

**CASSAZIONE CIVILE N. 3324/2016:
UN PUNTO FERMO NELLA *QUERELLE* SUL PAGAMENTO DEI
DEBITI ANTERIORI NEL CONCORDATO PREVENTIVO?**

di

Gianfranco Peracin e Silvia Tamiazzo

(Comitato di Redazione “F&S” – Gruppo di Studio sul “Concordato Preventivo”)

La Suprema Corte con la Sentenza n. 3324 del 19 febbraio 2016¹, incentrata nel merito sulle conseguenze derivanti dal pagamento di debiti anteriori alla domanda di concordato preventivo, in difetto di autorizzazione, torna su un tema più volte affrontato in ambito giurisprudenziale, discostandosi in modo significativo da precedenti orientamenti. Da ultimo, con provvedimento del 12 gennaio 2007², in riferimento ad un concordato soggetto alla disciplina ante Riforma 2005, il Collegio aveva assunto una posizione piuttosto rigida, sancendo il divieto di pagamento dei creditori concorsuali, dopo l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, poiché lesivi della *par condicio creditorum*. Nel caso di specie si trattava di pagamenti effettuati nel corso di un contratto di appalto a valere su lavori eseguiti ante presentazione della domanda di concordato.

Il divieto di procedere ad una soddisfazione anticipata dei debiti sorti ante procedura, seppur non espressamente definito dal Legislatore, sarebbe stato ricavabile secondo la Suprema Corte del 2007 dalla lettura del combinato disposto degli articoli 167, 168 e 184 L.F. dal momento che “*l'art. 167 con la sua disciplina degli atti di straordinaria amministrazione*

¹ Cass., sez. I, 19.02.2016, n. 3324, in www.ilfallimentarista.it.

² Cass., sez. I, 12.01.2007, n. 578, in www.ilfallimentarista.it.

comporta che il patrimonio dell'imprenditore in pendenza di concordato sia oggetto di un'oculata amministrazione perché destinato a garantire il soddisfacimento di tutti i creditori secondo la par condicio. L'art. 168 nel porre il divieto di azioni esecutive da parte dei creditori, comporta implicitamente il divieto di pagamento di debiti anteriori perché sarebbe incongruo che ciò che il creditore non può ottenere in via di esecuzione forzata, possa conseguire in virtù di spontaneo adempimento, essendo in entrambi i casi violato proprio il principio di parità di trattamento dei creditori. L'art. 184 ancora nel prevedere che il concordato sia obbligatorio per tutti i creditori anteriori, implica che non possa darsi l'ipotesi di un pagamento di debito concorsuale al di fuori dei casi e dei modi previsti dal sistema”.

Il principio espresso, sancito in precedenza dalla Corte Suprema³, il cui rigore appariva già allora non in linea con la complessiva disciplina del concordato, con specifico riferimento alla naturale prosecuzione dei contratti in corso⁴, sembra trovare per alcuni interpreti un rafforzamento con l'introduzione nel 2012, a mezzo del “Decreto Sviluppo”⁵, dell'art. 182^{quinquies} L.F., che prevede una deroga alla possibilità di effettuare pagamenti di crediti per prestazioni anteriori, previa autorizzazione del Tribunale, nella sola ipotesi di concordato con continuità aziendale. La norma dispone, come condizioni specifiche, che le corresponsioni riguardino crediti per prestazioni di beni o servizi che siano essenziali alla prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali ad assicurare il miglior

³ Cass., sez. I, 28.08.1995, n. 9030, *Il Fall.*, 1996, 1, 69; Cass., sez. III, 3.12.2002, n. 17162, *Il Fall.*, 2003, 6, 681; Cass., sez. I, 24.02.2006, n. 4234, *Il Fall.*, 2006, 8, 895; ove in motivazione si legge: “questa corte, nel decidere una questione simile (con la sentenza n. 8118 del 2001), nata da una vicenda in cui il contribuente, sottoposto a concordato preventivo, non aveva pagato il debito Iva ed era stato richiesto del pagamento della soprattassa di cui all'art. 44 della Legge Iva, ha stabilito il principio di diritto a termini del quale, ai sensi della L.Fall., art. 168 i debiti sorti prima dell'apertura della procedura di concordato preventivo non sono mai eseguibili al di fuori del concorso, sicché dal mancato pagamento di essi non possono conseguire effetti di tipo sanzionatorio, ancorché previsti da norme di diritto pubblico”.

⁴ Cfr. Antonio Picardi, “Il pagamento dei crediti anteriori nel concordato preventivo”, 20.10.2015, in www.ilfallimentarista.it; l'Autore sottolinea “l'irragionevolezza del principio secondo cui, nel concordato preventivo, l'imprenditore può usufruire della controprestazione adempiendo la propria prestazione in percentuale concordataria, mentre nel fallimento, secondo il sistema dettato dagli art. 72 e seg. L.fall. il curatore, per ottenere la controprestazione, è obbligato all'adempimento integrale della controprestazione”.

⁵ Articolo introdotto dal Decreto Legge 22 giugno 2012, n. 83, nel testo integrato dalla Legge di Conversione 7 agosto 2012, n. 134.

soddisfacimento dei creditori e che il rispetto di questi requisiti sia oggetto di attestazione da parte di un professionista accreditato secondo i canoni previsti dall'art. 67, co. 3, lett. d) L.F..

La *ratio* della novella normativa è da individuarsi nella raggiunta consapevolezza del legislatore che la continuazione dell'attività non possa essere messa in pericolo dall'interruzione da parte degli interlocutori dell'impresa dei loro rapporti commerciali, a causa del mancato pagamento dei crediti sorti anteriormente alla presentazione della domanda di concordato.

L'art. 182^{quinquies} L.F. rappresenta dunque un'importante deroga (non l'unica se si pensa alla possibilità di suddividere i creditori in classi differenziandone la soddisfazione) al principio della *par condicio creditorum*, in quanto consente la possibilità di pagare solo alcuni creditori concorsuali, prima ed al di fuori dei riparti previsti dal piano di concordato. Questa eccezione trova motivo, come evidenziato, nel riconoscimento della difficoltà insita nell'assicurare la prosecuzione di un'attività senza garantire il pagamento dei debiti di importanza cruciale per l'attività dell'impresa stessa.

Come corollario si desume che *“ove non sussistano i presupposti richiesti tassativamente dalla norma in esame [art. 182 quinquies L.F.] si applica la regola generale del divieto di pagamento di crediti anteriori che risponde all'esigenza di cristallizzazione del patrimonio del debitore al momento della presentazione della domanda di concordato preventivo”*⁶. E di conseguenza il pagamento di tali crediti, effettuato senza autorizzazione da parte del Tribunale, deve ritenersi lesivo della *“par condicio creditorum”*.

L'orientamento giurisprudenziale più rigoroso⁷, che segue pedissequamente la Cassazione del 2007, anche e soprattutto dopo la modifica normativa del 2012, è quindi di sanzionare,

⁶ Trib. Venezia, 18 settembre 2014, in www.ilcaso.it.

⁷ Trib. Padova, 9 maggio 2013, in www.ilcaso.it; Trib. Padova, 4 luglio 2013, in www.fallimentiesocieta.it; Trib. Pordenone, 8 agosto 2013, in www.fallimentiesocieta.it; Trib. Padova, 7 novembre 2013, in www.fallimentiesocieta.it; Trib. Venezia, 6 febbraio 2014, in www.ilcaso.it; Corte Appello Milano, 23 febbraio 2016, in www.ilcaso.it; Trib. Venezia, 18 settembre 2014 in www.ilcaso.it; Trib. Sondrio, 02 ottobre 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Bergamo, 23 aprile 2015, in www.ilcaso.it.

sempre e comunque, con la revoca dell'ammissione alla procedura di concordato, il debitore che abbia effettuato *“un uso abusivo e distorto [...] dello strumento concordatario e degli effetti protettivi collegati al deposito della domanda, dal momento che il divieto di azioni esecutive e cautelari, che serve ad assicurare all'imprenditore il tempo necessario per approntare un piano ragionevole e fattibile per il superamento della crisi, viene invece utilizzato per soddisfare a suo piacimento alcuni suoi creditori a discapito degli altri”*⁸, ponendo in essere un comportamento atto a ledere il principio della parità di trattamento dei creditori, e che in alcuni casi non rispetta neppure la graduazione delle cause legittime di prelazione⁹.

La violazione del divieto contenuto nell'art. 167, co. 2, L.F. viene valutata conseguentemente atto diretto *“a frodare le ragioni dei creditori”*, per cui diviene causa automatica di revoca del concordato ex art. 173 L.F., in qualsiasi fase della procedura.¹⁰⁻¹¹

In alcuni casi la giurisprudenza è arrivata a non ritenere necessario, ai fini della revoca (o inammissibilità del concordato), *“il preciso intento di frodare i creditori”*, dal momento che *“il legislatore ha ritenuto di presumere ed essere implicita la frode nel pagamento di credito pregresso al di fuori delle ipotesi consentite”*, tenuto conto anche che l'art. 182 *quinquies* L.F. *“non ha come*

⁸ Così Trib. Padova, 04 luglio 2013, in www.fallimentiesocieta.it.

⁹ Così Trib. Sondrio, 02 ottobre 2014, in www.ilcaso.it, in cui i pagamenti di debiti anteriori avevano *“ad oggetto crediti esclusivamente di natura chirografaria [...] soggetti alla falcidia concordataria ed il cui pagamento, effettuato per l'intero importo, viola il principio generale dell'inalterabilità delle cause di prelazione”*

¹⁰ Trib. Treviso, 21 settembre 2016, in www.fallimentiesocieta.it; Trib. Monza, 21 luglio 2010, in www.ilcaso.it; Trib. Venezia, 6 febbraio 2014, in www.ilcaso.it.

¹¹ Sull'inquadramento dei c.d. *“atti di frode”* di cui all'articolo 173 L.F. è ampio il dibattito giurisprudenziale. Sul punto è intervenuta la Corte, dapprima con la sentenza 23 giugno 2011, n. 13817 e successivamente con la sentenza 15 ottobre 2013, n. 23387, precisando che tale fattispecie sussiste qualora il debitore abbia posto in essere alcuni comportamenti tali da occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori e quindi tali che, se conosciute, avrebbero presumibilmente comportato una diversa valutazione della proposta.

La Corte si è così espressa: *“gli atti di frode, presupposto della revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo la riformulazione della L. Fall., art. 173, da parte del c.d. decreto correttivo (D.Lgs. n. 169 del 2007), [...] esigono che la condotta del debitore sia stata volta ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, cioè situazioni che, da un lato, se conosciute, avrebbero presumibilmente comportato una valutazione diversa e negativa della proposta e che, dall'altro, siano state “accertate” dal commissario giudiziale, cioè da lui “scoperte”, essendo prima ignorate dagli organi della procedura o dai creditori”*.

presupposto l'elemento psicologico dell'eventuale buona fede nell'esecuzione dei pagamenti", ma il fatto "che il pagamento del creditore anteriore sia assistito indefettibilmente da alcuni presupposti giuridico formali?"¹².

Sebbene in via prevalente la giurisprudenza di merito abbia recepito l'orientamento rigido della Suprema Corte di Cassazione (Cass., 12.01.2007, n. 578) ritenendo che il pagamento di passività anteriori al concordato, in assenza dei requisiti richiesti dalla norma, costituisca causa di revoca automatica della procedura, altra parte significativa della giurisprudenza¹³⁻¹⁴⁻¹⁵ ha adottato un orientamento meno stringente; la scelta interpretativa passa in questo caso per la non applicazione *tout court* del regime sanzionatorio previsto dall'articolo 173 L.F., pure in palese violazione della *par condicio creditorum*, dovendosi verificare caso per caso le singole fattispecie al fine di distinguere se il pagamento, senza autorizzazione, abbia determinato in concreto un pregiudizio ai creditori.

Su questo versante l'apertura verso un'interpretazione sempre più flessibile della norma si ricollegerebbe ad una visione più coerente con le finalità della disciplina dell'istituto del concordato preventivo, dovendosi valutare la corrispondenza dell'atto rispetto al piano e dunque la sua utilità in funzione dell'obiettivo del soddisfacimento dei creditori.

In linea con questo filone interpretativo si è ritenuto di non revocare *ex se* il concordato ai sensi dell'art. 173 L.F. nell'ipotesi in cui ai pagamenti compiuti senza autorizzazione ex

¹² Trib. Venezia, 18 settembre 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Venezia, 6 febbraio 2014, in www.ilcaso.it, in cui vengono comprese nel novero dei pagamenti dei debiti pregressi (e di conseguenza vengono classificati "atti in frode") anche le compensazioni effettuate dal debitore tra debiti anteriori alla procedura concordataria e crediti maturati in esecuzione della stessa, in quanto la compensazione, seppur possibile nel concordato visto il richiamo dell'art. 169 L.F. all'art. 56 L.F., deve essere effettuata esclusivamente tra debiti e crediti preesistenti al concordato stesso.

¹³ Trib. Roma, 3 ottobre 2013, in www.ilfallimentarista.it; Trib. Latina, 2 settembre 2013, in www.ilfallimentarista.it.

¹⁴ Trib. Catania, 18 marzo 2013, in www.ilcaso.it, che richiama Cass. 29 novembre 2005, n. 26036; Corte Appello Venezia, 30 gennaio 2014, in www.ilcaso.it; Corte Appello Milano, 18 aprile 2014, in www.ilcaso.it.

¹⁵ Trib. Locri, 18 dicembre 2013, in www.ilcaso.it: "*il pagamento di un debito concordatario non possa ritenersi automaticamente fraudolento, e come tale sempre sanzionabile con la revoca dell'ammissione alla procedura, dovendosi – caso per caso – valutarne l'eventuale configurabilità come atto diretto a frodare le ragioni creditorie o, piuttosto, la sua utilità rispetto al soddisfacimento delle stesse, con eventuale concessione di autorizzazione giudiziale ove ricorra tale ultima ipotesi*".

art. 167 L.F. sia seguita la restituzione, da parte del debitore, delle somme indebitamente corrisposte ai terzi¹⁶ ovvero il ripristino del patrimonio della società venuto meno per effetto dei pagamenti stessi¹⁷, attribuendo all'atto compiuto carattere "neutro" ai fini del soddisfacimento del ceto creditorio.

La maggior elasticità interpretativa è stata motivata dai diversi Tribunali utilizzando argomentazioni differenti, ma tutte concordi nel seguire il *favor* a cui il legislatore si è ispirato negli ultimi anni verso la risoluzione della crisi mediante l'utilizzo dello strumento concordatario.

Alcune recenti Corti di merito¹⁸ si rifanno al concetto di "miglior soddisfacimento dei creditori", inteso come "*clausola generale, introdotta nel concordato preventivo con continuità aziendale [...], ma applicabile a tutte le tipologie di concordato, quale criterio di scrutinio (anche) della legittimità degli atti del debitore in pendenza della decisione del tribunale sulla ammissibilità della proposta*".

Se, quindi, per "miglior soddisfacimento dei creditori" si intende l'"*incremento della garanzia patrimoniale offerta dal debitore*"¹⁹ ai creditori, la conseguenza è che i pagamenti dei debiti anteriori effettuati dopo il deposito della proposta concordataria, se sono coerenti alla percentuale prevista nel piano di concordato stesso o, ancora meglio, se sono produttivi di maggiori utilità economiche per i creditori, non necessitano di autorizzazione, in quanto atti di ordinaria amministrazione non suscettibili di diminuire la garanzia patrimoniale, ma di accrescerla, e non possono neppure essere classificati come atti diretti a frodare le ragioni dei creditori, ai sensi dell'art. 173 L.F..

¹⁶ Trib. Modena, 18 giugno 2015, in www.ilcaso.it; Trib. Rovigo, 26 maggio 2015, in www.ilcaso.it.

¹⁷ Trib. Modena, 10 luglio 2015, in www.ilcaso.it; Trib. Pordenone, 29 agosto 2013, in www.fallimentsocieta.it.

¹⁸ Trib. Latina, 2 settembre 2013, in www.ilfallimentarista.it; Trib. Roma, 3 ottobre 2013, in www.ilfallimentarista.it; Corte Appello Venezia, 30 gennaio 2014, in www.ilcaso.it.

¹⁹ Cfr. Corte Appello Venezia, 30 gennaio 2014, *cit.*

In altri casi²⁰, invece, ai fini della valutazione in merito alla revocabilità dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo, viene posta l'attenzione sulla "qualifica dell'atto compiuto dal debitore", se di ordinaria o straordinaria amministrazione, dal momento che l'articolo 167 L.F. prevede la richiesta di autorizzazione solo per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione.

Interessante è a questo proposito la tesi del Tribunale di Locri che si è pronunciato in una ipotesi di pagamento da parte del debitore delle somme relative al perfezionamento di una conciliazione extragiudiziale e dell'ultima rata di un accertamento con adesione, definiti entrambi con l'Agenzia delle Entrate precedentemente al deposito della domanda di concordato. Il Tribunale ha ritenuto, in questi casi, non applicabile il divieto di soddisfazione dei crediti pregressi, dovendosi qualificare i suddetti pagamenti come atti solutori di rapporti giuridici pendenti nei quali le prestazioni delle parti non sono ancora eseguite o compiutamente eseguite al momento della domanda e di conseguenza atti classificabili come ordinaria amministrazione, effettuati in ragione di rapporti preesistenti alla domanda di concordato, posti a servizio della stessa, e conformi al piano proposto.

Seguendo la direzione della tutela di principi di "conservazione" dei procedimenti di soluzione della crisi d'impresa, parte della giurisprudenza²¹⁻²² ritiene superato l'intento

²⁰ Trib. Locri 18 dicembre 2013, in www.ilcaso.it, nell'ipotesi di pagamento da parte della ricorrente di somme per l'adempimento di una conciliazione extragiudiziale con l'Agenzia delle Entrate e per il pagamento dell'ultima rata per il perfezionamento di un accertamento con adesione definiti precedentemente il deposito della domanda di concordato. Il Tribunale di Locri si richiama ad una pronuncia del Tribunale di Reggio Emilia del 06 marzo 2013 che afferma: *"il divieto di pagamento dei crediti pregressi sussiste in tutte quelle situazioni giuridiche che si sono definitivamente cristallizzate in un rapporto debito/credito ...omissis..., per i rapporti giuridici pendenti nei quali le prestazioni delle parti non sono ancora eseguite o compiutamente eseguite...omissis...laddove il rapporto prosegua non vi è di regola divieto di pagamento dei crediti anteriori"*.

²¹ Corte Appello Milano, 18.04.2014: *"il pagamento preferenziale [...] avvenuto durante la procedura di concordato preventivo era palesato nella proposta, e tanto basta per affermare che esso doveva ritenersi non in frode. Inoltre, esso doveva e poteva ritenersi implicitamente autorizzato del tribunale nel momento in cui aveva ammesso la ricorrente alla procedura"*.

²² Corte di Cassazione, sent. n. 23387 del 15.10.2013: *"gli atti di frode, presupposto della revoca dell'ammissione al concordato preventivo [...] esigono che la condotta del debitore sia stata volta ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, cioè situazioni che [...], se*

fraudolento del debitore nel caso in cui questi abbia indicato nella proposta di concordato il pagamento della passività anteriore, seppur effettuato in pendenza della procedura. In altre parole, quando l'atto viene espressamente segnalato e reso palese ai creditori, chiamati a votare il concordato, viene esclusa la sussistenza della frode ai sensi dell'art. 173 L.F.. Queste posizioni giurisprudenziali sottendono la volontà di far prevalere l'interesse dei creditori alla soluzione della crisi dell'impresa, anche a prescindere dalla condotta del debitore; ciò che conta, quindi, è il giudizio che i creditori maturano in termini di convenienza della proposta del debitore rispetto alla revoca del concordato ed alla successiva eventuale alternativa fallimentare²³.

Il dibattuto tema della revoca della procedura concordataria a fronte del pagamento di debiti anteriori, in difetto di autorizzazione, sembra, ora, trovare un importante riferimento interpretativo nella sentenza della Corte Suprema n. 3324 del 19.02.2016. La Corte di Cassazione, infatti, sulla scia dei filoni più garantisti citati in precedenza, adotta uno schema più flessibile, superando l'atteggiamento rigido e rigoroso che aveva caratterizzato i precedenti orientamenti (da ultimo sentenza n. 578/07), divenuto incompatibile con l'istituto del concordato preventivo ridisegnato dai molteplici interventi legislativi degli ultimi anni.

Secondo la Cassazione, un atto, seppur compiuto in mancanza di autorizzazione, ma che non pregiudichi *“le possibilità di adempimento della proposta e, dunque, di ripartizione dell'attivo fra i creditori concordatari secondo i tempi e le percentuali”*²⁴ previsti nella proposta stessa, non può essere considerato un comportamento in frode, e di conseguenza non comporta

conosciute, avrebbero presumibilmente comportato una valutazione diversa e negativa della proposta”.

²³ Corte di Cassazione, sez. I, sent. 23.06.2011, n. 13817, in www.ilfallimentarista.it: *“questo non significa che determinate condotte non trovino una sanzione. A parte infatti la possibilità che siano gli stessi creditori a rigettare la proposta facendo prevalere il giudizio negativo sul comportamento del debitore rispetto a valutazioni di carattere puramente economico, se determinate condotte costituiscono reato possono e debbono essere seguite nella sede appropriata (L. Fall. Art. 236) ma tale piano deve essere tenuto distinto da quello concorsuale dove il giudizio sulla meritevolezza può essere un elemento di valutazione da parte dei creditori ma non un criterio per l'ammissione o l'omologazione del concordato.”*

²⁴ Cass., sez. I, 19.02.2016, n. 3324.

l'automatica revoca del concordato. Tanto più è da escludersi che *“il disvalore oggettivo di tale atto (il pregiudizio che esso arreca alla consistenza del patrimonio del debitore)”*²⁵ possa derivare dalla mera violazione della regola della *par condicio creditorum*, potendosi invece manifestare, per contro, che il pagamento di crediti anteriori comporti un accrescimento, anziché una diminuzione, della garanzia patrimoniale offerta ai creditori e quindi un loro miglior soddisfacimento.

È il caso ad esempio, portato dalla stessa Corte, del pagamento di servizi indispensabili alla conservazione ed al miglior realizzo del patrimonio aziendale, si pensi alle *“spese legali sostenute per difendere i beni dalla pretese avanzate da terzi”*, oppure *“ai pagamenti di utenze, eseguiti al fine di evitare l'interruzione dell'erogazione del servizio”* e da ultimo ai *“pagamenti di crediti di lavoro”* al fine di evitare un maggior aggravio di interessi e rivalutazione monetaria²⁶.

Nella sentenza in commento viene espresso il principio di diritto secondo cui *“i pagamenti eseguiti dall'imprenditore ammesso al concordato preventivo in difetto di autorizzazione del giudice delegato non comportano l'automatica revoca, ai sensi della L. Fall., art. 173, u.c., dell'ammissione alla procedura, la quale consegue solo all'accertamento, che va compiuto dal giudice del merito, che tali pagamenti sono diretti a frodare le ragioni dei creditori, in quanto pregiudicano le possibilità di adempimento della proposta formulata con la domanda di concordato”*.

La Corte in questo modo elegge il soddisfacimento dei creditori quale criterio generale, valevole per tutte le tipologie di concordato e non solo nei limiti angusti sanciti dall'art. 182quinquies L.F., per la valutazione da parte del Tribunale della natura dei pagamenti dei creditori anteriori, venendo incontro alle diffuse esigenze operative che si erano manifestate nella gestione delle procedure concordatarie, e senza, peraltro, esplicitamente aprire le “esenzioni” agli atti compiuti con volontà di frode. La pronuncia in esame, decisamente orientata ad accogliere i principi che promanano dalla Riforma del 2005 e dalla sua successiva evoluzione, apre uno scenario che vede da un lato legittimata l'autorizzazione del pagamento dei crediti anteriori quando questo sia funzionale alla

²⁵ Cfr. *supra*, nota n. 24.

²⁶ Cfr. *supra*, nota n. 24.

migliore soddisfazione dei creditori, anche fuori dalle ipotesi esplicitamente previste per legge, e dall'altro sancita l'irrilevanza della mancata autorizzazione laddove venga rispettata la proposta negoziale formulata nella domanda di concordato ed il pagamento non configuri un atto di frode ai danni dei creditori stessi.