

*La prededuzione può essere riconosciuta ai professionisti del concordato solo nell'eventuale successivo fallimento*

Tribunale di Vicenza, 11 marzo 2014. Presidente estensore Limitone.

**Fallimento – Concordato preventivo – Concordato con riserva – Finanziamento ponte (in funzione del C.P.) – Utilizzato per pagare i professionisti nel concordato con riserva – Prededuzione – Non spettanza.**

*Non spetta la prededuzione al finanziatore che ha prestato del denaro (con mutuo di scopo) al soggetto che si accinge a chiedere il concordato preventivo, il quale, nella consapevolezza dello stesso finanziatore, utilizza la somma ricevuta per pagare i professionisti del concordato, anticipando l'effetto prededuttivo voluto dalla legge, che non è però ancora riscontrabile all'atto del pagamento.*

**Fallimento – Concordato preventivo – Concordato con riserva - Crediti professionali – Prededuzione – Momento di accertamento - Tempo del pagamento**

*Il credito dei professionisti del concordato, quali garanti della buona riuscita della proposta e del piano concordatari, sulla base della buona fede e degli obblighi di protezione, può godere in astratto della prededuzione, ma questa collocazione può essere accertata soltanto dopo l'omologazione del concordato, ovvero dopo la verifica dello stato passivo nel fallimento eventualmente successivo, sicché i professionisti non possono essere pagati prima di tale momento, per l'impossibilità di sapere se vi siano, con assoluta certezza, risorse sufficienti a pagare tutti i crediti in prededuzione ed i creditori privilegiati di grado pari o superiore, ed accertare sia l'adeguatezza funzionale rispetto alla procedura concorsuale del loro operato che la concreta utilità per la massa, oltre alla continuità procedurale.*

**Fallimento – Concordato preventivo – Concordato con riserva - Crediti professionali – Pagamento anteriore all'omologazione del concordato – Fatto rilevante ex art. 173 l.f.**

*Il pagamento dei professionisti che hanno collaborato alla predisposizione della proposta e del piano concordatari, eseguito prima della omologazione del concordato può rilevare ai sensi dell'art. 173 l.f., trattandosi potenzialmente di atto in frode ai creditori, sotto il profilo della sottrazione di attivo ai creditori di grado superiore rispetto ai crediti dei professionisti, che di fatto potrebbero risultare preferiti, salvo che quanto intempestivamente*

*ricevuto non venga restituito, non potendosi nel momento del pagamento valutare l'esistenza di liquidità sufficiente per escludere il danno ai creditori di grado superiore o di pari grado dei percipienti e la sicura utilità per la massa dell'opera dei professionisti, in uno con il nesso di adeguatezza funzionale rispetto alla procedura di concordato o fallimento, ed alla continuità tra le procedure (ragion per cui neppure possono essere autorizzati come eventuali atti di straordinaria amministrazione).*

### **Fallimento – Concordato preventivo – Concordato con riserva - Crediti professionali – Predeuzione – Momento di accertamento - Tempo del pagamento**

*Il credito dei professionisti (advisor, attestatore, legale, stimatore, etc.) che hanno collaborato alla preparazione del concordato, sorto prima dell'apertura della procedura di concordato non rientra nella fattispecie prevista dalla norma di cui all'art. 182quinquies, co. 4, in quanto i professionisti de quibus non possono essere considerati fornitori strategici di beni e servizi di supporto alla continuità aziendale, ma solo occasionali prestatori d'opera professionale, né la loro prestazione appare essere infungibile e neppure di supporto alla continuità aziendale, anzi essendosi esaurita anteriormente all'apertura della procedura.*

### **Fallimento – Concordato preventivo – Concordato con riserva - Predeuzione nel preconcordato – Interpretazione autentica**

*La norma di interpretazione autentica dell'art. 111, co. 2, l.f. si applica a tutte le predeuzioni sorte "in occasione o in funzione di procedure concorsuali", ivi comprese tutte quelle sorte nell'ambito del preconcordato, anche se previste espressamente come tali e (solo apparentemente) non comprese tra i crediti sorti in occasione o in funzione.*

### **Fallimento – Concordato preventivo – Concordato con riserva - Predeuzione – Momento rilevante – Riparto.**

*La predeuzione nel preconcordato può venire in rilievo solo nel caso del mancato pagamento, e quindi solo nel momento del riparto (concordatario o fallimentare), sicché nel preconcordato si deve lasciare l'imprenditore libero di pagare chi vuole, salvo poi chiedere in restituzione al creditore ciò che gli è stato pagato in eccesso rispetto alla percentuale di soddisfazione che risulterà a lui effettivamente spettante nel riparto.*

Omissis

#### DECRETO

rilevato che con decreto del 13.12.2013 è stata dichiarata aperta la procedura di concordato preventivo della ditta Gino Cappozzo snc di Piero Gaetano, Francesco, Tiziano CAPPOZZO e C., la quale ha chiesto, nel ricorso, il riconoscimento della prededuzione per un finanziamento in funzione (c.d. ponte) ricevuto dalla Banca San Giorgio Quinto Valle Agno per € 85.000,00, destinato al pagamento dei professionisti ed al deposito della cauzione per il concordato, come si evince dagli atti;

letta l'istanza della ditta in concordato in data 17.1.2014, volta ad ottenere l'integrazione del decreto;

vista la nota contabile bancaria del 4.2.2013, da cui si evince che l'erogazione del finanziamento è avvenuta in data 6.6.2013, prima dell'apertura della procedura di concordato, e prima del deposito della domanda di concordato prenotativo (7.6.2013);

rilevato che con la somma erogata, come è stato affermato dalla ricorrente, essa avrebbe provveduto al pagamento del fondo spese e ad altre necessità procedurali, ma ha già erogato il compenso ai professionisti che hanno concorso alla preparazione del C.P., con saldo avvenuto (€ 41.235,10) in epoca anteriore all'apertura della procedura (cfr. doc. 5);

rilevato che la Banca finanziatrice era ben a conoscenza della destinazione delle somme erogate in favore della società, come chiaramente si evince dal contratto di mutuo chirografario, "*finalizzato per piano concordatario: deposito cauzionale e pagamento professionisti e periti*" (doc. 12);

ritenuto che, nel caso del finanziamento ponte, si sia in presenza di un mutuo di scopo, cosicché la Banca abbia l'onere di precisare, nello stesso contratto di mutuo, l'effettiva destinazione del finanziamento, il quale non possa perciò essere utilizzato per fini diversi da quelli per cui fu erogato, pena il mancato riconoscimento della prededuzione;

ritenuto, che, nel caso di specie, il pagamento ai professionisti effettuato in epoca anteriore all'apertura della procedura di concordato, prima che su questi crediti si siano potuti pronunciare gli organi della procedura, abbia, di fatto, consolidato in loro favore un'anomala fattispecie di prededuzione, cosicché, qualora per qualsiasi motivo essa non dovesse loro spettare (valutazione che potrà essere compiuta eventualmente solo in seguito, ad es. per il sopravvenuto fallimento), di fatto le risorse per far fronte alla restituzione del finanziamento alla Banca dovrebbero essere attinte non dal ritorno positivo alla procedura dello stesso finanziamento (che ormai è stato introitato dai professionisti), ma dalla massa attiva destinata a tutti gli altri creditori (in prededuzione e privilegiati, di grado anteriore ai professionisti), con possibile danno quindi per la massa, stimabile in misura pari al finanziamento impiegato per questi pagamenti;

ritenuto che il danno per la massa può derivare anche dalla possibile irrevocabilità di questi pagamenti, ai sensi dell'art. 67, co. 3, lett. g), l.f., se effettuati prima del deposito del ricorso, ex art. 69bis, co. 2, l.f., mentre gli stessi pagamenti, effettuati nell'ambito del preconcordato ex art. 161, co. 7, l.f., non possono ritenersi legalmente compiuti e pienamente efficaci, poiché, se così fosse, di fatto godrebbero illegittimamente di una piena prededuzione *ante tempus*;

ritenuto che, in questo modo, si creerebbe una doppia prededuzione prima ancora che si sia potuta valutare la corretta collocazione di tali crediti;

ritenuto infatti che, nel momento dell'apertura della procedura, e tanto meno prima che essa si sia aperta (mentre è, allo stato, possibile valutare se un

finanziamento abbia natura strumentale ad essa, ex art. 182<sup>quater</sup>, co. 2. l.f., salva rivalutazione del caso da parte del G.D., anche del fallimento, in caso di esito negativo del concordato, laddove emerga, ad es., che esso è stato usato per scopi diversi, o che il denaro utilizzato provenisse dallo stesso debitore e non dal finanziatore), non sia possibile valutare se l'opera prestata da un professionista sia stata effettivamente funzionale alla procedura ed anche utile per la massa, potendo in ipotesi risultare addirittura controproducente (come nel caso in cui sia stato ritardato oltremodo il ricorso alla procedura fallimentare nonostante il conclamato dissesto), cosicché va escluso che un professionista possa essere pagato d'iniziativa del debitore anteriormente all'apertura della procedura di concordato e tanto meno durante il preconcordato (e neppure con l'autorizzazione degli organi della procedura, che non potranno ancora valutare in quel momento le condizioni che giustificano il pagamento anticipato in sostanziale prededuzione);

ritenuto, infatti, che lo scopo del concordato preventivo (e dell'amministrazione controllata) è non solo quello del recupero aziendale, ma anche quello di soddisfare - per quanto possibile - i creditori; ne consegue che al credito dei professionisti, che abbiano prestato la loro opera per il risanamento dell'impresa ovvero per prevenirne la dissoluzione, può essere riconosciuta la collocazione in prededuzione nella misura in cui le relative prestazioni si pongano in rapporto di adeguatezza funzionale con le necessità risanatorie dell'impresa e siano state in concreto utili per i creditori, per aver loro consentito una sia pur contenuta realizzazione dei crediti (Cass. 8 aprile 2013 n. 8534);

ritenuto, di conseguenza, che correttamente (e prudentemente) i professionisti che hanno concorso alla preparazione del concordato preventivo possano essere pagati soltanto dopo che il loro credito sia stato vagliato (sotto il duplice profilo della adeguatezza funzionale e della concreta utilità per la massa) dagli organi della procedura (C.G., G.D., Tribunale) nell'ambito della quale essi debbono essere pagati, plausibilmente, quindi, e salvo eccezioni, dopo l'omologazione del concordato, o dopo la verifica del passivo nella procedura fallimentare, risolvendosi ogni pagamento anteriore in un'arbitraria scelta dell'imprenditore, che può porsi in potenziale danno dei creditori;

ritenuto, quindi, che la prededuzione possa essere riconosciuta al credito per finanziamento della Banca, con esclusione però di quanto erogato in favore dei professionisti, essendo la stessa Banca pienamente consapevole di tale destinazione, salva successiva diversa (positiva) valutazione ex art. 111, co. 2, l.f., in fase di esecuzione del concordato, o nel successivo fallimento, previa verifica di capienza dei creditori anteriori ai professionisti pagati in anteatto;

ritenuto che l'accaduto possa essere rilevante ai sensi dell'art. 173 l.f., trattandosi di atti in potenziale frode ai creditori (escluso, allo stato, per quanto detto in ordine all'attuale mancanza di elementi di valutazione, ogni rilievo penalistico), sotto il profilo della sottrazione di attivo ai creditori di grado peggiore rispetto ai crediti dei professionisti, che di fatto potrebbero risultare preferiti, per effetto di questa artificiale forma di prededuzione, salvo che quanto intempestivamente ricevuto non venga restituito, non potendosi allo stato valutare l'esistenza di liquidità sufficiente per escludere il danno ai creditori di grado peggiore o di pari grado dei percipienti e la sicura utilità per la massa dell'opera dei professionisti, unitamente al nesso di adeguatezza funzionale rispetto alla procedura di concordato o fallimento, ed alla continuità tra le procedure (ragion per cui non potrebbero essere autorizzati come atti di straordinaria amministrazione, e neppure, ove si trattasse di

crediti anteriori all'apertura della procedura, ai sensi dell'art. 182 *quinquies*, co. 4, in quanto i professionisti *de quibus* non possono essere considerati fornitori strategici di beni e servizi, ma solo occasionali prestatori d'opera professionale, né la loro prestazione appare essere infungibile e neppure di supporto alla continuità aziendale, anzi essendosi esaurita anteriormente all'apertura della procedura);

ritenuto che tale conclusione sia avvalorata dalla disposizione interpretativa dell'art. 111, co. 2, l.f., introdotta dall'art. 11, co. 3 *quater*, del d.l. 23.12.2013 n. 145, conv. in l. 21.2.2014 n. 9, secondo la quale i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo hanno diritto alla collocazione in prededuzione soltanto se la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 161, co. 6, siano presentati entro il termine stabilito dal giudice e la procedura sia aperta ai sensi dell'art. 163 senza soluzione di continuità, tutte condizioni che non potevano darsi per verificate al momento del pagamento, cosicché nel caso di specie la prededuzione è divenuta la conseguenza (in fatto) del pagamento e non della successiva valutazione del giudice, che ne abbia riscontrati tutti i presupposti;

ritenuto infatti che con il deposito del piano e la conseguente ammissione al concordato ex art. 163 l.f. possa sorgere sì l'astratta collocabilità in prededuzione del credito del professionista, ma non ancora la sua esigibilità, cioè il diritto al pagamento immediato;

ritenuto, ai presenti fini, di dover precisare la portata applicativa della norma interpretativa dell'art. 111, co. 2, l.f., introdotta con d.l. n. 145/2013 e confermata con l. n. 9/2014, nel senso che l'art. 111, co. 2, l.f., con il riferimento ai crediti prededucibili, "*così qualificati da una specifica disposizione di legge*" ha voluto ampliare la prededuzione ai casi di crediti non sorti in occasione o in funzione di procedure concorsuali, ma comunque meritevoli della prededuzione, vale a dire che la categoria generale è quella dei crediti occasionati (da) o funzionali (a) procedure concorsuali, sicché anche laddove la legge la preveda espressamente, come nel caso dell'art. 161, co. 7, l.f., si dovrebbe ritenere pleonastica l'attribuzione espressa della prededuzione, trattandosi di crediti comunque sorti in occasione o in funzione di procedura concorsuale; ed infatti, non può certo porsi in dubbio che siano collocati in prededuzione i crediti sorti durante il concordato preventivo per effetto di atti legalmente compiuti ex art. 167, co. 1, l.f., o di straordinaria amministrazione autorizzati, nel preconcordato (161, co. 7) e nel concordato (167, co. 2), laddove la prededuzione non è espressamente riconosciuta;

ritenuto, di conseguenza, che la norma interpretativa si debba applicare a tutte le prededuzioni sorte "*in occasione o in funzione di procedure concorsuali*", ivi comprese tutte quelle sorte nell'ambito del preconcordato, anche previste espressamente come tali;

ritenuto peraltro che la norma interpretativa debba a sua volta essere interpretata in chiave sistematica e teleologica, onde non frustrare le finalità del preconcordato e la sua stessa natura cautelare, per cui la prededuzione venga in rilievo solo nel caso del mancato pagamento, e quindi solo nel riparto (concordatario o fallimentare), sicché si debba lasciare l'imprenditore libero di pagare chi vuole (anche i professionisti, per le eventuali prestazioni di supporto all'azienda in corso di procedura, come l'assistenza nelle liti attive o passive, la redazione di pareri, la consulenza in genere, con l'autorizzazione del tribunale, ove sia necessaria), salvo poi chiedere in restituzione ciò che è stato pagato al creditore in eccesso rispetto alla percentuale di soddisfazione che risulterà a lui effettivamente spettante nel riparto;

ritenuto che questo ragionamento non possa valere per i professionisti che hanno accettato l'incarico di preparare il concordato (*advisor*, attestatore, legale, ed in certa misura anche lo stimatore, etc.), con ciò stesso facendosi garanti della buona riuscita della proposta e del piano concordatari (non nel senso dell'obbligazione di risultato, ma in quello di presentare una proposta ed un piano ragionevolmente sostenibili), secondo lo schema degli obblighi di protezione (invero, la natura di obbligazione di mezzi della prestazione professionale non può mai giustificare una totale arbitrarietà nell'applicarsi a qualunque situazione con la certezza del pagamento: *mutatis mutandis* è ciò che accade con la lite temeraria, ex art. 96 c.p.c.), e perciò doverosamente filtrando (cioè impedendone di fatto la presentazione) le proposte ed i piani che *prima facie* non abbiano possibilità di riuscita (attività che non darebbe, in tal caso, neppure diritto a compenso per Cass. 10 maggio 2012 n. 7166), ed eventualmente anche optando per la presentazione di altre soluzioni o di un'istanza di fallimento in proprio da parte del loro cliente; professionisti che sono tenuti, in casi del genere, ad uno speciale contegno professionale, improntato alla buona fede (clausola generale di comportamento nell'esecuzione dei contratti) ed agli obblighi di protezione, nel già chiarito significato (sia nei confronti della massa, che dello stesso debitore), ragion per cui il loro compenso, solo astrattamente spettante in prededuzione, troverà la più giusta collocazione soltanto al momento della concreta verifica del loro operato, avendo comunque diritto ad una collocazione privilegiata *ex lege*, ovvero in prededuzione per il buon esito del concordato o, comunque, per la accertata utilità del loro operato (Cass. 8 aprile 2013 n. 8533; Cass. 8 aprile 2013 n. 8534; Cass. 5 marzo 2014 n. 5098), o a nessun compenso per la successivamente accertata inutilità o dannosità del loro operato (Cass. 10 maggio 2012 n. 7166): tutte valutazioni che si possono compiere solo *ex post*; ritenuto, pertanto, che sia giustificato, alla luce della norma interpretativa dell'art. 111, co. 2., l.f., il diverso trattamento nel preconcordato tra i normali crediti, che possono essere pagati liberamente, salvo obbligo di restituire l'eccesso, ed i crediti dei professionisti che hanno assistito l'imprenditore nella presentazione della proposta e del piano concordatari, i quali debbono attendere l'esito del concordato per essere soddisfatti nella giusta collocazione;

P. Q. M.

Visti gli artt. 182<sup>quater</sup>, co. 2, e 173 l.f., e 288 c.p.c.;  
ad integrazione del decreto del 13.12.2013, di ammissione alla procedura di concordato preventivo della ditta Gino Cappozzo snc di Piero Gaetano, Francesco, Tiziano CAPPOZZO e C.;  
dispone la collocazione in prededuzione, ai fini della presente procedura, del credito della Banca San Giorgio Quinto Valle Agno di € 43.764,90, erogato in favore della ditta in concordato, il 6.6.2013;  
rigetta l'istanza per la parte di finanziamento utilizzata per i pagamenti ai professionisti, pari ad € 41.235,10;  
ordina l'annotazione del presente provvedimento a margine del provvedimento integrato, oltre alla pubblicazione nelle stesse forme dell'originale;  
fissa l'udienza del 20.3.2014, ore 12.30, per l'audizione dei soci della ditta Gino Cappozzo snc di Piero Gaetano, Francesco, Tiziano CAPPOZZO e C., anche in eventuale sede prefallimentare.  
Si comunichi alla Società, al C.G., al P.M. ed ai creditori che abbiano presentato istanza di fallimento.

Vicenza, 11.3.2014.