

Civile Ord. Sez. 6 Num. 30694 Anno 2019

Presidente: DI VIRGILIO ROSA MARIA

Relatore: FERRO MASSIMO

Data pubblicazione: 25/11/2019

ORDINANZA

Sul ricorso proposto da:
BENELLI Carlo, rappr. e dif. dall'avv. Giovanni Sensi e dall'avv. Rosellina Ricci, elett. dom. presso lo studio della seconda, in Roma, via Tuscolana n.9, come da procura a margine dell'atto;
-ricorrente-

RG 8353/2017- g.est. m.ferro

Pag. 1 di 11

10311
19

Contro

FALLIMENTO PANCAZZI LUCIANO s.n.c. di Pancrazi Luciano & c. in liquidazione, in persona del curatore fallim. p.t., rappr. e dif. dall'avv. Luca Gratteri, elett. dom. presso il suo studio, in Roma, via Enrico Tazzoli n.6, come da procura in calce all'atto;

-controricorrente-

per la cassazione del decreto Trib. Arezzo 21.2.2017, R.G. 30/2016;

vista le memorie del ricorrente e del controricorrente;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2019 dal Consigliere relatore dott. Massimo Ferro;

il Collegio autorizza la redazione del provvedimento in forma semplificata, giusta decreto 14 settembre 2016, n.136/2016 del Primo Presidente.

FATTI DI CAUSA

Rilevato che:

1. Carlo BENELLI impugna il decreto Trib. Arezzo 21.2.2017, R.G. 30/2016, che, rigettando l'opposizione allo stato passivo del FALLIMENTO PANCAZZI LUCIANO s.n.c. di Pancrazi Luciano & c. in liquidazione, ha ritenuto infondata la richiesta di modificare l'ammissione solo in privilegio ex art.2751-bis n.2 c.c., anziché nella invocata prededuzione, disposta sul (più ampio) credito del ricorrente dal giudice delegato ex art.96 l.f.;

2. per il tribunale, l'attività professionale svolta dall'opponente, e consistita in studio ed assistenza per la predisposizione della domanda di concordato preventivo prima e dell'istanza di autofallimento poi, era risultata sostanzialmente inutile, cioè non "funzionale" ex art.111 l.f., poiché la società, vistasi negata la proroga del termine nel concordato con riserva, non aveva depositato alcuna proposta di concordato o piano; era poi infondata l'opposizione anche quanto alla dedotta collocazione dell'IVA, contestata perché nella classe del chirografo; ed invero, nessuna prelazione (e, a maggior ragione, prededuzione) poteva assistere tale credito, avendo omesso il creditore di indicare i beni oggetto del privilegio;

3. con il ricorso, sulla premessa della mancata considerazione della convenzione di incarico unitario tra società e professionista, inclusivo anche del compenso a forfait (in fatto autoridotto della metà, poi, nelle domande del ricorrente) si denuncia con il primo motivo la violazione dell'art.111 l.f., avendo errato il tribunale ove ha disconosciuto la prededuzione per il credito sorto in funzione e in corso di procedura, senza avvedersi che alcuna eccezione di inadempimento o altra anomalia era stata rivolta al professionista; il secondo complesso motivo censura la pronuncia per violazione ancora dell'art.111 l.f. in relazione agli artt. 1372, 1362, 1363, 1366 c.c. ovvero come *error in procedendo* o, ancora in subordine, quale vizio di motivazione, per avere il tribunale disatteso il contratto d'opera professionale stipulato fra le parti.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Considerato che:

1. il primo motivo di ricorso è fondato, con assorbimento delle restanti censure; la fattispecie decisa dal tribunale concerne, per quanto pacificamente acquisito: a) la sorte del credito maturato dal professionista per prestazione consulenziale, già oggetto di pattuizione forfettaria con il cliente-debitore e poi autoridotta in sede di ammissione al passivo e quanto alla pretesa, resa nei confronti di società sia per la proposizione della domanda di concordato preventivo ai sensi dell'art.161 co.6 l.f., sia durante il periodo interinale concesso per lo scioglimento della riserva apposta alla domanda (relazioni sulla situazione economico-finanziaria), sia infine per la domanda di autofallimento (effettivamente presentata); b) il valore dell'evento "mancato deposito del piano", ai fini del collegamento di funzionalità e utilità, ritenuto assente dal tribunale, nella prestazione rispetto sia alla procedura di concordato che alla soluzione della crisi d'impresa, quale oggetto di giudizio nel successivo fallimento;

2. premette il Collegio che la questione investe esclusivamente il trattamento concorsuale, se in prededuzione o in privilegio *ex art.2751-bis n.2 c.c.*, di una porzione di credito, quale residualmente prospettata nell'impugnazione; è in realtà pacifico che il giudice di merito non ha disconosciuto la sussistenza della storicità della prestazione e, pur senza affrontare la questione del titolo al pagamento quale riferibile all'accordo-quadro di convenzione di assistenza, ha negato che vi fosse la necessaria funzionalità, ai sensi dell'art.111 l.f., perché, nella sostanza, le prestazioni professionali sarebbero state rese per una procedura divenuta senza sbocco, concetto ridefinito in altro punto come mancanza di vantaggio per i creditori;

3. quanto riassunto permette di cogliere l'erroneità della regola applicata dal giudice di merito, nelle cui plurime e non coordinate enunciazioni argomentative è mancata ogni spiegazione delle ragioni intrinseche per cui una prestazione pacificamente eseguita in parte «*in funzione*» e in parte «*in occasione*» del concordato preventivo (art.111 co.2 l.f.) ovvero rispetto alla quale era mancata una qualsiasi contestazione di estraneità agli «*atti legalmente compiuti*» (art.161 co.7 l.f.) ovvero di non ordinaria amministrazione, non potesse conseguire la prededuzione; l'unitario e sbrigativo richiamo all'assenza di un piano e del rispetto del termine per lo scioglimento della riserva è infatti condizione irrilevante, quanto alle prestazioni eseguite prima del deposito della domanda di concordato e condizione non prevista per la legalità degli atti di ordinaria amministrazione poi e la loro sorte *ex art.161 co.7 l.f.*, dunque circostanza non incidente *ex tunc* sull'instaurata concorsualità; tanto più che, si osserva, la pronuncia ha omesso del tutto di contestare, per difetto di adempimento ovvero estraneità delle condotte, l'operato complessivo del professionista e ha trascurato che lo stato concorsuale del debitore, alfine fallito, non era stato vulnerato da alcuna soluzione di continuità,



a far data proprio dalla domanda di concordato con riserva; il limite dei pur presenti richiami alla giurisprudenza di questa Corte è ravvisato perciò nell'automatismo con cui è stata esclusa la funzionalità delle prestazioni alla soluzione concorsuale e nella mancata indagine sulla consecutività dei congegni attivati dal debitore;

4. va invero ed innanzitutto richiamato il principio per cui *"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"* (Cass. 22450/2015, 22467/2018, 18531/2019);

5. in secondo luogo occorre ribadire che la domanda di concordato preventivo instaura il procedimento, anche se non accompagnata dal deposito del piano, della proposta e della integralità dei documenti, subito permettendo effetti di protezione del patrimonio non solo a beneficio del debitore (non vulnerabile da azioni esecutive) ma anche dei creditori (che non subiscono alterazioni della *par condicio*), fruendo a ritroso dello stesso regime di tutela, stante la contemporanea misura di neutralizzazione, tra gli altri effetti, anche delle ipoteche giudiziali costituite nei 90 giorni anteriori, ai sensi dell'art.168 l.f., norma che si applica dalla mera pubblicazione del ricorso di concordato nel registro delle imprese;

6. inoltre, la prestazione resa durante il concordato preventivo rispetta l'indice di collegamento cd. interno voluto dall'art.111 co.2 l.f., altrimenti denominato 'criterio cronologico', alternativo a quello 'funzionale'; e per essa ogni disamina, per negare la prededuzione (o finanche il credito), non può che procedere da una



contestazione di effettività (profilo nemmeno sfiorato nel decreto) ovvero, ed almeno, di inerenza o pertinenza in concreto e non in astratto (Cass. 24683/2017), fuoriuscendo dalla ricostruzione del diverso ambito della cd. funzionalità attinente agli aspetti di strumentalità ad una procedura concorsuale ancora di là da venire (Cass. 20113/2016), essendo le prestazioni-titolo del credito svolte durante la procedura concorsuale e non prima di essa; va solo precisato che se «*in virtù del primo criterio, l'attività degli organi della procedura dà luogo a crediti prededucibili indipendentemente dalla verifica in concreto della funzionalità rispetto alle esigenze della procedura, mentre, in virtù del secondo criterio, l'attività del debitore, ammesso alla procedura di concordato preventivo, dà luogo alla prededuzione quando sia funzionale alle predette esigenze*» (Cass. 24683/2017), ciò non significa che le prestazioni "in occasione" diano luogo a prededucibilità solo se vi sia «*riferibilità del credito all'attività degli organi della procedura*»; l'art.111 co.2. l.f., in questa accezione, appare compatibile altresì con l'assunzione volontaria di debiti avvenuta in modo regolare e, nel corso della procedura di concordato, ciò imponendo solo di verificare se il limitato spossessamento cui è soggetto il debitore abbia restituito ad opera di questi un apporto di impegni assunti secondo le corrispondenti regole (ex art.167 l.f.);

7. a ciò si aggiunga che la medesima sorte merita il credito se ritenuto in correlazione genetica con una prestazione che, per la tipizzazione dell'apporto tecnico-professionale al debitore che abbia già depositato la domanda e non ancora il piano, la proposta e la documentazione, rientri in una ordinarietà gestoria ancor più coesa alla struttura organizzativa della procedura, posto che proprio il professionista accompagna l'impresa al compimento della sequenza da esaurire nel termine concesso dal tribunale ex art.161 co.6 l.f.; il che appare addirittura canonizzato negli obblighi informativi periodici e le relazioni ai commissari giudiziali di cui all'art.161 co.8 l.f., attività di

rendicontazione per le quali ben il debitore può avvalersi dell'ausilio del professionista; ed identica considerazione deve replicarsi ove l'assetto concorsuale definitivo sia prescelto nell'istituto del fallimento, ma – come avvenuto – con piena salvaguardia del principio di continuità, idoneo in tal modo a regolare la medesima insolvenza (Cass. 17596/2019);

8. occorre pertanto sgombrare il campo dall'obiezione in realtà opposta dal tribunale, ricordando che – sul primo aspetto, del tutto trascurato nella pronuncia impugnata - per Cass. 6031/2014, *«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»* (conf. 15101/2019);

9. la saldatura del complesso dei citati effetti, necessaria per comprendere la consecutività ed escluso che la rinuncia alla domanda la escluda di per sé (Cass. 6031/2014) ovvero che la non progressione (come nella specie) produca lo stesso effetto, è tema eluso nel decreto che contraddittoriamente non ha negato la *consecutio* tra concordato e fallimento ma la strumentalità della prestazione all'interesse dei creditori, programmaticamente non perseguibile per via del citato mancato deposito del piano; l'affermazione non è condivisibile poiché il fenomeno della continuità che permette, inscindibilmente, di saldare i menzionati dispositivi di tutela insorti con la prima procedura a vantaggio dei creditori concorsuali riaggregati nella seconda, muove dal diverso presupposto del collegamento logico-temporale fra le due procedure e dal riconoscimento che, per esso, il fondamento oggettivo del dissesto all'origine della seconda è il medesimo presupposto della prima; convincentemente Cass. 6045/2016 ha precisato che *«ove il*



dissesto sia accertato con la successiva dichiarazione di fallimento, resta intatta la logica unitaria, per quanto il procedimento resti articolato in diversi momenti; il che consente infine di rapportare quel medesimo dissesto alla data della prima procedura. In altre parole, codesta unitarietà non recede ove sussista uno iato temporale nella successione dei procedimenti, essendo infine manifestazione di un'unica crisi d'impresa. Se quindi è innegabile che il concordato preventivo possa (oggi) esser proposto anche dall'imprenditore in stato di crisi - nozione, come si è visto, comprensiva dello stato d'insolvenza - lo stesso dato normativo rende altresì (oggi) parimenti indiscutibile che, ove al concordato segua il fallimento, la sequenza dia luogo in ogni caso a una procedura unitaria che ha inizio con la prima» (rilevando anche per Cass. 7324/2016, 8439/2012, 18437/2010 il fatto oggettivo del precedente inizio secondo legge di una procedura concorsuale); va così ribadito che la procedura di concordato preventivo già sussiste, con penetranti effetti concorsuali ripresi anche in prosieguo, in conseguenza del deposito e della pubblicazione della domanda, come avvenuto nella specie; e parimenti "la consecuzione fra procedure trova ... fondamento nella sostanziale sovrapposibilità dei presupposti delle singole procedure consecutive - in una prospettiva non cronologica ma logica, a prescindere dalla presenza di una finale dichiarazione di insolvenza - e giustificazione nell'unica e comune finalità delle procedure coinvolte di dare soluzione alla medesima situazione di crisi economica; ed è proprio l'unicità del fenomeno sostanziale a cui ciascuna procedura ha cercato di porre rimedio a dare ragione di un regime consecutivo di procedure concorsuali, pur segnandone il limite" (Cass. 15724/2019):

10. quanto al credito, va data continuità al principio per cui "i crediti di terzi, scaturenti da atti legalmente compiuti dall'imprenditore dopo la presentazione di una domanda di concordato con riserva, sono in astratto prededucibili nel successivo fallimento, per espressa

disposizione di legge, anche quando vi sia stata rinuncia al concordato, poiché il requisito della consecuzione tra le procedure dipende soltanto dalla mancanza di discontinuità dell'insolvenza" (Cass. 14713/2019);

11. come deciso da Cass. 15101/2019 con enunciazione del principio nell'interesse della legge ex art.363 co.1 c.p.c. vanno dunque rispettati i seguenti criteri: nella fase di preconcordato, ai sensi dell'art. 161, co.7 l.f., *"è consentito al ricorrente di compiere atti di gestione dell'impresa, senza necessità di autorizzazione del tribunale, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio";* la nozione di atti legalmente compiuti, di cui all'art. 161, co.7, l.f. è semmai *"legata innanzitutto al significato della distinzione tra atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione, la quale va intesa secondo l'art. 167 l.f.",* sicché resta incentrata sul requisito della *"idoneità dell'atto a incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori, perché in grado di determinarne la riduzione ovvero di gravarlo di vincoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti";* ne consegue che *"anche dopo la presentazione di una domanda di concordato con riserva, la valutazione in ordine al carattere di ordinaria o di straordinaria amministrazione dell'atto deve essere compiuta con riferimento all'interesse della massa dei creditori, e non dell'imprenditore insolvente, essendo possibile che atti astrattamente qualificabili di ordinaria amministrazione se compiuti nel normale esercizio dell'impresa possano, invece, assumere un diverso connotato se compiuti nel contesto procedimentale attivato dalla domanda suddetta, laddove gli stessi finiscano con l'investire gli interessi del ceto creditorio mediante l'assunzione di ulteriori debiti o la sottrazione di beni alla disponibilità della massa",* mentre tale profilo è stato del tutto pretermesso dal tribunale che non ha anzi contestato l'effettività della

prestazione, riconoscendone la storicità e la qualità già concorsuale del rispettivo credito, senza altri limiti;

12. parimenti, la prestazione "in occasione" non esige sempre ovvero solo una assoluta coerenza con il meccanismo organizzativo allestito con il concordato, e dunque poggiante sull'attività dei suoi organi, ben potendosi predicare la pari qualità prededotta ove ricorra un indice di coerenza e proporzione con l'attività nascente dalle iniziative del debitore (ad esempio in punto di conservazione dell'azienda: Cass. 24683/2017), altrimenti divenendo prive di ogni sensatezza innanzitutto economica le regole che presidiano la disciplina delle sue operazioni di ordinaria amministrazione, da cui ben possono scaturire crediti prededucibili di terzi se sorti - come visto - da "atti legalmente compiuti", tra i quali quelli che non abbisognano, come nella specie, di alcun intervento tutorio preventivo (e dunque valutativo) degli organi giudiziali;

13. né, si osserva ancora, il tribunale ha introdotto il tema, ancora diverso, dell'eventuale abuso del regime dell'atto di ordinaria amministrazione (nella disponibilità del debitore senza necessità di intervento giudiziale) al fine di conseguire prestazioni che vi fossero estranee, per dimensioni o anche solo tipologia (circostanza del tutto smentita dalla natura delle attività acquisite, in apparente continuità con quelle erogate anche prima della domanda di concordato ed inerenti all'attività di allestimento tecnico del progetto concordatario o comunque concorsuale);

8. il ricorso è, pertanto, fondato, conseguendone la cassazione del decreto impugnato, con rinvio al medesimo tribunale, in altra composizione, anche per la liquidazione delle spese del procedimento.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, quanto al primo motivo, assorbito il secondo, cassa il decreto impugnato e rinvia al Tribunale di Arezzo, in diversa composizione, anche per la liquidazione delle spese di giudizio.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 5 novembre 2019.

il Presidente

dott. Rosa Maria Di Virgilio

