

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

La prededuzione del credito del professionista che assiste il debitore concordatario

di **Federica Pasquariello**, Ordinario di Diritto commerciale, Università degli Studi di Verona



[Cass., Sez. Un., 31 dicembre 2021, n. 42093, Pres. Amendola- Est. Ferro](#)

Parole chiave: Procedure concorsuali- Concordato preventivo- Fallimento consecutivo - Prededuzione- Credito del professionista.

Massima: *"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. fall., sia stata funzionale, ai sensi dell'art. 111, comma 2, L. fall., 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. fall., 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".*

Riferimenti normativi: art. 111 l. fall.; art.161 l. fall.; artt. 6; 221-222 CCI.

CASO

Vengono rimessi alle Sezioni Unite della Cassazione questi quesiti: i) se la prededuzione dei crediti del professionista che ha lavorato in vista dell'accesso a procedura è sovrapponibile con art. 67, co 3, lett. g), l. fall., in punto di esenzione da revocatoria per "prestazione di servizi strumentali all'accesso a procedura concorsuale"; ii) se la prededuzione del professionista che

ha lavorato in vista dell'accesso a procedura si basa sulla occasionalità, sulla funzionalità o sulla espressa previsione normativa (v. 111 l. fall); *iii*) se la relazione di funzionalità si valuta *ex ante* o *ex post*; *iv*) se si considerano le sole prestazioni di attestatori richieste per legge o anche i crediti nella titolarità di altre figure professionali; *v*) se il concordato è già una fase di autonoma procedura o acquista natura procedurale solo se poi è seguito da ammissione al concordato in pieno o deposito di accordo di ristrutturazione; *vi*) se la prededuzione spetta anche in caso di mancata ammissione al concordato in pieno o rinuncia al ricorso; *vii*) se la prededuzione può spettare anche al professionista che ha prestato servizi in epoca anteriore alla ammissione al concordato; *viii*) se il fatto che ricorrano i requisiti per la prededuzione (e sussista nesso di funzionalità *ex ante*) lascia impregiudicate eccezioni di inadempimento/verifica del carattere non abusivo o frodatorio del comportamento del (debitore, con il concorso del suo) professionista.

SOLUZIONE

In puntuale risposta a ciascuno di tali quesiti, la S.C. afferma che: *i*) le norme presentano la medesima *ratio*, ma non risultano sovrapponibili quanto ad ambito di applicazione; *ii*) la prededuzione del credito del professionista *de quo* si basa sul nesso di funzionalità; *iii*) la funzionalità si valuta *ex ante*; *iv*) si considerano anche altre prestazioni professionali atipiche, quale quella *dell'advisor*; *v*) il concordato non porta *de plano* all'accesso a procedura concorsuale; *vi*) il successivo trattamento in prededuzione richiede che la proposta di concordato sia per lo meno ammessa; *vii*) la prededuzione può spettare anche al credito del professionista che ha prestato servizi in epoca anteriore alla ammissione al concordato; *viii*) restano impregiudicate le contestazioni sulla esistenza e consistenza stessa del credito, e tali contestazioni spettano al curatore in sede di formazione del passivo fallimentare.

QUESTIONI

La pronuncia interviene sul tema del riconoscimento del rango di prededucibile al **credito del professionista che ha assistito il debitore concordatario** e dirime il contrasto interpretativo che si era registrato nell'ambito delle pronunce di legittimità.

Innanzitutto le S.Un. chiariscono che si fa questione di valutare gli ambiti della prededuzione anche nel successivo e consecutivo fallimento. Affermano, cioè, che la prededuzione vale innanzitutto nella medesima procedura nella quale (o in vista della quale) il credito è sorto e **non solo nell'ambito della graduazione endofallimentare** dei crediti. Poi soggiungono che il fallimento nel quale tale prededuzione può perdurare non è quello naturalisticamente successivo, bensì quello causalmente consecutivo, ossia apprezzabile in termini di **consecuzione di procedure**.

In via generale ([\[1\]](#)), se l'avvicendamento, senza soluzione di continuità, delle procedure concorsuali

a carico del medesimo debitore può essere inteso, *a posteriori*, come l'evolversi, in più fasi, di

un unitario procedimento di composizione della medesima crisi/insolvenza, le sez.Un. precisano che, a questi fini, occorre riscontrare almeno **tre requisiti** cumulativi : a) un identico elemento oggettivo, ossia un persistente stato di insolvenza; b) una evoluzione processuale formale, ossia che la prima procedura sia stata almeno ammessa; c) un eventuale iato temporale, che tuttavia non risulti di durata irragionevole, quindi compatibile con un effettivo ritorno *in bonis* del debitore, in una fase intermedia.

La principale ricaduta tipica della lettura in chiave di consecuzione di procedure è offerta dall' art. 170 CCII (come modificato nel 2020), che riproduce l'art. 69 *bis* l. fall. "Le azioni revocatorie e di inefficacia disciplinate nella presente sezione non possono essere promosse dal curatore decorsi tre anni dall'apertura della liquidazione giudiziale e comunque si prescrivono decorsi cinque anni dal compimento dell'atto. Quando alla domanda di accesso a una procedura concorsuale segue l'apertura della liquidazione giudiziale, i termini di cui agli articoli 163, 164, 166, commi 1 e 2, e 169 decorrono dalla data di pubblicazione della predetta domanda di accesso". Oltre al computo del periodo sospetto per le revocatorie, rilevano peraltro ulteriori aspetti applicativi nei quali potrebbe assumere rilevanza la retrodatazione, in chiave di *consecutio*, dell'apertura della seconda procedura, a far tempo dalla prima^[2]. In proposito, è risaputo che fintanto che vi è stata coincidenza nella individuazione del presupposto oggettivo per l'accesso sia a fallimento che a concordato preventivo; e in un sistema che ammetteva la dichiarazione di fallimento anche d'ufficio, in pendenza di concordato, risultava agevole argomentare la continuità tra le procedure, ricostruendole in sostanza come un'unica - sebbene segmentata - fase, dai tratti non disomogenei; la unitaria vicenda, cioè, del passaggio da concordato a fallimento. La "naturalità" di questa successione è stata spezzata all'epoca della riforma del 2005-2007, i cui tratti caratterizzanti sono troppo noti per essere ripetuti ora. Basti dire che vennero allora a mancare i due pilastri principali sui quali poggiava l'impostazione della consecuzione: tanto in punto di distinzione tra crisi ed insolvenza, quanto in relazione alla abolizione di ogni automatica conversione del concordato in fallimento d'ufficio.

Quanto poi, al cuore della pronuncia, in tema di margini per il riconoscimento della prededuzione ai crediti del professionista in discorso, va ricordato che secondo **l'art. 111, co 2 l. fall.** "Sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge; tali crediti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n. 1". Si badi che tale disposizione subisce importanti modifiche nel quadro del CCII (e del complessivo ridimensionamento dell'area della prededuzione, secondo le indicazioni fornite dalla legge delega), il cui art. 6 allo stato prevede che "Oltre ai crediti così espressamente qualificati dalla legge, sono prededucibili: a) i crediti relativi a spese e compensi per le prestazioni rese dall'OCC; b) i crediti professionali sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e per la richiesta delle misure protettive, nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che gli accordi siano omologati; c) i crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda, nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che la procedura sia aperta ai sensi

dell'articolo 47; d) i crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell'esercizio dell'impresa, i crediti derivanti da attività non negoziali degli organi preposti, purché connesse alle loro funzioni, i crediti risarcitori derivanti da fatto colposo degli organi predetti, il loro compenso e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi. La prededucibilità permane anche nell'ambito delle successive procedure esecutive o concorsuali”.

In tale ambito, la S.Un. avallano l'interpretazione, già prevalente, a mente della quale, accanto alle **ipotesi tipiche di prededuzione** (es: spese; finanziamenti, anche ex art. 10 dl 118/2021; indennizzo ex 79 l fall; ma non ex 10 dl 118/2021; art. 161, co7, da intendere come riguardante atti di gestione dell'impresa compiuti dopo il deposito della domanda di concordato e prima della sua ammissione, strumentali alla conservazione dell'integrità patrimoniale), vengono in considerazione i **crediti sorti in occasione** di procedura, rilevando qui non solo il profilo cronologico, ma anche quello causale, a seconda del titolo, che rientri nell'attività degli organi; si aggiungono, e costituiscono una terza categoria di crediti prededucibili, quelli sorti non durante (“in occasione”), ma prima ed **“in funzione”** della procedura: per tale da intendersi la sussistenza di una “inerenza necessaria allo scopo dell'iniziativa, più che al risultato”, in una “attitudine di vantaggio per il ceto creditorio”.

Detto, quindi, che in relazione alle prestazioni professionali rese in favore del debitore, preparatorie e successive al ricorso di concordato, ne va valutata la funzionalità, le S.Un. precisano che tale valutazione di merito va valutata in **prospettiva ex ante**, ossia nella logica di considerare in astratto le condizioni per la prevedibile funzionalità – non diversamente dalla logica che guida lo scrutinio dell'operato degli amministratori di società, secondo la *business judgment rule* –. Simile valutazione spetta naturalmente al giudice del merito, che deve sindacare l'attitudine dell'azione del professionista a servire alla conservazione o all'incremento dei valori aziendali. Si fa questione, occorre precisarlo, non solo delle prestazioni professionali tipizzate dalla stessa normativa fallimentare – quale quella dell'attestatore – ma **anche di prestazioni “atipiche”** – come quella dell'*advisor* contabile, sebbene in questi ultimi casi il vaglio di funzionalità richieda, in fatto, un maggiore approfondimento, per il carattere non necessitato dell'intervento del professionista.

Inoltre, condizione per il sorgere del rango in prededuzione è che la procedura di concordato sia per lo meno **ammessa, ai sensi dell'art. 163 l fall.** – restando irrilevante che il concordato sia successivamente revocato o non omologato; risulta decisivo, ad avviso della Corte, che la proposta sia passata al vaglio, almeno potenziale, dei creditori. Statuendo questo principio, le Sez. Un. dirimono il contrasto giurisprudenziale che, pure a livello di pronunce di legittimità (tutte indicate in motivazione) avevano talora subordinato la prededuzione alla c.d. utilità effettiva, ossia alla concreta riuscita dell'operazione concordataria, con valutazione giocoforza *ex post* della funzionalità – e così escludendola ove l'operazione tentata non fosse risultata utile per la massa e il concordato non fosse riuscito. Ovvero, avevano ritenuto irrilevante l'esito del concordato, giudicando sempre meritevole del premio della prededuzione la prestazione professionale che avesse comunque tentato di supportare il debitore nella proposizione del ricorso; e ciò anche sulla scorta delle intervenute abrogazioni di disposizioni

normative che avevano espressamente condizionato la prededuzione alla ammissione a procedura (tutte citate in motivazione). Va detto che la posizione assunta dalla Cassazione a sez. Un. risulta coerente con il disposto dell'art. 6 CCII, sopra riportato.

Inoltre va rilevata la digressione della pronuncia sul parziale margine di sovrapposibilità della prededuzione del credito (impagato) del professionista con la disciplina della esenzione di revocatoria per gli intervenuti pagamenti – se liquidi ed esigibili - di (questi ed altri) servizi strumentali alla procedura, secondo l'art. **67, comma 3, lett g) l. fall.** Le normative su prededuzione (dei crediti professionali impagati) e su esenzione da revocatoria (per i servizi professionali già pagati) presentano infatti la stessa *ratio*, ma ambiti di applicazione non identici. In fatto, vi è che il credito del professionista ben potrebbe risultare prededucibile nel fallimento, se impagato; ed il medesimo, se pagato, ben potrebbe risultare irrevocabile.

Precisano infine le Sez Un. che la valutazione sulla potenziale sussistenza delle condizioni per la prededucibilità lasciano impregiudicate le **eccezioni sull'inadempimento**, totale o parziale, con o senza privilegio *ex art. 2751 bis c.c.*, del credito per la prestazione professionale o sulla sussistenza, financo, di condotte collusive col debitore e frodatorie per i creditori; sul punto, si precisa che legittimato a muovere tali contestazioni è il curatore in sede di verifica ed ammissione al passivo.

Complessivamente, va osservato che la pronuncia, nel descrivere nuove condizioni per il riconoscimento della prededuzione al credito del professionista in discorso, approda a risultati interpretativi che conducono a **restringere gli ambiti di tale prededucibilità**, come pure, ad introdurre una qualche remora *ex ante*, nel fornire servizi professionali al debitore concordatario, per l'incertezza sulla effettiva possibilità di attingere a tale trattamento,

[1] E dopo aver preso atto, in via di premessa, che il diritto vivente risulta assestato sull'assunto che la *consecutio procedurarum* sia un “fenomeno generalissimo consistente nel collegamento sequenziale fra procedure concorsuali (...) unite da un rapporto di continuità causale e unità concettuale piuttosto che di rigorosa successione cronologica”: Cfr. Cass. 11 giugno 2019, n. 15724, in *Foro It.*, 2019, 1, 3614. Anche l'abrogata Amministrazione Controllata, ancorché fondata sulla temporanea difficoltà ad adempiere, difficilmente reinterpretabile a posteriori in chiave di insolvenza, era letta in chiave unitaria con il successivo fallimento. A favore di tale interpretazione è intervenuta a più riprese la Corte costituzionale (Corte Cost., 6 aprile 1995, n. 110, in *Fallimento*, 1995, 7, 707 con nota di G. Lo Cascio; in *Notariato*, 1995, 5,441 nota di Spolidoro; in *Dir. Fall.*, 1995, II, 517 con nota di Ragusa Maggiore ; Corte Cost. 1 giugno 1995 n. 224, in *Giur. Comm.*, 1995, II, 787 con nota di Carratta; Corte Cost. 23 gennaio 1997, n. 12, in *Fallimento*, 1997, 4, 367) mentre in dottrina e in giurisprudenza le posizioni non sono apparse uniformi. Sul complesso tema della natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione, nella logica della consecuzione di procedure, è stata decisiva la presa di posizione della Suprema Corte nel senso della concorsualità (cfr. Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182 e Cass., 25 gennaio 2018, n. 1896, in *Fallimento*, 2018, 650; Cass., 12 aprile 2018, n. 9087, in *Fallimento*, 2018, 984, con Commento di Trentini), pronunce alle quali si è allineata la gran parte dei giudici di merito (e

da ultimo v. Trib. Milano, 4 dicembre 2019, in *Fallimento* 2020, 547, con *Commento* di Zanichelli). Sul tema v. per tutti Bonfatti, *Luci e ombre nella consecuzione delle procedure concorsuali*, in *Dir. della banca e del mercato finanziario*, 1995, 330; Id., *cerchi concentrici della concorsualità e la prededuzione dei crediti ("dentro o fuori"?)*, in *www.ilcaso.it*, 25 giugno 2018; Id., *La natura giuridica dei "Piani di Risanamento Attestati" e degli "Accordi di Ristrutturazione"*, in *www.ilcaso.it*, 31 gennaio 2018; Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2012, 356.

[2] Rilevano, in effetti, i profili legati alla datazione della sospensione del corso degli interessi; il decorso degli interessi sui crediti prelatizi secondo gli artt. 54 l. fall. e 2855-2788 c.c.; ai margini di operatività, nel fallimento, della compensazione tra crediti anteriori all'accesso al concordato e successivi; alla applicabilità delle esenzioni da revocatoria ex art. 67, comma 3, lett. g), in relazione ai pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso al concordato; alla inefficacia, pure nel fallimento conseguente, della ipoteca giudiziale iscritta nei novanta giorni che precedono la pubblicazione della domanda di concordato, secondo l'art. 168 l. fall. Quanto, invece, alla determinazione della legge applicabile, giustamente la Suprema Corte ha avuto modo di affermare l'irrelevanza della interpretazione in chiave di *consecutio* ai fini della successione delle leggi nel tempo: cfr. Cass., 9 marzo 2020, n. 6506, in *CED Cassazione*, 2020 : "L'art. 150 del d. lgs. n. 5 del 2006, nel prevedere che le procedure fallimentari e di concordato pendenti alla data di entrata in vigore del decreto medesimo restano soggette alla legge fallimentare anteriore, valorizzano in via esclusiva, ai fini dell'applicazione delle nuove disposizioni, la data di deposito del ricorso per la dichiarazione di fallimento, senza che assuma rilievo alcuno, sul piano della disciplina processuale applicabile, l'eventuale consecuzione tra procedure". Il principio potrà risultare rilevante anche nella fase della prossima entrata in vigore del CCI.

[\[Federica 1\]](#)

[\[Federica 2\]](#)

