

2023



DIRITTO DELLA
CRISI

www.dirittodellacrisi.it



Note minime in tema di prededuzione dei compensi dei professionisti della crisi anche alla luce dell'intervento delle Sezioni Unite*

Vittorio Zanichelli, già Consigliere della Corte di Cassazione

10 Luglio 2023

*Il presente lavoro consiste in una rielaborazione e integrazione della relazione tenuta al convegno "Il ruolo degli organi nei procedimenti delle crisi di impresa", svoltosi a Pietrasanta (LU) nei giorni 5 e 6 maggio 2023.

*Il saggio è stato sottoposto in forma anonima alla valutazione di un referee.

L'art. 6 del Codice della crisi ha profondamente innovato la disciplina della prededuzione anche con riferimento ai crediti dei professionisti, limitando i casi in cui la stessa è riconosciuta. Nell'interpretazione della norma utili spunto possono essere tratti anche dalla lettura della sentenza con cui le Sezioni Unite della Cassazione hanno risolto i dubbi interpretativi posti dalla legge fallimentare.

Riproduzione riservata

Sommario:

1. L'art. 6 del Codice della crisi e il nuovo approccio del legislatore alla prededuzione
2. I professionisti di nomina giudiziaria o con privilegio espressamente previsto
3. I professionisti nominati dal debitore
4. La sentenza delle Sezioni Unite e le sue ricadute sull'interpretazione dell'art. 6

1. L'art. 6 del Codice della crisi e il nuovo approccio del legislatore alla prededuzione



Il tema dei compensi dei professionisti nell'ambito dei procedimenti e delle misure per affrontare la crisi del debito può essere affrontato sotto diversi profili ma è indubbiamente particolarmente interessante, per le implicazioni pratiche che ha, la questione dei criteri per l'attribuzione della prededuzione al credito per il compenso nella prospettiva della disciplina del Codice e quindi attuale. Non va dimenticato, infatti, il dettato dell'ultimo comma dell'art. 6 del Codice della crisi che segna una rivoluzione nella natura e quindi nella rilevanza della prededuzione: *“La prededucibilità permane anche nell'ambito delle successive procedure esecutive o concorsuali”*. La definizione segna la fine della teoria della natura processuale della prededuzione come fenomeno processuale, che nasce nel procedimento concorsuale ed è destinato ad operare solo nell'ambito di successive procedure legate dal nesso di consecuzione con quella iniziale [1] e quindi contrassegnate dall'evoluzione dello stesso stato di crisi o insolvenza [2], attribuendole invece la natura di privilegio del credito [3] (che dunque è titolato ad operare prescindendo dalla consecuzione e addirittura dalla stessa esistenza di una procedura concorsuale) e il rango di superprivilegio per la posizione di preminenza che garantisce.

Non sarà inutile rilevare che l'attribuzione del privilegio o della prededuzione ad un credito è prerogativa pressoché insindacabile del legislatore ma, mentre il primo deriva dalla rilevanza attribuita alla necessità di protezione dello stesso in considerazione della ragione della sua insorgenza, per la prededuzione ciò che rileva è la considerazione che il legislatore riserva all'oggettiva rilevanza di determinate attività ritenute funzionali all'obiettivo perseguito e quindi alla buona riuscita dello sforzo del debitore di pervenire ad una delle soluzioni della crisi che il legislatore stesso ritiene preferibili. E' dunque un incentivo finalizzato ad indurre chi potrebbe rifiutarsi di svolgere una determinata attività a prestarsi a compierla senza il timore di non riuscire ad incassare il proprio credito in considerazione del rischio insito nell'operazione di risoluzione della crisi, essendo, per contro, irrilevante la causa del credito, potendo lo stesso avere natura chirografaria o privilegiata che viene messa in ombra dalla prededuzione ma che può ritornare ad essere rilevante nell'ipotesi che nemmeno la massa di crediti prededucibili trovi integrale capienza [4].

2. I professionisti di nomina giudiziaria o con privilegio espressamente previsto

Sotto il profilo della prededuzione non si ravvisano particolari problemi in relazione alle nomine di origine giudiziaria, quali quella del curatore, del commissario giudiziale, del liquidatore, degli esperti che affiancano il curatore, dei membri del comitato dei creditori, stante l'inequivoco dettato della lettera d) dell'art. 6 sul compenso degli organi preposti alle procedure concorsuali.

Lo stesso può affermarsi per i compensi relativi a prestazioni professionali richieste da detti organi, anch'esse espressamente richiamate nella citata disposizione, quali possono essere quelle del delegato o del coadiutore, oltre che quelle degli altri professionisti (Avvocati, Dottori Commercialisti, Consulenti del lavoro, ecc.).

Una previsione a parte, e cioè la lettera a) del citato art. 6, garantisce la prededuzione ai compensi e alle spese per le prestazioni rese dell'Organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento (OCC) che è scelto dal debitore ma che si trova in una situazione di indipendenza dallo stesso per la sua funzione pubblicistica.

Semmai un problema si pone per il regime del credito per prestazioni professionali fornite da soggetti nominati dell'OCC e per esso dal gestore in quanto la menzione particolare della disciplina relativa al compenso dell'OCC separatamente da quella degli altri organi di procedure concorsuali impedisce di applicare in via immediata ai compensi in questione il dettato della lettera d) sopra richiamata.

È da ritenersi, tuttavia, che a tali crediti possa riconoscersi la prededuzione, ritenendo quello della prededucibilità dei compensi dei professionisti incaricati da organi della procedura un principio generale applicabile a tutte le procedure concorsuali e quindi anche a quelle di sovraindebitamento, fermo restando che, in alternativa, detti compensi potrebbero rientrare tra le spese necessarie per lo svolgimento di compiti assegnati all'Organismo e come tali prededucibili.

In una posizione particolare si pone l'esperto (art. 16), figura introdotto nel panorama della crisi di impresa nell'ambito della nuova disciplina della composizione negoziata. Anche a tale professionista, che deve essere scelto nell'ambito di un particolare elenco formato presso le camere di commercio dei capoluoghi di regione e delle province autonome di Trento e di Bolzano, e che viene nominato da una commissione di tre membri di estrazione diversificata, è dovuto un compenso da liquidarsi in base a parametri di legge; il relativo credito è espressamente

qualificato come prededucibile e, dopo l'entrata in vigore del Codice, non vi è dubbio che la prededuzione permanga anche in procedure originate da crisi slegata da quella cui si è riferita l'attività dell'esperto [5]. Nessuna diversità, dunque, sotto tale profilo, rispetto ai crediti dei professionisti in precedenza indicati ma, semmai, mette conto sottolineare una peculiarità finora ignota quanto ai compensi degli organi con funzioni pubblicistiche nell'ambito della crisi di impresa è cioè quella della previsione di una *success fee* pari al 100% del compenso nel caso in cui, al termine del percorso compositivo, si verificano alcuni specifici esiti evidentemente ritenuti dal legislatore particolarmente positivi. La disposizione viene sottolineata non tanto per marcare la peculiarità rispetto al trattamento riservato agli altri professionisti non di nomina privata quanto perché viene spontaneo chiedersi se non sia questo il primo passo del legislatore per introdurre anche per altri organi delle procedure di crisi un sistema di incentivi.

3. I professionisti nominati dal debitore

Decisamente più variegato è il trattamento dei compensi dei professionisti nominati dal debitore in visto o nell'ambito di procedure concorsuali sotto il profilo della prededuzione.

Prima di affrontare l'argomento è opportuno ricordare che il citato art. 6 dovrebbe dissipare molti dubbi in quanto, per ciò che attiene ai crediti diversi da quelli professionali, scompare ogni riferimento all'occasionalità e alla funzionalità quali criteri generali per la selezione dei crediti prededucibili (art. 111, comma 2, L. fall.) che vengo ristretti a due categorie: i crediti così espressamente qualificati dalla legge; i crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell'esercizio dell'impresa. Per meglio dire, è chiaro che anche in questi casi l'attribuzione della prededuzione è funzionale ad uno scopo che il legislatore persegue ma l'esistenza della funzionalità in relazione alla singola tipologia di attività o prestazione non è lasciata ad una valutazione caso per caso ma è presunta in base alla specifica e tassativa attribuzione o in base all'appartenenza dell'attività generatrice del credito a categorie definite, quali, appunto, la gestione del patrimonio e la continuazione dell'attività di impresa in situazioni vigilate [6].

Poiché ai crediti professionali sono dedicate autonome disposizioni (le lettere b e c) deve escludersi che quelli non menzionati nelle stesse o espressamente qualificati come tali da specifiche disposizioni di legge possano qualificarsi come prededucibili, stante la tassatività delle ipotesi di prededuzione.

Né varrebbe, a sostegno di una diversa ricostruzione, il richiamo all'art. 46, comma 4, che, in tema degli effetti del deposito della domanda di concordato, prevede che *“I crediti sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili”*, in quanto tale disposizione, sostanzialmente identica a quella dell'art. 167, comma 3, L. fall., come rilevano le Sezioni Unite nella decisione di cui si dirà, *“non giova a censire un credito sorto per effetto non di un atto d'impresa in senso proprio o commerciale, bensì compiuto dal debitore con riguardo all'instaurazione o al rafforzamento del concordato, ottica che sfugge del tutto ad un'esigenza autorizzatoria”*.

Ne consegue che non sono tali i crediti dei professionisti che affiancano il debitore nella presentazione della domanda di apertura della liquidazione giudiziale e nel corso della stessa ma neppure, a differenza di quanto espressamente previsto nella L. n. 3/2012, come integrata dal c.d. decreto Ristori [7], quelli dei professionisti nominati dal debitore in previsione o nel corso delle procedure di sovraindebitamento per assisterlo anche nei rapporti con l'OCC [8].

Non è questa la sede per valutazioni sulle scelte del legislatore e ci si può limitare ad osservare che questa, così come quella sulla parziale prededuzione del credito di cui *infra*, risentono fortemente del vincolo posto dalla legge delega [9] a diminuire il peso dei crediti prededucibili sull'attivo da destinare ai creditori, potendosi semmai rilevare che non è stato percorso il metodo, che pure poteva ritenersi non escluso da detta legge, di porre un tetto percentuale, rispetto al monte debiti complessivo, a quelli garantiti dalla prededuzione, lasciando eventualmente alle cause di prelazione (peraltro anche queste da rivedere) la tutela della quota non garantita. Se comunque una motivazione deve essere ricercata, questa può forse rinvenirsi nell'assenza di un obbligo di munirsi di supporto tecnico, sia legale che aziendalistico, nella procedura di accesso alla liquidazione giudiziale, posto che il debitore può stare in giudizio personalmente (art. art. 40, comma 5). La stessa *ratio* è però rinvenibile solo parzialmente nelle procedure di sovraindebitamento in quanto, mentre la necessità della tutela legale è espressamente esclusa per l'accesso alla ristrutturazione dei debiti del consumatore (art. 68, comma 1, in fine) e per la liquidazione controllata (art. 269, comma 1), essendosi ritenuta sufficiente la presenza dell'OCC, lo stesso non può

dirsi per il concordato minore, nel quale, non essendo derogata la regola generale posta dal comma 2 dell'art. 9, il patrocinio del difensore è obbligatorio e il differente peso attribuito alle possibilità di difesa tecnica del debitore che accede al concordato preventivo rispetto a quello che accede a quello minore (di cui non è agevole predicare la semplicità tecnica) può comportare qualche dubbio di costituzionalità.

Per quanto riguarda invece i professionisti del debitore nominati in funzione delle domande di concordato preventivo, di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti o del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione oppure del proponente un concordato concorrente possiamo dire con Julius Kirchmann che *“Tre paroline del legislatore, ed intere biblioteche giuridiche divengono cartaccia”*.

L'art. 6, infatti, riconosce espressamente la prededuzione per tali crediti a due condizioni e con una limitazione: quanto alle condizioni è necessario che l'apporto professionale sia funzionale alla procedura cui accede e che il concordato sia aperto o che siano omologati gli accordi di ristrutturazione dei debiti o il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione; quanto alla limitazione, la prededuzione copre solo il 75% del credito complessivo.

Riemerge, dunque, solo per i professionisti, il criterio della funzionalità ma acquisisce il più ristretto significato di indispensabilità dell'apporto professionale per l'accesso alla procedura, mentre ogni questione sull'utilità per i creditori viene compendiata nella necessità di un determinato risultato minimo.

4. La sentenza delle Sezioni Unite e le sue ricadute sull'interpretazione dell'art. 6

Se questo è il *dictum* che risolve in modo univoco il problema per quanto attiene al presupposto giuridico della prededuzione nell'ambito di un Codice che per molti versi non stravolge l'impianto della disciplina della crisi di impresa, non può destare particolare sorpresa l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione che in una decisione, peraltro ampiamente e dottamente motivata [10], ha risolto il lunghissimo dibattito in materia di prededuzione dei crediti professionali sorti in funzione dell'accesso alle procedure di crisi pervenendo ad una soluzione in linea

con quella adottata dal Codice di cui si è dato conto, ovviamente tenuta presente sia pure a conferma della soluzione adottata.

La sentenza delle Sezioni Unite, a parte il valore di decisivo precedente per la soluzione delle questioni che si sono poste e si porranno per le procedure cui si applica la previgente disciplina, è importante anche perché fornisce un'autorevole interpretazione di problematiche che si pongono anche nell'interpretazione dell'art. 6 del Codice.

Acquisita infatti per previsione *ex lege* la necessità che sussista la condizione dell'apertura del concordato o dell'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, restano da determinare i criteri di individuazione dell'altra condizione e cioè quella della funzionalità dell'intervento professionale rispetto alla presentazione della domanda che, a differenza di quanto pure sostenuto, non può intendersi presunta *iuris et de iure* per il solo fatto che siano intervenute l'apertura o l'omologazione. Deve essere infatti precisato che lo scrutinio circa la qualifica del credito, da effettuarsi con valutazione *ex ante*, compete necessariamente al giudice, sia esso quello stesso della procedura in cui il credito è maturato, sia, più probabilmente, il giudice della successiva procedura liquidatoria oppure anche del giudice dell'esecuzione singolare.

Rileva la Corte che *“la funzionalità, a sua volta e come terzo parametro, esprime un'attitudine di vantaggio per il ceto creditorio, compendiato nella stessa procedura concorsuale in cui esso è organizzato, così attenendo a crediti maturati in capo a terzi, per prestazioni svolte anche prima dell'inizio della procedura (quesito vii) e perciò al di fuori di un diretto controllo dei relativi organi ma comunque in una relazione di inerenza necessaria allo scopo dell'iniziativa, più che al risultato” e ancora che “la funzionalità può dirsi sussistente allora quando l'attività originante il credito sia ragionevolmente assunta, nella prospettazione delle circostanze ad essa coeve, proprio per assecondare, con l'instaurazione o lo svolgimento della specifica procedura concorsuale cui è volta, le utilità (patrimoniali, aziendali, negoziali) su cui può contare tipologicamente, cioè secondo le regole del modello implicato, l'intera massa dei creditori, destinati a prendere posizione sulla proposta del debitore; ciò ne permette l'assimilazione ad una nozione di costo esterno sostenibile al pari di quelli prodotti dalle attività interne degli organi concorsuali, se e quando potranno operare (quesito iii”).*

Questa precisazione consente di escludere tutte le attività professionali sovrabbondanti o non assolutamente necessarie per la predisposizione del ricorso *“così da rientrare in una complessiva causa economico-organizzativa almeno preparatoria, di una procedura concorsuale tra quelle della legge fallimentare e sempre che non ne sia provato il carattere eccedentario, superfluo o abusivo rispetto all’iniziativa adottata (Cass. 24791/2016, 220/2020, 10130/2021, 22670/2021); si deve trattare di un’inerenza necessaria, rinvenibile quando le prestazioni si atteggiino secondo indispensabilità rispetto alle finalità istituzionali della procedura cui accedono, senza cioè che, in loro difetto, quel coordinamento potesse essere prospettato.*

Ciò autorizza dunque la selezione delle categorie di professionisti comunque intervenuti. E se dunque possono senz’altro essere ritenuti giustificati gli interventi finalizzati a specifiche prestazioni normativamente o implicitamente richieste, e quindi quelle di advisors legali o commerciali o di un perito per la valutazione di beni, l’intervento di altre professionalità c.d. atipiche dovrà essere giustificato da specifica motivazione, perdendo, diversamente, la qualifica della prededucibilità.

Ma merita segnalare anche un ulteriore passaggio rilevante della sentenza *de qua*, utile all’interpretazione di un’altra disposizione del Codice e cioè dell’art. 166, comma 3, lett. g), circa l’esenzione dalla revocatoria dei pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti dal debitore alla scadenza per ottenere prestazioni di servizi strumentali all’accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza.

Contestando l’argomento secondo il quale, posto che i pagamento di prestazioni professionali funzionali all’accesso agli strumenti di regolazione della crisi sono esenti da revocatoria, dovrebbe ritenersi che anche i pagamenti siano prededucibili prescindendo dall’ammissione, la Corte nota che, a parte la considerazione che l’esenzione opera solo per il pagamento di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza, l’argomento dà per ammesso ciò che dovrebbe invece essere dimostrato e cioè che l’esenzione operi prescindendo dall’ammissione mentre della necessaria strumentalità rispetto al programma del debitore *“si può predicare la possibile sussistenza anche come fattispecie pienamente compiuta e dunque proprio per il caso di concordato ammesso, cui cioè il debitore abbia acceduto, pena la riduzione a mera intenzionalità della commentata attitudine causale”.*

L’accenno alla circostanza che l’esenzione operi solo per pagamenti di debiti liquidi ed esigibili effettuato alla scadenza induce ad approvare la prassi che vuole che il compenso dell’incarico sia previsto per stati di avanzamento dell’attività



professionale in modo che i pagamenti ante deposito della domanda corrispondano alla maturazione di un credito definito e alla scadenza prevista, con l'avvertenza che la cautela vale anche per i pagamenti fatti in corso di procedura in quanto l'art. 98 dispone che *“i crediti prededucibili sono soddisfatti durante la procedura alla scadenza prevista dalla legge o dal contratto”* con conseguente inefficacia di quelli effettuati su difformi presupposti.

Discorso diverso e indipendente da quello sulla prededuzione ma affrontato nella sentenza della Suprema Corte, e comunque ancora attuale, è quello sulla spettanza stessa del credito per inadempimento o inesatto adempimento, quando non, ovviamente, sia addirittura accertato che la condotta del debitore integri atti di frode, e ad essi abbia partecipato (o almeno di essi sia stato pienamente consapevole) il professionista [11].

Come già enunciato dalla Cassazione [12] *“Il professionista al quale sia stato negato, a causa di carenze nella dovuta diligenza, il compenso per la redazione della relazione di cui all'art. 161, comma 3, l. fall., non può invocare, a fondamento del proprio credito, l'ammissione del debitore che lo ha designato (successivamente dichiarato fallito) alla procedura concordataria. Infatti, il decreto emesso dal tribunale ex art. 163, comma 1, l. fall. non costituisce approvazione della relazione, né un apprezzamento di competenza esclusiva del tribunale in ambito concordatario, in quanto l'ammissione a detta procedura non assevera definitivamente, con valore di giudicato, l'esattezza dell'adempimento del professionista, potendo la valutazione essere, in seguito, smentita dal medesimo tribunale, in sede di procedura fallimentare, all'esito di un più approfondito controllo da parte del commissario giudiziale”*.

A fronte della contestazione del curatore il professionista ha *“l'onere di dimostrare l'esattezza del suo adempimento, per rispondenza della sua condotta al modello professionale e deontologico richiesto in concreto dalla situazione su cui è intervenuto con la propria opera”*.

E questo, dunque, l'ulteriore possibile ostacolo non al riconoscimento della prededuzione ma, più radicalmente, al riconoscimento della stessa sussistenza, totale o parziale, del credito, come ribadito anche dalla giurisprudenza di legittimità successiva [13] ma peraltro già da tempo segnalato dalla giurisprudenza, anche di merito [14].

Note:

- [1] Sul punto S. Leuzzi, *Dalla crisi all'emergenza: la prededuzione al tempo del Covid-19*, in *Dirittodellacrisi.it*, 18 marzo 2021.
- [2] Così Cass. civ., Sez. I, 11/6/2019, n. 15724, in *Fallimento*, 2019, 1011. In dottrina G. Ferri, *In tema di prededuzione prefallimentare*, in *Corr. giur.*, 2015, 453.
- [3] In tal senso G.B. Nardecchia, *Atti di ordinaria amministrazione, atti legalmente compiuti e consecuzione di procedure: la prededuzione ieri, oggi e domani*, in *Fallimento*, p. 1029 ss. Ma già dubbi sull'interpretazione traduzionale da M. Fabiani, *Il delicato ruolo del professionista del debitore in crisi fra incerta prededuzione e rischio di inadempimento*, in *Giur. Comm.*, 2017, 720 ss. Sulla prededuzione alla luce del Codice della crisi ancora M. Fabiani, *La prededuzione nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Dirittodellacrisi.it*. Sul tema anche S. Leuzzi, *op. cit.*
- [4] Cass. civ., Sez. I, 3/3/2011, n. 5141, in *Fallimento* 2011.
- [5] In tali situazioni, in precedenza, la prededuzione avrebbe dovuto essere negata, come rileva P. Lanni, *I compensi dell'esperto negoziatore*, in *Dirittodellacrisi.it*, 20 dicembre 2021.
- [6] Per la tassatività dell'elencazione mi permetto di rinviare a V. Zanichelli, *Prededuzione dei crediti tra interpretazioni attuali (incerte) e possibili soluzioni future*, in *Fallimento*, 2020, 557 ss. Di diverso avviso G.B. Nardecchia, *op. cit.* 1029. Concorda invece S. Leuzzi, *op. cit.* il quale osserva che "La generale soppressione della prededuzione per i crediti "in funzione" induce a ritenere che le due ipotesi enunciate dall'art. 6 del CCII siano, infatti, tassative ed insuscettibili di applicazione estensiva o analogica ad altre fattispecie non espressamente previste" Sul tema anche L. Panzani, *La prededuzione nell'esecuzione del concordato preventivo tra norme nuove e problemi vecchi*, in *Fallimento*, 2023, 500.
- [7] D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla L. 18 dicembre 2020, n. 176.

- [8] Ritiene invece prededucibile il credito del professionista che assiste il debitore nella presentazione di una domanda di accesso alla liquidazione giudiziale Trib. Reggio Emilia, 2 maggio 2023, in *Dirittodellacrisi.it*, sulla base di una ritenuta *eadem ratio* rispetto al trattamento riconosciuto ai professionisti nelle altre procedure concorsuali che, per contro, dovrebbe essere non rilevante se si concorda sulla tassatività dell'elenco.
- [9] Art. 2, comma 1, lett. l) della Legge 19 ottobre 2017, n. 155.
- [10] Cass. civ., Sez. Unite, 31/12/2021, n. 42093, in *Fallimento*, 2022, 356. Sul provvedimento della Cassazione che ha provocato la remissione alla SS.UU. S. Pacchi "Le prededuzioni dei professionisti nel concordato preventivo, in *Dirittodellacrisi.it*, 27 ottobre 2021. Per una precedente interpretazione conforme all'arresto dalla S.C si veda A. Napolitano, *La prededuzione per funzionalità del credito del professionista*, in *Dirittodellacrisi.it*, 12 aprile 2021.
- [11] Cass. civ., Sez. I, 2/7/2020, n. 13596, in *Il caso.it*.
- [12] Cass. civ., Sez. I, 25/9/2018, n. 22785, in *Fallimento*.
- [13] Cass. civ., Sez. VI - 1, 26/5/2022, n. 17140 in *Pluris*.
- [14] Trib. Alessandria, 15/5/2021, in *Pluris*; Trib. Catania, 7/6/2018, in *Fallimento*; Trib. Rimini, 10/12/2014, n. 4440, in *Il caso.it*; Trib. Monza, 11/11/2014, in *Il caso.it*. Sull'*exceptio inadimpleti contractus* anche S. Leuzzi, *op. cit.*