

LA PREDEDUZIONE DEI CREDITI NEL CONCORDATO CON RISERVA

di GIOVANNI B. NARDECCHIA

L'articolo 22, comma 7, del D.L. N. 91/2014 ha abrogato l'art. 11, comma 3 quater, d.L. n. 145/2013, contenente la norma interpretativa dell'art. 111 l.fall. che limitava la prededuzione dei crediti sorti nell'ambito del procedimento aperto con il deposito della domanda di concordato con riserva ex art. 161 c. 6 l.fall.

L'art. 111 l.fall., norma che individua i criteri per la predisposizione del piano di riparto parziale o finale nel fallimento, definisce le caratteristiche che devono possedere i crediti affinché agli stessi possa essere riconosciuta la qualificazione di "prededucibili". La disposizione individua due categorie di crediti prededucibili: quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare.

La disciplina del concordato con riserva introdotta con la riforma dell'art. 2012 è stata accompagnata dall'espressa previsione del riconoscimento del beneficio della prededuzione ad una serie di crediti maturati dopo il deposito della domanda di cui all'art. 161 c. 6 l.fall.

Si tratta dei crediti sorti dagli atti legalmente compiuti (atti di ordinaria amministrazione o di straordinaria autorizzati) di cui all'art. 161 c. 7 l.fall. e di quelli originati dai finanziamenti autorizzati ai sensi dell'art. 182 quinquies l.fall.

Tali crediti, espressamente qualificati come prededucibili da specifiche disposizioni di legge, godono di tale beneficio a prescindere dall'esito della domanda di concordato con riserva.

E quindi anche in caso di successivo fallimento o di una nuova procedura di concordato preventivo che segua all'infruttuoso esito della prima.

Qualora alla domanda con riserva segua l'ammissione alla procedura e l'omologa della proposta, poiché tali crediti sono sorti dopo la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, non saranno soggetti agli effetti del concordato ai sensi dell'art. 184 l.fall. Con la conseguenza che i crediti in questione possono e devono essere soddisfatti nel concordato secondo le modalità contrattualmente pattuite tra le parti.

In questo quadro normativo era intervenuto l'art. 3-*quater*. della l. 9/2014 in forza del quale "La disposizione di cui all'articolo 111, secondo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che i crediti sorti in occasione o in

funzione della procedura di concordato preventivo aperta ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, del medesimo regio decreto n. 267 del 1942, e successive modificazioni, sono prededucibili alla condizione che la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo siano presentati entro il termine, eventualmente prorogato, fissato dal giudice e che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 163 del medesimo regio decreto, e successive modificazioni, senza soluzione di continuità rispetto alla presentazione della domanda ai sensi del citato articolo 161, sesto comma”.

L'articolo 22, comma 7, del D.L. N. 91/2014 ha poi abrogato l'art. 11, comma 3 quater, d.L. n. 145/2013, contenente la norma sulla prededuzione.

A quanto si legge nella relazione illustrativa (la quale contiene un espresso richiamo alle osservazioni critiche formulate nel parere del Ministero della Giustizia in data 5 febbraio 2014), la norma sarebbe stata abrogata in quanto “in netto contrasto con gli interventi di riforma della disciplina del concordato preventivo che si sono susseguiti a partire dal 2005”.

E ciò in quanto essa pregiudicherebbe le finalità di tali interventi: rendere la procedura di concordato preventivo più efficiente al fine di pervenire alla risoluzione delle crisi d'impresa in maniera più celere e, soprattutto, favorire il risanamento dell'impresa in crisi attraverso la prosecuzione dell'attività aziendale.

La relazione illustra i principali effetti negativi che potevano discendere dall'applicazione della norma abrogata: la lesione dell'affidamento delle controparti del debitore in concordato, l'incerto rilievo della norma in caso di deposito di domanda di omologazione degli accordi ex art. 182-bis il mancato coordinamento con esenzione da revocatoria,

Conseguenze negative derivanti dall'applicazione della norma abrogata che avrebbero pregiudicato la continuità aziendale del debitore durante la procedura di "pre-concordato" e, più in generale, avuto un effetto disincentivante sull'utilizzo del concordato preventivo da parte delle aziende stante l'incertezza nei rapporti con i terzi.

Terzi che sarebbero stati naturalmente restii a proseguire o avviare rapporti commerciali con il debitore in concordato, se non a condizioni particolarmente gravose per quest'ultimo, poiché ad essi non sarebbe stato più garantito che, in caso di inadempimento, il debito contratto dal debitore in concordato sarebbe stato trattato come prededucibile in un successivo fallimento,

Con la conseguenza che lo strumento del concordato preventivo rischiava di diventare un'opzione poco praticabile soprattutto per le aziende che

abbiano serie prospettive di risanamento e rapporti con i terzi da preservare,

Con il rischio che il concordato preventivo sarebbe tornato ad essere relegato a soluzione di ultima istanza per società decotte, sostanzialmente un'anticamera del fallimento.

Infine, la relazione illustrativa evidenzia assai opportunamente che la norma di interpretazione autentica è intervenuta sull'art. 111 e non sull'art. 161, comma 7, 1. fall., norma che espressamente dispone che i crediti sorti durante il concordato per effetto di atti legalmente compiuti dal debitore sono assistiti dal beneficio della prededuzione (indipendentemente dalla successiva ammissione del debitore alla procedura).

Conseguentemente, non è chiaro in che modo la norma di interpretazione autentica abbia inciso sull'applicazione dell'art. 161, comma 7,1. fati. né in che rapporto si ponga ora l'art. 161, comma 7, 1. fall. rispetto all'art. 111 1. fall.

La conseguente incertezza pregiudica la comprensibilità della complessiva disciplina della prededuzione, esattamente al contrario di ciò cui dovrebbe tendere una norma di interpretazione autentica.

Dopo l'abrogazione della norma interpretativa,, ai fini del riconoscimento della prededuzione nel successivo eventuale fallimento dei crediti espressamente qualificati da norme di legge (atti legalmente compiuti ai sensi dell'art. 161 l.fall. e finanziamenti di cui all'art. 182 quinquies,) o comunque sorti in funzione o in occasione del concordato con riserva, non sarà più presupposto indispensabile il deposito del decreto di apertura ex art. 163 l.fall.

Il che significa che per tali crediti dovrà esservi il riconoscimento della prededuzione anche in caso di mancata ammissione alla procedura.

A tal fine appare però necessario operare una qualche distinzione tra i crediti basata sull'esistenza o meno di una previa valutazione giudiziale dell'esistenza di quei presupposti di inerenza ed utilità dell'atto per i creditori che giustificerebbero poi il beneficio della prededuzione. Nelle ipotesi di credito sorto da un finanziamento valutato funzionale alla miglior soddisfazione dei creditori, ovvero derivante da un atto urgente di straordinaria amministrazione (in cui il presupposto implicito della convenienza si accompagna a quello esplicito dell'urgenza), deve senz'altro ritenersi automatica tale ammissione a fronte dell'autorizzazione concessa dal tribunale dopo il deposito della domanda con riserva.

E ciò in quanto la valutazione preventiva dell'atto, autorizzato in quanto giudicato dal tribunale funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, attribuisce al credito il beneficio della prededuzione a prescindere da ogni successiva valutazione.

In tutti gli altri casi, e quindi, in primo luogo, nell'ipotesi di crediti successivi al deposito della domanda originati da atti di ordinaria amministrazione il beneficio della prededuzione sarà soggetto al sindacato giurisdizionale secondo gli ordinari presupposti di inerenza e funzionalità.

Il giudice delegato in sede di accertamento del passivo potrà e dovrà valutare caso per caso l'inerenza e la funzionalità (con valutazione *ex ante*) del credito ai fini del riconoscimento della prededuzione per accertare se un credito sia stato o meno generato da un atto di ordinaria amministrazione ai sensi dell'art. 161 c 7 l.fall.

In altre parole il concetto stesso di ordinaria amministrazione, se calato nell'ambito di un procedimento di concordato preventivo, presuppone, ai fini del riconoscimento della prededuzione in caso di successivo fallimento, l'accertamento che il credito sia stato originato da un atto comunque inerente a quella procedura ed astrattamente funzionale agli interessi dei creditori.

L'equazione atto di ordinaria amministrazione compiuto ai sensi dell'art. 161 c. 7 l.fall., uguale ad atto legalmente compiuto con conseguente riconoscimento della prededuzione e, in caso di pagamento, esenzione da revocatoria, ha come fondamento l'esistenza di un atto che possa, per l'appunto essere definito tale, con l'esclusione, quindi, di tutti gli atti che non riguardino la procedura pur se successivi al deposito della domanda di concordato o perseguano comunque finalità *ex ante* inconciliabili con l'interesse dei creditori.