

Maggio 2014

Le novità del Destinazione Italia sulla prededucibilità dei crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo

Maria Cristina Storchi e Andrea Novarese, Latham & Watkins

Notevole rilievo è stato dato sulla stampa, anche non specializzata, al nuovo intervento sulla legge fallimentare operato con l'art. 11, comma 3-*quater*, del decreto Destinazione Italia (D.L. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito dalla legge del 21 febbraio 2014, n. 9), in vigore dal 22 febbraio 2014.

Ancora una volta, il legislatore appare essere quindi intervenuto emendando una normativa recente in una materia, la legge fallimentare (il regio decreto n. 267 del 1942, e successive modificazioni, di seguito anche “L.F.”) che, a far tempo dal 2005, è stata oggetto di significative modifiche sostanziali e interpolazioni successive.

Anche la qualità dell'intervento non va trascurata: la nuova norma non contiene infatti una disciplina di una fattispecie, ma stabilisce come deve interpretarsi una norma in vigore.

In particolare, il citato art. 3-*quater* prevede che *“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.”*

Appena emanata, la norma interpretativa ha suscitato numerose critiche, anche da parte degli operatori del settore in quanto ritenuta norma che inficerebbe la possibilità, asseritamente garantita dalla normativa previgente, per i creditori che concedano credito al debitore che abbia presentato domanda “prenotativa” di concordato, di beneficiare della prededucibilità.

Secondo molte, anche autorevoli voci, con la norma in esame il legislatore avrebbe snaturato un istituto concepito per concedere al debitore di disporre di un periodo di

tempo durante il quale sarebbe possibile finalizzare la documentazione richiesta per la procedura di concordato preventivo ovvero per presentare istanza di omologazione di un accordo di ristrutturazione ex art. 182-*bis* L.F. beneficiando, oltre che dell'inibizione delle azioni esecutive e cautelari, anche della possibilità di ottenere risorse finanziarie qualificabili come "prededucibili" necessarie per la continuità aziendale. Pertanto, la novella sarebbe in palese contraddizione con lo spirito della riforma dell'agosto 2012.

Secondo alcuni commentatori, inoltre, la norma sarebbe ultronea ove fosse volta a colpire l'abuso dell'utilizzo del concordato prenotativo, che peraltro, effettivamente, in numerosi casi è sfociato in un fallimento, tenuto conto che la normativa oggi prevede diversi modi per sanzionare eventuali comportamenti abusivi.

Infatti, ai sensi del "novellato" art. 161, comma 8, L.F. il tribunale può nominare un commissario giudiziale, chiamato a vigilare (i) sull'adempimento, da parte del debitore, degli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, disposti dal tribunale che il debitore deve assolvere, con periodicità almeno mensile e sotto la vigilanza del commissario giudiziale se nominato, sino alla scadenza del termine fissato; e altresì (ii) sull'attività compiuta dal debitore in relazione alla presentazione della documentazione entro il termine stabilito dal giudice. Ed in particolare, qualora tale attività fosse "manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano", il tribunale potrebbe, anche d'ufficio, sentito il debitore e il commissario giudiziale se nominato, abbreviare il termine inizialmente fissato per il deposito di quest'ultima determinando, con ogni probabilità, un'accelerazione incompatibile con la tempistica necessaria per l'integrazione della domanda.

Tali critiche, sebbene corrette in linea di principio, paiono mitigabili alla luce della limitata operatività della norma in esame, come chiarito nelle considerazioni sintetizzate nel seguito.

In primo luogo, ci pare opportuno definire con chiarezza l'ambito di operatività della norma censurata.

La disposizione oggetto di "interpretazione autentica", infatti, è solo quella relativa a "*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*", quindi non può e non deve essere applicata a diverse fattispecie, tra le quali rientrano principalmente i crediti che, come prevede il medesimo art. 11, comma, 2, L.F., sono e rimangono prededucibili in quanto "*così qualificati da una specifica disposizione di legge*".

In tale categoria, ad avviso di chi scrive, rientrano quindi tutti crediti in relazione ai quali la prededucibilità, anche nel contesto di una "*procedura di concordato preventivo aperta ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, del medesimo regio decreto n. 267 del 1942*", consegue ad una specifico norma di legge, quali:

- i. i crediti di cui all'art. 182-quinquies, comma 1, L.F.: tali crediti, infatti, sono prededucibili in quanto, ai sensi della citata norma, siano “*funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori*”, come attestato da un esperto che abbia verificato il complessivo fabbisogno finanziario fino all'omologazione;
- ii. i crediti di terzi “eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore” (atti di straordinaria amministrazione, previa autorizzazione del tribunale, ovvero di ordinaria amministrazione) dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di ammissione ex art. 163 L.F.

In concreto quindi, gli unici crediti che, per effetto dell'entrata in vigore della norma introdotta dalla legge del 21 febbraio 2014, n. 9, non saranno più prededucibili se non alle condizioni previste dalla norma interpretativa, saranno i crediti sorti in funzione della presentazione della domanda prenotativa e i crediti sorti in occasione della procedura di concordato preventivo diversi dai crediti di cui all'art. 161, comma 7, L.F.

L'effetto della novità normativa in parola è, comunque, anche nel più ristretto ambito di operatività appena delineato, evidente e non di poco momento: il debitore incontrerà rilevanti difficoltà ad ottenere finanzia interinale prima della presentazione della domanda ex art. 161, comma 6, L.F. ovvero si vedrà addirittura preclusa tale possibilità qualora la prededucibilità rappresenti per i finanziatori del debitore una “*condicio sine qua non*” per la relativa valutazione creditizia.

In altri termini, proprio in quel lasso temporale precedente la presentazione dell'istanza ex art. 161, comma 6, L.F. nel quale è più avvertita e di fondamentale importanza per l'operatività e la continuità aziendale l'esigenza di ottenere nuova finanzia, in quanto non vi è ancora la disponibilità della documentazione necessaria ai fini dell'ottenimento dell'autorizzazione ex art. 182-quinquies L.F., il debitore verosimilmente si troverà nell'impossibilità di reperire finanziatori disposti a concedergli tale nuova finanzia.

Parzialmente diverso, invece, a nostro avviso, è il caso del debitore che intenda proporre domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis L.F. facendo precedere tale istanza da una domanda di concordato prenotativo.

In tale fattispecie, infatti, coloro che concedessero al debitore nuova finanzia in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo ex art. 161, comma 6, L.F., potrebbero legittimamente beneficiare della prededucibilità disposta dall'art. 182-*quater*, secondo comma, L.F. - oltre che, successivamente, ricorrendone i presupposti, dell'autorizzazione di cui all'art. 182-quinquies L.F. - qualora ricorrano le condizioni ivi previste in quanto la norma interpretativa è chiaramente applicabile solo ove la prededucibilità non consegua ad una specifica disposizione di legge, che nel caso è invece proprio l'art. 182-*quater*, secondo comma, L.F.

Per contro, i finanziatori che concedessero credito al debitore dopo la presentazione della domanda ex art. 161, sesto comma L.F. e prima della presentazione della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis L.F. e non

ottenessero, per qualsiasi ragione, l'autorizzazione ex art. 182-*quinquies* L.F., non potrebbero godere della prededuzione nemmeno se tale domanda fosse presentata entro il termine stabilito dal giudice.

Infatti la domanda prenotativa non si concluderebbe con il deposito della documentazione ex art. 161, L.F. e quindi verrebbe a mancare la condizione prevista dalla norma di interpretazione autentica ai fini della prededucibilità.

La manifesta deviazione dell'effetto della norma rispetto alle intenzioni del legislatore, l'*"eterogenesi dei fini"*, insomma, è manifesta e si commenta da sé e, ad avviso di chi scrive, rappresenta un'ulteriore ragione per la quale il legislatore dovrebbe nuovamente intervenire, correggendo una norma chiaramente inadeguata e non sufficientemente ponderata nei suoi effetti.