

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

Dr. Giovanni Battista Nardecchia

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Cass. n. 15724/2019 fornisce un'ampia dissertazione sul concetto di prededuzione e sulla differenza con il privilegio.
- L'essenza della prededuzione viene individuata nel diritto dei creditori della massa di essere soddisfatti nei limiti della capienza dell'attivo realizzato con precedenza assoluta rispetto ai creditori concorrenti e prima del riparto.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Con riferimento al secondo profilo la suprema corte ribadisce l'opinione tradizionale che differenzia radicalmente i due istituti in quanto "il primo, quale eccezione alla par condicio creditorum, riconosce una preferenza ad alcuni creditori e su certi beni, nasce fuori e prima del processo esecutivo, ha natura sostanziale e si trova in un rapporto di accessorietà con il credito garantito, poiché ne suppone l'esistenza e lo segue.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

La seconda, diversamente, attribuisce una precedenza rispetto a tutti i creditori sull'intero patrimonio del debitore, ha natura procedurale perché nasce e si realizza in tale ambito e assiste il credito di massa finché esiste la procedura concorsuale in cui lo stesso ha avuto origine, venendo meno con la sua cessazione.

La prededuzione attribuisce quindi una precedenza processuale, in ragione della strumentalità dell'attività da cui il credito consegue agli scopi della procedura, onde renderla più efficiente.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Rapporto tra prededuzione e consecuzione di procedure:
- la prededuzione viene accordata al credito “non sempre e comunque”, ma all’interno dell’ambito processuale in cui lo stesso ha avuto origine e a condizione che in quell’ambito si rimanga;
- il fenomeno della consecuzione delle procedure concorsuali costituisce l’unica alternativa al venir meno della prededuzione con l’esaurirsi della procedura e consente il permanere della precedenza riservata al credito di massa anche al di fuori dell’ambito procedurale in cui è sorto e a seguito del suo esaurirsi.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- “La consecuzione, quale fenomeno di unificazione delle procedure che, sulla base degli stessi presupposti soggettivi e oggettivi consentono l’applicazione, per interpretazione estensiva della disciplina dell’ultimo procedimento della serie, alle situazioni anteriori, si fondano sulla costanza di una correlazione logica tra le varie situazioni”. Cass. 26 giugno 1992, n. 8013



# Le prededuzioni nel concordato preventivo

Tale costanza deve, in particolare, abbracciare sia l'identità della qualificazione imprenditoriale; sia la continuità dello stato di crisi patrimoniale; sia pure la continuità sostanziale delle procedure (ovvero l'effettiva consecutività delle medesime).

“Non è sufficiente” - precisa la richiamata sentenza - “un mero lasso temporale tra il termine” di una procedura e l'inizio di quella successiva “per escludere il fenomeno della consecuzione delle procedure concorsuali”.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Tuttavia, quest'estensione temporale precisa altresì la sentenza - non è senza confini o limiti.
- Lo “stesso lasso di tempo” trascorso si manifesta elemento che non può essere trascurato, ma che deve invece essere apprezzato in relazione alla dimensione che in concreto è venuto ad assumere: la misura della quale ben può risultare “elemento dimostrativo della variazione dei presupposti” richiesti per predicare effettivamente il fenomeno di unificazione delle procedure concorsuali.
- E in ogni caso deve trattarsi di lasso temporale di estensione non irragionevole.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Né assume rilievo l'abbandono in sede normativa dell'automatismo di tale dichiarazione, per la quale so-no ora necessari l'iniziativa di un creditore o del P.M., il positivo accertamento dell'insolvenza ed il comune elemento oggettivo.
- Pertanto quando si verifichi a posteriori che lo stato di crisi in base al quale era stata chiesta l'ammissione al concordato in realtà coincideva con lo stato d'insolvenza, l'efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento va retrodatata alla data di presentazione della predetta domanda (Cass.18347/2010).

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- La collocabilità in prededuzione in una seconda procedura di crediti caratterizzati secondo la tripartizione dell'art. 111 l.fall. e conseguenti a un'attività svolta in una procedura antecedente postula perciò un accertamento di consecutività tra i procedimenti susseguitisi fra loro.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Con la conseguenza che ai fini della consecutività rileva il profilo attinente al presupposto, nel senso che la consecutività può escludersi solo allorché si registri una discontinuità nell'insolvenza, per essere cioè il fallimento (o la liquidazione coatta) conseguente a una condizione di insolvenza non riconducibile alla situazione di crisi originaria.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Il fenomeno della consecuzione può venire a configurarsi anche nel caso in cui alla presentazione della domanda di concordato non abbia poi fatto seguito il decreto di ammissione alla relativa procedura. In effetti, la domanda di concordato produce effetti anche prima dell'eventuale provvedimento di ammissione.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Discontinuità che non può di certo presumersi dal deposito della rinuncia alla domanda di concordato, deposito che, come correttamente sottolineato da Cass. n. 14713/2019, è “un serio indice del contrario, vale a dire che il succedersi delle procedure sia avvenuto nel contesto dell’unica condizione di insolvenza”.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

Riconoscimento della prededuzione solitamente ancorato al binomio concordato preventivo/fallimento ma che può avere un più ampio ambito di applicazione con riferimento a fattispecie che riguardano successione tra procedure diverse.

il tenore letterale dell'art. 111 l.fall. (“... e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge”) chiarisce innanzitutto che la disciplina della prededuzione trova applicazione, generale e indistinta, a tutte le procedure concorsuali regolate dalla legge fallimentare.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- La giurisprudenza di legittimità ha da tempo riconosciuto la possibilità di una consecuzione fra procedure, non solo rispetto a procedure minori a cui faccia seguito il fallimento, ma anche con riferimento a casi di successione fra sole procedure minori (Cass. 8 aprile 2013, n. 8534, relativa al caso di successione fra amministrazione controllata e concordato preventivo).

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Su tali premesse Cass. n. 15724/2019, nell'accogliere il ricorso delle società, afferma l'astratta possibilità di riconoscere la prededuzione nell'ultima procedura di concordato preventivo ai crediti legalmente sorti nella prime due procedure non andate a buon fine.
- Principio che avrà un'ampia applicazione a fronte dell'espandersi dell'ambito della concorsualità (Cass. 9087/2018).

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- A partire dal 2014, la Cassazione ha intrapreso un percorso interpretativo volto ad affrancare la categoria dei crediti prededucibili in ragione del loro carattere funzionale dal presupposto di un controllo giudiziale sulla loro utilità.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Anche ai crediti sorti anteriormente all'inizio della procedura di concordato preventivo, non occasionati dallo svolgimento della medesima procedura, può riconoscersi la prededucibilità ove sia applicabile il secondo criterio richiamato dall'art. 111, comma 2, l.fall., quello cioè della funzionalità, o strumentalità, delle attività professionali da cui i crediti hanno origine rispetto alla procedura concorsuale.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Il disposto dell'art. 111, comma 2, l.fall. deve essere inteso, tenuto conto della ratio della riforma volta a incentivare gli strumenti di composizione della crisi e a favorire la conservazione dei valori aziendali, nel senso che il credito sorto in funzione di una procedura concorsuale è senza dubbio anche quello sorto “per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali” ex art. 67, lett. g), l.fall., (Cass. 5 marzo 2014, n. 5098; Cass. 14 marzo 2014, n. 6031).

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Secondo l'orientamento sopra riassunto i crediti sorti a seguito delle prestazioni rese in favore dell'imprenditore per la redazione della domanda di concordato preventivo e per la relativa assistenza rientrano fra quelli da soddisfarsi in prededuzione ai sensi dell'art. 111, comma 2, l.fall. poiché questa norma individua un precetto di carattere generale, privo di restrizioni, che, per favorire il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi d'impresa, introduce un'eccezione al principio della par condicio creditorum, estendendo in caso di fallimento la preducibilità a tutti i crediti sorti in funzione di precedenti procedure concorsuali (Cass. 30 gennaio 2015, n. 1765).

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- In altri termini la verifica del nesso di funzionalità/strumentalità deve essere compiuta controllando se l'attività professionale prestata possa essere ricondotta nell'alveo della procedura concorsuale minore e delle finalità dalla stessa perseguite secondo un giudizio ex ante, non potendo l'evoluzione fallimentare della vicenda concorsuale, di per sé sola e pena la frustrazione dell'obiettivo della norma, escludere il ricorso all'istituto.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

Nessuna verifica deve invece essere compiuta, ove alla procedura minore consegua il fallimento, in ordine al conseguimento di un'utilità in concreto per la massa dei creditori, concetto che non può essere con-fuso o sovrapposto a quello di funzionalità.

Considerazioni che valgono per il professionista incaricato di predisporre lo stato analitico ed estimativo delle attività che, a norma dell'art. 161, comma 2, lett. b), l.fall. deve accompagnare la proposta di con-cordato , per l'attestatore e naturalmente per il professionista che rediga il piano e/o la proposta.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Con riferimento alle prestazioni successive al deposito della domanda costituiscono normalmente atti di ordinaria amministrazione le operazioni richieste dalla legge e ragionevolmente proprie di una prassi attinente al corredo obbligatorio della domanda di apertura della procedura concorsuale, competendo all'organo concorsuale che ne invochi l'eccedenza rispetto a tale scopo di mostrarne la superfluità, oltre che l'intento frodatorio (Cass. 15 giugno 2017, n. 14887; Cass. 8 febbraio 2017, n. 3317; Cass. 10 gennaio 2017, n. 280; Cass. 19 febbraio 2016, n. 3324).

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- “il riconoscimento della prededuzione, in questo caso, costituisce un effetto automatico, ex art. 161 comma 7, conseguente al fatto che il credito derivi da atti legalmente compiuti dall’imprenditore in pendenza del termine concesso per la predisposizione del piano, della proposta e dei relativi documenti, in quanto è proprio la legge che impone all’imprenditore di corredare la sua domanda concordataria anche con l’attestazione prevista dalla l.fall. 161 comma 3 (Cass. 1961/2021).

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Le attività professionali successive al deposito della domanda rientrano nella prededuzione occasionale” e godono di un ulteriore “copertura” normativa. Al credito del professionista sorto dopo il deposito della domanda di concordato può attribuirsi il beneficio della prededuzione sia perché credito derivante da “atto legalmente compiuto” ex art. 161 l.fall., sia perché credito sorto “in occasione” di una procedura concorsuale (appunto quella concordataria) (Cass. 29 marzo 2019, n. 8970).

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Il credito scaturente da "atti legalmente compiuti" dall'imprenditore in pendenza del termine per il deposito della proposta e del piano sia, ove sopravvenga il fallimento, di per sé prededucibile in base all'art. 161, sesto e settimo comma, l. fall. ex art. 111 l. fall. E ciò in quanto il regime da riservare ai crediti in tal modo scaturenti è quello della prededucibilità fondata su "specifica disposizione di legge" (art. 111, ult. comma l.fall.).

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- La riconduzione della prededuzione ad una specifica disposizione di legge determina l'automatismo del prodursi degli effetti previsti nella norma medesima, ma solo ed in quanto i crediti derivino da "atti legalmente compiuti.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

Distinzione tra atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione:

Cass. n. 13261/2019: la Corte era chiamata a decidere su due tipologie di atti ritenuti entrambi di straordinaria amministrazione (oltre che fraudolenti): il pagamento del compenso di professionisti che avevano coadiuvato il debitore nella presentazione della domanda e la stipula di un contratto di locazione infranovennale.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Distinzione tra atti ordinari e straordinari calata in ambito concordatario fa sì che il carattere di atto di straordinaria amministrazione dipende dalla sua idoneità ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori, in quanto ne determina la riduzione, ovvero lo grava di vincoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti su questi ultimi.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Con la conseguenza che, possono ritenersi di ordinaria amministrazione gli atti di comune gestione dell'azienda, strettamente aderenti alle finalità e dimensioni del suo patrimonio e quelli che - ancorché comportanti una spesa elevata (Cass. n. 9262/2000) - lo migliorino o anche solo lo conservino, mentre ricadono nell'area della straordinaria amministrazione gli atti suscettibili di ridurlo o gravarlo di pesi o vincoli cui non corrispondano acquisizioni di utilità reali su di essi prevalenti (cfr. ex multis, Cass. nn. 45/1979, 599/1982, 1357/1990).

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

Cass. 14713/2019 : atti astrattamente qualificabili come di ordinaria amministrazione se compiuti nel normale esercizio di una impresa possono, invece, assumere un diverso connotato se compiuti dopo la presentazione di una domanda di concordato.

il carattere di ordinaria o di straordinaria amministrazione dell'atto deve essere valutato in relazione al fatto che è posto in essere in una procedura di concordato preventivo e quindi non già in relazione all'interesse dell'imprenditore insolvente bensì della massa dei creditori.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- I pagamenti effettuati in esecuzione di contratti in corso dall'imprenditore ammesso alla procedura di concordato preventivo che non si sottraggono alla regola dell'inefficacia - soprattutto se relativi a debiti sorti anteriormente all'inizio della procedura - a meno che siano stati autorizzati dal giudice delegato ai sensi dell'art. 167 l. fall. (Cass. 18 dicembre 2014, n. 26691; Cass. 12 gennaio 2007, n. 578).

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Cass. 14713/2019: nella fase di preconcordato è certamente concessa al debitore la facoltà di compiere atti di gestione dell'impresa, senza necessità di autorizzazione, atti che però saranno “legalmente compiuti” e quindi prededucibili in caso di successivo fallimento solo ove la domanda non sia completamente “in bianco”.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Ai fini del riconoscimento della prededuzione è quindi necessario “una certa qual indicazione, finanche nel caso solo di massima, ma comunque idonea a segnalare il tipo di proposta che si intenda presentare, così da stabilire almeno verso quale forma di concordato l'imprenditore abbia inteso indirizzarsi, per modo da confrontare rispetto a essa la valutazione degli atti consentiti”.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- L'art. 111 comma 2 l.fall. nello stabilire che sono considerati prededucibili i crediti sorti "in funzione" di una procedura concorsuale, presuppone che una tale procedura sia stata aperta, e non la semplice presentazione di una domanda di concordato, che dà luogo unicamente ad un procedimento di verifica volto al mero accertamento dell'ammissibilità della proposta. (Cass. 15 gennaio, 2021 n. 639 ).

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Il credito del professionista che abbia svolto attività di assistenza e consulenza per la presentazione della domanda di concordato preventivo dichiarata inammissibile o rinunciata non è pertanto prededucibile nel fallimento, ancorché la sentenza dichiarativa si fondi sulla medesima situazione (di insolvenza) rappresentata nella domanda. (Cass. 15 gennaio, 2021 n. 639 ).

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Secondo la decisione in esame la tesi sostenuta non sarebbe in contrasto con la previsione, contenuta nella L. Fall., art. 161, comma 7, della prededucibilità dei crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore nel periodo intercorrente fra il deposito del ricorso per concordato con riserva e l'emissione del decreto di cui all'art. 163.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- E ciò in quanto alla categoria in esame andrebbero infatti ricondotti i soli “crediti derivanti dagli atti compiuti per l'ordinaria gestione dell'impresa (ovvero per la prosecuzione della sua attività tipica) e sempre che tali atti non incidano negativamente sul patrimonio destinato al soddisfacimento dei creditori concorsuali, gravandolo di ulteriori debiti o sottraendo beni alla disponibilità della massa”.

# Le predeuzioni nel concordato preventivo

Con l'ordinanza n. 10885 del 23 aprile 2021 la Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione ha rinviato alle Sezioni Unite le seguenti questioni in materia di predeuzione:

- i) se la disciplina della revocatoria dei pagamenti di crediti insorti a fronte della «prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali» condivide la medesima ratio che è posta a fondamento della predeuzione del credito dei professionisti che abbiano prestato la propria opera in vista dell'accesso alla procedura concordataria;

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- ii) se debba essere ribadito che la prededuzione di detto credito non trova fondamento nel presupposto dell'occasionalità, ma in quelli della funzionalità e/o della espressa previsione legale;
- iii) se debba essere ribadito che il criterio della funzionalità va scrutinato ex ante, non considerando in alcuna misura l'utilità della prestazione del professionista;
- iv) se la previsione legale si riferisca al solo professionista attestatore o anche agli altri professionisti cui si è fatto cenno;

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- v) se il preconcordato sia una fase di un'organica procedura o se la procedura di concordato preventivo, anche in caso di concordato in bianco, abbia inizio con il provvedimento di ammissione del tribunale;
- vi) se la prededuzione spetti anche in caso di procedura concordataria in bianco che non varca la soglia dell'ammissibilità ovvero in caso di revoca della proposta da parte del proponente;
- vii) se la prededuzione spetti al professionista che ha lavorato prima ancora del deposito della domanda di concordato;

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- viii) se l'esigenza di contrastare il danno inferto ai creditori per effetto del depauperamento dell'attivo derivante da una gestione preconcordataria produttiva di debiti prededucibili possa essere soddisfatta attraverso la verifica dell'esatto adempimento, e del carattere non abusivo e/o fraudatorio, della prestazione richiesta al professionista in vista dell'accesso alla procedura concordataria.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Art. 18 dl 118/2021 conv. L. 21 ottobre 2021 n. 147
- L'imprenditore chiede l'omologazione del concordato con ricorso presentato al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale. Il ricorso è comunicato al pubblico ministero e pubblicato, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria.
- Dalla data della pubblicazione del ricorso si producono gli effetti di cui agli articoli 111, 167, 168 e 169 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

L'art. 6 del CCII, norma portante del regime della prededucibilità, andrà a sostituire, di fatto, l'attuale art. 111 l.fall.

La sorte degli atti ordinari e di quelli straordinari compiuti dal debitore prima del decreto di apertura della procedura (oggi tutti disciplinati dagli art. 161 l.fall.) viene ad essere separata occupandosi l'art. 46 del CCII soltanto degli atti urgenti di straordinaria amministrazione che, al pari di quanto previsto dall'art. 161 l.fall., possono essere compiuti, a pena di inefficacia e di revoca del decreto ex art. 44 del CCII, soltanto previa autorizzazione del tribunale.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- La prima grande novità è la scomparsa della categoria generale degli atti di ordinaria amministrazione, contrapposta a quelli urgenti straordinari, dato che il legislatore individua una serie di crediti che godono della prededuzione in forza del richiamato art. 6 del CCII, che si aggiungono, naturalmente, ai crediti così espressamente qualificati dalla legge.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Si tratta, di quelli enunciati dall'art. 6 comma 1 lett. d): dei crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore, la continuazione dell'esercizio dell'impresa, il compenso degli organi preposti e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- L'articolo 2 del decreto correttivo integra l'articolo 6 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza che disciplina i crediti prededucibili, specificando che sono tali non solo quelli derivanti da attività negoziali autorizzate degli organi della procedura, ma anche quelli derivanti da attività non negoziali, purché causalmente connesse alle funzioni assegnate ai predetti organi ed i crediti risarcitori derivanti da loro fatto colposo.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- La giurisprudenza che, nell'esplicitare la nozione di debiti sorti "in occasione e in funzione" di procedure concorsuali di cui all'art. 111 della legge fallimentare, ha ricompreso tra i crediti prededucibili le obbligazioni che trovano la loro fonte in qualsiasi fatto o atto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico, purché ricorra un'apprezzabile connessione causale dell'obbligazione con l'attività funzionale dell'ufficio (cfr. Cass. n.11379/1998; Cass. n. 4190/1998 e, con specifico riferimento ai debiti risarcitori, Cass. n. 23353/2010).

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Lo stesso art. 6 del CCII afferma altresì la permanenza della prededuzione nelle successive procedure concorsuali ed esecutive.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

L'ulteriore significativa novità contenuta nell'art. 6 CCII rispetto al contenuto dell'art. 111 l.fall. è l'eliminazione della prededuzione funzionale.

L'art. 111 fall. postula tre tipologie di crediti caratterizzati da prededuzione: (a) quelli così classificati da una espressa previsione, (b) quelli sorti in occasione di una procedura concorsuale, (c) quelli sorti in funzione di essa.

# Le prededuzioni nel concordato preventivo

- Nel CCII la tipologia sub c) è limitata a due sole ipotesi :
- b) i crediti professionali sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e per la richiesta delle misure protettive, nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che gli accordi siano omologati;
- c) i crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda, nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 47;