



280.17

R.G.N. 12911/2015
Cron. 280
Rep. 3-11-2016
Ud. 12/7/2016

REPUBBLICA ITALIANA
In nome del popolo italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Sezione Prima Civile

Oggetto: concordato preventivo
con riserva pagamento dei
creditori in prededuzione -
mancanza di autorizzazione -
inammissibilità del concordato -
dichiarazione di fallimento -
questione

Composta dagli Ill.mi Signori Magistrati

Dott. Aniello Nappi
Dott. Antonio Didone
Dott. Rosa Maria Di Virgilio
Dott. Massimo Ferro
Dott. Mauro Di Marzio

Presidente
Consigliere
Consigliere
Consigliere relatore
Consigliere

Ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Sul ricorso proposto da:

CICAI MARCHE SOCIETÀ CONSORTILE (c.f. 00268770419), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Arturo Pardi, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Stefano Valentini, in Roma, via F. Corridoni 14, come da procura in calce al ricorso.

-ricorrente-

contro

Fallimento CICAI MARCHE SOCIETÀ CONSORTILE (c.f. 00268770419), in persona del curatore p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Roberto Pazzi, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Fabio Spaziani, in Roma, via Costantino Morin n. 45, come da procura in calce al ricorso.

-controricorrente-

MITSUBISHI ELECTRIC EUROPE B.V., in persona del legale rappresentante p.t.

-intimato-

Ariston Thermo s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t.

Unical A.G. s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t.

Paterniani Cesare

-intimati per effetto degli atti di integrazione del contraddittorio di ricorrente e controricorrente-

per la cassazione della sentenza n. 514/2015 della Corte d'appello di Ancona, depositata il 15.4.2015, nel giudizio iscritto al n. 721/2014 r.g.;

vista l'ordinanza 25.7.2016 di questa Corte;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del giorno 9 novembre 2016 dal Consigliere relatore dott. Massimo Ferro;

uditi per la ricorrente l'avv. A.Pardi e per il fallimento resistente l'avv. Antonazzo;

udito il P.M. in persona del sostituto procuratore generale dott. Anna Maria Soldi, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

IL PROCESSO

Cicai Marche Società Consortile impugna la sentenza della Corte d'appello di Ancona 15.4.2015, n. 514/2015, che ebbe a respingere il reclamo interposto dalla medesima, avverso la sentenza dichiarativa del suo fallimento resa da Tribunale di Pesaro 14.5.2014, su istanza dei creditori Mitsubishi Electric Europe B.V., Ariston Thermo s.p.a., Unical A.G. s.p.a. e Paterniani Cesare, nonché avverso il decreto di inammissibilità pronunciato in precedenza dal medesimo Tribunale, sulla proposta di concordato preventivo avanzata dalla società entro il termine accordato dopo il deposito del ricorso contenente una domanda di concordato preventivo con riserva.

Secondo la corte d'appello, correttamente il tribunale aveva dichiarato inammissibile detta proposta di concordato, a causa dei pagamenti nei confronti di alcuni professionisti incaricati di curarne la stesura, effettuati dalla proponente proprio durante i termini accordati dal collegio per il deposito della proposta e del piano, in quanto siffatti crediti – irrilevante la circostanza che fossero sorti prima o dopo il deposito della domanda con riserva –, avrebbero potuto assumere rango prededucibile solo a seguito dell'intervenuta ammissione al concordato, in concreto poi non avvenuta. Con il risultato, a parere del giudice di merito, che avendo Cicai Marche Società Consortile mediante siffatti pagamenti posto in essere atti di straordinaria amministrazione non autorizzati dal tribunale, ai sensi dell'art. 161, co. 7, l.f., sussistevano le condizioni previste dall'art. 173 l.f. per la revoca dell'ammissione e, quindi, per la non ammissione della stessa al concordato preventivo.

Il ricorso è affidato a quattro motivi, cui resiste con controricorso la curatela del fallimento della Cicai Marche Società Consortile. Il ricorrente ha depositato memoria.

Siccome atto dell'avvenuta integrazione del contraddittorio verso i creditori già istanti per il fallimento, disposta con ordinanza 25.7.2016 di questa Corte.

I FATTI RILEVANTI DELLA CAUSA E LE RAGIONI DELLA DECISIONE

Con il *primo motivo* la ricorrente deduce la falsa applicazione dell'art. 111 l.f., in quanto i crediti vantati dai professionisti incaricati della stesura del piano e della proposta, vantavano di certo il rango prededucibile, non costituendo il relativo pagamento atto di frode ai danni dei creditori.

Con il *secondo motivo* la ricorrente lamenta la violazione degli artt. 161, co. 7, e 167 l.f., nonché l'omessa motivazione ex art. 360, co.1, n. 5), c.p.c., in quanto la corte non ha pronunciato sulla dedotta circostanza che gli incarichi professionali, concernenti la stesura della proposta e del piano, sarebbero stati conferiti soltanto dopo il deposito della domanda di concordato preventivo in bianco, qualificandosi quindi l'erogazione dei relativi compensi come atto di ordinaria amministrazione, non bisognoso di autorizzazione da parte del tribunale o del giudice delegato.

Con il *terzo motivo* assume l'istante la violazione dell'art. 111 l.f. in quanto, se si dovesse ritenere, come ha sostenuto il tribunale nel decreto di inammissibilità del concordato, che gli incarichi professionali in discussione erano stati conferiti prima del deposito della domanda di concordato preventivo con riserva, si tratterebbe comunque di atti funzionali alla procedura e, perciò, sicuramente prededucibili.

Con il *quarto motivo* la ricorrente denuncia l'omessa motivazione del giudice del reclamo, ex art. 360, co.1, n. 5), c.p.c., sulla circostanza che, pure a ritenere gli incarichi professionali in oggetto come conferiti prima del deposito della domanda di concordato in bianco, trattandosi di rapporti pendenti ex art. 169-bis l.f., il relativo adempimento costituiva atto di ordinaria amministrazione, senza necessità di una preventiva autorizzazione da parte del collegio.

1.. I *primi tre motivi*, da trattare unitariamente perché connessi, sono *fondati*, con assorbimento dell'esame del quarto. Il tema d'indagine esige la netta separazione tra la natura dei crediti vantati dai professionisti adibiti dall'imprenditore in funzione dell'allestimento della domanda concordataria ovvero in occasione della preparazione della relativa proposta, unitamente al piano, una volta depositato il ricorso ex art.161 co.6 l.f., da eventuali pagamenti che lo stesso imprenditore attui nei confronti di tali creditori, dal deposito del ricorso fino all'ammissione alla procedura di concordato preventivo ex art.163 l.f. La decisione impugnata identifica siccome prededucibili ai sensi del novellato art.111 co.2 l.f. i descritti crediti solo se intervenga detta ammissione, nel presupposto che solo l'ammissione al concordato ne permetta il riconoscimento della funzionalità ex art.111 l.f. Per la corte anconetana la non ammissione qualificerebbe l'eventuale pagamento comunque intervenuto come atto di straordinaria amministrazione in sé, che sarebbe stato da autorizzare giudizialmente, pena gli effetti di inammissibilità da pronunciarsi – come avvenuto nella specie – ai sensi dell'art.173 l.f. Tali principi non sono condivisibili.

La riassunta equiparazione assume in modo erroneo la natura dei crediti pregressi, cioè anteriori alla proposta di concordato preventivo e nonostante la loro valenza

preparatoria, annoverandoli tra i *crediti funzionali* di cui all'art.111 co.2 l.f. ma come situazioni che necessariamente si perfezionerebbero, almeno nel concordato con riserva, solo successivamente all'apertura della procedura concorsuale, perché solo da quel momento soggetti al controllo giudiziale autorizzatorio attestante tale qualità, nella vicenda fatto coincidere con quella sorta di autorizzazione generale, implicita e retroattiva, nascente dall'ammissione del debitore *ex art.163 l.f.* Solo a tale condizione i *crediti funzionali* sarebbero equivalenti a quelli *sorti in occasione* della (e dunque già durante la) procedura concorsuale aperta. La pronuncia omette invece altro riferimento al procedimento speciale autorizzatorio di cui all'art.182quinquies co.4 l.f., nel caso non rilevante. Osserva il Collegio che la premessa, ove accolta, condurrebbe da un lato ad un'abrogazione parziale della norma (che conferisce con chiarezza *identico* rango prededotto anche a crediti i cui fatti costitutivi si siano completati prima della instaurazione del concorso, appunto ad esso funzionali) e dall'altro ad una impropria portata dell'art.111 co.2, cioè specificativa della diversa nozione assunta dal sistema degli artt.161 co.7,167,173 co.3 l.f., che esige l'autorizzazione giudiziale per i diversi atti di straordinaria amministrazione, sanzionando comunque in difetto con la non ammissione del debitore al concordato preventivo il loro compimento autonomo. Si tratta di conseguenze invece da escludere nei termini automatici propri della *ratio decidendi* impugnata.

2. In tema, con crescente chiarezza questa Corte ha espresso il diverso principio, cui va data continuità, per cui *"l'art. 111, comma 2, l.fall., nell'affermare la prededucibilità dei crediti sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali, li individua sulla base di un duplice criterio, cronologico e teleologico, in tal modo prefigurando un meccanismo soddisfacente destinato a regolare non solo le obbligazioni della massa sorte all'interno della procedura, ma tutte quelle che interferiscono con l'amministrazione fallimentare e, conseguentemente, sugli interessi del ceto creditorio. Il carattere alternativo dei predetti criteri non consente, peraltro, l'estensione della prededucibilità a qualsiasi obbligazione caratterizzata da un sia pur labile collegamento con la procedura concorsuale, dovendosi in ogni caso accertare il vantaggio arrecato alla massa dei creditori, con apprezzamento che, risolvendosi in un'indagine di fatto, è riservato al giudice di merito ed è censurabile in cassazione solo per vizio di motivazione"* (Cass. 25589/2015). Si tratta di un elemento oggettivo che ben può precisarsi in una nozione di funzionalità, o strumentalità, di tali crediti (*rectius* delle attività dalle quali essi originano) rispetto alla procedura concorsuale (Cass. 5098/2014, 7579/2016), con valutazione da operare *ex ante*, non potendo per un verso l'evoluzione fallimentare della vicenda concorsuale, di per sé sola e pena la frustrazione dell'obiettivo della norma, escludere il ricorso all'istituto. Ma nemmeno può affermarsi una interdipendenza assoluta tra crediti prededucibili e ammissione al concordato preventivo, almeno nel senso che unicamente il decreto *ex art.163 l.f.* trasformerebbe tutti (e solo) i crediti maturati in capo all'imprenditore, prima o dopo la sua domanda, in pretese assistite dalla peculiare protezione di cui all'art.111 l.f. L'avvenuta abrogazione del co.4 dell'art.182quater co.4 l.f. dopo il decreto legge n.83 del 2012, convertito nella legge n.134 del 2012 (ove precisava *Sono altresì prededucibili i compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui agli articoli 161, terzo comma, 182-bis, primo comma, purché ciò sia espressamente disposto nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato.*) e pur

limitata ad una singola tipologia di prestazioni-crediti, restituisce ad un'indagine di fatto la ricognizione delle più generali categorie della funzionalità.

La funzionalità opera dunque e ad esempio quando le prestazioni erogate dal terzo, per il momento e il modo con cui sono assunte in un rapporto obbligatorio con il debitore, si coordinino razionalmente con il quadro operativo da questi attivato o di imminente riconoscibile adozione, così da rientrare in una complessiva causa economico-organizzativa almeno preparatoria, per quanto sia in iniziativa del debitore stesso, di una procedura concorsuale tra quelle di cui al r.d. n.267 del 1942. Pertanto le prestazioni dell'attestatore, dello stimatore titolato, del professionista redattore o coadiutore del piano in preparazione, del legale redigente la domanda (con crediti nella fattispecie pagati) per un verso integrano attività almeno astrattamente collocabili in relazione alla procedura instauranda o pendente (già con il deposito della domanda giudiziale) e per altro verso interrogano un preliminare e parallelo quesito sulla ragione per la quale dovrebbero essere considerate eccedenti l'ordinaria amministrazione. Non basta invero né il loro costo assolto in modo diretto dal debitore (assai modesto nel caso, risultando pagamenti per crediti di 44 mila euro pari a circa lo 0.33% della massa debitoria, lo 0.54% del patrimonio stimato), né la datazione temporale del pagamento (a concordato pendente) per trasformare i relativi atti solutori in straordinaria amministrazione. Dovendo dunque incentrarsi la presente disamina su tale ultima tipologia, avendo la censura investito la pronuncia di inammissibilità *ex art.173 l.f.*, si può sostenere che vi rientrano le spese e gli impegni propri di una attività non corrente dell'impresa, né intrinsecamente coerenti con un complessivo allestimento degli atti necessari all'instaurazione o all'ordinata evoluzione della procedura concorsuale; vi fuoriescono invece, dunque non necessitando di alcuna autorizzazione giudiziale, le operazioni - come accaduto nella specie - enunciativamente richieste dalla legge stessa e ragionevolmente proprie di una prassi attinente all'obbligatorio complessivo corredo della domanda di apertura della procedura concorsuale, competendo all'organo concorsuale che ne invochi l'eccedenza rispetto a tale scopo dimostrarne (anche solo per una eventuale parte) superfluità ovvero casualità di assunzione quanto al profilo debitorio che ne sia scaturito oltre che l'intento frodatorio. Tale analisi è mancata del tutto nella pronuncia impugnata.

3.Sul punto la sentenza si è limitata a contrapporre l'incompletezza dell'elemento procedimentale (l'ammissione del debitore al concordato, non ancora decretata) alla stregua di requisito impeditivo della qualità prededuttiva del credito stesso e così inferendone la natura di atto di straordinaria amministrazione non autorizzato per gli effetti di cui all'art.173 l.f. In realtà, il pagamento di siffatti crediti professionali ben può costituire l'effetto di prestazioni di ordinaria amministrazione assunte dalla società debitrice e come tali estranee alla necessità autorizzatoria, benché condotte in corso di concordato. Secondo l'aggiornato arresto di Cass. 22450/2015, si può ripetere che *"il credito del professionista che abbia svolto attività di assistenza e consulenza per la redazione e la presentazione della domanda di concordato preventivo, rientra "de plano" tra i crediti sorti "in funzione" di quest'ultima procedura e, come tale, a norma dell'art. 111, comma 2, l.fall., va soddisfatto in prededuzione nel successivo fallimento, senza che, ai fini di tale collocazione, debba essere accertato,*

con valutazione "ex post", che la prestazione resa sia stata concretamente utile per la massa in ragione dei risultati raggiunti.", fondandosi tale interpretazione "a) sull'esclusione dall'azione revocatoria del pagamento del compenso del professionista ex art. 67, terzo comma, lett. g), legge fall.; b) sull'abrogazione dell'art. 182 quater, quarto comma, legge fall. ad opera del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, che riconosceva la prededuzione (ove prevista espressamente nel decreto di ammissione al concordato preventivo) al solo credito del professionista attestatore; c) sull'interpretazione autentica dell'art. 111, secondo comma, legge fall. fornita dall'art. 11, comma 3 quater, d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9, che ha esteso la prededuzione anche ai crediti sorti in occasione ed in funzione delle procedure di concordato preventivo cosiddetto con riserva (art. 161, sesto comma, legge fall.), così confermando implicitamente il già vigente regime prededucibile dei medesimi crediti nel concordato preventivo ordinario." (Cass. 19013/2014). E per quanto l'ultimo riferimento sia stato abrogato dall'art.22 co.7 del d.l. 14.6.2014, n.91, conv. nella l. 11.8.2014, n.116, è convincente anche di questo Collegio che, anche "il pagamento non autorizzato di un debito scaduto eseguito in data successiva al deposito della domanda di concordato con riserva, non comporta, in via automatica, l'inammissibilità della proposta, dovendosi pur sempre valutare se detto pagamento costituisca, o meno, atto di straordinaria amministrazione ed, in ogni caso, se la violazione della regola della "par condicio" sia diretta a frodare le ragioni dei creditori, pregiudicando le possibilità di adempimento della proposta negoziale formulata con la domanda di concordato." (Cass.7066/2016). La revoca può infatti pronunciarsi, ai sensi dell'art. 173, co.3, l.f., solo in esito ad un "accertamento, da compiersi ad opera del giudice di merito, che tali pagamenti, non essendo ispirati al criterio della migliore soddisfazione dei creditori, siano diretti a frodare le ragioni di questi ultimi, così pregiudicando le possibilità di adempimento della proposta formulata con la domanda di concordato." (Cass. 3324/2016). Tale accertamento è del tutto mancato.

Il ricorso va dunque accolto, con cassazione e rinvio.

P.Q.M.

La Corte accoglie i primi tre motivi di ricorso, dichiara assorbito il quarto; cassa e rinvia alla Corte d'appello di Ancona, in diversa composizione, anche per la liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 9 novembre 2016.

il consigliere estensore
dott. Massimo Ferro

il Presidente
dott. Aniello Nappi

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Depositato in Cancelleria **Franca Caldarola**

il 10 GEN 2017

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Franca Caldarola