



*I QUADERNI DI APPROFONDIMENTO
DELLA
COMMISSIONE DIRITTO FALLIMENTARE*

TITOLI DI PRIVILEGIO

Giugno 2019

Presidente Commissione: **Chiara Ruffini**

Coordinatore gruppo autori: **Giuseppe Bongiovanni**

AUTORI

**Fabio Forconi, Rodolfo Raccagni, Giulia Raccagni, Loretta Zannoni,
Cristiana Cavina, Barbara Chiarini, Andrea Spitali, Milena Montini,
Laura Alpi, Donatella Poggiali, Giulia Casadio; Giuseppe Bongiovanni**

COMMISSIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE
GRUPPO DI STUDIO: "TITOLI DI PRIVILEGIO"

CAPITOLO n. 1

Il Privilegio riconosciuto dall'art. 2751-bis n. 2 C.C. al credito dei professionisti e degli altri prestatori d'opera per le retribuzioni, contributi previdenziali ed IVA alla luce delle modifiche introdotte dall'art. 1, comma 474 della Legge 205/2017 (Finanziaria per il 2018)

Fabio Forconi

CAPITOLO n. 2

Il credito delle società tra professionisti

CAPITOLO n. 3

Il credito per compensi ad amministratori operativi e ad amministratori nominati quali professionisti iscritti ad ordini professionali

Rodolfo Raccagni - Giulia Raccagni

CAPITOLO n. 4

Il liquidatore volontario e giudiziale nominato in società in bonis

Loretta Zannoni - Cristiana Cavina - Barbara Chiarini

CAPITOLO n. 5

I crediti di professionisti di un concordato omologato e successivamente revocato ad istanza di un creditore oppure di un accordo di ristrutturazione concluso ma mai eseguito e sfociato in un fallimento (*advisors*, attestatore e periti nominati dalla società, commissari, periti, consulenti, inclusa società di revisione, nominati dalla procedura).

Andrea Spitali

CAPITOLO n. 6

Privilegio Artigiano

Milena Montini - Laura Alpi - Donatella Poggiali

CAPITOLO n. 7

Crediti spettanti a società cooperative di produzione e lavoro e relativa documentazione a supporto

Giulia Casadio

CAPITOLO n. 8

Privilegio di natura pubblica ex art. 9, comma 5, d.lgs. 123/1998

Marco Minguzzi

CAPITOLO n. 9

Crediti di professionisti in relazione a competenze maturate nell'ambito di una precedente procedura concorsuale ammessa con provvedimento del Tribunale e poi non andata a buon fine // Concordato ammesso e poi non omologato con successivo fallimento del soggetto proponente ecc...- (*advisors*, attestatore e periti nominati dalla società, commissari, periti, consulenti, inclusa società di revisione, nominati dalla procedura)

Il Privilegio riconosciuto dall'art. 2751-bis n. 2 C.C. al credito dei professionisti e degli altri prestatori d'opera per le retribuzioni, contributi previdenziali ed IVA alla luce delle modifiche introdotte dall'art. 1, comma 474 della Legge 205/2017 (Finanziaria per il 2018)

TESTO ATTUALMENTE VIGENTE

ART. 2751-BIS N. 2 C.C.

“Hanno privilegio generale sui mobili i crediti riguardanti:

- 1) *“omissis”*
- 2) *Le retribuzioni dei professionisti, compresi il contributo integrativo da versare alla rispettiva cassa di previdenza ed assistenza e il credito di rivalsa per l'imposta sul valore aggiunto, e di ogni altro prestatore d'opera intellettuale dovute per gli ultimi due anni di prestazione.”;*
- 3) *“omissis”*

GIURISPRUDENZA RECENTE / EVENTUALE DOTTRINA DI RILIEVO

1. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Sentenza n. 5685 del 20.03.2015

*“Le norme sui privilegi sono disposizioni di diritto civile che attengono alla qualità di alcuni crediti, consistente nella loro prelazione rispetto ad altri, per cui trova applicazione, salvo espressa deroga normativa, il principio generale di cui all'articolo 11 delle preleggi, secondo cui **le leggi non sono retroattive**. Ne consegue che la modifica legislativa, che abbia introdotto un nuovo privilegio o abbia introdotto modifiche ad uno già esistente, si applica **solo se il credito sia sorto nello stesso giorno o in un giorno successivo rispetto al momento in cui la legge entra in vigore** e pertanto la graduazione dei crediti si individua avendo riguardo al momento in cui il credito sorge e non quando viene fatto valere.”.*

2. Circolare 23 gennaio 2018 Seconda Sezione Civile del Tribunale di Milano

Secondo i giudici del Tribunale di Milano, l'operatività del nuovo privilegio generale riconosciuto al credito per rivalsa dell'IVA ed al contributo previdenziale accessori ai crediti dei professionisti e dei prestatori d'opera intellettuale, va riconosciuto solamente ai **crediti professionali maturati successivamente alla entrata in vigore della legge di bilancio 2018 (e quindi dal 01.01.2018)**.

3. Si evidenzia l'esistenza di una ordinanza emessa in data 11.01.2018 dal G.D. del Tribunale di Udine che dichiara rilevante e non manifestamente infondata (e pertanto sollevata d'Ufficio) la questione di illegittimità costituzionale, con riferimento all'art. 3 della Costituzione, dell'art. 2751-bis, n. 2

C.C. (come recentemente modificato dall'art. 1, comma 474, della Legge 27.12.2017 n. 205) nella parte in cui estende anche al credito per rivalsa I.V.A. il privilegio generale ivi attribuito al credito per le retribuzioni dei professionisti.

4. Si segnala la Sentenza n. 170 del 04.07.2013 della Corte Costituzionale, che ha ritenuto che “*secondo i principi generali delle procedure fallimentari, l'introduzione di un nuovo privilegio da parte del legislatore deve sempre ricevere immediata applicazione da parte del giudice delegato, dal momento che le norme processuali sulla gradazione dei crediti si individuano avendo riguardo al momento in cui il credito viene fatto valere*” (si sottolinea comunque che la pronuncia che precede faceva riferimento ad una modifica normativa con riferimento alla quale il legislatore aveva espressamente stabilito la retroattività, concentrando quindi la sua analisi sulla portata retroattiva della stessa)

SIMULAZIONE PROPOSTA DEL CURATORE

Il Curatore, vista la documentazione presentata dal creditore istante che chiede l'ammissione al passivo del credito per onorari professionali, contributo previdenziale e IVA di rivalsa con riconoscimento del privilegio ex art. 2751-bis n. 2 C.C. per tutte le poste

I p o t e s i 1)

Propone l'ammissione come richiesto, trattandosi di prestazioni professionali terminate in data successiva al 01.01.2018 e quindi a crediti professionali maturati successivamente alla entrata in vigore della Legge 205/2017 che ha modificato l'art. 2751-bis n. 2 c.c. estendendo il privilegio riconosciuto alla retribuzione spettante al professionista o prestatore d'opera intellettuale anche al contributo integrativo da versare alla rispettiva cassa di previdenza ed assistenza ed al credito di rivalsa per l'imposta sul valore aggiunto (NOTA: naturalmente verificato anche il requisito degli ultimi due anni di prestazione, dove il conteggio dei due anni decorre non dalla data del fallimento, bensì da quella in cui l'incarico è stato portato a termine o comunque è cessato – Ordinanza Cassazione n. 18685 depositata il 27.07.2017).

I p o t e s i 2)

Propone l'ammissione in privilegio come richiesto limitatamente agli onorari, in quanto relativi a prestazioni terminate precedentemente alla data del 01.01.2018 e quindi a crediti professionali maturati prima della entrata in vigore della Legge 205/2017 che ha modificato l'art. 2751-bis n. 2 C.C. ed esteso il privilegio riconosciuto alla retribuzione spettante al professionista o prestatore d'opera intellettuale anche al contributo integrativo da versare alla rispettiva cassa di previdenza ed assistenza ed al credito di rivalsa per l'imposta sul valore aggiunto; il tutto ritenendo applicabile *il principio generale di cui all'articolo 11 delle preleggi secondo cui le leggi non sono retroattive*, con la conseguenza che la modifica legislativa che abbia

introdotto un nuovo privilegio o abbia introdotto modifiche ad uno già esistente, si applica solo se il credito sia sorto nello stesso giorno o in un giorno successivo rispetto al momento in cui la legge entra in vigore e pertanto la graduazione dei crediti si individua avendo riguardo al momento in cui il credito sorge e non quando viene fatto valere.; propone quindi l'ammissione di contributo integrativo e iva di rivalsa per l'imposta sul valore aggiunto in sede chirografaria, non potendosi riconoscere, per quest'ultima posta, neanche il privilegio speciale di cui all'art. 2758, comma 2 C.C., trattandosi di prestazioni di servizi (NOTA: per Dottori Commercialisti il privilegio è riconosciuto anche sul contributo integrativo).

DOCUMENTAZIONE CHE IL CREDITORE DEVE PRODURRE:

- certificato di iscrizione all'Albo/Ordine Professione o autocertificazione attestante tale iscrizione;
- lettera di incarico professionale e/o contratto di consulenza avente data certa anteriore al fallimento, contenente preventivo degli onorari/competenze accettato dal debitore;
- nota/parcella relativa e onorari e competenze per l'ammontare del credito richiesto con indicazione di eventuali acconti già ricevuti;
- indicazione dell'importo dell'IVA e del Contributo qualora non sia ancora stata emessa fattura;
- indicazione della data in cui le prestazioni per le quali si chiede l'ammissione sono state concluse (e quindi il credito è divenuto liquido ed esigibile) nonché la data di conclusione della collaborazione professionale;
- dettagliata relazione sull'attività svolta a favore del debitore, completa della documentazione probatoria ovvero degli atti più significativi posti in essere.

Il credito delle società tra professionisti

1. NORMATIVA DI RIFERIMENTO

L'art. 2751-bis c.c., così rubricato "Crediti per retribuzioni e provvigioni, crediti dei coltivatori diretti, delle società od enti cooperativi e delle imprese artigiane", recita:

"Hanno privilegio generale sui mobili i crediti riguardanti:

(omissis)

2) le retribuzioni dei professionisti, compresi il contributo integrativo da versare alla rispettiva cassa di previdenza ed assistenza e il credito di rivalsa per l'imposta sul valore aggiunto, e di ogni altro prestatore d'opera intellettuale dovute per gli ultimi due anni di prestazione;

(omissis)".

Nell'esame della natura del credito vantato da società tra professionisti si fa riferimento a quelle società che hanno per oggetto l'esercizio in via esclusiva di attività professionali da parte dei soci, i quali possono essere rappresentati sia da professionisti iscritti a Ordini, Albi e Collegi, sia da soggetti (persone fisiche o giuridiche) non professionisti che prendono parte alla compagine sociale solamente per lo svolgimento di prestazioni tecniche (socio d'opera) o con finalità di investimento (socio di capitale). Ai fini di una miglior comprensione del quadro normativo che regola tale disciplina, è bene precisare inoltre che, in sede di conferimento dell'incarico, il cliente deve designare il socio o i soci in possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento della prestazione professionale che eseguiranno l'incarico, in ottemperanza all'art. 2232 c.c. che prevede che il prestatore d'opera intellettuale debba eseguire personalmente l'incarico assunto.

La giurisprudenza di legittimità, più volte espressasi sul tema nel corso degli anni, afferma che la domanda di insinuazione allo stato passivo del fallimento proposta da uno studio associato (n.d.r. o da una società tra professionisti) faccia presumere l'esclusione della personalità del rapporto d'opera professionale, fonte di quel credito, con conseguente insussistenza dei presupposti per l'insinuazione in via privilegiata *ex art. 2751-bis n. 2 c.c.* È tuttavia possibile fornire la prova che il credito si riferisca ad una prestazione svolta personalmente dal professionista, in via esclusiva o prevalente, di pertinenza del medesimo, anche se formalmente richiesto dall'associazione professionale (n.d.r. o dalla società tra professionisti). In conclusione, quindi, il fatto che il creditore sia inserito in un'associazione professionale o società tra professionisti non può comportare di per sé la conseguente ed automatica esclusione del privilegio di cui all'art. 2751-bis n. 2 c.c. Tuttavia, in tale ipotesi, è pur sempre necessario che il rapporto di prestazione d'opera si instauri esclusivamente e direttamente tra il singolo

professionista ed il cliente; soltanto in tal caso si può ritenere che il credito abbia per oggetto prevalente la remunerazione di un'attività lavorativa.

2. GIURISPRUDENZA RECENTE

Corte di Cassazione, Ordinanza n. 9927 del 20.04.2018

L'Ordinanza in oggetto ripercorre le affermazioni delle sentenze di seguito esposte, contribuendo a consolidare ulteriormente l'orientamento già precedentemente ben definito.

Corte di Cassazione, Sentenza n. 6285 del 31.03.2016

"(omissis) la domanda di insinuazione al passivo fallimentare proposta da uno studio associato fa presumere l'esclusione della personalità del rapporto d'opera professionale da cui quel credito è derivato e, dunque, l'insussistenza dei presupposti per il riconoscimento del privilegio ex art. 2751 bis c.c., n. 2. Resta, tuttavia, salva l'ipotesi - nella quale il privilegio può trovare applicazione - che l'istante dimostri che il credito si riferisca ad una prestazione svolta personalmente dal professionista, in via esclusiva o prevalente, e sia di pertinenza dello stesso professionista, pur se formalmente richiesto dall'associazione professionale."

Corte di Cassazione, Sentenza n. 17027 del 11/07/2013

"La proposizione della domanda d'ammissione allo stato passivo da parte dello studio professionale, in quanto pone, secondo consolidato orientamento, una mera presunzione d'esclusione della personalità del rapporto professionale, resta superata e vinta in presenza di documentazione che consenta d'individuare i compensi riferiti alle prestazioni direttamente e personalmente svolte dal singolo associato allo studio e, in simile evenienza, non può precludere di per sé il riconoscimento della prelazione a quel singolo personale credito. La stretta correlazione posta dal disposto dell'art. 2751 bis, n. 2 c.c. tra il privilegio e la causa del credito consente di valorizzare l'interesse specifico perseguito dal creditore e dunque di orientare l'interpretazione della voluntas legis, estendendone l'applicazione oltre il mero dato letterale, sulla base di un percorso esegetico ritenuto in giurisprudenza ammissibile."

Corte di Cassazione, Sentenza n. 22439 del 22.10.2009

"Il privilegio generale sui beni mobili del debitore, previsto dall'art. 2751-bis c.c. per le retribuzioni dei professionisti, trova applicazione anche nel caso in cui il creditore sia inserito in un'associazione professionale, costituita con altri professionisti per dividere le spese e gestire congiuntamente i proventi della propria attività, a condizione che il rapporto di prestazione d'opera si instauri tra il singolo professionista ed il cliente, soltanto in tal caso potendosi ritenere che il credito abbia per oggetto prevalente la remunerazione di un'attività lavorativa, ancorché comprensiva delle spese organizzative essenziali al suo autonomo svolgimento."

Corte di Cassazione, Sentenza n. 5002 del 18.04.2000

"(omissis) il privilegio generale sui mobili del debitore, previsto dall'articolo 2751 bis c.c., n. 2, garantisce solo i compensi professionali spettanti al singolo professionista o prestatore d'opera per il lavoro personale svolto in forma autonoma, con esclusione di quei compensi che, sia pure in misura minima, contengano remunerazione di capitale. Quest'ultima fattispecie

ricorre necessariamente ogni qual volta venga in considerazione l'ipotesi di compensi dovuti a professionisti che esercitino la loro attività lavorativa in forma societaria."

3. SIMULAZIONE PROPOSTA DEL CURATORE

Il curatore, vista la documentazione presentata dal creditore istante in qualità di professionista socio di società tra professionisti che chiede l'ammissione al passivo del credito per il compenso con riconoscimento del privilegio *ex art. 2751-bis n. 2 c.c.*, propone:

1. l'ammissione del credito in chirografo, in quanto deve escludersi il privilegio di cui all'*art. 2751-bis n. 2 c.c.* perché riferibile ad un credito vantato da società tra professionisti per una prestazione professionale che è frutto di un'attività organizzata anziché del lavoro personale del singolo professionista;
2. l'ammissione del credito in privilegio di cui all'*art. 2751-bis n. 2 c.c.* perché, sebbene il credito sia vantato da società tra professionisti, dai documenti prodotti emerge che la prestazione professionale deriva da un rapporto instaurato esclusivamente e direttamente tra il singolo professionista ed il fallito.

4. DOCUMENTAZIONE CHE IL CREDITORE DEVE PRODURRE

- parcelle/Fatture, parzialmente o totalmente non pagate (con verifica del limite temporale di sussistenza del privilegio);
- eventuale parere del Consiglio dell'Ordine di appartenenza attestante la congruità delle parcelle prodotte;
- statuto della società tra professionisti ed atto costitutivo;
- eventuale libro soci;
- certificato della locale C.C.I.A.A., dal quale risulti l'iscrizione dell'istanza alla sezione speciale delle S.t.p. del Registro delle Imprese;
- certificato di iscrizione all'Albo tenuto presso l'Ordine o il Collegio professionale di appartenenza dei soci professionisti;
- lettera di conferimento di incarico alla società tra professionisti, con elezione del socio/dei soci scelti dal cliente per l'esecuzione dell'incarico;
- documentazione comprovante l'effettivo svolgimento delle prestazioni di cui si richiede il compenso, costituita ad esempio da missive indirizzate al soggetto debitore per i contatti necessari allo svolgimento dell'incarico professionale ricevuto, parere scritto reso in ragione dell'incarico professionale ricevuto, ecc.

Il credito per compensi ad amministratori operativi e ad amministratori nominati quali professionisti iscritti ad ordini professionali

1. NORMATIVA DI RIFERIMENTO

L'art. 2751-bis c.c., così rubricato "Crediti per retribuzioni e provvigioni, crediti dei coltivatori diretti, delle società od enti cooperativi e delle imprese artigiane", recita:

"Hanno privilegio generale sui mobili i crediti riguardanti:

(omissis)

2) le retribuzioni dei professionisti, compresi il contributo integrativo da versare alla rispettiva cassa di previdenza ed assistenza e il credito di rivalsa per l'imposta sul valore aggiunto, e di ogni altro prestatore d'opera intellettuale dovute per gli ultimi due anni di prestazione;

(omissis)".

Il testo dell'attuale n. 2) è stato così modificato dall'art. 1, comma 474, [L. 27 dicembre 2017, n. 205](#), a decorrere dal 1° gennaio 2018. Il testo del previgente n. 2) era il seguente:

"2) le retribuzioni dei professionisti e di ogni altro prestatore d'opera intellettuale dovute per gli ultimi due anni di prestazione".

In seguito a tale modifica gli organi delle procedure, nel momento in cui dovranno accertare e/o disporre il pagamento del credito per prestazioni professionali, saranno obbligati a pagarne, contestualmente, oltre al contributo alla cassa di previdenza, anche l'importo IVA per rivalsa, indipendentemente dall'esistenza del bene gravato, dal momento che il legislatore ha disposto il mutamento del privilegio da speciale (*ex art. 2758*) a generale, facendolo assurgere al livello di quello professionale.

2. GIURISPRUDENZA RECENTE

Cass. Civile 21 febbraio 2017 n. 4406

Cass. Civile 15 dicembre 2017 n. 30207

Cass. Civile 7 marzo 2018 n. 5489

I giudici della Suprema Corte hanno sostanzialmente confermato il loro pensiero, già manifestato in sentenze meno recenti, rimarcando le seguenti linee di orientamento:

1) l'attività svolta dagli amministratori non è riconducibile né alla prestazione d'opera intellettuale, né al contratto d'opera poiché non presenta gli elementi del perseguimento di un risultato con la conseguente sopportazione del rischio. In effetti l'*opus* che l'amministratore si impegna a fornire alla società, a

differenza di quello del prestatore d'opera, non è determinato dai contraenti preventivamente, né è determinabile aprioristicamente, identificandosi con la stessa attività d'impresa e rimane caratterizzato dai poteri organizzativi autonomi dei fattori della produzione;

2) la mancata estensione del privilegio risponde ad una precisa scelta del legislatore fondata su ragioni di equità: il regime dei privilegi assume pratico rilievo soprattutto nei casi di insolvenza del debitore e apparirebbe poco plausibile che proprio i crediti di coloro che hanno condotto la gestione dell'impresa, e magari che hanno anche provocato la crisi della medesima o sono stati incapaci di evitarla, siano preferiti agli altri creditori;

3) nel caso di contemporanea sussistenza della qualifica di amministratore e della qualifica di professionista iscritto ad ordini professionali (esercante una cosiddetta "professione protetta"), risulta necessario dimostrare, con riferimento al credito vantato, di aver ricevuto l'incarico come professionista iscritto e non come consigliere. In mancanza di tale prova, l'attività non è riconducibile alla prestazione d'opera intellettuale di un professionista estraneo all'impresa, ma alle funzioni di amministratore. In sostanza occorre dimostrare che il credito azionato si riferisca ad un rapporto d'opera professionale distinto dal rapporto relativo alle funzioni di amministratore.

3. Proposta del curatore e documenti da richiedersi necessariamente in allegato.

Ipotesi 1)

Richiesta di ammissione in privilegio del credito genericamente vantato dall'amministratore.

Il curatore, vista la documentazione presentata dal creditore istante in qualità di amministratore di società che chiede l'ammissione al passivo del credito per il compenso con riconoscimento del privilegio *ex art. 2751-bis n. 2 c.c.*, propone l'ammissione del credito in chirografo, in quanto deve escludersi il privilegio di cui all'*art. 2751-bis n. 2 c.c.* perché non riconducibile ad una prestazione d'opera intellettuale né al contratto d'opera, in quanto non presenta gli elementi del perseguimento di un risultato con la conseguente sopportazione del rischio.

Documentazione richiesta: copia della deliberazione di nomina dell'assemblea dei soci; eventuale copia della deliberazione che ha aumentato il compenso spettante agli amministratori; cedolini paga per i quali non è stato effettuato in tutto o in parte il pagamento da parte della società.

Ipotesi 2)

Richiesta di ammissione in privilegio del credito vantato dall'amministratore nominato quale professionista iscritto a determinato ordine professionale.

a) Il curatore, vista la documentazione presentata dal creditore istante in qualità di amministratore di società che chiede l'ammissione al passivo del credito per il compenso con riconoscimento del privilegio *ex art. 2751-bis n. 2 c.c.*, propone l'ammissione del credito in chirografo, in quanto, nonostante l'amministratore rivesta la qualifica di professionista iscritto ad ordine professionale,

deve escludersi il privilegio di cui all'art. 2751-bis n. 2 c.c. perché non riconducibile ad una prestazione d'opera intellettuale né al contratto d'opera, in quanto non presenta gli elementi del perseguimento di un risultato con la conseguente sopportazione del rischio.

Documentazione richiesta: copia della deliberazione di nomina dell'assemblea dei soci; eventuale copia della deliberazione che ha aumentato il compenso spettante agli amministratori; eventuale conferimento di incarico professionale; parcelle/fatture di cui si richiede il compenso, parzialmente o totalmente non pagate (con verifica del limite temporale di sussistenza del privilegio, nonché del limite temporale in cui è sorto il credito ai fini dell'applicabilità della modifica legislativa con riferimento al pagamento ulteriore del Contributo Previdenziale e dell'IVA di rivalsa).

- b) Il curatore, vista la documentazione presentata dal creditore istante in qualità di amministratore di società che chiede l'ammissione al passivo del credito per il compenso con riconoscimento del privilegio *ex art. 2751-bis n. 2 c.c.*, propone l'ammissione del credito in privilegio, in quanto l'amministratore rivesta la qualifica di professionista iscritto ad ordine professionale e il proprio credito fa riferimento ad un distinto rapporto professionale.

Documentazione richiesta: copia della deliberazione di nomina dell'assemblea dei soci; eventuale copia della deliberazione che ha aumentato il compenso spettante agli amministratori; eventuale conferimento di incarico professionale; parcelle/fatture di cui si richiede il compenso, parzialmente o totalmente non pagate (con verifica del limite temporale di sussistenza del privilegio, nonché del limite temporale in cui è sorto il credito ai fini dell'applicabilità della modifica legislativa con riferimento al pagamento ulteriore del Contributo Previdenziale e dell'IVA di rivalsa).

Il liquidatore volontario e giudiziale nominato in società in bonis

In merito al credito del liquidatore, si fa riferimento sia alla figura del liquidatore volontario cioè nominato dall'Assemblea dei soci, che alla figura del liquidatore giudiziale nominato dal Tribunale competente per una società sciolta in bonis per effettuare la fase di liquidazione societaria.

IL LIQUIDATORE VOLONTARIO

Per giurisprudenza consolidata il credito per il compenso in favore del liquidatore come sopra nominato non è assistito da privilegio di cui all'art. 2751 bis, n. 2 cod. civ. ma ha natura chirografaria. La ragione fondamentale di tale esclusione del privilegio è oltretutto dedotta dalla natura del loro rapporto con la società; detto rapporto infatti non è assimilabile ad un contratto d'opera perché non presenta gli elementi del perseguimento di un risultato con la conseguente sopportazione del rischio. L'opus che il liquidatore s'impegna a fornire alla società non è infatti predeterminato dai contraenti, né può dirsi aprioristicamente determinabile, sebbene si identifichi con l'attività d'impresa in sé considerata.

GIURISPRUDENZA RECENTE/EVENTUALE DOTTRINA DI RILIEVO

Corte di Cassazione Sentenza n. 4769 del 7.2.2014

“ Il credito del compenso in favore dell'amministratore o liquidatore di società non è assistito dal privilegio generale di cui all'art. 2751 bis, n. 2, cod.civ., atteso che l'amministratore o liquidatore non fornisce una prestazione d'opera intellettuale, né (e ciò rileva a seguito della sentenza n. 1 del 1998 della Corte Costituzionale, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il riferimento della norma citata ai soli prestatori d'opera intellettuale) il contratto tipico che lo lega alla società è assimilabile al contratto d'opera di cui agli artt. 2222 e ss. cod. civ.: di quest'ultimo, infatti, non presenta gli elementi del perseguimento di un risultato con la conseguente sopportazione del rischio, e l'opus (e cioè l'amministrazione) che l'amministratore o il liquidatore si impegna a fornire non è – a differenza di quello del prestatore d'opera – determinato dai contraenti preventivamente, né è determinabile aprioristicamente, identificandosi con la stessa attività d'impresa” (Conf. Cass. N. 13805/2004; Cass. N. 11652/2007).

Corte di Cassazione, Sez. I civ., Sentenza n. 5489 del 7.3.2018

“ Non può essere ammesso al passivo in privilegio, ai sensi dell'art. 2751 bis n. 2 cod. civ., il credito spettante, quale compenso, al liquidatore di una società in liquidazione coatta amministrativa, dal

momento che il rapporto tra questi e la società in fase di liquidazione non è assimilabile al contratto d'opera perché non presenta gli elementi del perseguimento di un risultato con la conseguente sopportazione del rischio, stante che l'opus di gestione dell'impresa che il liquidatore si è prestato a fornire non risulta né predeterminato, né aprioristicamente determinabile, ed anche in ragione del fatto che appare poco plausibile che il credito di colui che ha gestito l'impresa, sia esso l'amministratore o il liquidatore, sia preferito a quello degli altri creditori.”

Questa tesi è stata ripresa dalla giurisprudenza di merito che, unanimemente, esclude che il credito relativo al compenso del liquidatore di una società sia assistito dal privilegio ex art. 2751 bis n. 2 c.c. (Trib. Monza, 06/02/2008; Trib. Milano 30/05/2007; Trib. Reggio Calabria, 13/01/2006; Trib. Vicenza, 15/10/2004, ecc.). Questo discorso vale sia per il liquidatore nominato dall'assemblea dei soci che dal tribunale, in quanto ciò che viene in rilievo non è la fonte dell'incarico, ma il contenuto, che è identico in entrambi i casi.

Inoltre, poiché caratteristica essenziale dell'impegno del prestatore d'opera è il perseguimento di un risultato e la sopportazione del rischio per l'ipotesi in cui esso non venga perseguito, tale schema negoziale mal si addice al rapporto organico, fra amministratore o liquidatore e società, dal quale esula la previsione del risultato, in quanto per sua natura inconciliabile con la natura stessa dell'attività di gestione dell'impresa collettiva e di predisposizione degli strumenti necessari al suo esercizio, tanto che l'amministratore come il liquidatore hanno diritto al compenso quale che sia il risultato della loro attività, apprezzabile o non in termini economici, sia esso conforme alle aspettative dei soci, ovvero criticabile.

SIMULAZIONE PROPOSTA DEL CURATORE

Il curatore vista la documentazione presentata dal creditore istante in qualità di liquidatore della società (sia nominato dall'assemblea dei soci che dal Tribunale) che chiede l'ammissione al passivo del credito per il compenso con riconoscimento del privilegio ex art. 2751 bis n. 2 cod.civ.:

Propone l'esclusione richiesta in privilegio ex art. 2751 bis n. 2 cod.civ. in quanto il contratto che lo lega alla società non è assimilabile al contratto d'opera di cui agli artt. 2222 e segg. C.c. che prevede il perseguimento di un risultato con la conseguente sopportazione del rischio ed anche in considerazione del fatto che non è ammissibile che il credito di colui che ha gestito l'impresa (amministratore o liquidatore) sia preferito a quello degli altri creditori.

DOCUMENTAZIONE CHE IL CREDITORE DEVE PRODURRE

- Visura camerale da cui risulti la sua nomina;
- Verbale di assemblea dei soci di determinazione del compenso
- Indicazione analitica delle attività svolte;

IL LIQUIDATORE GIUDIZIALE

La figura del Liquidatore Giudiziale – l'art. 182 legge fallimentare

La figura del Liquidatore giudiziale è disciplinata all'art. 182 del R.D. n. 267 del 16 marzo 1942 (“L. Fall.”) avente ad oggetto il concordato preventivo con cessione di beni e titolato “Cessioni”, per effetto delle modifiche apportate dall'art. 2 lett. a) del D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, nella L. n. 132 del 6 agosto 2015.

L'attuale art. 182 L.Fall. recita:

“Se il concordato consiste nella cessione dei beni e non dispone diversamente, il tribunale nomina nel decreto di omologazione uno o più liquidatori e un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione e determina le altre modalità della liquidazione.

Si applicano ai liquidatori gli articoli 28, 29, 37, 38, 39 e 116 in quanto compatibili.

Si applicano al comitato dei creditori gli articoli 40 e 41 in quanto compatibili. Alla sostituzione dei membri del comitato provvede in ogni caso il tribunale.

Le vendite di aziende e rami di aziende, beni immobili e altri beni iscritti in pubblici registri, nonché le cessioni di attività e passività dell'azienda e di beni o rapporti giuridici individuali in blocco devono essere autorizzate dal comitato dei creditori.

Si applicano gli articoli da 105 a 108-ter in quanto compatibili.

La cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo, sono effettuati su ordine del giudice, salvo diversa disposizione contenuta nel decreto di omologazione per gli atti a questa successivi.

Si applica l'art. 33, quinto comma, primo, secondo e terzo periodo, sostituendo al curatore il liquidatore, che provvede con periodicità semestrale dalla nomina. Quest'ultimo comunica a mezzo di posta elettronica certificata altra copia del rapporto al commissario giudiziale, che a sua volta lo comunica ai creditori a norma dell'articolo 171, secondo comma”.

La natura del compenso del Liquidatore Giudiziale: la prededuzione del credito.

Una descrizione del quadro normativo di riferimento non può non muovere dal precetto “cardine” in materia, vale a dire dal secondo comma dell'art. 111, l. fall. La prededuzione ex art. 111 l.f. e ss. è una modalità di pagamento che impone il prelievo di somme dall'attivo fallimentare prima di ogni altra operazione di pagamento e al di fuori (almeno normalmente) del piano di riparto allo scopo di fornire alla procedura la liquidità indispensabile per il suo svolgimento e la sua gestione, permettendo l'integrale pagamento di coloro che abbiano prestato la propria attività in favore della procedura concorsuale.

La “occasionalità” e la “funzionalità” costituiscono norma generale, sussidiaria e di chiusura del sistema della prededuzione, e, dunque, di più ampia portata rispetto alla fattispecie tipica ex lege, ma detti caratteri non sono pienamente fungibili ed interscambiabili bensì (potenzialmente) sostanzialmente

diversi ponendosi sullo sfondo della vicenda genetica del credito, ma su piani distinti anche se non necessariamente antitetici l'un l'altro. Infatti, se è vero che il credito sorto nel corso ed in occasione della procedura concorsuale è funzionale alla stessa, non altrettanto potrebbe sostenersi per l'equazione inversa: se, infatti, l'"occasionalità" consente di attribuire tout court il beneficio della prededuzione ai crediti sorti durante la procedura concorsuale, la "funzionalità", viceversa, esprime la diretta strumentalità agli scopi e agli interessi sottesi all'esecuzione collettiva, nel senso che occorre che il pagamento da effettuarsi in favore del professionista rientri negli interessi della massa e risponda agli scopi ed alla utilità della gestione fallimentare (requisito teleologico), esigendo un concreto nesso tra il credito (rectius l'attività sottostante ad esso) rispetto agli scopi della procedura a cui esso deve arrecare una tangibile utilità, un reale vantaggio da misurarsi empiricamente (criterio della cd "utilità concreta).

La funzionalità va intesa alla luce dei principi espressi dalla Suprema Corte, la quale riconosce la funzionalità di un credito endoconcorsuale 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.

Resta da esaminare la questione se la prededuzione prevista dall'art. 111 l. fall. per i crediti sorti "in funzione" di una delle procedure concorsuali disciplinate dalla legge fallimentare operi solo nell'ambito del successivo fallimento che dovesse eventualmente far seguito all'esito infausto della prima procedura, ovvero anche all'interno di quest'ultima.

Il problema è stato affrontato soprattutto in sede di analisi dell'art. 182-quater l. fall., che ha introdotto specifiche ipotesi di crediti prededucibili, con particolare riguardo ai crediti funzionali ad una procedura di concordato preventivo.

In proposito parte della dottrina ha sostenuto che la prededuzione di cui all'art. 182-quater l. fall. assumerebbe rilievo soltanto nell'ipotesi e nel contesto del fallimento susseguente all'esito infausto della procedura concordataria. In tal senso deporrebbero vari argomenti, ed in particolare sia quello desumibile dall'inciso, presente nell'art. 182-quater l. fall., "ai sensi e per gli effetti dell'art. 111", che si occupa della prededuzione nell'ambito del fallimento (Armeli, I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo tra prededucibilità e postergazione, in Fall., 2011, 890; analogamente Nigro, Vattermoli, Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali. Appendice di aggiornamento in relazione al d.l. n. 83/2012, conv. dalla l. n. 134/2012, Bologna, 2013, 5); sia lo stesso concetto di prededuzione, "da riferire principalmente al processo di fallimento, costituendo peculiare connotazione

dei crediti di massa, che in esso trovano una sistematica definizione e regolamentazione” (così Patti, La prededuzione, cit., 1342; conf. Rossi, Capitale di rischio e capitale di credito nel fallimento delle società, in *Judicium*, 2013).

L’opinione ha trovato seguito anche presso un giudice di merito, il quale ha affermato che “la prededucibilità è istituto proprio del fallimento dichiarato in consecutio del concordato preventivo non andato a buon fine”, e su tale premessa ha concluso che i crediti relativi al compenso del commissario giudiziale e del perito stimatore, nominati nell’ambito di una precedente procedura di concordato fatta oggetto di rinuncia, godono nel successivo concordato del privilegio ex artt. 2775 e 2770 c.c. (Trib. Isernia, 11 ottobre 2013, in *Il caso*).

Si tratta peraltro, a nostro avviso, di tesi che si espone a diversi rilievi critici. Anche a non voler dare eccessivo risalto, per contrastarla, alla rubrica dell’art. 182-quater (“disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti”) ed al tenore letterale dei suoi primi due commi, dove l’art. 111 l. fall. viene ivi richiamato senza riguardo all’eventuale successivo fallimento (in questo senso Ambrosini, Accordi, cit., 137), pare infatti che l’operatività della prededuzione anche in sede concordataria possa contare su argomenti difficilmente contestabili, posto che: “1) il quinto comma della norma in commento esclude genericamente dal voto nel concordato tutti i crediti derivanti da finanziamenti-ponte che sarebbero prededucibili nel fallimento, la qual cosa rende manifesto che il finanziatore non è interessato al (dal) concordato; 2) un trattamento del finanziamento-ponte migliore nel fallimento rispetto al concordato indurrebbe il finanziatore a votare contro la proposta di concordato anche quando questa fosse favorevole per tutti gli altri creditori, all’unico fine di poter godere della prededucibilità; 3) la stessa norma consente il finanziamento-ponte in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo, e sarebbe illogico che questo finanziamento desse diritto ad un pagamento integrale solo nel fallimento e non nel concordato che ha contribuito a rendere possibile” (così Stanghellini, Finanziamenti-ponte, cit., 1351; adesivamente Didone, Il controllo giudiziale sulla nuova prededuzione del finanziamento dei soci “postergabile”, in *Società*, 2011, 1089, Ambrosini, Accordi, cit., 138, e Bozza, Il rispetto della par condicio creditorum nelle soluzioni della crisi dell’impresa, in *Fallimenti e società*, 2014).

Prescindendo dalle specifiche ipotesi di prededuzione di cui all’art. 182-quater l. fall., e ragionando in termini generali, si è inoltre condivisibilmente soggiunto, in chiave critica, che la tesi che limita il beneficio della prededucibilità all’esclusivo ambito del fallimento non è attendibile anche perché, a ben vedere, la prededuzione spiega in realtà effetti ed utilità proprio all’interno della procedura concordataria per il creditore cui è attribuita, consentendo un pagamento immediato, integrale e fuori concorso, senza soggiacere – qualora si tratti di crediti in origine privilegiati – ai limiti di capienza dei beni oggetto della prelazione ex art. 160, comma 2, l. fall. (in questi termini Lamanna, I crediti prededucibili perché “funzionali” alle procedure concorsuali previste dall’art. 111, comma 2, l. fall.).

Indubbiamente più persuasiva pare invece la diversa impostazione, secondo la quale il beneficio della prededuzione è fruibile non solo nel fallimento, ma anche nella diversa procedura concorsuale aperta anteriormente a quest'ultimo.

Non sembrano infatti ravvisabili ostacoli logici al riconoscimento della prededuzione tanto in ambito concordatario, ove il beneficio de quo assume un significato particolare, indicando l'attitudine dei crediti che ne sono muniti ad essere soddisfatti prima e fuori dei riparti stabiliti dal commissario giudiziale o dal liquidatore, e ad essere tutelati con azioni giudiziarie ordinarie di cognizione, di esecuzione e cautelari (in questi termini Bassi, *La illusione della prededuzione*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 356; analogamente Ambrosini, *Accordi*, cit., 137); quanto nell'ambito dell'AdR, dove la prededuzione del credito si traduce nella sua sottrazione alla moratoria di 120 giorni normativamente prevista per i crediti rimasti estranei all'accordo, posto che il negozio di finanziamento funzionale all'apertura del procedimento di omologa degli accordi dà diritto al creditore all'integrale restituzione del prestito con relativi interessi (Vitiello, *Prededuzione da funzionalità negli accordi di ristrutturazione, nel concordato preventivo e nell'eventuale fallimento "in consecuzione"*, in questo portale, 2013, 1; in termini perplessi v. però Ambrosini, *Accordi*, cit., 136). Per i crediti sorti prima dell'apertura della procedura si dovrebbe più propriamente parlare, secondo taluni, di "prededuzione di fatto", perché il regime appena illustrato deriva a ben vedere, a prescindere dalla qualificazione come prededucibili, dall'estraneità di tali crediti agli effetti anche interinali del concordato a norma degli artt. 168 e 184 l. fall. e dalla loro necessaria estraneità all'accordo di ristrutturazione, e quindi, in definitiva, dalla loro extraconcorsualità (Filocamo, *La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2013, 1152).

Il riconoscimento dell'operatività della prededuzione tanto nel fallimento quanto nella diversa procedura che lo ha preceduto presuppone peraltro che il primo e la seconda si susseguano senza apprezzabile soluzione di continuità, e sia pertanto ravvisabile fra le procedure una consecutio logico-funzionale che consenta di rendere configurabile una sola super-procedura unitaria, e quindi riferibile anche al fallimento la funzionalità riguardante i crediti relativi alla pregressa procedura di concordato (in questi termini Lamanna, *I crediti prededucibili*, cit., 2; conf. Vitiello, *Prededuzione*, cit., 1).

La Cassazione ha recentemente sottolineato come sia dirimente ai fini del riconoscimento della prededucibilità il rapporto di strumentalità tra l'attività da cui sorge l'obbligazione e la realizzazione delle finalità proprie della procedura concorsuale. La prededucibilità non è quindi vincolata al solo dato cronologico della contestualità tra la prestazione da cui trae origine il credito e la pendenza della procedura concorsuale. Ciò rende possibile estenderne il riconoscimento alle prestazioni svolte anche prima della pendenza del procedimento e anche oltre l'ambito specifico dell'attività professionale prestata ai fini della redazione della domanda di concordato e della correlata assistenza in giudizio (cfr. Cass., 17 aprile 2014, n. 8958). In questa fattispecie, la Suprema Corte ha affermato che l'attività del

debitore, ammesso alla procedura di concordato preventivo, dà luogo alla prededuzione solo quando sia oggettivamente funzionale alle esigenze della procedura concordataria (Cass., 24 gennaio 2014, n. 1513). Di conseguenza, 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, a prescindere dalla circostanza che ci sia già stata o meno una valutazione di funzionalità da parte degli organi della procedura stessa.

Pertanto, non un qualsiasi atto di gestione può 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. La problematica si sposta quindi sulla valutazione di tale utilità, ovvero della funzionalità della prestazione fonte del compenso da cui deriva il credito professionale.

Risulta opportuno ricordare che, secondo un recente provvedimento, può essere riconosciuta la prededuzione nel successivo fallimento al credito dei professionisti qualora l'opera prestata si ponga in rapporto di strumentalità rispetto alla procedura e risulti utile al ceto creditorio secondo la valutazione effettuata ex post dal giudice delegato in considerazione dei vantaggi arrecati in termini di accrescimento dell'attivo o di salvaguardia dell'integrità del patrimonio (Trib. Padova, 2 marzo 2015).

Secondo una differente pronuncia, invece, ai fini del riconoscimento della prededuzione al credito del professionista ciò che rileva è la funzionalità delle prestazioni professionali, la quale dovrà essere necessariamente valutata in termini di idoneità ed adeguatezza ad una composizione della crisi, ma a differenza della su citata pronuncia, attraverso un giudizio ex ante. Per tale orientamento è quindi irrilevante che la crisi venga poi accertata e definita irreversibile dal tribunale. Allo scopo di esprimere il giudizio in questione, il tribunale non potrà fare a meno di verificare in concreto l'attività svolta dal professionista e di accertarne il nesso (cronologico, teleologico e di adeguatezza) con la procedura concorsuale concordataria, sicché, una volta compiuti positivamente tali accertamenti, l'eventuale esclusione della natura prededucibile del credito, destinata ad operare anche nelle ipotesi di consecuzione tra le procedure di concordato preventivo e di fallimento, dovrà essere adeguatamente motivata (cfr. Trib. Roma, 23 febbraio 2015).

Alla luce di quanto appena riportato, appare chiaro come i crediti vantati dal Liquidatore Giudiziale, nominato liquidatore in sede di omologa di un concordato preventivo con cessione dei beni per portare ad esecuzione il concordato stesso, siano riconducibili tra quelli prededucibili ex art. 111 l.f.. A tal proposito è opportuno sottolineare come le condizioni per le quali la procedura giunga al fallimento rivestano sempre un ruolo tutt'altro che marginale nel riconoscimento della stessa prededuzione al credito del Liquidatore nel conseguente fallimento.

Conseguentemente se il credito professionale è sorto in funzione della procedura concorsuale (e l'astratta funzionalità rispetto all'obiettivo va valutata nel modo anzidetto), allora è quanto meno arduo disconoscere la prededuzione; se invece la prestazione non è stata svolta con la dovuta diligenza e non

risulta quindi idonea, ex ante, al conseguimento dell'obiettivo prefissato, in sede di stato passivo fallimentare il relativo credito può – e deve – essere escluso in tutto o in parte a seconda della gravità dell'inadempimento (eccezione di inadempimento o di inesatto adempimento), e ciò in ossequio al principio inadimpleti non est adimplendum, sancito in tema di risoluzione del contratto dall'art. 1460 c.c., ai sensi del quale ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione se l'altro non adempie la propria, a meno che il rifiuto, avuto riguardo alle circostanze, risulti contrario a buona fede.

SIMULAZIONE PROPOSTA DEL CURATORE

Il curatore vista la documentazione presentata dal creditore istante in qualità di liquidatore giudiziale del Concordato preventivo nominato in sede di omologa che chiede l'ammissione al passivo del credito per il proprio compenso in prededuzione ex art. 111 L.F.:

1) Propone l'accoglimento della richiesta del Liquidatore Giudiziale in prededuzione ex art. 111 L.F. in quanto è stato documentato ed accertato che l'opera prestata è risultata utile al ceto creditorio (in termini di accrescimento dell'attivo e/o di salvaguardia dell'integrità del patrimonio) e quindi che il credito professionale è risultato strumentale rispetto alla procedura concorsuale.

2) Propone l'esclusione della richiesta del Liquidatore Giudiziale del proprio compenso in prededuzione ex art. 111 L.F. in quanto è risultato che la propria prestazione non è stata svolta con la dovuta diligenza e non risultando idonea al conseguimento degli obiettivi prefissati non può considerarsi strumentale rispetto la procedura concorsuale.

DOCUMENTAZIONE CHE IL CREDITORE DEVE PRODURRE

- a. Documentazione attestante la nomina – Decreto del tribunale;
- b. Indicazione analitica delle attività svolte;
- c. Parcella calcolata sulla base delle tariffe professionali vigenti.

I crediti di professionisti di un concordato omologato e successivamente revocato ad istanza di un creditore oppure di un accordo di ristrutturazione concluso ma mai eseguito e sfociato in un fallimento (*advisors*, attestatore e periti nominati dalla società, commissari, periti, consulenti, inclusa società di revisione, nominati dalla procedura).

La questione della prededucibilità dei crediti vantati dai professionisti che hanno assistito la società debitrice in una procedura di concordato preventivo o nell'ambito di un accordo di ristrutturazione, poi sfociati in fallimento, è stato oggetto di dibattute pronunce giurisprudenziali, anche se importantissime recenti sentenze ne hanno delineato più compiutamente i contorni.

Prima di esaminarle nel dettaglio, è opportuno un richiamo ai principi generali ed alla normativa di riferimento:

RIFERIMENTI NORMATIVI

La prededuzione è disciplinata dall'art. 111 L.F., che recita come segue:

“Ordine di distribuzione delle somme

I. Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine:

- 1) per il pagamento dei crediti prededucibili;
- 2) per il pagamento dei crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge;
- 3) per il pagamento dei creditori chirografari, in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascuno di essi fu ammesso, compresi i creditori indicati al n. 2, qualora non sia stata ancora realizzata la garanzia, ovvero per la parte per cui rimasero non soddisfatti da questa.

II. 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; tali crediti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n. 1).**

La legge fallimentare è inoltre disseminata da disposizioni che individuano prestazioni di professionisti che assistono il debitore nelle suddette procedure:

Art. 162, secondo comma, L.F.: “la proposta di concordato dev'essere accompagnata, a pena d'inammissibilità, dalla relazione di un professionista designato dal debitore che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano concordatario”;

Art. 161, terzo comma L.F.: “eventuali modificazioni sostanziali della proposta o del piano devono essere accompagnate da analoga relazione di un professionista esterno”;

Art. 160, secondo comma, L.F.: “se il debitore intende presentare una proposta che preveda il pagamento solo parziale dei creditori privilegiati occorre una relazione giurata di un professionista esterno che attesti il valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali esiste la causa di prelazione e che la soddisfazione dei creditori privilegiati non è inferiore a quella che riverrebbe dal ricavato della liquidazione dei beni”;

Art. 182 bis, primo comma L.F.: “la domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione, pena il rigetto, dev’essere corredata da una relazione di un professionista sulla veridicità dei dati aziendali e sull’attuabilità dell’accordo con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l’integrale pagamento dei creditori estranei”;

Art. art. 182 bis, sesto comma, L.F.: “se, nel corso delle trattative per la conclusione di un accordo di ristrutturazione, il debitore intende domandare un provvedimento con cui il tribunale disponga in via interinale il divieto per i creditori di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, deve presentare una dichiarazione di un professionista circa l’idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare l’integrale pagamento dei creditori estranei od ostili alle trattative”;

Art. 182, terzo comma L.F.: “nel concordato preventivo, su richiesta del commissario il giudice può nominare uno stimatore che lo assista nella valutazione dei beni “;

Art. 182 quinques, primo comma L.F.: “il debitore che presenta, anche “con riserva”, una domanda di ammissione al concordato preventivo, o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o una proposta di accordo di ristrutturazione in corso di trattativa può chiedere al tribunale di autorizzarlo a contrarre finanziamenti prededucibili ex art. 111, l. fall., se un professionista designato dal debitore, verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell’impresa fino all’omologazione, attesta che detti finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori. Ciò può avvenire anche nella fase “in riserva”, prima cioè della presentazione della documentazione di cui all’art. 161, secondo e terzo comma, l. fall.”;

Art. 182-quinques, quinto comma L.F.: “il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo in continuità, anche “con riserva”, può chiedere di essere autorizzato a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi se un professionista attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell’attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori”;

Art. 182-quinques, sesto comma, L.F.: “analoga facoltà è concessa al debitore che presenti istanza di omologazione di un accordo di ristrutturazione o una proposta di accordo in corso di trattativa”;

Art. 182-septies, secondo comma L.F.: “quando il debitore ha debiti verso banche e intermediari finanziari per non meno della metà dell’indebitamento complessivo e raggiunge un accordo di

moratoria temporanea dei crediti, volto a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, con almeno il 75% dei creditori finanziari appartenenti a una categoria omogenea ai sensi dell'art., l. fall., l'accordo vincola anche i creditori non aderenti tempestivamente informati se un professionista attesta l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria”;

Art. 182 septies, sesto comma L.F.: “la relazione di un altro professionista è richiesta, in tal caso, se le banche e gli investitori finanziari estranei all'accordo intendono proporre opposizione all'accordo per domandare che non produca effetti nei propri confronti”;

Art. art. 186 bis, quinto comma, ultima parte, L.F.: “se al momento del ricorso pendono contratti con pubbliche amministrazioni, i quali non si sciolgono per effetto dell'apertura della procedura concordataria, la continuazione di tali contratti non è impedita se viene rilasciata una relazione del professionista attestatore in cui specificamente si attesti la conformità della prosecuzione dei contratti rispetto al piano e la ragionevole capacità di adempimento da parte dell'impresa debitrice”;

Art. art. 186 bis, quarto comma, lett. A L.F.: “L'impresa in concordato può partecipare a procedure di assegnazione di contratti pubblici presentando in gara la relazione di un professionista che attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto”.

In altri casi è la stessa caratteristica dell'attività a richiedere un'assistenza professionale in quanto soggetta a rappresentanza tecnica necessaria, come nel ricorso per l'ammissione a concordato preventivo (questione sulla quale ormai si allineano quasi tutti i Tribunali, comunque pacifica con riguardo alla fase di omologa), nel procedimento volto all'omologazione di un accordo di ristrutturazione. Altre prestazioni professionali, invece, sono indispensabili per la predisposizione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione, quali l'assistenza tecnica di un legale o di un esperto per la redazione di e perizie estimative, ecc.

PRINCIPI GENERALI

La riforma del diritto fallimentare, ha profondamente ridefinito l'ambito applicativo della norma, estendendola a tutte le procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare e introducendo criteri generali per il riconoscimento della prededuzione, anche al di fuori dei casi previsti da specifiche disposizioni di legge. Ai sensi del novellato art. 111 L.F., infatti, “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; tali crediti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n. 1).

L'attenzione degli interpreti si è concentrata sul criterio della funzionalità, potendo, detto criterio, ricomprendere anche i crediti venutisi a creare anteriormente ad una procedura concorsuale e, dunque,

al di fuori della stessa ed il percorso interpretativo della Suprema Corte è stato via via caratterizzato dal tentativo di affrancare la categoria dei crediti prededucibili perché sorti “in funzione” di una procedura concorsuale, dal presupposto di un controllo giudiziale sulla loro utilità.

EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE

È stato dapprima sottolineato (Cass. n. 5098/2014) che “*anche ai crediti sorti anteriormente all’inizio della procedura di concordato preventivo, non occasionati dallo svolgimento della medesima procedura, può riconoscersi la prededucibilità ove sia applicabile il secondo criterio richiamato dall’art. 111, comma 2, I. fall., quello cioè della funzionalità, o strumentalità, delle attività professionali da cui i crediti hanno origine rispetto alla procedura concorsuale*”; ciò in ragione della evidente *ratio* della norma, finalizzata a favorire il ricorso alle procedure di composizione della crisi finalizzate alla conservazione dei valori aziendali.

Tale assunto è condiviso da Cass. n. 6031/2014, che precisa che il disposto dell’art. 111, comma 2, I. fall. deve essere inteso, tenuto conto della *ratio* della riforma, nel senso che il credito sorto in funzione di una procedura concorsuale è senza dubbio anche quello sorto “per ottenere la prestazione di servizi strumentali all’accesso alle procedure concorsuali” *ex art. 67, lett. g), I. fall.*, quale l’attività prestata in favore dell’imprenditore poi dichiarato fallito”.

La Ratio della norma è altresì rinvenibile nel disposto dell’art. 67, lett. g), I. fall., che sottrae alla revocatoria fallimentare i pagamenti dei debiti liquidi ed esigibili eseguiti dall’imprenditore per ottenere la prestazione di servizi strumentali all’accesso alla procedura di concordato preventivo.

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

Detto orientamento ha portato ad una importantissima pronuncia, secondo la quale il credito del professionista che abbia svolto attività di assistenza e consulenza per la redazione e la presentazione della domanda di concordato preventivo rientra *de plano* tra i crediti sorti “in funzione” di quest’ultima procedura e, come tale, a norma dell’art. 111, comma 2, I. fall., va soddisfatto in prededuzione nel successivo fallimento, senza che, ai fini di tale collocazione, debba essere accertato, con valutazione *ex post*, che la prestazione resa sia stata concretamente utile per la massa in ragione dei risultati raggiunti (Cass. n. 22450/2015).

Nell’alveo di questo orientamento si inseriscono tre recenti pronunce, in materia di crediti relativi a prestazioni sorte sia in funzione di un concordato preventivo che in materia di accordi di

ristrutturazione ex art. 182 L.F. Nello specifico, l'ordinanza della Corte Cassazione, 30 marzo 2018, n. 7974, Rel. dott. Alberto Pazzi, ha rilevato che, nel caso esaminato, la sentenza impugnata, nel negare la collocazione in prededuzione richiesta dagli *advisors* di un concordato preventivo, si fosse preoccupato di verificare in concreto l'intervenuta soddisfazione dell'interesse della massa dei creditori (constatando *ex post* che la prestazione professionale non aveva soddisfatto in alcun modo l'interesse della massa, dal momento che il concordato era stato dichiarato inammissibile e non aveva avuto *ab origine* alcuna possibilità di esplicare effetti favorevoli per i creditori), senza valutare in alcun modo se l'attività professionale prestata dall' odierno ricorrente potesse essere ricondotta, secondo una valutazione *ex ante*, nell' alveo della procedura concorsuale minore e delle finalità dalla stessa perseguite, giungendo a concludere che l' indagine svolta nella sentenza impugnata, sul piano dell' utilità in concreto piuttosto che sotto il profilo della funzionalità dell' attività professionale prestata alle esigenze di risanamento proprie della procedura minore, si pone al di fuori dei parametri da cui l' art. 111, comma 2, I. fall.: *“il credito del professionista, che abbia svolto attività di assistenza e consulenza per la redazione e la presentazione della domanda di concordato preventivo, rientra de plano tra i crediti sorti in funzione di quest'ultima procedura e, come tale, a norma dell'art. 111, comma 2, I. fall., va soddisfatto in prededuzione nel successivo fallimento, senza che, ai fini di tale collocazione, debba essere accertato, con valutazione ex post, che la prestazione resa sia stata concretamente utile per la massa in ragione dei risultati raggiunti”*.

Nella seconda pronuncia la Cassazione con sentenza 1182/2018, premettendo che gli accordi ex art. 182 bis LF rivestono il carattere di procedura concorsuale, si è del tutto allineato ai principi sanciti, precisando che gli stessi rilevano anche a proposito delle prestazioni funzionali all'accordo di ristrutturazione nel senso che, avutosi l'omologazione, non è necessario verificare la definitiva tenuta del “risultato” delle prestazioni medesime (il risultato ultimo) e che, pertanto, *“non può escludersi la funzionalità della prestazione, per gli effetti di cui all'art. 111 LF, per il semplice fatto che all'omologazione dell'accordo di ristrutturazione sia conseguito il fallimento”*.

La terza sentenza (Cassazione, 6 marzo 2018, n. 5254, relatore Dott.ssa Magda Cristino) si inserisce in un ulteriore orientamento, che ricollega la funzionalità dell'attività di assistenza alla presentazione della domanda di concordato al presupposto dell'ammissione temporale al concordato preventivo.

Nella fattispecie, la Suprema Corte ha negato la prededucibilità del credito evidenziando che la natura prededucibile è collegata all'«esito dell'incarico», esigendo per lo meno, «che la procedura sia stata aperta (e dunque, quanto al concordato, che l'opera prestata sia sfociata nella presentazione della relativa domanda e nell'ammissione dell'impresa alla procedura minore, dimostrandosi in tal modo “funzionale”, cioè strumentalmente utile, al raggiungimento quantomeno dell'obiettivo minimale perseguito dal cliente)».

CASO PRATICO

1. Il caso aveva ad oggetto il credito di un legale che aveva assistito una società nella procedura di ammissione al concordato preventivo - introdotto in forma prenotativa, con il successivo deposito nei termini assegnati dal Tribunale di una proposta fondata su piano in continuità, poi omologato e successivamente risolto (revocato) ad istanza di un creditore.

Il Curatore, propone l'ammissione in prededuzione della somma richiesta dal legale.

2. Il caso aveva ad oggetto il credito **degli advisors, dei legali e dell'attestatore di un accordo di ristrutturazione concluso ma mai eseguito e sfociato in un fallimento**

Il Curatore propone l'ammissione in prededuzione della somma richiesta.

Documentazione da allegare:

- ✓ nota proforma o definitiva
- ✓ lettera di incarico con data certa anteriore al deposito del ricorso di cui all'art. 161, comma 6°, LF ovvero al deposito diretto della proposta di concordato

Privilegio Artigiano

1. DETTATO NORMATIVO E CENNI STORICI

1.1. NORMATIVA DI RIFERIMENTO

Il privilegio artigiano viene disciplinato dall'art. 2751-*bis* c.c., modificato dal Decreto Legge n. 5 del 9/12/2012, art. 36, convertito poi nella Legge n. 35 del 4/04/2012, che recita come segue:

“Hanno privilegio generale sui mobili i crediti riguardanti:

5) i crediti dell'impresa artigiana, definita ai sensi delle disposizioni legislative vigenti, nonché delle società ed enti cooperativi di produzione e lavoro per i corrispettivi dei servizi prestati e della vendita dei manufatti;”

1.2. CENNI STORICI E ORIENTAMENTO ATTUALE

Il dettato normativo precedente alla modifica introdotta dal D.L. 5/2012, non riportava l'inciso *“definita ai sensi delle disposizioni legislative vigenti”*. Con tale integrazione il legislatore ha voluto ricordare la disciplina dettata dal Codice Civile con la definizione di impresa artigiana prevista dalle disposizioni della L. n. 443/1985 (cd. Legge Quadro sull'Artigianato)¹.

La giurisprudenza, fino a quel momento, era orientata prevalentemente nel ritenere che per il riconoscimento del privilegio bisognava far riferimento sia all'iscrizione all'albo artigiani (art. 5 della L. n. 443/1985)², condizione necessaria, ma non sufficiente, sia alla nozione di cui all'art. 2083 c.c.³.

Il Codice Civile però non fornisce una definizione precisa di artigiano, ma lo qualifica come un piccolo imprenditore al pari dei coltivatori diretti del fondo, dei piccoli commercianti, e di coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia⁴, esercitando un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni

¹ Tribunale di Treviso, 23 Febbraio 2017, secondo cui con la modifica dell'art.2751bis, n.5, c.c., il legislatore ha inteso raccordare la disciplina dettata dal codice civile in materia di privilegi con la definizione di impresa artigiana prevista dalla legislazione di settore, con la conseguenza che per stabilire la natura artigiana del credito deve farsi ora riferimento alla legge quadro sull'artigianato di riferimento (diversa a seconda della regione in cui l'attività si è svolta). Ne consegue che il credito potrà essere ammesso al passivo fallimentare in privilegio ex art.2751bis, n.5, c.c. solamente a seguito di preliminare verifica circa la perdurante sussistenza – con riferimento all'epoca di insorgenza del credito – dei requisiti di cui alla legge quadro di riferimento.

² Corte Costituzionale 24/07/1996 n. 307, secondo cui *“l'iscrizione all'albo delle imprese artigiane costituisce il presupposto per fruire delle agevolazioni previste dalla legge-quadro o da altre disposizioni, ma non vale a far sorgere una presunzione assoluta circa la qualifica artigiana, onde è consentito al giudice di sindacare la reale consistenza dell'impresa ai fini del riconoscimento del privilegio, con la conseguente eventuale disapplicazione dell'atto amministrativo di iscrizione all'albo, una volta accertata l'illegittimità”*.

³ Cassazione, 4/02/2009, n. 2713, dove si legge che *“In tema di impresa artigiana, il coordinamento tra la disciplina codicistica e quella contenuta nella Legge Speciale n. 443 del 1985, deve essere realizzato ritenendo che i criteri richiesti dall'art. 2083 cod. civ., ed in genere dal codice civile, valgono per la identificazione dell'impresa artigiana nei rapporti interpretati, mentre quelli posti dalla legge speciale siano, invece, necessari per fruire delle provvidenze previste dalla; ne consegue che l'iscrizione all'albo di un'impresa artigiana, legittimamente effettuata ai sensi dell'art. 5 della citata L. n. 443 del 1985, pur avendo natura costitutiva ai fini dell'ottenimento delle provvidenze regionali, non spiega alcuna influenza, “ex se”, ai fini dell'applicazione dell'art. 2751 bis n. 5 codice civile dettato in tema di privilegi, dovendosi, a tal fine, ricavare la relativa nozione alla luce dei criteri fissati, in via generale, dall'art. 2083 codice civile.”*.

⁴ Art. 2083 c.c. *Sono piccoli imprenditori i coltivatori diretti del fondo [1647, 2139, 2221], gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia.*

e servizi⁵. Il Codice Civile quindi non entra nel merito delle caratteristiche dimensionali che l'imprenditore deve possedere per potersi definire artigiano, da detta solamente criteri generali:

- L'attività deve essere finalizzata alla produzione o allo scambio di beni (attività produttiva);
- L'attività deve essere organizzata e coordinata impiegando fattori produttivi, capitale e lavoro, con prevalenza di questi ultimi.

Questo vuoto normativo è stato colmato dalla L. n. 443/1985 (c.d. Legge Quadro sull'Artigianato) la quale sviluppa i concetti di impresa artigiana, limiti dimensionali e introduce l'albo delle imprese artigiane.

Con la modifica dell'art. 2751-*bis* c.c., introdotta dall'art. 36 D.L. 5/2012, la giurisprudenza di merito si è pronunciata stabilendo che per determinare la natura artigiana del credito si deve necessariamente far riferimento alla L. n. 443/1985, che costituisce la specifica normativa di settore e non più all'articolo 2083 c.c.⁶.

Secondo il Tribunale di Milano⁷ infatti con la modifica dell'art. 2751-*bis* c.c., introdotta dall'art. 36 D.L. 5/2012, il legislatore ha inteso raccordare la disciplina dettata dal Codice Civile in materia di privilegi con la definizione di impresa artigiana prevista dalla legislazione di settore, con la conseguenza che per stabilire la natura artigiana del credito deve farsi ora riferimento alla Legge Quadro sull'Artigianato e non più all'art. 2083 c.c..

In base a quanto previsto della Legge Quadro sull'Artigianato pare escludersi, in via di principio, che l'iscrizione all'albo delle imprese artigiane sia oggi sufficiente a dimostrare la natura artigiana, essendo necessaria la verifica circa la sussistenza, con riferimento all'epoca di insorgenza del credito, di tutti i requisiti richiesti dalla Legge Quadro⁸.

2. GIURISPRUDENZA DI RIFERIMENTO

A seguito della modifica legislativa la Corte di Cassazione è intervenuta con varie pronunce che hanno, per altro, tempo per tempo, consolidato l'orientamento secondo cui l'integrazione introdotta all'art. 2751-*bis* n. 5, c.c., non ha natura interpretativa autentica e, quindi, non può essere applicata retroattivamente.

Si riportano di seguito alcune pronunce della Cassazione.

- Cassazione 4 luglio 2012 n. 11154⁹

⁵ Art. 2082 c.c. *È imprenditore [1330, 1368, 1655, 1722, 1824, 2139, 2710] chi esercita professionalmente [2070] un'attività economica [2062, 2069] organizzata [1655, 2195, 2238, 2247] al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi [230 bis, 320, 371, 397, 425, 1339, 1368, 1722, n. 4, 1824, 2085, 2135, 2195, 2202, 2214, 2221, 2555, 2597]*

⁶ In tal senso anche il Tribunale di Ravenna, 23 dicembre 2014: *“La recente novella apportata all'art. 2571 bis n. 5 l.f. (modificato con l'art. 36 del D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, entrato in vigore il 10 febbraio 2012) impone all'interprete di ricostruire la nozione di impresa artigiana non tanto alla luce dell'art. 2083 c.c. quanto, piuttosto, con riferimento ai criteri contenuti nella nota legge n. 443 del 1985.”*

⁷ Tribunale Tribunale di Milano Sez. 2 Civ. decreto del 14.06.2013.

⁸ In tal senso anche il Tribunale di Ravenna, 23 dicembre 2014: *“...l'iscrizione all'albo delle imprese artigiane non è di per sé sufficiente ad ottenere il riconoscimento del relativo privilegio generale, essendo piuttosto divenuto oggi un elemento indispensabile ma non da solo esaustivo nel procedimento di verifica della spettanza o meno dell'invocato privilegio; il riferimento della nuova norma alla necessità che l'impresa sia quella “definita ai sensi delle disposizioni legislative vigenti”, infatti, sembra andare nel senso della necessaria compresenza tanto degli elementi formali (iscrizione all'albo, numero massimo di dipendenti, ecc.) quanto degli elementi sostanziali che giustificano il riconoscimento della causa di prelazione alla luce della ricordata normativa n. 443/85;...”*

⁹ La Sentenza recita come segue: ... *“Va escluso, infatti, che la nuova disposizione abbia natura interpretativa (e conseguente valenza retroattiva), non solo perché priva di un'espressa previsione a riguardo, ma anche in ragione dell'assenza di quei presupposti (situazioni di*

Esclude il carattere interpretativo e, conseguentemente, retroattivo della modifica introdotta dalla L. 35/2012. Inoltre, la Corte sembrerebbe molto dubitativa sull'efficacia costitutiva della sola iscrizione all'albo, ai fini del riconoscimento del privilegio.

- Cassazione 9 maggio 2013 n. 11024¹⁰

La sentenza sottolinea come la modifica introdotta all'art. 2751-*bis* c.c., come dettata dal D.L. n. 5/2012, non ha natura interpretazione autentica e quindi non può essere applicata retroattivamente. I giudici, in conformità con l'orientamento giurisprudenziale prevalente, affermano che la sola iscrizione all'albo delle imprese artigiane non è un dato sufficiente per il riconoscimento della qualifica di impresa artigiana, pur rappresentando un elemento indiziario. Pertanto, ai fini del riconoscimento della natura privilegiata di un credito non è sufficiente considerare il requisito formale dell'iscrizione all'apposito albo essendo necessario che l'imprenditore possieda i requisiti previsti *ex art.* 2083 c.c.. La sentenza però non fornisce alcun orientamento in merito ai casi *post* nuova formulazione dell'art. 2751-*bis* n. 5 c.c..

- Cassazione 20 marzo 2015 n. 5685¹¹

I giudici ribadiscono l'orientamento secondo il quale la modifica apportata all'art. 2751-*bis* n. 5 c.c. non costituisce norma di interpretazione autentica e, pertanto, non ha efficacia retroattiva e che per il

incertezza o significativi contrasti giurisprudenziali nell'applicazione del precedente testo, necessità di ristabilire un'interpretazione più aderente all'originaria volontà del legislatore) che, a tutela del valore della certezza del diritto e del principio costituzionale di uguaglianza, consentono il superamento del divieto di irretroattività della legge, sancito dall'art. 11 preleggi, il quale, come ripetutamente ricordato dalla Corte costituzionale, rappresenta una regola essenziale del sistema, cui il legislatore deve ragionevolmente attenersi, salvo un'effettiva causa giustificatrice (Corte costituzionale nn. 78/2012, 209/010, 311/09, 155/90)".

Nel proseguo riporta poi: *"Va dunque fatto riferimento all'indirizzo giurisprudenziale formatosi nel vigore del previgente testo della norma, secondo il quale il coordinamento tra la disciplina codicistica e quella contenuta nella Legge Speciale n. 443 del 1985, deve essere realizzato ritenendo che i criteri richiesti dall'art. 2083 c.c., ed in genere dal codice civile, valgono per la identificazione dell'impresa artigiana nei rapporti interprivati, mentre quelli posti dalla legge speciale siano, invece, necessari per fruire delle provvidenze previste dalla legislazione (regionale) di sostegno, con la conseguenza che l'iscrizione all'albo di un'impresa artigiana, legittimamente effettuata ai sensi della citata L. n. 443 del 1985, art. 5, pur avendo natura costitutiva, nei limiti sopra indicati, non spiega di per sé alcuna influenza - neppure quale presunzione "iuris tantum" della natura artigiana dell'impresa - ai fini dell'applicazione dell'art. 2751 bis c.c., n. 5, dettato in tema di privilegi, dovendosi, a tal fine, ricavare la relativa nozione alla luce dei criteri fissati, in via generale, dall'art. 2083 c.c. (Cass. n. 19508/05, 14365/00)".*

¹⁰ Cassazione 9/05/2013 n. 11024. La Cassazione si esprime come segue: *"... Si deve premettere che nella fattispecie non trova applicazione, razione temporis, la nuova formulazione dell'art.2751 bis cc, n.5, come dettata dal D.L. n.5 del 2012, art.36, trattandosi di norma cui non può attribuirsi valore di interpretazione autentica sia per l'assenza di una espressa previsione al riguardo, sia per l'assenza di presupposti tali da consentire di individuare la ratio legis nella opportunità di superare irrisolti contrasti giurisprudenziali, con l'espressa adesione ad uno degli orientamenti interpretativi ovvero nella necessità di ristabilire un'interpretazione più aderente all'originaria volontà del legis latore (Cass. 4 luglio 2012, n. 11154). Non rileva, pertanto, in questa sede stabilire se l'art.2751 bis nella nuova formulazione ("Hanno privilegio generale sui mobili i crediti riguardanti:... 5) i crediti dell'impresa artigiana, definita ai sensi delle disposizioni legislative vigenti,... per i corrispettivi dei servizi prestati e della vendita dei manufatti") attribuisca il privilegio generale alle imprese iscritte all'albo delle imprese artigiane indipendentemente dal possesso dei requisiti previsti dall'art.2083.*

Va, dunque, fatto riferimento all'indirizzo giurisprudenziale formatosi nel vigore del previgente testo della norma, secondo il quale il coordinamento tra la disciplina codicistica e quella contenuta nella L. n.443 del 1985, deve essere realizzato affermando che i criteri richiesti dall'art.2083 cc, ed in genere dal codice civile, valgono per la identificazione dell'impresa artigiana nei rapporti interprivati, mentre quelli posti dalla legge speciale sono, invece, necessari per fruire delle provvidenze previste dalla legislazione (regionale) di sostegno, con la conseguenza che l'iscrizione all'albo di un'impresa artigiana, legittimamente effettuata ai sensi della L. n.443 del 1985, art.5, pur avendo natura costitutiva, nei limiti sopra indica ti, non spiega di per sé alcuna influenza - neppure quale presunzione iuris tantum della natura artigiana dell'impresa - ai fini dell'applicazione dell'art.2751 bis cc, n.5, dovendosi, a tal fine, ricavare la relativa nozione dai criteri fissati, in via generale, dall'art.2083 cod. civ. (Cass. 4 luglio 2012, n.11154; Cass. 6 ottobre 2005, n.19508; Cass. 3 novembre 2000, n.14365)".

¹¹ Cassazione Sez. Un. Civili 20/03/2015 n. 5685- Redazione ILCASO.it. *In tema di impresa artigiana, il coordinamento tra disciplina codicistica e quella contenuta nella legge speciale (legge n. 443 del 1985) deve essere realizzato ritenendo che i criteri richiesti dall'articolo 2083 c.c., ed in genere dal codice civile, valgono per la identificazione dell'impresa artigiana nei rapporti tra privati, mentre quelli posti dalla legge speciale siano, invece, necessari per fruire delle provvidenze previste dalla legislazione di sostegno, con la conseguenza che l'iscrizione all'albo di un'impresa artigiana, legittimamente effettuata ai sensi dell'articolo 5 della citata legge, pur avendo natura costitutiva, nei limiti sopra indicati, non spiega di per sé alcun effetto, neppure quale presunzione "iuris tantum" della natura artigiana dell'impresa, ai fini dell'applicazione dell'articolo 2751 bis, n. 5 c.c., dettato in tema di privilegi, dovendosi, a tal fine, ricavare la relativa nozione dai criteri fissati in via generale dall'articolo 2083 c.c. (n.b.: alla fattispecie sottoposta all'esame della corte non è applicabile, razione temporis, la modifica all'articolo 2751 bis n. 5 c.c. operata dall'articolo 36 del decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5, entrato in vigore il 10 febbraio 2012). Ai fini dell'individuazione dei requisiti per il riconoscimento del privilegio artigiano, il criterio del volume d'affari non è di per sé sufficiente, dovendosi fare riferimento alla prevalenza del lavoro del titolare dell'impresa e della sua famiglia rispetto al capitale ed all'altrui lavoro nonché verificare se il capitale investito, in termini di strutture e macchinari e di materie prime, consente di escludere la prevalenza del lavoro umano del solo titolare dell'impresa. Le norme del diritto civile che attengono alla qualità, privilegiata o meno, di alcuni crediti trovano applicazione con riferimento al momento in cui il credito è sorto e non a quello in cui il credito viene fatto valere.*

periodo antecedente la modifica legislativa per la spettanza del privilegio era necessario riferirsi alla nozione di cui all'art. 2083 c.c. e non all'iscrizione all'albo di cui all'art. 5 della Legge n. 443/1985.

In tema di impresa artigiana, i criteri richiesti dall'art. 2083 c.c., valgono per l'identificazione dell'impresa artigiana nei rapporti interprivati, mentre quelli posti dalla legge speciale (L. 8/08/1985 n. 443) sono, invece, necessari per fruire delle provvidenze previste dalla legislazione di sostegno, sicché l'iscrizione all'albo di un'impresa artigiana, effettuata ai sensi dell'art. 5 della legge n. 443 del 1985, non spiega alcuna influenza ai fini dell'applicazione dell'art. 2751-*bis* n. 5 c.c. - nel testo vigente "*ratione temporis*", prima della novella introdotta dal d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito dalla legge n. 35 del 2012 - dettato in tema di privilegi, dovendosi, a tal fine, ricavare la relativa nozione alla luce dei criteri fissati, in via generale, dall'art. 2083 c.c.

Per accertare la ricorrenza della qualità di piccolo imprenditore, occorre valutare l'attività svolta, il capitale impiegato, l'entità dell'impresa, il numero dei lavoratori, l'entità e la qualità della produzione, i finanziamenti ottenuti e tutti quegli elementi atti a verificare se l'attività venga svolta con la prevalenza del lavoro dell'imprenditore e della propria famiglia, mentre risulta irrilevante il superamento delle soglie di fallibilità, *ex art. 1 l.f.*, non sussistendo più alcun collegamento tra la condizione di piccolo imprenditore e i presupposti per il fallimento.

- Cassazione 1 giugno 2017 n. 13887

Con la pronuncia la Corte di Cassazione ha stabilito come, ai fini dell'ammissione di un credito come privilegiato ai sensi dell'art. 2751-*bis* n. 5, c.c., nel testo, applicabile "*ratione temporis*", anteriore alla novella introdotta dal D.L. n. 5/2012, la natura artigiana dell'impresa va valutata esclusivamente in relazione al concetto di prevalenza del lavoro evocato dall'art. 2083 c.c., mentre sono irrilevanti la sua iscrizione nell'albo delle imprese artigiane di cui all'art. 5 della l. n. 443 del 1985 ed il non superamento delle soglie di fallibilità *ex art. 1 l.f.*

- Cassazione 13 luglio 2018 n. 18723¹²

In sintesi secondo la Corte si deve ritenere che l'iscrizione all'albo delle imprese artigiane, pur avendo natura costitutiva della qualifica artigiana, costituisce un elemento necessario ma non sufficiente ai fini del riconoscimento del privilegio di cui all'art. 2751-*bis* n. 5, c.c., dovendo concorrere con gli altri elementi previsti dalla L. n. 443 del 1985.

3. CRITERI PER L'ACCERTAMENTO DEL PRIVILEGIO

¹² La Corte afferma che "l'iscrizione si configura come coelemento della fattispecie acquisitiva della qualifica soggettiva, elemento necessario ma non sufficiente per definire l'impresa come artigiana, dovendo pertanto concorrere con gli altri requisiti di cui agli artt. 3 e 4, la cui sussistenza va dimostrata dal creditore e conseguentemente verificata in concreto dal giudice ai fini del riconoscimento del privilegio. La necessaria sussistenza del requisito dell'iscrizione deriva da ragioni di carattere formale, collegate alla previsione di un regime pubblicitario volto principalmente a tutelare l'affidamento dei terzi che intrattengano rapporti con l'impresa; la non sufficienza dell'iscrizione, ai fini del riconoscimento del privilegio, deriva invece dal rinvio operato dall'art. 2751 *bis*, n. 5, c.c. alla sussistenza di tutte le condizioni previste dalla legge e volte ad integrare la nozione di impresa artigiana".

Continua poi: "Nè la costitutività dell'iscrizione può essere semplicemente correlata alla concessione delle agevolazioni a favore delle imprese artigiane: in tal caso, infatti, l'art. 5 conterrebbe una inutile ripetizione lessicale; al contrario, essendo l'iscrizione "costitutiva e condizione per la concessione delle agevolazioni", è chiaro che il concetto di costitutività va tenuto ben distinto dal termine "condizione", trattandosi dunque di aspetti che regolano fenomeni differenti (il possesso della qualifica, da un lato, e quello della concessione delle agevolazioni dall'altro).

In conclusione deve ritenersi che l'iscrizione all'albo delle imprese artigiane, pur avendo natura costitutiva della qualifica dell'impresa come artigiana, costituisce un elemento necessario ma non sufficiente ai fini del riconoscimento del privilegio di cui all'art. 2751 *bis*, n. 5, c.c., dovendo concorrere con gli altri elementi previsti dalla legge n. 443 del 1985 cui la norma codicistica rinvia".

I criteri generali per l'accertamento individuati dalla Legge Quadro sono sostanzialmente tre: soggettivo, oggettivo e dimensionale. L'analisi dei presupposti per il riconoscimento del privilegio deve essere svolta con riferimento alle caratteristiche di ogni caso specifico.

3.1. PRESUPPOSTO SOGGETTIVO

La legge Quadro riporta agli artt. 2 e 3 co. 2 e 3 le definizioni sia di imprenditore artigiano sia di impresa artigiana.

L'imprenditore artigiano è *“colui che esercita personalmente, professionalmente e in qualità di titolare, l'impresa artigiana, assumendone la piena responsabilità con tutti gli oneri ed i rischi inerenti alla sua direzione e gestione e svolgendo in misura prevalente il proprio lavoro, anche manuale, nel processo produttivo”* (art. 2 Legge Quadro).

Mentre definisce artigiana l'impresa che, *“nei limiti dimensionali di cui alla presente legge è costituita ed esercitata in forma di società, anche cooperativa, escluse le società per azioni ed in accomandita per azioni, a condizione che la maggioranza dei soci, ovvero uno nel caso di due soci, svolga in prevalenza lavoro personale, anche manuale, nel processo produttivo e che nell'impresa il lavoro abbia funzione preminente sul capitale”*.

La normativa prevede poi specifiche limitazioni per il socio Unico di S.r.l.¹³ e per il socio Accomandatario delle S.a.s. (art. 3 Legge Quadro)¹⁴

All'art. 5 co. 1 e 5 dispone poi che tutte le imprese aventi i requisiti richiesti sono tenute all'iscrizione presso l'albo provinciale delle imprese artigiane. L'iscrizione è costitutiva e condizione per la concessione delle agevolazioni a favore delle imprese artigiane.

3.2. PRESUPPOSTO SOGGETTIVO

La Legge Quadro all'art. 3 co. 1, prevede che l'impresa artigiana abbia per scopo prevalente lo svolgimento di un'attività di produzione di beni, anche semilavorati, o di prestazioni di servizi, escluse le attività agricole, le attività di prestazione di servizi commerciali, di intermediazione e di somministrazione al pubblico bevande e alimenti.

Il requisito oggettivo viene a mancare laddove il rapporto instaurato con la controparte concerna, in particolare, una prestazione oggettivamente esulante dal concetto di prestazione di servizi quale contemplata dalla normativa speciale sull'artigianato e rientri viceversa nell'ambito della collaborazione commerciale¹⁵. Occorre quindi analizzare l'attività esercitata dall'istante, con conseguente verifica delle singole fatture.

3.3. LIMITI DIMENSIONALI

I limiti dimensionali individuati nella Legge Quadro si possono sintetizzare nel numero dei lavoratori alle dipendenze dell'imprenditore o dell'impresa artigiana nonché nella relazione tra lavoro e capitale investito.

¹³ Nelle S.r.l. unipersonale l'unico socio deve essere in possesso dei requisiti indicati nell'art. 2 della Legge Quadro e non deve essere socio di altra S.r.l. unipersonale o socio accomandante di una s.a.s. anche non artigiana.

¹⁴ Tutti i soci accomandatari devono svolgere in prevalenza lavoro personale.

¹⁵ Tribunale di Udine, Sez. II civile, 20 gennaio 2018.

NUMERO DEI DIPENDENTI

L'art. 4 della L. 443/85 prevede che l'impresa artigiana possa svolgere la propria attività anche con l'ausilio di personale dipendente diretto personalmente dall'imprenditore o dai soci dell'impresa, sempre però nel rispetto dei seguenti limiti:

Impresa che non lavora in serie:

numero massimo di 18 dipendenti, compresi gli apprendisti in numero non superiore a 9; questo può essere elevato fino a 22 a condizione che le unità aggiuntive siano apprendisti.

Impresa che lavora in serie, con lavorazione in parte automatizzata:

numero massimo di 9 dipendenti, compresi gli apprendisti in numero non superiore a 5; questo può essere elevato fino a 12 a condizione che le unità aggiuntive siano apprendisti.

Impresa con attività nei settori delle lavorazioni artistiche, tradizionali e dell'abbigliamento su misura:

numero massimo di 32 dipendenti, compresi gli apprendisti in numero non superiore a 16. Il numero può essere elevato fino a 40 a condizione che le unità aggiuntive siano apprendisti.

Impresa di trasporto:

numero massimo di 8 dipendenti.

Imprese di costruzioni edili:

numero massimo di 10 dipendenti, compresi gli apprendisti in numero non superiore a 5; questo può essere elevato fino a 14 a condizione che le unità aggiuntive siano apprendisti.

Ai fini del calcolo del limite occupazionale:

- non sono computati per un periodo di due anni gli apprendisti passati in qualifica e mantenuti in servizio dalla stessa impresa artigiana;
- non sono computati i lavoratori a domicilio, sempre che non superino un terzo dei dipendenti non apprendisti occupati presso l'impresa artigiana;
- sono computati i familiari dell'imprenditore, ancorché partecipanti all'impresa familiare, che svolgano la loro attività di lavoro prevalentemente nell'ambito dell'impresa artigiana;
- sono computati, tranne uno, i soci che svolgono il prevalente lavoro personale nell'impresa artigiana;
- non sono computati i portatori di handicaps, fisici, psichici o sensoriali;
- sono computati i dipendenti qualunque sia la mansione svolta.

Infine la normativa prevede comunque il mantenimento dei requisiti nel caso di superamento solo temporaneo del predetto limite (art. 5, co. 6, L. 443/85): fino ad un massimo del 20% e per un periodo non superiore a tre mesi nell'anno.

RELAZIONE TRA LAVORO E CAPITALE INVESTITO

L'art. 3 co. 2 L. 443/85 prevede che “È artigiana l'impresa che, nei limiti dimensionali di cui alla presente legge e con gli scopi di cui al precedente comma, ..., svolga in prevalenza lavoro personale, anche manuale, nel processo produttivo e che nell'impresa il lavoro abbia funzione preminente sul capitale”.

La Legge Quadro individua la relazione tra lavoro e capitale investito nella gestione caratteristica, prevedendo che il primo prevalga sul secondo con riferimento alla specifica attività svolta dal creditore, applicando la seguente formula:

$$\frac{\text{CAPITALE}}{\text{INVESTITO}} < \frac{\text{COSTO}}{\text{LAVORO}} \text{ DEL}$$

Occorre però valutare, di volta in volta, anche gli elementi funzionali e qualitativi dell'attività esercitata che, indipendentemente dal capitale investito, potrebbe essere qualitativamente predominante, poiché espressione di un'arte o di una capacità propria svolta dal titolare dell'impresa¹⁶.

Ne consegue quindi che sotto l'aspetto qualitativo e funzionale, ci sono imprese artigiane caratterizzate dall'opera qualificante dell'imprenditore o dei suoi collaboratori e che, tuttavia, pur a fronte di una limitata organizzazione, hanno bisogno strutturalmente di un notevole impiego di capitali. Per contro, ci sono imprese nelle quali l'aspetto qualitativo e funzionale perde di significato e quindi assume rilevanza il rapporto tra capitale e lavoro¹⁷.

L'orientamento prevalente prevede che¹⁸ per l'Impresa Artigiana esercitata in forma individuale si deve far riferimento alla “prevalenza del lavoro dell'artigiano nel processo produttivo”, per la stessa Impresa Artigiana esercitata nella forma societaria consentita, si deve invece far riferimento oltre che alla “prevalenza del lavoro personale dei soci nel processo produttivo” anche alla “funzione preminente del lavoro sul capitale”¹⁹.

Il costo del lavoro si compone non solo dell'onere relativo alla remunerazione del personale dipendente e delle collaborazioni a progetto ma anche dei compensi percepiti dall'artigiano o dai soci. Nel dettaglio è dato dalla sommatoria di:

¹⁶ Corte di Cassazione sentenza del 2/06/1995 n. 6221 precisa che “La Legge Quadro, nella sua formulazione letterale parla di funzione preminente del lavoro sul capitale. In una preminenza di funzione, il rapporto può essere inteso non solo in senso quantitativo, con riferimento alla preponderanza del ruolo di un fattore produttivo sull'altro, ma anche in senso funzionale e qualitativo, in rapporto con le caratteristiche strutturali fondamentali dell'impresa artigiana ad alla natura del bene prodotto o del servizio reso”

¹⁷ Tratto dal **documento** redatto dalla COMMISSIONE PRECEDURE CONCORSUALI – gruppo di studio formato da: Malagoli Rag. Claudio (responsabile), Altomonte Dott. Luca, Giovanardi Dott.ssa Enrica, Luppi Dott.ssa Stefania, Menetti Dott. Pietro Marco, Pignatti Morano Dott. G. Battista, Quartieri Dott.ssa Cristina, Riva Dott. Andrea, Spinelli Dott. Alberto.

¹⁸ Il Commercialista Veneto n.231 maggio/giugno 2016, p.12. Questa distinzione tra impresa artigiana esercitata in forma individuale oppure collettiva, assumerebbe secondo questi autori, connotati rilevanti e sostanziali, in quanto si potrebbe indirettamente evincere che non risponderebbe alla logica economica l'esercizio di un'impresa in forma individuale mediante l'investimento di un capitale e di fattori esterni superiori al lavoro del titolare e familiari, mentre tanto rientrerebbe nella normalità per l'esercizio in forma collettiva. Si potrebbe giungere alla stessa conclusione affermando che qualora un'impresa individuale venga esercitata con l'impiego di un capitale e di fattori in un processo produttivo i cui valori risultano superiori al lavoro del titolare e familiari, allora quell'azienda non è più artigiana, in quanto a differenza dell'impresa esercitata in forma societaria, viene omessa in tale definizione “la funzione preminente del lavoro sul capitale”.

¹⁹ La decisione della Sez. Fallimentare del Tribunale di Ravenna del 23/12/2014 riguardante l'istanza di ammissione in privilegio del credito di un'impresa artigiana costituita come Srl, conclude che “poiché l'istante dimostra valori contabili da cui è possibile desumere una considerevole prevalenza dei fattori economici, organizzativi e gestionali sul costo del lavoro nell'esercizio in cui è maturato il credito di cui alla domanda giudiziale in valutazione e, concorrentemente, neppure ha dimostrato di poter aspirare (aspetto che comunque non sarebbe di per sé esaustivo) al più elevato limite dimensionale di cui all'art. 4 lett. a) della L. 443/89 (che per le lavorazioni non di serie eleva il numero dei dipendenti a 18), il credito azionato va ammesso allo stato passivo ma in chirografo”.

- Retribuzioni,
- Ratei ferie, tredicesime, e quattordicesime,
- Contributi INPS e INAIL,
- Quota trattamento fine rapporto;
- Compensi ai collaboratori coordinati e continuativi;
- Compensi ad associati in partecipazione con apporto di solo lavoro
- Costo figurativo del lavoro del titolare dell'impresa e/o dei soci ⁽¹⁾

⁽¹⁾ Costi per l'artigiano ed eventuali soci:

- il costo riportati nel conto economico per le loro prestazioni, oppure, in mancanza di questo il salario figurativo dell'artigiano o dei soci. La Cassazione del 2/06/1995 n. 6221 individua come elemento quantificatore del salario figurativo, l'utile attribuito ai soci²⁰;
- i contributi sostenuti a loro favore per INPS, INAIL o per altre casse riscontrabili nel conto economico dell'impresa.

Il capitale investito nell'impresa è determinato sia in termini di macchinari che di materie prime. L'entità delle materie prime utilizzate porta di per sé ad un corrispondente incremento del fatturato, da cui il motivo di inidoneità del solo volume d'affari quale indicatore di riconoscimento del privilegio²¹.

Il costo del capitale investito è determinato dalla sommatoria di:

- Costo di acquisto delle materie prime, semilavorati, sussidiarie, di consumo, prodotti finiti e merci;
- Rimanenze iniziali di materie prime, semilavorati, sussidiarie, di consumo, prodotti finiti e merci;
- Rimanenze finali di materie prime, semilavorati, sussidiarie, di consumo, prodotti finiti e merci;
- Locazioni ed affitti passivi;
- Incremento delle immobilizzazioni dell'esercizio;
- Ammortamento e svalutazione per gestione caratteristica;
- Canoni di leasing di beni strumentali;
- Costo delle lavorazioni presso terzi o esterne.

4. DOCUMENTAZIONE NECESSARIA PER GLI ACCERTAMENTI

In sede di accertamento del passivo, il riconoscimento del privilegio artigiano potrà essere effettuato tramite la verifica della seguente documentazione:

²⁰ La Corte di Cassazione pur sapendo che si tratta tecnicamente di una forzatura, in quanto ingloba un quid attribuibile alla remunerazione del capitale. Tuttavia, ritiene che il valore così ottenuto sia di per sé valido, ma che debba essere interpretato, da caso a caso, alla luce della particolare attività svolta dall'impresa.

²¹ Cassazione Sez. Un. Civili 20/03/2015 n. 5685 – Redazione ILCASO.it.. *Ai fini dell'individuazione dei requisiti per il riconoscimento del privilegio artigiano, il criterio del volume d'affari non è di per sé sufficiente, dovendosi fare riferimento alla prevalenza del lavoro del titolare dell'impresa e della sua famiglia rispetto al capitale ed all'altrui lavoro nonché verificare se il capitale investito, in termini di strutture e macchinari e di materie prime, consente di escludere la prevalenza del lavoro umano del solo titolare dell'impresa. Le norme del diritto civile che attongono alla qualità, privilegiata o meno, di alcuni crediti trovano applicazione con riferimento al momento in cui il credito è sorto e non a quello in cui il credito viene fatto valere*

- copia delle fatture e/o di altro documento atto a comprovare l'esistenza del credito (documenti di trasporto, contratti, ecc.);
- copia certificato rilasciato dalla C.C.I.A.A. di iscrizione all'Albo delle imprese artigiane;
- copia delle situazioni contabili relative agli anni in cui sono sorte le ragioni del credito;
- copia delle Dichiarazioni dei Redditi e Dichiarazioni Iva relative agli anni di prestazione;
- copia bilancio d'esercizio relativo agli anni in cui sono sorte le ragioni del credito;
- copia del Registro cespiti ammortizzabili e dichiarazione attestante l'uso dei beni strumentali nell'esercizio dell'attività d'imprenditoriale nonché la qualità dei beni prodotti e dei servizi resi usualmente all'impresa;
- copia del Libro Unico del Lavoro e/o Modelli UNI-emens;
- comunicazione rilasciata dal legale rappresentante relativamente al numero dei soci che presta attività lavorativa all'interno dell'impresa;
- visura camerale nominativa storica del socio unico di Srl o del socio accomandatario di Sas;

Crediti spettanti a società cooperative di produzione e lavoro e relativa documentazione a supporto

RIFERIMENTI NORMATIVI E TESTO DI LEGGE

Artt. 2511, 2512, 2513, 2514 c.c.

Art. 2751 bis comma 1 n.5, c.c.

D. Lgs. 460/1997

D.p.r. 61/1973

D.L. 21 giugno 2013, n. 69, conv. in L. 9 agosto 2013, n. 98,

D. Lgs. 2 agosto 2002, n. 220

GIURISPRUDENZA RECENTE + EVENTUALE DOTTRINA DI RILIEVO

Corte di Cassazione, Sez. VI civ., 2 novembre 2016 n. 22147

Vanno considerati essenziali perché una cooperativa di produzione e lavoro sia ammessa al passivo fallimentare con il privilegio di cui all'art. 2751 bis c.c., n. 5, due requisiti: per un verso, che il credito risulti pertinente ed effettivamente correlato al lavoro dei soci e, per altro verso, che l'apporto lavorativo di questi ultimi sia prevalente rispetto al lavoro dei dipendenti non soci. Ne consegue che, ai fini del riconoscimento del predetto privilegio, non è legittimo il ricorso a parametri diversi da quelli indicati e collegati, invece, a canoni funzionali o dimensionali ovvero a comparazioni fra lavoro dei soci e capitale investito.

Corte di Cassazione n. 12136/2014

Al credito di una cooperativa di produzione e lavoro va infatti riconosciuta collocazione privilegiata, ai sensi dell'art. 2751 bis c.c., n. 5, ogniquale volta esso risulti pertinente ed effettivamente correlato al lavoro dei soci e l'apporto lavorativo di questi ultimi sia prevalente rispetto al lavoro dei dipendenti non soci; ai fini del riconoscimento del privilegio non possono invece venire in considerazione parametri diversi da quelli indicati, fondati su canoni funzionali o dimensionali, né possono essere compiute comparazioni in stridente contrasto con la moderna realtà cooperativa, quali quelle fondate sul rapporto fra lavoro dei soci e capitale investito (cfr. Cass. nn. 2984/97, 4585/01).

Corte di Cassazione, Sezione 6 civile Ordinanza 27 settembre 2013, n. 22199

Il privilegio di cui al n. 5-bis dell'art. 2751-bis cod. civ., con cui il legislatore ha superato la distinzione tra cooperative (e consorzi) di produzione e lavoro in agricoltura e cooperative di imprenditori agricoli per la trasformazione e alienazione dei prodotti, con conseguente irrilevanza della dimensione quantitativa dell'impresa e della struttura organizzativa, non risulta fondato sulla sola qualifica soggettiva del creditore (cooperativa o consorzio agrario iscritto nel relativo registro), ma sulla natura oggettiva del credito ovvero sul fatto che esso derivi dall'attività nella quale si esplica la funzione cooperativa specialmente tutelata dal legislatore.

Corte di Cassazione, Sezione 1 civile Sentenza 21 ottobre 2010, n. 21652

Tribunale Milano, Sezione 2 civile Sentenza 8 febbraio 2008, n. 1667 “.....il privilegio riconosciuto dall'art. 2751-bis, n. 5) c.c. tutela il credito per prestazioni di servizi resi da enti cooperativi di produzione e lavoro, in quanto assimilabili ai crediti di lavoro dipendente ed autonomo.....”.

PRINCIPI GENERALI

Il privilegio riconosciuto dall'art. 2751-bis, n. 5) c.c. tutela il credito per prestazioni di servizi resi da enti cooperativi di produzione e lavoro, in quanto assimilabili ai crediti da lavoro dipendente ed autonomo.

In particolare, in tema di crediti di società cooperative, il riconoscimento del privilegio di cui all'art. 2751-bis, comma 1, n. 5), c.c. alle cooperative di produzione e lavoro non richiede la prova della mutualità prevalente, anche in considerazione del fatto che le previsioni di cui all'art. 82, comma 3-bis del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, conv. in L. 9 agosto 2013, n. 98, che attribuiscono il detto privilegio nel caso in cui le cooperative abbiano superato positivamente o abbiano comunque richiesto la revisione di cui al D. Lgs. 2 agosto 2002, n. 220, non solo non sono limitate ai soli enti a mutualità prevalente, ma richiamano altresì la revisione prevista e disciplinata dal D. Lgs. 220/2002, che è prevista per tutte le cooperative, tanto quelle a mutualità prevalente, quanto quelle a mutualità diversa.

I requisiti essenziali perché una cooperativa di produzione e lavoro sia ammessa al privilegio del credito ex art. 2751 bis n. 5 (introdotto dalla l. n. 426 del 1975) sono, per un verso, correlati alla "effettività" e "pertinenza" professionale del lavoro dei soci, e, per altro verso, alla prevalenza del lavoro di questi ultimi rispetto a quello dei non soci; tali requisiti sono ricavabili, oltre che dall'art. 23 d.l.C.p.S. n. 1577 del 1947, anche dalla genesi normativa dell'art. 2751 bis c.c. e dalla natura dei crediti assistiti dal privilegio, che, per essere relativi esclusivamente alla vendita dei manufatti e alla somministrazione dei servizi, appaiono strettamente correlati al lavoro personale e diretto dei soci.

Ne consegue che non tutti gli enti qualificabili come cooperativi ai fini fiscali e previdenziali possono ritenersi ammessi al beneficio del credito, e che, ai fini del beneficio mobiliare, non è necessario il ricorso a parametri diversi da quelli relativi all'apporto lavorativo dei soci e collegati invece ai canoni dimensionali o "funzionali", ovvero a comparazioni, di difficile effettuazione, tra lavoro e "capitale" investito.

Con l'ordinanza n. 12136/2014 la Corte di Cassazione ha stabilito che al credito di una cooperativa di produzione e lavoro va riconosciuto il privilegio, di cui all'art. 2751-bis n. 5 c.c., ogniqualvolta esso risulti pertinente ed effettivamente correlato al lavoro dei soci e l'apporto lavorativo di questi ultimi sia prevalente rispetto al lavoro dei dipendenti non soci. Ai fini del riconoscimento di tale privilegio, non devono, invece, essere presi in considerazione parametri diversi dal lavoro dei soci, quali ad esempio immobilizzazioni materiali della cooperativa e sue partecipazioni in imprese controllate.

Per il riconoscimento del privilegio generale mobiliare ex art. 2751 bis n. 5 c.c. è necessario che la società cooperativa provi la prevalenza del fattore del lavoro dei soli soci dipendenti (quindi con esclusione dei dipendenti non soci) rispetto al fattore del capitale investito.

In estrema sintesi vanno considerati essenziali perché una cooperativa di produzione e lavoro sia ammessa al passivo fallimentare con il privilegio di cui all'art. 2751 bis c.c., n. 5, i seguenti requisiti:

- che il credito risulti pertinente ed effettivamente correlato al lavoro dei soci;
- che l'apporto lavorativo di questi ultimi sia prevalente rispetto al lavoro dei dipendenti non soci.

SIMULAZIONE

I documenti necessari a comprovare i predetti requisiti sono:

- atto costitutivo/Statuto, dal quale si prenda visione della tipologia di scambio mutualistico previsto per la società nonché dei connessi requisiti di mutualità;
- iscrizione all'Albo delle Società cooperative disciplinato dal Decreto del Ministro dello sviluppo economico del 23 giugno 2004, che ha carattere costitutivo ai fini della qualificazione mutualistica;
- relativamente al rapporto di lavoro subordinato: occorre dare evidenza di retribuzioni, ratei ferie, tredicesime e quattordicesime, contributi INPS e INAIL, quote trattamento fine rapporto. Il rapporto di lavoro subordinato dei soci generalmente è contabilizzato separatamente rispetto ai lavoratori non soci;
- Libro ed elenco soci;
- Copia integrale del bilancio relativo al periodo in cui è insorto il credito, con nota integrativa e relazione degli amministratori;
- Copia del Libro Unico del Lavoro e/o Modelli UNI-emens;
- Copia del "Modello Unico" relativo agli anni in cui sono sorte le ragioni di credito;
- Attestazione di revisione ai sensi del D. Lgs. 220/2002.

Privilegio di natura pubblica ex art. 9, comma 5, d.lgs. 123/1998

NORMATIVA DI RIFERIMENTO

La norma di riferimento è contenuta all'art.9, comma 5, del D. Lgs 123/1998 il quale recita: *“Per le restituzioni di cui al comma 4 i crediti nascenti dai finanziamenti erogati ai sensi del presente decreto legislativo sono preferiti a ogni altro titolo di prelazione da qualsiasi causa derivante, ad eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall'articolo 2751-bis del codice civile e fatti salvi i diritti preesistenti dei terzi. Al recupero dei crediti si provvede con l'iscrizione al ruolo, ai sensi dell'articolo 67, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 28 gennaio 1988, n. 43, delle somme oggetto di restituzione, nonché delle somme a titolo di rivalutazione e interessi e delle relative sanzioni”*.

Successivamente, forse nel tentativo di dirimere le notevoli incertezze interpretative emerse, è stato disposto ai sensi dell'art. 8 bis della L. 33/2015: *“Il diritto alla restituzione, nei confronti del beneficiario finale e dei terzi prestatori di garanzie, delle somme liquidate a titolo di perdite dal Fondo di garanzia di cui all'articolo 2, comma 100, lettera a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662, costituisce credito privilegiato e prevale su ogni altro diritto di prelazione, da qualsiasi causa derivante, ad eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall'articolo 2751-bis del codice civile, fatti salvi i precedenti diritti di prelazione spettanti a terzi. La costituzione e l'efficacia del privilegio non sono subordinate al consenso delle parti. Al recupero del predetto credito si procede mediante iscrizione a ruolo, ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46, e successive modificazioni”*.

CENNI STORICI

Il D. Lgs. 123/1998 si pone come obiettivo quello di garantire un sostegno pubblico allo sviluppo della piccola e media impresa attraverso una serie di “interventi” di varia natura erogati da soggetti pubblici ad imprese private. Fra questi si annoverano i “contributi” erogati dal Ministero dello Sviluppo Economico alle imprese (di solito in conto interessi su finanziamenti concessi dal sistema bancario alle imprese) e le garanzie concesse dal Fondo di Garanzia per le PMI gestito dalla Banca del Mezzogiorno Medio Credito Centrale ai sensi della L. 662/1996). Questa seconda tipologia di “interventi” in particolare si concretizza nella concessione da parte del sistema bancario di finanziamenti di tipo

chirografari alle imprese che vengono garantiti dalla Banca del Mezzogiorno Medio Credito Centrale in tutto od in parte.

In particolare, in caso di insolvenza della PMI finanziata, l'Istituto di Credito potrà richiedere alla Banca del Mezzogiorno il rimborso delle somme per le quali sia rimasta insoddisfatta e fino a concorrenza della garanzia concessa dal soggetto pubblico (che potrà anche non corrispondere al 100% dell'importo erogato).

Tale tipologia di interventi ha consentito a moltissime PMI italiane di accedere a finanziamenti anche di importo rilevante (in genere per la nostra realtà fra i 500.000 ed i 3 milioni di euro) senza concedere al sistema bancario garanzie in quanto le banche venivano garantite, nella sostanza, in tutto od in parte, dallo Stato.

Nello spirito del Legislatore, a fronte di un tale impegno pubblico, vi era l'intenzione appunto di garantire un "super" privilegio volto ad assicurare tutela all'impegno di stato. Purtroppo la formulazione troppo generica della norma di cui all'art. 9, comma 5, D. Lgs. 123/1998 ha suscitato molti dubbi interpretativi vanificando almeno in parte lo scopo per cui era stata inserita.

I dubbi interpretativi attengono sia al tipo di privilegio disciplinato, cioè se sia speciale o generale ed inoltre se esso assista solo le prestazioni dirette erogate dal soggetto pubblico ovvero anche le prestazioni di garanzia. Sotto al primo profilo nel caso in cui si assuma la natura di privilegio speciale, esso potrà essere riconosciuto solo laddove il bene materiale acquistato grazie al finanziamento venga rivenuto in sede di inventario, circostanza assai rara, che si concretizza nella maggior parte dei casi nel declassamento al rango chirografario della pretesa pubblica. Sotto al secondo profilo si discute se il privilegio sia limitato al diritto alla restituzione di somme in precedenza direttamente erogate dal soggetto pubblico in favore della PMI oppure anche alle prestazioni di garanzia, in cui il soggetto pubblico non eroga nulla, ma è la banca a farlo, salvo intervento del Fondo di Garanzia il quale si adopererà per risarcire l'Istituto di Credito solo in caso di insolvenza del soggetto finanziato.

Un ulteriore intervento legislativo in merito è rappresentato dall'art 8 bis della L. 33/2015 il cui testo è stato sopra riportato, nel tentativo di fare chiarezza in merito, obiettivo raggiunto solo in parte.

Non vi è dubbio che per gli interventi di garanzia intervenuti dopo la L. 33/2015, il privilegio spetti anche per quelli conseguenti alla mera concessione di garanzie, ma permangono dubbi per quelli anteriori, infatti non è chiaro se la norma di cui si parla abbia efficacia retroattiva essendo interpretativa o meno.

Un ulteriore dubbio è relativo al momento rilevante al fine di stabilire se una operazione si collochi anteriormente o successivamente alla citata novella del 2015, in particolare non è chiaro se si debba fare riferimento al momento in cui il finanziamento fu concesso dalla banca alla PMI oppure se si debba far riferimento al momento in cui l'Istituto di credito abbia chiesto ed ottenuto il rimborso da parte del Fondo di Garanzia delle PMI.

1. Giurisprudenza di riferimento

Ad oggi gli interventi giurisprudenziali scarseggiano ed hanno rango di merito per cui si ritiene che la loro portata sia limitata.

Un primo importante provvedimento è quello del Tribunale di Milano del 2 luglio 2014 in cui si stabiliva che “il privilegio di cui all’art. 9, comma 5, D. Lgs. 123/1998 non si applica alle prestazioni di garanzia ex art. 2, comma 100, L. 662/96”. Sullo stesso solco è il Tribunale di Pistoia con decreto 21 maggio 2015 n. 3178.

Un ulteriore importante provvedimento è del Tribunale di Mantova (8 maggio 2012) secondo cui il privilegio in questione sarebbe di tipo generale.

Si cita infine il Tribunale di Como, che con ordinanza del 28/09/2016, si pone in antitesi con le prime delle pronunce citate, stabilendo che la novella di cui all’art. 8 bis della L. 33/2015 avrebbe natura interpretativa e quindi retroattiva: *“L’art. 8 bis D.L. 3/2015, convertito con modificazioni nella Legge 33/2015 ha natura interpretativa dell’art. 2 Comma 100 lett. a) della L. 662/96.*

La ratio della novella legislativa di cui all’art. 8 bis D.L. 3/2015, convertito con modificazioni in legge 33/2015 è evidentemente finalizzata a dirimere le controversie già sorte in ordine alla natura giuridica del credito del Fondo ex L. 662/96. (Gianluigi Iannetti)”

2. Criteri per l'accertamento del privilegio

Al fine di valutare la spettanza del privilegio sarà necessario acquisire copia del contratto di finanziamento fra la PMI e la banca, copia del provvedimento amministrativo di concessione della garanzia/contributo, copia della comunicazione con cui la banca abbia denunciato al soggetto pubblico l’insolvenza della PMI finanziata, copia del pagamento da parte del Fondo di Garanzia per le PMI in favore della banca, copia della richiesta di restituzione del contributo erogato.

Aderendo alla tesi formulata dal Tribunale di Como, tutti gli “interventi” siano essi diretti, siano essi conseguenti a concessione di garanzie, saranno assistiti dal privilegio in parola.

Aderendo invece a quanto stabilito dal Tribunale di Milano in data 2 luglio 2014 e dal Tribunale di Pistoia, il privilegio spetterà solo in caso in cui il rimborso disposto dal Fondo di Garanzia si collochi temporalmente in data successiva all’entrata in vigore della novella di cui all’art. 8 bis della L. 33/2015.

Non appare infatti fondata (seppure sostenuto in dottrina) la tesi che darebbe rilievo al momento in cui il finanziamento fu erogato dalla banca alla PMI.

Circa la natura del privilegio, se speciale o generale, non risultano pronunce giurisprudenziali che lo qualificano speciale con la conseguenza che una simile tesi potrebbe risultare difficile da sostenere.

Nel caso in cui nel corso di una procedura di concordato preventivo ex art. 160 e ss. L.F. si sia in presenza di una simile pretesa, laddove la società debitrice voglia contestare la spettanza del privilegio,

sarà necessario accantonare l'intero importo invocato dal soggetto pubblico in attesa che la controversia sia definita nelle sedi civili opportune.

CAPITOLO n. 9

Crediti di professionisti in relazione a competenze maturate nell'ambito di una precedente procedura concorsuale ammessa con provvedimento del Tribunale e poi non andata a buon fine // Concordato ammesso e poi non omologato con successivo fallimento del soggetto proponente ecc...- (advisors, attestatore e periti nominati dalla società, commissari, periti, consulenti, inclusa società di revisione, nominati dalla procedura)

In merito all'ammissione in prededuzione allo stato passivo del fallimento del credito di un professionista per una prestazione professionale inerente l'assistenza e consulenza ad una società nella procedura di ammissione al concordato preventivo che si conclude con la declaratoria di inammissibilità della domanda, quindi prestazione resa antecedentemente all'intervenuta dichiarazione di fallimento, si è espressa la **Corte di Cassazione** con **ordinanza n. 7974 depositata il 30/03/2018**.

In particolare, la Cassazione ha sancito che l'indagine svolta sul piano della utilità in concreto per la massa dei creditori della prestazione resa dal professionista prima della dichiarazione di fallimento non è prevista nei parametri di cui all'art. 111 comma 2 della L.F. e pertanto, non essendo previste restrizioni a tali prestazioni, il credito professionale deve essere ammesso in prededuzione al passivo fallimentare.

Sulla base di tali presupposti ne consegue che il credito di un professionista che abbia svolto un'attività di consulenza e assistenza finalizzata alla redazione e presentazione di una domanda di ammissione alla procedura concorsuale di concordato preventivo è un'attività effettuata in funzione di tale procedura e, quindi, il relativo credito deve essere soddisfatto in prededuzione nel successivo fallimento senza necessità di valutare "ex post" che la prestazione sia stata concretamente utile per la massa dei creditori in correlazione ai risultati raggiunti.

Con la predetta ordinanza, la Corte di Cassazione ha precisato in maniera puntuale le motivazioni a supporto dell'ammissibilità del credito allo stato passivo, riportate in calce al presente elaborato, che si riepilogano brevemente di seguito.

La giurisprudenza di legittimità ha intrapreso un percorso evolutivo volto ad affrancare la categoria dei crediti prededucibili in ragione del loro carattere funzionale dal presupposto di un controllo giudiziale sulla loro utilità e tale prospettiva interpretativa è stata recepita con ordinanza della Cass. n. 5098/2014, poi richiamata con pronuncia Cass. n. 1765/2015, nella quale è sancito che anche ai crediti sorti anteriormente all'inizio della procedura di concordato preventivo, non occasionati dallo svolgimento della medesima procedura, può riconoscersi la prededucibilità ove sia applicabile il secondo criterio richiamato dall'art. 111, comma 2, L. fall., quello cioè della funzionalità, o strumentalità, delle attività professionali da cui i crediti hanno origine rispetto alla procedura concorsuale.

La Cass. n. 6031/2014 ha precisato che il disposto dell'art. 111, comma 2, L. fall. è inteso nel senso che il credito sorto in funzione di una procedura concorsuale è senza dubbio anche quello sorto "per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali" ex art. 67, lett. g), L.F., quindi in periodo anteriore al fallimento.

Anche l'art. 182-quater, comma 2, L.F. individua come crediti prededucibili anche i crediti sorti prima dell'apertura della procedura "in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo" (valutazione condivisa da Cass. n. 19013/2014).

L'art. 111 comma 2 L.F. individua un precetto di carattere generale, privo di restrizioni, che introduce un'eccezione al principio della par condicio creditorum, estendendo in caso di fallimento la prededucibilità a tutti i crediti sorti in funzione di precedenti procedure concorsuali (Cass. n. 1765/2015).

È stato ribadito che l'art. 111, comma 2 L.F. individua la prededucibilità dei crediti sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali, sulla base di due criteri alternativi e precisamente cronologico e teleologico con la contestuale necessità di accertare un vantaggio per la massa dei creditori (Cass. N. 25589/2015 e 24791/2016)

Nell'esemplificazione fatta da Cass. n. 280/2017 la funzionalità / strumentalità è ravvisabile quando la prestazione professionale confluisce nell'ambito della fase preparatoria di una procedura concorsuale, tranne che non risulti dimostrato il carattere sovrabbondante / superfluo rispetto all'iniziativa assunta.

Nel caso in cui alla procedura minore consegua il fallimento, è esclusa la verifica dell'utilità in concreto per la massa dei creditori, concetto ben distinto rispetto a quello di funzionalità che non è previsto quale requisito e nelle finalità di cui all'art. 111, comma 2 L.F. (Cass. n. 1182/2018). È stato altresì evidenziato che l'accesso alla procedura di concordato preventivo costituisce comunque un vantaggio per i creditori in quanto la consecuzione delle procedure produce la cristallizzazione della massa e la retrodatazione del periodo sospetto ai fini dell'esperimento della revocatoria fallimentare, come ha ricordato Cass. n. 6031/2014, pur non rientrando nei requisiti richiesti e nelle finalità perseguite dalla norma in questione che non deve quindi essere verificata (Cass. n. 1182/2018).

È stato altresì ribadito l'orientamento che il credito del professionista che abbia svolto attività di assistenza e consulenza per la redazione e la presentazione della domanda di concordato preventivo rientra de plano tra i crediti sorti "in funzione" di quest'ultima procedura e, come tale, a norma dell'art. 111, comma 2, L.F., va soddisfatto in prededuzione nel successivo fallimento senza che sia valutata ex post l'utilità concreta per la massa in ragione dei risultati raggiunti (Cass. n. 22450/2015).

È stato infine sottolineato che in tali casi la valutazione dell'utilità in concreto dell'attività professionale prestata si pone al di fuori dei parametri da cui l'art. 111, comma 2, L.F. mentre si deve invece valutare l'attività professionale ex ante nell'ambito della procedura concorsuale minore e delle finalità perseguite.

Corte di Cassazione ordinanza n. 7974 del 30/03/2018

Con la predetta ordinanza, la Corte di Cassazione ha precisato quanto segue.

4.1 La giurisprudenza di questa Corte ha ormai intrapreso un percorso evolutivo volto ad affrancare la categoria dei crediti prededucibili in ragione del loro carattere funzionale dal presupposto di un controllo giudiziale sulla loro utilità.

In questa prospettiva interpretativa è stato dapprima sottolineato (Cass. N. 5098/2014) che anche ai crediti sorti anteriormente all'inizio della procedura di concordato preventivo, non occasionati dallo svolgimento della medesima procedura, può riconoscersi la prededucibilità ove sia applicabile il secondo criterio richiamato dall'art. 111, comma 2, L. fall., quello cioè della funzionalità, o strumentalità, delle attività professionali da cui i crediti hanno origine rispetto alla procedura concorsuale; ciò in ragione della evidente ratio della norma, individuabile nell' intento di favorire il ricorso alla procedura di concordato preventivo, nel quadro della riforma di tale procedura, diretta a predisporre un possibile strumento di composizione della crisi idonea a favorire la conservazione dei valori aziendali.

Atteso che la medesima ratio sta alla base del disposto dell' art. 67, lett. g), L. fall., (che sottrae alla revocatoria fallimentare i pagamenti dei debiti liquidi ed esigibili eseguiti dall'imprenditore per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alla procedura di concordato preventivo), si è di conseguenza ritenuto che il nesso funzionale che, in caso di mancato pagamento, giustifica la prededucibilità dei crediti derivanti dalle prestazioni stesse, pur se sorti prima dell' inizio della procedura, sia ravvisabile nella strumentalità di queste prestazioni rispetto all'accesso alla procedura concorsuale minore.

È stato in seguito precisato (Cass. n. 6031/2014) che il disposto dell'art. 111, comma 2, L. fall., deve essere inteso, tenuto conto della ratio della riforma volta a incentivare gli strumenti di composizione della crisi e a favorire la conservazione dei valori aziendali, nel senso che il credito sorto in funzione di una procedura concorsuale è senza dubbio anche quello sorto "per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali" ex art. 67, lett. g), L. fall., quale l'attività prestata in favore dell'imprenditore poi dichiarato fallito in funzione dell' ammissione del medesimo alla procedura di concordato preventivo, non rilevando la natura concorsuale del credito stesso, per essere sorto in periodo anteriore al fallimento; prova ne sia che l'art. 182-quater, comma 2, L. fall., individua come crediti prededucibili anche i crediti sorti prima dell' apertura della procedura "in funzione della presentazione della domanda di ammissione

alla procedura di concordato preventivo", rimanendo così confermato il significato dell' enunciato "in funzione", che richiama il concetto di "servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali" utilizzato dall'art. 67, lett. g), L. fall., e della possibilità di intendere l'enunciato "strumentale a" come sinonimo di "funzionale" (valutazione condivisa da Cass. n. 19013/2014).

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

4.2 La giurisprudenza di questa Corte ha inteso poi ulteriormente precisare la portata di queste affermazioni, ribadendo che l'art. 111, comma 2, L.fall., nell'affermare la prededucibilità dei crediti sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali, individua gli stessi sulla base di un duplice criterio, cronologico e teleologico, in tal modo prefigurando un meccanismo soddisfacente destinato a regolare non solo le obbligazioni della massa sorte all'interno della procedura, ma tutte quelle che interferiscono con l'amministrazione fallimentare e, conseguentemente, sugli interessi del ceto creditorio, ma precisando anche che il carattere alternativo dei predetti criteri non consente l'estensione della prededucibilità a qualsiasi obbligazione caratterizzata da un sia pur labile collegamento con la procedura concorsuale, giacché in ogni caso è necessario accertare il vantaggio arrecato alla massa dei creditori con un apprezzamento che, risolvendosi in un'indagine di fatto, è riservato al giudice di merito ed è censurabile in cassazione solo per vizio di motivazione (Cass. n. 25589/2015; Cass. n. 24791/2016).

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

Dunque - secondo l'esemplificazione fatta da Cass. n. 280/2017 - la funzionalità è ravvisabile quando le prestazioni compiute dal terzo, per il momento ed il modo con cui sono state assunte in un rapporto obbligatorio con il debitore, confluiscono nel disegno di risanamento da quest' ultimo predisposto in modo da rientrare in una complessiva causa economico-organizzativa almeno preparatoria di una procedura concorsuale, a meno che non ne risulti dimostrato il carattere sovrabbondante o superfluo rispetto all' iniziativa assunta.

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

La collocazione in prededuzione prevista dall'art. 111, comma 2, L. fall, costituisce infatti, come detto, un'eccezione al principio della par condicio che intende favorire il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi d'impresa e rimane soggetta alla verifica delle sole condizioni previste dalla norma in parola.

L'utilità concreta per la massa dei creditori - a prescindere dal fatto che l'accesso alla procedura di concordato preventivo costituisce di per sé un vantaggio per i creditori ove si tenga conto degli effetti della consecuzione delle procedure, tra cui la cristallizzazione della massa e la retrodatazione del periodo sospetto ai fini dell'esperimento della revocatoria fallimentare, come ha ricordato Cass. n. 6031/2014 - non rientra invece nei requisiti richiesti e nelle finalità perseguite dalla norma in questione e non deve perciò essere in alcun modo indagata (Cass. n. 1182/2018).

Deve quindi essere ribadito l'orientamento secondo cui il credito del professionista che abbia svolto attività di assistenza e consulenza per la redazione e la presentazione della domanda di concordato preventivo rientra de plano tra i crediti sorti "in funzione" di quest'ultima procedura e, come tale, a norma dell'art. 111, comma 2, L. fall., va soddisfatto in prededuzione nel successivo fallimento, senza che, ai fini di tale collocazione, debba essere accertato, con valutazione ex post, che la prestazione resa sia stata concretamente utile per la massa in ragione dei risultati raggiunti (Cass. n. 22450/2015).

4.4 L'applicazione al caso di specie dei principi sopra illustrati rende evidente come il collegio dell'impugnazione, nel negare la collocazione in prededuzione richiesta, si sia preoccupato di verificare in concreto l'intervenuta soddisfazione dell'interesse della massa dei creditori (constatando ex post che la prestazione professionale non aveva soddisfatto in alcun modo l'interesse della massa, dal momento che il concordato era stato dichiarato inammissibile e non aveva avuto ab origine alcuna possibilità di esplicare effetti favorevoli per i creditori) senza valutare in alcun modo se l'attività professionale prestata dall'odierno ricorrente potesse essere ricondotta, secondo una valutazione ex ante, nell'alveo della procedura concorsuale minore e delle finalità dalla stessa perseguite.

L'indagine, svolta sul piano dell'utilità in concreto piuttosto che sotto il profilo della funzionalità dell'attività professionale prestata alle esigenze di risanamento proprie della procedura minore, si pone al di fuori dei parametri da cui l'art. 111, comma 2, L. fall., fa discendere la collocazione in prededuzione e deve giocoforza essere rivista secondo la prospettiva di valutazione più corretta.