

Prededuzione del credito del professionista nella procedura di concordato preventivo, presupposti e criteri di indagine in ordine all'adempimento della prestazione

Tribunale di Monza, 23 ottobre 2014. Presidente Paluchowski. Estensore Nardecchia.

Opposizione allo stato passivo - Onere dell'opponente di produrre la documentazione prodotta in sede di verifica del passivo - Preclusione dell'esame del merito - Consulenza tecnica su materiale non acquisito agli atti - Esclusione

In tema di opposizione allo stato passivo del fallimento, è fatto onere al creditore opponente, la cui domanda sia stata respinta dal giudice delegato, di produrre anche nel giudizio di opposizione avanti al tribunale la documentazione, già prodotta nel corso della verifica del passivo, a sostegno della propria domanda; in difetto, al tribunale, che non può prendere visione dei documenti non prodotti (come prescritto alla parte, ai sensi dell'art. 99, comma 4, l. fall., a pena di decadenza) è precluso l'esame nel merito dell'opposizione, non potendo nemmeno essere disposta una consulenza tecnica su un materiale documentario non agli atti.

Verifica del passivo - Prova dell'esistenza, dell'entità e del rango del credito - Deduzione - Eccezioni del curatore e degli altri creditori intervenienti - Termine ultimo - Deposito degli atti introduttivi del giudizio

Il deposito degli atti introduttivi del giudizio di opposizione allo stato passivo costituisce per il creditore il termine per l'fornire la prova dell'esistenza, entità e rango del credito insinuato e per il curatore e gli eventuali creditori intervenienti per proporre le potenziali eccezioni.

Prededuzione - Crediti sorti in funzione delle procedure concorsuali - Precetto di carattere generale - Ratio - Eccezione al principio della par condicio creditorum - Crediti sorti anteriormente all'inizio della procedura di concordato preventivo - Criterio della funzionalità o strumentalità

L'art. 111 l.fall., nell'indicare come prededucibili i crediti "così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge", detta un precetto di carattere generale che, per favorire il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi d'impresa, introduce un'eccezione al principio della par condicio

creditorum, estendendo in caso di fallimento la prededucibilità a tutti i crediti sorti in funzione di precedenti procedure concorsuali. Ne deriva che anche ai crediti sorti anteriormente all'inizio della procedura di concordato preventivo - quindi non occasionati dallo svolgimento della procedura stessa - può riconoscersi la prededucibilità ove sia applicabile il secondo criterio, quello cioè della funzionalità, o strumentalità, di tali crediti (cioè delle attività dalle quali essi originano) rispetto alla procedura concorsuale.

Prededuazione - Crediti sorti in funzione delle procedure concorsuali - Prestazioni riguardanti l'attività di assistenza in giudizi già pendenti

La prededuazione di cui all'articolo 111 l.fall. per i crediti sorti in funzione della procedura concorsuale può essere riconosciuta anche oltre l'ambito specifico dell'attività professionale prestata ai fini del compimento di tutti gli atti necessari ed essenziali per l'accesso alla procedura, potendo riguardare anche attività come quella di assistenza in giudizi già pendenti alla data di apertura della procedura a condizione che la stessa sia caratterizzata dalla adeguatezza funzionale agli interessi della massa.

Concordato preventivo - Redazione della domanda di ammissione alla procedura - Prestazioni professionali - Prededuazione - Esigenza di favorire il ricorso alle procedure concorsuali diverse dal fallimento - Strumento di informazione per i creditori - Soddisfacimento dei creditori - Accesso alla procedura di concordato preventivo quale vantaggio per i creditori - Effetti

Il credito derivante dall'attività svolta ai fini della redazione della domanda di ammissione al concordato preventivo ed alla relativa assistenza, rientra tra quelli da soddisfarsi in prededuazione ai sensi dell'art. 111, comma 2, l.fall. in quanto la prededucibilità di tali crediti risponde "all'esigenza di favorire il ricorso alle procedure concorsuali diverse dal fallimento... 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" (Cass. 16035/2014). L'attività del professionista risponde quindi allo scopo del concordato preventivo che è "non solo quello del recupero aziendale, ma anche quello di soddisfare, per quanto possibile, i creditori" (Cass. 10110/2014). Che l'accesso alla procedura di concordato preventivo costituisca di per sé un vantaggio per i creditori appare evidente dagli effetti della consecuzione delle

procedure, tra cui la cristallizzazione della massa (art. 55 l.fall.) e la retrodatazione del periodo sospetto ai fini dell'esperimento della revocatoria fallimentare, con le relative conseguenze in termini di vantaggi per la massa dell'emersione tempestiva dello stato di insolvenza, della cristallizzazione della massa passiva e della retrodatazione, oltre che della inefficacia ex lege delle garanzie previste per la prima volta dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 33, convertito in legge con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, che all'art. 168, l.fall. ha stabilito l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.

Concordato preventivo - Credito relativo alle prestazioni professionali per l'assistenza all'accesso alla procedura - Prededuzione - Verifica dei presupposti - Corretto adempimento della prestazione - Criteri

Ai fini del riconoscimento della prededuzione al credito del professionista che abbia assistito l'imprenditore nella procedura di concordato preventivo il primo profilo d'indagine da cui deve partire il giudice è quello della verifica del corretto adempimento della prestazione da parte del professionista, profilo che, ove scrutinato in termini negativi, incide non soltanto sul riconoscimento della prededuzione, ma anche sulla stessa ammissione del credito del professionista. L'adempimento dovrà essere valutato in relazione allo scopo cui tali prestazioni sono finalizzate, per cui l'ammissione potrà e dovrà essere negata ogni qual volta la prestazione non sia conforme al modello legale ed abbia conseguentemente determinato l'inammissibilità della domanda, la revoca dell'ammissione o il diniego di omologa.

Sempre con riferimento ai profili d'inadempimento, nelle ipotesi in cui non vi sia un'immediata e diretta correlazione tra inadeguatezza della singola prestazione professionale ed arresto della procedura, è necessario comunque vagliare l'oggetto del mandato conferito dal debitore. In molti casi, tali mandati, sia per quanto riguarda i profili più propriamente giuridici che per quelli economici ed aziendali, non sono conferiti e diretti esclusivamente al compimento di un singolo atto del procedimento (tranne, naturalmente, quelli per l'attestazione ex art. 161, comma 3, l.fall. o la relazione ex art. 160, comma 2, l.fall. che presuppongono l'indipendenza e la terzietà del professionista incaricato), ma formulati in modo assai generico, comprensivo di tutte le attività propedeutiche e ritenute necessarie per l'analisi ed il superamento della crisi attraverso il ricorso allo strumento del concordato preventivo. Nei casi in cui il professionista accetti di svolgere un'attività definita "attività di consulenza per il superamento della crisi attraverso lo strumento concordatario", la prestazione oggetto del contratto non costituisce un'obbligazione di mezzi,

bensì di risultato, in quanto egli si obbliga ad offrire tutti gli elementi di valutazione necessari ed i suggerimenti opportuni allo scopo di permettere al cliente di adottare una consapevole decisione, a seguito di un ponderato apprezzamento dei rischi che possono impedire la realizzabilità del risultato sperato (Cass., 23 maggio 2012, n. 8014; Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577; Cass., S.U., 28 luglio 2005, n. 15781 Cass., 14 novembre 2002, n. 16023, con riferimento all'avvocato che accetti di svolgere attività di consulenza, la quale ha affermato espressamente che "nel caso in cui il professionista riceva ed accetti l'incarico di svolgere un'attività di consulenza non si impegna ad eseguire una obbligazione di mezzi, ma a realizzare un << opus >> che soddisfi l'interesse perseguito dal cliente, rivolgendosi al professionista")

Ma anche volendo considerare le obbligazioni assunte dal professionista, aventi ad oggetto l'assistenza (legale o economico aziendale) propedeutica alla presentazione di una domanda di concordato, pur sempre come obbligazioni di mezzi, bisogna considerare che esse comportano, comunque, alcuni obblighi, come il dovere di informazione, di avviso o di protezione del cliente, definiti accessori ma integrativi dell'obbligo primario della prestazione, ed ancorati a principi di buona fede. (Cass., S.U., 28 luglio 2005, n. 15781).

Il suddetto parametro di diligenza determina la responsabilità del professionista e quindi il diniego dell'ammissione del suo credito al passivo, qualora egli non dimostri di aver prospettato al cliente tutte le problematiche economiche, finanziarie, di diritto e di fatto inerenti quei profili che abbiano poi, in concreto, impedito l'utile esperimento della domanda, del piano o della proposta di concordato.

Appare, quindi, evidente come la responsabilità del professionista sia ben difficilmente ipotizzabile a posteriori ove, a priori, vi sia stato un positivo vaglio giudiziale del concordato. Il corretto adempimento della prestazione deve quindi ritenersi presunto in caso di ammissione del debitore alla procedura con l'emissione del decreto ex art. 163 l.fall e di positivo riscontro della sussistenza dei presupposti di legittimità nel corso della procedura ed in sede di omologa. Il giudizio positivo sulla congruità delle prestazioni dei professionisti "essenziali" è infatti difficilmente scindibile da quello sull'ammissione della domanda, ammissione della domanda che è subordinata, tra l'altro, proprio alla positiva valutazione della legittimità del piano e della proposta, della completezza e razionalità argomentativa della relazione ex art. 161 comma 3 l.fall... etc. Una volta che il tribunale in tutte le fasi del procedimento abbia ritenuto sussistenti tali presupposti, pare ben difficile effettuare una nuova e diversa valutazione, se non per fatti sopravvenuti o non conosciuti e quindi non vagliati dal tribunale. Diversa valutazione che potrà quindi essere operata soltanto qualora, ad esempio, l'ammissione venga revocata ex art. 173 l.fall. o il concordato non omologato per la scoperta di atti di

frode che il curatore dimostri essere conosciuti (o conoscibili con l'ordinaria diligenza) dal professionista.

La questione del riconoscimento della prededuzione si pone in termini ancor più delicati e complessi nel caso in cui, pur non essendo in discussione l'esistenza del credito, dopo il fallimento sia riscontrata la manifesta inutilità ed anzi dannosità del concordato per i creditori. La prededuzione potrà, pertanto, essere negata ove la curatela dimostri che il ricorso alla procedura, astrattamente funzionale all'interesse dei creditori concorrenti, si è rivelato, in concreto, dannoso in quanto ha determinato un'erosione del patrimonio a disposizione della massa, causata, ad esempio, dalla rovinosa continuazione dell'attività d'impresa non bilanciata da un'adeguata conservazione dei valori aziendali, oltre che dal peso delle obbligazioni contratte dopo il deposito della domanda, senza che vi sia stato alcun vantaggio concreto dalla retrodatazione del periodo sospetto ai fini dell'esperimento della revocatoria fallimentare.

Interpretazione fondata sul presupposto che, in mancanza di specifiche disposizioni di legge, per principio generale (ricavabile dal combinato disposto degli artt. 3 e 24 della Costituzione), le presunzioni si devono sempre considerare come relative (cfr. ex multis Cass. 6547/2013), e che quindi sia sempre vincibile da prova contraria quella che desume essere sempre e comunque vantaggiosa per i creditori la scelta concordataria.

Fatto impeditivo del fondamento della presunzione che non potrà che essere incentrato sullo stesso elemento posto a fondamento della presunzione medesima: l'utilità della procedura di concordato preventivo per i creditori concorrenti del fallimento.

La prova della concreta dannosità interrompe il nesso funzionale tra prestazione professionale e procedura, vince la presunzione che l'accesso al concordato preventivo costituisca di per sé un vantaggio per i creditori del fallimento.

Fatto salvo naturalmente il diritto del professionista di provare, a sua volta, che la dannosità concreta del concordato non è stata determinata dalla naturale evoluzione della procedura, ma da fattori esterni imprevedibili ed imprevedibili intervenuti nel corso della stessa, ovvero nel lasso di tempo intercorso tra la cessazione della procedura e la dichiarazione di fallimento

In definitiva, non può essere riconosciuta la prededuzione ad un credito originato da una prestazione professionale finalizzata all'accesso ad una procedura di concordato preventivo che anziché consentire, abbia impedito una sia pur contenuta realizzazione dei crediti concordatari. Fermo restando, naturalmente, in questo caso il diritto del professionista, all'ammissione in via privilegiata ex art. 2751 bis n. 2 c.c.

Con riferimento ai crediti derivanti dallo svolgimento di tutte le altre prestazioni professionali rese in favore del debitore poi fallito, in assenza quindi di presunzioni di sorta, la prededuzione

potrà essere negata ogni qual volta il professionista non dimostri che tali attività ove correttamente eseguite si siano rivelate utili per la tutela dell'interesse dei creditori della società fallita. Quanto ai profili processuali, pare evidente che il riconoscimento della prededuzione, attiene alla qualificazione giuridica (processuale) del credito ed è quindi rilevabile d'ufficio dal giudice delegato (o dal collegio in sede di opposizione allo stato passivo), purché il fatto sia stato allegato dal curatore o dai creditori.

(Massime a cura di Franco Benassi - Riproduzione riservata)

omissis

DECRETO

Vista l'opposizione allo stato passivo depositata dall'avv. V. Bo. in proprio avverso il rigetto della domanda di ammissione al passivo del fallimento della società Lombarda Scavi srl (RG 243/13) di un credito in prededuzione di € 28.798,32 per sorte capitale oltre interessi ed oneri di legge, credito relativo all'attività professionale svolta in favore della società in forza di incarico conferito in data 27/2/2013, società che in data 7/5/2013 depositava domanda di concordato con riserva ex art. 161 comma 6 l.falle poi, constatata l'insussistenza dei presupposti per il deposito di una domanda completa, presentava istanza di fallimento in proprio in data 28/8/2013 e veniva dichiarata fallita il successivo 29/8/2013;

letta la comparsa di costituzione della curatela del fallimento sentito il giudice relatore; premesso che:

- In tema di opposizione allo stato passivo del fallimento, è fatto onere al creditore opponente, la cui domanda sia stata respinta dal giudice delegato, di produrre anche nel giudizio di opposizione avanti al tribunale la documentazione, già prodotta nel corso della verifica del passivo, a sostegno della propria domanda; ne consegue che, in difetto, al tribunale è precluso l'esame nel merito dell'opposizione, senza poter prendere visione dei documenti non prodotti (come prescritto alla parte, ai sensi dell'art. 99, comma 4, l. fall., a pena di decadenza), né può essere disposta una consulenza tecnica su un materiale documentario non agli atti (C 16.1.2012, n. 493);

- il deposito degli atti introduttivi del giudizio di opposizione allo stato passivo costituisce il termine ultimo per il creditore di fornire la prova dell'esistenza, entità e rango del credito insinuato e per il curatore e gli eventuali creditori intervenienti per proporre le potenziali eccezioni

-è onere dell'opponente depositare in sede di opposizione tutta la documentazione già prodotta in sede di ammissione e quella ulteriore che si ritiene pertinente a fornire la prova del credito;

rilevato che:

-in sede di opposizione l'avv. Bo. ha depositato documentazione attestante lo svolgimento dell'attività stragiudiziale (cfr.doc. 8 verbale incontro con organizzazioni sindacali; doc. 11 circolare informativa per i creditori), ad integrazione di quella già depositata a corredo della domanda di ammissione (assistenza legale al deposito della domanda di concordato con riserva ed alle relative note informative ed all'istanza di fallimento in proprio);

-ne deriva che può dirsi raggiunta la prova del compimento dell'attività oggetto del conferimento d'incarico professionale stipulato in data

27/2/2013, mentre non è mai stata in discussione la congruità del quantum richiesto in base a quanto pattuito nella scrittura privata di conferimento d'incarico professionale in atti.

Con riferimento alla richiesta di riconoscimento della prededuzione occorre innanzitutto sottolineare che il professionista ha correttamente inquadrato la domanda facendo riferimento all'art. 111 l.fall. , in quanto il suo credito è anteriore al deposito della domanda di concordato con riserva di cui all'art. 161, comma 6, l. fall.

L'anteriorità del credito va infatti riferita al fatto costitutivo del credito medesimo, che deve essere anteriore alla pubblicazione del ricorso ex art. 161 l. fall., a nulla rilevando l'eventuale inadempimento, il prodursi del danno, patrimoniale o no, l'accertamento giurisdizionale o la condanna del debitore.

L'anteriorità del credito postula che la relativa fonte genetica - l'operazione contrattuale - sia giunta a perfezione precedentemente al di del deposito della domanda di concordato con continuità

Operazione contrattuale che nel caso di specie si è perfezionata prima del deposito della domanda di concordato con riserva, con la conseguenza che il riconoscimento della prededuzione deve essere valutato esclusivamente alla luce della norma di cui all'art. 111 l.fall.

Tale disposizione, nell'indicare come prededucibili i crediti "così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge", detta un precetto di carattere generale che, per favorire il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi d'impresa, introduce un'eccezione al principio della par condicio creditorum, estendendo, in caso di fallimento la prededucibilità a tutti i crediti sorti in funzione di precedenti procedure concorsuali (cfr Cass. 8958/2014; Cass. 9489/2013; Cass. 8533/2013).

Ne deriva che anche ai crediti sorti anteriormente all'inizio della procedura di concordato preventivo - quindi non occasionati dallo svolgimento della procedura stessa - può riconoscersi la prededucibilità ove sia applicabile il secondo criterio, quello cioè della funzionalità, o strumentalità, di tali crediti (cioè delle attività dalle quali essi originano) rispetto alla procedura concorsuale.

In tale interpretazione - già di per sè inequivoca - del testo normativo converge del resto la ricerca della sua ratio, all'evidenza individuabile nel favorire il ricorso alla procedura di concordato preventivo, nel quadro della riforma, iniziata nel 2005, di tale procedura, diretta a predisporre un possibile strumento di composizione della crisi idonea a favorire la conservazione dei valori aziendali (cfr. S.U. n. 1521/13).

Ratio che peraltro la norma in esame condivide anche con altre norme introdotte con la medesima riforma del 2005 (oltre che con norme successive, come l'art. 161 comma 7 l.fall., introdotto con il D.L. n. 83 del 1912, conv. in L. n. 134 del 1912), tra le quali viene in evidenza, con riferimento al tema specifico in esame, l'art. 67 comma 3, lett. g), 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.

Secondo i giudici di legittimità "nella statuita non revocabilità, in astratto, di ogni atto di pagamento di tali crediti è invero agevole ravvisare l'intenzione del legislatore di perseguire il già evidenziato

obiettivo di incentivare l'accesso dell'imprenditore in crisi al concordato preventivo - accesso che può richiedere la disponibilità di un ausilio tecnico e/o giuridico - rimuovendo anche l'incertezza che deriverebbe dalla soggezione al rischio della revocatoria del pagamento dei relativi corrispettivi.

La comunanza di ratio tra tale norma e quella dell'art. 111, comma 2, induce dunque a ritenere che nella strumentalità di tali prestazioni rispetto all'accesso alla procedura il legislatore ravvisa quel nesso funzionale che, in caso di mancato pagamento, giustifica la prededucibilità dei crediti derivanti dalle prestazioni stesse, pur se sorti prima dell'inizio della procedura" (in questi termini Cass. 5098/2014).

Prededucibilità dei crediti "in funzione" che, secondo la suprema corte prescinde dalla necessaria esistenza di una procedura aperta con il decreto di ammissione (cfr. Cass. 6031/2014).

Giova infatti ricordare che, anche dopo l'introduzione della figura del cd concordato con riserva, per espressa menzione normativa, la procedura di concordato preventivo si apre con il decreto di ammissione di cui all'art. 163 l.fall. e si chiude, ai sensi dell'art. 181 l.fall., con quello di omologa.

Una volta valutata positivamente la funzionalità della prestazione professionale al deposito della domanda e la congruità dell'importo richiesto, la prededuzione potrà quindi essere riconosciuta anche qualora la proposta di concordato venga dichiarata inammissibile ai sensi dell'art. 162 l.fall.

La suprema corte trae tale convincimento dall'art. 182 quater l.fall. norma da cui "si trae conferma di ciò, che crediti prededucibili possono essere anche i crediti sorti prima dell'apertura della procedura e, tra essi, i crediti sorti "in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo". Ciò che costituisce ulteriore conferma del significato (accolto dalla giurisprudenza di questa Corte) dell'enunciato "in funzione", che richiama il concetto di "servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali" (art. 67 comma 3, lett. g) l.fall.), dovendosi, quindi, intendere l'enunciato "strumentale a" come sinonimo di "funzionale" (in questi termini Cass. 6031/2014)

A prescindere dalla dubbia correttezza del riferimento all'art. 182 quater l.fall. (in quanto la norma, nel caso di specie, come si evince dalla rubrica, tratta della prededuzione nel concordato preventivo e non nel fallimento) pare evidente che la cassazione sembra abbracciare un'interpretazione sostanziale dell'istituto fondata su un accertamento sostanziale del nesso funzionale dettato dall'art. 111 comma 2 l.fall. e sganciata sia dall'esistenza di un necessario collegamento tra il credito ed il compimento atti tipici del procedimento concorsuale, sia dalla collocazione temporale dell'insorgenza di tale credito.

Il beneficio della prededuzione funzionale può essere quindi riconosciuto o negato indipendentemente dal fatto che il credito sia sorto prima o dopo il decreto di ammissione ex art. 163 l.fall. (così come la prededuzione "in occasione" può essere concessa anche per crediti sorti nella fase di esecuzione del concordato successiva all'omologa, così come deciso da Cass. 1513/2014).

Fermo restando che, dopo la riforma del 2012, la prededuzione funzionale dovrebbe essere limitata ai crediti (come quelli in esame) anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di

concordato anche di quella con riserva ai sensi dell'art. 161 comma 6 l.fall.

Predeuzione che, secondo l'interpretazione della suprema corte, può essere riconosciuta anche oltre l'ambito specifico dell'attività professionale prestata ai fini del compimento di tutti gli atti necessari ed essenziali per l'accesso alla procedura (redazione della domanda di concordato e della correlata assistenza in giudizio o della redazione delle attestazioni previste dagli artt. 160 e 161 l.fall.....etc).

La più compiuta formulazione di tale principio si rinviene in Cass. 8958/2014 secondo cui "il rilievo conferito al rapporto di strumentalità tra l'attività da cui sorge l'obbligazione e la realizzazione delle finalità proprie della procedura concorsuale, svincolando la prededucibilità dal mero dato cronologico della contestualità tra la prestazione da cui trae origine il credito e la pendenza della procedura concorsuale, consente infatti di estenderne il riconoscimento oltre l'ambito specifico dell'attività professionale prestata ai fini della redazione della domanda di concordato e della correlata assistenza in giudizio; non può quindi escludersi l'ammissione al beneficio dei crediti derivanti da attività svolte in giudizi già pendenti alla data apertura della procedura, in virtù d'incarichi precedentemente conferiti dall'imprenditore, a condizione ovviamente che dalla relativa verifica ne emerga l'adeguatezza funzionale agli interessi della massa. Non può d'altronde contestarsi, in linea di principio, il beneficio che quest'ultima può trarre da azioni giudiziarie eventualmente intraprese per il recupero di beni o di crediti dell'imprenditore o dalla difesa in giudizio nei confronti di azioni intentate da terzi, i cui vantaggi, in termini di accrescimento dell'attivo o di salvaguardia della sua integrità, possono ben costituire oggetto di valutazione, nell'ambito dell'accertamento previsto dalla l.fall. art. 111, indipendentemente dalla mancanza di una preventiva autorizzazione degli organi della procedura. Tale conclusione trova indirettamente conferma nella l.fall. 161 comma 7, (introdotto dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 33, comma 1, lett. b), n. 4, e non riferibile alla fattispecie in esame, in quanto applicabile ai soli procedimenti di concordato preventivo e per l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti introdotti dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della Legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134), il quale, nel consentire al debitore il compimento di atti di amministrazione del proprio patrimonio a decorrere dalla proposizione della domanda di concordato e fino all'emissione del decreto di ammissione alla procedura, subordina all'autorizzazione del tribunale soltanto quelli di straordinaria amministrazione, riconoscendo in ogni caso la prededucibilità dei crediti sorti in favore di terzi per effetto degli atti legalmente compiuti".

Nel sistema normativo vigente non occorre quindi la previa autorizzazione del giudice delegato del tribunale - ciò che limiterebbe la predeuzione ai soli crediti sorti dopo l'ammissione al concordato preventivo - purché sussista un rapporto di strumentalità dell'attività professionale svolta rispetto alla procedura, utile al ceto creditorio, secondo la valutazione ex post del giudice delegato, in considerazione dei vantaggi arrecati in termini di accrescimento dell'attivo o di salvaguardia dell'integrità del patrimonio, (Cass. 19013/2014; Cass. 17 aprile 2014, n. 8958).

L'unica condizione perché il credito conseguente all'attività svolta da un professionista per conto dell'impresa poi fallita possa essere riconosciuto

in prededuzione è che la menzionata attività sia stata funzionale alla finalità della procedura.

Criterio legale della funzionalità che, secondo la suprema corte, include, de plano, l'attività professionale svolta per assistenza, consulenza ed eventualmente redazione della domanda di concordato preventivo (Cass. 19013/2014; Cass. 5 marzo 2014 n. 5098).

Costituisce infatti oramai *ius receptum* il principio secondo cui il credito derivante dall'attività svolta ai fini della redazione della domanda di ammissione al concordato preventivo ed alla relativa assistenza, rientra tra quelli da soddisfarsi in prededuzione ai sensi dell'art. 111 comma 2 l.fall. (cfr. da ultimo Cass. 19013/2014; Cass. 10110/2014).

E ciò in quanto la prededucibilità di tali crediti risponde "all'esigenza di favorire il ricorso alle procedure concorsuali diverse dal fallimento.... 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" (in questi termini Cass. 16035/2014 con specifico riferimento alla relazione ex art. 161 l.fall.).

L'attività del professionista risponderebbe quindi allo scopo del concordato preventivo che è "non solo quello del recupero aziendale, ma anche quello di soddisfare, per quanto possibile, i creditori" (Cass. 10110/2014).

Secondo la suprema corte "che l'accesso alla procedura di concordato preventivo costituisca di per sé un vantaggio per i creditori appare evidente dagli effetti della consecuzione delle procedure, tra cui la cristallizzazione della massa (art. 55 l.fall.) e la retrodatazione del periodo sospetto ai fini dell'esperimento della revocatoria fallimentare..... nella l.fall. art. 69 bis con le relative conseguenze in termini di vantaggi per la massa dall'emersione tempestiva dello stato di insolvenza, della cristallizzazione della massa passiva e della retrodatazione, oltre che della inefficacia ex lege delle garanzie previste per la prima volta dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 33, convertito in legge con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, che ha aggiunto alla fine della L. Fall., art. 168, u.c., le parole "Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato".

Con la conseguenza (peraltro desumibile anche dalla l.fall. art. 182 quater) che la funzionalità, nel caso in esame, è presunta nell'ammissione alla procedura di concordato mentre restano irrilevanti le vicende successive della procedura medesima, una volta aperta" (in questi termini Cass.6031/2014).

Ricostruita in questi termini la vicenda interpretativa dell'art. 111 comma 2 l.fall., è necessario interrogarsi su quale sia il sindacato del giudice, in sede di formazione dello stato passivo del fallimento conseguente al concordato preventivo, con specifico riferimento al riconoscimento della prededucibilità, dei crediti dei professionisti sorti prima dell'inizio della procedura stessa e correlati al compimento di atti essenziali e necessari per l'accesso alla procedura medesima.

Il primo profilo d'indagine da cui partire è, naturalmente, quello della verifica del corretto adempimento della prestazione da parte del professionista.

Profilo che, ove scrutinato in termini negativi, incide non soltanto sul riconoscimento della prededuzione, ma anche sulla stessa ammissione del credito del professionista.

Inadempimento che dovrà essere valutato in relazione allo scopo cui tali prestazioni sono finalizzate: l'ammissione potrà e dovrà essere negata ogni qual volta la prestazione non sia conforme al modello legale ed abbia conseguentemente determinato l'inammissibilità della domanda, la revoca dell'ammissione o il diniego di omologa.

Sempre con riferimento ai profili d'inadempimento, nelle ipotesi in cui non vi sia un'immediata e diretta correlazione tra inadeguatezza della singola prestazione professionale ed arresto della procedura, è necessario comunque vagliare l'oggetto del mandato conferito dal debitore.

In molti casi, tali mandati, sia per quanto riguarda i profili più propriamente giuridici che per quelli economici ed aziendali, non sono conferiti e diretti esclusivamente al compimento di un singolo atto del procedimento (tranne, naturalmente, quelli per l'attestazione ex art. 161 comma 3 l.fall. o la relazione ex art. 160 comma 2 l.fall. che presuppongono l'indipendenza e la terzietà del professionista incaricato), ma formulati in modo assai generico, comprensivo di tutte le attività propedeutiche e ritenute necessarie per l'analisi ed il superamento della crisi attraverso il ricorso allo strumento del concordato preventivo.

Nei casi in cui il professionista accetti di svolgere un'attività del genere "attività di consulenza per il superamento della crisi attraverso lo strumento concordatario", la prestazione oggetto del contratto non costituisce un'obbligazione di mezzi, bensì di risultato, in quanto egli si obbliga ad offrire tutti gli elementi di valutazione necessari ed i suggerimenti opportuni allo scopo di permettere al cliente di adottare una consapevole decisione, a seguito di un ponderato apprezzamento dei rischi che possono impedire la realizzabilità del risultato sperato (Cass., 23 maggio 2012, n. 8014; Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577; Cass., S.U., 28 luglio 2005, n. 15781 Cass., 14 novembre 2002, n. 16023, con riferimento all'avvocato che accetti di svolgere attività di consulenza, la quale ha affermato espressamente che "nel caso in cui il professionista riceva ed accetti l'incarico di svolgere un'attività di consulenza non si impegna ad eseguire una obbligazione di mezzi, ma a realizzare un << opus >> che soddisfi l'interesse perseguito dal cliente, rivolgendosi al professionista")

Ma anche volendo considerare le obbligazioni assunte dal professionista, aventi ad oggetto l'assistenza (legale o economico aziendale) propedeutica alla presentazione di una domanda di concordato, pur sempre come obbligazioni di mezzi, bisogna considerare che esse comportano, comunque, alcuni obblighi, come il dovere di informazione, di avviso o di protezione del cliente, definiti accessori ma integrativi dell'obbligo primario della prestazione, ed ancorati a principi di buona fede. (Cass., S.U., 28 luglio 2005, n. 15781).

Il suddetto parametro di diligenza determina la responsabilità del professionista e quindi il diniego dell'ammissione del suo credito al passivo, qualora egli non dimostri di aver prospettato al cliente tutte le problematiche economiche, finanziarie, di diritto e di fatto inerenti quei profili che abbiano poi, in concreto, impedito l'utile esperimento della domanda, del piano o della proposta di concordato.

Il che rende evidente come la responsabilità del professionista sia ben difficilmente ipotizzabile a posteriori ove, a priori, vi sia stato un positivo vaglio giudiziale del concordato.

Il corretto adempimento della prestazione deve quindi ritenersi presunto in caso di ammissione del debitore alla procedura con l'emissione del decreto ex art. 163 l.fall e di positivo riscontro della sussistenza dei presupposti di legittimità nel corso della procedura ed in sede di omologa..

Il giudizio positivo sulla congruità delle prestazioni dei professionisti "essenziali" è infatti difficilmente scindibile da quello sull'ammissione della domanda, ammissione della domanda che è subordinata, tra l'altro, proprio alla positiva valutazione della legittimità del piano e della proposta, della completezza e razionalità argomentativa della relazione ex art. 161 comma 3 l.fall.... etc.

Una volta che il tribunale in tutte le fasi del procedimento abbia ritenuto sussistenti tali presupposti, pare ben difficile effettuare una nuova e diversa valutazione, se non per fatti sopravvenuti o non conosciuti e quindi non vagliati dal tribunale.

Diversa valutazione che potrà quindi essere operata soltanto qualora, ad esempio, l'ammissione venga revocata ex art. 173 l.fall. o il concordato non omologato per la scoperta di atti di frode che il curatore dimostri essere conosciuti (o conoscibili con l'ordinaria diligenza) dal professionista.

La questione del riconoscimento della prededuzione si pone in termini ancor più delicati e complessi nel caso in cui, pur non essendo in discussione l'esistenza del credito, dopo il fallimento sia riscontrata la manifesta inutilità ed anzi a dannosità del concordato per i creditori.

La prededuzione potrà essere negata ove la curatela dimostri che il ricorso alla procedura, astrattamente funzionale all'interesse dei creditori concorrenti, si è rivelato, in concreto, dannoso, giacché, ha determinato un'erosione del patrimonio a disposizione della massa, causata, ad esempio, dalla rovinosa continuazione dell'attività d'impresa non bilanciata da un'adeguata conservazione dei valori aziendali, oltre che dal peso delle obbligazioni contratte dopo il deposito della domanda, senza che vi sia stato alcun vantaggio concreto dalla retrodatazione del periodo sospetto ai fini dell'esperimento della revocatoria fallimentare.

Interpretazione fondata sul presupposto che, in mancanza di specifiche disposizioni di legge, per principio generale (ricavabile dal combinato disposto degli artt. 3 e 24 della Costituzione), le presunzioni si devono sempre considerare come relative (cfr. ex multis Cass. 6547/2013), e che quindi sia sempre vincibile da prova contraria quella che desume essere sempre e comunque vantaggiosa per i creditori la scelta concordataria.

Fatto impeditivo del fondamento della presunzione che non potrà che essere incentrato sullo stesso elemento posto a fondamento della presunzione medesima: l'utilità della procedura di concordato preventivo per i creditori concorrenti del fallimento.

La prova della concreta dannosità interrompe il nesso funzionale tra prestazione professionale e procedura, vince la presunzione che l'accesso al concordato preventivo costituisca di per sè un vantaggio per i creditori del fallimento.

Fatto salvo naturalmente il diritto del professionista di provare, a sua volta, che la dannosità concreta del concordato non è stata determinata dalla naturale evoluzione della procedura, ma da fattori esterni imprevisi

ed imprevedibili intervenuti nel corso della stessa, ovvero nel lasso di tempo intercorso tra la cessazione della procedura e la dichiarazione di fallimento

In definitiva non può essere riconosciuta la prededuzione ad un credito originato da una prestazione professionale finalizzata all'accesso ad una procedura di concordato preventivo che anziché consentire, abbia impedito una sia pur contenuta realizzazione dei crediti concordatari.

Fermo restando, naturalmente, in questo caso il diritto del professionista, all'ammissione in via privilegiata ex art. 2751 bis n. 2 c.c.

Con riferimento ai crediti derivanti dallo svolgimento di tutte le altre prestazioni professionali rese in favore del debitore poi fallito, in assenza quindi di presunzioni di sorta, la prededuzione potrà essere negata ogni qual volta il professionista non dimostri che tali attività ove correttamente eseguite si siano rivelate utili per la tutela dell'interesse dei creditori della società fallita.

Quanto ai profili processuali, pare evidente che il riconoscimento della prededuzione, attiene alla qualificazione giuridica (processuale) del credito ed è quindi rilevabile d'ufficio dal giudice delegato (o dal collegio in sede di opposizione allo stato passivo), purché il fatto sia stato allegato dal curatore o dai creditori.

Applicati tali principi al caso di specie, ne deriva l'accoglimento dell'opposizione dato che risulta provata, come detto, l'attività professionale di assistenza legale giudiziale e stragiudiziale propedeutica al deposito della domanda di concordato con riserva, oltre che quella relativa al deposito dell'istanza di fallimento in proprio, la curatela non ha provato, né si è offerta di provare che il professionista sia stato in qualche modo inadempiente (essendosi limitata ad eccepire il mancato compimento delle attività indicate nel mandato professionale), o che il ricorso alla procedura di concordato preventivo si sia rivelato dannoso per i creditori.

Con riferimento all'attività professionale spiegata per il deposito dell'istanza di fallimento in proprio va poi sottolineato che "non si vede motivo di diversificare il trattamento del professionista che sia stato d'ausilio all'imprenditore nelle attività prodromiche e necessarie all'ammissione al concordato preventivo, rispetto al professionista che abbia assistito il debitore nella preparazione della documentazione per l'istanza di fallimento, sebbene sia attività che possa essere svolta in proprio da quest'ultimo, ma che questo abbia scelto, per ragioni di opportunità o di convenienza, di affidare a un esperto di settore. L'art. 111 l.fall., si configura quale norma generale, applicabile alla pluralità delle procedure concorsuali (in questi termini Cass. 18922/2014).

La particolare complessità e novità delle questioni trattate ed il tardivo deposito della documentazione comprovante il credito, fanno ritenere opportuno disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Ammette il credito dell'avv. V. Bo. nello stato passivo del fallimento della società Lombarda Scavi srl (RG 243/13) in prededuzione per € 28.798,32 per sorte capitale oltre interessi ed oneri di legge, mandando al curatore per la modifica dello stato passivo;

dichiara integralmente compensate tra le parti le spese del giudizio.

Monza 23 ottobre 2014