizione andrebbe a sovrapporsi all'art. 111, disciplinando entrambe (anche) una medesima fattispecie: quella dei crediti sorti nel corso della procedura di concordato preventivo [in questi termini G.B. NARDECCHIA (10) 270].

Un ulteriore elemento a supporto dell'interpretazione proposta si rinviene dalla considerazione che, altrimenti opinando, la norma andrebbe ad attribuire il beneficio della prededuzione a "crediti in esecuzione" che hanno presupposti differenti a seconda del momento dell'erogazione.

I crediti ante omologa sarebbero infatti soggetti all'ulteriore presupposto dell'au-

torizzazione del giudice delegato, non potendosi dubitare della natura straordinaria dell'atto, dell'obbligazione assunta con il finanziamento.

Né d'altra parte sarebbe ipotizzabile che la disposizione in commento contenga una deroga al principio generale sancito dall'art. 167 l. fall.

Nonostante la norma non lo preveda espressamente (a differenza di quanto accade per i c.d. finanziamenti ponte) è di tutta evidenza che i crediti derivanti da finanziamenti finalizzati all'esecuzione del concordato richiamati dall'art. 182 *quater* l. fall. devono essere necessariamente previsti nel piano [in questi termini P. VALENSISE (15) 2338], valutati nella relazione del professionista *ex art.* 161 l. fall. sottoposti, quale parte essenziale della proposta, all'approvazione dei creditori in sede di adunanza [in questi termini L. STANGHELLINI (14) 1362, secondo cui il finanziamento in tanto può dirsi esecutivo dell'accordo o del concordato in quanto esso sia previsto e, a certe condizioni obiettivamente verificabili, dovuto a termini dell'accordo di ristrutturazione e/o degli accordi collaterali ad esso o alla proposta di concordato].

La condizione del riconoscimento del beneficio della prededuzione è rappresentata dall'emissione del decreto di omologazione *ex art.* 180 l. fall.

Non pare comunque necessario, ai fini del riconoscimento della prededuzione, che il decreto di omologa contenga un esplicito provvedimento di riconoscimento della prededuzione medesima [in questi termini M. FERRO-F.P. FILOCAMO (5) 2194]. I crediti derivanti da finanziamenti concessi nel corso della procedura ed autorizzati dal giudice delegato godono della prededuzione ai sensi dell'art. 111 l. fall. anche se non previsti nel piano e non valutati dai creditori, perché, ad esempio, erogati dopo l'approvazione della proposta [A. PATTI (11) 1095, sottolinea giustamente come non appaiono sovrapponibili i due diversi momenti di collocazione della concessione della nuova finanza per la realizzazione del programma concordatario, ai fini di un'esaustiva informazione dei creditori in funzione della loro valutazione, attraverso l'espressione del voto].

Se i finanziamenti sono erogati dopo l'emissione del decreto di cui all'art. 180 l. fall., i crediti godono della prededuzione in forza dell'art. 182 *quater* l. fall., purché essi siano previsti nella proposta approvata dai creditori ed omologata dal tribunale, se concessi nel periodo intercorrente tra l'ammissione alla procedura e l'omologa della proposta in forza dell'art. 111 l. fall., purché il giudice delegato abbia autorizzato ai sensi dell'art. 167 l. fall. la stipulazione del contratto di finanziamento.

L'art. 182 *quater* l. fall. rappresenta dunque una significativa novità rispetto all'art. 111 l. fall. in quanto estende il regime della prededuzione anche a crediti sorti successivamente alla chiusura del concordato preventivo.

Prima della riforma del 2010 tali finanziamenti potevano generare crediti prededucibili solo qualora l'atto in esecuzione del concordato fosse stato posto in essere prima dell'omologa, in forza, ovviamente di un atto di ordinaria amministrazione ovvero autorizzato dal g.d. (in forza della regola generale "cronologica" contenuta nell'art. 111 l. fall., che attribuisce la prededuzione ai crediti sorti in occasione delle procedure concorsuali).

La novella, ai fini del riconoscimento del beneficio della prededuzione, estende il

criterio funzionale anche alle obbligazioni sorte dopo l'omologa, in esecuzione della proposta, a prescindere dal tipo di concordato.

La prededuzione è infatti concessa perché il finanziamento è funzionale all'esecuzione del concordato, sia che si tratti di un concordato in "continuità" che meramente liquidatorio.

- 2 La norma pone però dei limiti soggettivi, dato che del beneficio possono godere soltanto le banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli artt. 106 e 107, d.lgs. 1.9.1993, n. 385 [secondo S. AMBROSINI (1) 644 appare assai discutibile la limitazione della prededuzione ai crediti da finanziamento vantati da banche ed intermediari finanziari, con esclusione di qualsiasi altro soggetto che ritenga di sostenere l'impresa in difficoltà].

Dopo la pubblicazione in gazzetta ufficiale della legge di conversione del decreto in commento è stata modificata con il d.lgs. 13.8.2010, n. 141 la disciplina degli intermediari finanziari contenuta nel Testo unico bancario.

Le nuove disposizioni definiscono uno statuto normativo unico per gli intermediari autorizzati a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico, prevedendo un unico albo previsto dall'art. 106 t.u.b. in cui questi devono essere iscritti.

L'art. 10, nono comma, d.lgs. 13.8.2010, n. 141 stabilisce che a decorrere dalla sua entrata in vigore tutte le disposizioni legislative che fanno riferimento agli intermediari iscritti agli elenchi di cui agli artt. 106 e al 107 t.u.b. si intendono riferite agli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'art. 106 nella sua nuova formulazione.

- 3 Prededuzione che, in deroga agli artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c., si applica anche ai finanziamenti effettuati dai soci, sempre in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'art. 182 *bis* l. fall. fino a concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare. Il legislatore nell'art. 182 *quater* utilizza la medesima espressione contenuta nell'art. 2467 c.c. con riferimento all'intervento dei soci a favore della società, ragion per cui pare condivisibile l'opinione di chi ritiene che nella nozione "finanziamenti in qualsiasi forma effettuati" rientrino tutte le operazioni che realizzino nella sostanza un finanziamento all'impresa, quali le fidejussioni, le aperture di credito e le dilazioni di pagamento, nonché le operazioni di sconto, *factoring* ed acquisto *pro solvendo* di crediti della società verso terzi [in questi termini L. MORELLINI (9) 900].

Il terzo comma dell'art. 182 *quater* l. fall. contiene una novità davvero dirompente in quanto la prededuzione è riservata anche ai finanziamenti dei soci, a crediti che, per loro natura, sono normalmente postergati rispetto alle ragioni creditorie di tutti gli altri creditori, ivi compresi i chirografari [per una lettura critica della norma v. G. LO CASCIO (8) 1271].

Secondo un autore la ragione di un siffatto mutamento di rotta la possiamo intravedere nel fatto che i soci, per primi, se credono nel progetto di ristrutturazione regolativa della crisi debbono fare la loro parte e sono così incentivati ad assumersi un impegno finanziario che sanno potrà essere remunerato e non dovrà più venire considerato a fondo perduto [M. FABIANI (4) 905].

Tali crediti, se finalizzati all'esecuzione del concordato o dell'accordo omologati, godranno della prededuzione in caso di successivo fallimento, fino a concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare, mentre il restante venti per cento sarà soggetto alla regola ordinaria fissata dagli artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c. [in questi termini S. AMBROSINI (1) 647; M. FABIANI (4) 906; L. MORELLINI (9) 902; G.B. NARDECCHIA (10) 272; L. STANGHELLINI (14) 1364].

La mancata previsione della prededucibilità per i finanziamenti ponte erogati dai soci sembra trovare poche giustificazioni, dato che proprio nella fase che precede l'ammissione il ricorso al prestito dei soci può essere essenziale, anche al fine di ottenere nuova finanza da parte delle banche [in questi termini B. ARNELI (2) 889; L. MORELLINI (9) 898].

I crediti degli istituti di credito e dei soci derivanti da finanziamenti in esecuzione **4** di un concordato preventivo sono definiti dalla norma "prededucibili ai sensi e per gli effetti dell' articolo 111".

Il preciso e puntuale richiamo all'art. 111 l. fall. fa ritenere che il legislatore abbia voluto disciplinare la sorte di tali crediti soltanto nell'ipotesi di successivo fallimento.

Il che trova una giustificazione nella considerazione che il trattamento di tali crediti nell'ambito del concordato preventivo non pone soverchi problemi interpretativi dato che essi si riferiscono a finanziamenti erogati normalmente dopo il decreto di omologa, sicuramente dopo il decreto *ex art.* 163 l. fall.

Che la disposizione si riferisca a crediti sorti dopo l'apertura della procedura è confermato dal fatto che il legislatore non ha ricompreso tali crediti tra quelli esclusi dal voto in forza dell'ultimo comma dell'art. 182 *quater* l. fall.

È facile ipotizzare che nella gran parte dei casi la loro erogazione sarà non solo successiva all'emissione del decreto *ex art.* 180 l. fall., ma sottoposta alla condizione dell'avvenuta omologazione della proposta.

Tali crediti non sono soggetti agli effetti del concordato omologato in quanto tali effetti, ai sensi dell'art. 184 l. fall., si producono obbligatoriamente per i soli creditori anteriori al decreto di apertura.

Con la conseguenza che i crediti in questione possono e devono essere soddisfatti nel concordato secondo le modalità contrattualmente pattuite tra le parti.

Il che spiega perché tali crediti sono "prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111".

Nel primo comma dell'art. 182 *quater* l. fall. il legislatore ha fatto un preciso e puntuale riferimento alla norma che disciplina l'ordine di distribuzione delle somme nel fallimento proprio perché non era necessario regolare la sorte di tali crediti nel concordato, in quanto crediti sottratti agli effetti del decreto di omologa.

Nei finanziamenti esecutivi vi è un lasso di tempo tra il deposito del piano che **5** preveda il riconoscimento della prededuzione a determinati crediti e l'erogazione dei finanziamenti che andranno a generare i futuri crediti prededucibili.

Intervallo di tempo nel corso del quale possono sorgere delle questioni assai problematiche, determinate dalla non necessaria coincidenza tra i tempi del diritto e quelli dell'economia.

Problematiche determinate dal verificarsi di circostanze (anche indipendenti dalla volontà del debitore) che mettano in discussione la fattibilità del piano.

Orbene in questa ipotesi potrebbe la banca, ricorrendone le condizioni, sospendere l'esecuzione della prestazione in forza del disposto dell'art. 1461 c.c., ovvero tale facoltà è impedita dalla previsione della futura preveducibilità della somma? L'obbligazione restitutoria nel concordato è soggetta alle ordinarie regole civilistiche, con la conseguenza che il finanziatore ha diritto all'esatto adempimento della prestazione da parte del debitore, diritto che può e deve trovare adeguata tutela, tutela che può prescindere dal riconoscimento della predeuzione nel successivo eventuale fallimento derivante dall'omologa della proposta.

In altre parole il decreto di omologa ed il conseguente riconoscimento della predeuzione nel fallimento, non escludono il possibile inadempimento dell'obbligazione restitutoria nel concordato.

Posto che quindi non pare in discussione la legittimità dell'eccezione dilatoria (e di ogni altro strumento diretto a garantire il diritto della banca alla restituzione del finanziamento), la fondatezza della stessa andrà esaminata alla luce del contesto in cui il finanziamento si inserisce.

Il finanziamento viene erogato per l'esecuzione di una procedura concorsuale, il concordato preventivo, che prevede dei controlli da parte del tribunale.

Controlli che, a seconda delle diverse interpretazioni riguardano anche la fattibilità del piano e, quindi, la capacità della controparte di adempiere alle obbligazioni assunte.

Ove si ritenga che il tribunale possa valutare anche la fattibilità del piano la definitività del decreto *ex art. 180 l. fall.* lascia poco spazio all'esercizio della facoltà del contraente *in bonis* di sospendere la prestazione corrispettiva da lui dovuta.

Salvo che la banca dimostri il pericolo attuale ed evidente di perdere la controprestazione per fatti successivi alla definitività del decreto *ex art. 180 l. fall.*

Questione che assume una qualche rilevanza anche in termini risarcitori ove il concordato venga poi risolto a causa della mancata erogazione dei finanziamenti necessari alla sua esecuzione.

Ove invece dovesse prevalere l'interpretazione opposta, che esclude un controllo di fattibilità del piano, l'omologa non influirà sulla fondatezza dell'eccezione dilatoria.

- 6** La novella è intervenuta non solo sui crediti sorti dopo la chiusura della procedura di concordato preventivo, ma anche su quelli precedenti al deposito della domanda.

L'art. 182<sup>quater</sup> l. fall. ha introdotto una significativa differenziazione all'interno del genere «spese sorte in funzione della procedura», disciplinato dall'art. 111 l. fall. ponendo un netto discrimine tra i crediti derivanti da finanziamenti di banche ed intermediari finanziari ed i compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui all'art. 161, terzo comma, l. fall. da una parte e tutti gli altri crediti dall'altra.

Per i primi il beneficio della predeuzione nel successivo fallimento è sottoposto a due ulteriori condizioni: che i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'art.

160 l. fall. e la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo.

In queste due nuove ipotesi regolamentate dall'art. 182 *quater* l. fall. la prededuzione non si giustifica più soltanto in base ai principi generali che regolano il fenomeno della consecuzione di procedure (fondanti la prededuzione disciplinata dall'art. 111 l. fall.) che comporta l'estensione alle precedenti degli effetti principali caratterizzanti la procedura che conclude la sequenza, fenomeno evidenziato dal verificarsi, a carico di un imprenditore e senza soluzione di continuità, di una serie di procedure concorsuali a causa dell'incapacità delle prime di conseguire i rispettivi scopi istituzionali.

La norma contenuta nell'art. 182 *quater* l. fall. si pone in rapporto di specialità con l'art. 111 l. fall., in quanto il beneficio della prededuzione previsto dall'art. 182 *quater* l. fall. richiede non solo che la prima procedura sia venuta ad esistenza, ma che nel decreto di ammissione *ex art.* 163 l. fall. il tribunale abbia disposto la prededuzione di tali crediti.

Decisione del tribunale che costituisce un presupposto indefettibile per il riconoscimento della prededuzione medesima nel successivo, eventuale fallimento.

L'articolo introdotto con la novella del 2010 disciplina in maniera differente alcune specifiche ipotesi di crediti prededucibili sorti in funzione della procedura di concordato preventivo.

Né d'altra parte sarebbe sostenibile, alla luce dei principi costituzionali, una diversa interpretazione in forza della quale l'art. 182 *quater* l. fall. debba essere letto come norma che limiti l'ambito di applicazione dell'art. 111 l. fall. [per una simile lettura T Milano 26.5.2011 secondo cui se prima dell'introduzione dell'art. 182 *quater*, quarto comma, l. fall., si poteva legittimamente dubitare della natura prededucibile del credito del professionista che assiste il debitore nella elaborazione del piano e della domanda di concordato, oggi si deve ritenere che la citata novità normativa, limitando espressamente la possibilità di riconoscere la prededuzione al credito maturato dal professionista attestatore della veridicità dei dati e della fattibilità del piano e, soprattutto, condizionando tale possibilità all'esplicito riconoscimento della prededuzione nel provvedimento con il quale il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato, abbia finito con l'escludere la possibilità di riconoscere la prededuzione a crediti di professionisti diversi da quello previsto dall'art. 161, terzo comma, l. fall., la cui prestazione sia stata posta in essere prima dell'apertura della procedura; per analoghe considerazioni T Terni 13.6.2011].

Come disposizione che, in sostanza, abroghi il beneficio della prededuzione nel successivo, eventuale fallimento per tutti i crediti sorti in funzione delle procedure concorsuali diversi da quelli contemplati dall'art. 182 *quater* l. fall.

Una simile lettura sarebbe infatti palesemente in contrasto con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., dato che, ad esempio, così interpretando il rapporto tra le due disposizioni si andrebbe ad escludere il beneficio della prededuzione a vantaggio di tutti gli altri professionisti che concorrono, al pari dell'attestatore, a supportare il debitore nella presentazione della domanda (il professionista che redige la relazione giurata in caso di pagamento parziale dei creditori privilegiati, a cui, tra l'altro è richiesto il possesso dei medesimi requisiti soggettivi

dell'attestatore, quello che concorre alla formazione del piano...), ovvero di tutti gli altri soggetti, diversi banche ed intermediari finanziari, che finanzino il debitore per consentirgli di accedere alla procedura.

Così interpretata la norma introdotta nel 2010 (che risponde a comprensibili e condivisibili ragioni di giustizia sostanziale, giacché impone una maggiore responsabilizzazione ai soggetti che partecipano a diverso grado e titolo al tentativo di soluzione della crisi alternativo al fallimento), consente di evitare il rischio di evidenti profili di disparità di trattamento ove si pensi, ad esempio, che nella previsione dell'art. 182 *quater* l. fall. non rientra il credito del professionista che, ai sensi dell'art. 160 l. fall., attesti il valore di mercato attribuibile ai beni o diritti su cui sussiste la causa di prelazione.

Quest'ultimo credito, ontologicamente del tutto affine a quello del professionista che abbia predisposto la relazione di cui all'art. 161, terzo comma, l. fall. è infatti soggetto alle regole ordinarie dettate dall'art. 111 l. fall.

7 Come visto, in forza dell'art. 182 *quater* l. fall. i crediti derivanti da finanziamenti di banche ed intermediari finanziari godono della prededuzione in caso di successivo fallimento, se erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'art. 160 l. fall. e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo.

Si tratta dei c.d. "finanziamenti ponte" [sull'argomento vedi G. LA CROCE (7) 47], della finanza erogata nella fase forse più delicata del tentativo di soluzione della crisi, necessaria a favorire la prosecuzione dell'attività quando l'impresa sta elaborando la proposta di concordato preventivo ovvero sta raggiungendo con i creditori l'accordo per la ristrutturazione dei debiti da sottoporre al tribunale [in questi termini la circ. ABI 23.8.2010, n. 19].

Con riferimento al requisito soggettivo ove il finanziamento ponte sia erogato da banche o intermediari finanziari che siano anche soci della società che presenta il concordato, deve escludersi la possibilità che il tribunale riconosca tale beneficio processuale, dato che il legislatore ha espressamente limitato la prededuzione ad una quota dei crediti concessi dai soci per l'esecuzione del concordato.

Secondo la maggior parte degli interpreti ai fini del riconoscimento della prededuzione è necessario che il finanziamento sia erogato prima della presentazione della domanda di concordato [M. FERRO-F.P. FILOCAMO (5) 2188; P. VALENSISE (15) 2339; L. STANGHELLINI (14) 1349-1350 secondo quest'ultimo autore l'apertura di credito da utilizzare dopo il deposito non sarebbe quindi idonea ad integrare la fattispecie richiesta dalla norma ai fini del riconoscimento della prededuzione].

A tal riguardo va valutato se il tenore letterale della disposizione lasci spazio o meno ad un'interpretazione più in linea con lo scopo della norma, tale da consentire di attribuire il beneficio della prededuzione a tutti i finanziamenti ponte necessari a traghettare l'impresa sino al **decreto di ammissione al concordato preventivo**.

E ciò in quanto deve ritenersi (se si vuole assecondare il profilo funzionale della

norma) che l'espressione «crediti ...in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato» possa e debba essere letta come "crediti in funzione dell'ammissione alla procedura".

Altrimenti opinando, ritenendo cioè che la norma si riferisca soltanto ai finanziamenti erogati prima del deposito del ricorso e che il ricorso medesimo non sia più modificabile sul punto, arriveremmo ad un'irragionevole disparità di trattamento tra crediti erogati da uno stesso soggetto per il medesimo scopo: quello di consentire all'impresa in crisi di accedere alla procedura di concordato preventivo.

Con la conseguenza che i crediti sorti da finanziamenti erogati prima del deposito della domanda originaria godrebbero della prededuzione ai sensi dell'art. 182 *quater* l. fall. e sarebbero esclusi dal voto, mentre quelli originati da finanziamenti concessi dopo il deposito della domanda ma prima dell'ammissione sarebbero soggetti al diverso regime della prededuzione dettato dall'art. 111 l. fall. e potrebbero concorrere all'approvazione del concordato.

L'interpretazione proposta risulta inoltre ben più funzionale allo scopo cui è preordinata la norma, ne favorisce l'attuazione, in quanto assicura la prededuzione anche ai crediti da finanziamenti resisi necessari per superare la fase che va dal deposito della domanda all'ammissione.

Ove le previsioni del piano non siano state correttamente modulate in relazione ai non prevedibili tempi della giustizia, all'effettiva durata del procedimento di verifica dei presupposti di ammissibilità [tanto più che, come giustamente sottolinea L. STANGHELLINI (13) 1358, l'istruttoria in sede di ammissione al concordato, dovendo estendersi all'accertamento della funzionalità del finanziamento-ponte rispetto alla presentazione della domanda, rischia di allungarsi e complicarsi moltissimo], sarà sempre possibile modificare il piano includendovi i nuovi finanziamenti resisi nel frattempo necessari.

In definitiva non paiono esservi ostacoli a che la modifica della proposta e del piano, sicuramente possibile prima della decisione del tribunale sull'ammissione, possa riguardare anche (solo) i crediti da finanziamenti ponte.

Con la conseguenza che il debitore potrà richiedere il beneficio della prededuzione anche per i finanziamenti ponte erogati dopo il deposito della domanda, ma prima della sua modifica.

Soluzione che assicura una maggior efficacia della norma ma non una maggior tutela ai finanziatori, in assenza di uno strumento giuridico che permetta di collegare inscindibilmente, nel piano, il finanziamento alla natura prededucibile del relativo credito, posto che il piano rimane un atto unilaterale del debitore.

Poiché i finanziamenti devono essere erogati necessariamente prima del deposito della domanda, o della sua successiva modifica, l'unico strumento di tutela dei finanziatori è di natura risarcitoria e può consistere in un impegno, di natura contrattuale, del debitore a prevedere nel piano la prededuzione per determinati crediti, con l'espressa previsione di una sanzione per l'eventuale violazione dell'obbligo assunto.

E ciò perché il decreto di ammissione *ex art.* 163 l. fall. che non riconosca la prededuzione perché non richiesta dal debitore non sarebbe di certo reclamabile, né ricorribile per cassazione *ex art.* 111 Cost.

8 Problematica diversa è quella attinente all'individuazione dei criteri cui debba attenersi il tribunale per attribuire il beneficio della prededuzione a tali crediti.

Anche con riferimento ai crediti da finanziamenti ponte pare evidente che la prededuzione è sganciata da ogni indagine circa le finalità concrete del concordato, non essendo il beneficio limitato a quelle procedure volte a garantire la conservazione dei valori aziendali dell'impresa in crisi.

Ciò posto l'unica soluzione ipotizzabile è quella di ritenere che il tribunale per il riconoscimento della prededuzione debba semplicemente vagliare l'incidenza di tali crediti ai fini del deposito della domanda e dell'ammissione alla procedura.

Con riferimento ai crediti derivanti da finanziamenti di banche ed intermediari finanziari uno dei casi in cui il giudizio di positiva inerenza è di immediata percezione è quello del debito eventualmente contratto dall'imprenditore nei confronti di tali soggetti per procurarsi la somma che si presume necessaria per l'intera procedura (che, ai sensi dell'art. 163 l. fall., deve essere depositata nel termine di quindici giorni dall'ammissione alla procedura).

Credito che, se previsto nel piano ed erogato da banche ed intermediari finanziari prima del decreto di ammissione, dovrà sicuramente essere dichiarato prededucibile ai sensi dell'art. 182 *quater* l. fall.

Credito che, in forza dell'art. 111 l. fall., godrà della prededuzione nel successivo fallimento anche se sia stato erogato successivamente da banche ed intermediari finanziari o preventivamente da soggetti diversi da quelli menzionati dall'art. 182 *quater* l. fall.

Non paiono esservi dubbi sull'applicabilità della prededuzione in discorso a coloro che siano divenuti cessionari del credito successivamente al deposito del decreto *ex art.* 163 l. fall. che contenga il riconoscimento di tale beneficio.

Invero, una volta che il finanziamento sia stato erogato ed il tribunale abbia riconosciuto la positiva incidenza del credito ai fini dell'ammissione alla procedura, tale da giustificare la sua prededuzione in caso di successivo fallimento, la modifica soggettiva del creditore non può incidere su tale statuizione.

Ove il tribunale abbia rilasciato un giudizio positivo sull'inerenza del credito, lo stesso sarebbe comunque prededucibile nel successivo fallimento in forza della regola generale di cui all'art. 111 l. fall.

La questione sembra presentare profili più problematici in relazione ai poteri d'indagine del tribunale con riferimento al riconoscimento della prededuzione per il compenso del professionista che ha redatto la relazione di cui all'art. 161, terzo comma, l. fall.

Relazione che, a differenza dei finanziamenti ponte, costituisce uno dei presupposti di ammissibilità della domanda.

Il giudizio positivo sulla congruità della relazione è difficilmente scindibile da quello sull'ammissione della domanda, ammissione della domanda che è subordinata, tra l'altro, proprio alla positiva valutazione della completezza e razionalità argomentativa della relazione medesima.

La valutazione del tribunale in sede di ammissione è rivolta anche al controllo che la relazione del professionista contenga la motivazione sostanziale ed oggettiva della attestazione di fattibilità del piano e veridicità dei dati aziendali.

Una volta che il tribunale abbia ritenuto sussistente tale presupposto, pare ben

difficile effettuare una nuova e diversa valutazione, che distingua nell'ambito del genere "relazione sufficiente ad integrare uno dei presupposti di ammissibilità della domanda", la specie "relazione che genera un compenso prevedibile".

Una volta individuati i criteri cui deve attenersi il tribunale ai fini della decisione, **9** bisogna interrogarsi sulla portata e gli effetti di tale decisione nel concordato preventivo.

Il legislatore nell'art. 182 *quater* l. fall. quando parla di prevedibilità sembra riferirsi alla collocazione di tali crediti in caso di successivo fallimento.

E ciò in quanto la prevedibilità, sino all'introduzione della disposizione in commento, era un concetto giuridico estraneo alle procedure concorsuali diverse dal fallimento.

Prima di chiedersi se il riconoscimento della prevedibilità produca degli effetti anche (o soprattutto) nel concordato preventivo, bisogna valutare se la fattispecie giuridica disciplinata dall'art. 111 l. fall. sia *tout court* trasponibile nella disciplina del concordato preventivo.

Trasposizione che non può avvenire dato che nel concordato preventivo la distribuzione delle somme o delle attribuzioni patrimoniali non deve avvenire seguendo l'ordine dell'art. 111 l. fall. ma in base ai principi dettati dall'art. 160 l. fall. e quindi con l'unico limite del rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione. Ove quindi si ritenga, correttamente, che il riconoscimento della prevedibilità produca effetti anche nel concordato preventivo la decisione si tradurrebbe nel riconoscimento del diritto all'integrale pagamento del credito.

La non perfetta coincidenza e sovrapposibilità tra il concetto di prevedibilità nel fallimento e quello di integrale pagamento nel concordato preventivo non rimane una questione puramente teorica, dato che essa ha dei riflessi pratici applicativi di non poco momento.

Nel fallimento i crediti prevedibili devono essere pagati oltre che integralmente, anche prima di tutti gli altri, nel concordato preventivo l'ordine di pagamento dei crediti prevedibili di cui all'art. 182 *quater* l. fall. dipende dalla volontà delle parti, volontà che viene trasfusa nel piano per i crediti sorti prima dell'ammissione, ovvero resa manifesta nei contratti di finanziamento per quelli successivi.

In altre parole il debitore può liberamente concordare con i creditori i termini di pagamento dei crediti prevedibili, termini che possono precedere o seguire quelli previsti per gli altri creditori concordatari.

È necessario allora interrogarsi sulla portata che si attribuisce all'espressione "parificati ai prevedibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111" e "sono altresì prevedibili" che il legislatore attribuisce, rispettivamente, ai crediti da finanziamenti ponte ed ai compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui all'art. 161, terzo comma, l. fall.

Se, cioè, tali crediti siano "prevedibili" nella sola ipotesi di successivo fallimento, ovvero la parificazione e/o il richiamo generico al concetto di prevedibilità equivalga al diritto all'integrale pagamento nel concordato preventivo [sull'argomento M. FERRO-F.P. FILOCAMO (5) 2185].

La lettera della norma non fornisce elementi sicuri a favore dell'una o dell'altra tesi, di talché è necessario valutare quali siano le ricadute sistematiche ed appli-

cative delle due opzioni, al fine di privilegiare quella che appare più vicina allo spirito della legge: quello di incentivare il ricorso alle soluzioni concordate della crisi d'impresa.

Ove si ritenga che la prededuzione valga soltanto nell'eventuale successivo fallimento il credito del professionista sarebbe assistito dal privilegio *ex art. 2751 bis*, n. 2, c.c. [sull'argomento C. RACUGNO (12) 5], mentre quello derivante dai finanziamenti ponte, credito necessariamente anteriore all'apertura della procedura, sarebbe chirografo sottoposto agli effetti dell'omologa ai sensi dell'art. 184 l. fall. Con la conseguenza che il credito da finanziamento ponte potrebbe essere integralmente soddisfatto solo nell'ipotesi di integrale pagamento di tutti i creditori ovvero, se isolato in un'apposita classe di chirografari, nel rispetto del divieto di alterare le cause legittime di prelazione [in questi termini M. FERRO-F.P. FILOCAMO (5) 2185].

In sostanza nella stragrande maggioranza dei casi il credito da finanziamento ponte non verrebbe ad essere integralmente soddisfatto, mentre quello del professionista avrebbe il privilegio generale sui mobili, con esclusione delle spese anticipate dal professionista, da soddisfarsi in via chirografaria, poiché il relativo credito non è riconducibile alla nozione di «retribuzione dei professionisti» di cui all'art. 2751 *bis*, n. 2, c.c.

Conseguenze che andrebbero nella direzione opposta a quella auspicata dal legislatore con l'introduzione della disposizione in commento.

Pare quindi preferibile l'interpretazione che attribuisce ai crediti del professionista ed a quelli derivanti da finanziamenti ponte il diritto di essere integralmente pagati nel concordato preventivo rappresentando l'art. 182 *quater* una deroga al divieto di alterare le cause legittime di prelazione sancito dall'art. 180 l. fall.

**10** Soluzione che può aiutare ad attribuire un qualche significato all'altrimenti inspiegabile distinzione terminologica tra i crediti in esecuzione, definiti “prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111” e quelli in funzione, qualificati semplicemente come “prededucibili” (compensi del professionista) o “parificati ai prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111” (crediti da finanziamenti ponte).

Quelli in esecuzione sono a tutti i sensi e gli effetti dei crediti prededucibili in senso stretto, dato che essi godono di tale beneficio processuale soltanto nel successivo eventuale fallimento.

Quelli in funzione, parificati o semplicemente prededucibili, sono definiti con formule più vaghe ed indistinte, proprio a voler significare che la prededuzione non è limitata allo stretto ambito di applicazione dell'art. 111 l. fall., si estende anche alla prima procedura della consecuzione: il concordato preventivo, traducendosi nel diritto all'integrale pagamento in deroga al divieto di alterare le cause legittime di prelazione.

Tra le due categorie di crediti, quelli in esecuzione e quelli in funzione vi è una profonda differenza che deriva dal fatto che per i secondi l'art. 182 *quater* prevede un vero e proprio accertamento, sia nell'*an* che nel *quantum*, in sede di concordato. Il che costituisce un'eccezione al principio pacifico ed indiscusso secondo cui nel

procedimento di concordato preventivo, privo di una fase di accertamento giudiziale dei crediti, non vi è spazio per l'accertamento del credito o del suo rango.

Interpretazione che consente di chiarire ancor meglio il rapporto tra l'art. 111 e l'art. 182 *quater* l. fall., norma quest'ultima che si pone, come detto, in rapporto di specialità con la regola generale dettata dall'art. 111 l. fall.

Rapporto di specialità che presenta profili peculiari con riferimento ai crediti "in funzione" perché garantisce l'integrale pagamento dei crediti derivanti da finanziamenti ponte e del compenso del professionista nel concordato preventivo.

Integrale pagamento giustificato dall'accertamento giudiziale dell'esistenza, entità e rango prededucibile di tali crediti effettuato dal tribunale in sede di ammissione. Gli altri crediti "in funzione", disciplinati dall'art. 111 l. fall. (i finanziamenti ponte concessi da soggetti diversi dalle banche, il compenso del professionista che ha concorso alla redazione del piano o di quello che ha effettuato la stima *ex art.* 160, secondo comma, l. fall. ...etc.) potranno si godere della prededuzione nel successivo eventuale fallimento, ma non del diritto ad essere integralmente pagati nel concordato preventivo in deroga al divieto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione.

I crediti suddetti saranno soggetti al rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione, accomunati alla sorte dei crediti che si trovano nella loro medesima posizione giuridica.

Una volta sciolto questo cruciale nodo interpretativo, si deve valutare se il tribunale può, pur ammettendo la proposta, negare la prededuzione o comunque incidere sul *quantum* richiesto. **11**

Ove si limitino gli effetti della decisione del tribunale al successivo fallimento non vi sono dubbi sulla possibilità di negare o circoscrivere il beneficio della prededuzione.

In questo caso infatti la decisione non impatta sul piano o sulla proposta e quindi sulla soddisfazione dei creditori nel concordato preventivo, di talché non paiono esservi limiti al sindacato del tribunale.

Ben diversa appare la questione ove si privilegi la diversa e preferibile interpretazione che attribuisce a tali crediti il diritto di essere integralmente soddisfatti nel concordato preventivo.

Diritto cui ovviamente le parti possono, d'accordo con il debitore, rinunciare (totalmente o parzialmente) trattandosi pur sempre di diritti disponibili.

Una volta che il debitore abbia inserito nel piano la previsione di un integrale pagamento dei crediti in funzione il tribunale non può scindere la decisione sulla prededuzione da quella sull'ammissibilità della proposta.

Perché, così facendo il tribunale andrebbe ad incidere sul contenuto della proposta del debitore: proposta che può ammettere o rigettare ma non modificare.

Con riferimento al compenso del professionista o la relazione è inidonea, con la conseguenza che il tribunale dichiara la proposta inammissibile e, non essendo sorta alcuna procedura, il compenso del professionista non gode della prededuzione in caso di successivo fallimento, o la relazione integra il presupposto previsto dalla legge ed allora, in caso di ammissione, il relativo credito deve essere

trattato come previsto nella proposta e naturalmente godere della prededuzione in caso di successivo fallimento.

Non paiono esservi spazi interpretativi che possano spingere il tribunale ad ammettere il debitore alla procedura di concordato preventivo e, nel contempo, a negare la prededuzione al compenso del professionista che ha redatto la relazione di cui all'art. 161, terzo comma, l. fall. [*contra* T Firenze 4.7.2011, *FI* 2011, 2526 secondo cui «nella fase dell'ammissione di una impresa al concordato preventivo il tribunale può non accogliere la domanda di attribuzione del compenso del professionista attestatore quando ritiene che per la complessità della fattispecie occorra la valutazione del commissario giudiziale»].

Ad analoghe conclusioni deve giungersi anche con riferimento ai crediti da finanziamenti effettuati in funzione della presentazione della domanda.

Anche in questo caso, qualora si ritenga che il riconoscimento della prededuzione si traduca, nel diritto all'integrale pagamento nel concordato, nei termini previsti dalla proposta, non pare possibile una scissione tra ammissione e prededuzione. Previsione di pagamento integrale dei crediti da finanziamento che è subordinata al riconoscimento della prededuzione.

Integrale pagamento dei crediti derivanti da finanziamenti finalizzati alla presentazione della domanda, che comporta un'alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione.

Violazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione che, nel caso di specie, diviene legittima solo ove tali crediti vengano dichiarati prededucibili nel decreto di ammissione.

Nel caso in cui il tribunale ritenga che tali crediti non possano godere del beneficio richiesto, il diniego del riconoscimento della prededuzione si traduce necessariamente nel diniego all'ammissione della proposta.

E ciò perché la proposta che preveda il pagamento integrale dei crediti indicati dal terzo comma dell'art. 182 *quater* l. fall. è legittima solo e in quanto il tribunale attribuisca il rango di prededucibili ai crediti medesimi.

Solo ed in quanto il tribunale riconosca ed attribuisca una diversa posizione giuridica a tali crediti rispetto agli altri chirografari: quella di crediti parificati ai prededucibili.

Altrimenti il tribunale dovrà dichiarare inammissibile la proposta per violazione del principio del necessario rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione sancito dall'art. 160 l. fall.

Anche perché, diversamente opinando, e ritenendo quindi che il tribunale possa, nel contempo, ammettere la proposta e negare la prededuzione, si determinerebbe un problema giuridicamente irrisolvibile di destinazione di risorse e di trattamento dei crediti.

Di destinazione delle somme destinate all'integrale pagamento dei crediti di cui è stata negata la prededuzione e di trattamento concordatario dei medesimi crediti. E ciò in quanto il tribunale non potrebbe ridistribuire d'ufficio tra gli altri creditori (o restituire al debitore) il *surplus* derivante dal diniego della prededuzione, né determinare la percentuale di soddisfazione dei crediti derivanti dai finanziamenti erogati per la presentazione della domanda di cui nella proposta veniva previsto l'integrale pagamento.

In definitiva, o si ritiene che la decisione del tribunale produca i suoi effetti soltanto nel successivo, eventuale fallimento (ma così interpretando la norma la si svuota di rilevanza, dato che essa ha una significativa portata pratica ed applicativa solo ed in quanto la si ritiene esplicativa del diritto all'integrale pagamento nel concordato dei crediti prededucibili), ovvero deve affermarsi il principio della inscindibile correlazione tra le sorti della proposta e quelle dei crediti "prededucibili".

Interpretazione che rafforza l'efficacia della norma, dato che crea un legame indissolubile tra il debitore ed i suoi finanziatori, una necessaria comunanza di interessi rivolta al buon esito della proposta.

Il riconoscimento della prededuzione ai crediti derivanti da finanziamenti erogati dagli istituti di credito ha un significato più ampio che va al di là del diritto all'integrale pagamento, dato che la decisione del tribunale vale ad eliminare ogni profilo di anti giuridicità al finanziamento medesimo, con la conseguenza che, ad esempio, alla banca non potrebbe essere imputato di aver abusivamente concesso quel credito dichiarato prededucibile dal tribunale.

Ulteriore ed assai delicata questione è quella attinente alla stabilità della decisione **12** ed ai possibili rimedi impugnatori a favore del professionista, dei finanziatori e degli altri creditori.

Questione che si pone solo ed esclusivamente laddove il giudice decida di ammettere il debitore al concordato preventivo, posto che in caso di diniego non è previsto che vi sia alcuna prededuzione contestuale al rigetto della domanda [in questi termini M. FABIANI (3) 2530].

Stabilità della decisione che va esaminata con riferimento al concordato ed al successivo, eventuale fallimento.

Secondo un'autorevole opinione la pronuncia sulla prededuzione assunta con il decreto di ammissione sarebbe ricorribile direttamente per cassazione per effetto degli artt. 111 Cost. e 360, ultimo cpv., c.p.c. [M. FABIANI (3) 2531].

E ciò in quanto incidente sui diritti del singolo creditore in merito al rango del suo credito e non più discutibile in sede di omologazione o, in caso di successivo fallimento, nell'ambito del procedimento di accertamento dei crediti [in questi termini M. FABIANI (3) 2530 ss.].

Come è noto l'art. 163 l. fall. dichiara il decreto di ammissione non soggetto a reclamo.

Prima della riforma la giurisprudenza riteneva che tale decreto non fosse impugnabile con ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. «trattandosi di un provvedimento privo del carattere di definitività, alla stregua della sua funzione meramente deliberatoria delle condizioni di ammissibilità di detto concordato, le quali restano riesaminabili, senza alcuna preclusione e senza alcun pregiudizio giuridicamente rilevante sulle posizioni soggettive degli interessati, in sede di sentenza di omologazione del, ovvero in sede fallimentare» [C I 30.5.1995, n. 6067, *Fa* 1996, 40].

Interpretazione seguita dalla dottrina formatasi dopo la riforma della disciplina del concordato preventivo [L. GUGLIELMUCCI (6) 333; V. ZANICHELLI (16) 192].

Orbene se non pare in discussione che il decreto nella parte *de quo* assuma il

carattere della decisorietà, possa reputarsi lesivo di diritti in quanto il riconoscimento (o il mancato riconoscimento) della prededuzione incide sul rango e sulla misura del credito [M. FERRO-F.P. FILOCAMO (5) 2192; *contra* M. FABIANI (3) 2531, secondo cui oggetto della richiesta è direttamente, il rango, e non la misura del credito] non pare altrettanto condivisibile l'affermazione secondo cui tale decisione non potrebbe più essere messa in discussione.

E ciò in quanto in sede di omologa non vi sarebbe spazio alcuno per l'accertamento del credito o del suo rango [in questi termini M. FABIANI (3) 2530-2532]. Ciò era vero sino alla novella del 2010, la quale ha poi introdotto un vero e proprio accertamento dei crediti prededucibili in sede di ammissione.

Accertamento destinato a determinare il trattamento di tali crediti in ambito concordatario e fallimentare.

Accertamento che al pari di tutte le altre decisioni assunte in sede di ammissione può essere oggetto di rimediazione in sede di omologa.

La mancanza di un effetto preclusivo, di un limite al riesame di questioni già decise nella fase introduttiva, questioni che possono essere liberamente riesaminate dal tribunale in sede di omologa è principio costantemente affermato dalla giurisprudenza prima della riforma e recentemente ribadito dai giudici delle leggi [C Cost. 12.3.2010, n. 98, *Fa* 2010, 775].

Principio generale che non muta con il mutare dell'oggetto dell'accertamento demandato al tribunale in sede di ammissione.

Legittimati all'opposizione saranno in primo luogo gli altri creditori perché, come detto, l'attribuzione del beneficio della prededuzione si traduce nel fatto che determinati crediti debbano essere integralmente pagati nel concordato preventivo. Pari legittimazione deve essere riconosciuta al professionista ed ai finanziatori ove il decreto di ammissione abbia negato o ridotto la prededucibilità dei loro crediti. La definitività del decreto di omologazione preclude ogni ulteriore contestazione circa il riconoscimento della prededuzione e quindi fonda il diritto ad ottenere l'integrale pagamento dei crediti nel concordato preventivo.

Soluzione che pare altresì rispondente a requisiti di certezza ed efficienza della procedura.

Invero ove si privilegi la contraria ipotesi della ricorribilità in cassazione del decreto di ammissione si porrebbero problemi di non poco momento, ad esempio con riferimento alla decorrenza del termine per l'impugnazione.

Termine di sessanta giorni per la proposizione del ricorso straordinario ai sensi dell'art. 111 Cost. (di cui all'art. 325, secondo comma, c.p.c), avverso il decreto di ammissione *ex art.* 163 l. fall. che non potrebbe decorrere dalla data di deposito in cancelleria del decreto, bensì dalla comunicazione del provvedimento d'ufficio agli interessati, secondo le vigenti disposizioni in materia di procedimenti in camera di consiglio.

Comunicazione del decreto che non vede tra i destinatari gli altri creditori, i finanziatori o il professionista che non sono parti del procedimento di ammissione.

prededucibilità assunta in sede di ammissione nel successivo eventuale fallimento ove la procedura concordataria non giunga a buon fine.

Posto che la mancanza di certezza circa gli effetti della decisione del tribunale nel futuro fallimento vanificherebbe lo scopo della norma deve ritenersi che il riconoscimento contenuto nel decreto di ammissione svolga un effetto di prenotazione nel successivo fallimento.

I crediti sorti in funzione della presentazione della domanda di cui all'art. 182 *quater* l. fall. godranno quindi della prededucazione nel successivo fallimento anche in caso di successiva revoca dell'ammissione ex art. 173 l. fall. o diniego di omologazione ex art. 180 l. fall.

Affermazione che necessariamente investe un profilo assai delicato che riguarda tutti i crediti presi in considerazione dall'art. 182 *quater* l. fall.: la ricerca del necessario equilibrio tra l'esigenza di assicurare certezza ai finanziatori ed al professionista in ordine alla prededucazione dei loro crediti (oltre che, come detto, alla legittimità dell'erogazione finanziaria), certezza assicurata dalla stabilità degli effetti della decisione assunta con il decreto di ammissione nel successivo fallimento e quella di tutela dei creditori concorsuali che potrebbero vedere lesi i loro diritti da quella decisione.

Problema di tutela dei diritti dei creditori accresciuto dalla considerazione che i creditori concordatari non partecipano alla fase di ammissione e che il novero dei creditori concorrenti nel fallimento non coincide solitamente con quello dei concordatari.

Negare una tutela ai creditori renderebbe la disposizione in forte odore di incostituzionalità, dal che deve ritenersi che permanga il diritto dei creditori di contestare in sede fallimentare il credito, credito che dovrà essere accertato con le modalità di cui al capo V della legge fallimentare.

Contestazione che potrà riguardare sia l'*an* che il *quantum* della pretesa creditoria. Con riferimento ai crediti in esecuzione va ricordato che il decreto di omologa costituisce condizione necessaria per il riconoscimento della prededucazione nel successivo fallimento.

Decreto che non deve contenere alcuna espressa decisione sul punto, anche perché l'omologa non comporta alcun effetto sul trattamento dei crediti suddetti nel concordato.

Ciò non toglie che l'omologazione del concordato comporta una positiva valutazione della funzionalità dei finanziamenti rispetto all'esecuzione del piano.

Accertamento che non potrà più essere messo in discussione dai creditori concordatari e/o dal giudice nel successivo fallimento. La definitività del decreto di omologa non può, al contrario, determinare alcun effetto preclusivo nei confronti dei creditori successivi al deposito del decreto ex art. 163 l. fall.

Fermo restando che gli uni e gli altri potranno opporsi all'ammissione in prededucazione dei crediti in esecuzione per fatti successivi al decreto di omologa.

Motivi di opposizione che potranno riguardare sia l'*an* che il *quantum* dati che il finanziamento, di norma, verrà erogato dopo che il decreto di omologa sia divenuto definitivo

I creditori concordatari potranno quindi contestare l'esistenza del credito, la sua entità, la riferibilità al piano dei finanziamenti concessi per la sua esecuzione, ma

non, l'esistenza di un collegamento causale ed originario tra il piano ed il finanziamento medesimo, accertamento quest'ultimo divenuto irrevocabile a seguito del passaggio in giudicato del decreto *ex art.* 180 l. fall.

## II. Segue: Negli accordi di ristrutturazione dei debiti

- 14 Ancor più significativa è l'innovazione concernente gli accordi di ristrutturazione dei debiti dato che prima della novella del 2010, non pareva possibile riconoscere un collocamento in prededuzione alle obbligazioni assunte nel corso e/o in esecuzione degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

E ciò in quanto era di gran lunga prevalente l'interpretazione che privilegiava la natura contrattuale dell'istituto.

La natura non concorsuale dell'istituto impediva l'applicazione dell' art. 111, ultimo comma, l. fall., secondo cui sono considerati debiti prededucibili quelli «sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge».

Con la conseguenza che la tutela dei crediti sorti nel corso dell'esecuzione dell'accordo omologato doveva essere affidata alla previsione di adeguate garanzie non soggette all'eventuale successiva azione revocatoria.

L'introduzione dell'art. 182 *quater* l. fall. disciplina la sorte dei crediti prededucibili sorti prima l'apertura del procedimento e/o dopo l'omologa.

Il che lascia insoluta la questione dell'applicabilità dell'art. 111 l. fall. per i crediti sorti durante la procedura ovvero in funzione della stessa, ma diversi da quelli menzionati nell'art. 182 *quater* l. fall.

Questione la cui soluzione discende dall'inquadramento sistematico dell'istituto: se fattispecie contrattuale o procedura concorsuale a tutti gli effetti.

La norma, non demanda al tribunale alcuna valutazione discrezionale in ordine alla prededucibilità dei crediti medesimi, dato che tale beneficio è sottoposto alla sola condizione dell'omologa dell'accordo [questo requisito produrrebbe l'effetto negativo di spostare sui finanziatori il rischio dell'approvazione delle misure di risanamento, in quanto la garanzia di rimborso prioritario del loro credito opera solo se si verifica quella condizione - l'omologa - che eventualmente si realizzerà alla fine della procedura. In questi termini circ. Assonime 25.10.2010, n. 33, Ristrutturazione del debito e risanamento delle imprese in crisi: le nuove norme introdotte dalla manovra finanziaria, 12].

Al tribunale non è lasciato alcun margine di discrezionalità a riguardo, essendo il giudizio sulla prededucibilità di tali crediti assorbito da quello sull'omologazione dell'accordo.

In altre parole il tribunale, ove non riscontri i presupposti di legge perché i crediti indicati nell'accordo possano godere del beneficio della prededuzione (perché i finanziamenti non sono stati erogati da banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli artt. 106 e 107, d.lgs. 1.9.1993, n. 385, ovvero non hanno avuto un'incidenza positiva ai fini dell'accoglimento della domanda), dovrà rigettare l'omologa, non potendo scindere le sorti dell'accordo da quelle della prededuzione dei crediti.

Dal che ne deriva la necessità che l'accordo medesimo contenga un'espressa ed

analitica specificazione dei finanziamenti di banche ed intermediari finanziari ottenuti in funzione del deposito della domanda di cui si chiede la prededuzione, oltre che di quelli necessari all'esecuzione dell'accordo omologato.

Categoria quest'ultima che comprende anche i crediti derivanti da finanziamenti effettuati dai soci, con gli stessi limiti quantitativi già esaminati con riferimento al concordato preventivo.

Non pare necessario che il decreto di omologa contenga un esplicito riconoscimento della prededuzione [M. FABIANI (4) 905; L. STANGHELLINI (14) 1356; *contra* P. VALENSISE (15) 2340].

Prededuzione che è soggetta anche alla valutazione di tutti i creditori legittimati all'opposizione [M. FERRO-F.P. FILOCAMO (5) 2190.]

Prededuzione che avrà i suoi effetti nel successivo eventuale fallimento, e non nel procedimento in cui tale prededuzione viene a formarsi, dato che negli accordi di ristrutturazione dei debiti il trattamento dei creditori assume aspetti del tutto peculiari.

Da una parte l'imprenditore può riservare un diverso trattamento ai creditori aderenti all'accordo, operazione del tutto legittima in quanto la tutela del par condicio trova consacrazione solo nell'alveo delle procedure concorsuali e non si estende al di fuori degli ambiti legislativamente previsti, dall'altra l'art. 182 *bis* l. fall. parla di regolare pagamento dei creditori estranei formula che lascia pochi dubbi in ordine al fatto che essi debbano essere soddisfatti secondo le modalità previste nel titolo costitutivo dell'obbligazione, ovvero in mancanza, dalla legge. Con riferimento al compenso del professionista incaricato di predisporre la relazione di cui all'art. 182 *bis*, primo comma, l. fall. valgono le stesse considerazioni svolte relativamente al credito del professionista che ha redatto la relazione di cui all'art. 161, terzo comma, l. fall.

La prededuzione non può essere riconosciuta al credito del professionista che attesta la ragionevolezza del piano di risanamento (art. 67, terzo comma, lett. d, l. fall.) per la mancanza di un qualsivoglia controllo giudiziale.

Tale credito, in caso di successivo fallimento, è sicuramente tutelato dal riconoscimento della causa di prelazione di cui all'art. 2751 *bis*, n. 2, c.c.

### III. L'esclusione dal voto e dal computo delle maggioranze

L'ultimo comma dell'art. 182 *quater* l. fall., con riferimento ai crediti indicati ai 15 commi secondo, terzo e quarto della medesima disposizione, statuisce che i creditori sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze per l'approvazione del concordato ai sensi dell'art. 177 l. fall. e dal computo della percentuale dei crediti prevista all'art. 182 *bis*, primo e sesto comma, l. fall.

Priva di adeguata motivazione appare l'inclusione nel divieto dei crediti da finanziamento dei soci, crediti, che al pari di quelli indicati dal primo comma della disposizione, dovrebbero necessariamente sorgere dopo l'apertura della procedura e quindi, per tale ragione, essere comunque esclusi dalle maggioranze e dal voto [S. AMBROSINI (1) 647].

Norma la cui *ratio* va individuata, nel concordato preventivo, nella necessità di evitare inquinamenti della volontà dei creditori.

La *ratio* di tale esclusione risiede nella necessità di evitare che tali creditori influiscano sulla formazione delle maggioranze, non avendo gli stessi alcun interesse all'approvazione del concordato.

Tale divieto sembra estendere a tali crediti il principio generale per cui la previsione (tendenziale) di integrale pagamento determina la perdita del diritto di voto. Secondo una diversa interpretazione la sottrazione del diritto di voto non è generata dalla previsione del pagamento integrale (perché non è detto che ciò poi si verifichi in sede di attuazione), quanto invece dalla presenza di beni che garantiscono in ogni caso il creditore rispetto agli altri [M. FABIANI (4) 907].

Il divieto si applica ai creditori con specifico riferimento ai crediti indicati nella disposizione (crediti derivanti da finanziamenti effettuati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti da banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli artt. 106 e 107, d.lgs. 1.9.1993, n. 385, ovvero dai soci; compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui agli artt. 161, terzo comma, 182 *bis*, primo comma l. fall.), con la conseguenza che gli stessi creditori potranno liberamente esercitare il loro diritto di voto relativamente a tutti gli altri crediti non compresi nell'elenco.

Con riferimento all'accordo di ristrutturazione dei debiti il divieto non riguarda la formazione di una maggioranza in mancanza, negli accordi di ristrutturazione, di un procedimento di approvazione e, quindi, di un principio che vincoli la minoranza dissenziente alle decisioni della maggioranza.

La soglia del 60% non indica affatto una maggioranza necessaria per l'approvazione dell'accordo, quanto piuttosto un requisito affinché il contratto possa essere omologato.

La quota del 60% dei crediti rappresenta un requisito fissato dal legislatore a garanzia della "serietà dell'accordo", onde evitare sia l'impegno di risorse pubbliche che il crearsi di un inutile affidamento nei terzi, nella riuscita di un tentativo quasi fatalmente destinato al fallimento [in questi termini L. STANGHELLINI (13) 320, il quale ricorda come l'esperienza insegna che, statisticamente, possono avere successo piani che registrano l'adesione della grande maggioranza dei creditori (70/90%), mentre difficilmente hanno successo piani che incontrano adesioni significativamente inferiori].

Quota del 60% che non può essere raggiunta con il concorso determinante dei crediti indicati nella norma in esame.

A tal proposito, con riferimento alla concreta operatività dell'esclusione, deve ritenersi che essa determini anche una diversa base di calcolo della percentuale del 60%, che dovrà essere verificata non tenendo conto dei crediti prededucibili. Invero pare evidente come una diversa interpretazione, che veda l'esclusione limitata alla sola percentuale delle adesioni, comporterebbe un effetto contrario a quello della disposizione in commento, rendendo più difficoltoso il raggiungimento della percentuale del 60% dei crediti richiesto dall'art. 182 *bis* l. fall.

**BIBLIOGRAFIA:** (1) S. AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. N.122/2010*, *Fa* 2011; (2) B. ARMELI, *I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato*

preventivo tra prededucibilità e postergazione, *Fa* 2011; (3) M. FABIANI, *L'ulteriore upgrade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, *Fa*, 2010; (4) M. FABIANI, *Prededuazione "speciale" ex art. 182 quater l. fall. e regime di impugnazione*, *FI* 2011; (5) M. FERRO- F.P. FILOCAMO, *Sub art. 182 quater*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2011; (6) L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2011; (7) G. LA CROCE, *Finanziamenti ponte e garanzie per debiti prescritti*, *Fa* 2009; (8) G. LO CASCIO, *Finanziamenti alle imprese in crisi: nuove garanzie alle banche*, *CG*, 2010; (9) L. MORELLINI, *L'art. 182 quater L. Fall: novità e criticità*, *Fa* 2011; (10) G.B. NARDECCHIA, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, Milano, 2011; (11) A. PATTI, *L'accelerazione delle soluzioni concordate: esperienze applicative*, *Fa* 2010; (12) G. RACUGNO, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti. Le novità introdotte dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78 e dalla L. 30 luglio 2010, n. 122*, *DF* 2011; (13) L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007; (14) L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, *Fa* 2010; (15) P. VALENSISE, *Sub art. 182 quater*, in A. NIGRO-M. SANDULLI-V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010; (16) V. ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010.

## Art. 183 Reclamo <sup>(1)</sup>

**Contro il decreto del tribunale può essere proposto reclamo alla corte di appello, la quale pronuncia in camera di consiglio.**

**Con lo stesso reclamo è impugnabile la sentenza dichiarativa di fallimento, contestualmente emessa a norma dell'articolo 180, settimo comma.**

(1) Articolo sostituito dall'art. 16, comma 6, d.lgs. 12.9.2007, n. 169, a decorrere dal 1° gennaio 2008.

**SOMMARIO:** I. La modificazione dei rapporti giuridici conseguente all'omologazione - II. L'individuazione del modello di reclamo - III. Il reclamo e la concorrenza con il rimedio contro la sentenza di fallimento - IV. La decorrenza del termine - V. La legittimazione e l'oggetto del riesame - VI. Il ricorso per cassazione - VII. Le altre impugnazioni e la revoca

### I. La modificazione dei rapporti giuridici conseguente all'omologazione

Nella prima versione della riforma, la modifica apportata all'art. 180 l. fall. e la contemporanea conferma dell'art. 183 l. fall. avevano generato un **contrasto** che era apparso insanabile, posto che da un lato si parlava di decreto e dall'altro di sentenza appellabile.

L'intreccio normativo era così confuso che gli interpreti che per primi avevano affrontato la questione, si erano sostanzialmente divisi a metà, ciò a dimostrazione delle incertezze suscitate dalle due disposizioni fra loro non coordinate [per la **tesi della proponibilità dell'appello**, attesa la persistenza dell'art. 183 l. fall., si erano espressi, F. ALLEGRI (2) 768; F. CORDOPATRI (10) 236; C. MASCARELLO (22) 347; G. SCHIAVON (26) 829; S. SCARAFONI (25) 841; C App. Bari 24.5.2006, *FI* 2006, I, 2490; per G. CANALE (8) 912 andava proposto appello ma nelle forme camerali; per la **tesi** che l'impugnazione dovesse essere proposta prima con **reclamo ex art. 739 c.p.c.** e poi (eventualmente) con ricorso straordinario per cassazione, sul