

## **IL PROFESSIONISTA DELL'IMPRESA ED IL PAGAMENTO DEI PROFESSIONISTI<sup>1</sup>**

di

**Vittorio Zanichelli**

(Presidente del Tribunale di Modena)

Il ruolo del professionista dell'impresa o meglio il ruolo dei professionisti, perché normalmente ci sono la figura del legale e quella dell'economista o aziendalista, è totalmente ignorato dal legislatore che in nessuna occasione ne fa menzione e, a ben vedere, si potrebbe anche sostenere che non ne presuppone neppure l'esistenza.

Quanto all'intervento dell'avvocato, infatti, si potrebbe discutere se sia necessaria l'assistenza legale<sup>2</sup>, soprattutto nella fase del preconcordato, in quanto la domanda si sostanzia in una richiesta di concessione del termine per la presentazione del piano e della proposta e quindi nell'accesso ad una fase che non ha natura contenziosa e la previsione contenuta nell'art. 161 c.p.c. secondo cui il ricorso deve essere sottoscritto dal debitore potrebbe anche essere interpretata nel senso della sufficienza di tale sottoscrizione, posto che la tesi secondo la quale la sottoscrizione del debitore non sarebbe alternativa a quella del legale ma cumulativa, quasi a richiamare il legale rappresentante della impresa

---

<sup>1</sup> Per gentile concessione dell'Autore, si pubblica nella Rivista il testo dell'Intervento tenuto al Convegno "Autonomia privata ed eteronomia della crisi di impresa" svoltosi a Pordenone il 17 aprile 2015.

<sup>2</sup> Non ritengono necessaria l'assistenza legale FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico pratico*, a cura di Ferro, 1816, Padova, 2011; FABIANI, NARDECCHIA, *Formulario commentato della legge fallimentare*, 1370. *Contra* MAFFEI ALBERTI, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, sub art. 161, 1977, Padova, 2013.

all'importanza del passo che compie, urta contro la considerazione che ci deve essere la preventiva delibera di cui all'art. 152 l.fall. che altro senso non può avere che quello di garantire la specifica valutazione circa l'accesso alla procedura.

Quanto poi all'intervento del commercialista cui in linea di massima dovrebbe affidarsi la redazione del piano quantomeno nel concordato in continuità non sussiste all'evidenza alcun obbligo giuridico di far redigere il progetto economico-aziendale ad un professionista, potendo il documento essere redatto anche dal debitore eventualmente a mezzo della struttura aziendale.

A ben vedere, anzi, posto che invece l'intervento del professionista attestatore è previsto per legge, si pone la questione se possa essere lo stesso a redigere il piano e ad asseverarlo. Personalmente, anche se mi rendo conto di essere in assoluta minoranza, non mi pare che vi siano dati positivi certi che escludano tale evenienza.

In particolare, non mi pare che il requisito dell'indipendenza sia di ostacolo, posto che la stessa attiene al rapporto tra professionista e il debitore conferente l'incarico e non già a quello tra piano e professionista al quale si richiede di garantire che il piano sia fattibile prescindendo da chi l'abbia redatto: in altri termini, non mi pare sia apprezzabile la differenza giuridica tra attestare che un piano altrui può avere successo e assumersi la responsabilità di certificare che un piano redatto in prima persona risponda ai canoni della tecnica aziendalistica.

Quanto poi l'astratta questione giuridica rischi di dissolversi nella pratica emerge con chiarezza dall'assoluta (e forse inevitabile) incertezza che regna circa il rapporto tra l'attività dell'attestatore e quella del redattore del piano, posto che ci si può muovere tra due estremi: la situazione che vede il redattore lavorare in assoluta autonomia e poi far pervenire il suo elaborato all'attestatore che lo valuta e lo approva in toto o lo boccia e non rilascia l'attestazione e quella in cui il redattore non muove un passo senza aver richiesto l'opinione dell'attestatore e che elabora il piano seguendo pedissequamente le

indicazioni dell'altro. E' evidente che più ci si allontana dalla prima ipotesi e ci si avvicina alla seconda è l'attestatore che influenza decisamente il piano fino, all'estremo, a predisporlo in sostanza egli stesso, ma che comunque, pur ipotizzando che nella maggioranza dei casi quella che si verifica in concreto sia un'ipotesi mediana, l'attestatore partecipi di fatto alla formazione dell'elaborato finale.

Altro discorso, ovviamente, è quello dell'opportunità, posto che nessuno dubita che quattro occhi vedano più chiaramente di due, anche se, de iure condendo, c'è da chiedersi se non convenga attribuire al solo professionista del debitore la responsabilità, anche penale e civile, della redazione del piano e ad un soggetto nominato dal tribunale il ruolo di controllore terzo anche formalmente.

Prescindendo comunque dalle esposte considerazioni è certo che nella prassi i professionisti incaricati dal debitore sono sempre e altrettanto certo è che il legislatore non ha preso in considerazione specificatamente l'attività di quelli incaricati dall'imprenditore a differenza di quanto avviene per l'attestatore, per il commissario giudiziale, per lo stimatore e per il liquidatore e ciò impedisce di delinearne compiti e limiti che non siano quelli connessi al ruolo e che prescindono dalla specificità della procedura in cui vengono svolti.

Il problema più delicato, si ribadisce, è a mio avviso quello del rapporto tra i professionisti e l'attestatore perché è sommamente difficile capire dall'esterno dove termina l'attività di controllo e valutazione del piano in corso d'opera ai fini del giudizio finale e dove inizia la collaborazione nella stesura dello stesso che toglie terzietà a giudizio, naturalmente per coloro che ritengono che l'attestatore debba essere una figura autonoma rispetto al redattore del piano.

Ritengo che l'attestatore non possa in linea di massima proporre soluzioni ma debba limitarsi ad indicare, nel caso in cui venga messo al corrente dello stato di avanzamento

del piano, quali siano le criticità. E' comunque indubbio che maggiore è la collaborazione e minore sarà il distacco dell'attestatore rispetto al piano.

Ma veniamo al punto più controverso e cioè quello del regime dei compensi dei professionisti incaricati dal debitore di seguirlo nell'accesso alla procedura e nella predisposizione del piano e della proposta.

La norma base è ovviamente l'art. 111 della l.fall. laddove prevede che *“Sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge”*.

Fin dalla riforma del 2006 la dottrina e la giurisprudenza prevalenti avevano immediatamente sostenuto che spettasse la prededuzione per i compensi dei professionisti che avevano affiancato l'imprenditore nella predisposizione della domanda di concordato e quindi anche dell'attestatore la cui relazione era prevista come documentazione necessaria da allegare al piano.

Si era però anche sostenuto, con più ridotta maggioranza di orientamenti, che il giudizio positivo sulla funzionalità dell'apporto professionale fosse subordinato all'ammissione alla procedura per cui l'attività prestata eventualmente per la predisposizione della domanda di concordato e poi quella connessa alla predisposizione del piano e della proposta non potessero ambire alla prededuzione ma semmai solo al privilegio di cui all'art. 2751 bis codice civile nel caso in cui intervenisse nei fatti la prova dell'assenza di funzionalità per mancata apertura della procedura cui l'attività era finalizzata.

L'introduzione, con il d.l. n. 78/2010, dell'art. 182 quater sulla prededucibilità dei crediti nel concordato e negli accordi di ristrutturazione e in particolare del quarto comma che prevedeva la prededucibilità del solo compenso dell'attestatore ha sparigliato le carte in quanto vi è stato un momento di disorientamento con gli interpreti che si sono divisi tra chi riteneva che la menzione del solo attestatore comportava, per esclusione, che non si potesse riconoscere la prededuzione ai crediti degli altri professionisti, pur teoricamente

rientranti nella previsione dell'art. 111 l. fall., e chi invece riteneva che le due norme potessero coesistere, ricevendo il credito dell'attestatore la qualifica di prededucibilità solo in seguito alla espressa attribuzione da parte del tribunale in sede di ammissione mentre per gli altri professionisti valeva il solo presupposto della funzionalità.

Il comma è stato poi abrogato in sede di conversione e si è quindi tornati alla discussione sulla sola base del disposto dell'art. 111, essendo stato limitato il contenuto dell'art. 182 *quater* l. fall. alla regolazione del regime dei soli finanziamenti.

Direi, con la prevalente dottrina<sup>3</sup> e giurisprudenza, che non vi possano essere dubbi che i crediti relativi alle prestazioni dei professionisti che hanno prestato la loro opera intellettuale in favore del debitore mediante l'esame della situazione dell'impresa con conseguente indirizzo del medesimo verso la soluzione del fallimento oppure, ravvisando la sussistenza degli specifici presupposti, verso quella del concordato preventivo (avvocati, commercialisti, consulenti del lavoro, periti) possano aver compiuto, in tesi, un'attività funzionale all'accesso alla procedura in questione.

Lo stesso dicasi per l'attività prestata nel corso della procedura per il buon fine della stessa.

Non sarei, invece, dell'avviso di collegare l'attività prestata nel corso della procedura alla previsione di prededucibilità dei crediti sorti "*in occasione ... delle procedure concorsuali*" in quanto tale ipotesi deve essere ristretta ai crediti derivanti dall'attività degli organi della procedura perché non si vede la ragione per cui, in difetto di esplicita previsione legislativa e quindi di implicito giudizio di necessità e/o utilità per la massa oppure di un positivo scrutinio sulla funzionalità dell'attività al buon esito della procedura, ogni credito per il solo fatto di essere maturato in pendenza di concordato dovrebbe godere della prededuzione.

---

<sup>3</sup> MANDRIOLI, *La ripartizione dell'attivo, la chiusura del fallimento e l'esdebitazione del fallito*, in *Il caso.it*, 2007, 14; AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli, F.P. Luiso, E. Gabrielli, Vol IV, 164, Torino, 2014.

In tal senso mi pare la giurisprudenza della Corte laddove afferma che “La L. Fall., art. 111, comma 2, nella attuale formulazione individua i crediti prededucibili nella successiva procedura fallimentare alternativamente nei crediti sorti in occasione ovvero in quelli sorti in funzione del concordato preventivo. Il primo criterio, che fa riferimento all'elemento cronologico ("in occasione"), deve essere integrato, per avere un senso compiuto, con un implicito elemento soggettivo e cioè quello della riferibilità del credito alla attività degli organi della procedura; in difetto di una tale integrazione il criterio in questione sarebbe palesemente irragionevole in quanto porterebbe a considerare come prededucibili, per il solo fatto di essere sorti in occasione della procedura, i crediti conseguenti ad attività del debitore non funzionali ad esigenze della stessa. D'altro canto, la funzionalità alle esigenze della procedura non può costituire un criterio integrativo di quello cronologico, poichè tale funzionalità è autonomamente considerata come causa della prededucibilità dei crediti. In conclusione, in virtù del primo criterio l'attività degli organi della procedura dà luogo a crediti prededucibili indipendentemente dalla verifica in concreto della funzionalità rispetto alle esigenze della procedura mentre, in virtù del secondo criterio, l'attività del debitore, ammesso alla procedura di concordato preventivo, dà luogo alla prededuzione quando sia funzionale alle predette esigenze”<sup>4</sup>.

La giurisprudenza della Cassazione è ormai decisamente orientata a riconoscere la prededuzione per l'attività dei professionisti svolta in funzione dell'accesso alle procedure concorsuali.

Se infatti ormai non è più contestato<sup>5</sup> che “Il credito del professionista che abbia svolto attività di assistenza, consulenza ed eventualmente redazione della proposta di concordato preventivo rientra "de

<sup>4</sup> Cassazione civile, sez. I, 24/01/2014, n. 1513, in *Giust. Civ. Mass.* 2014, rv 629257.

<sup>5</sup> V. anche PATTI, *Esclusione della prededucibilità dei crediti di professionisti diversi dall'attestatore del piano ex art. 161, comma 3, l. fall.*, in *Fall.*, 2011, 1337; BOGGIO, *Crediti sorti « in funzione » del concordato preventivo: prededuzione ... ma non troppo*, ivi, 2009, 1413; BONFATTI, *I concordati preventivi di risanamento*, in *Le procedure concorsuali* a cura di Caiafa, II, Padova 2011, 1380 ss.; COMMISSO, *Prededuzione del credito per spese legali sostenute dal creditore istante*, in *Fall.*, 2012, 1250; D'ORAZIO, *Il vaglio giurisdizionale in sede di ammissione al passivo e la verifica ex post della prededuzione del compenso del professionista non attestatore in sede di ammissione al passivo* (nota a Trib. Ascoli Piceno 5 novembre 2010), in *Giur. merito*, 2012, 890 ss.; Id., *Nuovi orizzonti della prededuzione del professionista nel concordato preventivo* (nota a Trib. Bari 17 maggio 2010), ivi, 2011, 1282 ss.; FABIANI, *Prededuzione « speciale » ex art. 182-quaterl. fall. e regime di impugnazione* (nota a Trib. Firenze, decr. 4 luglio 2011), in *Foro it.*, 2011, I, 2529; NARDECCHIA,

*plano" tra i crediti sorti "in funzione della procedura concorsuale", e, come tale, va soddisfatto in prededuzione nel successivo fallimento ai sensi dell'art. 111, comma 2, l. fall."*<sup>6</sup> la Corte ha in realtà fornito un'interpretazione molto ampia di detta strumentalità nel senso di riconoscerla non solo per le prestazioni connesse alla predisposizione degli atti necessari all'accesso ma ad ogni prestazione che abbia comunque comportato un'utilità per i creditori nella susseguente procedura.

Un esempio chiaro di tale orientamento è la sentenza nella cui motivazione di legge che *"Il rilievo conferito al rapporto di strumentalità tra l'attività da cui sorge l'obbligazione e la realizzazione delle finalità proprie della procedura concorsuale, svincolando la prededucibilità dal mero dato cronologico della contestualità tra la prestazione da cui trae origine il credito e la pendenza della procedura concorsuale, consente infatti di estenderne il riconoscimento oltre l'ambito specifico dell'attività professionale prestata ai fini della redazione della domanda di concordato e della correlata assistenza in giudizio; non può quindi escludersi l'ammissione al beneficio dei crediti derivanti da attività svolte in giudizi già pendenti alla data apertura della procedura, in virtù d'incarichi precedentemente conferiti dall'imprenditore, a condizione ovviamente che dalla relativa verifica ne emerga l'adeguatezza funzionale agli interessi della massa. Non può d'altronde contestarsi, in linea di principio, il beneficio che quest'ultima può trarre da azioni giudiziarie eventualmente intraprese per il recupero di beni o di crediti dell'imprenditore o dalla difesa in giudizio nei confronti di azioni intentate da terzi, i cui vantaggi, in termini di accrescimento dell'attivo o di salvaguardia della sua integrità, possono ben costituire oggetto di valutazione, nell'ambito dell'accertamento previsto dalla L. Fall., art. 111 bis, indipendentemente dalla mancanza di una preventiva autorizzazione degli organi della procedura. Tale conclusione trova indirettamente conferma nella L. Fall., art. 161, comma 7, (introdotto dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 33, comma 1, lett. b), n. 4, e non riferibile alla fattispecie in esame, in quanto applicabile ai soli*

---

*Art. 182-quater. Disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti, in Codice commentato del fallimento a cura di Lo Cascio, II, Milano 2013, 2202 ss.*

<sup>6</sup> Cassazione civile, sez. I, 10/09/2014, n. 19013, in *Giust. Civ. Mass.* 2014, rv 632086; così anche Cassazione civile, sez. VI, 09/09/2014, n. 18922 in *Giust. Civ. Mass.* 2014, rv 631883I e Cassazione civile, sez. I, 9/05/2014, n. 10110 in *Responsabilità Civile e Previdenza* 2014, 4, 1355.

*procedimenti di concordato preventivo e per l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti introdotti dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della Legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134), il quale, nel consentire al debitore il compimento di atti di amministrazione del proprio patrimonio a decorrere dalla proposizione della domanda di concordato e fino all'emissione del decreto di ammissione alla procedura, subordina all'autorizzazione del tribunale soltanto quelli di straordinaria amministrazione, riconoscendo in ogni caso la prededucibilità dei crediti sorti in favore di terzi per effetto degli atti legalmente compiuti?" (Cassazione civile, sez. I, 17/04/2014, n. 8958)<sup>7</sup>.*

Quello che suscita, a mio avviso, la maggiore perplessità è la affermazione, ricorrente nelle ultime pronunce, secondo la quale non vi sarebbe spazio per il parametro dell'utilità della prestazione professionale per la massa.

La prima affermazione dell'assenza di restrizioni nell'interpretazione del nuovo dettato dell'art. 111 l.fall. si rinviene in Cassazione civile, sez. I, 8/04/2013, n. 8533<sup>8</sup> secondo la quale *"Il dettato della L. Fall., art. 111, comma 2, è assolutamente chiaro nel prevedere la prededucibilità anche per tutti i crediti sorti in funzione di procedure concorsuali e la valorizzazione dell'introduzione dell'art. 182 quater a sostegno di una interpretazione immotivatamente restrittiva della disposizione generale fissata nel citato art. 111 (tale cioè da annullarne sostanzialmente la portata) contrasta con la lettera della legge e con l'intenzione del legislatore, all'evidenza individuabile nell'esigenza di favorire il ricorso alle procedure concorsuali diverse da quella liquidatoria del fallimento"*.

Questo principio è stato poi ripreso in sentenze del 2015 che hanno però apportato un'integrazione a mio avviso immotivata affermando, dopo aver richiamato la giurisprudenza della Corte di cui si è dato conto e per contestare l'affermazione del tribunale circa la mancata utilità della prestazione, che la prededuzione deve essere riconosciuta *"senza che debba verificarsi il "risultato" delle prestazioni (certamente strumentali all'accesso alla procedura minore) da questi svolte, ovvero la loro concreta utilità per la massa.*

---

<sup>7</sup> Giust. Civ. Mass., 2014, rv 630943.

<sup>8</sup> In Giust. Civ. 2013, 10, 2029 e in Giust. Civ. Mass 2013, rv 626127.

*La lettura dell'art. 111 2° comma cit. offerta dal Fallimento controricorrente, secondo cui, ai fini dell'ammissione in prededuzione, la nozione di funzionalità implicherebbe comunque la valutazione dell'inerenza delle prestazioni alle necessità risanatorie dell'impresa ed all'esistenza di un vantaggio per i creditori, finirebbe con lo svuotare la norma di significato, atteso che dalla sopravvenuta dichiarazione di fallimento si dovrebbe necessariamente presumere la mancanza di utilità per la massa di attività svolte in funzione dell'ammissione al concordato preventivo e ricondurrebbe la fattispecie entro i medesimi ambiti interpretativi ed applicativi cui, proprio per l'assenza di un'espressa previsione regolatrice, sottostava nel vigore della precedente disciplina”<sup>9</sup>.*

In realtà in nessuna delle sentenze citate in motivazione si rinviene l'esplicita affermazione secondo la quale si deve prescindere dall'utilità per i creditori o il principio è comunque ricavabile.

D'altra parte mi pare si possa affermare che è nel concetto stesso di funzionalità che è insito un giudizio di adeguatezza del mezzo utilizzato al fine che ci si propone e mi pare anche che sarebbe del tutto incongruo e contrastante con la tutela del credito affermare che qualunque tentativo, anche se del tutto velleitario per insussistenza della benchè minima prospettiva di accesso alla procedura o interventi professionali del tutto inadeguati rispetto alle conoscenze tecniche necessarie, meritino un riconoscimento che ha un senso solo se il costo che debbono sopportare i creditori sia giustificato da un corretto tentativo di addivenire ad una procedura che almeno in prospettiva può essere a loro favorevole.

In altri termini, mi domando perché a fronte di una situazione in cui l'unica strada è il fallimento per palese insufficienza del patrimonio a garantire una qualunque forma di soddisfacimento anche solo dei privilegiati dovrebbe essere giustificata una richiesta di concordato con riserva o perché una domanda contenente un piano giuridicamente infattibile o una proposta inammissibile oppure un'attestazione manifestamente carente sotto il profilo della completezza e della congruità logica dovrebbero pesare sui creditori.

---

<sup>9</sup> Cass. 6 febbraio 2015, n. 2264; negli stessi termini Cass. 5 marzo 2015, n. 4486.

Se così è, un risultato ci deve essere perché il credito possa ritenersi funzionale quindi prededucibile e questo non può che ravvisarsi nell'ammissione al concordato e quindi nella positiva valutazione quantomeno dell'ammissibilità della domanda e della sostenibile sussistenza delle condizioni per l'approvazione e l'omologazione.

Aderendo a questa impostazione ne consegue, ad esempio, che, prima del decreto di ammissione, non vi è spazio per l'autorizzazione al pagamento di compensi ai professionisti incaricati dal debitore neppure sotto forma di acconto dal momento che la funzionalità dell'attività che è condizione per il riconoscimento della prededuzione si potrà ritenere sussistente solo in seguito all'ammissione.

Vi è poi un'ulteriore precisazione da fare: per i crediti sorti prima dell'inizio della procedura (ad esempio per la domanda di preconcordato) il pagamento può avvenire solo nella fase esecutiva del concordato dal momento che, pur prededucibili, si tratta pur sempre di crediti concorsuali. Ricordo che nella procedura fallimentare l'art. 111 bis l. fall. mentre prevede al primo comma che *“I crediti prededucibili devono essere accertati con le modalità di cui al capo V, con esclusione di quelli non contestati per collocazione e ammontare”* e quindi esonera dalla verifica i crediti prededucibili non contestati sorti in eventuali procedure precedenti, all'attuale terzo comma dispone che solo *“I crediti prededucibili sorti nel corso del fallimento che sono liquidi, esigibili e non contestati per collocazione e per ammontare, possono essere soddisfatti ai di fuori del procedimento di riparto se l'attivo è presumibilmente sufficiente a soddisfare tutti i titolari di tali crediti”*.

Trasferendo tale principio nel concordato ne deriva che i crediti prededucibili per prestazioni professionali sorti in corso di procedura possono essere pagati immediatamente mentre quelli sorti prima possono essere soddisfatti solo dopo l'omologazione.

E' necessaria l'autorizzazione del Tribunale quale atto di straordinaria amministrazione perché il debitore possa farsi assistere dal professionista?

Quanto alla nomina certamente no anche perché il diritto alla tutela professionale non può essere compulsato e ciò è stato affermato, sia pure *incidenter tantum*, anche di recente dalla Cassazione<sup>10</sup>. Qualche precisazione deve essere fatta, invece, per quanto concerne l'ammontare del compenso ma qui si deve affrontare un'altra questione di particolare delicatezza.

Ci può essere un controllo del tribunale in ordine all'ammontare dei compensi dei professionisti incaricati dal debitore, eventualmente già pattuiti? E se si: in base a quale motivazione e su quali parametri?

Che il problema si ponga mi pare evidente. Una delle ragioni di diffidenza nei confronti del nuovo concordato, oltre a casi in cui lo strumento è stato utilizzato in modo abusivo e cioè a scopi puramente dilatori, è certamente quella del costo, da più parti ritenuto eccessivo e poiché il costo degli organi della procedura non è variato è evidente che la critica si appunta sull'intervento dei professionisti non già per la qualità del lavoro, che non è qui in discussione, ma per il numero dei professionisti che intervengono alla luce della nuova configurazione del concordato e quindi anche della duplicazione di alcune figure. E non è certo un caso che una delle *missions* della Commissione ministeriale da poco insediata sia quella di semplificare le procedure e di renderle meno costose.

Io credo che questo potere, che è poi un dovere, sussista.

Il discorso è certamente più facile per quanto concerne il concordato liquidatorio per un duplice ordine di considerazioni.

In primo luogo dobbiamo rammentare che esiste una disposizione (l'art. 217 n. 4 l.fall. – bancarotta semplice) che punisce il debitore che “*ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa*”.

---

<sup>10</sup> Cass. 5 marzo 2014, n. 5098.

Poiché secondo la giurisprudenza della Cassazione la disposizione in questione mira ad evitare un danno alla creditoria “*atteso che l’aggravamento del dissesto medesimo deve essere valutato nell’ottica della soddisfazione concorsuale dei creditori alla cui realizzazione mira l’obbligo imposto all’imprenditore di non ritardare l’avvio della procedura fallimentare*”<sup>11</sup>, mi pare che si possa configurare un obbligo di protezione dei propri creditori che grava sull’imprenditore in crisi il quale è tenuto a mettere in campo ogni iniziativa utile a raddrizzare la barca dell’impresa e, se ciò non si profila come possibile, ad accedere tempestivamente ad una procedura di crisi. Corollario di tale principio è non solo l’obbligo di accedere alla procedura maggiormente confacente, e quindi di evitare tentativi di concordato quando il patrimonio è manifestamente insufficiente ad avanzare una proposta decente, ma anche quello di gestire la fase preparatoria utilizzando mezzi congrui rispetto allo scopo.

E’ infatti necessario considerare, e qui vengo al secondo ordine di considerazioni, che accostandosi alla procedura l’imprenditore debitore sostanzialmente confessa l’insufficienza del suo patrimonio al soddisfacimento integrale dei suoi creditori, tanto che offre loro tutti i suoi beni per la liquidazione. Ma se così in sostanza è ne consegue che ogni sua attività è ormai inesorabilmente condizionata dalla circostanza che deve essere perseguito l’interesse alla conservazione della garanzia per i creditori costituita dal residuo e insufficiente patrimonio e che quindi anche le modalità con cui si accede alla procedura non possono più rispondere unicamente, o anche solo prevalentemente, all’interesse del debitore ma debbono avere come guida anche quello dei creditori.

In tale quadro l’assunzione di debiti per prestazioni professionali eccessivi per composizione ed entità non costituisce solo fonte di responsabilità patrimoniale e penale (art. 217 n. 1) per l’imprenditore ma, anche a non voler ipotizzare vere e proprie forme di abuso, fa venir meno anche il requisito della funzionalità della prestazione se, tenuto conto dell’eccezionalità della norma che incide sulla *par condicio creditorum*, nel concetto di

---

<sup>11</sup> Cassazione penale, sez. V, 14/02/2013, n. 13318, in *Diritto & Giustizia* 2013 (nota FONTANA).

atto funzionale facciamo rientrare anche il requisito della stretta necessità del medesimo rispetto allo scopo sopra individuato.

E d'altra parte chi riterrebbe funzionale ad una procedura di concordato con cessione dei beni di un'impresa di modeste dimensioni l'intervento di uno stuolo di professionisti o di una società internazionale di revisione?

Il discorso, *mutatis mutandis*, può applicarsi anche alla procedura di continuità aziendale.

E' ben vero che in questa procedura non vi è cessione del patrimonio ma in realtà la situazione non muta nella sostanza.

Se si pon mente all'art. 2740 c.c. secondo il quale "*Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri*" la legittimità del concordato in continuità aziendale che consente il mantenimento della proprietà in capo al debitore risiede nella circostanza che la destinazione dell'intero patrimonio al soddisfacimento dei creditori avviene mediante utilizzo dell'intero patrimonio per la produzione di utili che vengono integralmente destinati al soddisfacimento dei creditori. In altri termini il vincolo di destinazione del patrimonio viene soddisfatto mediante vincolo di destinazione dell'intero ricavato del suo utilizzo per un certo tempo che viene destinato al pagamento dei debiti coinvolti nella procedura e quindi si ripropone la stessa necessità di utilizzare detti utili secondo il canone del miglior soddisfacimento dei creditori con ciò che ne consegue in ordine ai vincoli di disponibilità nell'assunzione di obbligazioni.

Se allora si accede alla tesi esposta e quindi alla sussistenza di un limite che incontra il debitore nel concordare i compensi con i professionisti si pone l'ulteriore problema dei parametri in base ai quali valutare se tale limite è stato rispettato.

Qui si possono prospettare le soluzioni più varie e non ho certo la pretesa di indicare quale sia la migliore.

Posso solo riferire in ordine alla soluzione che è stata adottata dal Tribunale di Modena che consiste nel ritenere ragionevole e quindi qualificabile come funzionale alla procedura di concordato un monte crediti da prestazioni professionali pari al costo presuntivo degli

oneri relativi ai compensi degli organi della procedura e cioè del commissario giudiziale, del liquidatore e di eventuali stimatori, con la precisazione che non si tiene conto del compenso già concordato dal proponente con il liquidatore, nella nostra esperienza più basso di quello calcolabile in base ai parametri ministeriali, ma di quello medio previsto da questi ultimi.

Criterio empirico? Può darsi ma un criterio ci deve essere per riportare a ragionevolezza e prevedibilità una delle criticità che indubbiamente pesano sull'accettazione del concordato da parte della comunità economica.