

CREDITO DEL PROFESSIONISTA ALL'INTERNO DELLE PROCEDURE CONCURSUALI

1 - Introduzione

L'art. 111 L.F disciplina l'ordine di distribuzione della massa dell'attivo, individuando come prioritaria la soddisfazione dei crediti definiti come prededucibili. In particolare, ai sensi dell'art. 111, comma 2, viene precisato che "sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge". Ora, proprio la seconda parte del comma secondo adesso citato fa sì che l'attività del professionista prestata nell'ambito del procedimento concorsuale possa condurre al sorgere di un credito prededucibile, che, ovviamente, avrà migliori probabilità di essere soddisfatto rispetto ad un credito privo di tale qualificazione.

E' necessaria una precisazione: il crescente ricorso al concordato in bianco, con finalità spesso elusive, volte a dilatare la durata degli effetti protettivi a scapito delle ragioni dei creditori, aveva di recente indotto il legislatore ad un'interpretazione autentica restrittiva dell'art. 111 comma 2 L.F., condizionando la prededucibilità dei crediti sorti in occasione e in funzione della procedura con riserva, all'effettiva presentazione della proposta e del piano nei termini fissati dal giudice, nonché all'emissione del decreto di apertura secondo quanto disposto dall'art. 163 L.F. (legge n. 9 del 21.02.2014 art. 11 c. 3 quater). Risultava tuttavia evidente, come tale orientamento, se da un lato circoscriveva efficacemente l'abuso del diritto, dall'altro poneva seri vincoli al risanamento dell'impresa in prospettiva della continuità aziendale, limitando fortemente il necessario affidamento dei terzi, in primis istituti di credito e fornitori, non sufficientemente tutelati rispetto alla prosecuzione dei rapporti commerciali e finanziari. Tant'è che l'incertezza interpretativa che ne scaturiva, unitamente ad una generale incomprendibilità della disciplina della prededuzione (come rilevato dalla stessa Relazione Illustrativa), ha ricondotto il legislatore sui propri passi, con l'abrogazione dell'art. 11 c. 3 quater contenuta nel recente D.L. 91 in vigore dal 25.06.2014, convertito dalla legge n. 116/2014. Più precisamente l'art. 11 comma 3 quater del precedente D.L. 145/2013 (convertito nella legge 9/2014) forniva un'interpretazione autentica dell'art. 111 comma 2 legge fallimentare, in forza della quale il beneficio della prededucibilità andava riconosciuto ai crediti sorti in occasione della procedura di concordato preventivo "in bianco" solo se ricorrevano congiuntamente due presupposti:

- 1) che proposta, piano e documentazione di concordato (art. 161, commi 2-3) fossero presentati entro il termine stabilito dal Tribunale, eventualmente prorogato, per il completamento della domanda con riserva;
- 2) che alla domanda di concordato con riserva facesse seguito, senza soluzione di continuità, l'effettiva apertura della procedura di concordato preventivo.

L'art. 22, comma 7 del D.L. 91/2014 ha, dunque, espressamente abrogato la precedente norma di interpretazione autentica, che di fatto limitava in modo consistente il riconoscimento del beneficio della prededuzione, rappresentando un ostacolo o quantomeno un'incongruenza rispetto ai più recenti orientamenti del legislatore in materia in materia fallimentare volti ad una maggiore efficienza della procedura concordataria e un'incentivazione dell'accesso delle imprese a questo strumento di gestione della crisi.

Pur avendo il condivisibile intento di scoraggiare fenomeni di abuso nell'utilizzo della domanda di concordato preventivo con riserva, la precedente interpretazione autentica dell'art. 111, co. 2 l.fall. rischiava di pregiudicarne la funzionalità e gli obiettivi. Diminuendo le certezze dei creditori riguardo alla garanzia del rimborso prioritario in caso di successivo fallimento, la norma abrogata:

- da un lato, rendeva più arduo per il debitore trovare fornitori e finanziatori disposti ad investire nel risanamento dell'impresa;
- dall'altro lato (e in conseguenza del timore del debitore di perdere la fiducia di fornitori e banche) disincentivava un utilizzo corretto e tempestivo del preconcordato, che da strumento fondamentale per la preservazione della continuità aziendale rischiava di divenire anticamera di concordati meramente liquidatori o di fallimenti.

Il legislatore ha quindi deciso di tornare sui propri passi, eliminando almeno uno degli elementi di incertezza presenti nella disciplina del concordato preventivo: affinché i crediti di fornitori e banche sorti durante il periodo "in bianco" siano garantiti dal beneficio della prededuzione in caso di successivo fallimento del debitore, non è più necessario che proposta, piano e documentazione del concordato siano depositati entro il termine stabilito dal Tribunale e che consegua l'effettiva apertura della procedura di concordato preventivo.

A questo punto è necessario dunque definire che cosa si intenda per "procedure concorsuali". Sul punto, nella legge fallimentare vengono individuate quattro "procedure" contraddistinte da gradi crescenti di concorsualità e di intervento del Tribunale:

- 1) il Piano Attestato ex art. 67 terzo comma lettera d) L.F.
- 2) Accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis L.F.
- 3) Concordato preventivo ex art. 160 e seguenti L.F.
- 4) Fallimento vero e proprio.

Innanzitutto, il Piano Attestato ex art. 67 terzo comma lettera d) L.F. non risulta procedura concorsuale, bensì privatistica ed anche l'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis L.F. è unanimemente considerata procedura para-concorsuale, principalmente per la previsione del pagamento integrale dei creditori dissenzienti (che ovviamente non dovranno essere più del 40% del ceto creditorio).

Secondo, la norma prende in esame tutti i crediti professionali con l'esclusione di quelli spettanti al curatore fallimentare ed al commissario giudiziale, in quanto il trattamento di questi ultimi è già chiaro dalla legge.

La questione è, dunque, se spetti al credito del professionista la prededuzione ex art. 111 u.c. L.F. nel caso in cui una delle procedure indicate al precedente num. 3 naufraghi in un successivo fallimento, con la precisazione che la dichiarazione di fallimento non è automatica nel caso in cui la procedura indicata al precedente n. 3 non dovesse andare a buon fine. Al contrario, qualora le suindicate procedure abbiano corso positivo, il problema dell'eventuale prededucibilità del credito professionale non sussiste in quanto saranno le medesime, all'interno dei rispettivi piani, a prevedere ed a definire il trattamento dei crediti vantati dai professionisti. E ancora, l'istituto della prededuzione cela alcuni nodi interpretativi che sembra opportuno tentare di sciogliere; diventa quindi fondamentale chiarire che cosa si intenda con l'espressione "sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali".

2 - L'occasionalità

Come recentemente affermato dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 5098 del 5.3.2014, **l'occasionalità** rappresenta il criterio cronologico, in base al quale sono considerati prededucibili i crediti sorti durante la procedura concorsuale, sia di fallimento che di concordato preventivo, ovvero i crediti il cui fatto costitutivo dell'obbligazione si sia perfezionato successivamente all'inizio della procedura. Altro elemento imprescindibile, come precisa la giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. I, 24.1.2014, n. 1513), richiede la riferibilità dell'obbligazione agli organi della procedura e, dunque, l'assoggettamento ad un vaglio degli stessi. Sono ricompresi in questa categoria, oltre alle spese di procedura, i crediti sorti da negozi stipulati dal curatore (ad esempio i compensi dovuti a professionisti, legali etc. incaricati dalla procedura), i crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio, i crediti risarcitori derivanti da condotte colpose degli organi della procedura. Proprio la circostanza che l'atto o fatto generatore dell'obbligazione sia posto in essere da organi della procedura ovvero sotto la loro vigilanza, giustifica il riconoscimento della prededuzione sulla base di una valutazione ex ante e presuntiva di rispondenza dell'obbligazione all'interesse della massa, rispetto alla quale appare ininfluenza il conseguimento o meno di un risultato utile per la massa dei creditori. Infine, il credito deve essere sorto nel rispetto delle regole che governano la procedura concorsuale in essere, richiedendosi la corretta individuazione del regime applicabile a ciascun atto-fonte dell'obbligazione.

3 - La funzionalità

La locuzione «**in funzione**» **rappresenta** il requisito alternativo a quello temporale e si riferisce ai crediti che, pur sorti anteriormente all'inizio della procedura in discorso, sono a

questa strumentali. L'espressione «in funzione» non può che essere assimilata alle equivalenti locuzioni «al fine di», «allo scopo di», «in vista di». Essa attribuisce natura prededucibile ai crediti sorti in necessaria correlazione tanto strumentale (quale mezzo di predisposizione all'accesso), quanto finalistica (in vista del conseguimento dell'accesso) con la presentazione della domanda di ammissione alla relativa procedura concorsuale.

Più precisamente, i crediti "in funzione" (o in collegamento funzionale) sono quelli nascenti da attività, anche di soggetti terzi rispetto alla procedura ed anche svolte anteriormente all'inizio della procedura concorsuale, destinate ad avvantaggiare il ceto creditorio. La nozione normativa consente di includervi, dunque, i crediti sorti prima dell'inizio di procedure concorsuali "minori", al fine della loro, come si vedrà, preparazione e instaurazione. In tale ambito si collocano, infatti, le attività professionali svolte al fine di rendere possibile l'inizio della procedura quali il deposito del ricorso, la redazione delle attestazioni, l'assistenza nella preparazione di piano e proposta, la predisposizione di perizie estimative.

Il criterio della funzionalità, posto dal legislatore a fondamento della prededuzione, contiene in sé una precisa tipizzazione dell'interesse della massa che, in senso lato, giustifica il particolare trattamento riservato a tali crediti. In altri termini, il legislatore ha valutato che l'essere il credito sorto al fine di rendere possibile l'avvio della procedura concorsuale, di per sé evidenzerebbe indirettamente la sua rispondenza all'interesse dell'intero ceto creditorio e ciò trova eco nel passaggio motivazione nel quale si afferma che l'accesso alla procedura concordataria costituisce di per sé un vantaggio per i creditori, in relazione alla cristallizzazione della massa, alla retrodatazione del periodo sospetto e all'inefficacia. Si giustifica così l'irrelevanza delle vicende successive all'ammissione alla procedura concordataria, quali principalmente la revoca ex art. 173 L.F. del concordato.

La correttezza di tale conclusione sembra confermata dalle seguenti considerazioni. In primo luogo, la determinazione del carattere prededucibile di un credito nel successivo fallimento è soggetta alla valutazione del giudice delegato alla procedura fallimentare, che deve verificarne la strumentalità e funzionalità rispetto alla procedura concordato preventivo. Tale funzionalità o strumentalità deve essere valutata tenendo conto altresì non solo degli automatici vantaggi per i creditori derivanti dall'introduzione della procedura concorsuale, in ragione degli effetti tipici della consecuzione, ma anche del decisivo contributo dato al conseguimento dei vantaggi per la massa dei creditori e dell'adeguatezza funzionale della prestazione resa alle necessità risanatorie dell'azienda.

In secondo luogo, con specifico riferimento ai crediti professionali sorti in funzione di procedure concorsuali, occorre tener presente alcuni ulteriori elementi di carattere sistematico che inducono a preferire questa interpretazione dell'art. 111 L.F. Da un lato, l'art. 67, 3 comma, lett. (g) dispone che non sono soggetti all'azione revocatoria «i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle

procedure concorsuali di concordato preventivo». Ciò significa che il professionista che assume il mandato di assistere una impresa in crisi nella presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo e ottiene il pagamento del proprio credito prima del deposito, non rischia di incorrere nella revocatoria fallimentare in caso di successivo fallimento dell'impresa che ha assistito. Se ciò vale per il professionista che pretende l'integrale pagamento prima del deposito della domanda, a maggior ragione dovrebbe valere per chi pattuisce un pagamento non immediato. Se il legislatore ha inteso tutelare con la concessione della non revocabilità il professionista che ha preteso l'immediato pagamento, non può non aver voluto concedere, ex art. 111 L.F., la medesima tutela al professionista che ha lavorato contro credito: a non revocatoria non può che corrispondere prededuzione.

Sono proprio queste le argomentazioni che si trovano espresse nella sentenza della Cassazione n. 6031/2014, secondo la quale l'accesso alla procedura di concordato preventivo costituisce di per sé un vantaggio per i creditori come si evince dalla disciplina degli effetti della consecuzione delle procedura, individuabili nella cristallizzazione della massa e nella retrodatazione del periodo sospetto, dovendosi presumere la sussistenza del nesso di funzionalità richiesto dalla legge per la semplice ammissione alla procedura restando irrilevanti le vicende successive.

Il massimo grado di preferenza accordato al credito, presuppone infatti l'accertamento del nesso funzionale tra l'attività prestata da soggetti terzi e il vantaggio per l'intero ceto creditorio, tanto da poter riconoscere nell'obbligazione assunta, uno strumento imprescindibile per l'accesso alla procedura concorsuale. Tale presupposto appare ancor più significativo, nella valutazione delle attività professionali svolte su incarico dello debitore ai fini dell'ammissione al concordato preventivo

Sottesa a tale impostazione vi è la condivisibile esigenza di conferire certezza al regime giuridico dei crediti in esame, laddove la subordinazione del riconoscimento della prededuzione a valutazioni di utilità ex post, ovvero a possibili sbocchi infausti, talora imprevedibili o incolpevoli, della procedura, implicherebbe un elevato tasso di incertezza circa l'effettiva collocazione del credito e allontanerebbe i terzi dalla contrattazione con l'impresa in crisi condannandola all'isolamento e all'irreversibile. L'emissione del decreto di ammissione ex art. 163 L.F. è ritenuta requisito indispensabile per configurare una procedura concorsuale aperta cui "agganciare" il successivo fallimento. Qualora al ricorso ex art. 161 L.F. non segua dunque siffatta dichiarazione di ammissibilità, il riconoscimento della prededuzione sarebbe conseguentemente precluso non ravvisandosi *consecutio*.

In estrema sintesi, il criterio di collegamento funzionale implica che il fine ultimo dell'obbligazione professione per godere della prededucibilità debba essere ricercato, in chiave sistematica, direttamente nel vantaggio economico del ceto creditorio. la locuzione "in

funzione" comporta, indipendentemente da considerazioni cronologiche, un nesso di causalità tra un'attività (quella del professionista) e la finalità che essa si propone. E' questo il nodo interpretativo sul quale occorre soffermarsi.

In precedenza, la Corte di Cassazione aveva assunto un orientamento restrittivo sull'argomento, richiedendo per il riconoscimento della prededucibilità dei crediti funzionali, oltre al nesso strumentale con la procedura concorsuale in preparazione, la verifica dell'ulteriore profilo della rispondenza dell'atto/fatto genetico agli interessi dei creditori. In particolare, secondo Cass., sez. I, 13.12.2013, n. 27926, "il necessario collegamento occasionale o funzionale con la procedura concorsuale, ora menzionato dalla L. F., art. 111, va inteso non soltanto con riferimento al nesso tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, ma anche con riguardo alla circostanza che il pagamento del credito, ancorché avente natura concorsuale, rientri negli interessi della massa e dunque risponda agli scopi della stessa, in quanto utile alla gestione fallimentare" ed ancora "può essere riconosciuta la collocazione in prededuzione nella misura in cui le relative prestazioni si pongano in rapporto di adeguatezza funzionale con le necessità risanatorie dell'impresa e siano state in concreto utili per i creditori, per aver loro consentito una sia pur contenuta realizzazione dei crediti" (in senso analogo v. anche Cass., sez. I, 8.4.2013 n. 8534).

Uno degli aspetti problematici è quello relativo alle prestazioni professionali svolte anteriormente all'inizio della procedura concordataria e non direttamente connesse a questa in quanto non strumentali al compimento di atti della procedura stessa.

Sul punto è intervenuta la Cassazione che con la sentenza n. 8958 del 17.04.2014 stabilisce che il credito del professionista per prestazioni rese in giudizi già pendenti al momento della domanda di ammissione al concordato preventivo in virtù di incarichi precedentemente conferiti e riguardante crediti poi fatti valere nei confronti della società fallita va soddisfatto in prededuzione nel successivo fallimento, ove ne emerga, nell'ambito dell'accertamento previsto dall'art. 111 L.F., l'adeguatezza funzionale agli interessi della massa. Invero, l'art. 111, secondo comma, L.F. allo scopo di incentivare il ricorso alle procedure concorsuali alternative al fallimento, attribuisce il carattere della prededucibilità a tutti i crediti per i quali sussiste il necessario collegamento occasionale o funzionale con la procedura concorsuale, da intendersi non soltanto con riferimento al nesso tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, ma anche con riguardo alla circostanza che il pagamento del credito, ancorché avente natura concorsuale, risponda agli scopi della procedura stessa, per i vantaggi che reca in termini di accrescimento dell'attivo o di salvaguardia della sua integrità, indipendentemente dalla presenza o meno di una preventiva autorizzazione degli organi della Procedura.

E ancora, l'attività del professionista deve essere direttamente funzionale al perseguimento degli interessi dei creditori, e dunque il vantaggio della massa creditoria "non può riconoscersi

la prededuzione per le attività professionali prestate nell'interesse del debitore, che non abbiano portato al deposito di una proposta concordataria, poiché mancherebbe la "funzionalità" - intesa nei termini esposti - richiesta dall'F". In definitiva, dunque, viene affermato il principio per cui soltanto se l'attività del professionista, in concreto, abbia avuto una qualche utilità per la massa dei creditori può dirsi soddisfatto il criterio della funzionalità che, solo, giustifica la prededucibilità del credito del professionista per l'attività svolta. E ancora, ai fini della prededucibilità dei crediti professionali, non può prescindersi dal requisito dell'adeguatezza funzionale rispetto alle necessità risanatorie dell'impresa e all'utilità in concreto per i creditori (in termini di una sia pur contenuta realizzazione dei crediti), queste essendo le finalità della procedura concorsuale. L'esistenza di tali requisiti va verificata caso per caso tenendo conto delle modalità di adempimento dell'incarico professionale, del contenuto degli atti depositati presso il Tribunale, delle modalità di definizione della procedura e della sua complessità, della relazione tra le diverse procedure in caso di consecuzione tra le stesse, con o senza soluzione di continuità.

Un punto deve essere tenuto fermo: poiché non è sostenibile che la prestazione professionale abbia ad oggetto la presentazione di concordati palesemente non fattibili o addirittura inammissibili, destinati ad avere funzione meramente dilatoria del fallimento o addirittura a offrire la veste giuridica e processuale di vere e proprie frodi ai creditori, occorrerà grande attenzione e sensibilità degli organi della procedura nell'eccepire, ai sensi dell'art. 1218 e 1460 c.c., l'inadempimento o l'inesatto adempimento del professionista (avvocato, commercialista di fiducia, attestatore o perito che sia) nel confezionamento di concordati, in definitiva, sprovvisti del necessario profilo causale (identificato nella idoneità a regolare la crisi offrendo ai creditori un sia pure parziale, ma minimamente apprezzabile soddisfacimento, alla stregua di Cass., sez. un., sentenza n. 1521 del 23.01.2013), ovvero nel confezionamento di attestazioni, perizie, piani carenti, reticenti se non falsi, comunque non corrispondenti al modello legale idoneo allo scopo della piena, veridica e completa informazione dei creditori.

E ancora, alcune ipotesi di ricorso abusivo o anche solo improvvido alla procedura concordataria, paiono presentare profili di non corretta esecuzione della prestazione professionale che il curatore del successivo fallimento non dovrebbe mancare di rilevare, negando *tout court* l'ammissione al passivo del credito.

4 - Sentenze

Sull'argomento si segnala la sentenza del Tribunale di Milano, 3 aprile 2014, secondo il quale 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.

Si segnala la sentenza della Corte di Cassazione, sez. VI, 9 settembre 2014, n. 18922, secondo la quale l'art. 111 l.f. costituisce norma generale, applicabile a tutte le procedure concorsuali, deve essere ammesso in prededuzione al passivo del fallimento il credito vantato dal professionista in virtù delle prestazioni professionali prestate, inerenti l'esame e lo studio della situazione patrimoniale e finanziaria della società, poi fallita, e la redazione e presentazione dell'istanza di fallimento in proprio.

Si segnala altresì la sentenza del Tribunale di Forlì, 22 ottobre 2014, secondo il quale la prededuzione può essere riconosciuta sulla scorta di due distinti e autonomi criteri: quello cronologico, relativo ad atti posti in essere in costanza della procedura, e quello teleologico, relativo ad atti anteriori alla procedura ma ad essa funzionali. In forza del combinato disposto di cui agli artt. 67, comma 3, lett. g), e 111, comma 2, L.F. devono dunque essere considerati crediti prededucibili, assunti in funzione delle procedure concorsuali, anche quelli aventi per oggetto la prestazione di servizi strumentali alle procedure, dovendosi intendere l'enunciato "strumentale" come sinonimo di "funzionale". Ne consegue che sono crediti prededucibili quelli inerenti all'attività effettuata dal professionista in favore dell'imprenditore, poi dichiarato fallito, in conseguenza dell'ammissione del concordato preventivo e i crediti del Commissario giudiziale nella prima procedura di concordato preventivo, non assumendo detti crediti natura concorsuale per il fatto di essere sorti in un momento antecedente al fallimento.

Si segnala il decreto del Tribunale di Firenze del 25.06.2014, emesso nel corso di un giudizio di opposizione allo stato passivo promosso da un professionista che in sede di ammissione al passivo si era visto negare la prededuzione. Detto decreto riconosce in la prededucibilità del compenso del professionista che ha assistito la società nella presentazione della domanda di fallimento in proprio.

Si segnalano, infine, sull'argomento, le seguenti pronunce della Cassazione: sentenza n. 8533 del 8.04.13, sentenza n. 8958 del 17.04.2014, la sentenza n. 19013 del 10.09.2014 e la sentenza n. 1765/2015. Infine si evidenzia che sono intervenuti sull'argomento pure il Tribunale di Vicenza (con la pronuncia del 14.03.2014) e quello di Monza (pronuncia del 23 ottobre 2014).

5 – conclusioni

Nel caso in cui al professionista non spetti la preducibilità, in caso di successivo fallimento, non è da escludere che al credito spetti il privilegio ex art. 2751 bis n. 2) c.c.

Gruppo formato da:

Chiara Bozzano

Michela Reginato

Stefano Babini

Stefania Tarantola