

N. R.G. 1249/2017



IL TRIBUNALE DI PERUGIA

TERZA SEZIONE CIVILE - UFFICIO FALLIMENTARE

Decreto ex art. 99 L.F.

riunito in camera di consiglio con l'intervento dei Magistrati:

dott. ssa Francesca ALTRUI - Presidente EST.

dott. Michele MOGGI - Giudice

dott. Fabrizio Pieschi - Giudice

nel giudizio di opposizione avverso lo stato passivo del fallimento Farmacia [REDACTED]
[REDACTED] reso esecutivo l' 1.2.2017 e comunicato il 17.01.2017, promosso nell'interesse di F
[REDACTED]

all'esito dell'udienza in camera di consiglio,

letti gli atti del procedimento,

a scioglimento della riserva assunta;

osserva

Il creditore opponente ha lamentato il mancato riconoscimento della prededuzione sulla somma ammessa in chirografo allo stato passivo del Fallimento di € 341.471,19 per forniture di merce effettuate tra il 14.5.2015, data di deposito del concordato c.d. prenotativo, ed il 24.5.2016, data del fallimento, motivata sul presupposto che la proposta è stata dichiarata inammissibile, cosicché nessuna procedura di concordato era stata formalmente avviata ai sensi dell'art. 163 L.F.; ha eccepito che il concordato prevedeva la continuità aziendale, e che la prededuzione spetta in forza del combinato disposto degli



artt. 111, 161 L.F. ; che la norma di interpretazione autentica dell'art. 111 l.f. contenuta nel D.L. 145/13 la quale richiedeva, ai fini della prededuzione dei crediti sorti in occasione o funzione di una procedura di concordato preventivo aperta ai sensi dell'art. 161 co 6 L.F. , la condizione della presentazione del piano e della proposta entro i termini e che la procedura fosse aperta ai sensi dell'art. 163 L.F. è stata abrogata dal D.L. 91/14 (data antecedente al deposito della domanda di concordato da parte della Farmacia [REDACTED] che il credito dell'opponente era strettamente funzionale alla prosecuzione dell'attività aziendale, che senza la fornitura di farmaci e medicinali non avrebbe potuto avvenire, e che la stessa ha consentito al Tribunale di disporre, subito dopo la declaratoria del fallimento, la gestione provvisoria dell'azienda e al Curatore di richiedere a sua volta la prosecuzione del contratto al fine di evitare un sicuro pregiudizio per la massa dei creditori ;

che la Curatela opposta si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto della opposizione, eccependo l'assenza di *consecutio* tra le due procedure concorsuali (minore e fallimentare), che l'art. 161 co 7 L.F. richiama espressamente il decreto di apertura della procedura concorsuale quale presupposto di efficacia della prededuzione, che la mancata apertura della procedura concordataria impedisce l'applicazione dell'art. 111 co 2 L.F., che l'abrogazione della interpretazione autentica dell'art. 111 L.F. non consente comunque di prescindere dalla necessaria apertura della procedura; in subordine, nell'ipotesi in cui si dovesse riconoscere sussistente la consecuzione delle procedure, rileva l'assenza di riferimento funzionale e occasionale del credito alla procedura per assenza di riferibilità soggettiva agli organi della procedura e per mancanza di utilità per i creditori in quanto la fornitura non ha impedito alla società di fallire;

rilevato, quanto alla consecuzione delle procedure e alla possibilità di riconoscere la prededuzione ex art. 161 co 7 L.F. anche ai crediti sorti con riferimento a domande di concordato con riserva non sfociate nel provvedimento di ammissione, che l'art. 161 co VII L.F., ove dispone che «i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'art. 111», contempla una forma di prededuzione *ex lege* destinata a valere, a livello operativo, in caso di mancato pagamento in costanza di concordato con riserva, nella successiva procedura concorsuale che ad esso faccia seguito, sempre che il debitore non ritorni definitivamente e pienamente *in bonis*;

che, infatti, ai fini della prededucibilità di questi atti in un eventuale successivo fallimento, al giudice non è richiesto di accertare che tali crediti siano sorti «in occasione o in funzione» del concordato preventivo, ma solo verificare che si tratti effettivamente di atti legalmente compiuti dal debitore, ossia



atti di ordinaria amministrazione ovvero atti urgenti di straordinaria amministrazione previamente autorizzati dal tribunale fallimentare;

che la prededuzione prevista dall'art. 161 co 7 L.F. è simile a quella prevista per i finanziamenti di cui all'art. 182 *quinquies* co I L.F., rimettendosi in entrambi i casi al Tribunale valutazioni di merito (sommarie informazioni e parere del commissario giudiziale per gli atti urgenti di straordinaria amministrazione; attestazioni sulla funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori, per i finanziamenti interinali) che attengono esclusivamente all'atto presupposto, non già al nesso di funzionalità alla procedura di concordato preventivo: addirittura per gli atti di ordinaria amministrazione, come quello che concerne la genesi del credito oggetto di giudizio, non è previsto neanche alcun vaglio autorizzatorio giudiziale, e a differenza dell'art. 182 *quater*, secondo comma, l.fall., in tutti questi casi non è previsto che «la prededuzione sia espressamente disposta» con un provvedimento giudiziale;

che in base ai principi generali dell'ordinamento deve essere tutelato l'affidamento, poiché i terzi legittimamente fondano l'aspettativa della prededuzione dei loro crediti su specifiche norme di legge, quali i citati artt. 161 e 182 *quinquies* l.fall.;

che non si può porre a carico del terzo contraente con il debitore la sanzione per un comportamento omissivo, se non abusivo, di quest'ultimo (fatta salva ovviamente l'ipotesi di collusione, ove dimostrata);

che in tal senso depone anche l'esigenza di certezza dei negozi giuridici, perché diversamente ragionando all'atto della contrattazione tra terzo e debitore la prededucibilità del credito sarebbe soggetta ad un termine *incertus an*, e forse anche ad una condizione meramente potestativa, potendo il debitore decidere deliberatamente di non depositare la proposta di concordato;

rilevato che la prededuzione e la stabilità degli atti previste dall'art. 161, co. 7, l.fall., rispondono all'esigenza di incentivare gli *stakeholders* a non interrompere i rapporti con l'impresa in crisi proprio in quel lasso di tempo che precede la compiuta formulazione della proposta concordataria - durante la quale il debitore ha già reso nota la domanda, pubblicandola nel registro delle imprese ex art. 161, co. 5, l.fall. - al fine di preservare il valore dell'avviamento, interesse coincidente anche con quello dei creditori;

che il rischio del peso della prededuzione concordataria nel successivo fallimento è attenuato dalla previsione della nomina anticipata del commissario giudiziale - munito di penetranti poteri di controllo sull'attività del debitore - dalla possibilità di abbreviare o arrestare il procedimento di preconcordato, a fronte di atti di frode ai creditori ex art. 173 l.fall. ovvero di semplice inadeguatezza delle attività di allestimento della proposta, dalla possibilità dell'intervento del P.M. nel procedimento



e dal venir meno della pregiudizialità del concordato rispetto al procedimento per la dichiarazione di fallimento, tutte disposizioni che consentono di sanzionare le condotte illecite del debitore; che, inoltre, i titolari di crediti sorti per effetto di atti legalmente compiuti dal debitore dopo il deposito del ricorso ex art. 161, sesto comma, l.fall., poiché non si tratta di crediti per titolo o causa anteriori alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, non sono soggetti al divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, ex art. 168 l.fall., per cui potrebbero sempre agire per la loro soddisfazione contro il debitore, a prescindere dal rispetto del termine per il deposito della proposta di concordato e, se soddisfatti spontaneamente dal debitore, i relativi pagamenti sarebbero comunque esenti da revocatoria fallimentare ex art. 67, terzo comma, lett. e), l.fall. (relativo ad atti, pagamenti e garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161 l.fall.), pertanto non si vede per quale motivo un creditore che non agisca per ottenere forzosamente o spontaneamente il pagamento del proprio credito pendente la domanda di concordato prenotativo, dovrebbe poi restare pregiudicato solo a causa del mancato rispetto del termine da parte del debitore;

che la giurisprudenza di legittimità tende oramai ad affermare la portata non meramente cronologica della *consecutio*, fondata sulla natura unitaria del processo di regolazione della crisi, anche se articolato in più fasi e svolto con diversi strumenti (cfr. Cassazione n. 9289/10);

che il principio della consecuzione delle procedure come conformato dal diritto vivente dell'ordinamento concorsuale è caratterizzato, invece, da connotazione sostanziale, non risultando la sua operatività condizionata né all'effettiva apertura della procedura minore, né alla contiguità cronologica con la procedura successiva, ed essendo essa pienamente compatibile con passaggi procedurali intermedi, anche implicanti nuovi ed ulteriori accertamenti in fatto (cfr. Cassazione 19 aprile 2010, n. 9289, in Fall., 2010, 1463; conf. Cass. 26 giugno 1992, n. 8013, in cui la consecuzione tra le procedure, per identità dello stato di insolvenza, è stata ravvisata a fronte di una amministrazione controllata conclusasi otto mesi prima della procedura successiva);

che, sotto lo stretto profilo della prosecuzione tra le procedure, già nel 2010, la Suprema Corte (Cass., sez. I, 6 agosto 2010, n. 18437) affermava, in una fattispecie in cui il concordato preventivo non era stato ammesso - che «non si può escludere la unitarietà delle due procedure concorsuali .. anche se il fallimento non viene dichiarato automaticamente, come avveniva sotto l'impero della precedente normativa», ma richiede l'iniziativa dei creditori o del pubblico ministero e l'accertamento in concreto dei requisiti di cui agli artt. 1 e 5 l.fall.; infatti, «le due procedure debbono essere equiparate, avendo a base la medesima situazione sostanziale, non potendosi dare decisivo rilievo agli aspetti procedurali ... ed al fatto che lo stato di insolvenza deve essere effettivamente accertato»;



rilevato, ancora, come l'art. 11, comma 3 quater, L. 21 febbraio 2014, n. 9 (in vigore dal 22 febbraio 2014), che recita: «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" è stato abrogato dall'art. 22 D.L. 24 giugno 2014, n. 91 convertito dalla Legge 11 agosto 2014, n. 116 ha abrogato la norma di interpretazione autentica dell'art. 111 L.F. contenuta nel D.L. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9; che nella relazione illustrativa al D.L. 24 giugno 2014, n. 91 si legge:

"Il comma 7 abroga la norma di interpretazione autentica dell'art. 111 L fall., di recente introdotta in sede di conversione del c.d. "Decreto Destinazione Italia", in quanto in netto contrasto con gli interventi di riforma della disciplina del concordato preventivo che si sono susseguiti a partire dal 2005. Come noto, infatti, i principali obiettivi di tali interventi sono stati quelli di rendere la procedura di concordato preventivo più efficiente al fine di pervenire alla risoluzione delle crisi d'impresa in maniera più celere e, soprattutto, di favorire il risanamento dell'impresa in crisi attraverso la prosecuzione dell'attività aziendale. La norma in questione, per quanto di portata apparentemente limitata, pregiudica in misura significativa il raggiungimento di tali obiettivi. Si richiamano a tal proposito le osservazioni critiche formulate nel parere del Ministero della Giustizia in data 5 febbraio 2014 e, in particolare, i dubbi sulla legittimità costituzionale della norma (retroattività della norma; assenza di significativo contrasto interpretativi della norma interpretata) nonché gli effetti negativi che dalla stessa potrebbero discendere (lesione dell'affidamento delle controparti del debitore in concordato; incerto rilievo della norma in caso di deposito di domanda di omologazione degli accordi ex art. 182-bis; mancato coordinamento con esenzione da revocatoria). Tra questi, occorre evidenziare il pregiudizio che ne potrebbe derivare alla continuità aziendale del debitore durante la procedura di "pre-concordato" e più in generale l'effetto disincentivante sull'utilizzo del concordato preventivo da parte delle aziende stante l'incertezza nei rapporti con i terzi. Infatti, poiché ai terzi non si garantisce più che, in caso di inadempimento, il debito contratto dal debitore in concordato sarà trattato come prededucibile in un successivo fallimento, tali terzi saranno restii a proseguire o avviare rapporti commerciali con il debitore, se non a condizioni particolarmente gravose per quest'ultimo. Ciò con pregiudizio, dunque, della continuità aziendale che la disciplina del concordato, specie dopo la riforma del 2012, intende favorire."



che condivisibile giurisprudenza di merito afferma (anche se non in modo univoco) che la collocazione prededuttiva dei crediti sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore preconcordatario è lecita perché la prededuzione ex art. 161, settimo comma, l.fall. non è espressamente condizionata all'effettivo deposito della proposta completa di concordato preventivo nel termine assegnato dal Tribunale, poichè altrimenti «una condotta omissiva del debitore verrebbe ad incidere negativamente (e retroattivamente) non già sul debitore medesimo, bensì sui terzi che incolpevolmente avevano fatto affidamento sulla prededucibilità riconosciuta dalla legge ai loro crediti ... con conseguente pregiudizio alla certezza dei rapporti giuridici e depotenziamento della fiducia nel modulo pre-concordatario, su cui il legislatore delle riforme ha invece fatto leva per il rilancio delle soluzioni concordate della crisi di impresa» e perché, mentre il riferimento temporale del *dies a quo* (il deposito del ricorso ex art. 161 co. 6 l.f. e il decreto di apertura del concordato ex art. 163 l.f.) rappresenta sicuramente anche una condizione della prededucibilità, il riferimento temporale di cui al termine finale rappresenta, invece, un discrimine temporale rispetto alla "fisiologica" evoluzione della procedura nella fase successiva, in cui l'efficacia degli atti compiuti dal debitore resta disciplinata dall'art. 167 l.f. (nonché, per i finanziamenti, dagli artt. 182- *quinquies* e 182-*quater* co. 1, l.f.), mentre gli effetti sfavorevoli legati alla patologia del mancato deposito, nel termine fissato, della proposta di concordato (ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti) sono solo per il debitore, e solo quelli di cui all'ultima parte del comma 6 (convocazione in camera di consiglio per la dichiarazione di improcedibilità e di eventuale fallimento, ex art. 162 co. 2 e 3 l.f.) e nel comma 9 (preclusione biennale alla riproposizione di un concordato "con riserva") dell'art. 161 l.f., oltre alla riesplorazione delle facoltà dei creditori in precedenza comprese dall'art. 168 l.f.» (Trib. Terni 17 gennaio 2014, in www.ilcaso.it e osservatorio-oci.org nonché su *IFallimentarista*, 20.2.2014; Trib. La Spezia 18 luglio 2013, in www.osservatorio-oci.org; Trib. Rimini 26 novembre 2013 in www.ilcaso.it);

rilevato, in fatto, che non è affatto dimostrato che la cessazione della prima procedura abbia determinato un ritorno *in bonis* del debitore, ai fini di escludere una presunzione di continuità logico-giuridica tra la procedura minore e quella fallimentare, pur se succedutesi con breve soluzione di continuità temporale;

che nel caso di specie, inoltre, la procedura attivata prevedeva, nelle intenzioni del debitore, la continuità aziendale, che nel caso di specie non risulta cessata neanche a seguito della declaratoria di inammissibilità del concordato sfociata nel fallimento, pertanto in base ad una valutazione *ex ante* era funzionale senza dubbio alla valorizzazione dell'azienda, la cui attività in prosecuzione ha consentito al fallimento di valorizzare al meglio la massa attiva;



che la gestione in continuità dell'impresa non ha costituito una semplice facoltà dell'imprenditore esercitata a suo giudizio e finché egli abbia ritenuto necessario, ma costituiva una modalità essenziale del caso concreto quale parte della proposta di concordato, volta ad una più proficua liquidazione patrimoniale a favore dei creditori concorrenti (consentendo anche quell'equiparazione tra amministrazione controllata e concordato che permette di considerare le spese della gestione dell'impresa come spese di procedura, cfr. Cass., Sez. I, 5 agosto 1996, n. 7140);

che la spesa risulta avere aggiunto nel "caso concreto" utilità ai creditori secondo un giudizio ex ante di utilità per la massa dei creditori, in quanto ha consentito il mantenimento e la prosecuzione delle attività ordinarie di commercio, che hanno poi caratterizzato la scelta anche della procedura fallimentare (cfr. Tribunale di Milano, 03 Aprile 2014.);

che la prova della utilità è data dal fatto che la Curatela ha proseguito negli ordini ed ha pagato le forniture successive alla declaratoria di fallimento, sempre in prededuzione;

che, in ogni caso, l'art. 161 co 7 L.F. non si richiede una valutazione dell'interesse della massa o degli interessi dei creditori, poiché si ritiene che già l'accesso ad una procedura concorsuale, seppure minore rispetto al fallimento, è un "vantaggio" per i creditori, giacché favorisce l'emersione di uno stato di crisi, evita il depauperamento del patrimonio debitorio, consente la cristallizzazione della massa (ex art. 55 L.F.), la retrodatazione del periodo sospetto ai fini dell'esperimento dell'azione revocatoria (ex art. art. 69-bisl. fall.) nel caso in cui alla procedura minore consegua il fallimento e l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni precedenti la pubblicazione ex art. 168l. fall. del ricorso per concordato preventivo ;

che, allorché il legislatore ha voluto subordinare la prededuzione al decreto di apertura della procedura, lo ha fatto espressamente -art. 182 *quater* co 2);

che, per tutti gli argomenti svolti, al credito maturato dall'opponente per le forniture effettuate nel periodo dalla presentazione della domanda c.d. prenotativa di concordato preventivo al fallimento, ammesso in chirografo, deve essere riconosciuta la chiesta prededuzione;

che, trattandosi di questione complessa e aperta ad ampio dibattito, le spese di lite debbono essere compensate

P.Q.M.

In accoglimento della proposta opposizione,

riconosce al credito di € 341.471,19 già ammesso allo stato passivo del Fallimento Farmacia [REDACTED]
[REDACTED] in chirografo per le forniture di merce effettuata dal 14.5.2015 al 24.5.2016 la natura prededucibile.

Spese compensate tra le parti.



Manda al Curatore di aggiornare lo stato passivo in Cancelleria.

Così deciso in Perugia, 7.7.2017

IL PRESIDENTE EST.

Dott.ssa Francesca Altrui

