

G. n.
Decreto Pronunziata il 04/12/2014 Pubblicata il 10/12/2014

TRIBUNALE DI RIMINI

Il Tribunale riunito in Camera di Consiglio nelle persone dei sigg. Magistrati :

Dott.ssa ROSSELLA TALIA *Presidente*

Dott.ssa MARIA ANTONIETTA RICCI *Giudice*

Dott. DARIO BERNARDI *Giudice Relatore*

esaminata l'opposizione allo stato passivo ex art. 98 L.F. proposta da

S.R.L.

OPPONENTE

contro

- FALLIMENTO

S.P.A.

OPPOSTO

avverso il decreto di esecutorietà dello stato passivo ex art. 96 L.F. del G.D. del Tribunale di Rimini in data 4.7.2014 ;
letti gli atti del procedimento R.G.N. :
ha pronunciato il seguente

D E C R E T O

- con decreto di esecutorietà dello stato passivo ex art. 96 L.F. del 4.7.2014 il G.D. del Tribunale di Rimini declassava da prededucibile a chirografario il credito (€ 70.434,20) insinuato al passivo del FALLIMENTO S.P.A. da

S.R.L. e relativo a prestazioni professionali (consistenti nella predisposizione del business plan) svolte per conto della società in seguito alla presentazione della domanda di concordato "in bianco" e poi confluite nell'istanza del 17.6.2013 con la quale S.P.A. depositava la documentazione prescritta dalla legge e veniva ammessa alla procedura di concordato preventivo, ammissione successivamente revocata ex art. 173 LF.;

- il provvedimento di esclusione della prededuzione era motivato con riferimento alla "*nessuna utilità per la massa dei creditori*" dell'opera prestata;

- avverso tale declassamento propone opposizione S.R.L., mentre resiste il FALLIMENTO S.P.A..

- la questione attiene all'interpretazione dell'art. 111, 2° comma L.F. (ultima versione), disposizione ai sensi della quale "*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 debiti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n. 1)*";

- in particolare, con tale disposizione il legislatore della riforma del 2006 ha ridefinito i confini della prededuzione (in precedenza limitata ai casi di "*pagamento delle spese, comprese le spese anticipate dall'erario, e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la*

continuazione dell'esercizio dell'impresa, se questo è stato autorizzato");

- attualmente, quindi, la prededuzione riguarda anche le procedure concorsuali minori e sussiste ex art. 111 L.F. in due ipotesi generali: 1) i casi previsti specificamente dalla legge; 2) i crediti sorti *"in occasione o in funzione"* di procedure concorsuali, ipotesi quest'ultima che, pur vedendo espressi due criteri legali, necessita di attività interpretativa ad opera delle giurisprudenze, volta alla compiuta definizione dell'ambito applicativo e dei limiti di tali concetti;

- mentre il criterio dell'occasionalità viene ricondotto ad un ordine scriminante di tipo temporale (e, dunque, un credito che sorge nel corso della procedura concorsuale va in prededuzione; la giurisprudenza ha poi variamente temperato tale criterio introducendo varie considerazioni di ordine funzionale - ma così facendo confondendosi l'occasione con la funzione e risultando la prima ipotesi essenzialmente inutile - vuoi un criterio di tipo soggettivo), il problema maggiore è soprattutto relativo al **criterio "funzionale", che consente di ritenere ormai pacificamente prededucibili crediti sorti anteriormente all'ammissione ad una procedura concorsuale ed al di fuori di un controllo preventivo da parte dell'autorità giudiziaria** (Cass. n. 5098/2014; Cass. n. 6031/2014; Cass. n. 3402/2012);

- in particolare, la questione attualmente maggiormente controversa (e superata la problematica rappresentata dall'infelice formulazione di cui al 4° comma dell'art. 182-quater L.F. e dei rapporti tra tale norma e la previsione qui in esame, rapporti peraltro definiti dalla dottrina maggioritaria in termini di specie a genere) e dibattuta in giurisprudenza è quella relativa all'esistenza e all'entità del sindacato del giudice chiamato alla graduazione dello stato passivo della procedura concorsuale;

- si discute, pertanto, se in presenza di crediti sorti per prestazioni avvenute *"in funzione"* di una procedura minore ed in particolare di concordato preventivo, possa residuare, ai fini del riconoscimento o del rigetto della prededuzione nell'ambito della procedura concorsuale *"maggiore"* apertasi in consecuzione, un margine valutativo circa l'utilità della prestazione originante il credito;

- in giurisprudenza di legittimità si sono registrati diversi approcci;

- da un lato alcune pronunce hanno fatta salva espressamente la valutazione dell'utilità della prestazione: così **Cass. n. 7166/2012** secondo la quale *"Non deve essere ammesso al passivo del fallimento il credito per prestazioni professionali di assistenza al debitore nell'ambito della procedura di concordato preventivo qualora le prestazioni si siano rivelate di nessuna utilità per la massa dei creditori e che, sin dall'inizio, non consentivano di individuare alcun plausibile vantaggio per l'impresa destinata, invece, al fallimento"* (ipotesi di crediti in parte relativi alla reiterazione di una proposta concordataria dichiarata inammissibile e in parte a fronte di una proposta precedente rinunciata in seguito all'apertura di un procedimento ex art. 173 L.F.), **Cass. n. 27926/2013** secondo la quale *"Questa Corte ha chiarito, interpretando la L. Fall., art. 111 nella sua nuova versione, che ai fini della prededucibilità dei crediti nel fallimento, il necessario collegamento occasionale o funzionale con la procedura concorsuale, ora menzionato dalla L. Fall., art. 111, va inteso non soltanto con riferimento al nesso tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, ma anche con riguardo alla circostanza che il pagamento del credito, ancorchè avente natura concorsuale, rientri negli interessi della massa e dunque risponda agli scopi della procedura stessa, in quanto utile alla gestione fallimentare. Invero, la prededuzione attua un meccanismo soddisfattorio destinato a regolare non solo le obbligazioni della massa sorte al suo interno, ma anche tutte quelle che interferiscono con l'amministrazione fallimentare ed influiscono sugli interessi dell'intero ceto creditorio. (Cass 3402/12).*

Alla luce di tali principi in relazione alle procedure minori è stato precisato che lo scopo del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata è non solo quello del recupero aziendale, ma anche quello di soddisfare - per quanto possibile - i creditori. Ne consegue che al credito dei professionisti, che abbiano prestato la loro opera, anche prima dell'entrata in vigore del nuovo L. Fall., art. 111, per il risanamento dell'impresa ovvero per prevenirne la dissoluzione, 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 in concreto utili per i creditori, per aver loro consentito una sia pur contenuta realizzazione dei crediti. (Cass. 8534/13). Il dato che emerge dalla citata giurisprudenza è che, a prescindere dal dato temporale, la condizione perchè il credito conseguente all'attività svolta da un professionista per conto dell'impresa possa essere riconosciuto in prededuzione è che la detta attività sia stata funzionale con la finalità di risanare l'impresa e sia stata utile per i creditori" e Cass. n. 19013/2014 secondo la quale "È di tutta evidenza, quindi, che nel sistema normativo vigente non occorre la previa autorizzazione del giudice delegato del tribunale - ciò che limiterebbe la prededuzione 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., sez.1, 17 aprile 2014, n.8958). E proprio tale valutazione, in ordine a prestazioni rese in giudizi già pendenti alla data di deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo, in virtù di incarichi precedentemente conferiti all'avv. Nosedà dalla Ciresa s.p.a., è mancata nella sentenza in esame, in base ad un criterio restrittivo di ammissibilità che non trova rispondenza nella disciplina in materia";

- recentemente la Suprema Corte ha evidenziato "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 (L. Fall., art. 55) e la retrodatazione del periodo sospetto ai fini dell'esperimento della revocatoria fallimentare. La curatela resistente invoca il disposto della L. Fall. art. 182 quater, comma 4, a conferma dell'interpretazione accolta dal tribunale. Sennonché, da un lato la predetta norma (dettata, peraltro, per la prededucibilità "nel" concordato preventivo) non è applicabile ratione temporis, essendo stata introdotta nel 2010 e, dall'altro, essa è stata abrogata dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, che ha convertito, con modificazioni, il D.L. 22 giugno 2012, n. 83 e tale modifica si applica a far tempo dall'11 settembre 2012, come disposto dal cit. D.L. n. 83 del 2012, art. 33, comma 3. Ma proprio dalla L. Fall., art. 182 quater, nondimeno, 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" (L. Fall., art. 182 quater, comma 2). 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" (L. Fall., art. 67, lett. g), dovendosi, quindi, intendere l'enunciato "strumentale a" come sinonimo di "funzionale". Le pronunce richiamate dalla curatela fallimentare nella memoria ex art. 378 c.p.c., non si attagliano alla concreta fattispecie. La prima, invero, attiene a fattispecie relativa a fallimento regolato dalla disciplina previgente (Sez. 1, n. 8534/2013) mentre la seconda (Sez. 1, n. 7166/2012) ha valorizzato l'esistenza di fatti idonei a provocare la revoca dell'ammissione alla procedura L. Fall., ex art. 173 e non tiene conto (né poteva per evidenti ragioni temporali) della codificazione della consecuzione 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. 3.3.- La consecuzione, dapprima riaffermata dalla giurisprudenza di legittimità - dopo la riforma della legge fallimentare - proprio alla luce del nuovo testo della L. Fall., art. 111 (Sez. 1, n. 18437/2010) è ora espressamente prevista dal Legislatore (L. Fall., art. 69 bis, comma 2, nel testo introdotto dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, che ha convertito, con modificazioni, il D.L. 22 giugno 2012, n. 83). La pronuncia da ultimo richiamata (e qui viene in rilievo la seconda ratio decidendi del decreto impugnato) ha evidenziato che la L. Fall., art. 111, comma 2 (introdotto dal D.Lgs. n. 5 del 2006) dispone che sono considerati debiti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla legge fallimentare (Sez. 1, n. 18437/2010). La norma, come si evince dal dato testuale, considera prededucibili anche debiti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo e si riferisce chiaramente alla ipotesi in cui alla procedura di concordato preventivo sia seguito il fallimento dell'imprenditore. Con tale disposizione, come ritenuto dalla dottrina, "si è preso atto legislativamente della continuità delle procedure consecutive, il che impone, essendo tali procedure volte ad affrontare la medesima crisi ritenuta in un primo momento suscettibile di regolazione attraverso un accordo con i creditori e successivamente risultata tale da condurre alla liquidazione fallimentare di valutare in maniera unitaria determinati aspetti della disciplina fallimentare. Ne deriva che, qualora, a seguito di una verifica a posteriori venga accertato, con la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore, che lo stato di crisi in base al quale ha chiesto la ammissione al concordato preventivo era in realtà uno stato di insolvenza, la efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento, intervenuta a seguito della declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato preventivo, deve essere retrodatata alla data di presentazione di tale domanda, atteso che la ritenuta definitività anche della insolvenza che è alla base della procedura minore, come comprovata, ex post, dalla sopravvenienza del fallimento, e, quindi, l'identità del presupposto, porta ad escludere la possibilità di ammettere, in tal caso, l'autonomia delle due procedure" (Sez. 1, n. 18437/2010). Nella fattispecie in esame il Tribunale non ha in concreto escluso la consecuzione tra la prima procedura e il fallimento, posto che si è limitato ad affermare che "il fatto stesso che l'imprenditore abbia revocato l'originaria domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, interrompe (in astratto) il collegamento tra la prima procedura e il successivo fallimento, escludendo che le spese siano state sostenute nell'interesse della massa". Per contro, nella giurisprudenza di questa Corte si è ritenuto che non vale ad escludere la consecuzione la circostanza che (come nella specie) tra le due procedure sia intercorsa una soluzione di continuità, atteso che la continuità tra le procedure non si risolve in un mero dato temporale, configurandosi, per converso, come fattispecie di consecuzione (più che di successione) tra esse, il fallimento rappresentando lo sviluppo della condizione di dissesto che diede causa alla precedente procedura concorsuale (Sez. 1, n. 6019/2003, fattispecie in cui erano trascorsi circa cinque mesi tra la scadenza del biennio dell'amministrazione controllata e la dichiarazione di fallimento). L'accertamento in concreto di quella consecuzione deve essere demandato al Tribunale in diversa composizione. Ciò al fine di applicare i principi innanzi enunciati sub 3, distinguendo i crediti per compenso di attività professionali funzionali all'ammissione alla prima procedura, nell'ipotesi di accertata consecuzione e accertando in concreto l'utilità per la massa in relazione alle eventuali altre prestazioni successive" (Cass. n. 6031/2014: il caso riguardava il compenso di un avvocato

relativamente ad attività espletata in relazione ad una prima domanda di concordato, poi rinunciata e ad una seconda domanda successivamente ripresentata);

- una sintesi dei principi di legittimità così come sopra espressi risulta da ultimo tentata da una giurisprudenza di merito ([Tribunale Monza 23.10.2014](#)), che ha ritenuto che: 1) l'ammissione alla procedura di concordato preventivo importa presunzione di funzionalità delle prestazioni finalizzate a realizzare tale ammissione a realizzare la funzione prevista dalla legge per la procedura concorsuale; valutata dal Tribunale positivamente (con l'ammissione) l'attitudine della prestazione alla realizzazione concordataria, risulta difficile (e vi è onere della prova in capo a chi sostiene il contrario) effettuare una nuova e diversa valutazione, se non per fatti sopravvenuti o non conosciuti e, quindi, non vagliati dal Tribunale; 2) una diversa valutazione potrà essere fatta p.e. in ipotesi di ammissione revocata ex art. 173 L.F. o di concordato non omologato per la scoperta di atti di frode che il curatore dimostri essere conosciuti (o conoscibili con l'ordinaria diligenza) dal professionista: in tali ipotesi verrebbe meno non solo la prededuzione, ma anche e più a monte l'esistenza stessa del credito del professionista, per inadempimento rispetto al modello legale di concordato; 3) nel caso di concordato ammesso ma con successivo fallimento, la presunzione di funzionalità dell'attività (correttamente svolta) potrà essere inficiata dalla dimostrazione, da parte del curatore, dell'esistenza di manifesta inutilità ed anzi di dannosità del concordato per i creditori (p.e. si è registrata una erosione del patrimonio a disposizione della massa, causata da una rovinosa continuazione dell'attività di impresa, senza alcun vantaggio concreto dalla retrodatazione del periodo sospetto);

- tale sintesi appare condivisibile, dovendosi distinguere i due piani dell'inadempimento (ciò che elide in radice tutto o parte del diritto al compenso, in conseguenza della valutazione di utilità della prestazione), ambito che esula dal campo applicativo dell'art. 111 L.F., da quello della funzionalità della prestazione (correttamente eseguita) per la massa dei creditori, ambito applicativo proprio dell'art. 111 L.F., continuando pertanto a conservare una evidente attualità (anche normativa) il principio espresso da Cass. n. 7166/2012;

- d'altra parte, non appare possibile ritenere che il legislatore abbia considerato meritevole di percezione del pieno compenso spettante per l'attività inerente alla presentazione di una corretta domanda di concordato, il professionista che scientemente (o colposamente) abbia fornito una prestazione claudicante e destinata alla revoca o alla mancanza di omologazione a causa della scoperta di atti in frode; in questo caso, non si comprenderebbe la ratio di incentivare l'esecuzione di prestazioni "pur che sia", anche laddove inesattamente eseguite (e destinate a sfociare, nel caso di scoperta dei fatti rilevanti ex art. 173 L.F., nel fallimento, pur "consecutivo") in quanto questo genere di prestazioni non condurrebbe al risultato concordatario anelato dal legislatore, bensì al "minore" effetto della retrodatazione del periodo sospetto, che non rappresenta evidentemente il fine ultimo della procedura di concordato, bensì solo una sorta di "paracadute" a tutela della par condicio per l'ipotesi di naufragio del concordato; anzi, parificare il trattamento in casi diversi come quelli sopra evidenziati sarebbe dannoso e importerebbe un forte incentivo per il (e una fortissima tentazione al) deposito di proposte nate già minate da elementi di revoca o di frode (risultando i crediti dei professionisti comunque trattati allo stesso modo sia in caso di concordato con esito fausto, che in caso di concordato con esito infausto per ragioni dipendenti dall'operato, anche eventualmente collusivo, dei professionisti stessi), secondo una logica evidentemente estranea non solo alla normativa fallimentare, ma più in generale al

diritto delle obbligazioni;

- ritornando al caso di specie, si osserva come il credito trae fonte da prestazioni relative alla predisposizione di un *business plan* e non già alla predisposizione del ricorso o della relazione ex art. 161 L.F.;

- da un esame della sentenza di fallimento acquisita ad opera del collegio in sede decisoria (ex art. 738 c.p.c.) è emerso che il fallimento venne dichiarato in seguito (e contestualmente) alla revoca ex art. 173 c.p.c. della precedente ammissione alla procedura di concordato preventivo e ciò sulla base dell'esistenza di una serie di attività pregiudizievoli per la massa creditoria (oggetto di possibili azioni revocatorie), non segnalate ai creditori nella proposta concordataria, con la conseguente assenza di corretta informazione per il ceto creditorio;

- tali argomenti non consentono di poter ritenere che la singola prestazione professionale in questione - funzionale alla proposizione della domanda di concordato, inizialmente ammessa - non abbia avuto alcuna utilità per la massa, non sussistendo quell'evidenza che la proposta concordataria "*sin dall'inizio*" non avrebbe arrecato "*alcun plausibile vantaggio per l'impresa destinata, invece, al fallimento*";

- nemmeno può ritenersi sussistente un inadempimento del professionista con difformità della prestazione eseguita rispetto al modello legale, atteso come, l'attività prestata dalla società opponente (1) ha permesso l'ammissione alla procedura di concordato e il fallimento in consecuzione, (2) appare estranea alle problematiche che hanno condotto alla revoca per mancanza di informazione ai creditori e (3) non è stata oggetto di specifica critica in questa sede da parte della procedura, che non ne ha evidenziato carenze, illogicità o inattuabilità del piano, risultando al contrario il credito ammesso in chirografo;

- in conclusione, l'opposizione deve essere accolta, con il riconoscimento della prededuzione in favore di S.R.L. in luogo dell'ammesso chirografo;

- la complessità e la novità della questione di fatto e di diritto, in uno con l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti, importano compensazione delle spese di lite;

P.Q.M.

1. accoglie in parte l'opposizione e per l'effetto ammette allo stato passivo di FALLIMENTO

S.P.A. il credito vantato da

S.R.L.,

nella misura di € 70.434,20 in prededuzione in luogo dell'ammesso chirografo;

2. compensa le spese di lite tra le parti.

Così deciso in Rimini, nella Camera di Consiglio del 4/12/2014.

Il Presidente

Dott. ROSSELLA TALIA

Il Giudice Est.

Dott. DARIO BERNARDI

Pubblicazione il 10/12/2014