

Civile Ord. Sez. 1 Num. 22467 Anno 2018

Presidente: DIDONE ANTONIO

Relatore: CENICCOLA ALDO

Data pubblicazione: 24/09/2018

sul ricorso n. 16363\2014 proposto da

LOMBARDI Marco (CF LMBMRC59T31D612X) rapp.to e difeso per procura a margine del ricorso dall'avv. Renzo Pittori e dall'avv. Claudio Lucisano, elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo in Roma alla v. Crescenzo n. 91

- ricorrente -

contro

FALLIMENTO della soc. TEKNOFLOOR s.r.l. in liquidazione (PI 05130650483) in persona del curatore p.t., rapp.to e difeso per procura in calce al controricorso dall'avv. Daniele Taccetti e dall'avv. Massimo Mannocchi, elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Lungotevere Arnaldo da Brescia n. 9/10

- controricorrente -

avverso il decreto del Tribunale di Firenze depositato in data 20.5.2014;

Ord.
1056
2018

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del giorno 31 maggio 2018 dal relatore dr. Aldo Ceniccola

FATTI DI CAUSA

Con decreto del 20.5.2014 il Tribunale di Firenze respingeva l'opposizione proposta da Lombardi Mario avverso il decreto con il quale il giudice delegato aveva escluso dallo stato passivo il credito per compensi professionali maturati dall'istante in seguito alla redazione della domanda di concordato preventivo dichiarato aperto dal tribunale ma non approvato dalla maggioranza dei creditori.

Rilevava il Tribunale che, pur non essendo in discussione il conferimento dell'incarico e l'esecuzione della prestazione, era emerso nel corso della procedura che il piano si fondava su un affitto di azienda in favore di una società inidonea a garantire il pagamento dei canoni, che non erano stati inseriti i debiti verso le banche, oggetto di cessione, e che era stato esposto un credito verso la società di leasing contestato dal commissario giudiziale sulla base dell'applicabilità dell'art. 72-quater l.fall.

Non avendo il professionista correttamente adempiuto al proprio incarico, come eccepito dal curatore - che in sede di costituzione nel giudizio di opposizione aveva appunto evidenziato che l'attività professionale si era concretizzata in una proposta di concordato priva di elementi di attendibilità e fattibilità -, nessuna somma poteva essere riconosciuta in favore dell'istante.

Avverso tale decreto Lombardi Marco propone ricorso per cassazione sulla base di 7 motivi. Resiste la curatela mediante controricorso. Il ricorrente deposita memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Il primo motivo evidenzia la violazione o falsa applicazione degli artt. 161, comma 3, 162, comma 2, 163, comma 1, e 173, commi 2 e 3, l.fall., in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., in quanto il sindacato circa la sussistenza dei requisiti per l'ammissione del concordato preventivo, ivi

comprese la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano esposti nella domanda di concordato, è consentito al Tribunale esclusivamente in sede di concordato: nel caso in esame il Tribunale già si era espresso in ordine all'ammissibilità della domanda e quindi riguardo alla correttezza dell'operato del professionista che aveva predisposto la domanda, sicchè, non essendo stato nemmeno attivato il procedimento di revoca di cui all'art. 173 l.fall. ed essendo il concordato venuto meno solo per la mancata approvazione da parte dei creditori, la curatela non poteva, in sede di ammissione al passivo, porre in discussione la correttezza dell'operato del ricorrente nella formulazione della domanda.

Con il secondo motivo il ricorrente lamenta la violazione o falsa applicazione dell'art. 2909 c.c. (ex art. 360, n. 3, c.p.c.) avendo l'efficacia di giudicato del provvedimento di ammissione del concordato esteso i suoi effetti anche nei confronti della curatela fallimentare e del ricorrente, sicchè la veridicità dei dati e la fattibilità del piano, e dunque la stessa diligenza professionale del ricorrente, non potrebbe essere più posta in discussione.

Il terzo motivo lamenta la violazione o falsa applicazione dell'art. 111, comma 2, c.p.c. (ex art. 360, n. 3, c.p.c.) dovendosi riconoscere la prededuzione in favore del professionista per il solo fatto dell'ammissione al concordato ed a prescindere dalle vicende successive della procedura, trattandosi di un'attività sicuramente svolta nell'interesse dei creditori.

Con il quarto mezzo il ricorrente si duole della violazione o falsa applicazione degli artt. 1460 c.c., 135 c.p.c. e 98, l.fall. (in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c.) e comunque della nullità del decreto impugnato ex art. 360 n. 4 c.p.c. in relazione all'art. 112 c.p.c. ed agli artt. 135 c.p.c. e 98 l.fall., avendo il Tribunale pronunciato su una eccezione di inadempimento in realtà mai formulata esplicitamente dalla curatela, se non altro a causa della mancanza del requisito della contemporaneità tra la prestazione di "facere" posta a carico del ricorrente e la controprestazione avente ad oggetto il pagamento del compenso pattuito.

Con il quinto motivo il ricorrente lamenta l'omesso esame di un fatto decisivo ex art. 360, n. 5, c.p.c. e la nullità del decreto impugnato ex art. 360, n. 4, c.p.c., avendo il Tribunale trascurato la circostanza che, sussistendo le condizioni di ammissibilità del concordato, la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano erano fuori discussione, omettendo altresì di considerare che il ricorrente aveva, nelle note conclusionali rese il 29.11.2013, ampiamente esposto le ragioni per cui la prestazione era stata svolta con la diligenza richiesta.

Con il sesto motivo il ricorrente ha richiamato diverse pronunce di questa Corte in merito alla prededucibilità del credito del professionista, richiedendo, in via subordinata, quantomeno il riconoscimento del privilegio di cui all'art. 2751-bis, comma 1, n. 2 c.c.

Con il settimo mezzo ha richiesto, in caso di accoglimento della domanda, una nuova regolamentazione delle spese processuali.

Il primo motivo è fondato.

Che al credito del professionista, maturato in relazione all'attività di redazione della proposta di concordato preventivo, debba essere riconosciuto carattere prededucibile è un dato che si ricava con fermezza dalla giurisprudenza di questa Corte (cfr. su tutte Cass. n. 22450 del 2015) che ha ulteriormente precisato che la prededuzione va riconosciuta *"senza che debba verificarsi il risultato delle prestazioni (certamente strumentali all'accesso alla procedura minore) da questi eseguite, ovvero la loro concreta utilità per la massa. I due concetti, di funzionalità ed utilità concreta, non possono infatti fra di loro essere confusi, atteso che la norma di cui all'art. 111, comma 2, l.fall. 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"* (cfr. altresì da ultimo Cass. n. 12017 del 2018).

Fermo dunque che il requisito dell'utilità non costituisce un valido parametro dal quale può dipendere il riconoscimento della prededuzione,

il problema posto dalla fattispecie concreta si sposta più a monte, proponendo una questione più radicale, se ed in che termini cioè il riconoscimento del credito possa essere paralizzato da un'eccezione di inadempimento sollevata dal curatore e quale debba essere il contenuto di quest'ultima.

La soluzione deve procedere proprio partendo dalle coordinate ermeneutiche enunciate da questa Corte riguardo alla prestazione svolta dal professionista preordinata all'accesso al procedimento concordatario, osservando che il risultato al quale la prestazione professionale è preordinata è l'esecuzione di un servizio strumentale all'accesso ad una procedura concorsuale (cfr. in tal senso la dizione contenuta nell'art. 67, lett. g), l.fall), realizzatasi nel caso in esame attraverso la predisposizione della domanda di concordato preventivo.

Ne consegue che l'astratta idoneità della domanda a realizzare il risultato dell'accesso al procedimento concordatario, intesa come capacità "ex ante" della stessa a consentire l'apertura della procedura concorsuale minore, determina nel contempo l'insorgere del credito, avente ad oggetto il pagamento del corrispettivo, e la qualifica del medesimo in termini di prededucibilità.

La verifica degli eventuali inadempimenti dovrà pertanto tenere conto proprio di quale sia, in definitiva, il contenuto della prestazione dovuta, che non è quello di garantire il conseguimento di un risultato stabile (l'apertura cioè di un concordato che certamente verrà votato favorevolmente dai creditori o non verrà revocato dal Tribunale), ma è la potenziale idoneità a determinare l'avvio del procedimento.

Un inadempimento da parte del professionista potrà pertanto ravvisarsi o nell'ipotesi in cui la domanda sia già "prima facie" del tutto inidonea e dunque non presenta la sia pur minima possibilità di realizzare il fine cui è preordinata, ovvero nel caso in cui, secondo una verifica "ex post", abbia, pur dopo l'apertura della procedura, determinato dei concreti danni al ceto creditorio.

Al contrario, nell'ipotesi in cui l'incarico del professionista sia culminato nella presentazione della domanda, non può negarsi la nascita del diritto al compenso in favore del professionista, sicchè nelle ipotesi, come quella che occupa in concreto, in cui il Tribunale abbia aperto la procedura e l'esito negativo sia dipeso dal voto dei creditori, l'eventuale eccezione di inadempimento formulata dal curatore in sede di ammissione al passivo potrà trovare accoglimento solo in quanto precisi il concreto pregiudizio prodotto da eventuali inesattezze contenute nella domanda (posto che tali inesattezze non hanno pregiudicato l'astratta idoneità della domanda a realizzare il risultato dell'apertura del concordato).

Nel caso in esame, il Tribunale ha condiviso l'eccezione di inadempimento del curatore limitandosi a rilevare che nel corso della procedura, dagli accertamenti compiuti dal commissario, era emerso che il piano programmava un affitto di azienda in favore di una società inadatta a garantire il pagamento dei canoni; che non erano stati esposti i debiti verso le banche, oggetto di cessione; che la sorte di alcuni contratti di leasing doveva essere disciplinata applicando l'art. 72-quater l.fall.

Trattasi, tuttavia, di inesattezze che, se pur imputabili al proponente, non hanno inciso sul risultato cui la prestazione era preordinata (avendo comunque il Tribunale provveduto ad aprire il concordato) ed in relazione alle quali è assente qualsiasi precisazione circa l'effetto concretamente pregiudizievole prodotto alla massa dei creditori (che infatti, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, ha ritenuto di respingere la proposta). Avendo dunque l'attività del professionista realizzato il proprio scopo, ossia l'avvio del procedimento, ed in assenza di un effetto dannoso derivante dalle inesattezze evidenziate con l'eccezione di inadempimento, la nascita del diritto al compenso non può essere negata e dunque il credito va ammesso al passivo nel fallimento successivo.

Tali considerazioni, che determinano l'assorbimento degli ulteriori motivi, determinano l'accoglimento del ricorso, sicchè il decreto impugnato va cassato con rinvio al Tribunale di Firenze che, in diversa composizione, provvederà a statuire anche sulle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso, dichiara assorbiti i restanti motivi, cassa il decreto impugnato e rinvia al Tribunale di Firenze, in diversa composizione, anche per statuire sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 31 maggio 2018.

