

Commerciale

CONCORDATO PREVENTIVO

Debitore non ammesso al concordato preventivo: prededucibile il credito dell'attestatore

giovedì 24 ottobre 2019 di Masi Leonardo Avvocato in Firenze

La questione affrontata dalla Suprema Corte con la sentenza n. 25471/2019 consiste nello stabilire quale sia la collocazione, prededucibile o semplicemente in privilegio, del credito del professionista che - nelle more del termine assegnato a seguito del deposito della domanda di concordato cd. con riserva o in bianco ai sensi dell'art. 161, comma 6, l.fall. - abbia redatto la relazione di attestazione ex art. 161, comma 3, l.fall. concludendo per la "non fattibilità" del piano presentato dal debitore, conseguendone la non ammissione alla procedura di concordato preventivo e il successivo fallimento. Ad avviso della Cassazione, la soluzione corretta è quella della prededucibilità del credito, e ciò in ragione di due distinte ragioni: (i) il credito dell'attestatore è prededucibile ai sensi della prima ipotesi dell'art. 111, comma 2, l.fall. "per espressa previsione di legge", visto che l'art. 161, comma 7, l.fall. qualifica espressamente come prededucibili i crediti sorti "legittimamente" tra il deposito della domanda di concordato ex art. 161, comma 6, l.fall. e l'apertura della procedura di concordato preventivo e tale deve essere considerato quello dell'attestatore, in quanto adempimento obbligatorio previsto dalla stessa l.fall.; (ii) la domanda ex art. 161, comma 6, l.fall. dà vita al procedimento di concordato preventivo e quindi il credito dell'attestatore, che necessariamente svolge la propria opera successivamente al deposito del ricorso, deve considerarsi sorto "in occasione" di una procedura concorsuale e quindi prededucibile ai sensi della seconda ipotesi prevista dall'art. 111, comma 2, l.fall.

[Cassazione civile, Sez. I, sentenza 10 ottobre 2019, n. 25471](#)

Orientamenti giurisprudenziali

Conformi: Cass. civ. n. 14713/2019 Cass. civ. 19750/2018 Cass. civ. n. 12964/2018

Difformi: Tribunale Milano, 3 aprile 2014 Cass. Civ. n. 8534/2013 Cass. civ. n. 5705/2013 Cass. civ. n. 3402/2012

Il caso concreto e la soluzione

Il Tribunale di Bergamo ha deciso il giudizio di opposizione allo stato passivo di un professionista che, a seguito della presentazione del ricorso per concordato cd. in bianco o con riserva ai sensi dell'art. 161, comma 6, l.fall. e della concessione da parte del Tribunale del relativo termine per il deposito della proposta e del piano, aveva redatto l'attestazione di cui all'art. 161, comma 3, l.fall., nel senso di ammettere il relativo credito in via privilegiata ex art. 2751-bis, n. 2), e non in prededuzione ex art. 111, l.fall., in quanto la relazione si era conclusa con giudizio di infattibilità del piano e quindi, secondo il Tribunale, per non avere avuto alcuna utilità pratica per la procedura concorsuale.

Ne era scaturita la non ammissione alla procedura ex art. 162, comma 2, l.fall. e il conseguente fallimento.

Il professionista ha proposto ricorso per Cassazione, censurando il mancato riconoscimento della natura prededucibile del credito.

La Corte, dopo aver ricordato, al fine di qualificare come prededucibile un credito, il contenuto dell'art. 111, comma 2, l.fall. ed in particolare i tre criteri alternativi, quello dell'espressa previsione di legge, quello cronologico ("in occasione") e quello teleologico ("in funzione") rispetto ad una procedura concorsuale, ha affrontato il tema del trattamento riservato al credito del professionista attestatore di un piano di concordato preventivo nella particolare ipotesi in cui non solo il debitore non sia stato neppure ammesso alla procedura concorsuale, ma addirittura la relazione stessa si concluda con un giudizio di non fattibilità del piano.

La Corte di Cassazione ha ritenuto di riformare il provvedimento del Tribunale di Bergamo non aderendo quindi alla tesi per cui la presunta inutilità, valutata ex post, dell'opera del professionista rispetto alla procedura concorsuale renderebbe il relativo credito immeritevole della prededuzione. La Corte ha innanzitutto rilevato che, una volta presentato il ricorso ex art. 161, comma 6, l.fall., i crediti di terzi sorti per effetto di atti legalmente compiuti dal debitore sono da considerarsi prededucibili perché così previsto dal successivo comma 7, e tale caratteristica deve senz'altro attribuirsi al credito del professionista attestatore, visto che la sua opera è obbligatoria per legge ai sensi dell'art. 161, comma 3, l.fall.. Essendo quindi il credito prededucibile in forza di un'espressa previsione di legge, si verifica la prima delle ipotesi previste dall'art. 111, comma 2, l.fall.

In secondo luogo, la Corte ha osservato che la domanda di concordato cd. in bianco o con riserva consentita dall'art. 161, comma 6, l.fall. condivide la medesima natura giuridica della domanda di concordato preventivo ordinaria (quella cioè dell'art. 161, comma 1, l.fall.), giungendosi a tale conclusione anche solo in forza del dato letterale dello stesso sesto comma dell'art. 161, l.fall. che appunto fa riferimento al "ricorso contenente la domanda di concordato". Sull'affermato presupposto della natura unitaria del procedimento attivato con il ricorso ex art. 161, comma 6, l.fall. e suddiviso in due fasi "interne" (quella in cui è pendente il termine per la presentazione della proposta e del piano, e quella successiva a tali ultimi adempimenti, sino all'omologazione), la Corte ha ritenuto di concludere nel senso che l'attività dell'attestatore eseguita dopo il deposito del ricorso ex art. 161, comma 6, l.fall. si colloca cronologicamente già all'interno di una procedura concorsuale e

quindi si deve ritenere integrata la seconda fattispecie alternativa di cui all'art. 111, comma 2, l.fall. (credito sorto "in occasione" di una procedura concorsuale). Peraltro, non difetta neppure, nel caso di specie, il requisito dell'"utilità" dell'attestazione redatta, benché conclusasi con un giudizio negativo sulla fattibilità del presentato piano, atteso che essa ha consentito di non ritardare la dichiarazione di fallimento.

Impatti pratico-operativi

La decisione annotata è da un lato in linea con un orientamento ormai maturato circa la non rilevanza dell'utilità pratica valutata ex post della prestazione del professionista con riferimento alla prededucibilità del relativo credito, e dall'altro originale in quanto affronta per la prima volta in profondità il regime – nel successivo fallimento – del credito dell'attestatore che abbia svolto la propria opera professionale ex art. 161, comma 3, l.fall. in costanza di concordato cd. in bianco o con riserva, producendo una relazione che si conclude addirittura con l'infattibilità del piano predisposto dal debitore e quindi senza che quest'ultimo sia stato ammesso alla procedura di concordato preventivo.

Sotto il profilo pratico operativo, la decisione, offrendo solidi argomenti per predicare anche nella estrema fattispecie considerata la prededucibilità del credito dell'attestatore, dovrebbe verosimilmente indurre i professionisti incaricati ad accettare l'incarico di redigere la relazione di attestazione ai sensi dell'art. 161, comma 3, l.fall. con maggiore serenità visto che anche un eventuale giudizio negativo sul piano sottoposto alla loro attenzione non priverà della dignità della prededuzione il relativo compenso.

La prededuzione del credito professionale dell'attestatore

In linea generale, le regole contenute nell'art. 111, comma 2, l.fall. rispondono alla logica di incentivare soluzioni concordate della crisi d'impresa e quindi di non dissuadere, per quanto qui interessa, i professionisti dalla prestazione di servizi all'imprenditore in difficoltà.

Lo strumento utilizzato è stato appunto quello di rendere i relativi crediti prededucibili rispetto al concorso con gli altri creditori.

Si è peraltro fatto strada in passato un orientamento per il quale, proprio con particolare riferimento ai crediti dei professionisti, il riconoscimento della prededucibilità presupponeva, oltre alla ricorrenza di uno dei tre requisiti alternativi di cui all'art. 111, comma 2, l.fall., quello implicito dell' "utilità concreta" per la massa dei creditori. Cosicché, ad esempio, il credito professionale degli advisors di un concordato o dell'attestatore non sarebbero prededucibili laddove non si sia addivenuti all'apertura della procedura di concordato preventivo oppure essa non abbia avuto successo, risolvendosi la crisi con il fallimento (Tribunale Milano, 3.4.2014; Cass. Civ. 8534/2013; Cass. Civ. 5705/2013; Cass. Civ. 3402/2012). Orientamento che aveva trovato linfa e legittimazione con la norma di interpretazione autentica dell'art. 161, comma 7, l.fall. contenuta nell'art. 11, comma 3-quater, D.L. 145/2013, tuttavia quasi subito abrogata con il D.L. 91/2014.

Tale orientamento sembra tuttavia oggi ormai definitivamente tramontato, per lasciare il campo alla tesi per cui, coerentemente con la sopra ricordata ratio della disciplina dei crediti prededucibili, ritiene che l'utilità concreta, valutata ex post, non costituisca un presupposto per il collocamento in prededuzione dei crediti dei professionisti che abbiano svolto funzioni preparatorie per l'accesso alla procedura

concorsuale, salvo che non ne risulti dimostrato, con prospettiva ex ante, il carattere sovrabbondante o superfluo (Cass. Civ. 12017/2017, Cass. Civ. 1182/2018; Cass. Civ. 12964/2018).

In questo più recedente solco interpretativo, che merita adesione, si inserisce la sentenza della Corte di Cassazione che si annota.

Occorre, prima di esaminarla in dettaglio, comunque ricordare che pur essendo rimosso il requisito dell'utilità concreta valutato ex post, restano purtuttavia tuttora presenti nella ricostruzione più recente, due presupposti affinché il credito maturato in un contesto di concordato preventivo e nel rispetto di almeno una delle tre ipotesi di cui all'art. 111, comma 2, l.fall. possa nel successivo fallimento meritare il rango della prededuzione:

(i) che si registri una continuità nell'insolvenza, nel senso che il fallimento si fondi sulla stessa originaria situazione di default e senza che rilevi la circostanza che la domanda di concordato sia stata poi rinunciata (da ultimo Cass. Civ. 14713/2019);

(ii) che il debitore non abbia abusato dello strumento concordatario (da ultimo Tribunale Vicenza, 19.7.2019; Cass. Civ. 25210/2018), così estendendo ingiustificatamente la sfera della prededuzione, occorrendo pertanto una valutazione con prospettiva ex ante della ragionevolezza dello strumento utilizzato rispetto alla situazione di crisi da regolare.

Sempre con specifico riferimento al credito dell'attestatore, la sentenza della Corte ci induce ad una più approfondita riflessione sulla significativa distinzione tra l'ipotesi in cui l'attestatore abbia redatto la relazione prima del deposito della domanda di concordato ordinaria e quindi prima che il debitore abbia depositato la domanda di concordato, e quella in cui, invece, sia stato presentato un ricorso ai sensi dell'art. 161, comma 6, l.fall. e quindi, necessariamente, l'attestatore si trovi a prestare la propria opera successivamente a tale momento.

Il credito dell'attestatore prededucibile in quanto così qualificato "da una specifica previsione di legge"

La Corte di Cassazione ha innanzitutto rilevato come per il credito dell'attestatore che – come nel caso sottoposto al suo esame - operi una volta depositata la domanda di concordato cd. con riserva o in bianco ai sensi dell'art. 161, comma 6, l.fall. non si ponga un problema di funzionalità o di occasionalità rispetto alla procedura concorsuale, atteso che: (i) ai sensi dell'art. 161, comma 7, l.fall. i crediti sorti in costanza di concordato cd. in bianco o con riserva e che traggano origine da atti legittimamente compiuti sono espressamente qualificati con prededucibili e quindi (ii) il credito dell'attestatore è prededucibile ai sensi dell'art. 111, comma 2, l.fall. per essere così qualificato da una specifica disposizione normativa (l'art. 161, comma 7, l.fall.), non essendo dubitabile che l'incarico sia legittimamente conferito, posto che l'attestazione è obbligatoria per legge ai sensi dell'art. 161, comma 3, l.fall. (per una recente accurata disamina del significato dell'espressione "atti legittimamente compiuti" di cui all'art. 161, comma 7, l.fall. si veda la citata Cass. Civ. 14713/2019).

Ne deriva che se invece l'attestatore abbia prestato la propria opera in un contesto ordinario e quindi prima del deposito del ricorso per l'ammissione alla procedura ex art. 161, comma 1, l.fall., non sarà applicabile il regime di cui all'art. 161, comma 7,

I.fall. (operativo solo nelle ipotesi di concordato cd. in bianco o con riserva), e quindi, al ricorrere dei presupposti, si tratterà soltanto di stabilire se il credito dell'attestatore sia sorto "in funzione" della procedura di concordato. Sotto questo profilo sembra potersi richiamare l'orientamento che esclude la rilevanza al fatto che poi il debitore non sia stato ammesso alla procedura di concordato (salve le richiamate ipotesi di palese superfluità della prestazione o di abuso dello strumento concordatario, il tutto da valutarsi con prospettiva ex ante).

Il credito dell'attestatore prededucibile in quanto sorto "in occasione" di una procedura concorsuale

La Corte ha poi sviluppato un interessante ragionamento che l'ha portata ad affermare che il credito dell'attestatore il quale abbia operato successivamente al deposito del ricorso per concordato cd. in bianco o con riserva deve considerarsi prededucibile in quanto sorto "in occasione" di una procedura concorsuale, dovendosi considerare già pendente la procedura per effetto del deposito della domanda ex art. 161, comma 6, I.fall..

Il presupposto esplicito di tale conclusione è che la procedura di concordato preventivo, anche nell'ipotesi di domanda di concordato cd. in bianco o con riserva deve considerarsi unitaria con due fasi che hanno mera rilevanza interna.

Interessante notare come tale lettura sia ribadita nel breve arco di pochi mesi da due precedenti della stessa prima sezione della Corte di Cassazione, quella annotata alla n. 14713 del maggio scorso.

L'approdo è condivisibile, non solo perché il deposito del ricorso ex art. 161, comma 6, I.fall. va considerato, come ricordano i richiamati precedenti, la domanda di concordato preventivo a tutti gli effetti, ma anche perché è a tale momento che vengono ricondotti tutti gli effetti tipici della procedura concorsuale minore (solo a titolo di esempio: regime autorizzatorio per gli atti di straordinaria amministrazione; sospensione della decorrenza degli interessi sui crediti chirografari; divieto di pagamento dei creditori anteriori; divieto di introduzione o di prosecuzione delle azioni cautelari ed esecutive sul patrimonio del debitore e così via).

Anche in questo caso, tuttavia, con riferimento al credito dell'attestatore, la conclusione cui è giunta la Corte in termini di credito sorto "in occasione" della procedura concorsuale vale per l'ipotesi di concordato cd. in bianco o con riserva, ma non invece per quella di concordato ordinario ex art. 161, comma 1, I.fall., poiché in tal caso il credito dell'attestatore non può che sorgere anteriormente alla procedura concorsuale ed allora la valutazione della sua prededucibilità dovrà essere fatta solo con riferimento al suo essere "in funzione" della successiva procedura concorsuale, nei termini e con i limiti sopra ricordati.

In conclusione, la sentenza annotata apporta un interessante e forse risolutivo contributo per la salvaguardia, in termini di prededucibilità, del credito dell'attestatore che operi in un contesto di concordato cd. in bianco o con riserva, con una soluzione che tuttavia non può sic et simpliciter essere trasposta alla diversa ipotesi dell'attestazione redatta anteriormente rispetto al deposito del ricorso ex art. 161, comma 1, I.fall., per la quale restano ancora margini di approfondimento che si auspica siano colmati dalla giurisprudenza successiva.

Esito della domanda:

accolta.

Riferimenti normativi:

Art. 161, comma 6, 7 e 8 l.fall.;

Art. 111, l.fall.

Copyright © - Riproduzione riservata



Copyright Wolters Kluwer Italia
Riproduzione riservata