

GIORGIO MEO

**I CREDITI PROFESSIONALI NEL CONCORDATO  
PREVENTIVO TRA “PREDEDUZIONE” E  
ADEMPIMENTO CONTRATTUALE**

2

---

2016

**ISSN 2282 - 667X**

**Direttore responsabile:** *Francesco Denozza*

**Direzione scientifica:** *Francesco Denozza, Carlo Ibba, Marco Maugeri, Vincenzo Meli, Massimo Miola, Andrea Perrone, Serenella Rossi, Giuliana Scognamiglio, Ruggero Vigo*

**Redazione scientifica:** *Stefano Cerrato, Philipp Fabbio, Chiara Garilli, Alessio Scano, Andrea Vicari, Alessandra Zanardo*

**Revisione scientifica:** *Renzo Costi, Vincenzo Calandra Buonauro, Vincenzo Di Cataldo, Mario Libertini, Giorgio Marasà, Giuseppe B. Portale, Paolo Montalenti, Roberto Sacchi, Michele Sandulli, Antonio Serra, Roberto Weigmann*

Il presente lavoro è stato sottoposto ad un procedimento di revisione tra pari, secondo i criteri indicati nella *Nota per gli autori*

**I CREDITI PROFESSIONALI NEL CONCORDATO PREVENTIVO TRA  
“PREDEDUZIONE” E ADEMPIMENTO CONTRATTUALE**

GIORGIO MEO

SOMMARIO: 1. L’apporto professionale alla ristrutturazione d’impresa. – 2. Il rapporto variabile tra le prestazioni professionali e le procedure concorsuali. – 3. Maturazione del diritto di compenso e procedura concorsuale. – 4. I presupposti del trattamento del diritto al corrispettivo professionale nelle diverse procedure concorsuali. – 5. I pagamenti di prestazioni professionali anteriori all’apertura del concordato preventivo. – 6. Pagamenti preconcordatari e revocatoria nel successivo fallimento: l’esenzione prevista dall’art. 67, terzo comma, lett. g, l. fall. e sua critica per difetto. – 7. I “servizi strumentali all’accesso” alla procedura concorsuale. – 8. I crediti professionali maturati nella procedura concordataria. Una precisazione sul corretto utilizzo della categoria della “prededuzione”. – 9. I crediti professionali da onorare correntemente nel corso della procedura. – 10. Irrilevanza della fase della procedura concordataria cui va riferito l’incarico. – 11. Prestazioni professionali svolte “a cavallo” della data di apertura della procedura: le ipotesi. – 12. Sorte del contratto da cui origina l’incarico nel successivo concordato preventivo. – 13. Conseguente giudizio di “anteriorità” del credito professionale. – 14. Attività svolte “in procedura” e giudizio di “posteriorità” del credito. – 15. Il trattamento della cosiddetta *success fee*. – 16. Pagamenti di prestazioni professionali nel concordato e successivo fallimento.

1. *L’apporto professionale alla ristrutturazione d’impresa.*

L’accesso a una procedura di ristrutturazione postula il coinvolgimento di numerose prestazioni professionali.

Alcune sono richieste dalle stesse disposizioni di legge:

- la proposta di concordato dev’essere accompagnata, a pena d’ inammissibilità (art. 162, secondo comma, l. fall.) dalla relazione di un professionista designato dal debitore che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano concordatario;

- eventuali modificazioni sostanziali della proposta o del piano devono essere accompagnate da analoga relazione di un professionista esterno (ultima proposizione dell’art. 161, terzo comma, l. fall.);

- il creditore che intende presentare una proposta concorrente ai sensi dell’art. 163, quarto comma, l. fall. deve a sua volta unire alla proposta una relazione corrispondente<sup>1</sup>;

- se il debitore intende presentare una proposta che preveda il pagamento solo parziale dei creditori privilegiati occorre una relazione giurata di un professionista esterno che attesti il valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali esiste la

---

<sup>1</sup> La quale può essere limitata alla fattibilità del piano per gli aspetti che non siano già oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale e può essere anche omessa quando non ve ne siano (ultima parte dell’art. 163, quarto comma, l. fall.).

causa di prelazione e che la soddisfazione dei creditori privilegiati è non inferiore a quella che riverrebbe dal ricavato della liquidazione dei beni (art. 160, secondo comma, l. fall.);

- la domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione, pena il rigetto, dev'essere corredata da una relazione di un professionista sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei (art. 182 *bis*, primo comma, l. fall.);

- se, nel corso delle trattative per la conclusione di un accordo di ristrutturazione, il debitore intende domandare un provvedimento con cui il tribunale disponga in via interinale il divieto per i creditori di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, deve presentare una dichiarazione di un professionista circa l'idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei od ostili alle trattative (art. 182 *bis*, sesto comma, l. fall.);

- nel concordato preventivo, su richiesta del commissario il giudice può nominare uno stimatore che lo assista nella valutazione dei beni (art. 182, terzo comma, l. fall.);

- il debitore che presenta, anche "con riserva", una domanda di ammissione al concordato preventivo, o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o una proposta di accordo di ristrutturazione in corso di trattativa può chiedere al tribunale di autorizzarlo a contrarre finanziamenti prededucibili *ex art.* 111, l. fall., se un professionista designato dal debitore, verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa fino all'omologazione, attesta che detti finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori (art. 182 *quinquies*, primo comma, l. fall.). Ciò può avvenire anche nella fase "in riserva", prima cioè della presentazione della documentazione di cui all'art. 161, secondo e terzo comma, l. fall.;

- il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo in continuità, anche "con riserva", può chiedere di essere autorizzato a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi se un professionista attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori (art. 182-*quinquies*, quinto comma, l. fall.);

- analoga facoltà è concessa al debitore che presenti istanza di omologazione di un accordo di ristrutturazione o una proposta di accordo in corso di trattativa (art. 182-*quinquies*, sesto comma, l. fall.);

- quando il debitore ha debiti verso banche e intermediari finanziari per non meno della metà dell'indebitamento complessivo e raggiunge un accordo di moratoria temporanea dei crediti, volto a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, con almeno il 75% dei creditori finanziari appartenenti a una categoria omogenea ai sensi dell'art. 182-*septies*, secondo comma, l. fall., l'accordo vincola anche i creditori non aderenti tempestivamente informati se un professionista attesta l'omogeneità della

posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria (art. 182-*septies*, quinto comma, l. fall.);

- la relazione di un altro professionista è richiesta, in tal caso, se le banche e gli investitori finanziari estranei all'accordo intendono proporre opposizione all'accordo per domandare che non produca effetti nei propri confronti (art. 182 *septies*, sesto comma, l. fall.);

- se al momento del ricorso pendono contratti con pubbliche amministrazioni, i quali non si sciolgono per effetto dell'apertura della procedura concordataria (art. 186 *bis*, terzo comma, l. fall.), la continuazione di tali contratti non è impedita se viene rilasciata una relazione del professionista attestatore in cui specificamente si attesti la conformità della prosecuzione dei contratti rispetto al piano e la ragionevole capacità di adempimento da parte dell'impresa debitrice (art. 186 *bis*, quinto comma, ultima parte, l. fall.);

- l'impresa in concordato può partecipare a procedure di assegnazione di contratti pubblici presentando in gara la relazione di un professionista che attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto (art. 186 *bis*, quarto comma, lett. *a*, l. fall.).

In alcuni casi è la stessa caratteristica dell'attività a richiedere un'assistenza professionale in quanto soggetta a rappresentanza tecnica necessaria.

Vi è ancora un margine di discussione se sia obbligatorio il patrocinio legale nel ricorso per l'ammissione a concordato preventivo<sup>2</sup>. Probabilmente la difesa tecnica è richiesta nel procedimento volto all'omologazione di un accordo di ristrutturazione, in cui è direttamente formulata una domanda di provvedimento giurisdizionale da emettersi all'esito di un procedimento camerale speciale e di un controllo di legalità sulla proposta e sugli atti. Il patrocinio legale è comunque richiesto nelle diverse fasi processuali che possono sprigionarsi dal tronco del procedimento di volontaria giurisdizione.

Altre prestazioni professionali sono di norma indispensabili per la costruzione di un'ipotesi concordataria o per l'elaborazione, la negoziazione e la stipula di un accordo di ristrutturazione.

La casistica è molto vasta. Può pensarsi:

- all'assistenza professionale necessaria per la predisposizione e la negoziazione di una transazione fiscale *ex art.* 182 *ter*, l. fall.;

- a relazioni e perizie estimative che, in ragione della tipologia degli attivi, possono rendersi necessarie per il particolare contenuto tecnico della valutazione;

---

<sup>2</sup> In senso affermativo A. AUDINO, *Sub art. 161*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da A. MAFFEI ALBERTI, 6, Padova, Cedam, 2013, 1077 s.; C. CAVALLINI, *Sub articolo 161. Profili processuali*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. CAVALLINI, 3, Milano, Egea, 2010, 422; L. PICA, *Il concordato preventivo*, in *Fallimento e concordati*, a cura di P. CELENTANO, E. FORGILLO, Torino, Utet, 2008, 1110; P. LICCARDO, *Commento all'art. 161*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO, III, Torino, Giappichelli, 2010, 2052 s. *Contra* M.R. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*<sup>2</sup>, Milano, Giuffrè, 2008, 1373; M. FABIANI, G. B. NARDECCHIA, *Legge fallimentare. Formulario commentato*, Milano, Ipsoa, 2014, 1370.

- alle relazioni, talora indispensabili in quanto imposte dal ceto creditorio finanziario, di attestazione della continuità dell'impresa (cosiddette “*Independent Business Review*”, o “IBR”, cui le banche di norma condizionano l'adesione a ipotesi di moratoria o allo stesso accordo di ristrutturazione);

- all'assistenza legale stragiudiziale per la ricerca di una composizione con i creditori nelle forme dell'accordo *ex art. 182 bis*, l. fall. o della moratoria *ex art. 182 septies*, l. fall.;

- all'assistenza legale per la costruzione di un'ipotesi concordataria, prodromica all'eventuale presentazione del ricorso e, anzi, alla stessa scelta alle del più opportuno modello di procedura da prescegliere in funzione delle caratteristiche della crisi e dell'impresa;

- all'assistenza professionale aziendalistica e fiscale necessaria per la redazione del piano da porre a servizio della procedura concordataria o di ristrutturazione.

Vi sono, poi, prestazioni professionali complesse, cui l'imprenditore che presenta sintomi di crisi sovente ricorre, volte, in estrema sintesi, a riordinare e riorganizzare l'impresa per metterla in condizione di soddisfare, a un eventuale scrutinio da parte dell'attestatore, del commissario giudiziale e del tribunale, i requisiti per l'ordinato svolgimento dell'attività che costituiscono un postulato indispensabile per il proficuo accesso a qualunque ipotesi di ristrutturazione, quale che sia la forma prescelta, e perfino per l'efficiente accesso alla procedura fallimentare, attraverso un riordino della situazione economico-patrimoniale e finanziaria, una programmazione dei pagamenti razionale e conforme ai dettami della *par condicio*, una ricostruzione dei pagamenti revocabili, una pianificazione delle attività ad esaurimento, e così via. Simili attività possono essere svolte da professionisti, singoli o associati. Nei casi più rilevanti per dimensione e complessità esse vengono di norma affidate a vere e proprie imprese, composte a loro volta da *managers* professionisti, che assicurano un intervento articolato mediante l'intervento di un *pool* di professionalità, talora anche attraverso l'assunzione, da parte di propri esponenti, delle cariche sociali e dei ruoli dirigenziali-chiave nell'impresa debitrice.

## 2. Il rapporto variabile tra le prestazioni professionali e le procedure concorsuali.

Da un punto di vista socio-economico, non v'è dubbio che tutte queste attività hanno quale comune denominatore la finalità di contribuire a un processo di ristrutturazione dell'impresa, in prevenzione o mediante gli strumenti delle procedure concorsuali. Tutte ambiscono al superamento della crisi o al suo miglior trattamento, benché con contenuti, modalità e tempi diversi. Tutte sono richieste dall'imprenditore in funzione della reazione a uno stato di crisi, al fine di evitare o gestire al meglio una procedura concorsuale. Tutte, quindi, in un senso o nell'altro, si rapportano a una procedura concorsuale, o quando il tentativo di risanamento non sia andato a buon fine e tuttavia la procedura riceva gli effetti dell'attività professionale compiuta nell'auspicio di evitarne l'apertura, o quale finalità diretta dell'intervento richiesto ai professionisti, i quali a vario titolo concorrono a preparare e accompagnare

l'imprenditore perché ottenga l'accesso alla procedura e perché, una volta entratovi, essa consegua il successo sperato.

E' diverso, tuttavia, a seconda dei casi, il modo in cui dette attività professionali si rapportano alla procedura.

Da un punto di vista temporale, alcune attività si svolgono integralmente prima della sua eventuale apertura. Con ciò si intende esprimere un dato esclusivamente cronologico: il mandato o incarico professionale viene conferito dall'imprenditore (non vi è ancora procedura, quindi si versa nell'area libera dell'autonomia negoziale). Il compenso viene pattuito liberamente. L'espletamento dell'attività si esaurisce prima che venga aperta la procedura concorsuale.

Il mero dato temporale non basta, però, a qualificare il grado del rapporto tra l'attività espletata e la procedura concorsuale.

Può trattarsi di attività strettamente connesse con l'avvio della procedura (si pensi alla redazione del piano concordatario, all'assistenza alla stipula di un accordo di ristrutturazione, all'assistenza nella transazione fiscale).

Può, invece, trattarsi di attività "antagonistiche" alla procedura, la cui finalità – che spesso traluce dallo stesso tenore dell'incarico – è cioè di evitare il ricorso alla procedura (si pensi all'assistenza nella predisposizione di un piano attestato di risanamento *ex art. 67*, terzo comma, lett. *d*, l. fall., e alla stessa sua attestazione; ma anche alle attività di riorganizzazione volte alla ricerca di nuovi investitori, eventualmente accompagnate da negoziazioni di moratorie con il ceto finanziario, il cui obiettivo sia condurre l'impresa a un passaggio di proprietà senza dover accedere a una delle procedure di legge).

In molti casi si tratta di attività "ambivalenti", comunque indispensabili e potenzialmente funzionali sia a una soluzione "in" procedura che a una soluzione "fuori" procedura. Tra esse acquisiscono ruolo centrale le attività di analisi e di riorganizzazione, senza le quali non sarebbe neppure possibile stabilire se all'imprenditore sia più confacente – per entità e tipologia del debito, per le caratteristiche dell'attività, per lo stato dei presidi organizzativi, per la tendenza economica in atto, per le prospettive di un possibile rilancio all'esito di opportuni interventi organizzativi e finanziari, e così via – ricercare una soluzione di continuità senza ricorrere a una procedura o invece valersi di una delle procedure di legge, o addirittura se non sia praticabile altra soluzione che quella di presentare in proprio un'istanza di fallimento (o di ammissione ad amministrazione straordinaria).

L'antiorità dell'incarico e della prestazione, quindi, non dice di per sé nulla sul grado di funzionalità dell'attività professionale a una o a un'altra delle procedure di crisi previste dalla legge. L'unica caratteristica che accomuna queste ipotesi è che il credito professionale origina e matura prima dell'apertura della procedura.

Sempre dal punto di vista temporale, vi sono attività che si svolgono invece interamente entro una procedura concorsuale, nel senso che sia l'incarico che l'espletamento di esso avvengono dopo che la procedura si è aperta. Il credito professionale, in questi casi, origina e matura entro la procedura.

Non per questo ogni attività professionale svolta entro i suoi confini temporali è, rispetto alla procedura, in un rapporto identico. Alcune attività saranno richieste dagli stessi organi della procedura per le finalità di essa. Altre – mantenendo il debitore la titolarità del proprio patrimonio e la gestione dell'impresa – saranno richieste dal debitore e, tra queste, alcune interesseranno anche la procedura (perché suscettibili di riverberare i propri effetti in favore del ceto creditorio o perché tali da rimuovere ostacoli che potrebbero frapporsi al raggiungimento dell'accordo o alla sua omologazione) mentre altre interesseranno direttamente (e soltanto) il debitore (si pensi a un'azione risarcitoria diretta nei suoi personali confronti, o all'assistenza per la negoziazione di condizioni di favore da riconoscergli ad opera del nuovo investitore una volta realizzati gli obiettivi concordati).

Neppure la posteriorità dell'incarico e della prestazione, quindi, dice di per sé nulla sulla funzionalità dell'attività professionale rispetto alla procedura, implica soltanto che il credito professionale sia maturato dopo l'apertura della procedura.

Rimanendo ancora al semplice dato temporale, vi sono poi delle attività professionali che si svolgono “a cavallo” dell'apertura della procedura. Esse hanno la propria sorgente nel periodo anteriore, quando l'imprenditore è integralmente libero di decidere l'*an*, il contenuto e il *quantum* della prestazione richiesta, e il loro corso – talora per un breve tratto, talora per la sua massima parte – nel periodo successivo. L'atto-fonte dell'incarico (e del credito) risiede nella parte alta del corso, l'esecuzione (in parte o talora in tutto) e la maturazione del compenso in quella successiva alla “chiusa” dell'ingresso dell'imprenditore in procedura.

Il rapporto di funzionalità di simili attività rispetto alla procedura può essere il più vario, da molto stretto (ad esempio nell'incarico al difensore di rappresentare il debitore nel ricorso per concordato e in quello per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione e di assisterlo fino al buon esito della procedura, anche eventualmente negli incidenti giurisdizionali che possano via via manifestarsi) a molto lasco (ad esempio nel caso del mandato alle liti per una controversia a contenuto patrimoniale che riguardi la sola persona del debitore) fino a situazioni intermedie (ad esempio nel caso di mandato alle liti conferito al difensore affinché resista a una pretesa di pagamento avanzata da un terzo che, se fondata, avrebbe titolo a concorrere con gli altri creditori, in tal modo depauperando, a parità di altre condizioni, le aspettative di recupero di ciascuno di essi).

### *3. Maturazione del diritto di compenso e procedura concorsuale.*

Anche il meccanismo della maturazione del compenso del professionista può essere diversamente modulato rispetto all'apertura della procedura. Esso sarà retto, come detto, dal contratto che ne costituisce la fonte, il quale sarà libero di determinarlo come ritenuto meglio dalle parti (essendo stato stipulato nel “corso alto” antecedente la “chiusa”).

Vi saranno casi di prestazioni “segmentate”, cioè strutturalmente autonome benché inserite in un quadro complessivo unitario, per le quali potrà essere stata pattuita una

maturazione del compenso all'esito dell'espletamento di ciascuna prestazione: e allora per quelle concluse prima dell'apertura della procedura il rispettivo credito al compenso sarà anteriore rispetto ad essa, mentre per quelle concluse dopo l'apertura il credito maturerà in corso di procedura.

Potranno darsi, all'opposto, casi in cui la pattuizione relativa al compenso lo condizioni all'integrale espletamento dell'attività affidata al professionista, e allora il credito al compenso maturerà per l'intero successivamente all'apertura della procedura, così come successivamente ad essa l'attività professionale dovrà essere portata a termine.

Potranno inoltre esservi situazioni in cui l'attività professionale è bensì unitaria e tuttavia articolata in prestazioni successive da rendere senza soluzione di continuità, come ad esempio nel caso della difesa giudiziale, con la conseguenza che l'apertura della procedura si pone quale formale momento di cesura rispetto a quanto è in realtà unitario, dividendo idealmente la parte del credito professionale maturata *ante* procedura da quella corrispondente all'attività successiva. La peculiarità, in questi casi, sta nel fatto che la pattuizione sul compenso preesiste alla procedura, non avviene – né deve essere confermata – all'interno di essa.

Questo articolato quadro rende ragione di un altrettanto articolata matrice delle relazioni tra procedura e diritto al compenso dei professionisti.

Quando il compenso, per una o altra delle ragioni sopra dette, configura un credito anteriore alla procedura, il problema giuridico che si pone riguarda le condizioni e i limiti in cui il diritto può essere riconosciuto e pagato all'interno della procedura nonché, se esso fosse stato pagato prima dell'apertura della procedura, la possibilità o meno di considerare il pagamento stabile.

Quando, al contrario, il credito sia maturato per essere stato originato da un atto successivo all'apertura della procedura e perciò entro la procedura stessa, il problema giuridico riguarda esclusivamente la sua opponibilità alla procedura (o, come si dice, alla massa dei creditori concorsuali). Se ve ne saranno le condizioni, il credito sarà pagabile – come ogni altro credito – con le risorse riversate nella procedura (per effetto del cosiddetto “spossessamento debole”, nel concordato preventivo, per effetto dell'offerta ai creditori, nell'accordo di ristrutturazione) e con quelle maturate in corso di procedura e, dunque, il problema giuridico diverrà quello della posizione che il creditore rivestirà rispetto ai creditori concorsuali. Se non ve ne saranno le condizioni, il credito non sarà opponibile alla massa e non parteciperà agli effetti della procedura: il debitore dovrà reperire *aliunde* (e in modo lecito, senza sottrarre risorse agli altri creditori, che indefettibilmente prevarranno) i mezzi per farvi fronte.

Quando, infine, il credito maturi bensì all'interno della procedura traendo tuttavia la sua fonte in un atto antecedente – libero e lecito – il problema giuridico si fa più complesso, in quanto investe anche le condizioni in base alle quali gli effetti dell'atto antecedente possano riverberarsi sulla procedura, siano, cioè, opponibili alla massa. Se tali condizioni sono soddisfatte, gli effetti del libero e lecito atto di conferimento dell'incarico e di determinazione del compenso vincolano la procedura, e il problema

giuridico diventa, ancora una volta, quello del pagamento del credito del professionista (grado, modalità, termini). Se non lo fossero, invece, prima ancora che un problema di opponibilità si porrebbe un problema di insorgenza stessa del credito, dipendente dal fatto che, non soddisfatte le condizioni perché l'atto-fonte impegni la procedura, la stessa attività originariamente affidata dall'imprenditore al professionista non dovrebbe più essere esercitata (a meno che non lo possa nell'interesse esclusivo del debitore, e quindi a suo esclusivo carico). Il problema, in altri termini, sarebbe in tali casi quello dello scioglimento del rapporto e solo coerentemente a come sia stato risolto questo, e in conseguenza di ciò, riguarderebbe l'opponibilità alla massa del credito corrispondente all'attività espletata.

*4. I presupposti del trattamento del diritto al corrispettivo professionale nelle diverse procedure concorsuali.*

Caratteristiche della prestazione, temporalità e funzionalità sono dunque le variabili da tenere in considerazione per porre su basi corrette il tema del trattamento dei crediti professionali all'interno di ciascuna procedura.

Non ogni procedura ha lo stesso approccio al trattamento dei crediti professionali, in quanto, costituendo la funzionalità in rapporto ad essa una delle variabili a tal fine rilevanti, per definizione – a parità di altre condizioni (caratteristiche della prestazione e sua temporalità) – la risposta di disciplina è diversa se ed in quanto lo siano le finalità.

Una procedura, come il fallimento, a carattere istantaneamente liquidatorio (per tale intendendosi la diretta vocazione degli attivi esistenti al momento dell'apertura della procedura a soddisfare i creditori, previo spossessamento immediato del debitore) ha l'unica esigenza di stabilire il rango da attribuire ai crediti, da cui dipende il loro trattamento. La disciplina pone, allora, regole concernenti i pagamenti avvenuti prima della sua apertura per l'eventuale loro riassorbimento nell'unico compendio concorsuale, regole relative allo scioglimento del rapporto contrattuale ovvero al subentro, in esso, del curatore e regole concernenti il trattamento dei crediti maturati dal professionista non pagati prima dell'apertura della procedura e quello dei crediti maturati in corso di procedura. Il credito professionale è uno dei tanti e va trattato insieme a tutti gli altri secondo regole comuni, nel rispetto dei corrispondenti ranghi.

In procedure, come il concordato preventivo e tanto più l'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis, l. fall.*, "di continuità" (per tali intendendosi non soltanto quelle per le quali la continuità aziendale costituisca il fine stesso della procedura ma anche quelle liquidatorie nelle quali, però, a differenza del fallimento, la liquidazione degli attivi postuli una previa fase di continuazione gestionale volta a preservarli o a incrementarli, senza spossessamento immediato del debitore) il tema si pone in termini completamente diversi. Perno di queste procedure non è, come nel caso precedente, lo scioglimento dei rapporti e la cristallizzazione della massa passiva alla data di apertura della procedura intesa in senso olistico, tale cioè da comprendere in un unico elenco, composto di diversi ranghi, i debiti onde trattarli unitariamente secondo regole comuni all'intera massa nel rispetto dei vincoli di rango. E' l'opposto. I

rapporti d'impresa proseguono, senza soluzione di continuità, e così i contratti in corso d'esecuzione, dai quali al debitore è consentito sciogliersi solo previa autorizzazione del giudice (art. 169 *bis*, primo comma, l. fall.). La cesura temporale segnata dall'apertura della procedura ha conseguentemente, in questi casi, la funzione di individuare i crediti anteriori, che dovranno essere trattati secondo principi di concorsualità nel rispetto dei corrispondenti ranghi, ma anche di segnare l'inaugurazione della fase in cui, continuando e finché continuano i rapporti contrattuali, i crediti si formano e maturano all'interno della procedura.

Sarebbe errato, con riferimento a questi ultimi, richiamare le categorie proprie della liquidazione per ranghi, quali quelle della prededuzione e del privilegio. Quelle categorie servono, appunto, alla costruzione della griglia dei ranghi, nei casi in cui i pagamenti debbano avvenire nel rispetto di questi. Non hanno ragione d'essere, invece, in situazioni di continuità contrattuale, a meno di ritenere – ma ciò non avrebbe fondamento normativo né logico – che anche i crediti maturati da controparti del debitore in pendenza di concordato debbano trovare soddisfazione nel contesto unitario della liquidazione concordataria, al pari di quelli pregressi. Ma che così non sia v'è più di una traccia normativa: il debitore ha la facoltà di stipulare contratti rientranti nella sfera di ordinaria amministrazione, senza neppure bisogno di autorizzazione, e quindi dovrà onorarli; previa autorizzazione potrà dar corso anche ad atti di straordinaria amministrazione, che dovranno ben essere onorati; fino a che non si sciogla dai contratti in corso d'esecuzione, ne dovranno essere pagati i corrispettivi (cfr. art. 169 *bis*, secondo comma, ult. parte, l. fall.); gli organi della procedura sono autorizzati a contrarre obbligazioni in funzione dell'espletamento dell'incarico e ad esse dovranno adempiere.

Non deve quindi confondersi, nelle disposizioni in materia di concordato preventivo, il richiamo al trattamento “in prededuzione” che ad alcuni crediti viene riconosciuto “ai fini dell'art. 111, l. fall.”<sup>3</sup>, trattamento che vale per l'ipotesi di consecuzione del fallimento al concordato preventivo e ha la finalità di attribuire a quei crediti, sorti durante la fase concordataria, il rango di prededuzione nel trattamento (unitario) della massa passiva fallimentare, con le disposizioni relative al concordato preventivo che, ora espressamente ora implicitamente, postulano l'immediata pagabilità di certi crediti per l'intero loro ammontare<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> V. però F. LAMANNA, *I crediti prededucibili perché “funzionali” alle procedure concorsuali*, 2013, reperibile in internet al seguente indirizzo: <http://ilfallimentarista.it/articoli/blog/i-crediti-prededucibili-perch-funzionali-alle-procedure-concorsuali>. Trib. Vicenza, 11 marzo 2014, reperibile in internet al seguente indirizzo: [http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fal.php?id\\_cont=10188.php](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fal.php?id_cont=10188.php).

<sup>4</sup> A causa del sopravvenire alluvionale di riforme affidate a mani redazionali diverse, si è talora persa una certa “purezza” lessicale, riferendosi a una “prededuzione” dei crediti “nel” concordato preventivo per alludere alla loro immediata e integrale pagabilità: tale è l'intero impianto dell'art. 182 *quater*, l. fall., introdotto dall'art. 48, primo comma, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. con modificazioni in legge 30 luglio 2010, n. 122. Diverso sembra il caso della previsione contenuta nell'art. 169 *bis*, secondo comma, ult. parte, l. fall. – parole aggiunte dall'art. 8, primo comma, lett. c, d.l. n. 83/2015 – secondo cui, in caso di autorizzato scioglimento del debitore dal contratto in corso d'esecuzione, resta ferma la “prededuzione” del credito conseguente alle prestazioni eseguite «legalmente e in conformità agli usi negoziali dopo la pubblicazione della domanda» concordataria. Pur utilizzando una locuzione propria del fallimento, la

Questa precisazione tornerà più volte utile nel prosieguo. Per il momento basti a dimostrare, sul piano logico e metodologico, priva di fondamento un'interpretazione che dal riconosciuto carattere di “prededuzione ai fini e per gli effetti dell'art. 111, l. fall.” voglia implicare l'immediata pagabilità dei crediti in pendenza di concordato o, al contrario, la loro soggezione alle regole procedurali della liquidazione concordataria. E, viceversa, di quella che dall'immediata pagabilità del credito in pendenza di concordato per ciò solo volesse trarne, in caso di omesso pagamento durante la fase concordataria, la natura di prededuzione nell'eventuale successivo fallimento.

5. *I pagamenti di prestazioni professionali anteriori all'apertura del concordato preventivo.*

Volgendo lo sguardo più specificamente alla procedura di concordato preventivo, la cesura tra crediti anteriori e crediti posteriori all'apertura della procedura è posta al fine di instaurare, tra i creditori appartenenti alla prima categoria, una comune soggezione alla falcidia concordataria indipendentemente dalla loro adesione alla proposta (art. 184, primo comma, l. fall.) e un trattamento concorsuale, secondo i rispettivi ranghi (cfr. art. 177, secondo comma, l. fall.) e le rispettive classi, ove formate (art. 160, primo comma, l. fall.), coerente con quanto proposto dal debitore, accettato dalle maggioranze qualificate dei creditori e omologato dal tribunale. In funzione di ciò, dal momento della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese i creditori anteriori non possono iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore (art. 168, primo comma, l. fall.), né acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti (*ivi*, terzo comma) e non possono essere pagati, se non in casi tassativi ed eccezionali<sup>5</sup>.

Tale essendo la finalità della procedura, ad essa è estraneo ogni profilo, rilevante invece per la procedura fallimentare (“a liquidazione istantanea”), di ricostruzione della massa passiva alla data di apertura anche attraverso il riassorbimento, in essa, degli effetti dei pagamenti effettuati in una fase antecedente all'apertura stessa. Al concordato preventivo è estraneo qualunque profilo revocatorio, che tornerà rilevante (avendo come data di riferimento quella di apertura del concordato) solo in caso di successivo fallimento.

La procedura concordataria – e anche quella volta all'omologazione di un accordo di ristrutturazione – è insensibile ai pagamenti effettuati fino a un minuto prima della sua apertura, anche se tali da realizzare disparità di trattamento tra creditori. Fino a che la procedura non sia aperta, per la verità, un tema di ranghi e di parità entro i ranghi,

---

norma opportunamente non si riferisce, come altre, alla prededuzione «ai sensi e per gli effetti dell'art. 111, l. fall.» (quindi ai fini del futuro eventuale fallimento), bensì alla prededuzione *tout court*, utilizzando un'espressione indicativa del trattamento del credito da riconoscere in fase liquidatoria nel concordato, e cioè dettando una regola relativa al concorso concordatario, in forza della quale detto credito, ove non onorato fintanto che il contratto è proseguito, dovrà trovare soddisfazione entro le regole procedurali del concordato in posizione di supremazia rispetto a ogni altro credito.

<sup>5</sup> Quello, già richiamato, di un concordato con continuità aziendale (art. 186 *bis*, l. fall.) in cui il debitore sia autorizzato dal tribunale ad effettuare il pagamento sulla base della relazione di un professionista che attesti che le prestazioni da onorare sono essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori.

non si pone, e quindi neppure avrebbe senso porre, anche solo lessicalmente, un tema di disparità di trattamento. La suggestione esercitata dalle categorie fallimentari è però forte: nell'eventuale successivo fallimento, allora sì, il pagamento di un credito avvenuto anteriormente all'apertura del precedente concordato potrebbe ricevere una valutazione in termini di disparità rispetto al trattamento dovuto ai creditori entro la procedura fallimentare. Non per questo, però, il pagamento sarà "discriminatorio", in senso giuridicamente rilevante, ai fini della procedura di concordato, fino a che questa resti aperta.

Quanto sopra consente di risolvere agevolmente il problema del trattamento dei crediti professionali maturati *ante* concordato. Essi possono essere liberamente pagati fino all'istante in cui il debitore presenta il ricorso per concordato (e tanto più fino alla presentazione del ricorso per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione).

Ciò non vuol dire, ovviamente, che, come ogni altro atto compiuto dal debitore prima dell'apertura della procedura, il pagamento di un credito professionale non possa integrare gli estremi di un atto in frode ai creditori, rilevante ai fini dei provvedimenti di cui all'art. 173, l. fall. Ciò potrà accadere quando, dietro lo schermo del rapporto professionale, avvengano atti distrattivi, depauperativi del patrimonio dell'imprenditore e quindi delle aspettative dei creditori (ad esempio per la insussistenza dell'attività dichiarata e indebitamente onorata, o per la clamorosa sproporzione tra contenuto dell'attività e compenso). Ma si tratta di patologie, da trattare come tali. Sul piano concorsuale, il pagamento anteriore al deposito del ricorso non interessa la procedura, la quale non ha voce in capitolo sul *quantum*, sulla non intervenuta scadenza del termine di adempimento, sul rapporto tra porzione di corrispettivo pagata e entità dell'attività ancora da espletare, quando si tratti di attività unitarie o ad esecuzione continuativa o periodica o comunque parzialmente differita.

6. *Pagamenti preconcordatari e revocatoria nel successivo fallimento: l'esenzione prevista dall'art. 67, terzo comma, lett. g, l. fall. e sua critica per difetto.*

Tali circostanze potranno invece – alle diverse finalità proprie della disciplina fallimentare – venire in rilievo nel successivo fallimento, quando dovesse porsi un problema di revoca dei pagamenti.

Al fine di facilitare l'accesso alla procedura e di non disincentivare i professionisti a prestare i propri servizi in favore dell'imprenditore in crisi, l'art. 67, terzo comma, lett. g, l. fall. esenta da revocatoria i pagamenti di "*debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso*" alla procedura concordataria. Dunque, solo se il professionista fosse stato pagato prima della scadenza<sup>6</sup> il pagamento

---

<sup>6</sup> L'espressione normativa ha dato luogo a opposte interpretazioni. Secondo alcuni la precisazione sarebbe superflua, secondo altri implicherebbe la protezione da revocatoria dei soli pagamenti di crediti divenuti esigibili per la loro naturale scadenza e non per ragioni diverse, quali la risoluzione del contratto e la decadenza dal beneficio del termine. Altri ha ipotizzato un collegamento tra tale causa di esclusione da revocatoria e quella prevista dalla lettera *a* del terzo comma dell'art. 67, l. fall., con la conseguenza di ritenere esenti da revocatoria i soli pagamenti avvenuti nei termini d'uso. Per un quadro e richiami v. G.

sarebbe revocabile, altrimenti resisterebbe. L'esenzione da revocatoria fallimentare sembra essere concepita dal legislatore in termini generali, non consentendosi altra valutazione che quella dell'oggettiva riconducibilità del servizio per cui è avvenuto il pagamento alla fattispecie di legge e rimanendo preclusa l'eventuale valutazione della sproporzione tra attività espletata e corrispettivo riconosciuto, la quale potrà venire in rilievo ai diversi fini della revocatoria ordinaria<sup>7</sup> o delle azioni contrattuali a seconda dei casi configurabili.

L'esecuzione da revocatoria fallimentare riguarda “*la prestazione di servizi strumentali all'accesso*” alla procedura concordataria.

Benché ciò possa meritare critiche, non sembra dubbio che l'esenzione non riguardi i servizi prestati in via strumentale all'accesso a procedure di ristrutturazione diverse. L'esenzione, infatti, si riferisce ad un regime altrimenti applicabile in via generale e non ammette pertanto applicazione analogica, tanto più in quanto il legislatore ha specificato analiticamente le procedure in funzione delle quali l'esecuzione viene riconosciuta (amministrazione controllata e concordato preventivo, la prima non più in vigore) omettendo il richiamo alle altre, con chiaro intento delimitativo ai soli casi tipici, il che preclude anche un'applicazione estensiva della disposizione. Nel fallimento non sono al riparo da revocatoria, dunque, né i servizi prestati in via strumentale all'adozione di un piano attestato di risanamento né quelli funzionali al ricorso per fallimento.

Questa limitazione merita ampia critica, in quanto instaura una sorta di gerarchia tra procedure, quasi a supporre che i servizi prestati in funzione di un concordato preventivo siano meritevoli di un trattamento migliore rispetto a quello riconosciuto a servizi, anche in ipotesi identici, prestati in funzione di procedure cui la legge assegna pari dignità. Ma lo è ancor più se si considera che, nella maggior parte dei casi, i servizi di assistenza all'imprenditore in funzione dell'accesso a una procedura debbono essere prestati prima ancora di poter stabilire quale sia la procedura più consona. E' quindi esclusa, *a priori*, la correttezza di un giudizio di valore tra procedure, perfino in rapporto al miglior soddisfacimento delle aspettative dei creditori (cui, in definitiva, l'azione revocatoria dovrebbe sempre essere funzionale), potendo la scelta dell'una piuttosto che dell'altra rispondere a più efficienti e ragionevoli aspettative di successo

---

GUERRIERI, *Sub art. 67*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da A. MAFFEI ALBERTI, 6, Padova, Cedam, 2013, 441.

<sup>7</sup> Sempre che non si accolga la tesi secondo cui le esenzioni previste al terzo comma dell'art. 67, l. fall., riguardano non la sola revocatoria fallimentare ma ogni tipo di azione revocatoria esperibile nel fallimento o perfino al di fuori delle procedure concorsuali (con diverse articolazione S. BONFATTI, *Atti a titolo oneroso, pagamenti e garanzie*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. FAUCEGLIA, L. PANZANI, 1, Torino, Utet, 2009, 606; S. FORTUNATO, “*Brevi note sulla 'filosofia' della nuova revocatoria fallimentare*”, in *Giur. comm.*, 2005, I, 720; G. TERRANOVA, *I profili generale dell'istituto. Il danno come fondamento dell'azione*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. GHIA, C. PICCININI, F. SEVERINI, 2, Torino, Utet, 2010, 34 s.

del processo di ristrutturazione, al cui discernimento una seria attività di assistenza professionale è finalizzata<sup>8</sup>.

Per le stesse ragioni, a non minor critica si espone la disposizione nella parte in cui non pone una regola paritaria a tutela dei crediti professionali maturati a servizio di una soluzione della crisi che si riveli meglio assicurata dall'immediato ricorso alla dichiarazione di insolvenza (magari con ammissione all'amministrazione straordinaria) e alla procedura fallimentare.

La scelta poggia verosimilmente sul pregiudizio che, verificatasi una situazione di insolvenza irreversibile, l'imprenditore debba "portare i libri in tribunale" non richiedendosi assistenza alcuna a tal fine, e anzi addirittura dovendo egli astenersi da spese inutili che, senza costrutto, aggraverebbero la situazione dei creditori. Questo pregiudizio è al fondo di filoni giudiziari sia civili (in sede revocatoria e talora addirittura di azione dichiarativa dell'inopponibilità dell'incarico alla massa, onde escludere il credito del professionista) sia penali (quali ipotesi distrattive o addirittura fraudolente), che possono forse avere un fondamento solo in casi estremamente elementari, di norma molto lontani dalla realtà. Accade piuttosto sovente, tanto più in situazioni complesse, che la stessa irreversibilità dell'insolvenza possa richiedere, per emergere, un'impegnativa ricostruzione ad opera del professionista, nonché, talora, l'espletamento di servizi di ricostruzione contabile, riorganizzazione, gestione della tesoreria, gestione dei rapporti con i fornitori e con il ceto bancario volta a ridefinire le scadenze, solo all'esito dei quali si renda possibile accertare che l'imprenditore non ha *chances* di soluzione diverse da quella fallimentare, rischiando, in alternativa, di disperdere le risorse disponibili aggravando la posizione dei creditori.

Tanto vale, a maggior ragione, quando lo scenario fallimentare sopravvenga al conferimento dell'incarico, quando cioè nel corso di un'attività funzionale all'assistenza in procedimenti di ristrutturazione diversi dal concordato, proprio grazie all'attività professionale espletata si manifesti la sopravvenienza delle condizioni di irreversibilità della crisi per le più diverse ragioni. Non proteggere da revocatoria, in questi casi, i pagamenti delle prestazioni corrispondenti a servizi strumentali ad "arrestare le macchine" e ricorrere tempestivamente alla procedura di rigore appare disposizione irragionevole e ingiustamente discriminatoria, a parità di condizioni, tra situazioni eguali, che si offre a ben più di un dubbio di illegittimità costituzionale.

Per le stesse ragioni, a critiche analoghe si espone la norma nella parte in cui ha previsto l'esenzione da revocatoria per i pagamenti di prestazioni di servizi strumentali all'accesso alla procedura di "amministrazione controllata" e non anche all'amministrazione straordinaria (ai sensi del d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270 ovvero del d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 e successive evoluzioni).

---

<sup>8</sup> Giova evidenziare le paradossali distorsioni che una simile disposizione può ingenerare – in spregio proprio della finalità di incentivazione al ricorso alle procedure alternative – nell'indurre i prestatori d'opera e servizi a prediligere la proposizione di soluzioni concordatarie pur quando altre possano essere più efficacemente ipotizzate e attivate.

E' invece dubbio che l'esenzione non protegga i pagamenti dei corrispettivi per servizi prestati per l'accesso a un procedimento di omologazione di un accordo di ristrutturazione *ex art. 182 bis*, l. fall. Ciò non tanto in ragione di una assunta comunanza di finalità rispetto al concordato preventivo, sia pur in un contesto diverso (reso ragionevolmente preferibile, in concreto, dalla struttura dell'esposizione debitoria, concentrata su creditori "forti", disposti ad accompagnare l'imprenditore nella ristrutturazione, e dispersa tra piccoli creditori estranei, che verrebbero pagati meglio e prima di quanto accadrebbe in un eventuale concordato) – ragione, come detto, apprezzabile ma che non trova il giusto premio in un contesto di disposizione derogatoria a un precetto generale, in cui le eccezioni sono più d'una e sono testualmente tipizzate – quanto per il fatto che al procedimento *ex art. 182 bis*, l. fall. può testualmente accedersi all'interno di un procedimento concordatario, dopo averne, cioè, prenotato alternativamente gli effetti ricorrendo alla domanda "in bianco" ai sensi dell'art. 161, sesto comma, l. fall. e poi sciogliendola nel senso dell'accordo di ristrutturazione anziché del concordato preventivo.

Si verifica qui, pertanto, una situazione opposta a quella relativa alle altre procedure, nel senso che l'interpretazione della norma di esenzione – potendo riferirsi a una procedura concordataria che si apre "in bianco" per poi sfociare in due filoni distinti – debba avvenire in modo costituzionalmente orientato onde assicurare il rispetto del principio di uguaglianza, non potendo l'interpretazione condurre all'irragionevole e ineguale conseguenza che la stessa attività prestata per consentire all'imprenditore di accedere alla procedura concordataria mediante deposito di un'istanza "in bianco" venga esentata ovvero assoggettata a revocatoria a seconda che venga poi prescelta una piuttosto che altra delle vie procedimentali parimenti ammissibili.

E se i crediti per servizi prestati in funzione dell'accesso a procedura di omologazione di un accordo di ristrutturazione *ex art. 182 bis*, l. fall. meritano l'esenzione da revocatoria quando ad essa si ricorra all'esito di un'istanza prenotativa di concordato *ex art. 161*, sesto comma, l. fall., le medesime ragioni di interpretazione costituzionalmente orientata inducono a ritenere che l'esenzione valga in ogni caso di accesso alla procedura di ristrutturazione mediante accordo con i creditori, non essendo ammissibile, fra casi identici, un trattamento difforme<sup>9</sup>.

#### 7. I "servizi strumentali all'accesso" alla procedura concorsuale.

Il riferimento ai pagamenti corrispondenti alla prestazione di "servizi" strumentali all'accesso alle procedure appare più esteso rispetto all'area delle prestazioni professionali strettamente intese, oggetto cioè di contratti d'opera professionale, e ricomprende anche i servizi prestati in forma d'impresa. Il credito il cui pagamento è

---

<sup>9</sup> Salvo legittimare l'assurda conseguenza che, a parità di condizioni, al professionista convenga indurre l'imprenditore cliente che si voglia far accedere a un accordo di ristrutturazione a depositare previamente un'istanza "in bianco" da "sciogliere" un attimo dopo nel senso del procedimento *ex art. 182 bis*, l. fall.

protetto da revocatoria, infatti, è genericamente individuato in ragione del contenuto della prestazione senza rilievo della relativa modalità di produzione.

E' quindi corretto ritenere che nell'area della protezione – sempre che si tratti di servizi “*strumentali all'accesso*” – possano essere annoverate le prestazioni complesse di assistenza nei processi di riorganizzazione da realizzare attraverso il ricorso a una delle procedure sopra indicate.

E' appena da osservare, a questo riguardo, che ciò costituisce conferma dell'irrelevanza, ai presenti fini, del rango del credito il cui pagamento *ante* concordato resta esente da revocatoria in caso di futuro fallimento, potendo l'esenzione riguardare, quanto a natura, sia crediti assistiti da privilegio professionale che crediti di natura chirografaria, quali sono quelli corrispondenti a servizi prestati in forma d'impresa.

Quanto all'oggetto delle prestazioni, il riferimento normativo è generico e onnicomprensivo. L'indagine sulla strumentalità o meno del servizio rispetto all'accesso alla procedura dev'essere ovviamente condotta caso per caso. Non sembra tuttavia esservi dubbio sui criteri di valutazione del nesso, che deve qualificarsi non in forza di una generica relazione di fatto tra espletamento dell'attività e accesso alla procedura bensì di una relazione di diretto contributo della prestazione dei servizi all'accesso. Sembra quindi corretto espungere dall'area di protezione dalla revocatoria le attività prestate indistintamente, che pur in concreto possano aver favorito il ricorso dell'imprenditore a una procedura o che abbiano prodotto effetti sulla procedura medesima, e che tuttavia traggano la loro fonte da incarichi non specificamente qualificati dalla funzionalità alla procedura e abbiano avuto ad oggetto servizi ugualmente realizzabili in funzione della procedura o prescindendo da essa.

Da questo punto di vista (a meno, ovviamente, che il conferimento dell'incarico non li abbia espressamente finalizzati alla presentazione di una domanda di accesso a una procedura), sembra doversi escludere l'esenzione da revocatoria per i servizi consistenti in processi di riordino dell'organizzazione e della contabilità, di valutazione della continuità aziendale richieste ai fini della rinegoziazione di prestiti bancari (“IBR”), di assistenza legale nella negoziazione di singole, pur rilevanti, posizioni contrattuali, di assistenza nella riorganizzazione societaria, nell'adozione di procedimenti di controllo del rischio e della *compliance*, che possano bensì porsi in un vincolo di funzionalità al futuro ricorso dell'imprenditore a una procedura, e tuttavia solo indirettamente, potendo essi indistintamente essere utili anche in una prospettiva di ristrutturazione prescindente dal ricorso a una delle procedure indicate dalla disposizione di esenzione.

Devono invece ritenersi esenti da revocatoria i pagamenti di prestazioni di servizi che l'imprenditore richieda direttamente in funzione dell'accesso alla procedura, anche quando il conferimento dell'incarico sia formulato in modo generico in quanto riferito a un momento in cui non è ancora detto che l'imprenditore farà effettivamente ricorso alla procedura, e tuttavia riguardi l'attività prodromica (ad esempio l'adozione di talune misure e l'effettuazione di analisi specifiche, l'assistenza nella formazione della contabilità specificamente utilizzabile per l'accesso a una procedura, l'analisi giuridica,

economica e tecnica dei rapporti in corso necessaria per valutare l'impatto dell'eventuale procedura) che l'imprenditore si prefigga di compiere per determinarsi a ricorrere alla procedura e, in caso positivo, per utilizzarne i risultati nella costruzione del piano e della proposta da formulare ai creditori.

Tali attività non sono genericamente rilevanti in caso di futura procedura ma hanno nella programmazione dell'accesso alla procedura il loro diretto antecedente, giuridicamente rilevante, tanto che anche nello stesso espletamento del servizio il professionista deve tenere conto dell'utilizzabilità dei suoi risultati in seno alla procedura programmata.

Il giudizio di strumentalità, deve appena aggiungersi, non si traduce in quello della "utilità" dell'attività prestata rispetto al conseguimento delle finalità della procedura, e men che meno rispetto all'interesse dei creditori concorsuali. 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 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. Può dirsi, anzi, che l'esenzione da revocatoria è destinata per definizione ad operare quando la procedura non ha avuto buon fine ed è sfociata in un successivo fallimento. Non è quindi dagli esiti in ipotesi infausti della procedura, né dall'utilità in concreto ricavata dall'apporto professionale prestato *ante* procedura, che può ricavarsi un giudizio di soggezione o esenzione a future revocatorie.

Ovviamente questo non preclude il controllo sulla strumentalità in concreto dell'attività prestata rispetto all'accesso alla procedura. Ne resteranno escluse le attività che per contenuto non siano idonee a supportare l'imprenditore nell'accesso alla procedura, come, ad esempio, la certificazione di una situazione contabile redatta a una data ampiamente anteriore a quella di ragionevole apertura della procedura, la relazione di attestazione redatta da un soggetto privo dei requisiti di professionalità di legge, la valutazione dei cespiti svolta secondo criteri inutilizzabili ai fini della procedura, l'assistenza nell'adozione di atti che pregiudichino i presupposti per ricorrere alla procedura (ad esempio, la messa in liquidazione che implichi il venir meno di una concessione, di una licenza o di un contratto essenziale per la continuità e quindi per il buon esito di una procedura non liquidatoria), e così via. Ciò che contraddistingue queste ipotesi è che in ognuna di esse l'attività è stata prestata senza alcuna possibilità, neppure *ex ante*, di sortire effetti per il caso di accesso alla procedura, sicché averla ricevuta o meno non modifica le condizioni e i presupposti in base a cui l'imprenditore può ricorrervi.

Infine, sono certamente compresi nell'esenzione da revocatoria i servizi professionali, anche prestati in forma di impresa, strettamente connessi alla predisposizione degli atti necessari per l'accesso a una delle procedure indicate dalla

disposizione d'esenzione: così, i corrispettivi dell'avvocato incaricato del ricorso, quelli dell'attestatore, quelli dei professionisti coinvolti per la redazione del piano, gli stimatori di elementi dell'attivo da valorizzare in seno alla proposta.

Con riferimento a queste posizioni, occorre svolgere due osservazioni.

In primo luogo, perché possano andare esenti da revocatoria occorre che i crediti rivvenienti da tali prestazioni siano liquidi ed esigibili al momento del pagamento e che questo avvenga “*alla scadenza*”, non prima. Occorre, a tal fine, avere riguardo all'incarico professionale, dal quale deve evincersi senza necessità di determinazione ulteriore il *quantum* riconosciuto a fronte delle prestazioni rese e il momento di maturazione del corrispondente credito, che dev'essere chiaramente indicato in un momento anteriore alla presentazione del ricorso per poter essere considerato scaduto e quindi pagato “bene”, ai fini di una futura revocatoria, prima dell'apertura della procedura.

In secondo luogo, anche per queste prestazioni vale la considerazione che la loro funzionalità all'accesso alla procedura prescinde dalla concreta utilità, e in taluni casi dalla stessa utilizzabilità, del risultato dell'attività professionale ai fini della procedura. E' questo, in particolare, il caso dell'esperto attestatore – la cui prestazione è necessariamente strumentale all'accesso, in quanto indispensabile per la stessa ammissione alla procedura – quando neghi l'attestazione di fattibilità del piano e renda perciò impossibile l'accesso alla procedura. Non per questo egli, se pagato, dovrebbe soffrire un rifiuto dell'esenzione da revocatoria<sup>10</sup>, avendo comunque svolto un'attività la cui giustificazione causale e ragione economica consiste esclusivamente e direttamente nella domanda concordataria.

E' significativo osservare che non sussiste piena corrispondenza<sup>11</sup> tra l'area dei crediti il cui pagamento, se anteriore alla procedura concordataria, non è revocabile, e area dei crediti – sempre anteriori all'apertura del concordato – rimasti impagati e perciò ammessi alla successiva procedura fallimentare in prededuzione ai sensi dell'art. 111, secondo comma, l. fall. in quanto “*sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge*”.

All'area della prededuzione fallimentare sono testualmente attratti anche i crediti per prestazioni rese in occasione o in funzione di procedure concorsuali diverse dal concordato preventivo e dall'abrogata amministrazione controllata. Ad essa vanno

---

<sup>10</sup> L'ipotesi è quella di una relazione negativa resa prima dell'introduzione del procedimento concordatario, che sostanzialmente la rende impraticabile o, se nondimeno presentata, la rende inammissibile, con conseguente possibilità che si apra un successivo fallimento. Diversa è l'ipotesi descritta nel testo che postula che l'attestatore completi la propria relazione successivamente alla presentazione dell'istanza di concordato, il che può avvenire solo nel caso di concordato “in bianco” di cui all'art. 161, sesto comma, l. fall. Ma in una simile ipotesi ragionevolmente il credito del professionista non potrà dirsi maturato (se non, forse, per fasi opportunamente individuate e “segmentate” nell'incarico) al momento della presentazione dell'istanza, sì che la fattispecie di esenzione di cui all'art. 67, terzo comma, l. fall. non si potrebbe porre in concreto.

<sup>11</sup> Sui rapporti tra i due profili C. COSTA, *Esenzione dell'azione revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese*, in *Dir. fall.*, 2010, I, 526; M. SPADARO, *La prededucibilità dei crediti professionali sorti in funzione di una procedura minore ecc.*, in *Fallimento*, 2014, 546.

inoltre ricondotte situazioni più ampie rispetto ai crediti per servizi “*strumentali all’accesso*” alle procedure, che si pongono con le procedure – e non solo con l’accesso ad esse – in un vincolo di “occasionalità” o di “funzionalità”<sup>12</sup>.

8. *I crediti professionali maturati nella procedura concordataria. Una precisazione sul corretto utilizzo della categoria della “prededuzione”.*

Una volta aperta la procedura, i crediti maturano tutti entro la stessa. Come detto, la qualificazione in termini di prededuzione ai sensi dell’art. 111, l. fall. – con le relative condizioni – si pone esclusivamente quando si apre una procedura di fallimento. Tradizionalmente, quale effetto diretto dello spopolamento e del deferimento al curatore di tutte le posizioni giuridiche soggettive afferenti al patrimonio del fallito, la prededuzione è stata qualificata come il trattamento preferenziale di massimo grado da riconoscere *tout court* ai crediti maturati entro la procedura. Con la riforma dell’art. 111, secondo comma, l. fall.<sup>13</sup> questo principio – che prima conosceva limitate eccezioni, comunque rimesse a un atto volontario del curatore<sup>14</sup> – si è esteso fino a comprendere crediti sorti nel corso di precedente e diversa procedura concorsuale<sup>15</sup> e perfino crediti

---

<sup>12</sup> Quel che resta criticabilmente escluso dalla previsione della prededuzione contenuta nell’art. 111, secondo comma, l. fall., sia detto per inciso, sono i crediti maturati in occasione o in funzione di procedure concorsuali non disciplinate dalla «*presente legge*», cioè dalla legge fallimentare, in primo luogo quelle di amministrazione straordinaria e quelle “speciali” che regolano la crisi di specifiche categorie di imprenditori, come quelle in materia bancaria, finanziaria e assicurativa. La lacuna è forse colmabile per queste ultime, che pur regolate da leggi speciali adottano il modello della liquidazione coatta amministrativa, meno invece per le prime, a meno di ritenere – cosa però tutt’altro che scontata, comunque da dimostrare essendo la legge speciale a richiamare quella generale, e non viceversa – che sia sufficiente il richiamo, contenuto nella disposizione speciale in tema di ripartizione dell’attivo alle disposizioni dell’art. 111, l. fall. (art. 67, secondo comma, d. lgs. n. 270/1999), nonché quello alla disciplina della revocatoria fallimentare (art. 49, d. lgs. n. 270/1999), per “assorbire” il principio della prededuzione di cui all’art. 111, secondo comma, anche all’interno della disciplina speciale.

<sup>13</sup> Il secondo comma è stato introdotto nella versione attuale dell’art. 99, secondo comma, lett. *b*, d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.

<sup>14</sup> In caso di subentro del curatore nei contratti ad esecuzione continuativa o periodica il credito della controparte per le partite pregresse deve essere onorato integralmente dal curatore (art. 74, l. fall., nel nuovo testo introdotto dall’art. 4, decimo comma, d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169).

<sup>15</sup> La norma precisa: «*di cui alla presente legge*», cioè alla legge fallimentare. Il fallimento, però, potrebbe aprirsi anche a seguito di procedure concorsuali non disciplinate dalla legge fallimentare, come nel caso dell’art. 69 e dell’art. 70, d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270, in tema di amministrazione straordinaria. Per un’estensione della disposizione di riconoscimento della prededuzione dei crediti sorti nel corso dell’amministrazione straordinaria in caso di conversione della procedura in fallimento v. P. BELTRAMI, *Art. 69 - Conversione in corso di procedura; art. 70 - Conversione al termine della procedura*, in *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, a cura di A. CASTAGNOLA, R. SACCHI, Torino, Giappichelli, 2000, 331, ove richiami. Potrebbe anche ipotizzarsi l’apertura di un fallimento “italiano” all’esito di procedure aperte in altro Paese dell’UE alle quali vada riconosciuta, in ossequio al Regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio del 29 maggio 2000, la qualifica di “concorsuali”.

Discusso è se possa considerarsi “procedura concorsuale” di cui alla legge fallimentare l’accordo di ristrutturazione *ex art. 182 bis* e se, pertanto, possano godere del trattamento di prededucibilità, nel successivo fallimento, i crediti del professionista attestatore: G. TARZIA, *Il variegato mosaico delle prededuzioni dopo gli ultimi interventi del legislatore*, in *Fallimento*, 2014, 759, *ivi* nota 19 per ulteriori richiami.

sorti prima dell'apertura in quanto "in funzione" di essa<sup>16</sup>, senza necessità che essi siano riferibili a un organo della procedura.

Comunque, la prededuzione è l'attributo di un credito ai fini di un concorso nei pagamenti. Di essa – almeno in tale accezione – non ha senso parlare quando la procedura preveda modalità di estinzione dei crediti pregressi diverse dal concorso, in tutto (così nel caso dell'accordo di ristrutturazione *ex art. 182 bis*, l. fall.) o in parte (come nel caso del concordato preventivo)<sup>17</sup>, in base alle quali i crediti anteriori vanno onorati secondo un ordine e un procedimento concorsuale, mentre quelli sorti per la prosecuzione della gestione devono esserlo secondo le ordinarie scadenze contrattuali, provvedimentali o di legge.

Quando ci si riferisce al trattamento dei crediti professionali nel concordato preventivo, quindi, il problema di un loro eventuale carattere di prededuzione (ai fini concordatari, non nel senso dell'art. 111, l. fall.) avrebbe ragione di porsi, sul piano teorico, esclusivamente per i crediti sorti anteriormente alla procedura onde stabilire il rango rispetto agli altri crediti propriamente "concorsuali", anch'essi necessariamente limitati a quelli sorti *ante* procedura. Ma, salvo espresse previsioni di legge che dovessero riconoscerla, una simile posizione di preminenza non si configura, a differenza di quanto accade nel fallimento in forza dell'art. 111, secondo comma, l. fall.

Per converso, per i crediti professionali sorti in corso di procedura non è data alternativa che questa: o il credito è "legalmente" sorto (torneremo subito sul punto), e allora esso dovrà essere onorato non "in prededuzione" (cioè secondo regole concorsuali, quindi nei tempi e secondo le modalità contenute nella proposta, benché in rango preminente) bensì in modo corrente, secondo la loro naturale scadenza come qualunque altra obbligazione sorta nella prosecuzione gestionale; o il credito origina da atti dispositivi inopponibili alla procedura, e quindi non potrà essere onorato né con le risorse inizialmente apportate al concordato dal proponente né con quelle *medio tempore* prodottesi per effetto della gestione.

#### 9. I crediti professionali da onorare correntemente nel corso della procedura.

Per poter stabilire se un credito professionale sia onorabile secondo le ordinarie scadenze contrattuali occorre verificare se il conferimento della prestazione d'opera

---

<sup>16</sup> M. VITIELLO, *La prededuzione del credito del professionista nel concordato preventivo*, 2015, reperibile in internet al seguente indirizzo: <http://ilfallimentarista.it/multimedia/la-prededuzione-del-credito-del-professionista-nel-concordato-preventivo>; Cass. civ., sez. I, 17 aprile 2014, n. 8958, in *Giur. it.*, 2014, 1648; Cass. civ., sez. I, 5 marzo 2014, n. 5098, *ibidem*, 1650 (benché con soluzione in concreto diversa, nel senso di non ritenere "sorto in funzione" del concordato preventivo il credito dell'avvocato difensore della società in giudizi pendenti anteriormente alla apertura della procedura). Per un quadro sul tema P. VELLA, *L'interpretazione autentica dell'art. 111, co. 2, l. fall. e i nuovi orizzonti della prededuzione pre-concordataria*, paper soggetto a riproduzione riservata, 18 marzo 2014; v. anche L. BOGGIO, *I "tormenti" della prededuzione ecc.*, in *Giur. it.*, 2014, 1653 ss. E già, dello stesso Autore, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e prededuzione: crediti professionali e oltre*, *ivi*, 2013, 1822 ss., nota a Cass. civ., sez. I, 18 aprile 2013, n. 9489 e a Cass. civ., sez. I, 8 aprile 2013, n. 8533. V. anche G. B. NARDECCHIA, *I crediti sorti in funzione o in occasione del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2014, 71 ss.; V. SALVATO, *Prededucibilità del credito del professionista per l'assistenza nella fase di ammissione al concordato preventivo*, *ibidem*, 80 ss.

<sup>17</sup> Sembra cogliersene uno spunto in G. TARZIA, (nt. 15), 760.

(ma anche quella di servizi da esercitarsi in forma d'impresa, non essendovi basi normative che consentano di scriminare le due ipotesi) configuri o meno un atto impegnativo per la procedura e se sia dunque opponibile alla massa dei creditori anteriori.

Tale valutazione postula la riconducibilità dell'incarico all'area della prosecuzione dell'impresa, della conservazione del patrimonio o della conduzione della procedura (e non alla sfera personale del debitore)<sup>18</sup> e deve avere riguardo esclusivamente alla titolarità del potere di conferimento dell'incarico e alle condizioni per il suo esercizio, non anche all'oggetto dell'incarico, al suo contenuto economico, alla sua funzionalità<sup>19</sup> o addirittura alla sua utilità<sup>20</sup> per gli obiettivi della procedura.

Se si assume, infatti, che un dato soggetto (debitore, commissario giudiziale, liquidatore giudiziale) può compiere un dato atto in quanto gli sono riferibili le relative condizioni di legittimazione e in quanto gliene appartenga (eventualmente previa integrazione tramite autorizzazione) il potere, nessuna valutazione di merito relativa al contenuto dell'atto, pena un'inammissibile inversione logica, può incidere sull'effetto di sua piena opponibilità alla massa e, quindi, sull'immediata e insindacabile "pagabilità" del credito maturato dal professionista o dal prestatore di servizi secondo le condizioni e scadenze contrattualmente determinate.

Se si tratta di atti di organi della procedura, occorre avere riguardo all'area di competenza e all'eventuale necessità di ricevere, per l'adozione, un'autorizzazione ed eventualmente un previo parere da parte di altro organo della procedura. Per soddisfatte tali condizioni, l'incarico professionale deve ritenersi conferito validamente ed efficacemente e i corrispondenti crediti devono essere onorati secondo le pattuizioni contrattuali.

Se il conferimento dell'incarico è ad opera del debitore, il quale sotto la vigilanza del commissario giudiziale mantiene ogni potere di gestione dell'impresa ovvero di conservazione del patrimonio, l'assunzione delle relative obbligazioni avviene nell'esercizio di un normale atto di autonomia (se straordinario, previa autorizzazione) e, ancora una volta, non soffre limitazioni alcuna nella sua capacità di produrre effetti impegnativi a carico della massa.

Se certamente non può escludersi, in astratto, una situazione in cui lo stesso conferimento dell'incarico professionale sia, *in sé*, un atto di straordinaria

<sup>18</sup> Cass. civ., sez. VI (ord.), 21 ottobre 2011, n. 21924, in *Fallimento*, 2012, 298, con nota di C. TRENTINI, *Crediti dei professionisti nel concordato preventivo: opponibilità e prededuzione*, *ivi*, 299 ss.

<sup>19</sup> Cfr. S. SCARAFONI, *Effetti della presentazione del ricorso e all'ammissione al concordato ecc.*, in *Trattato*, diretto da L. Ghia, C. Piccininni, F. Severini, 4, Torino, Utet, 2011, 386 ss.

<sup>20</sup> Così invece Cass. civ., sez. I, 20 ottobre 2005, n. 20291, massima in *Fallimento*, 2006, 723; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*<sup>8</sup>, Milano, Giuffrè, 2011, 428; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, XI,1, Padova, Cedam, 95 ss.; M. M. GAETA, *Effetti del concordato preventivo*, in *Fallimento*, diretto da G. Fauceglia, L. Panzani, 3, Torino, Utet, 2009, 1649.

amministrazione, assai difficile sembra ciò possa configurarsi in concreto<sup>21</sup>. L'atto di straordinaria amministrazione, di norma, è quello che, se autorizzato, dà poi luogo al conferimento di un incarico (ad esempio il *se* promuovere una certa azione giudiziaria, per le implicazioni rilevanti che essa potrebbe avere nell'economia del concordato) e non anche il conferimento dell'incarico professionale, che rispetto al fine dato è per definizione un atto ordinario.

Può insinuarsi, al riguardo, un'interpretazione, che non appare corretta, secondo cui l'incarico possa esso stesso essere qualificato come atto di straordinaria amministrazione quando conferito a condizioni economiche particolarmente elevate, con la conseguenza che, in tali casi, il debitore dovrebbe richiedere l'autorizzazione del giudice delegato ai sensi dell'art. 167, secondo comma, l. fall. (pena addirittura la revoca dell'ammissione al concordato ai sensi dell'art. 173, terzo comma, l. fall., ove il debitore procedesse senza sottomettersi al provvedimento giudiziale). Con ciò si confonde però il presupposto con la conseguenza. A rendere l'incarico "straordinario" non è, *in sé*, l'entità economica del corrispettivo professionale pattuito, bensì la circostanza che ricorrere a un incarico particolarmente oneroso possa rappresentare un atto non normalmente richiesto dalla gestione dell'impresa o dalla conservazione del patrimonio, né in ipotesi adeguatamente programmato nella pianificazione del concordato. Il vaglio di straordinarietà attiene *non* al corrispettivo ma al *se* ricorrere a una prestazione professionale che implichi di dover riconoscere quel corrispettivo. Se, invece, il fatto di conferire l'incarico, per quanto oneroso, costituisce un atto richiesto dalla prosecuzione della gestione dell'impresa o dalla conservazione del patrimonio, si tratterà di un atto per definizione ordinario e il potere del debitore di compierlo sarà pieno, senza bisogno di autorizzazione. Conseguentemente il conferimento dell'incarico sarà valido ed efficace, non vi sarà possibilità di configurarsi una revoca del concordato per mancata autorizzazione *ex* art. 173, l. fall., e il credito del professionista non potrà essere messo in discussione, esattamente come avviene per qualunque altra fornitura di materie prime o di servizi cui l'imprenditore debitore ricorre nella prosecuzione dei processi economici.

Se, poi, nel conferimento dell'incarico il debitore abbia riconosciuto al professionista un corrispettivo clamorosamente eccedente la misura congrua rispetto all'attività richiesta, e se non si sia poi valso delle misure di tutela atte a contestare il contratto ovvero ad ottenerne una riduzione entro i limiti corretti (secondo legge, tariffa professionale, equità), ovvero se, in caso di previsione del costo contenuta nel piano concordatario, abbia conferito l'incarico a condizioni più onerose di quelle programmate, sarà configurabile una reazione sanzionatoria *al comportamento* del debitore che può, a seconda dei casi, arrivare fino allo stesso inadempimento al concordato ovvero alla revoca dell'ammissione per frode ai creditori. Non si configura invece un'inefficacia dell'incarico e la conseguente rifiutabilità del corrispettivo pattuito

---

<sup>21</sup> V. Trib. Terni, 28 dicembre 2012, reperibile in internet al seguente indirizzo: [http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/cri.php?id\\_cont=8635.php](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/cri.php?id_cont=8635.php), Sez. Giurisprudenza, 8635/2013.

(salvo eventualmente azionare, se ancora possibile, le misure omesse del debitore per contestarlo o contenerlo)<sup>22</sup>.

10. *Irrelevanza della fase della procedura concordataria cui va riferito l'incarico.*

La corretta impostazione del problema implica che ai fini dell'opponibilità del credito professionale alla massa e della sua pagabilità "corrente" non viene in rilievo che l'incarico sia stato conferito al professionista o al prestatore di servizi in una piuttosto che in un'altra delle fasi della procedura concordataria. Il problema resta esclusivamente quello delle condizioni di legittimazione (in base alla sfera di competenza del soggetto agente) e della pienezza del potere dispositivo (se necessario, preceduto da un provvedimento autorizzativo). Una volta assicurate tali condizioni, l'atto di conferimento dell'incarico è pienamente impegnativo per la procedura senza alcun rilievo di altre valutazioni.

Ne consegue che l'incarico può essere validamente ed efficacemente conferito dal commissario giudiziale o dal debitore nell'area delle sue prerogative gestionali ordinarie anche nella fase cd. "prenotativa" di concordato, anche un minuto dopo aver depositato l'istanza, non richiedendosi alcuna valutazione di funzionalità né di utilità né di coerenza al piano (ancora insussistente) da parte del tribunale, il quale non può pertanto censurare il compimento dell'atto e l'assunzione dell'obbligazione né il suo pagamento, esattamente come non lo potrebbe in fase successiva alla formulazione definitiva della proposta. E, se non pagato, il credito professionale gode ugualmente della prededuzione *ex art.* 111, secondo comma, l. fall. nel successivo fallimento.

Parimenti, l'incarico può essere conferito in qualunque fase del procedimento, sia prima dell'omologazione sia successivamente ad essa, fino a che la stessa diventi definitiva, e anche una volta chiuso il concordato e apertasi la fase della sua esecuzione, quando i poteri del giudice delegato cessano e si instaurano – in misura solo parzialmente corrispondente – quelli del comitato dei creditori nelle ipotesi previste dall'art. 182, quarto comma, l. fall. E' chiuso, infatti, con l'omologazione definitiva, il "processo" di concordato, non la "procedura", intesa come la sequenza degli atti retti

---

<sup>22</sup> Anticipando un tema che sarà ripreso in conclusione, quanto sopra rende ragione del fatto che, in caso di insuccesso del concordato e di apertura del fallimento, i crediti originanti da incarichi professionali "legalmente" conferiti (nel senso detto) all'interno della procedura concordataria si configurano, ai fini dei ranghi fallimentari, quali crediti sorti "in occasione" della precedente procedura concorsuale e perciò prededucibili ai sensi dell'art. 111, secondo comma, l. fall., non venendo in alcun modo in rilievo, rispetto ad essi, la valutazione di "funzionalità" rispetto agli obiettivi della procedura (alla base della diversa fattispecie di prededuzione prevista dalla norma) e tanto meno una valutazione di "utilità" – cioè di beneficio in concreto tratto dall'attività professionale, quasi si traducesse in una prestazione almeno *lato sensu* di risultato, stravolgendone la causa tipica – alla quale non è corretto subordinare l'ammissione del corrispondente credito allo stato passivo. Poiché, per altro verso, il credito prededucibile deve comunque essere verificato (cfr. G. CIERVO, *Prededucibilità dei crediti sorti "in funzione" della procedura concorsuale*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 779) secondo il procedimento della formazione dello stato passivo (art. 111 *bis*, cod. civ.), è quella la sede in cui sarà possibile disconoscere l'entità del credito del professionista o del prestatore di servizi nella parte in cui il corrispettivo pattuito fosse spropositato rispetto all'attività richiesta in concreto espletata, rimettendo le corrispondenti questioni di merito all'eventuale giudizio di opposizione (un'applicazione di ciò sembra desumersi da Trib. Monza, 4 novembre 2014, massima in *Fallimento*, 2015, 615).

dalla speciale disciplina dell'esecuzione della proposta fino al suo definitivo adempimento, nell'“occasione” della quale il credito professionale deve considerarsi sorto e, perciò, meritare il pagamento “corrente” e, in caso di successivo fallimento, l'ammissione al passivo in prededuzione.

11. *Prestazioni professionali svolte “a cavallo” della data di apertura della procedura: le ipotesi.*

L'impostazione sopra proposta non giustifica deviazioni nel caso – apparentemente più complesso ma perfettamente riconducibile a un identico schema logico – dei crediti professionali relativi ad attività svolte “a cavallo” dell'apertura della procedura, per le quali, cioè, l'incarico ed eventualmente (ma non necessariamente) parte dell'esecuzione dell'attività risalgano alla fase anteriore e il completamento a quella successiva.

Al riguardo, si richiede preliminarmente di analizzare, sotto il profilo giuridico, i caratteri della prestazione affidata e la struttura del rapporto obbligatorio.

Il contratto d'opera e quello volto alla prestazione di servizi, oltre a prestazioni istantanee, ammettono quale oggetto sia prestazioni continuative o periodiche sia prestazioni ad esecuzione non istantanea o ad esecuzione differita. Salvo il caso – per la verità difficile da configurare (ad esempio il parere orale reso contestualmente alla richiesta, la partecipazione a un atto societario immediatamente a seguire la richiesta di assistenza) – di prestazioni “a consumazione istantanea”, l'espletamento di servizi professionali richiede per sua natura un'articolazione temporale dell'attività che si snoda in genere nella previa analisi, nella formazione del pensiero, nell'individuazione della soluzione e, solo all'esito, nella sua esternazione nell'opera o nel servizio richiesti.

L'appartenenza dell'atto-fonte alla fase temporale anteriore all'apertura della procedura concordataria di regola non è dunque sufficiente a qualificare l'attività professionale richiesta come a sua volta anteriore all'apertura della procedura. Occorre piuttosto valutare in concreto se il conferimento dell'incarico abbia esso stesso ad oggetto l'affidamento di prestazioni da rendere in tutto in parte successivamente all'apertura del concordato (ad esempio; l'incarico di assistenza giudiziale per tutte le fasi processuali fino all'omologazione definitiva; l'incarico di redazione e quello di attestazione del piano, da svolgere almeno in parte successivamente al deposito della domanda prenotativa *ex art. 161, sesto comma, l. fall.*) ovvero riguardi un'attività che può indistintamente essere svolta prima dell'avvio della procedura o successivamente ad essa. Occorre valutare, inoltre, se al professionista o al prestatore di servizi sia stata affidata un'attività continuativa (ad esempio: *risk-control*, tenuta giornaliera della contabilità, assistenza nella gestione della tesoreria), periodica (ad esempio: verifica settimanale della qualità dei prodotti; analisi periodiche di tipo quantitativo; assistenza agli organi deliberanti nelle rispettive riunioni), ad esecuzione non istantanea (ad esempio: redazione di un parere; redazione della relazione di attestazione; redazione di un atto giudiziario) o differita (ad esempio: l'assistenza nell'eventuale fase di presentazione di offerte concorrenti; la difesa nelle eventuali impugnazioni da parte di terzi dei provvedimenti giudiziari resi durante la procedura), nonché se il contratto si

configuri come un accordo-quadro entro cui si calino le singole prestazioni, se e quando richieste, mantenendo autonomia l'una nei confronti delle altre.

Si tratta di un ordinario problema di qualificazione del contratto e di identificazione del meccanismo di produzione dell'obbligazione professionale e della corrispondente obbligazione di pagamento del corrispettivo.

12. *Sorte del contratto da cui origina l'incarico nel successivo concordato preventivo.*

Quando l'attività non sia integralmente esaurita prima dell'apertura della procedura – circostanza che risolverebbe *a priori* il problema della qualificazione del rispettivo credito come anteriore al concordato – l'antecedente logico-giuridico al trattamento dei relativi crediti professionali non ha nulla a che vedere con la regola della prededuzione fallimentare (che a quei crediti competerebbe nel futuro fallimento, a seconda dei casi, in quanto sorti “in occasione” o “in funzione” della procedura concordataria), la quale, come illustrato, non si applica al concordato.

Esso risiede invece nella sorte del rapporto contrattuale in conseguenza dell'apertura della procedura, come qualunque altro contratto in corso di esecuzione<sup>23</sup>. L'atto-fonte, collocandosi storicamente in un momento anteriore all'apertura della procedura, non è soggetto a un vaglio sopravvenuto in corso di procedura. Esso le preesiste e non si dà alcun presupposto per un controllo giudiziario *ex post* sull'atto di autonomia prodottosi nella fase “libera” preconcorsuale.

Vale, anzi, la regola esattamente opposta.

Se intende sciogliersi dal vincolo liberamente assunto – ma devono sussistere ragioni di interesse per le finalità concordatarie, altrimenti ciò non dovrebbe essergli consentito – il debitore può domandare al tribunale (dopo l'ammissione, al giudice delegato) l'autorizzazione a sciogliersi dal contratto ancora ineseguito in tutto o in parte (art. 169 *bis*, l. fall.)<sup>24</sup> ovvero a sospenderne temporaneamente l'esecuzione. Il che conferma che, altrimenti, il contratto prosegue senza rilievo alcuno del fatto che, nelle more della sua esecuzione, sia stata aperta la procedura concordataria<sup>25</sup>. L'impulso allo scioglimento è del debitore, non del giudice. Il giudice può prestare la sua cooperazione per lo scioglimento richiestogli, non ha invece il potere di vagliare l'atto originario al fine di consentire che i suoi effetti siano opponibili alla massa. Ne costituisce, ove mai, conferma la previsione del secondo comma dell'art. 169 *bis*, l. fall., nella parte in cui prevede che, per le prestazioni rese dalla controparte contrattuale dopo l'apertura del concordato e fino alla comunicazione del provvedimento che autorizza il debitore a sciogliersi dal rapporto, “*resta ferma*” la cosiddetta “*prededuzione*”

<sup>23</sup> Per una discussione sulla nozione di “contratti pendenti” di cui alla rubrica dell'art. 169 *bis*, l. fall., v. G. TERRANOVA, *Il concordato “con continuità aziendale” e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 1 ss.; F. FIMMANÒ, *Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, *ivi*, 2014, I, 221 ss.; P. F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da A. JORIO, B. SASSANI, 4, Milano, Giuffrè, 2016, 224; M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. CAGNASSO, L. PANZANI, 3, Torino, Utet, 2016, 3401 ss.

<sup>24</sup> P.F. CENSONI, (nt. 23), 230.

<sup>25</sup> S. SCARAFONI, (nt. 19), 391, ove citazioni in nota 66; A. DIMUNDO, A. PATTI, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, Giuffrè, 1999, 44 ss.

del credito (nel senso concordatario, non fallimentare, e da intendere come dovere di pagamento “corrente”, non “concorsuale” quale credito anteriore di primissimo rango). Il dovere di pagamento del corrispettivo è quindi una conseguenza naturale e automatica della prosecuzione del contratto, in via generale, a tutti i casi in cui il rapporto non si scioglie<sup>26</sup>.

Si rivelano pertanto non corretti gli orientamenti che, con riferimento a conferimenti di incarichi professionali *ante* procedura, ne hanno ammesso la prosecuzione ad opera del debitore solo a condizione che il rapporto potesse qualificarsi “di ordinaria amministrazione” ovvero, se “straordinario”, a condizione di una previa autorizzazione *ex art. 167, l. fall.* (con le nefaste conseguenze sanzionatorie *ex art. 173, l. fall.*, in difetto). Il rapporto prosegue, invece, e nessuno ha titolo a sottrarsi agli effetti e ai pagamenti dei corrispettivi maturati dal professionista, come avviene per qualunque altro contratto in corso di esecuzione.

Non vale obiettare che, in caso di autorizzazione allo scioglimento dal contratto *ex art. 169 bis, l. fall.*, al contraente spetterebbe bensì un indennizzo, e tuttavia non “in prededuzione”, cioè a carico della massa, bensì “*come credito anteriore al concordato*”, dunque in concorso con essa. Tale è, infatti, il diritto a carattere indennitario corrispondente alla perdita delle utilità attese dalla prosecuzione del contratto per il futuro, che postula, appunto, la legittimità dell’arresto del contratto *in limine* alla procedura concorsuale<sup>27</sup> e dunque la legittimità dell’inadempimento autorizzato, e si differenzia dal risarcimento che, in difetto di autorizzazione allo scioglimento, al contraente spetterebbe in via immediata e corrente in caso di inadempimento del debitore al contratto regolarmente proseguito.

Se e fintanto che il contratto non sia sciolto, i suoi effetti permangono in vita e sono pienamente opponibili alla massa. I crediti professionali che originano dalle attività svolte successivamente all’apertura della procedura non appartengono al novero dei crediti concorsuali neppure quali crediti di primissimo rango (“in prededuzione”) e pur essi stessi concorsuali. Sono, invece, crediti originati dalla prosecuzione di rapporti validamente ed efficacemente instauratisi prima della procedura e proseguiti dopo la sua apertura. Essi devono dunque essere onorati correntemente, senza vincoli di previa autorizzazione, non essendovi luogo per alcun controllo degli organi della procedura, neppure sotto il profilo di una pretesa “straordinarietà” dell’atto-fonte (fermi restando, ovviamente, eventuali rimedi contrattuali avverso corrispettivi inadeguati e le sanzioni di comportamenti del debitore, in caso di loro mancata adozione).

### 13. *Consequente giudizio di “anteriorità” del credito professionale.*

Alla luce di quanto esposto l’“esplosione” delle variabili astrattamente configurabili in concreto può dar luogo alle situazioni più diverse, che è necessario verificare caso

<sup>26</sup> Per una discussione sul tema *ante* riforma v. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, in *Il fallimento*, a cura di S. AMBROSINI, G. CAVALLI, A. JORIO, in *Trattato*, diretto da G. Cottino, XI,2, Padova, Cedam, 2009, 470 ss.

<sup>27</sup> Parla di eccezionale trasformazione in chirografario di un credito naturalmente prededucibile P.F. CENSONI, (nt. 23), 243.

per caso senza poter trarre dalla mera preesistenza del contratto-fonte alcuna implicazione, in termini di anteriorità del credito professionale e quindi di sua soggezione al trattamento concorsuale e invece di sua non pagabilità alla cadenze correnti contrattualmente previste.

L'anteriorità del credito non può essere negata quando la prestazione richiesta sia istantanea e comunque quando essa sia stata integralmente svolta prima dell'apertura della procedura, e ciò anche ove essa si inserisca in un accordo-quadro da attuare attraverso prestazioni autonome. In tali casi il credito professionale ha natura concorsuale e non può essere pagato se non nel rispetto delle regole del concorso.

Non rileva, in contrario, l'eventuale pattuizione cumulativa di un compenso omnicomprensivo riguardante più prestazioni. Ciò non osta alla scorporabilità della porzione di corrispettivo da riferire alla prestazione anteriore alla procedura e alla qualificabilità del corrispondente credito quale credito anteriore di natura concorsuale.

In tali casi, per evitare contestazioni, sarebbe opportuno che nell'incarico trovassero espressa specificazione le frazioni di corrispettivo riferibili alle singole attività. Ove così non fosse, l'accertamento della porzione di corrispettivo da ritenere "concorsuale" (e reciprocamente quella da riferire ad attività successive all'apertura della procedura) potrebbe dar luogo a incertezze che rischiano di tradursi in contestazioni dei pagamenti avvenuti in corso di procedura a fronte di prestazioni effettivamente appartenenti alla fase "in" procedura, i cui corrispettivi siano di dubbia quantificazione. Il rischio che, per il solo fatto che parte dell'attività svolta appartenga alla fase anteriore all'apertura della procedura, e pur quando altra parte dell'attività sia sicuramente successiva, al debitore possa essere contestato di aver pagato corrispettivi relativi a crediti anteriori di dubbia quantificazione, presenta l'ulteriore inconveniente della possibile implicazione delle misure di rigore *ex art. 173, l. fall.* E un simile rischio non è neutralizzabile in modo efficace *ex ante*, a causa del fatto che il pagamento non è soggetto in nessun caso a un provvedimento di "autorizzazione" (l'eventuale istanza in tal senso costituirebbe anzi un fuor d'opera), il quale sarebbe non dovuto, se riguardi effettivamente un credito successivo all'apertura del concordato, e non concedibile, se riguardi un credito anteriore.

Si richiedono e si auspicano, quindi, prassi virtuose in cui il dialogo tra debitore e tribunale, anche grazie all'intelligente cooperazione del commissario giudiziale, si svolga con informative preventive, da parte del debitore, accompagnate dall'illustrazione delle ragioni per le quali si ritiene di dover imputare ad attività successive alla procedura un certo corrispettivo e, quindi, di poterlo correntemente onorare, e una risposta almeno in termini di "si dà atto" o di motivato "non luogo a provvedere" da parte del giudice delegato, che apra la strada senza rischi al pagamento di importi non qualificabili come concorsuali.

Altrettanto è a dirsi quando la prestazione professionale conferita *ante* concordato abbia carattere continuativo o periodico. Vale in tal caso la regola generale di giuridica individuabilità delle "singole partite", ovvero delle porzioni di attività svolte *ratione temporis* e di conseguente allocazione di esse, a seconda dei casi, alla fase anteriore o a

quella successiva all'apertura della procedura concorsuale. Nel dubbio circa la determinazione del corrispettivo da riferire alle prime (da qualificare quale credito anteriore, soggetto alla regola concorsuale)<sup>28</sup> e quello da riferire alla seconda (pagabili immediatamente) si aprirebbe un problema analogo a quello sopra descritto, cui è opportuno sopperisca una chiara regola contrattuale o un'intelligente dialettica tra debitore e organi della procedura.

14. *Attività svolte "in procedura" e giudizio di "posteriorità" del credito.*

Per converso, le attività professionali, benché conferite *ante* apertura, danno luogo a crediti da onorare entro la procedura quali prestazioni correnti quando il loro espletamento avvenga dopo la sua apertura o perché espressamente previsto dall'incarico oppure perché per tipologia, durata e contenuto, si pongono necessariamente come successive rispetto alla data di conferimento dell'incarico<sup>29</sup>.

Il caso che più di altri potrebbe sollevare dubbi applicativi, in concreto, è quello dell'incarico conferito *ante* procedura avente ad oggetto un'attività a carattere unitario, parte della quale sia stata espletata prima dell'apertura e parte dopo. Ciò può riguardare attività intrinsecamente unitarie, cioè destinate a tradursi in un "prodotto" dell'opera dell'ingegno "consegnato" al committente, rispetto al quale le attività di studio, approfondimento ed elaborazione sono prodromiche a contenuto meramente interno alla sfera del professionista, ma anche attività contrattualmente commissionate come unitarie pur se articolate in più riprese, talora traducendosi in prodotti intermedi (preparatori) o in frazioni dell'unitaria attività (ad esempio, gli atti difensivi in un processo che si protrae "a cavallo" del concordato).

Quanto alle prime, pur articolata in più fasi interne, l'esecuzione dell'opera professionale si ha con il completamento dell'attività e con la sua esternazione nelle modalità e forme pattuite<sup>30</sup>. Secondo la regola generale per cui il corrispettivo della prestazione d'opera si matura solo a seguito del completamento dell'esecuzione (cd. regola della "post-numerazione") il credito del professionista deve ritenersi formato entro la procedura e quindi posteriore al suo inizio. Esso non va conseguentemente trattato quale credito anteriore di natura concorsuale bensì va onorato per l'intero correntemente alle scadenze contrattuali previste, ricadenti entro l'arco temporale della procedura.

---

<sup>28</sup> Cfr. P. F. CENSONI, (nt. 23), 246. Per l'orientamento anteriore alla riforma favorevole a riconoscere anche alle partite pregresse un trattamento corrispondente a quelle posteriori v. Cass. civ., sez. I, 23 marzo 1992, n. 3581, in *Fallimento*, 1992, 700 e *Giust. civ.*, 1992, I, 3066.

<sup>29</sup> Qualora tuttavia l'incarico prevedesse una data anteriore all'apertura della procedura entro la quale il professionista avrebbe dovuto rendere il risultato dell'opera richiestagli e questi abbia invece tardato nel suo adempimento, ultimandolo successivamente all'inaugurazione della procedura, il credito professionale – ove maturato nonostante il ritardo – deve considerarsi anteriore all'apertura del concorso, non potendo il ritardo venire in favore del professionista non puntuale.

<sup>30</sup> Pur senza la necessità di pervenire alla qualificazione dell'obbligazione del prestatore d'opera in termini di obbligazione di risultato: per una discussione sul punto L. FERNANDEZ DEL MORAL, *Il contratto d'opera in generale*, in *I contratti di collaborazione*, a cura di P. SIRENA, in *Trattato del diritto dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO, E. GABRIELLI, 16, Torino, Utet, 2011, 653.

Non osta a questa conclusione la previsione dell'art. 2237 cod. civ. in tema di opera professionale, che, nel consentire in ogni tempo al cliente il recesso dal contratto, prescrive che venga pagato al professionista il compenso “*per l'opera svolta*”<sup>31</sup>, né quella dell'art. 2227, cod. civ. in tema di prestazione d'opera in generale, che impone al committente, in caso di recesso anche dopo l'inizio dell'esecuzione dell'opera, l'obbligo di corrispondere al prestatore un indennizzo che tenga conto delle spese sostenute, del lavoro eseguito e del mancato guadagno. Tali disposizioni non hanno la portata di “segmentare” la prestazione d'opera, comunque unitaria sul piano giuridico, in frazioni unitarie ideali corrispondenti all'entità quantitativo-temporale di attività svolta e di energie spese. Esse, più limitatamente, rappresentano criteri in parte retributivi in parte indennitari, da applicare in via surrogatoria in luogo della pattuizione contrattuale in ragione della cessazione anticipata del rapporto<sup>32</sup>, che impedisce il “compimento” dell'attività da cui si maturerebbe il corrispettivo.

In caso di attività unitaria non cessata *ante tempus* bensì proseguita in corso di procedura, pertanto, l'attività deve ritenersi “compiuta”, e il corrispettivo maturato, comunque dopo l'ingresso in procedura.

Ciò ha peraltro un'ulteriore implicazione con riferimento ai casi in cui il debitore committente si avvalga della facoltà di chiedere al tribunale l'autorizzazione a sciogliersi dal contratto d'opera professionale o di servizi professionali ai sensi dell'art. 169 *bis*, l. fall., quando l'attività affidata abbia natura unitaria e inscindibile ed essa abbia continuato a protrarsi dopo l'apertura della procedura. In tal caso la regola della recedibilità *ad nutum* contenuta nell'art. 2237, primo comma, e nell'art. 2227, cod. civ., implica che non viene in applicazione un diritto del prestatore d'opera a ricevere ai sensi dell'art. 169 *bis*, l. fall. un indennizzo per il mancato guadagno, da trattare quale credito anteriore al concordato. Tuttavia ciò riguarda il solo “delta” relativo ai mancati compensi per la parte di attività non più espletata (legittimamente rinunciabile *ad nutum* dal committente), non anche la porzione di riconoscimento retributivo per l'opera *medio tempore* svolta, da determinare secondo i criteri sopra detti *ex artt.* 2237, 2233, 2227 e 2225, cod. civ. e da doversi pagare in modo corrente (anche se l'attività è materialmente in parte anteriore all'apertura della procedura). Il credito origina, infatti,

<sup>31</sup> Per una discussione sul punto, in cui si mettono in chiara luce le differenze di trattamento previste per il contratto d'opera professionale rispetto alla fattispecie generale M. RABITTI, *Il contratto d'opera intellettuale*, in *I contratti di collaborazione*, a cura di P. SIRENA, (nt. 30), 336.

<sup>32</sup> Al professionista spetta, in base a tali criteri, un compenso da determinarsi secondo i criteri dell'art. 2233, cod. civ., tenendo conto dell'attività preparatoria svolta, previo parere dell'associazione professionale (parere obbligatorio ma non vincolante: Cass. civ., sez. II, 22 maggio 1998, n. 5111; G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale - Artt. 2229-2238*, in *Il Codice Civile commentato*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F. BUSNELLI, Milano, Giuffrè, 2009, 321) nonché, secondo la disciplina del contratto d'opera in generale, tenendo conto di parametri obiettivi quali il risultato *medio tempore* comunque ottenuto, se isolabile, e il lavoro necessario per ottenerlo (art. 2225, cod. civ.): A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, Milano, Giuffrè, 1996, 271. Solo in caso di inutilizzabilità di tale criterio il giudice può ricorrere a una determinazione equitativa.

in corso di procedura, da un libero atto dispositivo del debitore, avvenuto in procedura previa autorizzazione del tribunale.

Le basi logiche del problema non cambiano, infine, nel caso di attività affidate in via unitaria e giuridicamente (in quanto contrattualmente) inscindibile (ad esempio: la difesa in giudizio; l'assistenza nel procedimento concorsuale). Benché l'attività si componga, in tali casi, di più fasi oggettivamente isolabili, il profilo della "fisica" individuabilità di singole fasi della prestazione unitaria – pur ove a ciascuna corrispondesse un'autonoma voce tariffaria idonea a rapportare ad essa una specifica quantificazione di una frazione di corrispettivo – non pregiudica l'unitarietà giuridica della prestazione, voluta come tale dal committente e come tale accettata e avviata all'esecuzione dal prestatore d'opera.

L'oggettiva individualità delle singole fasi, dunque, non rende il corrispettivo progressivamente maturato in relazione a ciascuna di esse e al momento della rispettiva prestazione. Il corrispettivo è stato pattuito e voluto come unitario, dunque il relativo credito matura sul piano giuridico all'esito del completamento dell'intera esecuzione.

Ne consegue che il corrispettivo maturato in corso di procedura, per essersi l'attività svolta anche oltre la sua apertura, ha natura di credito "corrente" per il suo intero ammontare, e non per la sola frazione riferibile alle attività svolte *post* apertura del concordato, le quali non hanno, sul piano contrattuale e giuridico, autonoma rilevanza. E l'eventuale pagamento di "acconti" non si qualifica come pagamento di crediti anteriori al concordato (in ipotesi sanzionabile fin con la revoca del concordato e l'immediato fallimento *ex art. 173, l. fall.*) bensì quale frazione anticipata di pagamento di un debito integralmente "di massa", pienamente legittimo senza necessità di autorizzazione alcuna.

La determinabilità di un ammontare riferibile, sul piano tariffario, alla porzione di attività svolta potrà venire in rilievo, in caso di recesso dal contratto d'opera, ai fini della quantificazione delle somme da riconoscere al professionista o prestatore di servizi ma ciò non avrà alcun rilievo sul piano della "anteriorità" o "posteriorità" del credito. Così come, in caso di scioglimento del rapporto per recesso esercitato *ante* procedura, il credito per la porzione di attività svolta avrebbe natura concorsuale, reciprocamente in caso di recesso avvenuto successivamente il credito maturato dev'essere pagato subito in modo corrente al di fuori di qualunque vincolo concorsuale, anche per la parte riferita a "parti" dell'unitaria attività svolte prima dell'apertura della procedura.

#### 15. *Il trattamento della cosiddetta success fee.*

Deve conclusivamente esaminarsi il caso di compensi per attività professionali determinati in tutto o in parte in funzione del raggiungimento di obiettivi specificamente dichiarati nel contratto di conferimento dell'incarico (c.d. "*success fee*").

Il corrispettivo – incerto nell'*an* e nel *quantum* – si configura in questi casi come un "premio di risultato", da maturare se e quando questo dovesse realizzarsi (es.: ammissione al concordato; voto favorevole da parte dei creditori; vittoria su offerte

concorrenti; omologazione; completamento del programma concordatario), con la conseguenza che possono astrattamente aversi diverse ipotesi, a seconda di come il contratto preveda espressamente o debba interpretarsi:

- la *success fee* è legata ad eventi anteriori all'apertura del concordato (es.: raggiungimento di un certo obiettivo economico, patrimoniale o finanziario entro una certa data, onde consentire all'imprenditore di proporre il concordato o di risolvere altrimenti la situazione di crisi). In tal caso il credito del professionista o del prestatore di servizi è senza dubbio anteriore al concordato e ha natura concorsuale;

- la *success fee* è legata ad eventi destinati a manifestarsi dopo l'apertura del concordato (es.: ammissione della procedura, omologazione, ecc.) ma è da riferire ad attività svolta prima. Il corrispettivo, benché variabile e determinabile *ex post*, è causalmente da riferire ad attività anteriori al concordato ed è quindi da qualificare anche in questo caso come credito anteriore soggetto al regime concorsuale concordatario;

- la *success fee* è stata pattuita per un'attività destinata a protrarsi successivamente all'apertura del concordato, che tuttavia non può essere ultimata dal prestatore d'opera o servizi in quanto il debitore ha esercitato il recesso dal contratto. Se e nella misura in cui si ritenga che la *success fee* debba nondimeno esser riconosciuta (il riconoscimento potrà, a seconda dei casi, dipendere dall'applicazione dei criteri indennitari ovvero di quelli retributivi di cui alle disposizioni degli artt. 2237, 2233, 2227 e 2225, cod. civ.), in essa deve ravvisarsi una componente del complessivo corrispettivo pattuito soggetta alla stessa disciplina del corrispettivo di base. In caso di attività unitarie svolte "a cavallo" dell'apertura della procedura, il credito professionale dovrà pertanto considerarsi maturato in corso di procedura e dovrà essere onorato in modo "corrente" e non "concorsuale-concordatario";

- la *success fee* è stata pattuita, al verificarsi di certe circostanze, quale "premio" consistente nell'incremento del corrispettivo di un'attività professionale continuativa o periodica. Come detto, in tali casi l'apertura della procedura funge da cesura tra le prestazioni svolte fino a quel momento (da considerarsi anteriori e tali da rendere anteriore al concordato il credito rispettivamente maturato) e quelle successive (svolte in procedura a fronte di corrispettivi dovuti in via "corrente", per l'intero e senza vincoli concorsuali). La *success fee* idealmente si riferisce a tutte, in quanto rappresenta un premio al prestatore d'opera o servizi per aver concorso, con tutta l'attività svolta, al conseguimento del risultato auspicato. Temporalmente la venuta ad esistenza del credito cade bensì nel periodo di vigenza della procedura, e tuttavia esso causalmente si rapporta a prestazioni soggette a diverso trattamento, per una parte anteriori e per altra posteriori al concordato. Appare dunque corretto assoggettare al medesimo trattamento anche l'integrazione di corrispettivo dovuta in forza del risultato ottenuto, "spalmando" quest'ultima su entrambi i gruppi di prestazioni, quello anteriore (con trattamento concorsuale) e quello successivo (con trattamento "corrente"). Soccorrerà, a seconda dei casi, un criterio di imputazione direttamente proporzionale, se il risultato possa essere indistintamente attribuito a tutte e ciascuna delle singole componenti della

complessiva attività continuativa o periodica, o variamente calibrato in modo asimmetrico, se il contratto consenta (espressamente o per via interpretativa) di imputare differentemente il “premio” in funzione di criteri diversi da quello meramente oggettivo e temporale (ad esempio, particolare difficoltà di una delle fasi, particolare intensità del lavoro richiesto in una piuttosto che in altra, ecc.).

16. *Pagamenti di prestazioni professionali nel concordato e successivo fallimento.*

Una considerazione finale dev'essere dedicata al tema del trattamento da riconoscere ai crediti per prestazioni d'opera o servizi sorti in rapporto a una procedura di concordato preventivo nel fallimento che le dovesse succedere.

Come detto, in questo caso lo scenario cambia radicalmente e i criteri in base ai quali è stato posto e risolto il problema del trattamento dei crediti professionali nel concordato preventivo perdono ogni rilievo. Subentra la regola – priva, invece, come illustrato, di diretto rilievo nel precedente concordato – della graduazione dei crediti in funzione del loro pagamento, retta dall'art. 111, l. fall. Se un credito potesse o dovesse pagarsi entro il concordato, secondo quali regole e sotto quali condizioni e limiti, non interessa più. Interessa il solo fatto che il fallimento si sia aperto e il credito sia rimasto insoddisfatto, onde stabilirne il trattamento concorsuale fallimentare. Per i crediti pagati prima o durante la procedura concordataria, interessa se essi possano considerarsi stabili o debbano essere revocati e riattribuiti al regime concorsuale.

Sotto il primo profilo, l'art. 111, secondo comma, l. fall. riconosce il carattere della prededuzione, al pari dei crediti sorti durante la procedura fallimentare, ai crediti sorti “in occasione” della procedura concorsuale e a quelli sorti “in funzione” di essa. Le due espressioni sono in certo senso “sghembe” rispetto alle categorie sulla cui base i crediti originanti da prestazioni e servizi professionali svolti in rapporto alla procedura concordataria sono stati rispettivamente allocati alla fase anteriore del concordato (con carattere quindi “concorsuale”) e alla fase posteriore al concordato (da pagare quindi in moneta “buona”).

Potranno aversi, infatti, crediti relativi ad attività svolte in funzione della presentazione della domanda concordataria le quali, dal punto di vista del concordato, si qualificavano come crediti “anteriori” e che, nel successivo fallimento, meritano il riconoscimento del carattere strumentale all'accesso alla procedura e, dunque, della prededuzione<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 21 aprile 2016, n. 8091; Cass. civ., sez. I, 5 marzo 2014, n. 5098, in *Fallimento*, 2014, 516, con nota di P. VELLA, *L'enigmatico rapporto tra prededuzione e concordato preventivo*. V. anche Cass. civ., sez. I, 14 marzo 2014, n. 6031, *ibidem*. Che abbia il carattere della prededucibilità, perciò, parrebbe doversi dire del credito dell'attestatore del piano (cfr. G. VERNA, *Sulla prededuzione “in funzione” nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2015, I, 90 ss.; G. TARZIA, (nt. 15), 759), di quello per l'assistenza nella predisposizione di esso, nonché il credito dell'avvocato difensore nel ricorso per l'ammissione alla procedura (così Cass. civ., sez. I, 5 marzo 2014, n. 5098, cit.). Sugli orientamenti limitativi circa il riconoscimento della prededuzione ai soli crediti dell'attestatore del piano v. Trib. Milano, 26 maggio 2011, in *Fallimento*, 2011, 1337, con nota di A. PATTI, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater l. fall, ivi*, 1340 ss.

Potranno aversi, invece, crediti per prestazioni rese bensì dopo l'apertura della procedura concordataria e che tuttavia non possono ritenersi, rispetto ad essa, in rapporto di "occasionalità" né di "funzionalità", come ad esempio quelli relativi a prestazioni professionali svolte nel diretto ed esclusivo interesse della persona del debitore. Nel concordato essi erano inopponibili alla massa. Nel fallimento – che per effetto dello spossessamento integrale che raggruppa, ormai, tutti i creditori dell'imprenditore fallito, indipendentemente dalle ragioni del credito, quindi anche quelli che lo hanno assistito "personalmente" – tali crediti non possono dirsi "inopponibili" alla massa, bensì sono ricompresi in essa senza tuttavia poter godere del beneficio della prededuzione a causa dell'assenza del vincolo di occasionalità/funzionalità con la precedente procedura concorsuale.

Vi è, poi, la famiglia di crediti sorti durante la procedura concorsuale di concordato per l'esercizio dell'impresa, per la conservazione del patrimonio o per lo svolgimento delle attività degli organi della procedura, per i quali la prededuzione nel successivo fallimento è certamente da riconoscere, li si consideri come posti in essere "in occasione" ovvero "in funzione" del concordato<sup>34</sup>. Per l'ammissione di tali crediti in prededuzione, deve appena osservarsi, è richiesta la ricorrenza del mero dato oggettivo del rapporto di occasionalità o funzionalità rispetto alla procedura concordataria, senza rilievo del fatto che, in concreto, essi abbiano sortito una specifica utilità, intesa come oggettivo miglioramento, rispetto alla situazione *qua ante*, della posizione dei creditori<sup>35</sup>.

Al riguardo, si è talora incorsi in una confusione di piani, resa possibile dall'ambiguità linguistica del termine "utilità". Si è ritenuto, per un verso, che il giudice fallimentare sia titolato a valutare, all'ora di riconoscere la prededuzione ai crediti sorti in occasione o in funzione del precedente concordato, se l'attività da cui gli stessi originano abbia effettivamente conseguito effetti benefici a favore dei creditori, ammettendo la prededuzione in tal caso e rifiutandola, a parità di altre condizioni (e di attività espletata) nell'altro. Si è obiettato che in tal modo s' introdurrebbe un criterio discrezionale tra crediti meritevoli e crediti immeritevoli di prededuzione non previsto dalla norma di legge e perciò arbitrario, in quanto la "funzionalità" a un obiettivo (espressione utilizzata dal legislatore) è oggetto di un giudizio *ex ante* sulla base di criteri di ragionevolezza, mentre l'"utilità" rappresenterebbe un dato di fatto, misurabile solo *ex post*, che potrebbe anche non sussistere in concreto benché l'attività fosse ragionevolmente volta a conseguirla.

Ad entrambe le posizioni può obiettarsi che anche l'"utilità" è un elemento della "funzionalità": l'attività sicuramente idonea a sortire effetti "utili" non può neppure essere considerata "funzionale" all'obiettivo. Reciprocamente, la funzionalità di

<sup>34</sup> Cfr. P. F. CENSONI, (nt. 23), 80 s.

<sup>35</sup> Così, invece, non condivisibilmente, Cass. civ., sez. I, 13 dicembre 2013, n. 27926, in *Fallimento*, 2014, 537 ss., con nota critica di M. SPADARO, (nt. 11), 539 ss. Sulla necessità che la funzionalità sia valutata *a posteriori* M. VITIELLO, *Prededuzione da funzionalità negli accordi di ristrutturazione, nel concordato, preventivo e nell'eventuale fallimento*, 2013, reperibile in internet al seguente indirizzo: <http://ilfallimentarista.it/articoli/blog/prededuzione-da-funzialit-negli-accordi-di-ristrutturazione-nel-concordato-e-nell>.

un'attività rispetto a una data finalità esprime già in sé l'utilità dell'attività per i destinatari degli effetti di quell'attività, nel senso di consentire loro la *chance* di trarre da essa utilità in concreto, a fronte dell'alea, inevitabile nelle vicende economiche, che questa possa in concreto non verificarsi e che anzi si verifichi uno svantaggio rispetto alla situazione anteriore.

Funzionalità e utilità sono, dunque, due lati della stessa medaglia, a patto di non farne slittare i piani comparando situazioni disomogenee, una *ex ante*, da valutare ponderando (e prima ancora ammettendo) un rischio del relativo risultato, l'altra *ex post*, ingiustificatamente pretendendo un risultato positivo per assegnare alla stessa attività, che si esponeva in termini prospettici identicamente a quel rischio, trattamenti diversi a seconda di un risultato oggettivamente e inevitabilmente aleatorio<sup>36</sup>.

Quanto infine alla revocabilità dei pagamenti relativi a crediti professionali sorti in rapporto alla precedente procedura concordataria (su quelli strumentali alla presentazione della domanda, esenti da revocatoria ai sensi dell'art. 67, terzo comma, lett. g, l. fall., si è già detto), la stabilità dei loro effetti è assicurata dall'espressa esecuzione da revocatoria di tutti “*gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo*” – e anche dell'accordo *ex art. 182 bis*, l. fall. omologato – nonché “*gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161*” (art. 67, terzo comma, lett. e, l. fall.).

La disposizione realizza un integrale parallelismo tra pagamenti di crediti professionali effettuabili in modo “corrente”, in quanto “in” procedura, e pagamenti che, se effettuati in corso di procedura, sono protetti da revocatoria nel successivo fallimento. L'esenzione opera senza spazi per diverse valutazioni di tipo funzionale o utilitaristico rispetto alle finalità concorsuali, tutto ciò restando assorbito nel giudizio – da condurre secondo quanto sopra ampiamente illustrato – circa l'essere il pagamento avvenuto in esecuzione del concordato ovvero l'essere l'atto dispositivo avvenuto legalmente dopo l'apertura della procedura concordataria.

---

<sup>36</sup> M. SPADARO, (nt. 11), loc. ult. cit.