

Civile Sent. Sez. 1 Num. 639 Anno 2021

Presidente: CRISTIANO MAGDA

Relatore: FIDANZIA ANDREA

Data pubblicazione: 15/01/2021

### SENTENZA

sul ricorso 20229/2017 proposto da:

Sambuchi Paolo, elettivamente domiciliato in Roma, Via G. Vitelleschi n.26, presso lo studio dell'avvocato Spadaro Salvatore, rappresentato e difeso dall'avvocato Pelliccia Riccardo, giusta procura a margine del ricorso;

-ricorrente -

contro

Fallimento n. 41/16 della Cose Di Lana s.p.a., in persona dei curatori fallimentari, dott. Rocchi Francesco, dott. Brogi Francesco e avv. Tiradritti Francesca (in breve anche "Curatela" o "Fallimento") elettivamente domiciliato

in Roma, V. del Banco di Santo Spirito n.42, presso lo studio dell'avvocato Di Cecco Giustino che lo rappresenta e difende, giusta procura in calce al controricorso;

-controricorrente -

avverso il provvedimento del TRIBUNALE di AREZZO, depositata il 26/07/2017;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 30/09/2020 dal cons. FIDANZIA ANDREA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale DE MATTEIS STANISLAO, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso in subordine remissione S.U.;

udito per il ricorrente l'Avvocato Pelliccia, che ha chiesto l'accoglimento;

udito per il controricorrente l'Avvocato Moramarco Mary, delega di Cecco, che ha chiesto il rigetto.

#### FATTI DI CAUSA

Il Tribunale di Arezzo, con decreto depositato in data 21 agosto 2017, ha rigettato l'opposizione ex art. 98 L.F. proposta dal dott. Paolo Sambuchi per ottenere l'ammissione in prededuzione, allo stato passivo del Fallimento Cose di Lana s.r.l., del credito professionale- ammesso dal G.D. in privilegio ex art. 2751 bis n. 2 cod. civ. -vantato per avere predisposto e redatto la domanda per l'ammissione della società poi fallita alla procedura di concordato preventivo.

Il tribunale ha condiviso la decisione del G.D., fondata sul rilievo che la proposta concordataria era stata dichiarata inammissibile (in quanto inidonea ad assicurare il pagamento dei crediti chirografari nella misura del 20%) e che pertanto *"difettavano in radice i presupposti per il riconoscimento della prededuzione ex art. 111 l.fall., stante la mancanza di una procedura concorsuale rispetto alla quale valutare la funzionalità e/o l'occasionalità della prestazione"*; in particolare, il giudice del merito, dopo aver premesso che il giudizio sulla funzionalità del credito del professionista deve essere operato *ex ante*, ha osservato che il difetto di fattibilità giuridica della proposta impediva di ritenere validamente esistente il suo elemento causale ed era destinato a



ripercotersi *ab imis* sulla legittimità della procedura di concordato, con conseguente non rispondenza allo scopo della stessa dell'attività da cui il credito era scaturito.

Avverso il predetto decreto Paolo Sambuchi ha proposto ricorso per cassazione, affidato a due motivi.

Il Fallimento Cose di Lana s.p.a. ha resistito con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memorie ex art. 378 cod. proc. civ..

## **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. Con il primo motivo Sambuchi denuncia la violazione e falsa applicazione, ex art. 360 comma 1° n. 3 c.p.c., degli artt. 69 bis e 111 legge. fall..

Secondo il ricorrente, il tribunale aretino avrebbe erroneamente assimilato all'assenza fattuale di una domanda di concordato preventivo la diversa ipotesi in cui la domanda sia stata presentata ma dichiarata inammissibile, così ponendo sul medesimo piano le distinte fattispecie dell'inesistenza di una procedura concordataria e della sua non utile prosecuzione, .

2. Con il secondo motivo il ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione, ex art. 360, co. 1, n. 3 c.p.c., dell'art. 111 l. fall.

Osserva che la dichiaratoria di inammissibilità della domanda di concordato non è idonea a privare il credito del professionista del rango della prededuzione, avendo l'art. 111 cit. esteso la prededucibilità a tutti i crediti sorti in funzione di precedenti procedure concorsuali, fra i quali il credito del professionista rientra *de plano*, senza che debba verificarsi il "risultato" delle prestazioni (certamente strumentali all'accesso alla procedura minore) da questi svolte, ovvero la loro concreta utilità per la massa.

3. I motivi, da esaminarsi unitariamente in ragione della stretta connessione delle questioni trattate, sono infondati.

Va preliminarmente osservato che, in tema di concordato preventivo, questa Corte ha costantemente statuito che il credito del professionista che abbia svolto attività di assistenza e consulenza per la redazione e la presentazione della domanda, rientra *de plano* tra i crediti sorti "in funzione" della procedura e, come tale, ai sensi dell'art. 111, secondo comma, l. fall. - norma che ha introdotto



un'eccezione al principio della *par condicio creditorum* al fine di favorire il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi d'impresa - 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 (v. Cass. nn. 16224/2019, 1182/2018, 22450/2015, 19013/2014).

La ragione specifica di tale affermazione è stata tuttavia rinvenuta nell'essere l'ammissione al concordato di per sé sintomatica della funzionalità alla procedura delle attività di assistenza e consulenza connesse alla presentazione della domanda e alle eventualmente successive sue integrazioni.

Le pronunce sopra citate sono state infatti tutte emesse in fattispecie in cui il fallimento era intervenuto dopo il venir meno (per revoca, mancato raggiungimento delle maggioranze richieste dalla legge o altro) di una procedura di concordato dichiarata aperta a norma dell'art. 163 l. fall. e nelle quali si era dunque indubitabilmente realizzato il fenomeno, cd. della consecuzione, che funge da elemento di congiunzione fra procedure distinte, come se l'una si evolvesse nell'altra, e che consente di traslare la preferenza procedimentale in cui consiste la prededuzione (soddisfacimento del credito- nei limiti dell'attivo disponibile- con precedenza assoluta, e al di fuori del riparto), facendo sì che essa valga non solo nell'ambito della procedura in cui è maturata, ma anche in quella che ad essa sia succeduta (cfr. Cass. n. 15724/2019).

Ad avviso di questo collegio (pur consapevole dell'opinione difforme manifestata da Cass. n. 7974 del 2018 e Cass. n. 30204 del 2017), non può invece attribuirsi natura prededucibile al credito formatosi antecedentemente alla dichiarazione di fallimento, ove la procedura minore (nel caso di specie, quella di concordato preventivo) non sia stata aperta, per essere stata solo presentata una domanda di concordato dichiarata inammissibile ex art. 162 comma 2° l. fall. (sul punto vedi anche Cass. n. 25589/2015).

Con la presentazione della domanda di concordato e, segnatamente, con la sua pubblicazione nel registro delle imprese, si instaura infatti un mero procedimento di "verifica" - tale è l'espressione testuale utilizzata dall'art. 162 comma 2° l. fall.

- finalizzato ad accertare la sussistenza dei presupposti per l'ammissione alla procedura.

L'attività che il tribunale pone in essere nel corso di tale procedimento è quanto mai articolata, concretandosi in una serie di controlli che hanno ad oggetto, oltre al preliminare accertamento dell'esistenza dei requisiti dimensionali dell'imprenditore istante ex art 1 l. fall. e dello stato di crisi, l'esame della completezza e congruità logica della relazione dell'attestatore, della fattibilità giuridica del piano concordatario (ovvero della sua non contrarietà alle norme inderogabili di legge), della correttezza dei criteri di formazione delle classi, ove previste, secondo il parametro dell'omogeneità di posizione giuridica e degli interessi economici, della non manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati - unico profilo sindacabile quanto alla fattibilità economica- (Cass. n. 4790/2018), della non abusività della proposta concordataria, etc..

Solo se la verifica ha un esito positivo, il tribunale fallimentare, secondo quanto previsto dall'art. 163 l. fall., con decreto non soggetto a reclamo, dichiara aperta la procedura di concordato preventivo, provvedendo contestualmente alla nomina dei suoi organi (giudice delegato, commissario giudiziale) ed alla convocazione dei creditori.

Nel caso di esito negativo del procedimento, il tribunale emette invece una pronuncia di inammissibilità "della proposta", e non già "del concordato": ciò significa che la domanda di ammissione alla procedura, al pari di ogni altra domanda sottoposta alla previa deliberazione del giudice, non è produttiva dell'effetto che con essa l'imprenditore intende conseguire fino a quando non risulti accertata la sussistenza dei presupposti necessari al suo accoglimento.

La conclusione non è contraddetta dal fatto che la legge collega alla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese, nel caso di fallimento consecutivo, e indipendentemente dall'ammissione alla procedura minore, una serie di effetti tipici, quali la cristallizzazione della massa passiva (art 169 l. fall.) e la retrodatazione del periodo sospetto ai fini dell'esperibilità delle azioni revocatorie (art. 69 bis, 2° comma l. fall.), laddove, nel vigore del R.d. n. 267/42 non ancora modificato dai molteplici interventi di riforma succedutisi a partire dal d.l. n. 35 del 2005- convertito dalla l. n.80 del 2005 -

tali effetti si producevano solo dalla data di ammissione dell'imprenditore alla procedura minore (l'uno secondo l'interpretazione dell'art. 169 previgente fornita da questa Corte; l'altro in forza del principio giurisprudenziale, recepito a livello normativo proprio dall'art. 69 bis, 2° comma, fondato sulla constatazione dell'unicità della situazione di insolvenza che, a partire dal concordato, aveva condotto al fallimento).

Va tuttavia considerato che nella precedente disciplina, in cui il fallimento poteva essere dichiarato d'ufficio dal tribunale, la domanda di concordato non era soggetta ad alcuna forma di pubblicità ed era, per così dire, "confessoria" dello stato di insolvenza dell'imprenditore e la proposta era subordinata a ben precise condizioni che rendevano assai semplice la verifica della sua ammissibilità, un problema di notevole divergenza temporale fra la data di presentazione di detta domanda e la sentenza dichiarativa non poteva neppure porsi.

Le ragioni per le quali, nell'attuale disciplina, la decorrenza degli effetti di cui si è detto è stata anticipata alla data di iscrizione della domanda vanno dunque da un lato ricercate nell'esigenza, avvertita dal legislatore, di evitare che il maggior tempo oggi necessario allo svolgimento del procedimento di verifica, usualmente complesso, nonché l'eventuale, ulteriore stacco temporale che potrebbe intercorrere, in caso di assenza di contestuali istanze di fallimento, fra la pronuncia di inammissibilità della proposta e l'emissione della sentenza dichiarativa, vadano a danno dei creditori concorsuali; dall'altro nel fatto che risulterebbe del tutto illogico, una volta constatato che la sentenza di fallimento ha costituito il mero atto terminale di una vicenda originata dall'insolvenza dell'imprenditore, far risalire in via presuntiva detta insolvenza ad un evento incerto (l'ammissione al concordato) anziché alla data in cui l'imprenditore medesimo ha reso noto ai terzi di versare, quantomeno, in uno stato di crisi che ben potrebbe risultare non più reversibile.

Pertanto, ancorché attraverso la modifica dell'art. 169 e l'introduzione dell'art. 69 bis, 2° comma cit. la nozione di consecuzione fra procedure distinte elaborata dalla giurisprudenza sia stata impropriamente estesa anche alla fattispecie, affatto diversa, in cui, dichiarata inammissibile (o rinunciata) la domanda

concordataria, sia stato accertato, con la sentenza di fallimento, che lo stato in cui l'imprenditore versava all'epoca di presentazione di tale domanda era quello di insolvenza, non v'è motivo per ritenere che l'estensione valga al di là delle specifiche finalità previste dalle norme in esame e che, con esse, il legislatore abbia inteso anticipare al momento dell'iscrizione della domanda nel registro delle imprese anche l'avvio del concordato, sostanzialmente equiparando (o, per così dire, trasformando)- in contraddizione col disposto degli art. 162 e 163 l. fall.- il procedimento di verifica, volto al mero accertamento della ammissibilità della proposta, alla (nella) vera e propria procedura concordataria, sebbene non ancora dichiarata aperta.

D'altro canto, stante il tenore testuale dell'art.111, 2° comma, l. fall., secondo cui *"sono considerati crediti prededucibili ... quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge"*, la natura prededucibile del credito può essere riconosciuta solo nel caso di apertura della procedura cui esso risulti collegato da un nesso cronologico o teleologico, nell'ambito della quale è in origine destinato a ricevere tale collocazione (salva la sua traslazione, con uguale collocazione, nella procedura consecutiva).

La nozione di funzionalità (strumentalità) della prestazione dalla quale sorge il credito, cui consegue il diritto del creditore ad essere soddisfatto in prededuzione, non può invece essere ampliata fino al punto di comprendervi qualsivoglia attività resa nel mero tentativo, risultato infruttuoso, di accedere ad una determinata procedura, quand'anche, in luogo di questa, ne sia stata aperta una diversa e non voluta: restando al caso di specie (in cui alla constatata inammissibilità della domanda di concordato è seguita la dichiarazione di fallimento) una tale opzione interpretativa per un verso non tiene conto che la prestazione di assistenza del professionista, volta a favorire il cliente e non certo i creditori concorsuali, è del tutto scollegata dal vantaggio a costoro - in tesi-derivante dalla retrodatazione degli effetti del fallimento alla data di pubblicazione della domanda di concordato, vantaggio che piuttosto scaturisce dalla scelta dell'imprenditore (cui unicamente spetta la relativa decisione) di presentare tale domanda; per altro verso, finisce con l'agevolare la presentazione di domande di concordato prive di concrete possibilità di



accoglimento e col pregiudicare i creditori concorsuali, ponendo a carico del fallimento i costi (spesso ingenti) di prestazioni superflue.

Le considerazioni esposte conducono, in definitiva, ad escludere che possa essere qualificato come prededucibile il credito derivante da un'attività preparatoria che, se pur resa con la finalità di ottenere l'accesso dell'impresa alla procedura minore, non sia di fatto servita neppure al raggiungimento di tale obiettivo minimale (cfr. Cass. n. 5254/2018) e la cui utilità sia in sostanza risultata circoscritta alla presentazione di una domanda di concordato dichiarata inammissibile.

Infine, non depone in senso contrario alla tesi qui sostenuta la previsione, contenuta nell'art.161, comma 7, l. fall., della prededucibilità dei crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore nel periodo intercorrente fra il deposito del ricorso per concordato con riserva e l'emissione del decreto di cui all'art. 163: al di là del rilievo che la precedenza processuale di tali crediti non è legata al requisito della "funzionalità", ma al loro inserimento nella diversa tipologia dei crediti definiti prededucibili "per espressa disposizione di legge", alla categoria in esame (come emerge dal periodo che, all'interno della medesima disposizione, precede detta previsione: *"nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione"*) vanno infatti ricondotti i crediti derivanti dagli atti compiuti per l'ordinaria gestione dell'impresa ( ovvero per la prosecuzione della sua attività tipica) e sempre che tali atti non incidano negativamente sul patrimonio destinato al soddisfacimento dei creditori concorsuali, gravandolo di ulteriori debiti o sottraendo beni alla disponibilità della massa (Cass. 29/05/2019 n. 14713).

Deve, in conclusione, formularsi il seguente principio di diritto:

"L'art. 111 comma 2° legge fall., nello stabilire che sono considerati prededucibili i crediti sorti "in funzione" di una procedura concorsuale, presuppone che una tale procedura sia stata aperta, e non la semplice presentazione di una domanda di concordato, che dà luogo unicamente ad un procedimento di verifica volto al mero accertamento dell'ammissibilità della proposta. Il credito del professionista che abbia svolto attività di assistenza e



consulenza per la presentazione della domanda di concordato preventivo dichiarata inammissibile o rinunciata non è pertanto prededucibile nel fallimento, ancorché la sentenza dichiarativa si fondi sulla medesima situazione (di insolvenza) rappresentata nella domanda”.

In ragione del contrasto giurisprudenziale di cui si è dato atto, sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

**P.Q.M.**

La Corte rigetta il ricorso e compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

*Ritornelli premessi in l'ordinanza dell'art 13 c. 1 p. 1° art. 6 PR 115/2002*

Così deciso in Roma il 30.9.2020