

Prededucibilità dei crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato e valutazione dell'effettiva utilità per i creditori anche nel concordato con continuità aziendale

Tribunale di Milano, 3 aprile 2014. Presidente Macchi. Estensore D'Aquino.

Concordato preventivo - Crediti estranei - Prededucibilità nel fallimento successivo valutazione in sede fallimentare - Oggetto

Quei crediti che nel concordato omologato non soggiacciono alla regola della graduazione (1) e che, come tali, si sottraggono al principio dell'obbligatorietà per tutti i creditori (principio applicabile, invece, ai crediti sorti prima dell'apertura della procedura ex art. 184 L.F.), non sono, in quanto estranei alla procedura, sempre e comunque prededucibili nel successivo fallimento, nell'ambito del quale il riconoscimento della prededucibilità richiede un accertamento ulteriore. Nel caso in cui il credito sia per legge prededucibile [punti 1-3 del catalogo di nota 1] l'accertamento in sede fallimentare riguarderà l'esistenza dei presupposti in base ai quali il credito ha assunto natura prededucibile; diversamente, ove tale natura non sia prevista dalla legge o da un provvedimento giudiziale [punto 5 del catalogo citato], la valutazione in sede fallimentare dovrà avere ad oggetto sia i presupposti che la natura prededucibile del credito.

Concordato preventivo - Prededucibilità di determinati crediti nel fallimento successivo - Principio della occasionalità - Integrazione dell'elemento cronologico della riferibilità del credito alla attività degli organi della procedura - Necessità

Quanto al principio di "occasionalità" relativo ai crediti sorti in sede endoconcordataria, è condivisibile il principio affermato Suprema Corte, laddove evidenzia che ove il credito sia sorto "in occasione" della procedura precedente, ciò non autorizza a ritenere di per sé che detto credito sia dotato della prededucibilità. Se il credito sorge da attività negoziale riferibile all'imprenditore, il criterio "che fa riferimento all'elemento cronologico ("in occasione") deve essere integrato, per avere un senso compiuto, con un implicito elemento soggettivo e cioè quello della riferibilità del credito alla attività degli organi della procedura; in difetto di una tale integrazione il criterio in questione sarebbe palesemente irragionevole in quanto porterebbe a considerare come prededucibili, per il solo fatto di essere sorti in occasione della

procedura, i crediti conseguenti ad attività del debitore non funzionali ad esigenze della stessa” (Cass., Sez. I, 24 gennaio 2014, n. 1513).

Concordato preventivo - Prededucibilità dei crediti nel fallimento successivo - Requisito della funzionalità - Utilità effettiva per la massa dei creditori

Nel caso in cui un credito sorga per effetto dell’iniziativa del debitore e senza il concorso degli organi della procedura, “l’attività del debitore, ammesso alla procedura di concordato preventivo, dà luogo alla prededuzione quando sia funzionale” alle esigenze della procedura concordataria (Cass., Sez. I, 24 gennaio 2014, n. 1513), per cui, sia che si richiami il principio di funzionalità, sia quello di occasionalità, nell’ambito del successivo fallimento si dovrà valutare la “funzionalità” dell’atto negoziale alle esigenze della procedura concordataria, ci sia già stata o meno una valutazione di funzionalità da parte degli organi della procedura stessa. Ed in questo caso, la funzionalità va intesa alla luce dei principi espressi dalla Suprema Corte, la quale riconosce la funzionalità di un credito endoncorsuale ai fini della prededucibilità anche nella procedura fallimentare successiva quando vi sia stata utilità per la massa dei creditori tale da potersi ritenere che quella spesa risponda –al pari delle spese degli organi della procedura (commissario giudiziale, liquidatore e ausiliari)- agli scopi della procedura medesima (Cass., Sez. I, 8 aprile 2013, n. 8534; Cass., Sez. I, 7 marzo 2013, n. 5705; Cass., Sez. I, 5 marzo 2012, n. 3402; ma già sul punto Cass., Sez. I, 16 maggio 1983, n. 3369 e altre precedenti ivi richiamati). Non un qualsiasi atto di gestione può, pertanto, essere considerato fonte di credito prededucibile nel fallimento, ma solo quell’atto gestorio che abbia una effettiva utilità per i creditori e risponda agli scopi della procedura.

Concordato preventivo - Continuità aziendale - Natura prededucibile dei crediti generati da operazioni caratteristiche della attività svolta - Coordinamento tra continuazione nella gestione e procedura concordataria - Criteri di valutazione - Finalità della più proficua liquidazione patrimoniale a favore dei creditori concorrenti - Valutazione della utilità ai creditori - Necessità

Se bastasse, al fini del riconoscimento della prededuzione, il fatto che il concordato contempli la continuità aziendale e che determinate operazioni rientrino tra quelle che l’impresa abitualmente effettuava nell’ambito della sua gestione caratteristica, la spesa sarebbe sempre prededucibile nel successivo fallimento, indipendentemente dalla valutazione che

quell'atto avrebbe potuto ricevere dagli organi della procedura nel concordato, ma soprattutto a prescindere dall'utilità che l'atto avrebbe potuto arrecare ai creditori concorsuali. L'effetto di tale interpretazione sarebbe disastroso, in quanto, in nome di un presunto favor per la procedura concordataria, il concordato con continuità aziendale (o risanatorio che dir si voglia) giungerebbe ad aggravare a dismisura di oneri prededucibili il successivo fallimento (come nel caso di Cass., 8 aprile 2013, n. 8533), non solo indipendentemente da qualsiasi vaglio giudiziale sulla funzionalità e utilità della spesa gestoria (che concorre sempre e in ogni caso a incrementare la base generativa dei costi dell'impresa) rispetto alla massa dei creditori, ma persino in contrasto con quella stessa giurisprudenza di legittimità che, invece, richiede un costante vaglio dell'utilità della spesa in oggetto per la massa dei creditori, anche avuto riguardo all'andamento e alle sorti stesse della procedura concordataria. Appare, quindi, condivisibile quanto statuisce la S.C. in altro arresto, laddove osserva come il "coordinamento tra continuazione nella gestione dell'impresa a fini conservativi" e procedura concordataria può assumere "rilevanza essenziale nel concordato e per le finalità del concordato a favore della massa passiva" laddove la gestione "non costituisca una semplice facoltà dell'imprenditore esercitabile a suo giudizio e finché egli ritenga necessario, ma divenga una modalità essenziale del caso concreto che deve passare attraverso le varie fasi valutative e di controllo della proposta concordataria". In questo caso "la gestione dell'impresa diviene modalità essenziale della singola procedura concordataria" (che nel caso sottoposto alla S.C. era un concordato con cessione dei beni) "quando sia parte della proposta di concordato, sia oggetto dell'ammissione da parte del tribunale nonché dell'approvazione da parte dei creditori, oltre ovviamente all'omologazione finale". E' solo in questo contesto che "la gestione si tramuta da modalità coordinabile con i fini del concordato in modalità essenziale del singolo concordato, volta ad una più proficua liquidazione patrimoniale a favore dei creditori concorrenti; solo in tale caso, quindi, è consentita quell'equiparazione tra amministrazione controllata e concordato che permette di considerare le spese della gestione dell'impresa come spese di procedura" (Cass., Sez. I, 5 agosto 1996, n. 7140). E', pertanto, necessario, laddove la prededucibilità venga invocata in relazione ad una spesa sostenuta dall'impresa in concordato con continuità aziendale, verificare che quella spesa abbia aggiunto nel "caso concreto" utilità ai creditori, effettuandosi un giudizio ex ante di utilità di quella spesa per la massa dei creditori in relazione a quella specifica proposta concordataria.

(Massime a cura di Franco Benassi - Riproduzione riservata)

- (1) La decisione propone il seguente catalogo di crediti “estranei” alla procedura:
- crediti sorti da finanziamenti erogati in esecuzione del concordato, ove la legge prevede la “prededucibilità” ex art. 111 l.f. (art. 182-quater, comma 1, l.f.);
 - crediti da finanziamenti erogati prima della apertura della procedura, ove il tribunale abbia riconosciuto la “prededucibilità” ex art. 182-quater, commi 2 e 3, l.f.;
 - crediti da finanziamenti erogati dopo l’apertura della procedura, ove la “prededucibilità” sia stata ugualmente riconosciuta dal tribunale ex art. 182-quinquies, comma 1, l.f.;
 - crediti sorti dopo l’apertura della procedura, non riferibili ad atti di gestione dell’impresa endoconcorsuale ma da iniziative di terzi (es. crediti derivanti dalla reintegrazione di lavoratori dipendenti ex art. 18 st. lav. e s.m. per spettanze maturate in corso di procedura), ovvero derivanti da obbligazioni involontarie (es. responsabilità aquiliana della società in C.P.);
 - crediti sorti dopo l’apertura del concordato, conseguenti ad atti di gestione dell’impresa aventi carattere di straordinaria amministrazione, opponibili ai creditori ove autorizzati dal G.D. ex art. 167, comma 2, l.f., ovvero dal Tribunale in sede di concordato con riserva ex art. 161, comma 7, l.f., ovvero anche nella fase esecutiva del concordato con cessione dei beni con l’autorizzazione del Comitato dei Creditori;
 - crediti sorti dopo l’apertura del concordato conseguenti ad atti di gestione dell’impresa non aventi carattere di straordinaria amministrazione (circostanza che ricorre nel caso di specie) o, anche, attinenti al funzionamento dell’impresa.
- a tali casi si aggiunge il tema dei crediti professionali sorti (anche prima dell’apertura della procedura) per la predisposizione degli atti processuali propedeutici all’apertura del concordato, tema, questo, proprio del trattamento che detti crediti hanno nella successiva procedura di fallimento (Cass., Sez. I, 8 aprile 2013, n. 8533) ma che necessariamente comporta la estraneità di tali crediti al concorso nella precedente procedura concordataria.
- una situazione simile in termini finanziari è quella del trattamento dei crediti concorsuali per IVA e ritenute operate e non versate (art. 182-ter l.f.), trattate anteclasse nel concordato, ma che non hanno analogo trattamento nel fallimento conseguente.

omissis

PREMESSO IN FATTO

L’opponente POL.B. SPA (POL.) premette di avere effettuato forniture in favore della società I VIAGGI DEL VENTAGLIO SPA IN CP (IVDV) per il complessivo importo di Euro 324.623,23, procedura dichiarata aperta con decreto del Tribunale di Milano in data 18.02.2010 e successivamente revocata con decreto ex art. 173 l.f. in data 15 – 16.07.2010 e contestuale sentenza dichiarativa di fallimento. Deduce di avere chiesto in sede di formazione dello stato passivo l’ammissione del predetto credito in prededuzione per l’importo di Euro 248.217,55 oltre interessi moratori e che il credito è stato escluso del tutto con decreto del 21.03.2012. Deduce l’opponente che il credito trae origine dall’effettuazione di forniture di cataloghi turistici nel periodo aprile – maggio 2010 in favore della società fallita, all’epoca in C.P., sulla base di un preventivo concordato con un liquidatore della società all’epoca in C.P., periodo durante il quale l’esponente realizzava diversi cataloghi illustrativi (Columbus, Ventaglio, Mare Italia, Croazia, Sardegna, Mediterraneo) a fronte delle cui prestazioni emetteva n. 8 fatture tra il 19.04.2010 e il 31.05.2010, fatture parzialmente saldate per Euro 76.405,68.

Deduce preliminarmente l'opponente che il provvedimento del G.D. è carente di motivazione. Contesta la circostanza, allegata dalla curatela del fallimento, che il liquidatore fosse privo di poteri nell'autorizzare la fornitura, trattandosi di atto di ordinaria amministrazione, allegando, in ogni caso, che il pagamento parziale delle forniture costituirebbe ratifica o, comunque, comportamento concludente successivo alla conclusione del contratto. Deduce, conseguentemente, l'irrilevanza della mancanza di autorizzazione da parte del G.D. della fornitura a termini dell'art. 167 l.f., trattandosi di atto di comune e ordinaria gestione, aderente alle finalità e dimensioni del patrimonio dell'impresa in C.P. Deduce, in ogni caso, che il credito è sorto in occasione della procedura concordataria e, comunque, in funzione della stessa, anche in considerazione della circostanza in fatto che la procedura concordataria prevedeva espressamente la continuazione dell'esercizio dell'attività di impresa e che la fornitura in questione si rivelava essenziale alla continuazione dell'attività di impresa.

Il Fallimento opposto ha resistito in giudizio, deducendo come la società in C.P. non avesse mai ordinato i suddetti cataloghi, avendo prodotto unicamente uno scambio di @mail; deduce che il liquidatore che avrebbe conferito l'incarico all'opponente sarebbe stato privo di poteri a termini dello statuto sociale. Deduce, in ogni caso, il fallimento opposto che una parte delle copie dei cataloghi (n. 200.200 delle n. 762.040 complessive) erano destinate ad altra società del gruppo IVDV (Columbus Organizzazione Viaggi S.r.l., dichiarata fallita dal Tribunale di Genova), e non a IVDV. Contesta la carenza di motivazione del decreto del G.D., motivato per relationem in base al progetto del Collegio dei Curatori. Contesta la circostanza che il pagamento parziale costituisca ratifica dell'operato dell'amministratore. Assume che la fornitura in oggetto costituiva atto di straordinaria amministrazione soggetto all'autorizzazione del G.D., tenuto conto delle finalità della procedura e dell'interesse della massa dei creditori, da valutare nel caso di specie avuto riguardo al criterio della proporzionalità e alla adeguatezza funzionale della fornitura rispetto alle necessità risanatorie dell'azienda. Ritiene, in ogni caso, il fallimento opposto che l'assunzione di tale nuovo debito da parte della società in C.P. poi fallita, relativo all'approvvigionamento di centinaia di migliaia di cataloghi, non era adeguato alla gestione risanatoria dell'impresa e non poteva ritenersi atto di ordinaria amministrazione. Deduce, in ogni caso, che la strutturazione del piano concordatario prevedeva la stipulazione di un contratto di affitto di ramo di azienda da parte di una società di nuova costituzione (in realtà contratto mai divenuto operativo), sulla cui NewCo sarebbero andati a gravare i costi della gestione ordinaria, tra cui i costi dei suddetti cataloghi. Si richiama, infine, alla giurisprudenza secondo la quale la previsione nella proposta concordataria di una passività prededucibile non comporta che tale credito mantenga tale natura nel successivo fallimento.

La causa ha subito numerosi rinvii su concorde richiesta delle parti per valutare una proposta conciliativa prima di essere trattenuta in decisione.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.1 – Va dato atto che il provvedimento del G.D. è succintamente motivato per relationem in base alla proposta dei curatori, che hanno proposto in principalità (e coerentemente il G.D. ha provveduto) l'esclusione totale del credito dell'opponente.

Le questioni da esaminare nella specie sono:

a) ai fini dell'opponibilità del credito allo stato passivo del Fallimento IVDV, se l'effettuazione della fornitura di cataloghi turistici in oggetto consegna –stante la contestazione del fallimento opposto- a un ordine legittimamente disposto dalla società fallita (all'epoca in C.P.), nella specie in persona del liquidatore dr. Gaetano Bonavita, o comunque a un comportamento negoziale ascrivibile all'operato di IVDV, anche alla luce del comportamento contrattuale successivo della società in C.P.;

b) la natura prededucibile del credito in oggetto ex art. 111 l.f., stante la natura di atto di ordinaria amministrazione dell'atto gestorio compiuto (in tesi) dal liquidatore, quale atto funzionale al piano concordatario o, comunque, in rapporto di occasionalità rispetto alla procedura concordataria.

Occorre partire preliminarmente dall'esame della documentazione versata in atti.

L'opponente ha prodotto in fase di opposizione, al fine di considerare perfezionato l'ordine relativo ai cataloghi, un preventivo in data 23.04.2010 (all. doc. 11 opponente). Detto preventivo riguarda la realizzazione di quattro cataloghi turistici (Sardegna, Croazia, Mare Italia, Mediterraneo), quindi solo di alcuni dei sei cataloghi successivamente realizzati dall'opponente. Dal preventivo risultano, difatti, assenti gli ulteriori due cataloghi "Ventaglio" e "Columbus" menzionati dall'opponente, cataloghi del quale l'ultimo è espressamente contestato dal fallimento opposto.

In secondo luogo nel preventivo non si fa accenno alla quantità di copie da stampare (come si è visto, realizzati in complessive n. 762.040 copie), ma al solo costo unitario dei cataloghi. L'accordo tra la società, all'epoca in C.P. e successivamente fallita e l'odierna opponente riposerebbe, quindi, su uno scambio di @mail tra l'odierna opponente e il dr. Gaetano Bonavita (liquidatore all'epoca dei fatti), che avrebbe inviato una mail lo stesso giorno della ricezione del preventivo (esattamente quindici minuti dopo) con la dicitura "ok Bonavita" (ibid.), scambio di mail che riguarderebbe alcuni dei cataloghi per cui è causa con la sola predeterminazione del costo unitario dei cataloghi e non del numero complessivo delle copie.

Sono state prodotte le otto fatture in oggetto, parzialmente onorate dalla società in C.P. e, precisamente:

a) fattura in data 19.04.2010 n. 453 a titolo di acconto (10%) cataloghi Columbus e Ventaglio per Euro 14.244,00 (doc. 12 opponente), cataloghi che, come si è visto, non rientravano nel preventivo in oggetto, né potevano rientrarvi in quanto la fattura è precedente al preventivo in questione (come osservano, del resto, sia l'opponente sia l'opposto);

b) fattura in data 26.04.2010 n. 454 (doc. 13 opponente) a titolo di acconto degli altri quattro cataloghi di cui al menzionato preventivo per Euro 17.596,80;

c) fattura in data 30.04.2010 n. 455 a titolo di saldo per la realizzazione delle copie del (contestato) catalogo Columbus Viaggi (n. 200.200 copie) per Euro 55.130,40 e relativi D.D.T. (doc. 14 opponente);

d) fattura in data 30.04.2010 n. 456 a titolo di saldo per la realizzazione delle copie del (non menzionato nel preventivo) catalogo Ventaglio Viaggi (n. 200.200 copie) per Euro 78.564,24 e relativi D.D.T. (doc. 15 opponente);

- e) fattura in data 31.05.2010 n. 625 a titolo di saldo per la realizzazione delle copie del catalogo Viaggi Mare Italia (n. 80.920 copie) per Euro 31.375,92 e relativi D.D.T. (doc. 16 opponente);
- f) fattura in data 31.05.2010 n. 626 a titolo di saldo per la realizzazione delle copie del catalogo Viaggi Croazia (n. 80.000,00 copie) per Euro 36.201,60 e relativo D.D.T. (doc. 17 opponente);
- g) fattura in data 31.05.2010 n. 627 a titolo di saldo per la realizzazione delle copie del catalogo Viaggi Sardegna (n. 100.000 copie) per Euro 43.624,80 e relativi D.D.T. (doc. 18 opponente);
- h) fattura in data 31.05.2010 n. 628 a titolo di saldo per la realizzazione delle copie del catalogo Viaggi Mediterraneo (n. 100.520 copie) per Euro 47.885,47 e relativi D.D.T. (doc. 19 opponente).

Il credito complessivo portato da tali fatture ammonta in sorte capitale a Euro 324.623,23, di cui le fatture n. 453 – 456 emesse nel periodo 19 – 30.04.2010 e le fatture n. 625 – 628 in data 31.05.2010. Le fatture nn. 453 (acconto Columbus e Ventaglio), 455 (saldo Columbus) e 456 (saldo Ventaglio), per complessivi Euro 147.938,64 appaiono estranee al contesto di cui allo scambio di mail del 23.04.2013 (la fattura n. 453 è persino anteriore). Le fatture relative ai cataloghi di cui al più volte citato preventivo del 23.04.2010 (mancante, in ogni caso, del numero delle copie complessive) ammontano, pertanto, a complessivi Euro 176.684,59 in sorte capitale, di cui Euro 76.405,68 già corrisposti, per un minor credito (stando al citato scambio di mail sub. doc. 11 cit.) di Euro 100.278,91.

L'opponente ha prodotto il verbale dell'assemblea della società fallita in data 21.01.2010, nel quale (tra l'altro) viene nominato un collegio di tre liquidatori tra cui Bonavita Gaetano (doc. 22 opponente). La delibera prevede che il collegio dei curatori deliberi a maggioranza dei suoi componenti.

E' stato, inoltre, prodotto dall'opponente il ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo in data 13.01.2010 (con accollo dei debiti delle società del gruppo) con ristrutturazione dei debiti e conversione dei crediti chirografari in capitale, che prevedeva effettivamente la sottoscrizione di un contratto di affitto di azienda per consentire il mantenimento dell'avviamento del gruppo oltre che del marchio, dell'avviamento e delle attività, oltre che dell'occupazione (doc. 3 opponente).

E' stata prodotta una visura C.C.I.A.A. storica della società fallita in cui il Bonavita compare quale liquidatore, ma non ne sono esplicitati i poteri (doc. 1 fasc. opposto).

1.2 – Sulla base di tale documentazione, deve ritenersi parzialmente fondata la domanda in punto riconoscimento del credito di parte opponente.

Lo scambio di @mail tra l'opponente e la fallita costituisce atto negoziale idoneo a ritenere perfezionato l'ordine relativo ai cataloghi turistici Sardegna, Croazia, Mare Italia, Mediterraneo. La mancata predeterminazione delle copie dei suddetti cataloghi nell'ordine non è circostanza ostativa al perfezionamento dell'accordo, tenuto conto del comportamento successivo alla conclusione del contratto, considerato che le fatture non solo non sono state respinte (circostanza che, in una fase di confusione amministrativa come poteva essere quella che stava per precedere la revoca del concordato, potrebbe non essere di per sé sufficiente), ma sono state anche parzialmente onorate.

Né rileva la circostanza che i liquidatori avrebbero dovuto decidere collegialmente, ovvero che l'operatività del Bonavita fosse limitata a termini di statuto, posto che – a termini dell'art. 2384, comma 2, c.c. – le eventuali limitazioni ai poteri degli amministratori che risultino dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate, né vi è stata prova che il Bonavita abbia intenzionalmente agito a danno della società.

Tuttavia l'accordo negoziale tra IVDV e l'opponente può ritenersi concluso esclusivamente in relazione ai cataloghi oggetto del preventivo in esame (con esclusione, quindi, non solo del catalogo "Columbus" ma anche del catalogo "Ventaglio", ivi non contemplati), non essendovi prova documentale ovvero di altro genere che l'ordine abbia riguardato anche tali cataloghi. Il credito dell'opponente ammonta, pertanto, a complessivi Euro 176.684,59 in sorte capitale, per cui detratti Euro 76.405,68 pacificamente corrisposti durante la fase concordataria, POL. può essere ammesso al passivo del fallimento per Euro 100.278,91, oltre gli interessi moratori dalla scadenza delle fatture sino alla dichiarazione di fallimento.

1.3 – Decisamente più complessa è la questione dell'ammissione del credito in oggetto in prededuzione, in ordine alla quale parte opponente ha articolato le proprie difese sostenendo duplicemente che il credito deriverebbe da un atto di gestione di ordinaria amministrazione, ovvero anche sarebbe sorto in funzione o in occasione della procedura concordataria, invocando così l'art. 111 l.f. L'ammissione del credito in via prededucibile cambia radicalmente la prospettiva di soddisfacimento di POL. che, diversamente, sarebbe ammesso al chirografo.

Prima di entrare in argomento sulla natura "funzionale" od "occasionale" dei crediti prededucibili a termini dell'art. 111, comma 2, l.f., questione attualmente rinfocolata dall'entrata in vigore della norma di interpretazione autentica dell'art. 111, comma 2, l.f. di cui all'art. 11, comma 3-quater l. n. 9/14 in materia di concordato con riserva, occorre distinguere due profili, ossia la natura che un credito ha o può avere all'interno della procedura concordataria e la natura che quel credito, sorto nella procedura concordataria cui ha fatto seguito la procedura fallimentare, assume nella successiva procedura fallimentare.

La prima questione riguarda la non soggezione di un credito al principio dell'obbligatorietà del concordato e, quindi, la possibilità di quel credito di essere soddisfatto per intero nel concordato in quanto estraneo allo stesso. Il concordato è obbligatorio per i crediti sorti prima dell'apertura della procedura (art. 184 l.f.), i quali sono soddisfatti nel rispetto delle cause legittime di prelazione e nei termini del piano. La estraneità al concordato viene declinata:

1. per i crediti sorti da finanziamenti erogati in esecuzione del concordato, ove la legge prevede la "prededucibilità" ex art. 111 l.f. (art. 182-quater, comma 1, l.f.);
2. per i crediti da finanziamenti erogati prima della apertura della procedura, ove il tribunale abbia riconosciuto la "prededucibilità" ex art. 182-quater, commi 2 e 3, l.f.;
3. per i crediti da finanziamenti erogati dopo l'apertura della procedura, ove la "prededucibilità" sia stata ugualmente riconosciuta dal tribunale ex art. 182-quinquies, comma 1, l.f.;
4. per i crediti sorti dopo l'apertura della procedura, non riferibili ad atti di gestione dell'impresa endoconcorsuale ma da iniziative di terzi (es. crediti derivanti dalla reintegrazione di lavoratori dipendenti ex art. 18 st.

lav. e s.m. per spettanze maturate in corso di procedura), ovvero derivanti da obbligazioni involontarie (es. responsabilità aquiliana della società in C.P.);

5. per i crediti sorti dopo l'apertura del concordato, conseguenti ad atti di gestione dell'impresa aventi carattere di straordinaria amministrazione, opponibili ai creditori ove autorizzati dal G.D. ex art. 167, comma 2, l.f., ovvero dal Tribunale in sede di concordato con riserva ex art. 161, comma 7, l.f., ovvero anche nella fase esecutiva del concordato con cessione dei beni con l'autorizzazione del Comitato dei Creditori;

6. per i crediti sorti dopo l'apertura del concordato conseguenti ad atti di gestione dell'impresa non aventi carattere di straordinaria amministrazione (circostanza che ricorre nel caso di specie) o, anche, attinenti al funzionamento dell'impresa.

7. A tali casi si aggiunge il tema dei crediti professionali sorti (anche prima dell'apertura della procedura) per la predisposizione degli atti processuali propedeutici all'apertura del concordato, tema, questo, proprio del trattamento che detti crediti hanno nella successiva procedura di fallimento (Cass., Sez. I, 8 aprile 2013, n. 8533) ma che necessariamente comporta la estraneità di tali crediti al concorso nella precedente procedura concordataria.

Una situazione simile in termini finanziari è quella del trattamento dei crediti concorsuali per IVA e ritenute operate e non versate (art. 182-ter l.f.), trattate anteclassa nel concordato, ma che non hanno analogo trattamento nel fallimento conseguente.

Tutti questi crediti nel concordato omologato non soggiacciono alla regola della graduazione dei crediti, né al piano concordatario. Tuttavia, come è stato acutamente e condivisibilmente osservato, l'estraneità dei crediti rispetto al concordato non comporta di per sé la prededucibilità del credito nel successivo fallimento, essendo differenti gli effetti della prededuzione nel fallimento rispetto all'estraneità dal concordato. Difatti nel fallimento i crediti prededucibili devono essere pagati oltre che integralmente, anche prima di tutti gli altri. Diversamente nel concordato preventivo il pagamento dei crediti estranei al concordato (ovvero "prededucibili" o anteclassa che dir si voglia), anche ove questa prededucibilità sia espressamente prevista (artt. 182-quater e 182-quinquies, l.f.), segue le regole negoziali che le parti si sono date e possono persino seguire cronologicamente, se così è stato negoziato, il pagamento dei crediti concordatari.

Ecco che, quindi, il riconoscimento della prededucibilità di tali crediti nel successivo fallimento richiede un accertamento ulteriore. Ed è qui che si pone la questione (richiamata da parte opponente) della funzionalità, ovvero occasionalità del sorgere del credito nella procedura concorsuale precedente (concordato preventivo) quale presupposto per l'ammissione in prededuzione nel successivo fallimento a termini dell'art. 111, comma 2, l.f. dei crediti endoconcordatari. In altri termini, il sorgere del credito durante ("in occasione") la procedura concordataria cui abbia fatto seguito il fallimento, ovvero la verifica di funzionalità di quel credito endoconcordatario ("in funzione") è una verifica ulteriore e aggiuntiva che va espletata al fine di attribuire a quel credito il rango della dedotta prededucibilità nel fallimento, non anche la mera non soggezione all'obbligatorietà nel concordato, di cui eventualmente quel credito godeva nel concordato poi revocato. Questione, quella della prededucibilità, evidentemente più ricorrente rispetto a quella della

estraneità del credito al concordato, stante l'indefettibilità della fase di verifica del passivo nel fallimento.

Il tema della prededucibilità dipende, evidentemente, dalla tipologia del singolo credito estraneo al concordato. Se il credito è espressamente dotato di prededucibilità ex art. 111 l.f. (come nei casi supra 1 – 3), la questione in sede fallimentare può riguardare i presupposti in base ai quali quel credito ha assunto (per legge o per atto giudiziale) natura prededucibile (es. erogazione di finanziamento estraneo al piano concordatario), ma non la prededucibilità in quanto tale. Diversamente, se la valutazione giudiziale non ha avuto riguardo alla natura prededucibile del credito (come nel caso supra 5, in cui la valutazione giudiziale costituisce presupposto per l'opponibilità dell'atto alla massa dei creditori) o manchi del tutto (come negli altri casi e nel caso di specie), questa valutazione deve essere effettuata in sede fallimentare alla luce del dettato dell'art. 111 l.f.

Quanto al principio di "occasionalità" relativo ai crediti sorti in sede endoconcordataria, si richiama quanto sostenuto dalla Suprema Corte, laddove evidenzia che ove il credito sia sorto "in occasione" della procedura precedente, ciò non autorizza a ritenere di per sé che detto credito sia dotato della prededucibilità. Se il credito sorge da attività negoziale riferibile all'imprenditore, il criterio "che fa riferimento all'elemento cronologico ("in occasione") deve essere integrato, per avere un senso compiuto, con un implicito elemento soggettivo e cioè quello della riferibilità del credito alla attività degli organi della procedura; in difetto di una tale integrazione il criterio in questione sarebbe palesemente irragionevole in quanto porterebbe a considerare come prededucibili, per il solo fatto di essere sorti in occasione della procedura, i crediti conseguenti ad attività del debitore non funzionali ad esigenze della stessa" (Cass., Sez. I, 24 gennaio 2014, n. 1513). Nel caso, pertanto, in cui un credito sorga per effetto dell'iniziativa del debitore e senza il concorso degli organi della procedura, come nel caso di specie, "l'attività del debitore, ammesso alla procedura di concordato preventivo, dà luogo alla prededuzione quando sia funzionale" alle esigenze della procedura concordataria (ibid.). Sia che si richiami il principio di funzionalità, sia quello di occasionalità, deve valutarsi la funzionalità dell'atto negoziale alle esigenze della procedura concordataria (salva l'ipotesi supra n. 4), ci sia stata o meno una valutazione di funzionalità da parte degli organi della procedura concordataria.

1.4 - E qui la funzionalità va intesa alla luce dei principi espressi dalla Suprema Corte -che individua la funzionalità di un credito endoconcordatario ai fini della prededucibilità anche nella procedura fallimentare successiva- quando vi sia stata utilità per la massa dei creditori, tale da potersi ritenere che quella spesa risponda -al pari che per le spese degli organi della procedura (commissario giudiziale, liquidatore e ausiliari)- agli scopi della procedura medesima (Cass., Sez. I, 8 aprile 2013, n. 8534; Cass., Sez. I, 7 marzo 2013, n. 5705; Cass., Sez. I, 5 marzo 2012, n. 3402; ma già sul punto Cass., Sez. I, 16 maggio 1983, n. 3369 e altre precedenti ivi richiamate).

Ci si pone, quindi, il problema di individuare quale utilità per la massa dei creditori possa avere avuto la fornitura di oltre 750.000 cataloghi alla società in C.P. (di cui solo alcuni effettivamente riconducibili all'ordine del 23.04.2010). E qui la soluzione dipende, come osserva parte opponente, dalla strutturazione della proposta concordataria.

Se, difatti, nel concordato liquidatorio una consolidata giurisprudenza ha sempre escluso la natura prededucibile degli atti gestori di esercizio dell'impresa, attesa la funzione liquidatoria del concordato (Cass., Sez. I, 14 febbraio 2011, n. 3581; Cass., Sez. I, 14 luglio 1997, n. 6352; Cass., Sez. I, 27 ottobre 1995, n. 11216; Cass., Sez. I, 26 giugno 1992, n. 8013; ma già Cass., Sez. I, 9 marzo 1979, n. 1467) e l'assenza di interesse per i creditori per tali atti, benché autorizzati dal G.D. (Cass., Sez. I, 5 maggio 1988, n. 3325), altra giurisprudenza di legittimità (richiamata dall'opponente) valuta diversamente gli effetti nel fallimento conseguente del compimento di atti gestori ove la proposta di concordato preveda la continuità aziendale (quello che ante litteram era il concordato risanatorio). In questi casi, qualora la gestione dell'impresa assurga a modalità essenziale della singola procedura concordataria, è possibile il riconoscimento della prededucibilità delle spese di gestione dell'impresa nel successivo fallimento (Cass., Sez. I, 12 marzo 1999, n. 2192).

Non un qualsiasi atto di gestione può, invero, essere considerato fonte di credito prededucibile nel fallimento, ma solo quell'atto gestorio che – come si è visto- abbia una effettiva utilità per i creditori e risponda agli scopi della procedura. L'approccio dell'ultimo precedente di legittimità citato appare semplicistico, perché non dimensiona il compimento dell'atto gestorio né alla strutturazione in concreto della procedura concordataria, né alle sorti della procedura medesima. Se, difatti, qualsiasi atto gestorio di un concordato risanatorio comportasse la prededucibilità della relativa spesa, non avrebbe alcun senso il vaglio giudiziale per stabilirne la natura di ordinaria o straordinaria amministrazione, vaglio che, invece, è fondamentale perché non tutti gli atti gestori che ordinariamente sarebbero atti di comune gestione (come l'acquisto di cataloghi turistici per un tour operator) possono essere considerati tali ove l'impresa sia in C.P., ove la straordinarietà (e la conseguente autorizzazione giudiziale) può riguardare anche atti che solitamente avrebbero attitudine di ordinari atti gestori per quella attività di impresa (Cass., Sez. I, 11 agosto 2004, n. 15484; Cass., Sez. I, 8 agosto 1997, n. 7390); vaglio che, inoltre, si impone laddove debba valutarsi l'attitudine conservativa di quell'atto gestorio (Cass., Sez. I, 8 novembre 1996, n. 23796), ovvero ancora ove debba valutarsi l'incidenza negativa dell'atto negoziale (nella specie la mail "ok Bonavita") sul patrimonio dell'impresa (Cass. Sez. I, 12 gennaio 2007, n. 578; Cass., Sez. I, 20 ottobre 2005, n. 20291). Se bastasse al fini del riconoscimento della prededucazione il fatto che il concordato contempra la continuità aziendale e che la fornitura in oggetto rientri tra le forniture che l'impresa abitualmente effettuava nell'ambito della sua gestione caratteristica, la spesa sarebbe sempre prededucibile nel successivo fallimento, indipendentemente dalla valutazione che quell'atto avrebbe potuto ricevere dagli organi della procedura nel concordato, ma soprattutto a prescindere dall'utilità che l'atto avrebbe potuto arrecare ai creditori concorsuali. L'effetto di tale interpretazione sarebbe disastroso, in quanto, in nome di un presunto favor per la procedura concordataria, il concordato con continuità aziendale (o risanatorio che dir si voglia) giungerebbe ad aggravare a dismisura di oneri prededucibili il successivo fallimento (come nel caso di Cass., 8 aprile 2013, n. 8533), non solo indipendentemente da qualsiasi vaglio giudiziale sulla funzionalità e utilità della spesa gestoria (che concorre sempre e in ogni caso a incrementare la base generativa dei costi dell'impresa) rispetto alla massa

dei creditori, ma persino in contrasto con quella stessa giurisprudenza di legittimità che, invece, richiede un costante vaglio dell'utilità della spesa in oggetto per la massa dei creditori, anche avuto riguardo all'andamento e alle sorti stesse della procedura concordataria.

Appare, quindi, condivisibile quanto statuisce la S.C. in altro arresto, laddove osserva come il "coordinamento tra continuazione nella gestione dell'impresa a fini conservativi" e procedura concordataria può assumere "rilevanza essenziale nel concordato e per le finalità del concordato a favore della massa passiva" laddove la gestione "non costituisca una semplice facoltà dell'imprenditore esercitabile a suo giudizio e finché egli ritenga necessario, ma divenga una modalità essenziale del caso concreto che deve passare attraverso le varie fasi valutative e di controllo della proposta concordataria". In questo caso "la gestione dell'impresa diviene modalità essenziale della singola procedura concordataria" (che nel caso sottoposto alla S.C. era un concordato con cessione dei beni) "quando sia parte della proposta di concordato, sia oggetto dell'ammissione da parte del tribunale nonché dell'approvazione da parte dei creditori, oltre ovviamente all'omologazione finale". E' solo in questo contesto che "la gestione si tramuta da modalità coordinabile con i fini del concordato in modalità essenziale del singolo concordato, volta ad una più proficua liquidazione patrimoniale a favore dei creditori concorrenti; solo in tale caso, quindi, è consentita quell'equiparazione tra amministrazione controllata e concordato che permette di considerare le spese della gestione dell'impresa come spese di procedura" (Cass., Sez. I, 5 agosto 1996, n. 7140).

E', quindi, necessario, laddove la prededucibilità venga invocata in relazione a una spesa sostenuta dall'impresa in concordato con continuità aziendale, verificare che quella spesa abbia aggiunto nel "caso concreto" utilità ai creditori, effettuandosi un giudizio ex ante di utilità di quella spesa per la massa dei creditori in relazione a quella specifica proposta concordataria.

1.5 - Nel caso di specie non vi è prova dell'utilità per la massa dei creditori della prestazione resa da POL. in favore di IVDV in C.P., poi dichiarata fallita.

Innanzitutto (e questo basterebbe) la strutturazione della proposta concordataria non avrebbe consentito in alcun modo il sostenimento del costo dei cataloghi da parte di IVDV in C.P. La proposta concordataria prevedeva, difatti, la costituzione di una NewCo, la quale avrebbe preso in affitto i rami di azienda relativi alle principali destinazioni turistiche "attive" e avrebbe sostenuto i relativi costi (pag. 50 proposta sub doc. 3 opponente), compresi evidentemente quelli pubblicitari e, conseguentemente, anche l'eventuale costo dei cataloghi. Detto costo non poteva, pertanto, neanche astrattamente fare carico a IVDV in C.P. alla luce della proposta concordataria.

In ogni caso manca del tutto la prova che, al momento della fornitura, la prestazione di 750.000 cataloghi turistici costituisse modalità essenziale della prosecuzione della procedura concordataria. L'opponente, al fine di dimostrare che la fornitura di cataloghi era modalità necessaria della proposta concordataria, si è limitato a riportare genericamente alcuni termini della proposta e del piano concordatari, che peraltro non fanno alcun accenno alla prestazione di POL.. Tuttavia non è sufficiente, come fa parte opponente, limitarsi a richiamare circostanze quali la continuazione dell'esercizio dell'attività di impresa (senza neanche

indicare quali fossero le “destinazioni attive” previste nella proposta concordataria), la conservazione dell’operatività della società IVDV e del gruppo, la conservazione del valore del marchio e dell’avviamento al fine di ritenere che la fornitura di oltre 750.000 cataloghi fosse modalità essenziale della proposta concordataria, perché non è stato evidenziato quale nesso avrebbe avuto l’acquisto dei cataloghi da POL. sulla conservazione del valore del marchio; né è stato depositato il business plan (peraltro della NewCo) che, pure, era allegato alla proposta concordataria (all. 13 doc. 3 opponente). Né, del resto, questa fornitura era contemplata nella proposta concordataria, né lo poteva essere neanche astrattamente, stante la previsione della menzionata costituzione della NewCo.

Deve, quindi, ritenersi che non vi sia prova dell’adeguatezza funzionale e della utilità per la massa dei creditori della prestazione resa dall’opponente in favore di IVDV in C.P. al momento dell’evasione dell’ordine.

La richiesta di ammissione del credito in prededuzione va, pertanto, rigettata.

2 – Le spese processuali, stante l’accoglimento solo parziale della domanda, nonché avuto riguardo all’interesse di parte opponente, che mirava al riconoscimento della prededuzione che non è stato accolto, nonché, infine, stante la complessità della questione anche in fatto, sono integralmente compensate tra le parti per giusti motivi.

P.Q.M.

Il tribunale, definitivamente pronunciando sull’opposizione allo stato passivo promossa da POL.B. SRL nei confronti di FALLIMENTO I VIAGGI DEL VENTAGLIO SPA con ricorso depositato in data 6.06.2012, così provvede:

1 – in parziale accoglimento dell’opposizione, ammette I POL.B. al passivo di FALLIMENTO I VIAGGI DEL VENTAGLIO per l’importo di Euro 100.278,91 al chirografo, oltre interessi moratori dalla scadenza delle fatture alla dichiarazione di fallimento; rigetta la richiesta di ammissione del credito in prededuzione;

2 – dichiara le spese processuali integralmente compensate tra le parti.

Così deciso in Milano, nella Camera di Consiglio del 3 aprile 2014