

2021



DIRITTO DELLA
CRISI

www.dirittodellacrisi.it



La prededuzione dei compensi dei professionisti secondo le Sezioni Unite: per la certezza si rischia l'ingiustizia?

di Marco Greggio , Avvocato in Padova

18 Gennaio 2022

Riproduzione riservata

Sommario:

1. Il caso e il principio di diritto
2. Un passo indietro
3. La funzionalità
4. L'eccezione di inadempimento
5. La norma del Codice della Crisi
6. Qualche notazione (critica)
7. Gli acconti
8. Conclusione

1. Il caso e il principio di diritto

Con la sentenza n. 42093 del 31 dicembre 2021, assai articolata (ben 45 pagine), le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno statuito in merito all'annosa e controversa questione della 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). [1]

Questione da tempo tra le più controverse del diritto 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). Tema che ha assunto peculiare delicatezza parallelamente alla proliferazione delle procedure cd "minori", il cui esito - spesso - è stato negativo, sfociando nel fallimento del debitore ricorrente, [2] e sul quale la giurisprudenza, finanche di legittimità, si è profondamente divisa.

Finalmente sulla questione si è pronunciata la Suprema Corte a Sezioni Unite, a seguito dell'ordinanza interlocutoria n. 10885/2021 della Prima Sezione civile, che - constatata la non sedimentazione di un univoco indirizzo e ravvisata l'esigenza di ricostruire un quadro interpretativo chiaro - ha chiesto di sottoporre alle Sezioni Unite otto quesiti. [3]

Il caso che ha originato la sentenza della Corte era emblematico: un dottore commercialista aveva impugnato il decreto del Tribunale di Mantova (del 30 novembre 2016, n. 2531) che aveva rigettato la sua opposizione allo stato passivo avverso il decreto del giudice delegato del fallimento di una società che, a sua volta, aveva rigettato la richiesta di insinuazione al passivo del proprio credito professionale. [4]

Il suddetto credito era relativo all'attività svolta dal professionista durante la pendenza di domanda prenotativa ex art.161 co.6 l.f. quale *advisor* contabile - in virtù di apposito contratto di consulenza professionale - per l'assistenza alla società debitrice finalizzata alla predisposizione della proposta e del piano di concordato preventivo. Tuttavia la società, venuta meno la disponibilità della famiglia di riferimento ad apportare nuova finanza, aveva rinunciato al concordato, conseguendone la dichiarazione di fallimento. Pertanto il Tribunale di Mantova aveva ritenuto l'attività professionale non conclusa, considerato che non si era giunti ad una dichiarazione di ammissibilità della proposta di concordato (mai presentata). A seguito dell'ordinanza interlocutoria della Prima Sezione, con uno sforzo quasi enciclopedico le Sezioni Unite hanno analizzato doviziosamente i vari aspetti collegati alla prededuzione dei crediti, tra cui la *consecutio* delle procedure, la revocabilità dei crediti, la natura della fase pre-concordataria introdotta con il deposito del ricorso ex art. 161 co. 6 l.f., l'eccezione di inadempimento, per infine

giungere al seguente principio di diritto, cui dovranno uniformarsi tutti i giudici di merito in considerazione della funzione nomofilattica della Cassazione: [5] “il credito del professionista incaricato dal debitore di ausilio tecnico per l’accesso al concordato preventivo o il perfezionamento dei relativi atti è considerato prededucibile, anche nel successivo e consecutivo fallimento, se la relativa prestazione, anteriore o posteriore alla domanda di cui all’art.161 l.f., sia stata funzionale, ai sensi dell’art.111 co.2 l.f., alle finalità della prima procedura, contribuendo con inerenza necessaria, secondo un giudizio ex ante rimesso all’apprezzamento del giudice del merito, alla conservazione o all’incremento dei valori aziendali dell’impresa, sempre che il debitore venga ammesso alla procedura ai sensi dell’art.163 l.f., ciò permettendo istituzionalmente ai creditori, cui la proposta è rivolta, di potersi esprimere sulla stessa; restano impregiudicate, da un lato, la possibile ammissione al passivo, con l’eventuale causa di prelazione e, per l’altro, la non ammissione, totale o parziale, del singolo credito ove si accerti l’inadempimento della obbligazione assunta o la partecipazione del professionista ad attività fraudatoria”.

Sulla scorta di tale principio, pertanto, la Corte ha rigettato il ricorso presentato dal professionista, condannandolo alle spese del procedimento secondo il principio della soccombenza.

Habemus papam!, verrebbe da dire, se non che tale *dictum* – invero prevedibile, anche alla luce della norma contenuta nel CCII di prossima entrata in vigore (16 maggio 2022, salvo proroghe) – lascia l’amaro in bocca ai professionisti specializzati in crisi d’impresa e in generale a tutti coloro impegnati (“in trincea”, verrebbe da dire) nell’opera di ristrutturazione delle società in difficoltà: compito difficile, sotto molti punti di vista, il cui risultato (l’ammissione al beneficio del concordato preventivo) non è (mai) *ab ovo* garantito e spesso difficilmente preconizzabile prima di accettare l’incarico professionale.

2 . Un passo indietro

Nell’ampia motivazione, la Corte prende l’abbrivio fornendo un ampio *excursus* delle riforme del diritto fallimentare, soffermandosi in particolare sulle novelle riguardanti la prededuzione.

Come noto, 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.f. che, al comma 1, stabiliva l'ordine di distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo, assicurando la priorità al pagamento delle spese e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, se questo veniva autorizzato. [6] 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. [7]

Con il duplice intervento di cui all'art. 99 del D.Lgs. n. 5/2006 e all'art. 8 del D.lgs. n. 169/2007, il legislatore ha integralmente riformulato l'art. 111 l.f., 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 2, l.f. erano (e sono tutt'ora) 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": mentre l'individuazione della prima categoria dei crediti risultava agevole (perché tipizzata dal legislatore), la seconda categoria, atipica, subordinava la prededucibilità o meno del credito al fatto che ci fosse 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.f. [8].

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. [9] E la giurisprudenza di legittimità aveva chiarito che mentre il criterio della "occasionalità" era cronologico (e quindi si riconduceva al dato temporale del sorgere del credito nel corso della procedura concorsuale, dovendo essere integrato con il dato soggettivo della riferibilità del credito all'attività posta in essere dagli organi della procedura), il criterio della "funzionalità" era *alternativo* ed autonomo (non costituendo quindi l'espressione di cui al comma 2 dell'art. 111 l.f. un'endiadi). [10]

Il criterio della *funzionalità* risultava così più problematico, potendo ricomprendere anche i crediti venutisi a creare *anteriamente* ad una procedura concorsuale e quindi fuori dalla stessa. Sulla sua interpretazione pertanto la giurisprudenza si era divisa in (sostanzialmente) *tre* filoni ermeneutici.

(i) Parte della giurisprudenza aveva collegato il criterio della funzionalità al requisito dell'*utilità effettiva* della prestazione professionale, riconoscendo così la prededuzione al credito purché le prestazioni del professionista si ponessero in un rapporto di *adeguatezza funzionale* con le necessità risanatorie dell'impresa e sempre che queste fossero state in *concreto utili* per la massa dei creditori. [11] Tale requisito avrebbe dovuto 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, risultava - in tale ottica - conforme al concetto di buona fede oggettiva e all'adeguatezza di costi/benefici in relazione all'interesse dei creditori. [12]

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), escludeva la prededucibilità del credito del professionista. [13]

(ii) Altra giurisprudenza, che fino a poco tempo fa appariva maggioritaria, riteneva che il credito del professionista (che aveva assistito il debitore nella preparazione e presentazione del concordato) rientrasse "*de plano*" tra quelli funzionali, in quanto strumentale all'accesso alla procedura minore, senza che dovesse verificarsi il "risultato" delle prestazioni svolte. [14]

Secondo tale opzione interpretativa, l'art. 111, comma 2, l.f., dettava un precetto di carattere generale che, per favorire il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi d'impresa, aveva introdotto un'eccezione al principio della *par condicio* ed aveva 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, quali il raggiungimento di traguardi procedurali (per esempio l'ammissione al beneficio concordatario).

Ciò in virtù, in sintesi, di alcune motivazioni: (i) l'esclusione dall'azione revocatoria del pagamento del compenso del professionista ex art. 61, co. 3, lett. g), l.f. [15] ; (ii) l'abrogazione dell'art. 182 *quater*, co. 4, l.f.; (iii) l'interpretazione autentica dell'art. 111, co. 2., l.f. fornita dall'art. 11, comma 3 *quater* del D.L. 23 dicembre 2013 n. 145, convertito in L. 21 febbraio 2014 n. 9 (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, co. 3, l.f. (c.d. Decreto Destinazione Italia) ad opera del D.L. 90/2014, che subordinava la prededucibilità all'apertura della procedura. [16] D'altronde - in tale ottica - se si fosse tenuto conto del "risultato" raggiunto, la norma sulla prededuzione sarebbe risultata priva di senso, in quanto non avrebbe potuto mai trovare applicazione nel fallimento consecutivo al concordato (circostanza che attestava, appunto, il mancato raggiungimento del traguardo procedurale). [17]

Alla luce di tale opzione interpretativa, il difetto di funzionalità si ricavava *non* 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. Non si trattava, quindi, di collocare il credito ammesso in privilegio generale *ex art. 2751-bis n. 2, c.c.* anziché in prededuzione *ex art. 111 l.f.*, ma - più radicalmente - di *escludere* il credito (in tutto o in parte, a seconda della gravità dell'inadempimento) dal passivo fallimentare, e ciò in ossequio al principio *inadimplenti non est adimplendum* di cui all'art. 1460 c.c. [18]

(iii) Il terzo filone interpretativo riteneva che la *conditio sine qua non* per la prededucibilità del credito del professionista fosse il decreto di apertura della procedura concordataria. [19] Veniva quindi *presunta* la funzionalità dell'attività (di assistenza e consulenza connessa alla presentazione della domanda di concordato ed alle sue successive integrazioni) in considerazione dell'*ammissione* alla procedura di concordato preventivo, ritenuto un requisito di adeguatezza funzionale della prestazione al risanamento d'impresa. [20]

Ciò considerato che soltanto con il decreto di *apertura* della procedura poteva essere esercitato - 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. [21]

Quest'ultima è stata l'opzione interpretativa seguita dalle Sezioni Unite, che in maniera *tranchant* hanno sciolto il nodo gordiano partendo dal chiarimento del significato di "funzionalità".

3 . La funzionalità



La *funzionalità*, secondo le parole delle Sezioni Unite, “esprime un’attitudine di vantaggio per il ceto creditorio, compendiato nella stessa procedura concorsuale in cui esso è organizzato, così attenendo a crediti maturati in capo a terzi, per prestazioni svolte anche prima dell’inizio della procedura (quesito vii) e perciò al di fuori di un diretto controllo dei relativi organi ma comunque in una relazione di inerenza necessaria allo scopo dell’iniziativa, più che al risultato” (pag. 16).

Dando atto del superamento della tesi della utilità in concreto e del suo riscontro *ex post* quale criterio attributivo della funzionalità della prestazione ad una procedura concorsuale seguita ad un’altra, diversa da quella per la quale il terzo ha effettuato la propria attività o ceduto beni o erogato servizi (pagg. 18-20), [22] le Sezioni Unite hanno posto in discussione il principio secondo cui la fase preconcordataria sia assimilabile ad ogni effetto al regime pieno del concordato preventivo (pag. 22), [23] evidenziando la *necessità* che il concordato sia stato almeno *aperto* per la positiva collocazione in prededuzione del credito del professionista. Solo con tale evenienza, infatti, secondo la Suprema Corte si raggiungono gli obiettivi minimali che caratterizzano la procedura di concordato, ossia il pervenire alla fase di possibile coinvolgimento dei creditori (pag. 23). [24]

È necessaria per la Corte una “positiva valutazione *ex ante* della strumentalità” dell’opera del professionista rispetto alla presentazione della proposta del debitore, che costituisce la finalità tipica dell’istituto. Valutazione *ex ante* che, in quanto “antagonista di ogni criterio automatico, rende superfluo il confronto con la tradizionale distinzione tra obbligazione di mezzi, quale resta quella del professionista e obbligazione di risultato, posto che l’esclusa prededuzione non discende in modo diretto dall’insuccesso della domanda, bensì dall’inidoneità causale dell’apporto del terzo alle finalità istituzionali della procedura, avendo egli configurato la propria opera, in caso di concordato non ammesso o rinunciato, verso elementi di un progetto non consegnato alle valutazioni dei creditori, cui invece – per finalità tipica dell’istituto – la proposta del debitore dev’essere diretta” (pag. 25).

In questo senso, le Sezioni Unite richiamano la simmetria tra la funzionalità di cui all’art.111 co.2 l.f. e la strumentalità dei servizi le cui prestazioni siano state remunerate in periodo sospetto ai sensi dell’art. 67 comma 3 lett. g) l.f.: così la non assoggettabilità alla revocatoria fallimentare dei pagamenti di debiti liquidi ed esigibili intervenuti alla scadenza per conseguire tali opere, viene fatta dipendere dall’aver esse agevolato l’accesso alle procedure concorsuali, incluso il concordato preventivo, rilevando così un’identità di *ratio* delle due norme (pag. 26). [25]

4. L'eccezione di inadempimento

Nella sentenza della Sezioni Unite ampio spazio viene dedicato all'eccezione di inadempimento, rimedio civilistico cui viene "affidato frequentemente l'intento di evitare che pretese di credito sproporzionate o improduttive, a formazione negoziale non controllata né dai creditori, né dal giudice, gravino sull'attivo della procedura liquidatoria finale, nonostante la manifesta inutilità della prima procedura o della sua prosecuzione o anche il carattere fraudatorio dell'iniziativa del debitore, cui non era estraneo chi l'assisteva" (pag. 39).

In tale ottica, secondo la Corte il curatore in sede di ammissione al passivo potrà eccepire – ai sensi degli artt. 1218 e 1460 c.c. - l'inadempimento del professionista, secondo i canoni diretti a far valere la responsabilità contrattuale, contestando la non corretta esecuzione della prestazione o anche la sua inutilità per la massa o la solo parziale utilità (con riduzione del *quantum* ammissibile) o l'incompleto adempimento (sulla base del criterio di corrispettività ed essendo parzialmente nulle le clausole di insindacabilità del compenso a forfait). Per contro, a carico del professionista ricade l'onere di dimostrare l'esattezza del suo adempimento, per rispondenza della sua condotta al modello professionale e deontologico richiesto in concreto dalla situazione su cui è intervenuto con la propria opera ovvero l'imputazione a fattori esogeni, imprevisi e imprevedibili dell'evoluzione dannosa della procedura, culminata nella sua cessazione (anticipata o non approvata giudizialmente) e nel conseguente fallimento (pag. 40).

Pertanto l'eccezione di inadempimento potrà essere opposta *a prescindere* dall'avvenuta ammissione al beneficio del concordato preventivo: il decreto *ex art. 163* primo comma l.f. invero "non assevera definitivamente, con valore di giudicato, l'esattezza dell'adempimento del professionista". [26] Secondo la Corte v'è infatti differenza di presupposti tra la collocazione in prededuzione rispetto al riconoscimento del credito nella sua opponibilità e sussistenza (pag. 41): di conseguenza l'asserito creditore ha l'onere di dimostrare «quel particolare grado di complessità tecnico-redazionale che, per l'incarico affidatogli, la relazione di consulenza avrebbe richiesto» [27] e di aver adempiuto alla propria obbligazione con la diligenza richiesta dall'art. 1176 co.2 c.c..

La Corte chiarisce così qual è la diligenza richiesta al professionista: "la perizia esigibile dal professionista della crisi sia quella della completezza informativa e proporzionalità dell'apporto rispetto alle finalità specifiche della procedura

concorsuale cui il debitore intende accedere o che si propone di completare, in tale limite consistendone la qualità media” (pag. 42).

Nella lettura della Corte il principio *inadimplenti non est adimplendum* pertanto diviene un (ulteriore) “anticorpo” per tutelare la massa dei creditori da esiti iniqui: se il professionista è stato inadempiente, in tutto oppure in parte, il suo credito va escluso o ridotto. Per tale via il credito del professionista subisce una seconda “prova di resistenza”, in punto di *an* e *quantum*: dopo la sua collocazione in prededuzione (soltanto) se il concordato è stato dichiarato aperto, il professionista non potrà dormire sonni tranquilli, potendo sempre il suo credito, laddove il concordato abbia avuto un esito infausto (per esempio per il mancato raggiungimento delle maggioranze dei voti necessari per l’omologazione) e sia quindi sfociato in un fallimento, essere escluso dal passivo fallimentare o comunque ridotto nel suo ammontare. E l’onere della prova di dimostrare la correttezza e completezza dell’esecuzione della propria prestazione ricadrà sul professionista. [28]

Tale “anticorpo”, tuttavia, più che un rasoio di Occam rischia di divenire una specie di “arma impropria” contro il professionista: tralasciando i casi più estremi [29] l’inciso delle Sezioni Unite in tema di inadempimento potrebbe dare la stura a qualche zelante curatore per rendere i progetti di stato passivo veri e propri zibaldoni farciti di eccezioni di ogni tipo riguardanti l’operato degli *advisors* (magari con l’intento, non troppo velato, di giungere ad una transazione sul *quantum*); in casi estremi la pretesa creditoria del professionista potrebbe 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 (che comunque andranno rigorosamente provati) [30].

5 . La norma del Codice della Crisi

Nel motivare la propria decisione, la Suprema Corte richiama esplicitamente altresì la disposizione di cui all’art. 6, comma 1, lett. c) del CCII, che “riscrive il perimetro in modo saldamente ancorato, con l’apertura della procedura (dell’art.47 CCII) o l’omologazione degli accordi di ristrutturazione, ad una condizione cioè che irrobustisce a ritroso tutta l’attività già compiuta e strumentale al concorso”, in quanto “l’apertura del concordato o l’omologazione degli accordi assumono così, al contempo, il significato di una conferma di adeguatezza delle prestazioni ingaggiate

dal debitore rispetto alla specifica procedura concorsuale cui siano state dirette e di stabilizzazione degli stessi effetti concorsuali, solo iniziati con la domanda” (pag. 32).

[31]

In buona sostanza, le Sezioni Unite con la sentenza in commento anticipano (e confermano) quanto già previsto nel CCII, le cui norme risultano un “utile criterio interpretativo degli istituti della legge fallimentare”. [32]

Le ragioni dell’introduzione di tale norma sono note: tra i principi della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 (pubblicata sulla G.U. n. 254 del 30 ottobre 2017) vi era quello di *contenimento dei costi* delle procedure ed in particolare delle ipotesi di prededuzione dei crediti professionali (art. 2, comma 1, lett. l). [33] E recependo (in gran parte) quanto prescritto dalla legge delega, il CCII disciplina la prededuzione dei compensi professionali (all’art. 6) tra i “principi generali” e in particolare, il principio di *economicità delle procedure*; principio che, già per la sua collocazione “topografica” nel CCII, viene quindi considerato come fondamentale dal legislatore.

[34]

L’aumentare dei crediti prededucibili cui si è assistito negli ultimi anni, infatti, è stato ritenuto una poco giustificabile sottrazione di risorse che avrebbero dovuto essere destinate ai creditori concorsuali [35]. Invero dall’analisi dell’impatto della regolamentazione (AIR) allegata alla Relazione ministeriale sul disegno di legge delega n. 155/2017, era emerso che l’incidenza dei costi dei professionisti rispetto all’ammontare dell’attivo ed alle disponibilità liquide dell’impresa (spesso) era tale da rendere difficilmente accessibile il ricorso alla procedura di concordato preventivo alle imprese di piccole dimensioni, atteso che tali costi in media assorbivano il 30% dell’attivo concordatario (a fronte di un 5% delle procedure fallimentari).

Così il legislatore ha deciso di evitare gli eventuali (e comunque complessivamente minoritari) abusi e utilizzi strumentali, introducendo una *norma generale* che rischia di essere eccessivamente punitiva nei confronti dei professionisti che assistono l’impresa in crisi; professionisti cui, di fatto, viene riversato una quota parte del rischio d’impresa (unitamente ai creditori sociali).

Nel CCII quindi si fa di tuttata l’erba un fascio: la funzionalità dei crediti dipende dal verificarsi di un evento - l’ammissione del concordato - *presumendo* che tale evento apporti per sé stesso un beneficio alla massa (onde giustificare un sacrificio delle aspettative di soddisfacimento dei creditori sociali). [36] E con la sentenza delle Sezioni Unite, che ribadisce tale necessità per la collocazione in prededuzione dei crediti professionali, il verificarsi di tale evento pare configurare una *presunzione*

assoluta, tale per cui nessuna prova del contrario può scalfire l'equazione ammissione=predeuzione. [37]

6 . Qualche notazione (critica)

La sentenza in commento segue, quindi, la corrente del fiume verso il mare, ribadendo quanto già previsto da una norma di diritto positivo. [38]

Tuttavia non ci si può esimere dall'avanzare, ugualmente, alcune critiche al principio espresso (prima dal legislatore e poi) dalle Sezioni Unite.

(a) Se si subordina la preveducibilità del compenso del professionista all'ammissione del concordato, evento difficilmente prevedibile *ex ante* dal professionista al momento dell'assunzione dell'incarico (d'altronde il termine concesso dal tribunale dopo il deposito del ricorso ex art. 161 sesto comma l.f. serve proprio per redigere il piano e la proposta e, quindi, svolgere l'attività funzionale al deposito della domanda), di fatto si trasforma l'obbligazione del professionista, che notoriamente è una prestazione d'opera intellettuale, in una *obbligazione di risultato*. [39]

Ma così non può essere, atteso che l'obbligazione del prestatore d'opera intellettuale è considerata pacificamente un'obbligazione di *mezzi*: anche nell'ambito dell'opera svolta per accedere alla procedura di concordato, essa è disciplinata dalla diligenza professionale ex art. 1176, comma 2, 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. [40].

Invero al riguardo la Suprema Corte nella sentenza commentata ribadisce che l'obbligazione del professionista "è di mezzi", precisando tuttavia che l'esclusa predeuzione non discende dall'insuccesso della domanda (e quindi alla mancata ammissione), bensì "dall'inidoneità causale" dell'apporto del professionista stesso alle finalità istituzionali della procedura (il decreto di cui all'art. 163 l.f., che apre il concordato alle valutazioni - tramite il voto - dei creditori). Quindi non è un problema di "risultato" ma di apporto causale dell'opera del professionista.

Tale precisazione rischia di essere una foglia di fico che nasconde la *substantia rerum*: l'apporto causale dell'opera del professionista nella lettura della Suprema Corte è sempre volto ad un *fine*, e quindi ad un *risultato* (l'ammissione) che, se manca, porta all'esclusione della predeuzione. Il dubbio quindi di trasformazione

“genetica” della natura dell’obbligazione del professionista a seguito di tale lettura della Cassazione, permane.

(b) Anche nel caso di mancata ammissione *ex art. 163 l.f.*, spesso l’opera del professionista risulta non solo funzionale ma anche vantaggiosa per gli interessi della massa.

Come evidenziato dalla stessa ordinanza n. 7974 del 30 marzo 2018 della Cassazione “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”. [41]

Al riguardo le Sezioni Unite (pag. 36) precisano che l’art. 168, comma 3, l.f. – che dispone l’inefficacia delle garanzie ipotecarie iscritte nei 90 giorni precedenti alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese – non si applica qualora venga rinunciata la domanda prima della sua ammissione e consegue il fallimento della società debitrice. [42]

Tuttavia, a prescindere dall’efficacia delle ipoteche, vi sono plurimi elementi che portano a ritenere l’opera del professionista spesso (assai) utile per la massa dei creditori – anche sotto il profilo dell’emersione della crisi – e, quindi, causalmente funzionale: [43] l’attività di predisposizione del piano di concordato, ancorché non ammesso, può essere di particolare *complessità* e richiedere l’espletamento di numerose 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, essere a vantaggio della massa dei creditori), considerando che il curatore si ritroverebbe a svolgere il proprio compito con una situazione (contabile, legale, valutativa) già preparata, riordinata e rettificata dagli *advisor*.

Dopo tale lavoro, spesso poderoso e utile al curatore (e quindi alla massa) gli *advisors* dopo la sentenza delle Sezioni Unite rischiano di restare ... con il cerino in mano e non prendere nemmeno un euro in relazione all’attività svolta, vuoi per la mancata collocazione in prededuzione dei propri crediti, vuoi per l’eccezione di inadempimento.

(c) 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 risolvendo – come

Alessandro Magno con il nodo gordiano - le varie discussioni giurisprudenziali e dottrinali sul punto.

Nell'interpretazione della Suprema Corte, la mancata ammissione del concordato costituisce un serio indizio, in via presuntiva, della mancanza di funzionalità dell'opera del professionista.

Al riguardo non ci si può esimere dal rilevare che *spesso* la mancata ammissione non risulta causalmente riconducibile all'attività svolta dal professionista, in punto di inadeguatezza-incompletezza-negligenza. Si pensi a questioni giuridiche dibattute, la cui scelta interpretativa da parte del tribunale competente ha portato alla mancata ammissione del concordato: quanti concordati sono stati dichiarati inammissibili perché il piano prevedeva la falcidiabilità dell'IVA e delle ritenute? [44]

Se il medesimo piano concordatario fosse stato presentato qualche tempo dopo nello stesso tribunale, o addirittura lo stesso giorno ma in un tribunale diverso, probabilmente l'esito sarebbe stato differente e la domanda sarebbe stata ammessa (in virtù, appunto, del mutamento giurisprudenziale o di una sopraggiunta modifica legislativa o di una diversa opzione interpretativa seguita dal tribunale competente). Il fenomeno del "diritto municipale" (o "diritto a macchia di leopardo") crea conseguenze nefaste in punto di uniforme applicazione del diritto (*memento*: l'affitto d'azienda ante concordato che configurava, secondo alcuni tribunali, un piano liquidatorio etc.): pare iniquo addossare il rischio del risultato al professionista che ha compiuto la propria opera in modo diligente e seguendo la *best practice* (e i dettami della giurisprudenza maggioritaria). Professionista che talvolta si trova in una condizione simile al lanciatore di monetine: seguire un'opzione interpretativa piuttosto che un'altra nel redigere il piano e la proposta di concordato richiede l'intervento della dea Fortuna; si può trovare un collegio che condivide (oppure no) quella scelta, o ancora un giudice relatore più autorevole (e preparato) di altri (ma anche il giudice può cambiare in corso di procedura) oppure semplicemente il parere dell'organo giudicante può cambiare (dopo un convegno o una sentenza) durante la fase di pre-concordato. Insomma, molteplici fattori casuali (e non causali) che incidono sul risultato dell'ammissione della domanda di preventivo. [45]

(d) Escludere la collocazione in prededuzione del credito del professionista nel caso in cui al pre-concordato consegua il fallimento rischia di depotenziare lo strumento concordatario stesso, sfavorendo l'assistenza del debitore da parte di professionisti qualificati e preparati.

Per (tentare) la ristrutturazione delle imprese in crisi si necessita di professionisti competenti, la cui opera va remunerata e nei confronti dei quali non si può ragionevolmente pretendere l'accollo del rischio di un possibile mancato pagamento (salvo i casi evidenti di frode o di abuso). L'incertezza circa la sorte del proprio credito potrebbe rendere assai problematica l'assunzione dell'incarico da parte del professionista: incarico spesso assai gravoso per la mole di lavoro che si prospetta e la struttura organizzativa necessaria per assolverlo al meglio (si pensi soltanto alle varie *due diligence* per la corretta predisposizione di un piano concordatario ed ai numerosi problemi da risolvere nel corso della procedura); senza un *team* dedicato risulta difficile predisporre un piano concordatario (e i collaboratori vanno pagati, così come le spese generali di struttura, le utenze, la locazione dell'ufficio etc.).

Invero i possibili (e prevedibili) effetti di tale *dictum* della Suprema Corte sembrano stridere sia con lo spirito delle varie riforme del diritto delle crisi che si sono succedute negli ultimi anni, il cui intento dichiarato dal legislatore è sempre stato quello di favorire il risanamento dell'impresa nell'ottica della miglior soddisfazione dei creditori sociali, sia con la stessa *ratio* dell'art. 111, co. 2, l.f.: "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". [46] Ma come si possono raggiungere tali obiettivi ponendo *de facto* i professionisti più strutturati e preparati in materia in una posizione critica, con un accollo del rischio (economico) spesso difficilmente sopportabile?

(e) Sul primo quesito riguardante l'esenzione dall'azione revocatoria la motivazione della Corte non appare incisiva (pag. 27), sostenendo che appare frutto di una mera "petizione di principio" sostenere "che se i crediti sorti per ottenere servizi professionali strumentali all'accesso al concordato vanno esenti da revocatoria ai sensi dell'art.67 co.3 lett. g) l.f. vuol dire che quegli stessi crediti, ove impagati, diventano prededucibili nel successivo fallimento, a prescindere dall'apertura del concordato". Secondo la Corte tale tesi "...dovrebbe invero procedere dalla dimostrazione che anche la salvezza dalla revocatoria dei pagamenti operi a prescindere dall'apertura del concordato, presupposto contraddittorio con la constatazione che della strumentalità (quale *prius* della prestazione da cui sorge il credito) si può predicare la possibile sussistenza anche come fattispecie pienamente compiuta e dunque proprio per il caso di concordato ammesso, cui cioè

il debitore abbia acceduto, pena la riduzione a mera intenzionalità della commentata attitudine causale; non va nemmeno sottaciuto che l'esenzione da revocatoria ha riguardo a debiti liquidi e già esigibili pagati alla scadenza, mentre l'ampia gamma delle prestazioni d'ausilio al concordato (e non solo) ben è compatibile con adempimenti parziali, anticipati, in acconto”.

Va tuttavia rilevato che l'art. 67, comma 3, lett. g), l.f., 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”. [47] Dalla lettura combinata di tale norma con l'art. 111, comma 2, l.f., 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”. [48]

Pertanto esenzione dall'azione revocatoria per i pagamenti effettuati e prededucazione per i crediti non pagati rappresentano (e non possono non rappresentare) due facce della stessa medaglia, nel momento in cui la prededucazione 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. Di conseguenza delle due l'una: o si identifica la «funzionalità» di cui all'art. 111, comma 2, l.f. con la stessa «strumentalità» richiesta dall'art. 67, comma 3, lett. g), l.f., 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. [49]

La Corte a ben vedere evita di prendere definitiva posizione sulla problematica, lasciando così aperto lo spazio per una possibile azione revocatoria avente ad oggetto il pagamento degli acconti ricevuti dai professionisti in caso di mancata ammissione al beneficio del concordato.

7. Gli acconti

Il tema degli acconti, alla luce della sentenza della Corte, diviene cruciale: il rischio a carico del professionista di non vedersi corrisposti i propri compensi in caso di esito negativo della procedura può essere infatti mitigato dal pagamento di somme a titolo di anticipi. E nella normalità dei casi gli incarichi professionali prevedono il pagamento di acconti del compenso nelle varie fasi del procedimento (al pari di «stati avanzamento lavori»): all'assunzione dell'incarico professionale, dopo il deposito del ricorso c.d. in bianco e ancora dopo l'ammissione ovvero l'approvazione del concordato.

A fronte di un (concreto) rischio di richiesta di restituzione degli stessi *ex post* da parte della curatela, a parere di chi scrive gli acconti possono essere pagati dalla società debitrice, in presenza di alcune condizioni, onde evitare *abusi hinc et inde* (a danno dei creditori ovvero del professionista):

(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 successiva procedura fallimentare) - che preveda le varie fasi di intervento professionale e le relative attività, così da individuare un compenso per l'attività svolta fino alla data di presentazione del ricorso c.d. "in bianco", 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 per ciascuna fase, certa, liquida ed esigibile;

(ii) per il pagamento degli acconti, vi devono essere risorse nell'*attivo* della società sufficienti per soddisfare i creditori in prededuzione [50] (si badi, per le fasi in relazioni alle quali il credito è già maturato e, quindi, divenuto esigibile); in mancanza il pagamento potrà (anzi, dovrà) essere differito sino al momento in cui queste risorse vengano acquisite (momento che non forzatamente dovrà coincidere con l'omologazione);

(iii) il *quantum* richiesto quale acconto deve essere *proporzionato* non solo all'attività svolta, ma anche all'attivo concretamente ritraibile dalla procedura - anche in un'ottica prospettica - ed al passivo concordatario (oltre che alla difficoltà della procedura e all'impegno profuso);

(iv) il pagamento deve rispondere ai canoni della *buona fede oggettiva* di cui agli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c., atteso che la violazione di tale principio 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; [51]

(v) ci deve essere *ab origine* una ragionevole *probabilità* che la domanda e il piano concordatario possano essere effettivamente depositati e l'impresa debitrice possa venire ammessa al beneficio del concordato. Pertanto ipotesi di ristrutturazione manifestamente non percorribili dovrebbero essere non coltivate sin dall'inizio dal professionista, che dovrà preliminarmente vagliare le probabilità di "successo" dello strumento concordatario; per tale prodromica analisi condizione necessaria (ma non sufficiente) è la circostanza che la contabilità della società in crisi sia (stata) tenuta correttamente. Di conseguenza è opportuno che *non* vengano richiesti acconti (oppure che vengano richiesti ma in misura assai contenuta) ove risulti chiaro sin dall'inizio che non sarà possibile presentare un ricorso prevedibilmente ammissibile (per esempio per mancata soddisfazione dei creditori chirografari nel limite di cui all'art. 160 ult. comma l.f. in caso di concordato liquidatorio).

Insomma, *est modus in rebus*. [52]

Questo per quanto riguarda i pagamenti ante procedura. *Dopo* il deposito del ricorso di cui all'art. 161 sesto comma l.f., invece, alla luce della sentenza in commento difficilmente potranno essere pagati acconti, [53] se non successivamente al decreto di apertura ex art. 163 l.f. (ma a quel punto per ragioni di opportunità probabilmente si attenderà l'omologazione) e previa autorizzazione del giudice delegato. [54]

8. Conclusione

Privilegiando il principio della *certezza* del diritto - vero e propria "mitologia giuridica" rincorsa dal legislatore da più di duecento anni [55] - la sentenza in commento rischia di creare situazioni di *ingiustizia*.

Condividendo il principio espresso dal CCII [56] e così collegando il riconoscimento della prededuzione ad un *dato oggettivo*, quale il raggiungimento di un determinato *obiettivo* (l'apertura della procedura, appunto), si limita *ex ante* la discrezionalità dei giudici delegati in sede di ammissione al passivo dei crediti dei professionisti che hanno assistito l'impresa nel concordato preventivo poi sfociato in fallimento. Ma a che prezzo?



Nella sua *semplicità* (porre un traguardo procedurale come condizione per la prededucibilità) la disposizione del Codice rischia di non tener conto della *complessità del reale*, tramutandosi in una soluzione semplicistica. Invero vi sono molteplici ragioni che possono portare al mancato risultato dell'ammissione e che spesso prescindono dal corretto e diligente lavoro del professionista (che quindi per il proprio lavoro meriterebbe di essere premiato e non "punito") e tanto meno sono ricollegabili ad atti di frode o abusi: anche nel caso di mancata ammissione del concordato l'opera del professionista potrebbe essere stata assai diligente e finanche molto utile per la massa, nonché per il curatore nel successivo fallimento.

La decisione della Corte si rivela particolarmente gravosa nei confronti dei professionisti, che dovranno sostanzialmente assumersi l'onere dell'insuccesso delle ristrutturazioni: lo spartiacque dell'ammissione è una linea di demarcazione asettica, che prescinde dall'operato del competente e onesto *advisor*, spesso limitato da circostanze specifiche ed oggettive che impediscono la buona riuscita del concordato (tempi limitati, situazioni di emergenza quali il Covid-19, le difficoltà di credito in capo a chi potrebbe avere interesse a rilevare l'azienda in crisi ecc.).

Il principio di diritto espresso dalla Corte potrebbe dare adito a comportamenti estremi da parte dei professionisti: per esempio farsi pagare la maggior parte del compenso prima dell'inizio dell'opera, salvo il concreto rischio di subire *ex post*, in caso di fallimento della società debitrice, l'azione revocatoria; la pronunzia riecheggia invero la volontà del legislatore di diminuire le prededuzioni nelle procedure di concordato, in un'ottica di economicità e contenimento dei costi a favore della massa dei creditori.

Sempre con maggiore attenzione l'accettazione degli incarichi da parte dei professionisti dovrà essere preceduta da un serio ed approfondito vaglio circa le probabilità di successo della procedura, altrimenti il rischio - a carico del professionista medesimo - sarà quello di lavorare *gratis et amore Dei* (ed anzi, rischiando la revoca degli anticipi percepiti e finanche un'azione di danni): Senza dimenticare che nell'impianto legislativo attuale è proprio nella fase di pre-concordato che propriamente avviene la verifica della possibilità di strutturare una proposta sostenibile, la doppia barriera per il pagamento dei compensi - mancata ammissione/inadempimento - potrebbe rivelarsi come un *boomerang* nel mercato delle crisi aziendali.

Per altro verso, subordinare la prededucibilità del compenso del professionista al raggiungimento di un traguardo procedurale rischia di trasformare l'obbligazione del

professionista in una obbligazione di risultato, incidendo su alcuni tradizionali principii civilistici di sedimentata “certezza”. La diligenza e la perizia del professionista è una condizione necessaria ma non più sufficiente, essendo oggetto di un ulteriore scrutinio (da parte del giudice delegato del successivo fallimento), in punto di corretto e completo adempimento della prestazione.

Va anche detto che nonostante il principio di certezza perseguito dalla Corte, resta un’ampia zona grigia tutta da chiarire: se è chiaro il caso della mancata ammissione, laddove non ricorrano i presupposti di cui agli articoli 160, co. 1 e 2, l.f. e 161 l.f. (art. 162, comma 2, l.f.), cosa succederà in caso di revoca del concordato ex art. 173 l.f. successiva all’ammissione, magari per circostanze che non dipendono dall’operato del professionista (per es. un pagamento di un credito anteriore effettuato dall’imprenditore *sua sponte* – e senza nulla dire al professionista – in un c.p. in continuità)? [57] E ancora, *quid iuris* in caso di mancata omologazione del concordato per opposizione di un creditore? [58]

Conclusivamente, si può dire che nella sentenza delle Sezioni Unite il formalismo ispirato alla “certezza” non viene mitigato dall’*aequitas*, che pare tuttavia necessaria in alcuni casi. [59]

Note:

- [1] Su tale annoso, tra gli altri si segnalano: S. LEUZZI, *Dalla crisi all'emergenza: la prededuzione al tempo del Covid-19*, in *www.ilcaso.it*, 22 marzo 2020; M. FABIANI, *Il delicato ruolo del professionista del debitore in crisi fra incerta prededuzione e rischio di inadempimento*, in *Giur. comm.*, 2017, 720 ss.; ID., *Concordato preventivo e divieto (non previsto nella legge) di pagamenti dei compensi professionali. Il pensiero unico recente dei giudici di merito*, in *Fall.*, 2017, pp. 583 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*, in *Dir. fall.*, 2016, I, pp. 431 ss.; G. VERNA, *Brevi note sulla prededucibilità dei crediti per compensi professionali sorti in funzione di una procedura concorsuale*, in *Dir. fall.*, 2016, I, pp. 1526 ss.; G. FERRI, *In tema di prededuzione prefallimentare*, in *Corr. giur.*, 2015, 453; G. BOZZA, *I criteri per la distribuzione delle prededuzioni tra il ricavato dei beni messi a disposizione dei*

creditori dal debitore concordatario, in *Fallimento*, 2015, 701; R. D'AMORA, *La prededuzione nell'anno di grazia 2013*, in *Osservatorio OCl*.

- [2] In pendenza dell'istanza ex art. 6 l.f. (o a seguito del ricorso per auto-fallimento di cui all'art. 14 l.f.) e per i motivi più vari: per la mancata ammissione al beneficio del concordato ai sensi dell'art. 162 l.f.; per la mancata omologazione della procedura (per mancato raggiungimento delle maggioranze previste dall'art. 177 l.f. o per aver il tribunale competente accolto un'opposizione all'omologa e così respinto il concordato ai sensi dell'art. 180 l.f.); per la revoca della procedura ai sensi dell'art. 173 l.f., per la mancata esecuzione del piano concordatario e la successiva risoluzione dello stesso.
- [3] Di seguito riportati: “i) se la disciplina della revocatoria dei pagamenti di crediti insorti a fronte della «prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali» condivide la medesima ratio che è posta a fondamento della prededuzione del credito dei professionisti che abbiano prestato la propria opera in vista dell'accesso alla procedura concordataria; ii) se debba essere ribadito che la prededuzione di detto credito non trova fondamento nel presupposto dell'occasionalità, ma in quelli della funzionalità e/o della espressa previsione legale; iii) se debba essere ribadito che il criterio della funzionalità va scrutinato ex ante, non considerando in alcuna misura l'utilità della prestazione del professionista; iv) se la previsione legale si riferisca al solo professionista attestatore o anche agli altri professionisti cui si è fatto cenno; v) se il preconcordato sia una fase di un'organica procedura o se la procedura di concordato preventivo, anche in caso di concordato in bianco, abbia inizio con il provvedimento di ammissione del tribunale; vi) se la prededuzione spetti anche in caso di procedura concordataria in bianco che non varca la soglia dell'ammissibilità ovvero in caso di revoca della proposta da parte del proponente; vii) se la prededuzione spetti al professionista che ha lavorato prima ancora del deposito della domanda di concordato; viii) se l'esigenza di contrastare il danno inferto ai creditori per effetto del depauperamento dell'attivo derivante da una gestione preconcordataria produttiva di debiti prededucibili possa essere soddisfatta attraverso la verifica dell'esatto adempimento, e del carattere non abusivo e/o fraudatorio, della prestazione richiesta al professionista in vista dell'accesso alla procedura concordataria.”

- [4] L'opponente aveva domandato in via principale l'ammissione al passivo in prededuzione del suo credito professionale e, in subordine, con il privilegio dell'art.2751-bis n.2 c.c. (salvo un minor importo in chirografo per IVA).
- [5] Ai sensi dell'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario italiano (R.D. 30 gennaio 1941 n. 12).
- [6] 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).
- [7] Cfr. Cass. 25 luglio 2007, n. 16426; Cass. 25 giugno 2002, n. 9262; Cass. 16 giugno 1994, n. 5821.
- [8] Cfr. Cass. 5 marzo 2014, n. 5098, che ha avvalorato la «continuità» delle 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 *Fall.*, 2008, p. 1211 ss.; S. LEUZZI, *Preconcordato abortito e prededuzione dei crediti*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2014).
- [9] Cfr. Cass. 8 aprile 2013, n. 8534.
- [10] 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. Terni, 13 giugno 2011, in *Dir. Fall.*, 2012, p. 49 ss.; Trib. Milano, 18 giugno 2009, in *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*, 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).

- [11] Con accezioni diverse, ma tutte incentrate sul fatto che il credito prededucibile rientrasse nell'interesse della massa e rispondesse agli scopi della procedura cfr. Cass. 24 gennaio 2014, n. 1513; Cass. 8 aprile 2013, n. 8534; Cass. 13 dicembre 2013, n. 27926; Cass. 5 marzo 2012, n. 3402; Cass. 7 marzo 2013, n. 5705; Cass. 10 maggio 2012, n. 7166.
- [12] Cfr. Cass. 5 marzo 2014, n. 5098; Cass. 10 settembre 2014, n. 19013.
- [13] 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.
- [14] Al riguardo cfr. Cass. 18 gennaio 2018, n. 1182; 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. 8 aprile 2013, n. 8533; Cass. 25 novembre 2013, n. 26336; Cass. 6 agosto 2010, n. 18437; Cass. 17 aprile 2013, n. 9316. Nel merito *cfr.* Trib. Milano, 20 agosto 2009, in *Fall.*, 2009, 12, pp. 1413 ss.; Trib. Treviso, 16 giugno 2008, in *Fall.*, 2008, pp. 1209 ss.; in dottrina (L. BOGGIO, *Crediti sorti "in funzione" del concordato preventivo: prededuzione...ma non troppo*, in *Fall.*, 2009, 12, pp. 1415 ss.; E. BRUSCHETTA, *Mutamenti legislativi ed adeguamenti giurisprudenziali in tema di prededuzione*, *cit.*, 1211).
- [15] Sul punto cfr. Cass. 5 marzo 2014, n. 5098; Cass. 14 marzo 2014, n. 6031; Cass. 9 maggio 2014, n. 10110.
- [16] Cfr. Cass. 21 aprile 2016, n. 8091.
- [17] Così Cass. 4 novembre 2015, n. 22450.
- [18] Così l'esistenza dello stesso credito del professionista è stata esclusa: (i) 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"): cfr. Trib. Milano, 25



febbraio 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Monza, 4 novembre 2014, in *Fall.*, 2015, 5, p. 615; Trib. Rimini, 10 dicembre 2014, in *www.ilcaso.it*; (ii) 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, 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 (Trib. Rimini, 10 agosto 2015, in *banca dati Pluris*).

[19] Cass. 15 gennaio 2021, n. 639, n. 640 e n. 641; Cass. 22 febbraio 2021, n. 4710; Cass. 18 giugno 2019, n. 16224; Cass., 6 marzo 2018, n. 5254; Cass. 4 novembre 2015, n. 22450.

[20] Cfr. Trib. Roma, 19 maggio 2017, in *banca dati Pluris*, per il quale la sussistenza del rapporto di adeguatezza funzionale tra la prestazione del professionista stesso e il risanamento dell'impresa non poteva essere presunta in considerazione della declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato (per numerosi vizi e alle gravi carenze delle relazioni ex artt. 160 e 161 l.f. predisposte dal professionista); dello stesso tenore v. anche Trib. Roma, 1 marzo 2017, in *banca dati Pluris*.

[21] Trib. Rovigo, 16 febbraio 2018, in *www.ilcaso.it*; App. Ancona, 15 aprile 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Rovigo, 12 dicembre 2013, in *banca dati Pluris*; Trib. Terni, 22 marzo 2012, in *Fall.*, 10, pp. 1250 ss.; Trib. Milano, 20 agosto 2009, in *Fall.*, 2009, 12, pp. 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. Udine, 15 ottobre 2008, in *www.ilcaso.it*; Trib. Terni, 13 giugno 2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Roma, 2 aprile 2013, in *Fall.*, 2014, 1, pp. 70 ss.). Va comunque registrato che all'interno di tale orientamento che collegava la prededuzione al risultato procedurale, v'erano alcune pronunzie di merito che, invece, ritenevano indispensabile anche l'esito positivo della stessa procedura tramite la sua omologazione, atteso che il cattivo risultato era considerato per sé stesso prova della inutilità della

prestazione cui il credito ineriva (Trib. Roma, 2 aprile 2013, *cit.*, pp. 70 ss.; Trib. Vicenza, 28 maggio 2010, in *www.ilcaso.it*).

- [22] Anche perchè, nota la Suprema Corte in un altro *obiter*, la valutazione ex post condurrebbe a negare sempre, con il fallimento, l'utilità in concreto (pag. 23).
- [23] Le Sezioni Unite si soffermano al riguardo sull'esame della "regola della consecutività, essenziale ai fini di verificare la persistenza prededuttiva di un credito oltre il contesto concorsuale in cui sia maturato" (pag. 21).
- [24] Solo con il decreto di apertura vi è per la Suprema Corte l' "indice di collegamento tra il fatto genetico sopravvissuto come titolo del credito alfine avanzato in prededuzione e la persistenza, riconoscibile anche nella nuova procedura, della adeguatezza della prestazione all'intera vicenda concorsuale, iniziata con un progetto e terminata con esito del tutto diverso da quello per il quale l'ingaggio delle prestazioni di terzi era avvenuto ad opera del debitore e così voluto da entrambe le parti" (pagg. 23-24).
- [25] Al riguardo le Sezioni Unite citano espressamente varie pronunzie di legittimità: Cass. 5098/2014, 6031/2014, 1217/2018, 27538/2019, 220/2020. Per la Corte risulta una mera petizione di principio sostenere che se i crediti sorti per ottenere servizi professionali strumentali all'accesso al concordato vanno esenti da revocatoria ai sensi dell'art.67 co.3 lett. g) l.f. vuol dire che quegli stessi crediti, ove impagati, diventano prededucibili nel successivo fallimento, a prescindere dall'apertura del concordato", considerato che "l'esenzione da revocatoria ha riguardo a debiti liquidi e già esigibili pagati alla scadenza, mentre l'ampia gamma delle prestazioni d'ausilio al concordato (e non solo) ben è compatibile con adempimenti parziali, anticipati, in acconto" (pag. 27).
- [26] Così già Cass. 25 settembre 2018, n. 22785.
- [27] Cass. 27.10.21, n. 30295.
- [28] Varie pronunzie di merito hanno escluso la sussistenza del credito del professionista 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”). 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, 5, p. 615 ss.

- [29] Per esempio: 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, non conoscenza di consolidati principi giurisprudenziali; piano finanziario e industriale totalmente privo dei cc.dd. *stress tests*; perizie incomplete e comunque sprovviste di adeguato sviluppo motivazionale; una relazione dell'esperto radicalmente difforme dai cc.dd. principi di attestazione emanati dal Consiglio nazionale dei commercialisti.
- [30] Inoltre l'eccezione per essere opposta deve poggiare sul requisito della necessaria omogeneità di credito e controcredito: di tale avviso anche S. AMBROSINI, *Appunti in tema di prededuzione del credito del professionista nel concordato preventivo e nell'eventuale successivo fallimento*, in *www.osservatorio-oci.org*, 2017, p. 13.
- [31] Nel CCII alle lettere b) e c) del comma 1 dell'art. 6 si prevede che per i crediti professionali sorti “*in funzione*” dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e del concordato preventivo, la prededuzione spetti solo *nei limiti del 75%* dell'ammontare del credito, a *condizione*, rispettivamente, che l'accordo sia omologato - con la sentenza di cui all'art. 48 del CCII (richiamato dall'art. 113) - o che la procedura di concordato sia *aperta*, con il decreto di ammissione di cui all'art. 47 del CCII.
- [32] Come d'altronde già statuito dalle Sezioni Unite nella sentenza 12476 del 2020.
- [33] L'art. 2, comma 1, lett. l), della legge delega n. 155/2017, prevedeva 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”. In particolare in tema di concordato, il legislatore delegato avrebbe dovuto (ai sensi dell'art. 6, lett. c) determinare *l'entità massima* dei compensi spettanti ai professionisti incaricati dal debitore, da commisurare

proporzionalmente all'attivo dell'impresa soggetta alla procedura, nonché condizionare la prededuzione dei crediti professionali sorti in funzione del deposito della domanda di concordato alla circostanza che la procedura fosse stata dichiarata aperta.

- [34] Invero, come specificato dalla Relazione illustrativa al CCII tale disposizione è diretta ad evitare che, “come spesso avviene, il pagamento dei crediti prededucibili assorba in misura rilevante l'attivo delle procedure, compromettendo gli stessi obiettivi di salvaguardia della continuità aziendale e il miglior soddisfacimento dei creditori”.
- [35] Invero, come specificato dalla Relazione illustrativa al CCII tale disposizione è diretta ad evitare che, “come spesso avviene, il pagamento dei crediti prededucibili assorba in misura rilevante l'attivo delle procedure, compromettendo gli stessi obiettivi di salvaguardia della continuità aziendale e il miglior soddisfacimento dei creditori”.
- [36] Ciò, secondo la Relazione illustrativa al CCII (sub. art. 6), anche considerando l'elevato grado di privilegio (art. 2751 *bis*, n. 2, c.c.) che assiste comunque i crediti dei professionisti.
- [37] La soluzione adottata dal CCII, peraltro, non è nuova. In una sorta di “eterno ritorno dell'eguale” il legislatore aveva già tentato di introdurla con il D.L. 31 maggio 2010, n. 78, che aveva innovato il quarto comma dell'art. 182-*quater* l.f., limitando 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. Ma la suddetta norma, assai criticata, è stata poi abrogata con la L. 7 agosto 2012, n. 134, di conversione del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, anche considerate le disparità - in contrasto con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. - tra il trattamento dei crediti dell'attestatore e quello degli altri professionisti che a vario titolo assistevano l'imprenditore (lasciato nel limbo dell'incertezza), che così spesso si vedevano pregiudicati i loro diritti. Successivamente il Legislatore ci ha riprovato, con il c.d. Decreto Destinazione Italia, che aveva ricollegato, con una norma definita di interpretazione autentica, la prededuzione del credito del professionista al decreto di

ammissione del debitore alla procedura.[1] Anche tale norma, tuttavia, ha avuto vita breve, essendo stata poi abrogata nel 2014 (c.d. «Decreto Competitività»).

- [38] Salvo in punto di quantum, omettendo di citare il limite del 75% dell'ammontare del compenso, come previsto nel CCII.
- [39] Al riguardo *ex pluribus* si veda: P. RESCIGNO, voce «*Obbligazioni (nozioni)*», in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 191 ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 227 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 58 ss.
- [40] Cfr. Cass., 5 agosto 2013, n. 18612; Cass., 18 aprile 2011, n. 8863; Cass., 11 gennaio 2010, n. 230.
- [41] Al riguardo si veda anche Cass., 14 Marzo 2014, n. 6031.
- [42] Così già Cass. 31 marzo 2021, n. 8996; diverso invece è il caso di apertura del concordato in cui si applica la norma di cui all'art. 168 comma 3 l.f. (Cass. 5 marzo 2019, n. 6381).
- [43] 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.
- [44] 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 *Bollettino Tributario*, 2017, p. 1572 ss.; M. GREGGIO., *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.fallimentiesocietà.it*, 2017.
- [45] D'altro canto, anche qualora il concordato venga ammesso ciò non significa che le prestazioni svolte dal professionista possano essere considerate - sempre e comunque - vantaggiose o funzionali per la massa.
- [46] Cass. SS.UU., 23 gennaio 2013, n. 1521.
- [47] 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*, in *Il Fallimento*, 2014, p. 543 ss.).

- [48] Cass., 9 maggio 2014, n. 10110; Cass., 14 marzo 2014, n. 6031; Cass., 5 marzo 2014, n. 5098. Si veda anche sul punto S. BONFATTI, *I concordati preventivi di risanamento*, in *Le procedure concorsuali*, Padova, 2011, p. 1375 ss.
- [49] G. VERNA, *Sulla prededuzione «in funzione» nel concordato preventivo*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2015, 1, p. 93 ss.
- [50] Con attenzione al criterio della graduazione fra prededuzioni privilegiate e prededuzioni 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, p. 1153 ss.).
- [51] Sulla buona fede oggettiva si veda il classico S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 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.
- [52] Orazio, *Satire I*, 1, vv. 106-107.
- [53] Pagamento che può essere ritenuto un atto di ordinaria amministrazione laddove non incida negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori, in quanto ne determina la riduzione ovvero lo gravano di vincoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti su questi (Cass., 21 ottobre 2011, n. 2194; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20291; nel merito cfr. Trib. Treviso, 28 giugno 2017; Trib. Padova, 21 febbraio 2014; Trib. Milano, 11 dicembre 2012; Trib. Prato, 14 giugno 2012, tutte in *www.ilcaso.it*).
- [54] Alcune pronunzie di merito hanno già qualificato 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 7, l.f.) e attribuendo il

rango di prededucibilità ai crediti del professionista soltanto a seguito dell'ammissione del concordato preventivo (e quindi negando il pagamento di acconti nella fase precedente): Trib. Rovigo, 16 febbraio 2018, in *www.ilcaso.it*; App. Ancona, 15 aprile 2015, n. 514 in banca dati *Pluris* (quest'ultima tuttavia cassata da Cass., 10 gennaio 2017, n. 280, la quale ha ritenuto che il pagamento di acconti non costituisce un atto di straordinaria amministrazione e non necessita di autorizzazione da parte del giudice).

- [55] Secondo il principio della certezza del diritto, il giurista necessita di modelli, di forme elaborate dalla scienza giuridica come il navigatore antico aveva bisogno della stella polare, per orientarsi nel mare, sterminato, della complessità sociale (sul concetto della certezza del diritto si veda P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, 1942, ora in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1985). In questa ottica, normativismo e formalismo, legalismo e concettualismo sono i dogmi seguiti dal legislatore e l'epifenomeno di tale concezione è l'idea del Codice in generale, inteso come fonte unitaria, completa ed esclusiva del diritto ridotto a legge, vero e proprio mito fondativo della cultura giuridica continentale da circa duecento anni (cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001). Il Codice è frutto dell'illuminismo, della rivoluzione e dell'ideologia imperiale napoleonica: a partire dal *Code civil* (o *Code Napoleon*) del 1804; con esso si ha - è stato scritto dallo storico del diritto - la mitizzazione del legislatore - "che ci appare quasi come uno Zeus fulminante dall'Olimpo, onnisciente e onnipotente" (P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano: un profilo storico*, Milano, 2002, p. 110). Per approfondimenti cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, Bologna 1976, pp. 28 e ss.; F. VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile*, ora in *Studi giuridici*, vol. III, tomo II, Milano, 1951.
- [56] D'altronde il CCII, come chiarisce la stessa Relazione illustrativa, è espressione dell'esigenza, oramai indifferibile, di operare in modo sistematico ed organico la riforma della materia dell'insolvenza e delle procedure concorsuali, riducendo le incertezze interpretative ed applicative e dando maggiore uniformità agli orientamenti giurisprudenziali: il suo "obiettivo principale è soddisfare imprescindibili esigenze di certezza del diritto, che postulano un sufficiente grado di prevedibilità della decisione del giudice, e il miglioramento

dell'efficienza del sistema economico in modo tale da renderlo più competitivo anche nel confronto internazionale. Il punto di partenza è quello di farsi carico anche delle disfunzioni e dei disvalori delle procedure concorsuali, quali essi sono e vengono percepiti all'esterno e questo per evitare che ci si trovi a dover constatare, a consuntivo, che una procedura è servita soltanto ad assorbire le residue risorse disponibili dell'impresa.”

- [57] Sui vari casi cfr. C. COZZOLINO, *Cause di arresto della procedura e le valutazioni del commissario giudiziale*, in *Il concordato con continuità aziendale*, Quaderno n. 75 ODCEC di Milano, a cura di G. ROCCA-G. ACCIARO, 2018, pp. 37 e ss.).
- [58] Successivamente all'ammissione, il tribunale potrebbe negare l'omologazione in esito al controllo di legittimità avente ad oggetto la regolarità della procedura e l'esito della votazione, anche nel caso in cui non siano state proposte opposizioni (art. 180, comma 3), e quindi in caso di mancata osservanza delle norme formali e sostanziali che regolano il procedimento, e la sussistenza dei presupposti richiamati dagli artt. 160 e 161 L. Fall. (cfr. Trib. Monza, 4 novembre 2014, in *www.ilcaso.it*).
- [59] Sulla necessaria contemperanza della forma con la sostanza nel diritto cfr. anche A. FALZEA, *Introduzione generale*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano 1982, p. 21-22; G. FERRI, *Revisione del codice civile e autonomia del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1945, p. 102.