

Crediti sorti in occasione o in funzione di procedure concorsuali e prededuzione

Tribunale di Monza, 11 novembre 2014. Presidente Paluchowski. Estensore Crivelli.

Prededuzione - Crediti sorti in occasione o in funzione di procedure concorsuali - Nozione - Attività necessarie alla proposizione di un procedimento concorsuale

Tra i crediti che possono essere qualificati come prededucibili, vi sono anche quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali, così come stabilito dal novellato articolo 111 L.fall. Tale nozione, tuttavia, non può esser dilatata fino a ricomprendere qualsiasi attività inerente alla ristrutturazione, bensì deve riguardare le attività necessarie al fine di addivenire alla proposizione di un procedimento concorsuale.

Nel caso di concordato, le attività necessarie al fine di proporre domanda si presumono assistite dalla prededuzione, salvo la prova, da parte della procedura, della dannosità per la massa o l'allegazione dell'inadempimento, sempre da parte del fallimento, e successivo onere probatorio che ricade in capo al professionista, relativo alla diligenza nell'adempimento. Invece, per le attività utili ai fini della presentazione del concordato, occorre che l'utilità stessa sia provata dal professionista creditore.

La prededucibilità del credito del professionista, che assiste l'imprenditore nella fase di presentazione della domanda, non è esclusa dalla circostanza per cui la proposta di concordato non abbia avuto seguito, purché sia stata seguita dalla sentenza dichiarativa di fallimento.

Se, a seguito della declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato, intervenga una sentenza dichiarativa di fallimento, l'efficacia di tale sentenza retroagisce alla data di presentazione della domanda, e così tutti i termini di cui agli artt. 64, 65, 67, commi 1 e 2, e 69, L.fall., nel senso disposto dall'art.69 bis, 2°co., stessa legge e così pure l'effetto ex art. 168, comma 3, ult. parte, L.fall.

L'esclusione del credito del professionista, che ha assistito l'imprenditore nella fase di presentazione della domanda di concordato, dal novero dei crediti prededucibili è giustificata nel caso in cui si sia verificato l'inadempimento da parte del professionista, su cui ricade l'onere di dimostrare il corretto adempimento della prestazione professionale (salva l'ipotesi di ammissione del concordato).

Il professionista attestatore, in caso di piano con continuità aziendale, ha il compito di indicare nella relazione lo scenario di risanamento più probabile e di valutare attentamente l'arco temporale in cui debba esser conseguito il riequilibrio.

Qualora l'attestazione ex art. 161, comma 3, L.fall. non dia conto della fattibilità del piano in continuità e della sua strumentalità a consentire il miglior soddisfacimento dei creditori, risulta carente dal punto di vista dell'idoneità della stessa a dimostrare il corretto adempimento del professionista.

omissis

Con apposito ricorso X si è opposto al provvedimento del g.d. del fallimento in epigrafe con cui lo stesso veniva escluso dallo stato passivo in relazione al proprio credito professionale per il quale invece il medesimo chiedeva l'ammissione in prededuzione. Lo stesso infatti aveva prodotto una lettera di incarico datata 8.12.2012 con cui gli veniva conferito il mandato di redigere la relazione prevista dall'art.161, 3° co., l.f.. Tale incarico veniva espletato dapprima in relazione alla domanda di concordato presentata al Tribunale di Milano, e successivamente alla declaratoria di incompetenza da parte di questo, anche in relazione alla domanda presentata al Tribunale di Monza.

Per tale attività le parti pattuivano nella stessa lettera d'incarico un corrispettivo omnicomprensivo di € 60.000,00 oltre accessori (somma che si riconosceva già parzialmente percepita per € 16.393,05, per cui si insisteva per l'insinuazione del saldo di € 55.324,69).

Il G.D. motivava l'esclusione in ragione della mancanza di data certa dell'incarico ed inoltre in quanto veniva "constatato che l'attestazione rilasciata appare carente quanto all'esplicitazione delle analisi eseguite in tema di fattibilità e sostenibilità del piano, tant'è che la proposta concordataria è stata dichiarata inammissibile" e preso inoltre atto "che per il lavoro svolto l'istante ha già percepito degli acconti".

Ciò precisato l'eccezione di mancanza di data certa deve essere respinta.

Invero è pacifico che l'attestazione predisposta dal professionista opponente era allegata alle domande di concordato presentate prima al Tribunale di Milano e poi a quello di Monza, per cui quantomeno con riferimento alle date di tali rispettivi depositi, sussiste data certa circa l'espletamento dell'incarico (nonché, appunto mediante l'allegazione alla domanda, anche al relativo conferimento), e del resto lo stesso fallimento resistente riconosce che in allegato all'attestazione depositata era indicato l'importo pattuito.

Con riferimento invece al credito del professionista si osserva quanto segue.

Va preliminarmente osservato come di recente il S.C. si sia occupato in molteplici occasioni del credito del professionista che assiste l'imprenditore nella fase di ristrutturazione – ed in particolare di presentazione della domanda di concordato – nel caso in cui poi quest'ultimo venga dichiarato fallito (cfr. ex plurimis Cass. 6031/14; 5098/14; 8533/13; 9489/13; 9316/13;).

E' noto che, alla luce del disposto dell'art.111, nuovo testo, l.f., risulta definitivamente superato il precedente sistema imperniato sul riconoscimento della prededuzione limitatamente ai debiti sorti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, in quanto autorizzata.

La nuova disposizione allude infatti, oltre a quei debiti che siano espressamente qualificati come prededucibili da specifiche disposizioni di legge, a quelli che siano "sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali".

Da tanto deriva che siano prededucibili non solo quelli relativi ad atti autorizzati dal Tribunale o dal G.D. nel corso delle varie fasi della procedura o delle procedure che si siano "conseguite", ma anche – come non può negarsi in base all'espressione "in funzione" - a quelli sorti anteriormente all'instaurazione di una procedura concorsuale (in tal senso, oltre all'arresto di cui appresso, a Cass. 3402/12).

Si fa evidentemente riferimento, come indicato dall'arresto 6031/14, a quelli sorti per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali, secondo l'espressa dizione dell'art.67, lett. g., l.f., come anche detto dal S.C. nell'indicato arresto.

Chiaramente il concetto di "strumentalità" id est "funzionalità" in parola, al fine di operare una lettura razionale della norma, non può essere dilatato fino al punto di ricomprendere qualsiasi attività posta in essere nell'ottica della ristrutturazione, ma viceversa deve essere interpretato nel senso di attività necessaria al fine di addivenire alla proposizione di un procedimento concorsuale, perché solo essa è sicuramente riferibile e quindi strumentale alla procedura stessa (potendo fra l'altro il resto dell'attività essere riferibile ad altre modalità di soluzione della crisi d'impresa che non sia proprio quella della procedura concorsuale, come il piano di cui alla lett. d) del ricordato art.67; la liquidazione volontaria ecc.).

In altri termini 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); mentre per le altre occorre la prova positiva in tal senso ed in primis l'allegazione della relativa strumentalità da parte del creditore.

Tale sistema, se interpretato come sopra, non può esporsi a improprietà ed abusi, volta che si consideri come in virtù dell'art.111 bis l.f. i crediti prededucibili sono comunque assoggettati al controllo del g.d. attraverso la loro verifica al pari degli altri crediti.

Ad escludere poi nella specie la prededuzione non vale neppure la circostanza, pacifica in atti, secondo la quale la procedura di concordato non venne mai dichiarata aperta in quanto prima il Tribunale di Milano declinò la propria incompetenza territoriale, e poi lo stesso proponente rinunciò alla domanda stessa.

In effetti va ricordato come "l'efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento, intervenuta a seguito di declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato, deve essere retrodatata alla data di presentazione di tale domanda, atteso che la ritenuta definitività anche dell'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" (Cass. 18437/10).

E d'altronde si è già deciso che la consecutio in parola non può ritenersi esclusa dalla soluzione di continuità fra le due procedure (es. di concordato e poi di fallimento), posto che essa non si risolve in un mero dato temporale, rappresentando il fallimento lo sviluppo della condizione di dissesto che diede causa alla prima procedura (così Cass. 6019/03).

Se è così, ne consegue che alla declaratoria di fallimento consegue la retrodatazione di tutti i termini di cui agli artt.64, 65, 67, 1° e 2° co., e 69, l.f., nel senso disposto dall'art.69 bis, 2° co., stessa legge, e così pure l'effetto preveduto dall'art.168, 3° co., ultima parte, sempre della legge fallimentare.

Venendo ora alla specifica motivazione data dal g.d. nel suo provvedimento di esclusione, si può certamente qualificare la medesima come eccezione di inadempimento, la quale – alla luce dei principi esposti sopra – giustifica senz'altro l'esclusione del credito, a meno che appunto l'opponente non dimostri, ai sensi dell'art.1218 c.c., il proprio corretto adempimento della prestazione professionale.

Ritiene il Collegio che siano in atti elementi sufficienti per ritenere l'inadempimento dell'opponente rispetto alla sua prestazione, in applicazione dei criteri di diligenza di cui all'art.1176 c.c.

In particolare deve notarsi che il professionista, allorché predisponga l'attestazione di cui all'art.161, 3° co., l.f. debba fornire informazioni fondamentali per valutare da un lato l'attendibilità dei dati contabili utilizzati per predisporre il piano e dall'altro un parere imparziale sulla fondatezza economica, finanziaria e patrimoniale delle assunzioni di piano.

Ma la relazione, come espressamente indica la norma, deve anche contenere un giudizio prognostico sulla fattibilità del piano, spiegando in particolare l'idoneità del piano a consentire la ristrutturazione del debito e la soddisfazione dei creditori nella misura indicata nella proposta e la coerenza dei programmi industriali e finanziari rispetto alle risorse disponibili.

Quando poi, come nella specie, si tratti di piano in continuità, la stessa deve anche attestare che la soluzione prospettata sia strumentale al miglior soddisfacimento dei creditori.

Per rispondere a tali caratteristiche la relazione non deve ovviamente far riferimento ad assunti non oggettivamente riscontrabili nonché a situazioni incerte, poiché tutti tali aspetti non sono idonei ad una corretta informazione dei creditori circa le probabilità di attuazione del piano.

Ebbene la relazione in esame non può dirsi idonea a soddisfare i requisiti che si sono brevemente rassegnati.

Già la versione originaria, come rilevato nel decreto di non ammissione del Tribunale di Milano, non rilevava la mancanza di chiarezza della proposta sulla comparazione tra le percentuali di soddisfacimento che sarebbero derivate dall'immediata liquidazione e quelle prospettate con la proposta stessa (che prevedeva il suo sviluppo in ben dieci anni); non rilevava il mancato soddisfacimento dei creditori della classe V, pertanto un'ipotesi di palese inammissibilità; non rilevava neppure un'altra plateale causa di inammissibilità, e cioè il soddisfacimento in percentuale sia di creditori muniti di privilegio generale che di quelli chirografari, pur in assenza di finanza esterna.

Ma neppure la versione presa in esame dal decreto di non ammissione reso da questo Tribunale va esente da ampie censure.

Anche questo Tribunale sottolineava l'irragionevolezza della realizzazione decennale, poiché nella specie la stessa era affidata al "verificarsi di una molteplicità di convergenze favorevoli, neppure ponderabili".

Richiamando le Linee guida per il finanziamento delle imprese in crisi, e richiamata la raccomandazione 12, il Tribunale ha chiarito altresì come in casi di piani sviluppatasi in termini lunghi, è compito dell'attestatore indicare lo scenario del risanamento come quello più probabile" ed altresì "prestare attenzione all'arco temporale entro il quale il riequilibrio deve essere conseguito ed alla presenza di eventuali ammortizzatori idonei a neutralizzare o attenuare gli eventuali scostamenti negativi", mentre a fronte di tutto ciò l'attestazione si limitò ad indicare genericamente "alla luce delle analisi effettuate ...ritiene che il piano...sia idoneo a consentire il pagamento proposto ai creditori".

Manca quindi qualsiasi analisi circa le ragioni per cui il risanamento avrebbe rappresentato lo scenario più probabile, e qualsiasi indicazione di ammortizzatori idonei a neutralizzare gli scostamenti negativi, ferme restando le incertezze legate all'imponderabilità dei fattori che condizionavano nel tempo l'andamento del piano.

In proposito anzi le variabili su cui si basava il piano erano tutt'altro che probabili: il rilancio del polo tecnologico di V infatti si basava sull'ingresso nell'area di nuove aziende, laddove lo stesso polo era allora occupato solo nella misura del 30 %; la postergazione del pagamento del capitale sul leasing di circa dieci anni si basava su colloqui tra Unicredit e il legale rappresentante della società poi fallita.

E cionostante, se ne nessuna parola viene spesa sul primo aspetto nella relazione, con riguardo al secondo l'opponente si spinse a riferire che "l'accettazione da parte di Unicredit Leasing...evento caratterizzato da un'alta probabilità di realizzazione visto il sostanziale accoglimento di tale prospettazione verbalmente manifestato all'imprenditore in sede di colloqui".

Nulla di sostanziale poi viene detto in ordine all'attivo generato dai flussi del piano industriale, se non che il giudizio "è basato sul fatto che l'informativa finanziaria prospettata è stata propriamente preparata sulla base delle assunzioni formulate dall'organo di gestione".

Nessuna considerazione veniva poi spesa dall'attestatore circa gli effetti della previsione di un pagamento così rinviato nel tempo (si ripete, circa dieci anni) rispetto alla precisa finalità del concordato in continuità, che è quella di rappresentare l'ipotesi di miglior soddisfacimento per il ceto creditorio, laddove rettamente il Tribunale osservava che simile dilazione in realtà equivaleva a un non pagamento.

In definitiva le indicate palesi carenze della relazione portano il Tribunale a ritenere che l'obbligazione professionale non sia stata adempiuta dall'opponente nel rispetto dei canoni di diligenza imposti dalla natura dell'attività esercitata (art.1176, 2° co., c.c.), com'è positivamente provato da quanto precede, per cui il provvedimento di esclusione merita integrale conferma.

Le spese, liquidate come in dispositivo, gravano interamente sull'opponente soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale

- Respinge l'opposizione confermando integralmente il provvedimento del giudice delegato
 - Condanna parte opponente al pagamento delle spese di lite che liquida in € 4.000,00 oltre accessori di legge
- Dato a Monza, addì 11 novembre 2014