

## CAPITOLO VII

### LA PREDEDUCIBILITÀ DEL CREDITO DEL PROFESSIONISTA NEL CONCORDATO PREVENTIVO di MARCO GREGGIO \*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. L'evoluzione normativa. – 3. Il requisito della funzionalità e l'«utilità concreta». – 4. Riflessioni critiche. – 5. Il riconoscimento della prededuzione. – 6. L'eccezione di inadempimento. – 7. Il pagamento dei compensi professionali durante la procedura concordataria. – 8. Le prospettive di riforma.

#### 1. Considerazioni introduttive

La questione dell'eventuale prededucibilità del credito vantato dai professionisti che hanno assistito la società debitrice, poi dichiarata fallita, nella procedura di concordato preventivo (ossia l'attestatore, lo stimatore, l'*advisor* redattore del piano ed il legale redigente la domanda) è da tempo al centro del dibattito giurisprudenziale e dottrinale<sup>1</sup>. Probabil-

---

\* Avvocato in Padova; già Dottore di ricerca della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova.

<sup>1</sup> Tra i più recenti contributi sul tema, si segnalano, anche per gli spunti offerti nell'elaborazione del presente contributo, S. AMBROSINI, *Appunti in tema di prededuzione del credito del professionista nel concordato preventivo e nell'eventuale successivo fallimento*, in [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org), 2017; L.A. BOTTAI, *Compensi dei professionisti e concordato: la Cassazione chiarisce la natura delle prestazioni e la disciplina applicabile in ciascuna fase*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), 2017; S. CASONATO, *Compensi e crediti dei professionisti nel concordato preventivo*, in AA.VV. *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria dopo le riforme del 2015 e 2016* (a cura di S. Ambrosini), Bologna, 2017, 640 ss.; M. FABIANI, *Concordato preventivo e divieto (non previsto nella legge) di pagamenti dei compensi professionali. Il pensiero unico recente dei giudici di merito*, in [www.ilfallimento.it](http://www.ilfallimento.it), 2017, 583; V. SALLORENZO, *I crediti prededucibili nell'ambito delle procedure concorsuali: in particolare*

mente è uno dei temi più controversi e, per ovvie ragioni, «sensibili» per gli operatori della crisi d'impresa, che si inserisce nell'alveo dell'individuazione del confine tra i crediti che partecipano al concorso e i crediti che, invece, devono essere ricondotti alla gestione concorsuale e che come tali godono del trattamento più favorevole, ossia del trattamento prededucibile, essendo così antergati nel soddisfo ai predetti crediti concorsuali (salvo essere a loro volta soggetti a graduazione nel caso in cui le risorse della procedura non siano bastevoli a coprire tutti i debiti prededucibili). Tale problematica ha assunto peculiare delicatezza negli ultimi anni, in cui si è assistito alla proliferazione delle procedure concordatarie e il cui esito, spesso, è stato negativo, sfociando nel fallimento del debitore ricorrente (in pendenza dell'istanza *ex art. 6 l.fall.*): per la mancata ammissione al beneficio del concordato ai sensi dell'art. 162 l.fall.; per la mancata omologazione della procedura (per mancato raggiungimento delle maggioranze previste dall'art. 177 l.fall. o per aver il tribunale competente accolto un'opposizione all'omologa e così respinto il concordato ai sensi dell'art. 180 l.fall.); per la revoca della procedura ai sensi dell'art. 173 l.fall., per la mancata esecuzione del piano concordatario e la successiva risoluzione dello stesso.

Nella ridda di pronunzie, di merito e di legittimità che si sono susseguite sul tema, in particolar modo dalla riforma del 2006, l'operatore si è trovato così disorientato. E tale incertezza circa la sorte del proprio credito ha portato da un lato a rendere problematica l'assunzione dell'incarico da parte del professionista (incarico spesso assai gravoso per la mole di lavoro che si prospetta e la struttura professionale necessaria per assolverlo al meglio: si pensi soltanto alle varie *due diligence* necessarie per la corretta predisposizione di un piano concordatario ed ai numerosi problemi da risolvere nel corso della procedura); dall'altro a registrare, in pochi ma non episodici casi, comportamenti censurabili del debitore e del professionista, spesso sfocati in veri e propri «abusi»

---

*la sorte del credito professionale sorto in «occasione» o in «funzione» del concordato preventivo, in Dir. fall., 2016, I, 431; G. VERNA, Brevi note sulla prededucibilità dei crediti per compensi professionali sorti in funzione di una procedura concorsuale, in Dir. fall., 2016, I, 1526.*



(che, inevitabilmente, hanno pregiudicato la migliore soddisfazione dei creditori)<sup>2</sup>.

È probabilmente anche per reagire agli abusi talora registrati nella prassi che la giurisprudenza più rigorosa ha introdotto il criterio dell'«utilità» (la cui mancanza escluderebbe la «funzionalità» della prestazione professionale per la massa), negando la prededuzione del credito del professionista in luogo del privilegio generale *ex art. 2751-bis, n. 2), c.c.* (e ciò spesso significa la mancata soddisfazione, in tutto o in parte, di tale credito, nei riparti fallimentari); in altri casi ha accolto l'eccezione di inadempimento sollevata dalla curatela, di conseguenza negando *sic et simpliciter* l'ammissione del credito nel passivo del fallimento.

Tuttavia, nell'intento – onorevole – di ispirarsi, in mancanza di norme chiare e specifiche, all'*aequitas* e quindi di non gravare in misura eccessiva sull'attivo disponibile per la massa dei creditori, si rischia di eccedere nel senso opposto: si sono così registrati casi di esclusione di crediti professionali dal passivo fallimentare (o comunque di mancata soddisfazione in virtù della collocazione in privilegio generale), nonostante un lavoro diligente e certosino da parte del professionista.

Per vero, pare (sempre più) maggioritario nella giurisprudenza di legittimità l'orientamento<sup>3</sup> per 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» della procedura e, come tale, a norma dell'art. 111, com-

---

<sup>2</sup> Risuona spesso l'eco di casi in cui i compensi professionali erano sproporzionati rispetto all'attivo a disposizione della massa oppure sono stati pagati per intero (o in gran parte) prima del deposito del ricorso in bianco, assorbendo oltremisura le risorse poi destinate ai creditori (e addirittura lasciando la ricorrente senza la pur minima disponibilità richiesta dall'art. 163, comma II, n. 4, l.fall.).

<sup>3</sup> Un Autore (G. P. MACAGNO, *La S.C. conferma la prededucibilità de plano dei crediti dei professionisti per le attività finalizzate all'apertura del concordato, ma all'orizzonte si prospetta una nuova stretta normativa*, in *www.ilfallimento.it*, 2017, 407 ss.) lo definisce «consolidato», ma si è invero notato che le soluzioni offerte dalla Corte di Cassazione sono ancora «non univoche» (S. AMBROSINI, *Appunti in tema di prededuzione del credito del professionista nel concordato preventivo e nell'eventuale successivo fallimento*, cit., 1 ss.).

ma II, 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<sup>4</sup>.

Tuttavia, la legge delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza, laddove tradotta nei decreti attuativi, potrebbe nuovamente cambiare il quadro prospettivo, da un lato limitando la misura dei compensi, dall'altro collegando la prededucibilità all'apertura della procedura *ex art.* 163 l.fall. (in assenza del quale, altrimenti, i medesimi crediti saranno ritenuti concorsuali).

## 2. L'evoluzione normativa

L'istituto della prededuzione – che deroga ai principi fondamentali del diritto fallimentare e in particolar modo alle cause legittime di prelazione e alla *par condicio creditorum*<sup>5</sup> – ha subito un'evoluzione normativa che da un lato ha determinato un rilevante ampliamento del suo perimetro di applicazione (nel condivisibile intento di favorire il risanamento dell'impresa in crisi), dall'altro tuttavia ha complicato l'attività dell'interprete, nell'incedere degli interventi legislativi privi – spesso – di un preciso e chiaro coordinamento. Nell'impianto della legge fallimentare anteriore alla riforma del 2006, la prededuzione – in assenza di una definizione *ad hoc* coniata dal legislatore – si rinveniva dalla mera lettura dell'art. 111 l.fall. che, al comma I, stabiliva l'ordine di distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo, assicurando la priorità al pagamento delle spese e dei debiti

<sup>4</sup> Cass., 21 novembre 2017, n. 27694; Cass., 14 marzo 2017, n. 6517; Cass., 10 gennaio 2017, n. 280.

<sup>5</sup> Sul punto cfr. G.P. MACAGNO, *La S.C. conferma la prededucibilità de plano dei crediti dei professionisti per le attività finalizzate all'apertura del concordato*, cit., 403 ss.; cfr. G. CIERVO, *Prededucibilità dei crediti sorti «in funzione» della procedura concorsuale*, in *Giur. comm.*, 2013, 773 ss.; V. SALLORENZO, *I crediti prededucibili nell'ambito delle procedure concorsuali: in particolare la sorte del credito professionale sorto in «occasione» o in «funzione» del concordato preventivo*, cit., 431 ss.



contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, se questo veniva autorizzato<sup>6</sup>. E si negava pressoché unanimemente la prededuzione dei crediti dei professionisti che avessero assistito il debitore nell'ambito delle procedure di concordato preventivo cui era seguito il fallimento<sup>7</sup>.

Con il duplice intervento di cui all'art. 99, d.lgs. 5/2006, e all'art. 8 d.lgs. 169/2007, il legislatore ha integralmente riformulato l'art. 111 l.fall., introducendo una specifica definizione normativa dei crediti prededucibili e includendo – tra gli altri – anche quelli sorti nell'ambito delle procedure concorsuali minori che avevano preceduto il fallimento. Così ai sensi del novellato art. 111, comma II, l.fall., devono ritenersi crediti prededucibili quelli «così qualificati da una specifica disposizione di legge», nonché quelli «sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge». Ebbene, mentre l'individuazione della prima categoria dei crediti risulta pressoché agevole perché è tipizzata dal legislatore<sup>8</sup>, la seconda categoria, quella atipica, subordina la prededucibilità o meno del credito al fatto che ci sia un collegamento occasionale o funzionale dello stesso alla procedura, secondo una valutazione rimessa al prudente apprezzamento del giudice della procedura fallimentare nelle modalità indicate all'art. 111-bis l.fall.<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Nel vigore del r.d. del 1942, la giurisprudenza cominciò ad elaborare dei criteri per l'individuazione dei crediti prededucibili dando rilievo al momento della loro insorgenza (Cass., 27 ottobre 1966, n. 567), alla riferibilità di essi agli organi fallimentari (Cass., 16 novembre 1981, n. 6056) ed alla strumentalità per la gestione della procedura (Cass., 27 ottobre 1966, n. 2367; Cass., SS.UU. 14 ottobre 1977, n. 4370), considerando, così, prededucibili i crediti sorti «dopo» l'apertura del fallimento e per effetto di obbligazioni assunte dai suoi organi o comunque a questi riconducibili, funzionali all'acquisizione, amministrazione e liquidazione del patrimonio del fallito (Cass., 11 novembre 1998, n. 11379; Cass., 1 novembre 1994, n. 9423). Al riguardo in dottrina cfr. M. SPADARO, *I crediti prededucibili*, in [www.ilfallimento.it](http://www.ilfallimento.it), 2016, 985 ss.

<sup>7</sup> Cass., 25 luglio 2007, n. 16426; Cass., 25 giugno 2002, n. 9262; Cass. 16 giugno 1994, n. 5821; Cass., 16 maggio 1983, n. 3369; Cass., 15 novembre 1974, n. 3628.

<sup>8</sup> In tal senso è stato riconosciuto che sono crediti prededucibili, ad esempio, quelli per l'indennizzo dovuto alla curatela nel contratto d'affitto d'azienda (art. 104-bis l.fall.), nel contratto di locazione (art. 80 l.fall.) e quelli sorti nel corso dell'esercizio d'impresa (art. 104 l.fall.).

<sup>9</sup> Cfr. Cass., 5 marzo 2014, n. 5098, che ha avvalorato la «continuità» delle

Conseguentemente, la prededucibilità dei crediti dei professionisti (compresi quelli maturati *ante* procedura) non era posta in dubbio, allorquando gli stessi fossero sorti «in occasione o in funzione» della procedura di concordato<sup>10</sup>. E la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che mentre il criterio della «occasionalità» è cronologico – e quindi si riconduce al dato temporale del sorgere del credito nel corso della procedura concorsuale – e va integrato con il dato soggettivo della riferibilità del credito all'attività posta in essere dagli organi della procedura, il criterio della «funzionalità» è alternativo ed autonomo (non costituendo quindi l'espressione di cui al comma II dell'art. 111 l.fall. un'endiadi)<sup>11</sup>.

### 3. Il requisito della funzionalità e l'«utilità concreta»

Rispetto al criterio dell'occasionalità, quello della funzionalità, all'interno del quale vengono collocati i crediti dei professionisti di cui si discute, risulta così più problematico, potendo ricomprendere anche i crediti venutisi a creare *anteriormente* ad una procedura concorsuale e quindi fuori dalla stessa<sup>12</sup>.

---

procedure, estendendo la sfera applicativa della prededuzione anche ai crediti sorti nell'ambito delle procedure concorsuali minori precedenti il fallimento. Così anche il concordato preventivo è stato inquadrato tra gli strumenti destinati al recupero dell'impresa (Cass., 14 marzo 2014, n. 6031; Cass., 6 agosto 2010, n. 18437; in dottrina, E. BRUSCHETTA, *Mutamenti legislativi ed adeguamenti giurisprudenziali in tema di prededuzione*, in [www.ilfallimento.it](http://www.ilfallimento.it), 2008, 1211 ss.; S. LEUZZI, *Preconcordato abortito e prededuzione dei crediti*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), 2014).

<sup>10</sup> Cfr. Cass., 8 aprile 2013, n. 8534.

<sup>11</sup> Cfr. Cass., 5 marzo 2014, n. 5098; Cass., 24 gennaio 2014, n. 1513; Cass., 5 marzo 2012, n. 3402. Tra la precedente giurisprudenza di merito cfr. Trib. Termini, 13 giugno 2011, in *Dir. Fall.*, 2012, 49 ss.; Trib. Milano, 18 giugno 2009, in [www.novaraius.it](http://www.novaraius.it). *Contra* cfr. Trib. Bari, 17 maggio 2010, in *Dir. fall.*, 2012, 1, 2, p. 29 ss.; Trib. Pordenone, 8 ottobre 2009, in [www.unijuris.it](http://www.unijuris.it); Trib. Firenze, 26 marzo 2008, in *Foro Toscano-Toscana Giur.*, 2008, 2, 168 ss., che consideravano la locuzione «in occasione o in funzione di» una sorta di endiadi (e negavano pertanto la prededuzione al credito del professionista se sorto anteriormente alla procedura).

<sup>12</sup> La giurisprudenza ha, infatti, sin da principio osservato che la locuzione «in funzione di», essendo spesso ricondotta alle equivalenti espressioni «in vista di», «allo scopo di» o «al fine di», poteva essere sinonimica proprio di un significato di strumentalità dell'attività professionale rispetto all'accesso alla



Dopo la breve parentesi di vigenza del quarto comma dell'art. 182-*quater* l.fall. (norma introdotta con il d.l. 78/2010 e poi abrogata con la l. 134/2012, di conversione del d.l. 83/2012), che limitava la prededuzione ai compensi spettanti al solo professionista «attestatore», con l'ulteriore condizione che ciò fosse espressamente disposto nel provvedimento di accoglimento della domanda di ammissione del concordato<sup>13</sup>, l'art. 111, comma II, l.fall. è ritornato ad avere una portata applicativa generale, riferendosi a tutte le procedure concorsuali, concordato preventivo compreso. Con la conseguenza che il trattamento dei crediti è stato nuovamente parificato per tutti i professionisti, rimanendo subordinata l'identificazione della prededucibilità degli stessi all'interpretazione attribuita al concetto di «funzionalità»<sup>14</sup>.

Come noto, parte della giurisprudenza ha collegato la funzionalità al requisito dell'«utilità effettiva» della presta-

---

procedura, riconoscendo così la prededuzione al credito del professionista pur essendo questo sorto in un momento anteriore alla procedura cui ineriva (cfr. Trib. Milano, 18 giugno 2009, in *Pluris*; Trib. Treviso, 16 giugno 2008, in *www.ilcaso.it*).

<sup>13</sup> Si rendeva pertanto necessario un vaglio giudiziale finalizzato alla verifica della funzionalità del credito rispetto all'esito della procedura, con necessità quanto meno dell'apertura della procedura di concordato (cfr. Trib. Milano, 26 maggio 2011, in *www.ilfallimento.it*, 2011, XI, 1337 ss.; Trib. Bari, 17 maggio 2010, *cit.*, 29 ss.), se non addirittura della sua approvazione e omologazione (Trib. Vicenza, 28 maggio 2010, in *www.ilcaso.it*). La prevalente giurisprudenza di merito riteneva che l'art. 182-*quater* l.fall. dovesse essere letto come norma che andava a limitare l'ambito di applicazione dell'art. 111 l.fall. (Trib. Milano, 26 ottobre 2011, in *Giur. mer.*, 2012, 891 ss.; Trib. Terni, 13 giugno 2011, in *www.ilfallimento.it*, 2011, 1339 ss.; Trib. Milano, 26 maggio 2011, *cit.*, 1337 ss.), ma una simile lettura appariva palesemente in contrasto sia con lo spirito generale della riforma della legge fallimentare, diretto a favorire l'accesso a procedure di composizione della crisi diverse dal fallimento (A. PATTI, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater l.fall.*, in *www.ilfallimento.it*, 2011, 1345 ss.; S. AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella l. n. 122/2010*, in *www.ilfallimento.it*, 2011, 644 ss.; M. FERRO, F. S. FILOCAMO, *Sub Art. 182-quater*, in M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2011, 2196 ss.; L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *www.ilfallimento.it*, 2010, 1352 ss.) che con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. (attesa la differenza tra il trattamento dei crediti dell'attestatore e quello degli altri professionisti che a vario titolo assistevano l'imprenditore).

<sup>14</sup> Cass., 8 settembre 2015, n. 17821; Cass., 13 maggio 2015, n. 9845; Cass., 17 aprile 2013, n. 9316; Cass. 8 aprile 2013, n. 8533.

zione professionale, riconoscendo così la prededuzione al credito purché le prestazioni del professionista si pongano in un rapporto di «adeguatezza funzionale» con le necessità risanatorie dell'impresa e sempre che queste siano state in concreto «utili» per la massa dei creditori<sup>15</sup>. Tale requisito dovrebbe pertanto condurre il giudice delegato ad effettuare un accertamento *ex post* circa la reale utilità del credito, nella sede concorsuale dell'accertamento del passivo: solo un'attività congrua allo scopo, nonché strettamente indispensabile, risulterebbe conforme al concetto di buona fede oggettiva e all'adeguatezza di costi/benefici in relazione all'interesse dei creditori<sup>16</sup>. Per contro, la manifesta inutilità nonché la dannosità del concordato per i creditori, causata da una continuazione rovinosa dell'attività d'impresa (ad es. per la scoperta di atti di frode che il curatore dimostri essere stati conosciuti o comunque essere conoscibili con l'ordinaria diligenza), escluderebbe la prededucibilità del credito del professionista<sup>17</sup>.

Secondo tale opzione interpretativa, il concetto di «funzionalità», quale «utilità concreta» della prestazione professionale per la procedura e la massa dei creditori, è stato così associato a quello di «strumentalità»<sup>18</sup> del credito, o più propriamente, dell'attività professionale da cui esso trae origine

<sup>15</sup> Con accezioni diverse, ma tutte incentrate sul fatto che il credito prededucibile rientrasse nell'interesse della massa e rispondesse agli scopi della procedura vedasi Cass., 24 gennaio 2014, n. 1513; Cass., 13 dicembre 2013, n. 27926; Cass., 8 aprile 2013, n. 8534; Cass., 7 marzo 2013, n. 5705; Cass., 10 maggio 2012, n. 7166; Cass., 5 marzo 2012, n. 3402. L'accezione di «utilità» richiamata in questo caso rievoca essenzialmente i principi generali in tema di buona fede e di corretto adempimento delle prestazioni d'opera intellettuale, ai sensi degli artt. 1176, comma II, 1218 e 2236 c.c. nonché di buona fede oggettiva ex artt. 1175 e 1375 c.c.

<sup>16</sup> Cass., 10 settembre 2014, n. 19013; Cass., 5 marzo 2014, n. 5098; Cass., 10 maggio 2012, n. 7166; Trib. Forlì, 27 novembre 2014, in *Pluris.it*, la quale ha affermato il principio secondo cui «l'opera intellettuale prestata dal difensore, valutata di nessuna utilità per la massa dei creditori e prestata in condizioni che sin dall'inizio non consentivano nessun salvataggio dell'impresa, non consente l'ammissione del credito professionale in prededuzione».

<sup>17</sup> Cfr. Cass., 7 febbraio 2017, n. 3218; Cass., 18 dicembre 2015, n. 25589; Cass., 17 aprile 2014, n. 8958; Cass., 8 aprile 2013, n. 8534.

<sup>18</sup> Cass., 14 marzo 2014, n. 6031; Cass., 5 marzo 2014, n. 5098; Trib. Forlì, 22 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Rimini, 10 ottobre 2014, in *www.dejure.it*; Trib. Milano, 18 giugno 2009, in *www.novaraius.it*; Trib. Treviso, 16 giugno 2008, in *www.ilfallimento.it*, 2008, 10, 1209 ss.



rispetto alla procedura concorsuale, a prescindere che il credito sia sorto in costanza della procedura o meno<sup>19</sup>.

Proprio seguendo il concetto di strumentalità, v'è stato chi, al fine di riconoscere la prededucibilità dei crediti del professionista, ha ritenuto sufficiente la sola *apertura* della procedura in modo tale da poter esercitare proprio in quella fase il controllo sulla funzionalità effettiva, rimanendo irrilevanti le vicende successive, ovvero sulla scorta della qualificazione del contratto di prestazione professionale finalizzato alla predisposizione del concordato come contratto con effetti protettivi<sup>20</sup>. Altri Tribunali, invece, hanno ritenuto indispensabile anche l'esito positivo della stessa tramite la sua omologazione, considerando che il cattivo risultato era esso stesso prova della inutilità della prestazione cui il credito ineriva<sup>21</sup>.

#### 4. Riflessioni critiche.

La tesi dell'utilità concreta, ad avviso di chi scrive, si presta ad una lettura critica per molteplici aspetti.

(i) Anzitutto, per tale via il riconoscimento della prededuzione risulterebbe subordinato ad un ulteriore requisito non previsto dall'art. 111, comma II, l.fall., né da altre disposizioni della legge fallimentare. Invero una diversa lettura della

---

<sup>19</sup> Tale *ratio* è, peraltro, condivisa anche dallo stesso art. 67, comma III, lett. g), l.fall., che sottrae alla revocatoria fallimentare i pagamenti dei debiti liquidi ed esigibili eseguiti dall'imprenditore alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alla procedura di concordato preventivo. Cfr. Cass., 9 maggio 2014, n. 10110; Cass., 14 marzo 2014, n. 6031; Cass., 5 marzo 2014, n. 5098.

<sup>20</sup> Trib. Rovigo, 16 febbraio 2018, in *www.ilcaso.it*; App. Ancona, 15 aprile 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Rovigo, 12 dicembre 2013, in *Pluris.it*; Trib. Terni, 22 marzo 2012, in *www.ilfallimento.it*, 10, p. 1250 ss.; Trib. Bari, 17 ottobre 2010, cit., 1304 ss.; Trib. Milano 20 agosto 2009, in *www.ilfallimento.it*, 2009, 12, 1413 ss. Ciò anche al fine di evitare di far dipendere l'attribuzione della natura prededucibile di un credito dalla discrezionalità del debitore, col rischio di far sorgere una serie spropositata di crediti, senza alcun controllo giudiziale e per di più a scapito della massa dei creditori concorsuali (Trib. Roma, 2 aprile 2013, in *www.ilfallimento.it*, 2014, I, 70 ss.; Trib. Terni, 13 giugno 2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Udine, 15 ottobre 2008, in *www.ilcaso.it*).

<sup>21</sup> Trib. Roma, 2 aprile 2013, cit., 70 ss.; Trib. Vicenza, 28 maggio 2010, in *www.ilcaso.it*.

succitata norma, con la valutazione dell'inerenza delle prestazioni alle necessità risanatorie dell'impresa ed all'esistenza di un vantaggio per i creditori, finirebbe con lo svuotare la norma medesima di significato, atteso che dalla sopravvenuta dichiarazione di fallimento si dovrebbe necessariamente presumere la mancanza di utilità per la massa di attività svolte in funzione dell'ammissione al concordato preventivo e ricondurrebbe la fattispecie entro i medesimi ambiti interpretativi ed applicativi cui, proprio per l'assenza di un'espressa previsione regolatrice, sottostava nel vigore della precedente disciplina<sup>22</sup>.

(ii) Non si può negare che spesso l'opera del professionista possa risultare utile per la massa a prescindere dal risultato (mancata ammissione o mancata omologa). Basti pensare che l'accesso alla procedura prenotativa, mediante il deposito del ricorso *ex art. 161, comma VI, l.fall.*, costituisce di per sé un vantaggio per i creditori, in ragione degli effetti tipici della consecuzione delle procedure, tra i quali, ad esempio l'emersione tempestiva dello stato di crisi, la cristallizzazione della massa, la retrodatazione del periodo sospetto ai fini della revocatoria fallimentare (*art. 69-bis l.fall.*), l'inefficacia delle garanzie ipotecarie iscritte nei 90 giorni precedenti alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese (*art. 168, comma II, l.fall.*), la cessazione della decorrenza degli interessi sui crediti chirografari (*art. 55 l.fall.*), che la semplice messa in liquidazione della società non produce. Per altro verso, si consideri che l'attività di predisposizione del piano di concordato, ancorché non ammesso, può essere di particolare complessità e richiedere l'espletamento di plurime attività prodromiche (si pensi al riordino delle scritture contabili e di riconciliazione dei valori contabili, con verifica delle poste, onde conseguire una corretta rappresentazione della situazione patrimoniale concordataria), che possono essere certamente utili anche nel successivo fallimento (e, quindi, a vantaggio della massa dei creditori), considerando che il curatore si troverebbe a svolgere il proprio compito con una situazione

---

<sup>22</sup> Al riguardo cfr. Cass., 4 novembre 2015, n. 22450; Cass., 5 marzo 2015, n. 4486; Cass. 6 febbraio 2015, n. 2264.



(contabile, legale, valutativa) già preparata, riordinata e rettificata dagli *advisor*. Da questo punto di vista, in linea di principio, l'opera del professionista potrebbe risultare sempre utile ai creditori, sotto il profilo dell'emersione della crisi, e dunque l'utilità potrebbe considerarsi in *re ipsa*<sup>23</sup>.

(iii) È innegabile che un concordato non ammesso può porre in dubbio la presenza del requisito dell'utilità dell'opera prestata dal professionista<sup>24</sup>: va tuttavia evidenziato come spesso la mancata ammissione non è riconducibile all'inadeguatezza dell'attività svolta dal professionista<sup>25</sup>. Si pensi a questioni giuridiche dibattute, la cui scelta interpretativa da parte del tribunale competente ha portato alla mancata ammissione del concordato (con pronunzie per casi simili «a macchia di leopardo» nel territorio, differenti a seconda del tribunale e talora addirittura con contrasti all'interno della

<sup>23</sup> Cfr. Cass., 19 luglio 2016, n. 14813 e Cass., 8 settembre 2015, n. 17821, secondo la quale l'attività professionale svolta «è comunque in *re ipsa* a favore anche della massa fallimentare. Deve, infatti, ritenersi che da una corretta interpretazione dell'art. 111 l.fall. discende che la redazione della relazione da parte del professionista appare utile ai fini delle procedure concorsuali in esame in ragione del fatto che essa è lo strumento necessario, da un lato, per consentire l'introduzione e lo svolgimento della procedura concorsuale, dall'altro, per fornire un utile strumento di informazione anche per la successiva procedura fallimentare» (si veda anche Trib. Terni, 22 marzo 2012, in *Dir. fall.*, 2012, II, 575 ss.; in dottrina cfr. S. AMBROSINI, *Appunti in tema di prededuzione del credito del professionista*, cit., 8 ss.).

<sup>24</sup> Nota S. CASONATO, *Compensi e crediti dei professionisti nel concordato preventivo*, cit., 643, che pur se un concordato non ammesso è un forte indizio che metterà sotto serrato esame, con una sorta di inversione dell'onere della prova, l'utilità delle prestazioni rese dal professionista, quest'ultimo potrà provare di aver comunque creato un vantaggio per la massa e di aver agito in modo diligente e che la mancata ammissione sia dipesa da circostanza e lai non imputabili.

<sup>25</sup> Sul punto una recente sentenza di merito (Trib. Larino, 4 gennaio 2018, in *www.FallimentieSocieta.it*), ha evidenziato che se da un lato «l'apertura del concordato determina una presunzione *iuris tantum* della funzionalità, rispetto agli scopi della procedura, dell'attività professionale prestata per la predisposizione della domanda», dall'altro, «anche nel caso in cui la domanda sia dichiarata inammissibile, inoltre, è ravvisabile l'utilità per i creditori in relazione alla cristallizzazione della massa passiva, alla retrodatazione dei termini per l'esercizio delle azioni revocatorie fallimentari e all'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti la data della pubblicazione del ricorso nel Registro delle Imprese» (escludendo l'utilità dell'opera quando pendono istanze di fallimento).

medesima sezione fallimentare); questioni successivamente risolte in senso opposto dal medesimo tribunale o financo definite da sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione o da veri e propri interventi normativi *ex post*. Quanti concordati sono stati dichiarati inammissibili perché il piano prevedeva la falcidiabilità dell'IVA e delle ritenute<sup>26</sup> (questione poi sdoganata dalla Corte di Giustizia UE e successivamente dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e poi anche dal legislatore)? E ancora: nel caso di affitto dell'azienda di proprietà del debitore antecedente alla domanda prenotativa di cui all'art. 161, comma VI, l.fall. (e quindi in presenza della continuità aziendale indiretta) quanti concordati sono stati qualificati come liquidatori, anziché in continuità<sup>27</sup>, con conseguente inammissibilità della domanda perché la proposta prevedeva il pagamento dei crediti chirografari in misura inferiore al venti per cento (art. 160, ultimo comma, l.fall.)<sup>28</sup>?

La mancata ammissione del concordato, seguendo il criterio dell'utilità, ha così portato alla negazione della prededuzione – nel successivo fallimento – per il credito del professionista che aveva assistito il debitore nella procedura minore: spesso, tuttavia, se la domanda di concordato fosse stata presentata qualche tempo dopo nello stesso tribunale, o addirittura lo stesso giorno ma in un tribunale diverso, l'esito sarebbe stato differente e la domanda sarebbe stata ammessa (in

---

<sup>26</sup> Laddove molte procedure di concordato preventivo – prima dell'intervento della Corte di Giustizia del 7 aprile 2016 e delle Sezioni Unite della Cassazione del 27 dicembre 2016, n. 26988 e del 13 gennaio 2017, n. 760 – sono state dichiarate inammissibili (con conseguente mancata ammissione in prededuzione dei crediti dei professionisti nel successivo fallimento). Si consenta sul punto il rinvio a F. GALLIO, M. GREGGIO, *Il pagamento parziale dell'IVA e delle ritenute d'acconto in ambito concordatario a seguito delle recenti modifiche normative*, in *Boll. Trib.*, 2017, 1572 ss.; M. GREGGIO, *Il pagamento parziale delle ritenute nel concordato preventivo*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), 2017; ID., *La falcidiabilità dell'IVA nei concordati preventivi (una questione risolta?)*. *Commento a Cass. Civ. SS.UU. 27.12.2016 n. 26988 e Cass. Civ. SS.UU. 13.1.2017 n. 760*, in [www.FallimentieSocieta.it](http://www.FallimentieSocieta.it), 2017.

<sup>27</sup> Si veda al riguardo (anche per i richiami giurisprudenziali e dottrinali) M. GREGGIO, R. BONIVENTO, *L'affitto d'azienda e la continuità aziendale indiretta nel concordato preventivo: opzioni interpretative e riflessi di natura fiscale*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 2017.

<sup>28</sup> Aggiunto dall'art. 4, comma I, lett. a), d.l. n. 83/2015, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 132/2015.



virtù, appunto, del mutamento giurisprudenziale o di una sopraggiunta modifica legislativa o di una diversa opzione interpretativa accolta dal tribunale competente). Analogamente, anche qualora il concordato venga ammesso, ciò non significa che le prestazioni svolte dal professionista possano essere considerate – sempre e comunque – «utili» per la massa. Insomma, l'utilità valutata *ex post* e collegata al decreto di cui all'art. 163 l.fall. sembra avere una latitudine assai indefinita e, quindi, può dare accesso ad una forte discrezionalità del giudicante, cui può conseguire una marcata disparità di trattamento per situazione analoghe. Con buona pace del principio di certezza del diritto.

(iv) Per altro verso, se si dovesse subordinare la prededucibilità del compenso del professionista alla circostanza che il concordato venga ammesso o, ancor più, successivamente approvato o omologato (con una valutazione *ex post*), si trasformerebbe l'obbligazione del professionista, che notoriamente è una prestazione d'opera intellettuale, in una obbligazione di risultato<sup>29</sup>. Ma così non può essere, atteso che essa è considerata pacificamente un'obbligazione di mezzi<sup>30</sup>. L'obbligazione del prestatore d'opera intellettuale, anche nell'ambito dell'opera svolta per accedere alla procedura di concordato, è disciplinata dalla diligenza professionale *ex art.* 1176, comma II, c.c., e la sua responsabilità è scriminata dalla mancanza di dolo o colpa grave al cospetto di problemi tecnici di speciale difficoltà *ex art.* 2236 c.c. Come è stato autorevolmente osser-

<sup>29</sup> Al riguardo *ex pluribus* si veda P. RESCIGNO, voce «Obbligazioni (nozioni)», in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 191 ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, 227 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, 58 ss. Nelle prestazioni di mezzi il risultato coincide con l'adeguatezza dell'attività diretta al raggiungimento dell'obiettivo, sicché la diligenza costituisce ed esaurisce l'oggetto stesso dell'obbligazione (P. RESCIGNO, voce «Obbligazioni (nozioni)», cit., 191 ss.).

<sup>30</sup> Secondo la Suprema Corte (Cass., 5 agosto 2013, n. 18612 «il professionista, assumendo l'incarico, si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non a conseguirlo; pertanto, ai fini del giudizio di responsabilità nei confronti del professionista, rilevano le modalità dello svolgimento della sua attività in relazione al parametro della diligenza fissato dall'art. 1176, comma 2, c.c. che è quello della diligenza del professionista di media attenzione e preparazione» (si veda anche Cass., 18 aprile 2011, n. 8863; Cass., 11 gennaio 2010, n. 230).

vato, attingendo alle categorie del diritto dei contratti, l'utilità tuttalpiù potrebbe afferire la sfera dei «motivi» (e non alla «causa» del negozio giuridico) in linea di principio irrilevanti, a meno che non siano illeciti e comuni ai paciscenti<sup>31</sup>. Di conseguenza l'effettivo conseguimento costituisce soltanto un indice per valutare la diligenza concretamente adottata dal prestatore d'opera nello svolgimento della propria attività.

(v) Va aggiunto che l'art. 67, comma III, lett. g), l.fall., sottrae alla revocatoria fallimentare «i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali e di concordato preventivo»<sup>32</sup>. Dalla lettura combinata di tale norma con l'art. 111, comma II, l.fall.<sup>33</sup>, si evince che il legislatore riconosce nella strumentalità delle prestazioni all'accesso al concordato «quel nesso funzionale che, in caso di mancato pagamento, giustifica la prededucibilità dei crediti derivanti dalle prestazioni stesse, pur se sorti prima delle procedure»<sup>34</sup>. Pertanto, esenzione revocatoria per i pagamenti effettuati e prededuzione per i crediti non pagati rappresentano due facce della stessa medaglia, nel momento in cui la prededuzione è volta a tutelare quei professionisti che non possono avvantaggiarsi dell'esenzione revocatoria per non aver ricevuto il pagamento del compenso nel corso della procedura<sup>35</sup>. Delle due l'una: o si identifica la «funzionalità» di cui all'art. 111, comma II, l.fall. con la stessa «strumenta-

<sup>31</sup> S. AMBROSINI, *Appunti in tema di prededuzione del credito del professionista*, cit., 11 ss..

<sup>32</sup> E persegue il fine di «incentivare l'accesso dell'imprenditore in crisi al concordato preventivo, rimuovendo l'incertezza che deriverebbe dalla soggezione al rischio della revocatoria del pagamento dei relativi corrispettivi» (M. SPADARO, *La prededucibilità dei crediti professionali*, cit., 543 ss.).

<sup>33</sup> La cui *ratio* è quella 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 consecuzione dei valori aziendali» (Cass. SS.UU., 23 gennaio 2013, n. 1521).

<sup>34</sup> Cass., 9 maggio 2014, n. 10110; Cass., 14 marzo 2014, n. 6031; Cass., 5 marzo 2014, n. 5098.

<sup>35</sup> L'unica differenza tra l'art. 111, comma II, l.fall. e l'art. 67 lett. g) l.fall. risiede nel fatto che, mentre la prima regola il trattamento dei crediti dei professionisti funzionali alla procedura minore che non sono stati pagati prima del fallimento, la seconda disposizione fa riferimento ai suddetti crediti che -invece- sono stati pagati prima del fallimento, riconoscendone espressamente l'e-



lità» richiesta dall'art. 67, comma III, lett. g), l.fall., oppure *de facto* si incentiva la prassi di accettare l'incarico professionale previo pagamento di tutto (o di gran parte) del compenso, senza alcun controllo giudiziale (con la protezione dall'azione revocatoria in caso di successivo fallimento). È peraltro evidente che in tali estreme ipotesi, se l'impresa in crisi non avesse sin dall'inizio liquidità sufficiente per pagare anticipatamente i professionisti, si troverebbe addirittura nella condizione di non poter beneficiare dello strumento concordatario: proprio quello che il legislatore ha voluto evitare. Pertanto, con il riconoscimento della prededuzione senza alcun giudizio (di valore) sull'opera prestata (concretamente utile o meno) si evita la paventata disparità di trattamento tra professionisti autori di prestazioni strumentali e soddisfatte, già al riparo dalla zona revocatoria secondo la norma citata, rispetto a professionisti che non esigendo subito il pagamento di servizi altrettanto strumentali all'accesso alla procedura concordataria, agevolino invece il debitore nella presentazione della domanda di concordato <sup>36</sup>.

### 5. Il riconoscimento della prededuzione.

Alla luce delle suddette considerazioni, risulta quindi condivisibile l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, che appare oggi maggioritario, secondo il quale il riconoscimento della prededuzione per il credito del professionista (che ha prestato la propria attività a favore del debitore in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo) non deve dipendere da valutazioni *ex post* di utilità in concreto o di risultati ovvero di «traguardi» procedurali raggiunti, ma discende quale effetto automatico *ex lege* ai sensi dell'art. 111 l.fall. Utilizzando i termini della Suprema Corte, tale credito rientra *de plano* tra quelli funzionali e, quindi, è certamente strumentale all'accesso alla procedura minore, senza che debba verificarsi il risultato delle prestazioni

senzione da revocatoria (cfr. S. BONFATTI, *I concordati preventivi di risanamento*, in *Le procedure concorsuali*, Padova, 2011, 1375 ss.).  
<sup>36</sup> G. VERNA, *Sulla prededuzione «in funzione» nel concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 2015, I, 93 ss.

ni svolte<sup>37</sup>. Ciò in virtù, in sintesi, di alcune motivazioni: (i) l'esclusione dall'azione revocatoria del pagamento del compenso del professionista *ex art. 61, comma III, lett. g), l.fall.*; (ii) l'abrogazione dell'*art. 182-quater, comma IV, l.fall.*; (iii) l'interpretazione autentica dell'*art. 111, comma II, l.fall.* fornita dall'*art. 11, comma III quater, d.l. 145/2013*, convertito in *l. 9/2014* (successivamente abrogato), che aveva esteso la prededuzione anche ai crediti sorti in occasione ed in funzione delle procedure di concordato preventivo con riserva; (iv) l'abrogazione dell'*art. 111, comma III, l.fall. (c.d. decreto destinazione Italia)* ad opera del *d.l. 90/2014*, che subordinava la prededucibilità all'apertura della procedura<sup>38</sup>. D'altronde, se si tenesse conto del «risultato» raggiunto, la norma sulla prededuzione risulterebbe priva di senso, in quanto non potrebbe mai trovare applicazione nel fallimento consecutivo al concordato (di per sé un insuccesso o, se si vuole, un «mancato risultato»)<sup>39</sup>.

Secondo tale opzione interpretativa, l'*art. 111, comma II, l.fall.*, detta un precetto di carattere generale che, per favorire il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi d'impresa, ha introdotto un'eccezione al principio della *par condicio* ed ha esteso la prededucibilità a tutti i crediti sorti «in funzione» di precedenti procedure concorsuali (fra i quali il credito del professionista), prescindendo da ogni indagine sul momento dell'insorgenza dello stesso credito e senza la valutazione di elementi ulteriori<sup>40</sup>. Per la Suprema Corte «i due

<sup>37</sup> Cfr. Cass. 14 marzo 2017, n. 6517; Cass. 4 novembre 2015, n. 22450; Cass. 5 marzo 2015, n. 4486; Cass. 6 febbraio 2015, n. 2264; Cass. 30 gennaio 2015, n. 1765; Cass., 10 settembre 2014, n. 19013; Cass., 5 marzo 2014, n. 5098; Cass., 25 novembre 2013, n. 26336; Cass., 17 aprile 2013, n. 9316; Cass., 8 aprile 2013, n. 8533; Cass., 6 agosto 2010, n. 18437.

<sup>38</sup> Cfr. Cass., 21 aprile 2016, n. 8091, secondo la quale viene così confermato implicitamente il già vigente regime prededucibile dei medesimi crediti nel concordato preventivo ordinario (Cass., 10 settembre 2014, n. 19013).

<sup>39</sup> Cfr. Cass., 4 novembre 2015, n. 22450.

<sup>40</sup> D'altronde già prima delle pronunzie della Suprema Corte citate, lo stesso principio era stato sostenuto da parte della giurisprudenza di merito (cfr. Trib. Milano, 20 agosto 2009, in *www.ilfallimento.it*, 2009, XII, 1413 ss.; Trib. Treviso, 16 giugno 2008, in *Corr. del mer.*, 2008, 10, 1015 ss. e in *www.ilfallimento.it*, 2008, 1209 ss.) e della dottrina (L. BOGGIO, *Crediti sorti «in funzione» del concordato preventivo: prededuzione...ma non troppo*, in *Il Fallimento*, 2009,



concetti di funzionalità e utilità concreta non possono, infatti, fra di loro essere confusi, atteso che la legge risulterebbe priva di senso, e non potrebbe mai ricevere applicazione nel fallimento consecutivo, se la funzionalità delle prestazioni svolte allo scopo di ottenere l'ammissione al concordato dovesse essere valutata *ex post* e con riguardo al fallimento anziché alla procedura minore. In conclusione, la funzionalità (ovvero la strumentalità) delle prestazioni va valutata in relazione alla procedura concorsuale in vista delle quali esse sono svolte, non potendosi così precludere, una volta che l'impresa sia stata ammessa al concordato, la funzionalità delle attività di assistenza e consulenza connesse alla presentazione della relativa domanda e a sue successive integrazioni»<sup>41</sup>.

Nonostante questi principii siano stati ribaditi, anche recentemente, dalla giurisprudenza di legittimità<sup>42</sup>, va registrato all'interno della Corte un diverso orientamento, per il quale la presunzione di funzionalità dell'attività di assistenza e consulenza connessa alla presentazione della domanda di concordato ed alle sue successive integrazioni si ha con l'*ammissione* alla procedura di concordato preventivo<sup>43</sup>. E anche parte della giurisprudenza di merito ha continuato a subordinare a tale evento (o, se si vuole, «risultato») il soddisfacimento del credito del professionista in prededuzione, considerando l'ammissione un requisito di adeguatezza funzionale della prestazione al risanamento d'impresa<sup>44</sup>.

---

12, p. 1415 ss.; E. BRUSCHETTA, *Mutamenti legislativi ed adeguamenti giurisprudenziali in tema di prededuzione*, cit., 1211).

<sup>41</sup> Cass., 21 novembre 2017, n. 27694.

<sup>42</sup> Cass., 14 marzo 2017, n. 6517.

<sup>43</sup> Cass., 4 novembre 2015, n. 22450 e, più recentemente, Cass. 18 gennaio 2018, n. 1182 (ancorché in tema di accordi di ristrutturazione *ex art.* 182-bis l.fall., considerato un istituto di diritto concorsuale e, come tale, parificato negli effetti al concordato preventivo, istituto richiamato in motivazione), la quale in un *obiter dictum* considera «l'ammissione al concordato in sé sintomatica della funzionalità delle attività di assistenza e consulenza connesse alla presentazione della domanda e alle eventualmente successive sue integrazioni».

<sup>44</sup> Cfr. Trib. Roma, 19 maggio 2017, in [www.pluris-cedam.it](http://www.pluris-cedam.it), per il quale la sussistenza del rapporto di adeguatezza funzionale tra la prestazione del professionista stesso e il risanamento dell'impresa non può essere presunta, in quanto la declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato era stata motivata dal Tribunale facendo riferimento ai numerosi vizi e alle gravi carenze delle relazioni *ex artt.* 160 e 161 l.fall. predisposte dal professionista.

## 6. L'eccezione di inadempimento

Espungere l'«utilità» dai requisiti necessari per l'ammissione del credito del professionista in prededuzione non significa che l'ordinamento non conservi ugualmente gli «anticorpi» per proteggersi da esiti iniqui. Invero, il «limite» imposto alla prededuzione *de plano* è quello del diligente adempimento della prestazione da parte del professionista. Ma le conseguenze dell'eventuale inadempimento non si pongono in termini di gradazione del credito, bensì - ancor prima - di ammissione al passivo.

Non si tratta, quindi, di collocare il credito ammesso in privilegio generale *ex art. 2751-bis n. 2)*, c.c. anziché in prededuzione *ex art. 111 l.fall.*, bensì - più radicalmente - di escludere il credito dal passivo fallimentare, e ciò in ossequio al principio *inadimplenti non est adimplendum* di cui all'art. 1460 c.c.. Esclusione che potrà avvenire in tutto oppure in parte, a seconda della gravità dell'inadempimento (eccezione di inadempimento o di inesatto adempimento). Tale esclusione (o riduzione) del credito si avrà, quindi, nei casi in cui le prestazioni professionali non avessero a risultare connotate da sufficiente diligenza e perizia e, quindi, ad essere idonee, con giudizio formulato *ex ante*, neppure astrattamente al conseguimento dell'obiettivo prefissato. La diligenza e perizia dell'opera del professionista, che comprende anche la correttezza e ragionevolezza delle scelte tecniche operate, connota quindi la «strumentalità» di cui all'art. 111 l.fall. e deve essere ispirata al principio del miglior soddisfacimento dei creditori («valore-fine» dei concordati preventivi). Seguendo tale opzione interpretativa, che appare più persuasiva (rispetto a quella che sposa il criterio dell'«utilità»), l'esistenza dello stesso credito del professionista è stata esclusa da parte della giurisprudenza alla luce della «manifesta dannosità» (per la massa) della prestazione, in quanto resa in modo inadeguato o comunque per inadempimento rispetto al modello legale di concordato (o, ancora, per «inadempimento qualitativo») <sup>45</sup>. Il

---

<sup>45</sup> Cfr. Trib. Milano, 25 febbraio 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Rimini, 10 dicembre 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Monza, 4 novembre 2014, in *Fall.*, 2015, V, 615 ss.



difetto di funzionalità non si ricava così dalla mancata ammissione (o approvazione o omologa), bensì dall'inadeguatezza della perizia e diligenza applicata dal professionista, da accertare al compimento della prestazione (e non alla luce dell'esito della procedura).

Pertanto il credito del professionista potrebbe essere escluso dal passivo fallimentare nel caso di emersione di gravi atti di frode – posti in essere nel periodo immediatamente precedente al deposito della domanda di concordato – dei quali lo stesso professionista risultava essere a conoscenza (e vi sarà, quindi, un problema di prova), talché la prestazione professionale può essere ritenuta addirittura potenzialmente dannosa per i creditori, tenuto conto della erosione del patrimonio a disposizione della massa per effetto della continuazione dell'attività di impresa (senza alcun vantaggio concreto dalla retrodatazione del periodo sospetto derivante dalla consecuzione delle procedure)<sup>46</sup>. E ancora, potrebbe essere escluso (o ridotto nel *quantum*, ma collocato in prededuzione) nel caso di un ricorso per concordato che denoti la non conoscenza di consolidati principi giurisprudenziali; di un piano finanziario e industriale totalmente privo dei cc.dd. *stress tests*; di perizie incomplete e comunque sprovviste di adeguato sviluppo motivazionale; di una relazione dell'esperto radicalmente difforme dai cc.dd. principi di attestazione emanati dal Consiglio nazionale dei commercialisti; ovvero ancora nel caso di emersione di atti di frode (non conosciuti ma) conoscibili dai professionisti con l'ordinaria diligenza.

Nei casi di estrema patologia, non può escludersi che la pretesa creditoria del professionista possa essere paralizzata dall'eccezione di compensazione basata su un controcredito di tipo risarcitorio, laddove l'imperizia o comunque negligenza del professionista/creditore abbia causato dei danni per la massa. Tali danni, comunque, andranno rigorosamente provati e l'eccezione per essere opposta deve poggiare sul requisito della necessaria omogeneità<sup>47</sup> di credito e controcredito

---

<sup>46</sup> In tal senso cfr. Trib. Rimini, 10 agosto 2015, in *Pluris*.

<sup>47</sup> Di tale avviso anche S. AMBROSINI, *Appunti*, cit., 13.

### 7. Il pagamento dei compensi professionali durante la procedura concordataria.

Altro tema di una certa rilevanza nella prassi riguarda le tempistiche e le modalità di pagamento dei compensi dei professionisti. Considerato che i tempi di incasso si rivelano spesso lunghi, (anche dopo molti mesi o, nei casi più estremi, anni, dalla stessa omologazione del concordato), v'è da chiedersi se sia possibile il pagamento dei crediti professionali durante la procedura concordataria e, in particolare, nella fase successiva al deposito del ricorso c.d. in bianco ed antecedente l'omologazione o finanche l'approvazione e l'ammissione.

Ad avviso dello scrivente la risposta può essere positiva, ma soltanto ad alcune condizioni:

i) anzitutto tra il debitore ed il professionista deve essere stato previamente stipulato un contratto di prestazione d'opera professionale —con data certa onde renderlo opponibile alla procedura fallimentare— a più fasi, così da individuare un compenso per l'attività svolta fino alla data di presentazione del ricorso, un compenso per l'attività svolta fino alla presentazione del piano e della proposta ed, infine, un compenso per l'attività svolta successivamente all'ammissione e subordinato all'omologa o all'approvazione del ceto creditorio; in tal modo potrà essere corrisposto dal debitore la parte di credito del professionista che risulterà, alla scadenza pattuita, certa, liquida ed esigibile;

ii) è ammissibile soltanto il pagamento di *acconti* fino all'intervenuta omologazione (*dead line* nella quale, usualmente, si esaurisce il mandato del professionista); solo dopo tale fase potrà essere effettuato il saldo;

iii) per il pagamento degli acconti, vi devono essere risorse nell'attivo della società sufficienti per soddisfare i creditori in prededuzione<sup>48</sup> (si badi, per le fasi in relazioni alle quali il credito è già maturato e, quindi, scaduto); in mancanza il pa-

---

<sup>48</sup> Con attenzione al criterio della graduazione fra prededuzioni privilegiate e chirografarie. Peraltro, il differimento del pagamento è dovuto in assenza di risorse immediatamente disponibili (F. FILOCAMO, *La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *www.ilfallimento.it*, 2013, 1153 ss.).



gamento potrà (anzi, dovrà) essere differito sino al momento in cui queste risorse vengano acquisite (momento che non forzatamente dovrà coincidere con l'omologazione);

iv) il *quantum* richiesto quale acconto deve essere porzionato non solo all'attività svolta, ma anche all'attivo concretamente ritraibile dalla procedura –anche in un'ottica prospettica– ed al passivo concordatario <sup>49</sup>;

iv) il pagamento da parte del debitore deve attenersi al principio giuridico della buona fede oggettiva rinvenibile dal disposto degli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c., atteso che la violazione della buona fede potrebbe inficiare gli atti compiuti tanto da renderli illegali (e quindi non prededucibili e revocabili) o, nella peggiore delle ipotesi, da doverli riqualificare nella loro natura e precluderne l'ammissibilità nel successivo fallimento <sup>50</sup>;

v) non vi deve essere una elevata probabilità che non vengano effettivamente depositati domanda e piano concordatari o, per altro verso, sia imminente la scadenza del termine per il deposito del piano ed il contenuto dello stesso risulti ancora indefinito. Le suddette condizioni tendono ad evitare abusi a danno dei creditori e laddove manchino, in tutto o in parte, parrebbe preferibile per il debitore – per non essere poi tacciato di condotte abusive – non dar corso a pagamenti quantomeno fino all'ammissione al concordato. Laddove, invece, tali condizioni sussistano, il compenso del professionista potrà essere pagato – con acconti (e, quindi, in parte) – anche prima dell'esaurimento del mandato, in quanto è un atto di ordinaria amministrazione, legalmente compiuto dal debi-

---

<sup>49</sup> In generale il compenso va considerato non nella sua entità assoluta, ma in relazione all'impegno profuso, alla professionalità richiesta, alla difficoltà della procedura ed all'ammontare dell'attivo e del passivo in gioco (cfr. S. CASO-NATO, *Compensi e crediti dei professionisti nel concordato preventivo*, cit., 645 ss.).

<sup>50</sup> Sulla buona fede oggettiva, quale principio generale dell'ordinamento giuridico, che trova il suo fondamento nel principio di solidarietà contenuto nell'art. 1175 c.c. e costituisce espressione dello stesso valore costituzionale di cui all'art. 2 Cost., si veda S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, 1969, 115. In giurisprudenza cfr. Cass., 29 agosto 2011, n. 17716; Cass., 22 gennaio 2009, n. 1618; Cass. SS. UU., 25 novembre 2008, n. 28056; Cass., 6 agosto 2008, n. 21250; Cass., 27 ottobre 2006, n. 23273.

tore in virtù del combinato disposto dell'art. 161, comma VII, l.fall. e dell'art. 67, comma III, lett. e) e g), l.fall.<sup>51</sup>.

Come noto, secondo l'art. 161 l.fall. assumono la qualifica di atti legalmente compiuti dal debitore, dopo il deposito del ricorso c.d. in bianco e fino al decreto di cui all'art. 163 l.fall., gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previamente autorizzati dal tribunale e gli atti di ordinaria amministrazione, nonché i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto di tali atti legalmente compiuti, tutti prededucibili ai sensi dell'art. 111 l.fall. E oramai è pacifico in giurisprudenza che gli atti di straordinaria amministrazione sono quelli idonei ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori, in quanto ne determinano la riduzione ovvero lo gravano di vincoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti su questi<sup>52</sup>; mentre costituiscono atti di ordinaria gestione dell'azienda quelli strettamente aderenti alle finalità e alle dimensioni del suo patrimonio, quelli che - ancorché comportanti una spesa elevata - lo migliorino o anche solo lo conservino nonché quelli relativi alla prosecuzione dei rapporti negoziali pendenti, ove inerenti alla gestione caratteristica dell'impresa e non incidenti in modo innovativo sul suo patrimonio (con conseguente prededucibilità dei crediti generati dalla prosecuzione degli stessi rapporti, senza necessità di autorizzazioni giudiziali)<sup>53</sup>. Pertanto la sottoscrizione del mandato professionale ed il pagamento del relativo acconto (o di vari acconti) risultano atti di gestione ordinaria, se proporzionati e compiuti in buona fede, essendovi, appunto, un nesso di funzionalità - ai fini della prededuzione del credito - tra l'attività del

<sup>51</sup> Si tratta di una regola che troviamo disciplinata nello stesso fallimento (art. 111-bis, comma IV, l.fall.), applicabile ai crediti dei creditori prededucibili maturati anche all'interno della procedura di concordato, a prescindere dal fatto che questa sia sfociata in un successivo fallimento (cfr. V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, 2008, 321 ss.).

<sup>52</sup> Cfr. Cass., 20 ottobre 2005, n. 20291; Trib. Treviso, 28 giugno 2017; Trib. Padova, 21 febbraio 2014; Trib. Pinerolo, 9 gennaio 2013; Trib. Terni, 28 dicembre 2012, tutte in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>53</sup> *Ex multis*, cfr. Cass., 21 ottobre 2011, n. 2194. Nel merito cfr. Trib. Milano, 11 dicembre 2012 e Trib. Prato, 14 giugno 2012 (entrambe in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)); Trib. Terni, 12 ottobre 2012, in [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org); *contra* Cass., 16 maggio 2016, n. 9995.



professionista e la procedura concorsuale, considerando anche i vantaggi che la legge ricollega al momento della presentazione della domanda. Per altro verso, in presenza delle condizioni sopra descritte il pagamento degli acconti per i professionisti non necessita della previa autorizzazione *ex art. 161, comma VII, l.fall.* e, dopo l'ammissione, *ex art. 167 l.fall.* (anche se nella prassi risultano frequenti i casi di richieste in tal senso onde ottenere conseguenti provvedimenti di «non luogo a provvedere» ed essere [...] «tranquilli») <sup>54</sup>. Quella che pare una soluzione ragionevole alla luce delle norme vigenti, registra tuttavia alcune voci dissonanti in giurisprudenza: si segnala una singolare pronuncia della Corte d'Appello di Ancona che ha attribuito il rango di prededucibilità ai crediti del professionista solo a seguito dell'ammissione del concordato preventivo, qualificando i pagamenti al professionista, intervenuti tra il deposito della domanda di concordato con riserva e la successiva proposta, come atti di straordinaria amministrazione e perciò bisognosi di autorizzazione ai sensi dell'*art. 161, comma VII, l.fall.* <sup>55</sup>. Tuttavia va evidenziato che allorquando la questione è giunta alla Corte di Cassazione, quest'ultima ha respinto tale impostazione, abbracciando l'orientamento per cui il credito del professionista che ha svolto attività di consulenza e assistenza per la redazione e la presentazione di una domanda di concordato preventivo rientra tra i crediti sorti «in funzione» di quest'ultima procedura e, in quanto tale, assumerà automaticamente la caratteristica di credito prededucibile nel successivo fallimento non costituendo, pertanto, un atto di straordinaria amministrazione e non necessitando di autorizzazione <sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> C'è chi ha evidenziato l'opportunità di richiedere al tribunale nella fase pre-notativa l'autorizzazione di cui all'*art. 161, comma VII, l.fall.*, compiendo una completa *disclosure* sul rapporto professionale pendente e sull'attività svolta e da svolgere, nonché dimostrando l'utilità e la congruità di tale atto, essendo peraltro in *re ipsa* l'urgenza richiesta dalla norma, attesa la necessità di non poter rinunciare all'immediata erogazione dello specifico servizio professionale svolto (S. CASONATO, *Compensi e crediti dei professionisti nel concordato preventivo*, cit., 648 ss.).

<sup>55</sup> App. Ancona, 15 aprile 2015, n. 514 in *Pluris*. Principio recentemente ripreso da Trib. Rovigo, 16 febbraio 2018, in *www.ilcaso.it*.

<sup>56</sup> Cass., 10 gennaio 2017, n. 280.

### 8. Le prospettive di riforma.

La prededuzione del compenso del professionista è una delle questioni affrontate dalla l. 155/2017 (pubblicata in G.U. n. 254 il 30 ottobre 2017), recante la «Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza»<sup>57</sup>. Tra i principi generali della legge delega (art. 2) vi è quello di «ridurre la durata e i costi delle procedure concorsuali, anche attraverso misure di responsabilizzazione degli organi di gestione e di contenimento delle ipotesi di prededuzione, con riguardo altresì ai compensi dei professionisti, al fine di evitare che il pagamento dei crediti prededucibili assorba in misura rilevante l'attivo delle procedure», nonché quello di «riformulare le disposizioni che hanno originato contrasti interpretativi, al fine di favorirne il superamento». E l'art. 6, lett. c), l. 155/2017 prevede che i compensi spettanti ai professionisti incaricati dal debitore siano commisurati proporzionalmente al (solo) attivo dell'impresa soggetta alla procedura e che tali crediti godano della prededuzione a condizione che il concordato sia dichiarato ammissibile a norma dell'articolo 163 l.fall. Il governo è così delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della l. 155/2017 (art. 1), con l'osservanza dei principi e criteri direttivi di cui alla medesima legge, uno o più decreti legislativi per la riforma organica delle procedure concorsuali. Invero la bozza dei decreti è già stata consegnata dal Presidente della commissione ministeriale appositamente costituita al Ministro della Giustizia a fine 2017 e tra essi vi è il «Codice della crisi e dell'insolvenza», il quale appare – diciamo – «severo» nei confronti dei professionisti, in quanto prevede: (i) compensi parametrati (in percentuale) al solo attivo risultante dallo stato analitico ed estimativo delle attività allegato al ricorso per l'omologa (con percentuali ridotte della metà per il concordato

---

<sup>57</sup> La relazione al disegno di legge di riforma organica delle procedure concorsuali, approvato dal Consiglio dei ministri sulla scorta dei lavori della commissione Rordorf (presieduta dal Consigliere di Corte di Cassazione Renato Rordorf), è stata presentata alla Camera l'11 marzo 2016 (d.d.l. 3671) ed è stata stralciata il 18 maggio 2016. Uno dei progetti derivanti dallo stralcio –d.d.l. 3671-bis- è stato approvato dalla Camera il 1 febbraio 2017 e trasmesso al Senato che, nell'ottobre 2017, l'ha approvato definitivamente.



to preventivo liquidatorio ed il futuro «concordato giudiziale», ossia l'attuale concordato fallimentare)<sup>58</sup>; (ii) proporzionale ripetibilità nell'ambito delle procedure di concordato e revocabilità nella procedura di «liquidazione giudiziale» (l'ordinario fallimento) eventualmente aperta, per la parte eccedente gli importi per scaglioni indicati nella norma<sup>59</sup>; (iii) limitazione dell'acconto pagato ai professionisti prima del deposito della domanda di concordato nella misura del 25% del compenso complessivo e revocabilità dei pagamenti effettuati per la parte eccedente; (iv) conferma della prededucibilità dei crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato (nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda) nell'ambito delle successive procedure concorsuali, nei limiti -tuttavia- del 75% (e sempre a condizione che la procedura sia aperta)<sup>60</sup>. Inoltre viene esclusa la prededucibilità dei crediti professionali per le prestazioni rese su incarico conferito dal debitore durante le procedure di allerta e composizione assistita della crisi a soggetti diversi dall'organismo di composizione assistita della crisi<sup>61</sup>.

In buona sostanza, ciò che traspare dalla riforma *in fieri* è la chiara preoccupazione di limitare il *quantum* dei compensi professionali, con riferimento, soprattutto, all'assistenza nella fase anteriore all'accesso alle procedure concorsuali, che ha dato luogo a fenomeni di abuso che talvolta hanno inciso irragionevolmente sulle aspettative di soddisfazione del ceto creditorio. Tuttavia per evitare un eventuale abuso (che costituisce l'eccezione) si crea una regola che penalizza i professionisti specialisti della materia, laddove i compensi saranno determinati esclusivamente su scaglioni decrescenti sull'attivo, espungendo così il criterio concorrente ed integrativo - attualmente vigente - di una quota di compenso calcolata in percentuale su scaglioni decrescenti del passivo<sup>62</sup>. Se tale

---

<sup>58</sup> Art. 8 del Codice della crisi (rubricato: «Disciplina dei costi professionali e di consulenza»).

<sup>59</sup> Art. 8 del Codice della crisi.

<sup>60</sup> Art. 9 del Codice della crisi (rubricato: «Prededucibilità dei crediti»).

<sup>61</sup> Art. 9 del Codice della crisi.

<sup>62</sup> Un documento elaborato congiuntamente da varie associazioni di concor-

norma venisse confermata, quindi, vi potrebbe essere il rischio di disincentivazione per i professionisti più preparati ed organizzati nell'affrontare la crisi d'impresa, lasciando spazio ad operatori improvvisati e inefficienti ed a deleteri fenomeni di accaparramento professionale, con pregiudizio della competenza e dell'indipendenza (e, in ultima analisi, dei creditori sociali).

V'è un altro aspetto cruciale della prospettata riforma. I compensi professionali sorti in funzione del deposito della domanda di concordato saranno prededucibili soltanto laddove la procedura sia aperta con decreto *ex art.* 163 l.fall.; in assenza dell'ammissione al beneficio del concordato, quindi, i medesimi crediti saranno ritenuti concorsuali. Non è una novità: già con il c.d. decreto destinazione Italia<sup>63</sup> si era ricollegata, con una norma definita di interpretazione autentica del legislatore, la prededuzione del credito del professionista al decreto di ammissione del debitore alla procedura. La condizione dell'ammissione ha di certo il pregio della certezza, collegando il riconoscimento della prededuzione ad un dato oggettivo, quale il raggiungimento di un determinato obiettivo (l'ammissione, appunto), e così resolvendo le varie discussioni giurisprudenziali e dottrinali sul punto.

Nondimeno si deve notare che, come visto, spesso la mancata ammissione dipende dai fattori più disparati e non sempre riconducibili all'opera del professionista, che può essere stata accurata e diligente, nonché ugualmente «funzionale» agli interessi della massa. Escludere l'ultrattività della prededuzione riferibile al pre-concordato ove lo stesso abbia esito negativo non solo significa, come detto, trasformare di fatto l'opera del professionista in un'obbligazione di risultato (*unicum* nel nostro ordinamento), ma anche rendere concreto il rischio di depotenziare lo strumento preconcordatario stesso, sfavorendo l'assistenza del debitore da parte di professionisti qualificati. Inoltre, partendo dal presupposto che la legge

---

sualisti («Osservazioni sui decreti delegati in tema di compensi per l'attività professionale inerenti la crisi d'impresa») datato 28 dicembre 2017 e reperibile sul sito [www.FallimentieSocieta.it](http://www.FallimentieSocieta.it) esprime con chiarezza le molteplici critiche a tale bozza.

<sup>63</sup> In particolare l'art. 11, comma III-*quater* della legge 21 febbraio 2014 (di conversione del d.l. 23 dicembre 2013, n. 145).



delega si riferisce espressamente ai crediti dei professionisti sorti nel periodo del c.d. concordato in bianco, è chiaro il risultato di penalizzare (soltanto) i professionisti dell'imprenditore, considerato che per tutti gli altri debiti sorti nello stesso periodo la prededuzione è certa *ex art.* 161, comma VII, l.fall.<sup>64</sup>.

In conclusione, il tema della prededuzione sembra destinato ad affaticare ancora gli interpreti, *de iure condito* e, si ritiene, anche *de iure condendo*. Per trovare una quadratura al cerchio, tuttavia, sarà necessario da un lato evitare una pregiudiziale «caccia alle streghe» verso i costi dei professionisti, dall'altro gli stessi operatori coinvolti nei processi di risanamento dovranno prestare la massima attenzione e serietà riguardo la pattuizione e richiesta dei loro compensi. *Est modus in rebus*.

---

<sup>64</sup> A. BUSANI, A. GUIOTTO, *Ok al concordato se copre il 20% dei debiti chirografi*, ne *Le nove regole del fallimento*, ne *IlSole24Ore*, 2017.