

ancora e solo la prededuzione per il credito maggiore o per quanto oggetto di riduzione già disposta e al diverso rango privilegiato;

63. la conclusione viene perciò assunta sulla base del principio, reso a soluzione del contrasto dedotto con l'ordinanza di questa Corte n. 10885/2021, per cui "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 alla l. fall., art. 161, sia stata funzionale, ai sensi della l. fall., art. 111, comma 2, 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 della l. fall., art. 163, 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". (*Omissis*).

**LA CASSAZIONE A SEZIONI UNITE SI PRONUNCIA SUI
PRESUPPOSTI PER IL RICONOSCIMENTO DELLA PREDEDUZIONE
AL CREDITO DEI PROFESSIONISTI CHE ABBIANO ASSISTITO IL
DEBITORE (POI FALLITO) NELL'ACCESSO AL CONCORDATO
PREVENTIVO**

ELENA MARINUCCI
*Professore associato
nell'Università di Milano*

1. – L'ultimo giorno del 2021, le Sezioni Unite della Corte di cassazione, hanno enunciato un principio di diritto che traccia i requisiti per riconoscere la prededucibilità, nel successivo fallimento, al credito del professionista che abbia assistito il debitore nell'accesso al concordato preventivo¹. La questione affrontata nella pronuncia riguardava il trattamento del credito di un "*advisor* contabile" che aveva assistito

¹ Per un primo commento, v. M. GREGGIO, *La prededuzione dei compensi dei professionisti secondo le Sezioni Unite: per la certezza si rischia l'ingiustizia?*, in *Diritto della crisi*.

un'impresa nella c.d. fase in bianco di un concordato preventivo, al quale il debitore non era stato ammesso, per aver rinunciato alla domanda.

La Prima Sezione civile della S.C. che, con ordinanza del 23 aprile 2021, n. 10885 – constatata l'esistenza di un contrasto in sede di legittimità quanto al trattamento da assegnare in sede fallimentare a quel credito – aveva rimesso la questione al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite. La sezione semplice, manifestando l'esigenza della enunciazione di un principio di diritto in funzione nomofilattica, aveva formulato otto articolati quesiti volti a sollecitare la individuazione dei requisiti della 'funzionalità' alle procedure concorsuali. Il riferimento è alla nozione di funzionalità di cui all'art. 111 l. fall. (come riformulato, dopo la riforma del 2006) a norma del quale, sono prededucibili i crediti "così qualificati da una specifica disposizione di legge" e quelli che, al di là di una espressa previsione siano sorti "in occasione o in funzione di una procedura concorsuale".

Questi, in sintesi i quesiti: se il criterio della 'funzionalità' debba essere valutato *ex ante*, ossia a prescindere dalla concreta utilità della prestazione del professionista e possa sussistere rispetto alla prestazione di qualsiasi professionista di cui si avvalga il debitore per la presentazione di una domanda di concordato preventivo; se il c.d. concordato in bianco possa considerarsi una procedura concorsuale a prescindere dal provvedimento di ammissione al concordato; se i presupposti per il riconoscimento della prededuzione al credito del professionista per "funzionalità" coincidano con quelli della esenzione dalla revocatoria del pagamento del credito sorto per la "prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali" a norma dell'art. 67, comma 3, lettera g), l. fall.; e, infine, quale sia il rapporto tra la assenza di funzionalità e l'inesatto adempimento (o la collusione in attività fraudolenta del debitore) che consente di non ammettere al passivo del fallimento il credito del professionista.

In risposta ai predetti quesiti la Suprema Corte ha enunciato il seguente principio: "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".

2. – Il principio è stato enunciato a valle di una ampia ricostruzione della disciplina positiva della prededuzione (ivi compresa quella dettata nel Codice della crisi), di cui la Suprema Corte 'fotografa' la progressiva evoluzione da istituto con "funzione retributiva dei costi della procedura" a "incentivo per la concorsualità anticipata"; una evoluzione che, ad avviso delle Sezioni Unite, rispecchia quella del diritto concorsuale caratterizzato da una progressiva 'esportazione' delle sue regole al di fuori delle procedure concorsuali in senso stretto, al fine di incentivare la prevenzione della insolvenza irreversibile e la conservazione dei complessi produttivi.

La Suprema Corte esclude anzitutto che, nel caso sottoposto alla sua decisione, la prededuzione discenda da una "specificità disposizione di legge": secondo le Sezioni Unite l'art. 161, comma 7, l. fall., là dove assegna il rango della prededuzione ai crediti sorti dopo il deposito della domanda in bianco è norma volta a incentivare i terzi a contribuire "alla sopravvivenza della sua attività commerciale". Per queste ragioni la disposizione avrebbe una portata circoscritta ai crediti sorti per effetto di atti d'impresa in senso stretto; per contro essa non si riferirebbe invece quelli sorti a seguito di atti del debitore "funzionali all'accesso o al rafforzamento del concordato".

Quanto alla nozione di 'funzionalità' di cui all'art. 111, comma 2, l. fall., che per la Suprema Corte è requisito autonomo rispetto a quello della occasionalità, la pronuncia in commento esclude che essa sussista per il solo fatto della presentazione di una domanda (in bianco o piena) di concordato preventivo "apparendo fallace l'argomento della cristallizzazione della massa passiva e della retrodatazione del periodo sospetto, ove segua il fallimento (o equivalente procedura d'insolvenza) ai fini dell'esercizio delle azioni revocatorie".

La funzionalità suppone sempre quantomeno la ammissione alla procedura², perché essa può sussistere solo se il concordato è "progredito oltre il mero accesso, raggiungendo almeno gli obiettivi minimi che lo caratterizzano tipologicamente, cioè possa dirsi, quanto al concordato,

² Così da ultimo, Cass., 15 gennaio 2021, n. 639, in *Giur. it.*, 2021, 619, con nota di L. BOGGIO, *Concordato preventivo. Non dire "concordato" finché non è pronunciato il decreto ex art. 163 l. fall.*; in *Fall.* 2021, 478, con nota favorevole di G.B. NARDECCHIA, *Le mobili frontiere della prededuzione*; in *Diritto della crisi*, con nota di A. NAPOLITANO, *La prededuzione per funzionalità del credito del professionista*; in *Il fallimentarista*, con nota di G. BENVENUTO, *Prededuzione del credito del professionista sorto ante fallimento: nuovo arresto della Cassazione*, ai quali tutti si rinvia anche per le citazioni di dottrina e giurisprudenza.

procedura concorsuale pervenuta alla fase di possibile coinvolgimento dei creditori”. In assenza di ammissione, la presentazione della domanda di concordato non fa altro che ritardare la tutela dei creditori³.

3. – Le Sezioni Unite traggono una indicazione in tal senso anche dal codice della crisi e dell’insolvenza, il cui art. 6, comma 1, lett. c), oltre a circoscrivere la prededuzione solo al 75% dei crediti professionali sorti “in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la corredda”, subordina la prededuzione alla apertura del concordato⁴ a conferma della “adeguatezza delle prestazioni ingaggiate”⁵.

Ciò non significa – precisano le Sezioni Unite – che la funzionalità vada verificata *ex post*, perché altrimenti, in caso di consecuzione tra procedure, la prededuzione andrebbe sempre negata⁶.

³ Nel senso, invece, della irrilevanza della ammissione: cfr., tra le altre, Cass. 28 gennaio 2021, n. 1961; Cass. 25 novembre 2019, n. 30694; Cass. 21 dicembre 2018, n. 33358; Cass., 30 marzo 2018, n. 7974; Cass. 5 dicembre 2016, n. 24791; Cass. 30 gennaio 2015, n. 1765 e, in dottrina, L. BOGGIO, *I “tormenti” della prededuzione nel fallimento consecutivo dei crediti sorti in occasione o in funzione del concordato preventivo (anche alla luce del D.L. 23 dicembre 2013, n. 145 e del D.L. 24 giugno 2014, n. 91)*, in *Giur. it.*, 2014, 1652.

Il contrasto interpretativo in seno alla Suprema Corte (v. altresì la nota che precede) si registrava in termini analoghi anche nella giurisprudenza di merito, come evidenziato dall’ordinanza di rimessione del 23 aprile 2021, n. 10885, la quale dà conto (§ 4.9) dell’esistenza di un orientamento della giurisprudenza di merito volto a riconoscere la prededuzione al credito del professionista all’esito di un’indagine sul nesso di funzionalità, che sarebbe da escludere se il concordato non giunga ad una determinata fase di sviluppo, vuoi l’ammissione, vuoi l’omologazione, passando dunque attraverso una verifica *ex post* dell’utilità della prestazione, in presenza di una proposta concordataria che non soddisfi i requisiti di fattibilità giuridica o economica: cfr. Trib. Rimini 12 novembre 2018, n. 12420, in *Dejure*; Trib. Padova, 2 marzo 2015, in *Dejure*. L’indirizzo, però, non era pacifico neppure nella giurisprudenza di merito: in senso contrario, cfr. Trib. Milano, 6 settembre 2019, n. 8012, in *Dejure*; Trib. Larino, in *Dejure*.

⁴ Similmente prevede l’art. 6, comma 1, lett. b) CCII in relazione ai crediti sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione, condizionando la prededuzione all’omologazione dell’accordo.

⁵ E ciò a prescindere dal fatto che, dopo l’ammissione, intervengano vicende negative della procedura, quali la revoca o la risoluzione del concordato: in argomento, v. S. PACCHI, *Le prededuzioni dei professionisti nel concordato preventivo*, in *Diritto della crisi*, 2021.

⁶ Nel senso della necessità di una valutazione *ex post*, in passato: Cass. 10 settembre 2014, n. 19013 che espressamente parlava di necessario “*accrescimento dell’attivo o di salvaguardia dell’integrità del patrimonio*”; Trib. Roma 2 aprile 2013, in *Fallimento* 2014, 70 con nota di G.B. NARDECCHIA, *I crediti sorti in funzione o in occasione del concordato preventivo*; Cass. 8 aprile 2013, n. 8534: “Da ciò discende che al credito

Viceversa, secondo la Suprema Corte, premesso che vi è una “limitata simmetria tra la funzionalità di cui all’art. 111, comma 2 l. fall. e la strumentalità dei servizi le cui prestazioni siano state remunerate in periodo sospetto ai sensi dell’art. 67 co. 3 lett. g) l. fall.” che non può condurre a sovrapporre ogni aspetto⁷, in ogni caso, anche la nozione di “strumentalità” suppone la ammissione al concordato preventivo “pena la riduzione a mera intenzionalità della commentata attitudine causale”.

Secondo la Cassazione, l’ammissione al concordato preventivo non sarà comunque sufficiente per il riconoscimento della prededuzione al credito del professionista: quest’ultimo dovrà dimostrare l’adeguatezza del proprio “ingaggio rispetto all’iniziativa del debitore”; un onere della prova che sarà peraltro più gravoso per le figure professionali diverse da quelle ‘essenziali’, come l’avvocato o l’attestatore.

Resta in ogni caso impregiudicato – precisano le Sezioni Unite – il potere per il curatore di sollevare eccezione di inadempimento che, se fondata (il che è possibile quand’anche il debitore sia stato ammesso al concordato), implica la esclusione del credito dal passivo o in tutto o in parte.

La assenza di funzionalità comporterà invece l’ammissione del credito, ove possibile, in via privilegiata⁸. Sul punto le Sezioni Unite si premurano di precisare che questa soluzione non implica la trasformazione della prestazione del professionista in un’obbligazione di risultato.

4. – Partiamo da quest’ultima considerazione della Suprema Corte. L’impressione è invero tutt’altra: l’obbligazione del professionista viene a

dei professionisti può essere riconosciuta la collocazione in prededuzione nella misura in cui le relative prestazioni si pongano in rapporto di adeguatezza funzionale con le necessità risanatorie dell’impresa e siano state nel concreto utili per i creditori”; nello stesso senso Cass. 9 maggio 2014, n. 10110; Cass. 10 settembre 2014, n. 19013; Cass. 8 aprile 2013, n. 8534.

⁷ Diversamente cfr., *ex multis*, Cass., 30 marzo 2018, n. 7974.

⁸ Il privilegio del credito del professionista trova fondamento nell’art. 2751-bis c.c., seppure va segnalato che in tanto il credito potrà essere insinuato al privilegio, in quanto di esso sia titolare il singolo professionista. Se per conto la domanda di insinuazione sia proposta da un’associazione professionale l’orientamento prevalente tende a non riconoscere il privilegio. a meno che l’istante non dimostri che il credito si riferisce ad una prestazione svolta personalmente dal professionista, in via esclusiva o prevalente, e sia di pertinenza dello stesso professionista, pur se formalmente richiesto dall’associazione professionale: cfr., da ultimo, Cass. 26 aprile 2021, n. 10977. Per le associazioni professionali che abbiano assistito l’imprenditore nella domanda di concordato preventivo e che, alla luce dei principi sanciti dalle Sezioni Unite, non possano vedere riconosciuto al credito il rango di prededucibile, vi è il rischio elevato che all’esclusione della prededuzione segua l’ammissione del credito in via chirografaria.

mio avviso trattata dalla Cassazione come obbligazione di mezzi, ai fini dell'ammissione al passivo del credito (e dunque del riconoscimento del diritto al concorso) e come obbligazione di risultato per il riconoscimento della prededuzione: anzi, a ben vedere, un'obbligazione di risultato 'al cubo' perché il risultato cui si guarda non è quello della prestazione del professionista ma quello della procedura in sé⁹.

La decisione resa dalle Sezioni Unite è certamente in linea con la soluzione adottata nel CCII per il credito dei professionisti: solo così si spiega, per esempio, la lettura restrittiva della portata dell'art. 161, comma 7, l. fall.

Del principio enunciato quindi non resta che prendere atto, nella consapevolezza che la 'severità' che la connota costituisce il frutto di un frequente abuso nell'accesso al concordato (soprattutto quello "in bianco") con conseguente ritardo nella apertura di fallimenti 'carichi' di passività corrispondenti a compensi di professionisti.

Guardando però al futuro, da un lato, i professionisti saranno disincentivati dall'indurre l'imprenditore insolvente alla presentazione di domande di concordato quando la soluzione migliore sia l'istanza in proprio di fallimento (*rectius*: della liquidazione giudiziale), dall'altro lato, però, resteranno senza tutela i crediti maturati da quei professionisti (come l'attestatore) i quali abbiano condotto uno studio di (non) fattibilità del piano o della proposta concordataria. In altri termini, assegnare rilevanza ai fini della prededuzione di questo credito al decreto di apertura del concordato significa penalizzare il professionista serio (soprattutto l'attestatore) che, dopo un lungo, serio e faticoso studio dal quale emerga che il concordato non ha *chance* di successo, persuadea l'imprenditore a presentare un'istanza in proprio di fallimento anziché una domanda di concordato preventivo, facendo così emergere lo stato di insolvenza.

Né la soluzione a questo problema potrebbe essere quella del pagamento di quel compenso prima della presentazione della domanda, perché la Cassazione lascia chiaramente intendere che, anche ai fini della esenzione dalla revocatoria, occorrerà comunque la ammissione al concordato preventivo.

In definitiva, il rischio che l'imprenditore in crisi trovi professionisti pronti ad assisterlo solo in presenza di un terzo disponibile a pagarne il compenso sarà in futuro molto elevato.

⁹ Per simili considerazioni, v. F. DI MARZIO, *Credito professionale e prededuzione*, in *Giusiziacivile.com*, 2021, 9. In arg., v. altresì S. PACCHI, *Le prededuzioni dei professionisti*, cit., 19 per la quale la distinzione fra obbligazione di mezzi e di risultato dovrebbe rilevare in tema di responsabilità per inadempimento, mentre sarebbe ragionevole che i professionisti che operano "dalla parte del debitore" per il perseguimento di un obiettivo vedano riconosciuta la prededuzione solo ove l'obiettivo sia raggiunto.

Abstract

**THE ITALIAN SUPREME COURT OF CASSATION RULES ON THE
CONDITIONS FOR THE RECOGNITION OF PREDEDUCTION TO THE
CREDIT OF PROFESSIONALS WHO HAVE ASSISTED THE DEBTOR (THEN
BANKRUPT) IN ACCESSING THE COMPOSITION AGREEMENT**

L'A. annota criticamente una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione che, per il riconoscimento (nel successivo fallimento) della prededuzione al credito del professionista che abbia assistito il debitore nella fase di accesso al concordato, considera necessarie l'apertura della procedura e l'adeguatezza delle prestazioni ingaggiate.

The author notes critically a ruling of the Italian supreme Court which, for the recognition (in the subsequent bankruptcy) of the prededuction to the credit of the professional who assisted the debtor in the phase of access to the arrangement, considers necessary the opening of the procedure and the adequacy of the services engaged.
