

**APPUNTI IN TEMA DI PREDEDUZIONE
DEL CREDITO DEL PROFESSIONISTA
NEL CONCORDATO PREVENTIVO E
NELL'EVENTUALE SUCCESSIVO
FALLIMENTO**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La prededuzione dei crediti professionali e le sorti del concordato. - 3. Critica alla tesi dell'utilità concreta. - 4. La natura di obbligazione "di mezzi". - 5. La diligenza del prestatore d'opera e l'eccezione d'inadempimento. - 6. Il pagamento dei crediti professionali alle scadenze pattuite dal debitore.

1. Premessa

Sulla questione che qui in appresso si affronta letteratura e giurisprudenza sono – com'è ben noto – ormai copiose¹. Nondimeno, la persistente attualità del problema e le soluzioni non univoche offerte dalla Corte di Cassazione inducono a un tentativo di "riesame", anche alla luce delle (imprescindibili) categorie civilistiche che vengono in

¹ Fra i contributi più recenti cfr., anche per gli opportuni riferimenti, TRENTINI, *Crediti dei professionisti nel concordato preventivo: opponibilità e prededuzione*, in *Fallimento*, 2012, 303 ss.; VELLA, *Le nuove prededuzioni nel concordato con riserva e in continuità – I crediti dei professionisti*, in *Fallimento*, 2013, 1142 ss.; BOGGIO, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e prededuzione: crediti professionali e oltre*, in *Giur. it.*, 2013, 1822 ss.; PEZZANO, sub art. 111 l. fall., in *Commentario Ferro*, Padova, 2014, 1536 ss.; SALVATO, *Prededucibilità del credito del professionista per l'assistenza nella fase di ammissione al concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2014, 80 ss.; SALLORENZO, *I crediti prededucibili nell'ambito delle procedure concorsuali: in particolare la sorte del credito professionale sorto in "occasione" o in "funzione" del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2016, I, 431; VERNA, *Brevi note sulla prededucibilità dei crediti per compensi professionali sorti in funzione di una procedura concorsuale*, in *Dir. fall.*, 2016, I, 1526; MEO, *I crediti professionali nel concordato preventivo tra "prededuzione" e adempimento contrattuale*, in *www.rivistaodc.eu*, 2016; MACAGNO, *La S.C. conferma la prededucibilità de plano dei crediti dei professionisti per le attività finalizzate all'apertura del concordato, ma all'orizzonte si prospetta una nuova stretta normativa*, in *Fallimento*, 2017, 402 ss., cui adde la puntuale rassegna di SPADARO, *I crediti prededucibili*, ivi, 2016, 997 ss., nonché, da ultimi, FABIANI, *Concordato preventivo e divieto (non previsto nella legge) di pagamenti dei compensi professionali. Il pensiero unico recente dei giudici di merito*, in *Fallimento*, 2017, 583 ss. e BOTTAI, *Compensi dei professionisti e concordato: la Cassazione chiarisce la natura delle prestazioni e la disciplina applicabile in ciascuna fase*, in *Ilfallimentarista.it*, 2017.

evidenza e che appaiono utili a corroborare la tesi che in questa sede viene proposta.

Una – pur sommaria – descrizione del quadro normativo di riferimento non può non muovere dal precetto “cardine” in materia, vale a dire dal secondo comma dell’art. 111, 1. fall., ai sensi del 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)”.

Già all’indomani della riforma organica del 2006, che tale norma aveva introdotto, era apparso chiaro come l’espressione destinata a creare maggiori difficoltà interpretative fosse quella riferita ai crediti funzionali alla procedura.

E relativamente alla fattispecie (a quel tempo ancora poco arata) delle attività professionali prodromiche all’accesso al concordato preventivo – ma anche al fallimento – si era ritenuto di osservare, contrariamente a letture restrittive da altri proposte², che, “per quanto attiene agli esborsi relativi alla predisposizione dell’istanza di fallimento, della domanda di ammissione al concordato e della relazione dell’esperto, essi appaiono ricompresi della diversa tipologia delle spese affrontate “in funzione” di una procedura concorsuale. Ed infatti, a meno di voler ritenere che il requisito della funzionalità si risolva in un mero duplicato dell’occasionalità (facendosi in ogni caso riferimento ad un principio di contestualità cronologica con la procedura), deve ammettersi che la prededuzione operi anche per quei crediti che siano venuti ad esistenza al di fuori dei limiti temporali della procedura, purché legati ad essa da un nesso di propedeuticità; nesso, questo, che pare sussistere per gli atti indispensabili per l’ammissione tanto al concordato che al fallimento”³.

² BONFATTI, *La ripartizione dell’attivo*, in BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2006, 346.

³ AMBROSINI, *La ripartizione dell’attivo*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il Fallimento*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, 2, Padova, 2009, 662-663.

Ora, nonostante qualche voce inizialmente dissonante⁴, può oggi dirsi sostanzialmente pacifico che l'espressione di cui al secondo comma dell'art. 111 costituisce, dal punto di vista linguistico, un sintagma e non un'endiadi e che quindi il concetto di funzionalità va tenuto distinto da quello di occasionalità. Il problema, complici le numerose controversie giudiziarie fra consulenti del debitore che chiede il concordato e procedure concorsuali che ne disconoscono il credito o quanto meno il rango, si è peraltro da tempo spostato su un piano diverso: quello della possibilità di riconoscere ai crediti professionali di cui trattasi il beneficio della prededuzione.

2. La prededuzione dei crediti professionali e le sorti del concordato

In proposito, occorre distinguere il caso di un concordato preventivo che sia omologato e, in seguito, regolarmente eseguito, da quello in cui esso venga invece dichiarato inammissibile, ovvero la cui ammissione venga successivamente revocata (o di cui sia pronunciata la risoluzione al termine della "fase esecutiva").

Nella prima ipotesi, si pone il problema della collocazione del credito professionale (dell'esperto attestatore *in primis*, ma anche dei consulenti – avvocati, dottori commercialisti, periti, consulenti del lavoro, ecc. – che hanno a vario titolo assistito l'imprenditore in vista dell'ammissione alla procedura) nell'ambito del concordato.

Al riguardo, conviene ribadire la configurabilità dei crediti prededucibili anche nel concordato preventivo (c.d. prededuzione interna o endoconcordataria). Sono le norme sui finanziamenti alle imprese in crisi, a cominciare dall'art. 182 *quater* e dalla relativa rubrica (di là dalla sua non felicissima formulazione), ad avere "sdoganato" la

⁴ Trib. Firenze 26 marzo 2008, in *Foro toscano-Toscana giur.*, 2008, 2, 168; Trib. Pordenone 9 ottobre 2009, in *Unijuris.it*; Trib. Bari 17 maggio 2010, in *Dir. fall.*, 2012, II, 29.

prededuzione nel contesto concordatario⁵. E non par dubbio che i princìpi da esse espressi trovino applicazione anche con riferimento ai crediti di natura professionale (non a caso, nella versione originaria l'art. 182 *quater*, al quarto comma, menzionava espressamente il credito dell'attestatore: comma poi abrogato perché limitava ingiustificatamente la prededuzione a quella sola tipologia di credito).

Ne deriva che il piano di concordato redatto dal debitore e dai suoi consulenti deve farsi carico di esporre, dettagliandoli, gli oneri derivanti dall'attività dei professionisti strumentale all'accesso alla procedura, precisando che i relativi crediti sono destinati a essere soddisfatti in prededuzione.

Ciò attiene, com'è chiaro, al requisito di completezza del piano e, conseguentemente, al c.d. consenso informato dei creditori, incidendo l'entità dei debiti prededucibili sulle loro prospettive di soddisfacimento e sulle loro determinazioni rispetto all'alternativa fallimentare; e non a caso la Cassazione ha affermato che “solo una preventiva indicazione in seno alla proposta concordataria del novero e dell'ammontare dei “debiti della massa” consente ai creditori ammessi al voto le necessarie valutazioni sulla sua convenienza, nonché di formulare una ragionevole prognosi sulle possibilità di effettivo adempimento”⁶.

Quanto testé osservato si riverbera sulla (im)possibilità di contestare successivamente l'*an* e il *quantum* dei crediti di cui trattasi in sede concordataria, inclusa la fase di esecuzione: se i contratti da cui essi scaturiscono sono validi ed efficaci, il relativo debito prededucibile in capo

⁵ Cfr. tra gli altri STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, 1351; AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in VASSALLI-LUIISO-GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, *Le altre procedure concorsuali*, Torino, 2014, 437; ID., *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla “miniriforma” del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134*, Bologna, 2012, 136-138, cui adde PATTI, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater l. fall.*, in *Fallimento*, 2011, 1345 ss; DIDONE, *La prededuzione dopo la l. n. 134 del 2012 (prededuzione “ai sensi” e prededuzione “ai sensi e per gli effetti”?)*, in *Fallimento*, 2013, 914 ss.; NARDECCHIA, *I crediti sorti in funzione o in occasione del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2014, 78 ss.

⁶ Cass. 16 maggio 2016, n. 9995, in *Foro it.*, 2016, 11, I, 3558.

all'imprenditore non risulta in linea di massima contestabile (a meno di radicare un giudizio ordinario per dimostrare il contrario), non disponendo gli organi della procedura di alcun potere di intervento in materia.

La predetta conclusione non appare destinata a mutare nell'eventualità di "*consecutio*" fra due procedure di concordato. Ed invero, la necessità di tutelare l'affidamento di quanti contraggono rapporti con il debitore in concordato confidando nella prededucibilità dei propri crediti, unitamente a una più generale esigenza di stabilità e certezza delle situazioni giuridiche, depongono nel senso di una sorta di "*ultrattività*" della prededuzione nel successivo concordato, presentato dopo che il precedente sia stato oggetto di rinuncia, revoca, mancata approvazione o diniego di omologazione (e senza che, ovviamente, sia intervenuta *medio tempore* la dichiarazione di fallimento).

Ciò vale a prescindere dall'eventuale soluzione di continuità temporale fra l'una e l'altra procedura concordataria, a condizione, però, che entrambe risultino dirette a regolare la stessa crisi d'impresa.

E' tuttavia la seconda ipotesi, quella della dichiarazione di fallimento a seguito dell'infruttuoso tentativo di risolvere la crisi attraverso il concordato, a risultare alquanto controversa ed invero oggettivamente controvertibile, anche per via di una gamma estremamente variegata di situazioni possibili, giacché si va dalla non ammissione *in limine*, alla revoca ex art. 173 (prima o dopo la votazione), alla mancata approvazione, al diniego di omologazione, fino alla successiva risoluzione per inadempimento del concordato omologato.

L'esigenza sottesa alle letture più rigorose (e dunque meno inclini a riconoscere il rango prededucibile ai crediti professionali, specie quando la loro entità finisca con l'assorbire oltremisura risorse da destinare ai crediti preesistenti) è quella, schiettamente condivisibile, di non gravare in misura eccessiva sull'attivo disponibile per la massa dei creditori; esigenza opportunamente esplicitata

nel disegno di legge delega n. 3671-*bis* del 2016, al cui art. 2, lett. i), si prevede di “ridurre la durata e i costi delle procedure concorsuali, anche attraverso misure di responsabilizzazione degli organi di gestione e di contenimento delle ipotesi di prededuzione, con riguardo altresì ai compensi dei professionisti, al fine di evitare che il pagamento dei crediti prededucibili assorba in misura rilevante l’attivo delle procedure”.

Si tratta tuttavia di individuare lo strumento interpretativo corretto ai fini del perseguimento di tale – largamente condiviso – obiettivo.

3. Critica alla tesi dell’utilità concreta

La giurisprudenza in materia è frequentemente ricorsa – com’è noto – allo spartiacque dell’utilità concreta per il ceto creditorio, in assenza della quale la prededuzione del credito professionale è stata esclusa⁷.

Ora, il concetto di utilità concreta potrebbe – com’è noto – essere recepito in via normativa se l’auspicata legge delega dovesse confermare quanto ad oggi del contenuto all’art. 6, lett. d), ove si stabilisce che “i crediti dei professionisti sorti in funzione del deposito della domanda, anche ai sensi dell’articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, della proposta, del piano e della documentazione di cui ai commi secondo e terzo del predetto articolo 161 siano prededucibili a condizione che la procedura sia aperta a norma dell’articolo 163 del medesimo regio decreto n. 267 del 1942”. E ciò, di là dalle valutazioni che se ne potrebbero dare, avrebbe indubbiamente il pregio della certezza: al fine non solo di escludere i crediti professionali in caso di mancata ammissione al concordato, ma anche, a ben vedere, di conservare il rango prededucibile nell’ipotesi di

⁷ In tal senso Cass. 4 novembre 2015, n. 22450, in *Giustizia Civile Massimario* 2015; Cass. 5 marzo 2015, n. 4486, in *Ilfallimentarista.it*, 2015; Cass. 6 febbraio 2015, n. 2264, in *Diritto & Giustizia*, 2015.

vicende negative della procedura successive all'ammissione (revoca, declaratoria di inammissibilità, risoluzione).

Di contro, addivenire in via interpretativa all'applicazione del criterio dell'utilità concreta risulta, ad un tempo, non agevole e di dubbia opportunità.

Gli interrogativi che seguono e le consustanziali perniciose incognite sul piano applicativo chiariscono l'assunto ancor meglio dei successivi ragionamenti argomentativi.

E' davvero sempre *inutile* l'attività professionale in questione quando la domanda di ammissione al concordato non viene accolta? E in quali casi detta attività può invece considerarsi utile: quando vi è l'ammissione, anche se poi essa viene revocata, o quando vi è l'approvazione da parte dei creditori? Oppure tale utilità sussiste solo una volta che il concordato sia stato omologato o, addirittura, regolarmente eseguito?

Già da questi interrogativi appare evidente quanto "scivoloso" sia il concetto di utilità concreta e a quali eterogeneità a livello di prassi possa dar luogo.

La soluzione più "draconiana", in astratto, sarebbe quella di riconoscere il beneficio della prededuzione solo a concordato interamente adempiuto, giacché soltanto in quel momento si avrebbe la definitiva certezza della piena utilità per la massa dell'attività dei consulenti del debitore, coincidente con l'integrale raggiungimento dello scopo.

Senonché non consta, almeno in giurisprudenza, un orientamento tanto estremo, che fra l'altro, di là da una discutibile afflittività nei confronti di creditori asseritamente prededucibili, costringerebbe l'imprenditore (o il liquidatore giudiziale) a lasciare accantonato sino alla fine un importo pari all'entità dei crediti professionali in questione (che d'altronde andrebbero pagati per intero anche in caso di attivo capiente, quanto meno fino a quel grado, per i privilegiati).

Ed infatti, un'impostazione foriera di un così elevato livello di incertezza e di conseguenze così penalizzanti per

i professionisti creditori, a tale titolo, dell'imprenditore non sembra fondatamente praticabile.

Semmai, più persuasiva risulta la tesi diametralmente opposta, che considera l'attività di assistenza all'imprenditore strumentale all'accesso al concordato, in linea di principio, *sempre utile* ai creditori, dal momento che solo per effetto del deposito del ricorso ex art. 161 (anche "con riserva") prende a operare la regola della *par condicio* e cessano di decorrere, ex art. 55, gli interessi sui crediti chirografari (cosa che la semplice messa in liquidazione della società non produce), scongiurandosi in tal modo l'aggravamento del dissesto, come del resto accade anche in dipendenza dell'istanza di fallimento in proprio⁸.

Sotto il profilo dell'emersione della crisi e di quanto consegue alla sua "proceduralizzazione", dunque, l'utilità potrebbe considerarsi, a ben vedere, *in re ipsa*.

Non è un caso, del resto, che l'attività professionale in questione sia giudicata meritevole di tutela dalla legge stessa, che esenta dall'azione revocatoria i pagamenti effettuati al fine di ottenere "la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali di concordato preventivo" (art. 67, 3° c., lett. g).

4. La natura di obbligazione "di mezzi"

La tesi dell'utilità concreta, a ben vedere, non appare conciliabile neppure con la natura delle prestazioni professionali di cui trattasi, la quale non consente di subordinare la prededuzione all'effettivo conseguimento del risultato, quale che esso sia (ammissione al concordato, approvazione od omologazione), bensì

⁸ E v. infatti Cass. 9 settembre 2014, n. 18922, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Fallimento*, n. 387; Cass. 19 luglio 2016, n. 14813, in www.ILcodicedeconcordati.it; cui adde, nella giurisprudenza di merito, Trib. Terni, 22 marzo 2012, in *Dir. fall.*, 2012, II, 575, con nota di FALINI, *Sulla prededucibilità delle spese legali sostenute dal creditore istante per la dichiarazione di fallimento*, in *Dir. fall.*, 2012, II, 582.

esclusivamente all'astratta idoneità a perseguire l'obiettivo.

Il discorso rimanda all'annosa *querelle* circa la distinzione fra obbligazioni di mezzi (o di comportamento) e obbligazioni di risultato⁹, che, coniata dalla dottrina francese negli Anni Venti del secolo scorso¹⁰, ha impegnato generazioni di giuristi, una parte dei quali l'ha resa oggetto di critica¹¹ e altra parte ha invece continuato a ricorrervi senza difficoltà¹².

Ad ogni modo, le pur differenti impostazioni in materia finiscono per esprimere un nucleo concettuale comune, vale a dire (detto in termini consapevolmente sommari) che il discrimine fra i due tipi di prestazioni si risolve, al postutto, nella diversa valutazione che deve darsi all'eventuale negligenza del debitore¹³, ovvero che nelle prestazioni di mezzi il "risultato" coincide con l'adeguatezza dell'attività diretta al raggiungimento dell'obiettivo¹⁴. Donde l'indiscutibile valore, quanto meno descrittivo, di tale partizione, la quale – com'è stato autorevolmente osservato – permette di "individuare obbligazioni in cui la diligenza, oltre che la misura per valutare l'esattezza dell'adempimento, costituisce ed esaurisce l'oggetto stesso dell'obbligazione"¹⁵.

A sua volta la giurisprudenza di Cassazione continua ad affermare, condivisibilmente, che "le obbligazioni inerenti all'esercizio dell'attività professionale sono, di regola, obbligazioni di mezzi e non di risultato, in quanto il

⁹ Su cui v., in luogo di altri, MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, I, 305 ss.; COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, 43; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, 58-59; RESCIGNO, voce "*Obbligazioni (nozioni)*", in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, 191; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, 227.

¹⁰ DEMOGUE, *Traité des obligations en general*, V, Paris, 1925, n. 1237.

¹¹ MENGONI, cit., 305; COTTINO, cit., 43; PIRAINO, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2008, 85 ss.

¹² GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 638; FRANZONI, *Le obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Le obbligazioni in generale*, II, a cura di FRANZONI, Torino, 2004, 1139 ss.; D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*, Napoli, 1999, 162 ss.

¹³ MESSINEO, cit., 58.59.

¹⁴ MENGONI, cit., 206.

¹⁵ RESCIGNO, cit., 191.

professionista, assumendo l'incarico, si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non a conseguirlo; pertanto, ai fini del giudizio di responsabilità nei confronti del professionista, rilevano le modalità dello svolgimento della sua attività in relazione al parametro della diligenza fissato dall'art. 1176, 2° comma, c.c. che è quello della diligenza del professionista di media attenzione e preparazione¹⁶.

Ora, calando i suddetti principi civilistici nella discussione che ci occupa, occorre prendere atto di come non sia corretto far dipendere il riconoscimento del rango prededucibile di un credito professionale (scaturente, quindi, da una prestazione priva di obbligo di risultato) dall'avvenuta ammissione del debitore al concordato o dal buon fine di questa procedura.

Ciò che conta, in altre parole, è l'astratta idoneità della prestazione a consentire al debitore di accedere al concordato e non anche l'effettiva ammissione alla procedura, che è evento estraneo alla sfera di controllo (o di "governo", com'è stato detto da qualcuno¹⁷) del prestatore d'opera intellettuale, la cui obbligazione resta disciplinata, anche nell'ambito di cui trattasi, dal canone della diligenza professionale ex art. 1176, 2° c., c.c., e la cui responsabilità è "scriminata" dalla mancanza di dolo o colpa grave al cospetto di problemi tecnici di speciale difficoltà ex art. 2236 c.c.

L'assunto, d'altronde, trova conferma sul piano logico prima ancora che su quello giuridico: ed invero, a monte sta l'astratta idoneità della prestazione, a valle la sua (meramente eventuale) utilità concreta, di tal che l'una è il *prius*, l'altra il *posterius*¹⁸ e quest'ultima non può pertanto

¹⁶ Così, ad esempio, Cass. 5 agosto 2013, n. 18612, in *Danno e Resp.*, 2013, 1089; nello stesso senso già, fra le altre, Cass. 18 aprile 2011, n. 8863, in *Contratti*, 2011, 984; Cass., 11 gennaio 2010, n. 230, in *Vita Notar.*, 2011, 139.

¹⁷ SICCHIERO, *Dalle obbligazioni di mezzi e di risultato alle obbligazioni governabili e non governabili*, in *Giur. it.*, 2015, 2322.

¹⁸ Cfr., negli stessi termini, MEO, cit. (nt. 1), 18, secondo il quale, "se la prestazione dell'attività sia stata "utile" o meno è un *posterius*, la cui valutazione può essere condotta solo in via successiva. Il giudizio di strumentalità implica invece una valutazione *ex ante*, di idoneità dell'attività richiesta – e pagata prima dell'apertura della procedura – a soddisfare l'obiettivo dell'accesso ad essa. Difetta ogni base logica per ritenere che, a parità di

assurgere a fattore condizionante il rango prededucibile del credito professionale.

Del resto, attingendo alle categorie del diritto dei contratti, appare francamente arduo considerare l'utilità alla stregua di un elemento struttural-causale del negozio, attenendo essa, semmai, alla sfera dei motivi¹⁹, com'è noto in linea di principio irrilevanti (a meno che non siano illeciti e comuni ai paciscenti). L'effettivo conseguimento del risultato non può che costituire, dunque, mero parametro per la valutazione della diligenza concretamente adottata dal prestatore d'opera nello svolgimento della propria attività.

Se così è, e si vuole seguire un ragionamento rigoroso anche sotto il profilo delle categorie civilistiche, allora non è agevole discostarsi dalla conclusione cui è da ultimo approdata la Suprema Corte, là dove ha affermato che “il credito del professionista che abbia svolto attività di assistenza e consulenza per la redazione e la presentazione della domanda di concordato preventivo, rientra “de plano” tra i crediti sorti “in funzione” di quest’ultima procedura e, come tale, a norma dell’art. 111, comma 2, l.fall., va soddisfatto in prededuzione nel successivo fallimento, senza che, ai fini di tale collocazione, debba essere accertato, con valutazione “ex post”, che la prestazione resa sia stata concretamente utile per la massa in ragione dei risultati raggiunti, competendo all’organo concorsuale che ne invochi l’eccedenza rispetto a tale scopo dimostrarne (anche solo per una eventuale parte) superfluità ovvero casualità di assunzione quanto al profilo debitorio che ne sia scaturito, oltre che l’intento frodatorio. Pertanto le prestazioni dell’attestatore, dello stimatore titolato, del professionista redattore o coadiutore del piano in preparazione e del legale redigente la domanda, per un verso integrano attività almeno

prestazione e a parità di sua attitudine in concreto a supportare l’accesso dell’imprenditore alla procedura, il trattamento del relativo credito debba esser diverso a seconda che poi, per eventi indipendenti dall’attività espletata, la procedura possa non avere buon fine”.

¹⁹ Intendendo per movente individuale che ha spinto l’imprenditore in crisi ad affidare l’incarico al professionista, appunto, la ricerca di detta utilità.

astrattamente collocabili in relazione alla procedura instauranda o pendente (già con il deposito della domanda giudiziale) e, per altro verso, perché siano considerate eccedenti l'ordinaria amministrazione non basta né il loro costo assolto in modo diretto dal debitore, né la datazione temporale del pagamento (a concordato con riserva pendente) per trasformare i relativi atti solutori in atti di straordinaria amministrazione non autorizzati per gli effetti di cui all'art. 173 l.fall.²⁰.

5. La diligenza del prestatore d'opera e l'eccezione d'inadempimento

Quanto fin qui osservato non significa, beninteso, che non vi siano strumenti di reazione ove ci si trovi in presenza di prestazioni professionali non connotate da sufficiente diligenza (es.: relazione dell'esperto radicalmente difforme dai cc.dd. Principi di attestazione emanati dal Consiglio nazionale dei commercialisti; ricorso per concordato che denoti la non conoscenza di consolidati principi giurisprudenziali; piano finanziario e industriale totalmente privo dei cc.dd. *stress tests*; perizie incomplete e comunque sprovviste di adeguato sviluppo motivazionale, ecc.), ma soltanto che – come chi scrive va da tempo sostenendo – non è quello della prededuzione del credito il piano su cui va collocato il discorso, quanto piuttosto quello dell'esistenza stessa del credito e, comunque, della sua congrua quantificazione.

Delle due infatti l'una: se il credito professionale è sorto in funzione della procedura concorsuale (e l'astratta funzionalità rispetto all'obiettivo va valutata nel modo anzidetto), allora è quanto meno arduo disconoscere la prededuzione; se invece la prestazione non è stata svolta con la dovuta diligenza e non risulta quindi idonea, *ex ante*, al conseguimento dell'obiettivo prefissato, in sede di

²⁰ Cass. 10 gennaio 2017, n. 280, così massimata in *Fallimento*, 2017, 399, con nota di MACAGNO, cit. (nt. 1).

stato passivo fallimentare il relativo credito può – e deve – essere escluso in tutto o in parte a seconda della gravità dell'inadempimento (eccezione di inadempimento o di inesatto adempimento), e ciò in ossequio al principio *inadimpleti non est adimplendum*, sancito in tema di risoluzione del contratto dall'art. 1460 c.c., ai sensi del quale ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione se l'altro non adempie la propria, a meno che il rifiuto, avuto riguardo alle circostanze, risulti contrario a buona fede.

Va dunque salutato con favore il fatto che, a quanto consta, la giurisprudenza di diversi tribunali – a cominciare da quelli di Roma e di Milano – si stia orientando, a quanto consta, in tale ultimo senso.

Nelle situazioni connotate da più gravi patologie prestazionali, infine, non può escludersi che la pretesa creditoria del professionista sia paralizzata dall'eccezione di compensazione basata su un controcredito di tipo risarcitorio; ovviamente se e nella misura in cui la negligenza del creditore sia stata foriera di danni (e ferma la necessaria omogeneità di credito e controcredito affinché il fenomeno compensativo possa avere luogo).

6. Il pagamento dei crediti professionali alle scadenze pattuite dal debitore

Un ultimo aspetto, non meno rilevante sul piano applicativo, attiene alla possibilità di ottenere il pagamento dei crediti professionali in costanza di procedura concordataria.

In primo luogo, va osservato come debba esservi, a monte, una previsione contrattuale valida e opponibile che giustifichi la richiesta di pagamento da parte del professionista (richiesta che altrimenti va respinta *in limine*).

In secondo luogo, sembra doversi distinguere la fase c.d. preconcordataria dal momento successivo al decreto di ammissione.

Partendo dalla seconda ipotesi, *nulla quaestio*, a mio avviso, se il contratto per un verso e il piano per l'altro prevedono versamenti di denaro a beneficio dei professionisti in ragione del lavoro svolto, a condizione, naturalmente, che ci sia effettiva capienza dell'attivo disponibile, anche in ottica prospettica.

Quanto al secondo caso, la cogenza degli impegni negoziali, per un verso, e il carattere prededucibile del credito, per l'altro, dovrebbero deporre nel senso della possibilità per il debitore in concordato di effettuare il pagamento senza la previa autorizzazione *ex artt.* 161, 7° comma, e 167, l. fall., non trattandosi – in linea di principio – di atto di straordinaria amministrazione.

L'unico limite può forse ravvisarsi nella necessità per il tribunale di evitare abusi a danno dei creditori, specie quando risultino: (i) particolarmente incerta l'eventualità che vengano effettivamente depositati domanda e piano concordatari; (ii) oggettivamente sproporzionati gli importi da corrispondere a titolo di acconto in rapporto all'entità di attivo e passivo concordatari; (iii) ancora eccessivamente vaghi (per non dire indefiniti) i contorni del piano concordatario nell'imminenza dello scadere del termine per il relativo deposito.

In una situazione siffatta parrebbe preferibile, in effetti, non dar corso a pagamenti fino all'ammissione al concordato; e ciò, a ben vedere, a tutela dello stesso debitore, stante il pericolo per lui di essere tacciato di condotte abusive.

Laddove invece i compensi appaiano sostanzialmente congrui e non vi siano specifiche e comprovate ragioni che depongano nel senso del pressoché sicuro insuccesso dell'iniziativa concordataria, non sembra preclusa la possibilità di far luogo ai pagamenti in questione.

Ferma, in ogni caso, la difficoltà per il tribunale di disporre la revoca del concordato fondandola sul difetto di

autorizzazione, giacché – si ribadisce – non pare agevole ricondurre *sic et simpliciter* la situazione in parola al novero degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione²¹.

²¹ Nello stesso senso FABIANI, cit. (nt. 1), 586, secondo il quale, “se il negozio di affidamento dell'incarico rientra nella normale gestione del debitore in crisi e se non può essere la misura del compenso a mutarne la natura, siamo al cospetto di atti di ordinaria amministrazione; ciò significa che un tale negozio non potrà rilevare ai fini della revoca del concordato ai sensi dell'art. 173 l.fall. per violazione dell'art. 167 o dell'art. 161, comma 7, l.fall. [...]. Sennonché, il fatto che gli atti di conferimento dell'incarico non debbano essere autorizzati [...] non equivale a considerarli insindacabili. [...] Il tribunale potrebbe sindacare il negozio di conferimento dell'incarico come atto in frode, quando si dimostri che si tratti di un atto compiuto per pregiudicare i diritti dei creditori; così, come, nel fallimento, il curatore potrebbe promuovere un'azione revocatoria del negozio di conferimento dell'incarico stipulato prima del deposito della domanda. All'esterno di questo perimetro dobbiamo ripudiare l'idea di un controllo preventivo che inciderebbe sui diritti del debitore; il debitore deve essere libero di scegliersi la squadra dei professionisti che lo devono assistere, avendo, però, la consapevolezza che quell'atto potrà essere, poi, oggetto di valutazione da parte dei creditori e del giudice”.