



CORSO DI FORMAZIONE PER CURATORI FALLIMENTARI 2021

14 Ottobre 2021

Ordine di distribuzione e crediti prededucibili nelle procedure concorsuali

(Avv. Massimiliano Semprini)

CCII artt. 221, 222, 223, 224
L. Fall. artt. 111, 111-bis, 111-ter, 111-quarter
L. 3/2012, art. 14-duodecies

Ordine di distribuzione delle somme - Articolo 221 CCII (art. 111 l. fall.)

1. Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine:
 - a) per il pagamento dei **crediti prededucibili**;
 - b) per il pagamento dei **crediti ammessi con prelazione** sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge;
 - c) per il pagamento dei **creditori chirografari**, in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascuno di essi sia stato ammesso, compresi i creditori privilegiati qualora non sia stata ancora realizzata la garanzia o per la porzione di credito rimasta insoddisfatta;
 - d) per il pagamento dei **crediti postergati**.
Es. finanziamenti dei soci ex art. 2467 c.c.

Il nostro ordinamento prevede dunque l'applicazione della c.d. regola dell'**absolute priority rule**, che vieta di eseguire pagamenti in favore dei creditori di grado inferiore sino a quando i creditori poziori non siano stati integralmente soddisfatti.

La Direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019, ammette la regola del **relative priority rule**, che consente di attribuire ai creditori di grado inferiore o postergati, come i soci, un trattamento positivo, purché non più favorevole di quello previsto per la classe poziora. Questa è una prospettiva che permetterebbe di rendere più flessibili, a parità di disponibilità, piani e proposte nel quadro delle procedure concorsuali, perché permette il coinvolgimento di soci e creditori anche quando rimarrebbero esclusi dal concorso

Cos'è la prededuzione

I crediti prededucibili devono essere **soddisfatti prima dei crediti privilegiati**.

Nelle procedure concorsuali, compresa quella di concordato, la prededuzione attribuisce non una causa di prelazione ma **una precedenza processuale**, in ragione della strumentalità dell'attività, da cui il credito consegue, agli scopi della procedura, onde renderla più efficiente ... attribuisce una precedenza rispetto a tutti i creditori sull'intero patrimonio del debitore e ha natura procedurale, perché nasce e si realizza in tale ambito e **assiste il credito di massa finché esiste la procedura** concorsuale in cui lo stesso ha avuto origine, venendo meno con la sua cessazione (Cass. sez. I - 11/06/2019 n. 15724; Cass. 10885/2021).

La volontà del legislatore è quella di rendere efficiente la procedura, per questo le obbligazioni strumentali al suo corretto e sollecito svolgimento sono preferite nell'ordine di distribuzione.

Crediti prededucibili nella LEGGE FALLIMENTARE (Art. 111 c.2 l. fall.)

Come chiarito anche dalla Cassazione l'art. 111 l. fall. elenca **tre tipologie** di crediti caratterizzati da prededuzione (da ultimo, Cass. n. 14713/2019):

(a) crediti così classificati da una **espressa disposizione** di legge

(b) crediti sorti **in occasione** di una procedura concorsuale (criterio cronologico)

Con una precisazione: L'occasionalità richiede una **contestualità**, tra insorgenza del credito e svolgimento della procedura, non solo **cronologica**, ma anche, per così dire, **soggettiva**: e cioè, il criterio cronologico che si desume dall'art. 111, comma 2, "deve essere integrato, per avere senso compiuto, con un implicito elemento soggettivo e cioè quello della **riferibilità del credito all'attività degli organi della procedura** (Cass. 15 gennaio 2014, n. 1513; Cass. 20 ottobre 2016, n. 20113; Cass. 11 dicembre 2020, n. 28364; Cass. 10885/2021).

Serve una "adeguatezza finalistica dell'attività espletata rispetto ai compiti della procedura" e quindi non è prededucibile il credito del professionista per attività professionale ritenuta "antagonistica", per l'assistenza del debitore nei procedimenti volti alla risoluzione del concordato e alla dichiarazione di fallimento (Cassazione civile sez. VI, 10/08/2021, n.22604).

(c) crediti sorti **in funzione** di una procedura concorsuale (criterio teleologico)

Possono essere prededucibili anche i crediti sorti anteriormente all'inizio della procedura - quindi non occasionati dallo svolgimento della procedura stessa - se (le attività da cui i crediti originano) sono funzionali o strumentali alla procedura concorsuale. Ad esempio, il credito del professionista che abbia assistito il debitore nella proposizione di una procedura concorsuale, quello per la restrizione di un finanziamento funzionale allo stesso scopo.

La prededuzione nella legge 3/2012 sul SOVRAINDEBITAMENTO:

Art. 12 c. 5 L.3/2012: “A seguito della sentenza che dichiara il fallimento, i crediti derivanti da **finanziamenti** effettuati **in esecuzione o in funzione dell’accordo omologato** sono **prededucibili** a norma dell’articolo 111 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267”

Art. 13 c.4-bis: 4-bis: “I crediti sorti **in occasione o in funzione di uno dei procedimenti** di cui alla presente sezione sono soddisfatti **con preferenza** rispetto agli altri, **con esclusione** di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti”.

Art. 14-duodecies, c. 2: “I crediti sorti **in occasione o in funzione della liquidazione o di uno dei procedimenti** di cui alla precedente sezione sono soddisfatti **con preferenza** rispetto agli altri, **con esclusione** di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti”.

Nel piano del consumatore si può prevedere in prededuzione, essendo **strumentale alla omologa** del piano stesso, **una somma per il professionista incaricato** e per gli avvocati (alla luce della natura pattizia della previsione) (Trib. Napoli 16 novembre 2017, in www.ilcaso.it).

In riferimento alla **liquidazione del patrimonio** ex art. 14 ter l. 3/2012, tenuto conto che, secondo l’opinione prevalente, il ricorso deve essere presentato dal procuratore e non dalla parte personalmente, **va riconosciuta la prededuzione del compenso del professionista** da calcolarsi secondo i parametri del D.M. 55/2014, ricorso per la dichiarazione di fallimento,) Tribunale Pavia, 01 Marzo 2021. Est. Rocca.

I CREDITI PREDEDUCIBILI NEL CCII (ART. 6 C. 1 CCII):

Il CCII **non prevede più le categorie generiche dei crediti sorti in funzione o in occasione della procedura** ma opera una tipizzazione dei crediti prededucibili, fermo il rinvio a specifiche disposizioni di legge.

Oltre ai crediti così espressamente qualificati dalla legge, sono prededucibili:

- a) i crediti relativi a **spese e compensi** per le prestazioni rese dall'**organismo di composizione della crisi** di impresa di cui al capo II del titolo II (**OCRI**) e dall'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento (**OCC**);
- b) i **crediti professionali sorti in funzione** della domanda di omologazione degli **accordi di ristrutturazione** dei debiti e per la richiesta delle misure protettive, **nei limiti del 75%** del credito accertato e **a condizione che gli accordi siano omologati**;
- c) i **crediti professionali sorti in funzione** della presentazione della domanda di **concordato preventivo** nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda, **nei limiti del 75%** del credito accertato e **a condizione che la procedura sia aperta** ai sensi dell'articolo 47;
- d) i crediti legalmente **sorti durante le procedure** concorsuali
 - per la **gestione del patrimonio** del debitore
 - per la **continuazione dell'esercizio dell'impresa**,
 - i crediti derivanti da **attività non negoziali degli organi** preposti, purché connesse alle loro funzioni *
 - i **crediti risarcitori** derivanti da fatto colposo degli organi predetti *
 - il **compenso** degli organi della procedura
 - le **prestazioni professionali** richieste dagli organi medesimi.

* Introdotto con il D. Lgs. 26 ottobre 2020 n. 147

Crediti prededucibili per espressa disposizione di legge (art. 6 c.1)

nel CCII troviamo:

- **In caso di revoca** della liquidazione, del concordato o dell'accordo, sono prededucibili i **crediti di terzi** sorti per effetto di **atti legalmente compiuti dal debitore** (art. 53)
- I crediti della controparte **sorti nel corso della procedura per l'esecuzione del contratto** che prosegue (art. 172, 179) e in particolare
 - Il credito del **mandatario** per l'attività compiuta **dopo l'apertura** della procedura se il curatore del mandante subentra nel contratto (art. 183 c.3)
 - i premi dell'**assicurazione** scaduti **dopo l'apertura** della procedura se il curatore dell'assicurato subentra nel contratto (art. 187 c.2)
- Il controvalore spettante al terzo per i beni oggetto di **rivendicazione** di cui il curatore ha perso il possesso dopo averlo acquisito (art. 210 c.1)
- I crediti sorti nel corso dell'**esercizio provvisorio dell'impresa** in liquidazione giudiziale (art. 211 c. 8)
- L'**indennizzo spettante all'affittuario** dell'azienda in liquidazione giudiziale in caso di recesso da parte del curatore dal **contratto da lui stipulato** (art. 212 c.3)

- **Riferiti al concordato e all'accordo di ristrutturazione sono prededucibili:**
 - I crediti di terzi sorti per effetto di **atti legalmente compiuti dal debitore o conformi agli accordi o agli usi**, dopo il deposito del ricorso (art. 46) e fino alla notifica dello scioglimento del contratto (art. 97 c.11)
 - **Finanziamenti autorizzati** prima dell'omologazione finalizzati all'esercizio dell'attività aziendale fino all'omologa o per l'apertura della procedura (art. 99 c.1)
 - **Finanziamenti erogati in funzione** delle presentazioni della domanda purché previsti dal piano e riconosciuti dal Tribunale (art. 99 c.5* – 182-quinquies l. fall.) – **Se il finanziamento viene da soci o dalla capogruppo la prededuzione spetta per l'80%** (art. 102 – 182-quater l. fall.)
 - **Finanziamenti effettuati in esecuzione** del concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione omologati se previsti nel piano (art. 101 – 182-quater l. fall.) – Se il finanziamento viene **da soci o dalla capogruppo** la prededuzione spetta per l'80% (art. 102 - 182-quater l. fall.)
 - **Novità: Se il socio diventa tale in esecuzione del concordato o dell'accordo che finanzia la prededuzione è al 100%**

* Introdotto con il D. Lgs. 26 ottobre 2020 n. 147

- Riferiti **alla liquidazione controllata del sovraindebitato** sono prededucibili:
 - i crediti della controparte sorti **nel corso della procedura** per l'esecuzione del contratto che prosegue (Art. 270 c.6).
 - i crediti sorti **in occasione o in funzione della liquidazione** (con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno e ipoteca per la parte loro destinata) (art. 277 c.2).

Altri esempi di crediti prededucibili previsti in leggi speciali

- le spese di manutenzione ordinaria e straordinaria nonché per le innovazioni su **fabbricati condominiali** divenute esigibili dopo il fallimento di un condomino (art. 30 L. n. 220/2012)
mi pare peraltro che dette spese sarebbero comunque inquadrabili come spese della procedura per la gestione del bene del debitore ai sensi dell'art. 6, c.1, lett. d) CCII.
- l'equo indennizzo spettante ai titolari di diritti personali o reali di godimento su **beni sottoposti a confisca** definitiva (art. 52, comma 5, del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 - c.d. codice antimafia)
- **NOVITA'**: il compenso dell'esperto nel procedimento di **composizione negoziata della crisi** (art. 16 comma 11 D.L. 24.8.2021 n.118: *"Il compenso dell'esperto è prededucibile ai sensi dell'art. 111, secondo comma, l. fall."*). Il richiamo è alla l. fall. e non al CCII

Sono invece espressamente ESCLUSI dalla prededuzione:

- i **crediti professionali** per prestazioni rese su incarico conferito dal debitore durante le procedure di allerta e composizione assistita della crisi a soggetti diversi da OCRI o OCC (art. 221 c.3).
- il **25% dei crediti professionali** sorti in funzione della presentazione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione (il 100% dei compensi se l'accordo non è omologato o il concordato non è ammesso) (art. 221 c.1).
- l'**indennizzo** spettante alla controparte in caso di **scioglimento del contratto** nel concordato preventivo (art. 97 c.11) e all'affittuario o al concedente in caso di scioglimento del contratto di affitto dopo l'apertura della liquidazione giudiziale (art. 184)
- **finanziamenti anteriori autorizzati o in esecuzione del concordato se interviene la liquidazione e il ricorso o l'attestazione contengono dati falsi nella consapevolezza del terzo** (art. 99 c.6 e art. 101 c.2).
- 20% dei finanziamenti erogati dai soci ai sensi degli art. 99 e 101 (art. 102). Questo residuo sarà anzi **postergato** secondo la regola ordinaria di cui all'art. 2467 c.c. (relazione di accompagnamento al CCII).
- I crediti della controparte del contratto che prosegue **sorti prima** della procedura (art. 172)

E' stato **escluso** dalla prededuzione anche il **credito del subappaltatore nell'appalto pubblico**.

La giurisprudenza si era posta il dubbio se fosse qualificabile credito prededucibile il credito del subappaltatore in ragione del meccanismo delineato dall'**art. 118, comma 3 del Codice dei contratti pubblici** d. lgs. n. 163 del 2006 che consente alla stazione appaltante di sospendere i pagamenti in favore dell'appaltatore se il subappaltatore non è stato pagato.

La norma citata creerebbe una condizione di esigibilità del pagamento anche in caso di sopravvenuto fallimento dell'appaltatore, cosicché il soddisfacimento del subappaltatore diverrebbe essenziale al fine di consentire all'appaltatore (fallito) di ottenere il pagamento del proprio credito.

La tesi è stata **rifiutata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione** (Cass. sez. un. - 02/03/2020 n. 5685), che hanno affermato che la norma citata deve ritenersi riferita esclusivamente all'ipotesi in cui il rapporto di appalto sia in corso con un'impresa *in bonis*.

Quindi la norma non è applicabile quando il contratto di appalto si scioglie con la dichiarazione di fallimento. In tale ipotesi, infatti, al curatore fallimentare è dovuto dalla stazione appaltante il corrispettivo delle prestazioni eseguite fino all'intervenuto scioglimento del contratto e il subappaltatore deve essere considerato un creditore concorsuale dell'appaltatore come gli altri, da soddisfare nel rispetto della *par condicio creditorum* e dell'ordine delle cause di prelazione.

La giurisprudenza di merito si è adeguata: Tribunale Torino Sez. spec. Impresa, 22/12/2020, n.4678

CONSECUZIONE tra procedure concorsuali

Il secondo comma dell'art. 6 CCII prescrive che

“La prededucibilità permane anche nell'ambito delle successive procedure esecutive o concorsuali”.

La norma fa applicazione espressa, per i crediti prededucibili, del principio della consecuzione tra le procedure.

Il principio della *consecutio* tra procedure

- ha **origine giurisprudenziale**
- riguarda la regolamentazione degli effetti dovuti al passaggio da una procedura concorsuale ad un'altra.
- comporta che **le procedure che si susseguono sono considerate quali fasi di un'unica procedura: i relativi effetti retrodatano** alla data dell'avvio della precedente procedura (es. sospensione interessi, decorrenza revocatorie ecc.)
- **la prededuizione** sorta in una procedura **rimane** anche nella procedura che segue
*Il fenomeno della consecuzione funge da **elemento di congiunzione tra procedure distinte e consente di traslare dall'una all'altra procedura la precedenza procedimentale** in cui consiste la prededuizione (Cass. n. 15724/2019)*

Presupposti per la configurare la consecuzione tra procedure concorsuali

Vi è consecuzione tra procedure (secondo la giurisprudenza - Cass. n.15724/2019; Cass. 10106/2019; Cass. Civ. Sez. I, n.24056/2021; Cassazione civile sez. I, 13/09/2021, n.24632):

- tra procedure di **qualsiasi tipo** (concordato→fallimento, accordo di ristrutturazione→concordato (Cass. 10106/2019), ecc.). Aggiungo: composizione negoziata → fallimento; composizione negoziata → concordato semplificato

Nelle varie ipotesi di concordato non ammesso, non approvato, non omologato, revocato, e anche nella successione di più concordati ai quali segue il fallimento.

- anche se le due procedure non si susseguono immediatamente ma tra di esse decorre un certo lasso di tempo (uno **iato temporale**)
- siano volte a regolare una **coincidente situazione di dissesto** della stessa impresa (crisi o insolvenza)
- siano unite da un rapporto di **continuità causale e unità concettuale**
mentre ormai viene messa in secondo piano la vicinanza cronologica tra le procedure

“Occorre verificare, partendo dal dato cronologico per proseguire in una valutazione di carattere giuridico e/o economico, se l'imprenditore, nell'eventuale iato temporale fra le procedure susseguitesi fra loro, sia intervenuto attivamente nella gestione dell'impresa ed abbia variato la consistenza economica del suo stato di dissesto in maniera sostanziale, introducendo elementi di rilevante difformità rispetto alla situazione in precedenza apprezzata dagli organi giudiziari” (Tribunale sez. II - Milano, 21/11/2019)

Anche nel sovraindebitamento il **comma quinto dell'art. 12 della L. n.3/2012**, prevede espressamente che i crediti derivanti da finanziamenti effettuati in esecuzione o in funzione dell'accordo omologato **sono prededucibili nella susseguente procedura fallimentare**.

Si ha consecuzione anche tra la liquidazione del patrimonio di cui agli artt. 14 ter ss. L. 3/2012 e il successivo fallimento, stante la natura concorsuale della prima; quindi nel fallimento sono prededucibili i crediti sorti in occasione o in funzione della prima procedura (Tribunale Roma sez. fallimentare, 19/04/2021).

L'art. 6, comma secondo, CCII, afferma semplicemente che rimane la prededuzione **nella procedura successiva**, senza altre specificazioni o limiti.

La norma non parla di **consecuzione** tra procedure ma solo di **successione**.

Stando al dato letterale la norma sembra quindi prevedere la permanenza della prededuzione solo in base a un **criterio cronologico**.

Nella relazione di accompagnamento si afferma però che ***“Restano ferme le regole già vigenti riguardanti la prededucibilità dei crediti sorti durante le procedure concorsuali e la sua persistenza nelle procedure successivamente aperte”***.

Credo quindi che debbano rimanere comunque applicabili i presupposti elaborati dalla giurisprudenza nella vigenza della legge fallimentare.

Prededucibilità del credito del professionista nella consecuzione tra procedure

Il credito del professionista che assiste il debitore per la predisposizione della procedura concorsuale è un credito sorto in funzione della procedura (**ha il carattere di “strumentalità”**) e come tale – ai sensi della legge fallimentare (art 111 comma 2 l.f.) – viene ritenuto un credito prededucibile, anche nella successiva procedura.

La giurisprudenza ha elaborato i criteri e limiti entro i quali può essere riconosciuta la prededuzione (ma anche il diritto) al credito del professionista che ha assistito il debitore nella procedura di concordato:

- La prededuzione riconosciuta ai crediti dei professionisti che assistono il debitore introduce una eccezione alla *par condicio* che è volta a **favorire l'accesso** a forme di soluzione concordata della crisi
- **Non deve essere compiuta una valutazione ex post di “utilità in concreto”**, rispetto alla massa dei creditori (Cass. sez. I, 09/01/2020, n. 220: “Il credito del professionista che ha predisposto il ricorso per l'ammissione alla procedura concorsuale minore rientra tra i crediti sorti in “funzione” di quest'ultima procedura e va soddisfatto in prededuzione nel successivo fallimento, senza che debba essere accertato, con valutazione ex post, che la prestazione resa sia stata concretamente utile per la massa in ragione dei risultati raggiunti”).
- La prestazione deve essere stata **svolta con perizia e diligenza** secondo una valutazione ex ante
“La tutela dei creditori da eventuali situazioni di abuso - talora concretamente riscontrate nella prassi - va individuato nel necessario riscontro, ai fini del riconoscimento della prededuzione – ma anche della ammissione stessa del credito - del diligente adempimento della prestazione da parte del professionista. La assenza di funzionalità, dunque, va collegata alla inadeguatezza della perizia e diligenza applicate dal professionista, da accertare con riferimento al momento di compimento della prestazione, in relazione al modello legale di concordato, e non alla luce dell'esito della procedura” (Trib. Rimini, 12/11/2018 n. 12420).

Coerentemente:

- La prevedibilità può essere **esclusa in caso di emersione di atti in frode** di cui il professionista sia stato a conoscenza o di cui non abbia fatto menzione (Cass. sez. I 13596/2020; Cass. sez. I, n. 9027/2020)

Nel caso di prestazione resa dal professionista per la presentazione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione è emerso un **contrasto giurisprudenziale** sul riconoscimento della prededuzione nel caso che il **concordato non sia stato ammesso** o l'accordo non sia stato omologato.

La Cassazione sembrava aver definitivamente aderito alla tesi per cui **spetta la prededuzione** al credito del professionista che assiste il debitore anche in caso di non ammissione del concordato (pur con i contemperamenti circa la valutazione di idoneità astratta della prestazione secondo una valutazione ex ante) (Cass. sez. I, 10/10/2019, n. 25471; Cassazione civile sez. VI, 28/01/2021, n.1961).

Recentemente però due pronunce hanno **consapevolmente escluso la prededuzione** al credito del professionista perché la procedura minore non era stata aperta (Cass. civ. sez I, 15.1.2021 n.639; Cassazione civile, sez. I, 22 Febbraio 2021, n. 4710. Pres. Cristiano. Est. Amatore):

Ad avviso di questo collegio (pur consapevole dell'opinione difforme manifestata da Cass. n. 7974 del 2018 e Cass. n. 30204 del 2017), non può invece attribuirsi natura prevedibile al credito formatosi antecedentemente alla dichiarazione di fallimento, ove la procedura minore (nel caso di specie, quella di concordato preventivo) non sia stata aperta, per essere stata solo presentata una domanda di concordato dichiarata inammissibile ex art. 162 comma 2° I. fall. (sul punto vedi anche Cass. n. 25589/2015).

Il tema è stato quindi **rimesso alle Sezioni Unite** della Corte di Cassazione con ordinanza n. 10885 del 23.4.2021 (rel. Di Marzio), che ha formulato i seguenti quesiti per dirimere tutti gli aspetti della vicenda:

- i) se la disciplina della revocatoria dei pagamenti di crediti insorti a fronte della "prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali" condivide la medesima ratio che è posta a fondamento della prededuzione del credito dei professionisti che abbiano prestato la propria opera in vista dell'accesso alla procedura concordataria;
- ii) se debba essere ribadito che la prededuzione di detto credito non trova fondamento nel presupposto dell'occasionalità, ma in quelli della funzionalità e/o della espressa previsione legale;
- iii) se debba essere ribadito che il criterio della funzionalità va scrutinato ex ante, non considerando in alcuna misura l'utilità della prestazione del professionista;
- iv) se la previsione legale si riferisca al solo professionista attestatore o anche agli altri professionisti cui si è fatto cenno;
- v) se il preconcordato sia una fase di un'organica procedura o se la procedura di concordato preventivo, anche in caso di concordato in bianco, abbia inizio con il provvedimento di ammissione del tribunale;
- vi) se la prededuzione spetti anche in caso di procedura concordataria in bianco che non varca la soglia dell'ammissibilità ovvero in caso di revoca della proposta da parte del proponente;
- vii) se la prededuzione spetti al professionista che ha lavorato prima ancora del deposito della domanda di concordato;
- viii) se l'esigenza di contrastare il danno inferto ai creditori per effetto del depauperamento dell'attivo derivante da una gestione preconcordataria produttiva di debiti prededucibili **possa essere soddisfatta attraverso la verifica dell'esatto adempimento, e del carattere non abusivo e/o fraudatorio, della prestazione richiesta al professionista** in vista dell'accesso alla procedura concordataria.

L'ordinanza di rimessione sembra propendere per la soluzione meno rigorosa ma la risposta definitiva la esamineremo nel prossimo corso.

Il credito del professionista del debitore nel CCII

La decisione delle Sezioni Unite rispetto agli interessanti quesiti sopra elencati sarà probabilmente inutile se nel frattempo sarà entrato in vigore il **CCII, che disciplina invece con maggior precisione la prededuzione del professionista, prendendo espressamente posizione anche sui temi oggi controversi.**

A - Procedure di sovraindebitamento:

- Prededuzione piena ai compensi spettanti all'OCC (o all'OCRI)
- **Nessuna prededuzione** per il compenso del professionista che assista il debitore

Questa la spiegazione della norma contenuta nella **relazione di accompagnamento**:

Al fine di incentivare e valorizzare le procedure di allerta e composizione assistita della crisi (vera chiave di volta dell'intera riforma) la lettera a) del comma 1 esenta dalla suddetta limitazione i crediti per spese e compensi degli OCC e degli OCRI, mentre il comma 3 esclude radicalmente la prededucibilità dei crediti per prestazioni «parallele» rese da professionisti incaricati del debitore durante le procedure di allerta e composizione assistita della crisi. Si vuole così **rinforzare il ruolo degli organismi di composizione della crisi**, visti come soggetti qualificati di ausilio e supporto nei confronti dell'imprenditore che voglia regolare precocemente la crisi della propria impresa.

B - Concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione:

La prededuzione al credito del professionista che ha assistito il debitore nel concordato e negli accordi spetta - art. 6 lett. b) e c):

- nei limiti del 75% del compenso (**limite quantitativo**)
- solo se la procedura di concordato è aperta o l'accordo è omologato (**prestazione di risultato**)

La nuova disciplina reintroduce in sostanza la condizione che il legislatore aveva introdotto con la norma di interpretazione autentica di cui all'art. 11, comma 3 quater, D.L. 23 dicembre 2013 n. 145, che era stata immediatamente abrogata dall'articolo 22, comma 7, del D.l. 91/2014.

Il CCII prevede quindi una **drastica diminuzione della tutela** del professionista che si accinge ad assistere un debitore in difficoltà:

- nessuna tutela per chi assiste il sovraindebitato davanti a OCRI o OCC
- tutela parziale per chi predispose accordo di ristrutturazione o concordato preventivo, ma **condizionata al risultato**

In questo modo si rende – a mio avviso – **più difficoltoso al debitore l'accesso alle procedure** perché più difficilmente troverà un professionista che vorrà affrontare la gravosa attività richiesta, senza avere certezze sul proprio compenso.

Le norme citate sono volute dal legislatore comprensibilmente per limitare eccessi nelle parcelle e abusi nella proposizione di procedure infondate.

Ritengo però che i criteri adottati dalla giurisprudenza sulla valutazione della diligenza del professionista fosse già un giusto criterio per arginare eccessi e abusi.

La tutela del credito professionale rimane così affidata:

- al **privilegio** del professionista di cui all'art. 2751-bis n.2
- alla **non assoggettabilità a revocatoria dei pagamenti** fatti per servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali (art. 67, comma 3, lett. g) l. fall. e art. 166, comma 3, lett. g) CCII: non sono soggetti a revocatoria *“i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti dal debitore alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza previste dal presente codice”*).

Questo aspetto è stato espressamente considerato nell'ordinanza di rimessione sopra citata Cass. 10885/21 che ha rilevato come *“l'esclusione della revocatoria si presta ad essere intesa come l'altra faccia della prededuzione, giacchè l'una e l'altra disposizione mirano alla realizzazione del medesimo risultato pratico, consistente nell'assicurare al professionista il corrispettivo pattuito, vuoi che questi abbia ricevuto fin da subito quanto dovuto, vuoi che abbia invece, per così dire, lavorato "a credito"”*.

Tanto che nel primo quesito rivolto alle Sezioni Unite si chiede se l'esenzione dalla revocatoria abbia la medesima ratio del riconoscimento della prededuzione.

L'accertamento dei crediti prededucibili

L'art. 222 CCII, riproduce sostanzialmente il contenuto dell'art. 111-bis l.fall.

I crediti prededucibili devono essere accertati:

- nelle forme dell'**accertamento del passivo** fallimentare, come per tutti gli altri crediti (**artt. 200 e ss.**) anche con domanda ultra tardiva, ammissibile in relazione alla data di insorgenza del credito (Cass. n.17594/2019).
- fatte salve **due eccezioni**:
 - i **crediti non contestati** per collocazione e ammontare, anche se sorti durante l'esercizio dell'impresa del debitore
 - Sono **solo quelli della massa** (v. comma 3) sui quali il curatore non ha sollevato obiezioni e neppure vi sia stata contestazione da parte del G.D. nel momento in cui gli viene chiesta autorizzazione al pagamento. Se vi è contestazione, anche implicita, del curatore, il creditore dovrà proporre ricorso per ammissione al passivo.
 - Limitata possibilità di contestazione da parte dei creditori che non ne vengono a conoscenza e potrebbero solo impugnare l'autorizzazione del CdC o il pagamento del curatore (art. 133, 141 – 36 l. fall.)
 - i crediti sorti a seguito di provvedimenti di **liquidazione di compensi** dei soggetti nominati ai sensi dell'articolo 123
 - L'eventuale contestazione di questi ultimi crediti dovrà essere decisa con il procedimento di reclamo di cui all'articolo 124 (ex art. 26 l. fall.)

Il Pagamento dei crediti prededucibili

Nella liquidazione giudiziale (art. 222 CCII)

Possono essere **soddisfatti al di fuori del procedimento di riparto** i crediti prededucibili:

- sorti nel corso della procedura di liquidazione giudiziale
- liquidi
- esigibili
- non contestati per collocazione e per ammontare
o comunque accertati in via definitiva con procedimento contenzioso
- se l'attivo è **presumibilmente** sufficiente a soddisfare tutti i titolari di tali crediti.
L'avverbio “presumibilmente” chiede al curatore un difficile **giudizio prognostico** che gli impone di fatto di redigere un progetto di riparto provvisorio che tenga conto sia dell'attivo realizzato e realizzabile e sia degli oneri prededucibili maturati e maturandi.
D'altro canto il mancato pagamento in presenza delle condizioni di legge provoca un danno alla procedura perché sul credito non pagato **maturano interessi passivi**, oltre ad eventuali oneri per infondate difese giudiziali.
- il pagamento è **autorizzato** dal comitato dei creditori ovvero dal giudice delegato.
L'autorizzazione può essere chiesta all'uno o all'altro organo: se il CdC nega il consenso ci si può rivolgere al Giudice? In caso di diniego del Giudice si potrà proporre reclamo.

I crediti prededucibili:

- sorti prima della dichiarazione di fallimento
- o per cui non sussistono le condizioni sopra esaminate

devono essere pagati secondo le regoli comuni del riparto, come per gli altri creditori

Se l'attivo è insufficiente, la distribuzione deve avvenire **secondo i criteri della graduazione e della proporzionalità**, conformemente all'ordine assegnato dalla legge, tenendo cioè conto di eventuali cause di prelazione spettante ciascuno dei crediti in ragione della loro caratteristica.

Nell'amissione al passivo dei crediti prededucibili è quindi opportuno che il curatore nei indichi anche l'eventuale grado di privilegio, che opererà solo per la graduazione all'interno della categoria dei crediti prededucibili.

Nel concordato (art. 98 CCII) i crediti prededucibili devono essere soddisfatti durante la procedura alla scadenza prevista dalla legge o dal contratto

Rapporto tra crediti prededucibili e crediti ipotecari e pignoratizi

Art. 222 comma 2 CCII (111-bis, comma 3, l. fall.)

I crediti prededucibili vanno soddisfatti con il ricavato della liquidazione del patrimonio mobiliare e immobiliare

- per il capitale, gli interessi e le spese
- tenuto conto delle rispettive cause di prelazione,
- **con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti,**
- salvo il disposto dell'articolo 223.

La norma riproduce l'art. 111-bis, comma 3, l. fall. (che si trova anche nel secondo comma dell'art. 14 duodecies della l. n.3/2012), aggiungendovi il richiamo all'art. 223, cioè alla disciplina dei conti speciali.

La norma, nella sua **lettura letterale**, sembra escludere i crediti prededucibili dal riparto delle somme ricavate dalla vendita di beni ipotecati o pignoratizi.

Art. 224 CCII (111-quater l. fall.): 2. I crediti garantiti da ipoteca e pegno e quelli assistiti da privilegio speciale hanno diritto di prelazione per il capitale, le spese e gli interessi, nei limiti di cui agli articoli 153 e 154, sul prezzo ricavato dai beni vincolati alla loro garanzia.

L'art. 222 del CCII prevede invece un espresso **richiamo all'art. 223** sui conti speciali, che non vi è nell'art. 111-bis l. fall. ma che di fatto era stato già introdotto dalla giurisprudenza

Articolo 223 - Conti speciali (111-ter l. fall.)

- Massa liquida **attiva immobiliare** è costituita da:
 - le **somme ricavate dalla liquidazione** dei beni immobili (art. 812 c.c.) (comma 1)
 - **i frutti** derivanti dagli immobili
 - **le pertinenze** degli immobili
 - **la quota proporzionale di interessi** attivi liquidati sui depositi delle relative somme.
- Massa liquida **attiva mobiliare** è costituita (comma 2)
 - da **tutte le altre entrate**.

Il curatore deve tenere **un conto autonomo** delle vendite. Deve cioè fare conti separati per:

- i singoli beni immobili oggetto di privilegio speciale e di ipoteca
- i singoli beni mobili o gruppo di mobili oggetto di pegno e privilegio speciale

Il conto deve riportare **(Art. 223 c.3)**

- analitica indicazione delle entrate e delle uscite di carattere specifico riferite al singolo bene
- **la quota di quelle [entrate o uscite n.d.r.] di carattere generale imputabili a ciascun bene** o gruppo di beni **secondo un criterio proporzionale**.

La giurisprudenza coniuga dunque le due norme sopra citate per concludere che col ricavato dalla vendita di beni ipotecati **si devono pagare, nell'ordine.**

1. le spese prededucibili **specificamente sostenute** per la loro conservazione, amministrazione e liquidazione evidenziate nel conto speciale
Esempio: IMU, spese condominiali, compenso del perito e costi per la vendita del bene.
2. **un'aliquota** delle spese generali in quanto sostenute nell'interesse del credito garantito (cioè utili)
3. i crediti ipotecari
4. Ecc.

“In tema di ripartizione dell'attivo fallimentare, sul ricavato della vendita degli immobili gravati da garanzia reale (nella specie, ipotecaria) **vanno collocate in prededuzione** non solo le spese riconducibili alla conservazione e alla liquidazione del bene ipotecato ma anche **una quota parte del compenso del curatore, ottenuta ponendo a confronto l'attività svolta nell'interesse generale e quella esercitata nell'INTERESSE DEL CREDITORE GARANTITO**, ed infine **una porzione delle spese generali** della procedura, da determinarsi **in misura corrispondente all'accertata utilità delle stesse per il creditore garantito**, adottando, ove non sia possibile un'esatta valutazione dell'incidenza delle spese generali su quelle specifiche, il **criterio di proporzionalità**, la cui applicabilità è tuttavia **subordinata alla certezza dell'UTILITÀ di tali spese per il creditore garantito**”.

(Cass. civ., Sez. I, 12/05/2010, n. 11500)

Si deve notare che la giurisprudenza (ma oggi anche l'art. 223 c.3) prevede il pagamento anteriore di una quota **di spese generali e non di crediti prededucibili**, contemplando così una distinzione all'interno della categoria delle prededuzioni.

In questo senso il **Tribunale di Massa** del 06/10/2017, che però fa un passo avanti **superando il requisito dell'utilità e valorizzando invece il criterio proporzionale**:

- i creditori prededucibili devono essere soddisfatti in via prioritaria rispetto a tutti gli altri creditori con il ricavato della liquidazione del patrimonio mobiliare e immobiliare non gravato da garanzie reali, nel rispetto del criterio proporzionale, mentre **il ricavato della vendita dei beni muniti di garanzia reale è destinato ai creditori garantiti ed è acquisito alla massa fallimentare soltanto de residuo**;
- la regola va integrata con la disciplina dei Conti speciali con l'effetto che le **spese speciali** (es. spese di pubblicità, spese perito che ha effettuato la stima) e una quota delle **spese generali** (ad es. compenso curatore; spese per comunicazioni e notifiche) vanno quindi collocate **in anteposizione anche ai creditori con garanzia reale**;
- **La percentuale delle spese generali** dovrà essere calcolata secondo un criterio che rispecchi il **rapporto proporzionale** fra il valore dei beni immobili ipotecati **rispetto a quella della restante parte dei beni liquidati nell'ambito del fallimento** così che nel caso in cui l'attivo fallimentare sia costituito esclusivamente o comunque quasi esclusivamente dall'immobile gravato da garanzia reale, sarà il creditore ipotecario a "soportare" pressoché integralmente tutte le spese speciali e generali sorte nel corso della procedura;
- la prededucibilità in discorso è limitata **alle sole spese correlate all'amministrazione ed alla liquidazione** di tali beni, ovvero attinenti ad attività di amministrazione direttamente rivolte alla conservazione o all'incremento dei beni stessi o comunque **destinate a realizzare una SPECIFICA UTILITÀ ai creditori garantiti, e non riguarda tutti i creditori prededucibili.**

Rapporto tra prededuzione e creditori ipotecari nel SOVRAINDEBITAMENTO

L'art. 14-*duodecies* comma 2° L. n. 3/2012 dispone che “I crediti **sorti in occasione o in funzione della liquidazione** o di uno dei procedimenti di cui alla precedente sezione sono soddisfatti **con preferenza** rispetto agli altri, **con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca** per la parte destinata ai creditori garantiti”.

Anche l'art. Art. 13 c.4-bis dispone allo stesso modo.

Non vi è però una norma corrispondente agli art. 223 CCII e 111-ter l. fall.

Possibili conseguenti interpretazioni:

- **Non si applica l'art. 111-ter e quindi i crediti prededucibili non intaccano mai il ricavato dei beni ipotecati**
→ quindi se il patrimonio è costituito da solo immobili i crediti prededucibili, compreso l'occ, rimarrebbero totalmente insoddisfatti
 - Così **Trib. Rimini, 16.4.2021 Giud. F. Miconi**, che rileva il mancato richiamo nella L. 3/2021 di una norma come l'art. 111-ter l. Fall., norma eccezionale di deroga non suscettibile di interpretazione estensiva o analogica. Fallimento e procedure da sovraindebitamento hanno ambiti diversi, e rappresentano esigenze e situazioni obiettive differenti. La prevalenza dei compensi di Occ e del professionista rispetto al creditore ipotecario può esservi – secondo la tradizionale giurisprudenza – solo nei limiti dell'utilità da loro portata al creditore ipotecario; utilità che il Tribunale esclude nel caso della liquidazione del patrimonio (in quel caso il creditore aveva già pignorato l'immobile).

- **E' inammissibile la domanda di liquidazione** del patrimonio che non metta a disposizione somme sufficienti a coprire le spese necessarie per instaurarla e realizzarla (Così Trib. Alessandria 15.10.2016 cit. da R. Tarolli)
- **Applicazione analogica dell'art. 111-ter** perché considerata norma generalmente applicabile alle procedure concorsuali e le procedure di sovraindebitamento sono considerate un tipo di procedure concorsuali → si applicano i criteri distributivi elaborati per il fallimento

In questo senso, con riferimento alla liquidazione del patrimonio: **Trib. Como**, 18 dicembre 2019 – Giud. A. Petronzi; **Trib. Brescia** 18.1.2021 giud. A. Pernigotto; **Trib. Bari**, sez. IV, 3.6.2021 Giud. A. Napoliello; *“il liquidatore, secondo il sistema dei conti speciali, dovrà detrarre gli importi relativi alle cosiddette spese specifiche e a una quota delle spese generali (secondo il criterio di proporzionalità) e determinare così l'importo da attribuire in favore dell'eventuale creditore ipotecario fino a concorrenza del suo credito, mentre solo sull'eventuale esubero potranno soddisfarsi eventuali creditori prededucibili”*.

Anche in queste recenti sentenze non viene più menzionato il requisito dell'utilità per il creditore ipotecario ma rimane la distinzione tra spese generali e altri crediti prededucibili

Ma chi sono i “creditori garantiti”?

- solo i creditori ipotecari o pignoratizi?
oppure
- tutti i creditori che sull’immobile hanno un diritto di prelazione, **compreso quindi chi ha privilegio speciale?**
(alcuni dei quali hanno grado anteriore all’ipoteca o al pegno).

La norma in esame fa chiaro ed esclusiva riferimento al creditore ipotecario. Tuttavia non si può ritenere, per la necessaria coerenza del sistema, che il creditore munito di **privilegio speciale** sull’immobile di **grado anteriore all’ipoteca** possa finire postergato al creditore ipotecario.

Quindi, considerando la giurisprudenza sopra richiamata proporrei quest’**ordine di graduazione** rispetto alla distribuzione delle somme ricavate dalla vendita di un immobile ipotecato (lo stesso vale per un bene gravato da pegno):

1. Crediti prededucibili per spese “specifiche” (riferite a gestione e vendita dell’immobile ecc.)
2. **Quota delle spese generali** riferite alla gestione della procedura, da calcolare in proporzione alle rispettive masse realizzate (a prescindere dall’utilità per il creditore ipotecario)
(Vi è da chiedersi se queste due categorie debbano in realtà essere di pari grado)
3. Crediti con privilegio speciale di grado anteriore all’ipoteca secondo il loro ordine
4. Creditore ipotecario
5. **Altri crediti prededucibili** secondo l’ordine di prelazione
6. Altri crediti muniti di privilegio speciale sull’immobile di grado successivo all’ipoteca
7. Ecc.

Va menzionata una sentenza di merito che mi pare abbia più di altri approfondito tutti gli aspetti di questo tema, dandone una lettura più estesa e innovativa.

Secondo Tribunale di Trapani – giudice dott. Carlo S. Hamel, 27/12/2019:

- L'art. 111-bis c. 2 l. fall. (ora art. 222 c. 2 CCII) è rivolta **alle sole prededuzioni specifiche** di un singolo bene e vuole solo precisare che queste spese non possono essere pagate con quanto ricavato dalla vendita di altri beni gravati da garanzia ipotecaria ma solo con l'attivo ricavato dalla vendita degli specifici beni cui è stata rivolta la prestazione.
- **I debiti prededucibili generali potrebbero invece essere pagati andando ad intaccare anche la massa immobiliare gravata da garanzie reali, in base al criterio proporzionale.**
- Più precisamente anche i crediti assistiti da prelazione vanno assoggettati al pagamento di un'aliquota delle spese generali, desunta dal **rapporto percentuale tra le masse attive mobiliari ed immobiliari**, e ciò **a prescindere dall'utilità** effettivamente arrecata.
- **nessuna norma prevede il criterio dell'accertata utilità della spesa** per il creditore garantito, criterio prima utilizzato dalla giurisprudenza in mancanza di un preciso riferimento normativo sul punto
- il legislatore della riforma [del 2007 N.d.R.] ha, invece, disciplinato la questione dell'imputabilità di una parte delle spese generali anche ai crediti con diritto di prelazione, non recependo il criterio utilizzato dalla giurisprudenza nel vigore del testo pre-riforma, e prescrivendone uno nuovo, seppure anch'esso in subordine utilizzato nella prassi affermatasi nel vecchio rito, che è il **criterio proporzionale**
- la disposizione di cui all'art. 111-ter l. fall. **non distingue le prededuzioni “generali” in base al momento di insorgenza del credito (ante o post dichiarazione di fallimento)**, per cui il criterio proporzionale va applicato, nel determinare la quota di uscite generali da accollare all'ipotecario, **indifferentemente a tutti i crediti prededucibili non specifici**.

Secondo questa interpretazione dunque:

- l'art. 111-bis c.2 si riferisce alle sole prededuzione specifiche per vincolarne la soddisfazione al ricavato dal bene a cui si riferiscono
- non è più attuale alcuna distinzione **tra spese generali** della procedura utili al creditore ipotecario o pignoratizi e **crediti prededucibili**,
- **tutti i crediti prededucibili troveranno quindi sempre piena soddisfazione, anche a scapito dei creditori ipotecari**, applicando il criterio del **“rapporto proporzionale tra le masse”**

Ne deriva che la procedura che avesse – ad esempio – l'80% del ricavato derivante dalla vendita di un immobile ipotecato dovrebbe pagare con il ricavato dalla vendita dell'immobile oltre a tutte le prededuzioni specifiche anche l'80% degli altri crediti prededucibili, con preferenza rispetto al creditore ipotecario.

Un argomento a favore di questa tesi si può cercare nell'espresso **richiamo al “disposto dell'art. 223”** ora contenuto nell'art. 222 CCII, che sembra voler dar la precedenza al **criterio proporzionale** ivi specificato e così **superare il requisito della specifica utilità** per il creditore garantito.

Nella **relazione al CCII** si precisa in effetti che la modifica ha voluto provvedere **“a rendere esplicito il collegamento con l'art. 223 per quanto attiene all'incidenza dei debiti prededucibili sulle singole masse”**.

La relazione tratta in senso lato di crediti prededucibili e non di spese generali della procedura.

Applicando questa diversa interpretazione l'**ordine di graduazione** rispetto alla distribuzione delle somme ricavate dalla vendita di un immobile ipotecato (lo stesso vale per un bene gravato da pegno) sarebbe:

1. Crediti prededucibili per spese riferite a gestione e vendita dell'immobile
2. Una percentuale di **tutti gli altri crediti prededucibili** calcolata in proporzione al rapporto tra le diverse **masse** realizzate dalla procedura
(Vi è da chiedersi se queste due categorie debbano in realtà essere di pari grado)
3. Crediti con privilegio speciale anteriore all'ipoteca secondo il loro ordine
4. Creditore ipotecario
5. Altri crediti muniti di privilegio speciale sull'immobile di grado successivo all'ipoteca
6. Ecc.