

Commerciale

CONCORDATO PREVENTIVO

L'eccezione di inadempimento nella verifica dello stato passivo

mercoledì 10 ottobre 2018 di Masi Leonardo Avvocato in Firenze

L'ordinanza n. 22785/2018 della Cassazione civile affronta il tema, già oggetto di interesse da parte della dottrina e della giurisprudenza negli ultimi anni, della valutazione dell'operato del professionista attestatore, incaricato di predisporre la relazione ex art. 161, comma 3, l.fall., ai fini dell'ammissibilità del relativo credito professionale al passivo del fallimento conseguente alla mancata approvazione del concordato preventivo. In particolare, la Corte ha ribadito che in caso di violazione da parte del professionista del generale obbligo di diligenza nella redazione della relazione ex art. 161, comma 3, l.fall., la Curatela del fallimento è legittimata ad eccepire l'inadempimento del professionista ai sensi dell'art. 1460 c.c., con esclusione tout court del credito professionale dallo stato passivo. La sentenza, se da un lato si pone in continuità con un recente orientamento giurisprudenziale di merito, che per la prima volta ha introdotto quale metro di valutazione della prestazione del professionista il rispetto o meno del dovere di diligenza (art. 1176, comma 2, c.c.), dall'altro cessa di ancorare detta valutazione all'avvenuta ammissione o meno della società debitrice al concordato preventivo, in ciò apportando un elemento innovativo che induce ad una serie di riflessioni sotto vari profili, non ultimo quello dei confini del sindacato del Tribunale sui contenuti della relazione di attestazione.

[Cassazione civile, Sez. I, ordinanza 25 settembre 2018, n. 22785](#)

Orientamenti giurisprudenziali

Conformi: non si rinvencono precedenti

Difformi: Cass. Civ. 22450/2015; Cass. Civ. 17821/2015; Cass. Civ. 22450/2015.

Il caso concreto e la soluzione

Una Srl ha incaricato un professionista di predisporre la relazione ex art. 161, comma 3, l.fall. da allegare alla relativa domanda di concordato preventivo.

Depositato presso il Tribunale di Firenze il ricorso ex art. 161, comma 1 l.fall., corredato dalla relazione del professionista, la società è stata poi ammessa alla procedura concorsuale, con provvedimento ex art. 163, comma 1 l.fall.

Senonché, a seguito della relazione negativa del Commissario Giudiziale ex art. 172 l.fall., nella quale venivano rilevate “gravi e insuperabili carenze ed inesattezze della relazione dell’attestatore”, in sede di voto dei creditori non sono state raggiunte le maggioranze richieste dall’art. 177 l.fall. per l’approvazione del concordato. Di conseguenza, il Tribunale di Firenze ha dichiarato il fallimento della società ai sensi del combinato disposto degli artt. 179, comma 1 e 162, comma 2, l.fall.

Il professionista attestatore, ritenendo di vantare un credito derivante dalla attività professionale svolta in favore della società in funzione della procedura di concordato preventivo, ha presentato apposita domanda ex art. 93 l.fall. volta all’ammissione in prededuzione o, in ipotesi, in privilegio ex art. 2751-bis c.c., di detto credito.

Tuttavia, il credito del professionista non veniva ammesso allo stato passivo, neppure in chirografo. L’attestatore ha allora proposto opposizione allo stato passivo ex art. 98 l.fall. . All’esito del giudizio di opposizione il Tribunale di Firenze ha confermato il decreto di esecutività dello stato passivo del G.D., accogliendo l’eccezione di inadempimento implicitamente sollevata dalla Curatela, e sostanzialmente fondata sui rilievi di carenza e inesattezza della relazione predisposta dal professionista contenuti nella relazione del Commissario Giudiziale. In altre parole, il Tribunale non solo non ha riconosciuto il grado privilegiato del credito, ma ha direttamente escluso l’an della pretesa creditoria del professionista, avendo questi adempiuto ai propri obblighi senza la dovuta diligenza richiesta dall’art. 1176 comma 2 c.c., per quanto emerso dalla relazione del Commissario Giudiziale.

Avverso il provvedimento del Tribunale di Firenze ha proposto ricorso per Cassazione il professionista attestatore. Tra i vari motivi di ricorso, meritano attenzione soprattutto i primi due, con cui il ricorrente ha sostenuto che: (i) l’avvenuta ammissione della società in bonis alla procedura di concordato ex art. 163, comma 1 l.fall. (insieme con la mancata adozione dei provvedimenti ex art. 173 l.fall. previsti per i casi di fraudolenta disclosure dei dati sociali) implicherebbe automaticamente il corretto ed esatto adempimento del professionista attestatore, la cui prestazione non potrebbe poi essere rimessa in discussione successivamente in sede fallimentare; (ii) il provvedimento di ammissione della società al concordato conterrebbe una valutazione definitiva, con efficacia di giudicato ex art. 2909 c.c., circa l’esistenza dei presupposti dell’ammissione del proponente al concordato, ciò che consoliderebbe anche l’accertamento della diligenza impiegata dal professionista nella redazione della relazione ex art. 161 comma 3 l.fall., valutazione non più sindacabile da parte del giudice fallimentare.

Ebbene, con la sentenza in commento la Corte respinge il ricorso, sostenendo che, ai fini del riconoscimento del credito del professionista attestatore, a nulla rileva che la società richiedente sia stata effettivamente ammessa alla procedura di concordato. Il provvedimento ex art. 163, comma 1 l.fall., infatti, contiene solo una valutazione provvisoria, e non definitiva, sull’attendibilità dei dati riportati nella relazione, che quindi può essere in ipotesi anche superata e contraddetta alla luce

del contenuto della successiva relazione del Commissario Giudiziale ex art. 172 l.fall.

In altre parole, il solo fatto dell'ammissione del debitore (committente della prestazione al professionista attestatore), alla procedura di concordato non implica necessariamente un accertamento, men che meno con efficacia di giudicato, l'esattezza dell'adempimento del suddetto professionista. Ben può quindi il curatore fallimentare rifiutare l'ammissione al passivo del credito del professionista attestatore eccedendone l'inadempimento in forza delle risultanze della relazione del Commissario Giudiziale ex art. 172 l.fall.

Impatti pratico-operativi

La sentenza che si annota affronta il tema dei criteri da adottare nella valutazione dell'operato del professionista che abbia predisposto la relazione ex art. 161, comma 3, l.fall., ai fini dell'ammissione del relativo credito professionale al passivo del fallimento consecutivo.

In particolare, l'esito dell'arresto della Corte è sicuramente quello di fornire un metro di valutazione dell'attività del professionista più rigoroso rispetto ai criteri della funzionalità ed utilità per i creditori, criteri di cui si è servita finora la giurisprudenza prevalente, peraltro non tanto per ammettere o non ammettere il credito, quanto piuttosto per riconoscerne o meno la prededucibilità ex art. 111 l.fall.

A tali criteri la Corte aggiunge ora, addirittura sotto il profilo della possibilità di negare tout court il diritto di credito, quelli ordinari propri del diritto civile, quale il rispetto dell'obbligo di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni (ex art. 1176, comma 2 c.c., anche se la norma non viene espressamente citata).

Per l'effetto, gli organi della procedura risultano legittimati, in sede di ammissione del credito del professionista al passivo, nonché di opposizione allo stato passivo, a sollevare – anche in modo implicito, come nel caso di specie – l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. nei confronti dell'attestatore nel caso in cui, nonostante l'ammissione della società proponente al concordato preventivo, dalla relazione del Commissario Giudiziale sia emersa la sua negligenza nella redazione della relazione ex art. 161 comma 3 l.fall..

Tuttavia, per meglio comprendere la portata della pronuncia in commento, occorre preliminarmente soffermarsi su quanto affermato dalla giurisprudenza precedente in tema di ammissibilità del credito del professionista attestatore al passivo dell'eventuale fallimento consecutivo.

La valutazione della prestazione del professionista attestatore ex art. 161 comma 3 l.fall. ai fini dell'ammissione del relativo credito allo stato passivo

La giurisprudenza di legittimità, nell'affrontare il tema dell'ammissione al passivo del credito del professionista attestatore per l'attività resa in favore della società in concordato preventivo, ha, come detto, sempre incentrato la propria indagine, ai fini del riconoscimento del carattere prededucibile del credito, sulla sussistenza o meno dei requisiti richiesti dall'art. 111, comma 2, l.fall.

Al contrario, non venivano mai presi in considerazione i profili legati alla correttezza o meno dell'adempimento del professionista ed al rispetto del generale obbligo di diligenza.

In particolare, in giurisprudenza si sosteneva pacificamente che i suddetti requisiti di funzionalità e strumentalità fossero integrati, con conseguente prededucibilità del credito professionale, nel caso in cui il concordato fosse stato dichiarato aperto ex art. 163 comma 1 l.fall., e indipendentemente dall'eventuale dichiarazione di fallimento a seguito della mancata approvazione del concordato stesso (così Cass. Civ. 22450/2015; Cass. Civ. 17821/2015; Cass. Civ. 22450/2015, secondo cui "non si vede dunque in qual modo possa escludersi, una volta che l'impresa sia stata ammessa al concordato, la funzionalità delle attività di assistenza e consulenza connesse alla presentazione della domanda di concordato").

Secondo questa impostazione, in caso di fallimento conseguente alla mancata approvazione del concordato preventivo, il credito del professionista attestatore: (i) in caso di previa ammissione della società al concordato, veniva ammesso al passivo automaticamente e senza spazio di sindacato, in prededucazione; (ii) in caso di mancata ammissione della società al concordato, poteva al più essere ammesso al passivo assistito da privilegio ex art. 2751-bis c.c. ove difettesse il suddetto requisito di utilità. In ogni caso, non veniva mai posta la questione dell'inadempimento del professionista con effetto paralizzante del credito professionale ai sensi dell'art. 1460 c.c.

E ciò, probabilmente, in quanto vi era per certi versi l'esigenza di incentivare per quanto possibile il ricorso alle procedure concorsuali minori, garantendo ai professionisti attestatori, investiti di un delicatissimo ruolo nel rinnovato contesto delle soluzioni alla crisi d'impresa, una particolare protezione circa il pagamento delle prestazioni rese.

L'inadempimento del professionista e la legittimazione della Curatela a sollevare la relativa eccezione

Se quanto precede costituiva l'orientamento maggioritario soprattutto nella giurisprudenza di legittimità, nell'ambito della giurisprudenza di merito si rinvengono alcune sporadiche pronunce (Trib. Monza 11.11.2014; Trib. Milano 15.6.2016) in cui i Giudici non si sono limitati a valutare la condotta del professionista alla luce dei soli criteri di strumentalità/funzionalità di cui all'art. 111 l.fall., ma si sono serviti anche delle clausole generali di diligenza quali l'art. 1176 comma 2 c.c..

Come diretta conseguenza di tale innovativo approccio, il curatore fallimentare è pienamente legittimato a sollevare, in sede di verifica della domanda ex art. 93 l.fall. o in sede di opposizione allo stato passivo ex art. 98 l.fall., l'eccezione di inadempimento nei confronti del professionista attestatore incaricato ex art. 161 comma 3 l.fall., per violazione del generale obbligo di diligenza richiesto dall'art. 1176 comma 2 c.c..

Tuttavia, sebbene in tali pronunce siano introdotti degli inediti riferimenti agli obblighi di diligenza del professionista, la valutazione del rispetto di tali obblighi rimaneva comunque strettamente legata all'avvenuta ammissione o meno della società debitrice alla procedura di concordato. Perciò, ove la società fosse stata ammessa al concordato, non si sarebbe comunque potuto mettere in discussione la diligenza del professionista, con conseguente rigetto dell'eccezione di inadempimento sollevata dalla Curatela in sede di ammissione al passivo. Così il Tribunale di Monza, 11.11.2014: "solo le attività che si connotano per la necessità ai fini della proposizione della domanda di concordato si presumono assistite dalla

prededuzione, salvo la prova del contrario – e cioè della loro dannosità per la massa, ovvero salvo l'allegazione dell'inadempimento da parte del fallimento, con conseguente onere probatorio ex art. 1218 c.c. in capo al professionista (che può ritenersi peraltro assolto in caso di avvenuta ammissione della proposta)".

Al contrario, la sentenza in commento, se da un lato consolida e conferma l'utilizzo delle clausole generali quali l'art. 1176 c.c. come metro di valutazione del corretto adempimento del professionista in aggiunta al criterio della funzionalità/strumentalità di cui all'art. 111 l.fall. (dettato ai soli fini della prededucibilità o meno del credito), dall'altro – ed è questo il vero elemento di novità – scollega definitivamente tale valutazione dall'avvenuta ammissione o meno della società debitrice al concordato. Infatti il professionista "non può invocare, a dimostrazione del suo agire diligente, l'avvenuta ammissione della società stessa alla procedura concordataria". Sotto questo profilo, la Corte di Cassazione innova senz'altro lo schema di valutazione che sino ad oggi ha ispirato gli operatori, i quali, di fronte all'intervenuta ammissione alla procedura, non affrontavano i profili di eventuale inadempimento del professionista attestatore, profili considerati assorbiti dalla detta ammissione.

Il difficile equilibrio tra il sindacato del Tribunale sui contenuti della relazione di attestazione in sede di ammissione alla procedura di concordato preventivo e il potere del curatore dell'eventuale successivo fallimento di censurare l'inadempimento dell'attestatore anche in presenza di ammissione alla procedura

La pronuncia in commento, se si consolidasse, oltre a indebolire la posizione dei professionisti attestatori, i quali non potrebbero più contare sulla sola ammissione alla procedura di concordato preventivo del debitore per rivendicare con successo il pagamento delle prestazioni rese, impone allo stesso tempo una riflessione sulla sua coerenza con altro orientamento giurisprudenziale, ormai affermato, che stabilisce un certo qual sindacato del Tribunale, in sede di ammissione alla procedura di concordato preventivo, sul contenuto della relazione di attestazione.

Il problema di compatibilità tra i due momenti emerge atteso che, mentre da un lato la sentenza annotata tende a svilire, quanto al tema di cui si discute, l'ammissione alla procedura, negandone l'effetto di approvazione, anche implicita, dei contenuti della relazione di attestazione ex art. 161, comma 3, l.fall., dall'altro la stessa Corte di Cassazione ha stabilito in altri precedenti che è proprio in sede di ammissione alla procedura che il Tribunale ha il potere di sindacare la relazione di attestazione, negando ad esempio l'ammissione, se manifestamente inadeguata o illogica, ad esempio per non aver dato conto dei riscontri eseguiti o delle fonti utilizzate (Cass. Civ., 17079/2016); oppure, ancor più di recente, ha sottolineato come spetti "al giudice il compito di controllare la corretta predisposizione dell'attestazione in termini di completezza dei dati e comprensibilità dei criteri di giudizio, ciò rientrando nella verifica di regolarità dell'andamento della procedura, che è presupposto indispensabile al fine della garanzia della corretta formazione del consenso dei creditori "(Cass. Civ. 5825/2018); oppure ancora, addirittura, ha affermato che il "controllo del giudice [sull'attestazione, n.d.r] non è di secondo grado, ossia destinato a realizzarsi soltanto sulla completezza e congruità logica dell'attestato del professionista, potendo invece estendersi sino alla verifica del collegamento effettivo fra i dati riscontrati e il conseguente giudizio" (Cass. Civ. 18091/2016).

Ed allora, se si ritiene che in sede di ammissione alla procedura di concordato preventivo il Tribunale sia munito di siffatti penetranti poteri di sindacato sulla relazione di attestazione ex art. 161, comma 3, l.fall., appare quantomeno contraddittorio pensare che una volta superato lo scoglio dell'ammissibilità della domanda di concordato, la prestazione del professionista attestatore non abbia già per questo ricevuto una qualche forma di apprezzamento favorevole, talché il curatore dell'eventuale successivo fallimento possa, senza limiti censurarne, a posteriori, il contenuto.

Pare a chi scrive che l'unica possibilità di conciliare i due approdi giurisprudenziali e quindi di evitare la profilata contraddittorietà sia quello, in caso di ammissione alla procedura di concordato preventivo e quindi di già operata valutazione, nei termini indicati, dei contenuti della relazione di attestazione, di attribuire sì al curatore il potere di contestare l'inadempimento del professionista attestatore nella successiva fase di verifica dello stato passivo in caso di eventuale fallimento, ma di limitare tale potere alle sole ipotesi di inadempimento che non riguardino gli aspetti che già rientrano nell'ambito del sindacato del Tribunale in sede di ammissione.

Sarebbe quindi auspicabile, al fine di dotare gli operatori di strumenti certi di valutazione, che la giurisprudenza riuscisse a mettere a fuoco in via quanto più possibile definitiva e precisa i confini del sindacato del Tribunale sulla relazione di attestazione in sede di ammissione alla procedura di concordato preventivo. Talché, per i profili della relazione di attestazione che ricadono all'interno di tale sindacato, l'eventuale ammissione alla procedura è da ritenersi che precluda una successiva diversa valutazione circa il corretto operato dell'attestatore (in quanto appunto già apprezzato favorevolmente), mentre per quelli estranei a detti confini sarà sempre possibile efficacemente contestare, anche in un secondo momento, l'inadempimento, in quanto aspetti non già valutati, neppure implicitamente, dal Tribunale in sede di ammissione.

Esito:

respinto

Riferimenti normativi:

artt. 93, 98, 111, 161, 163, 172 l.fall.;

artt. 1176, 1218, 1460 c.c.

Copyright © - Riproduzione riservata