

## Sovraindebitamento e prededucibilità del professionista.

### *Rassegna di giurisprudenza.*

Il principio secondo il quale, anche nel sovraindebitamento, i professionisti che hanno operato in funzione della procedura vadano in prededuzione può sembrare assolutamente scontato, soprattutto per chi è avvezzo alle sole procedure concorsuali maggiori.

E invece non lo è affatto in tema di procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento, che è la procedura concorsuale (minore) tarata sui soggetti non fallibili.

Il professionista (avvocato, commercialista, advisor) che si trova di fronte ad un caso assoggettabile a tale procedura ha davanti a sé due alternative: o percepire il proprio compenso al di fuori della procedura (con una modalità concorsualmente discutibile, ma che rappresenta ancora oggi buona parte dei casi) oppure confidare – appunto – nella prededuzione.

E se nelle procedure concorsuali maggiori prassi e giurisprudenza hanno contribuito al definitivo superamento del dettato normativo letterale, cristallizzando il noto principio della prededucibilità assoluta del professionista che ha operato in funzione della procedura, nel sovraindebitamento, procedura ancora acerba, questo lavoro è ancora in evoluzione; e pertanto, nella pratica, il professionista deve scontrarsi con il dettato normativo letterale che postone il soddisfacimento dei crediti predeucibili sorti in funzione della procedura al soddisfacimento dei creditori pignorati e ipotecari, sul ricavato della vendita dei beni pignorati e ipotecati.

Difatti, tanto l'art. 13 comma 4 bis, quanto l'art. 14 duodecies II comma della L. n. 3/2012 (legge sul sovraindebitamento), stabiliscono che *“i crediti sorti in occasione o in funzione... 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”*.

Naturalmente, nell'ambito dei crediti prededucibili sorti in occasione o in funzione della procedura, la legge sul sovraindebitamento non pone alcun distinguo tra i crediti dell'OCC e i crediti dei professionisti che hanno svolto attività in funzione della procedura.

Nonostante ciò, può accadere che, mentre i compensi del Gestore OCC (o professionista facente funzione) vengano posti “in automatico” in prededuzione assoluta, i compensi del professionista che ha operato in funzione della procedura possano essere ammessi in prededuzione, ma postergati ai creditori pignorati e ipotecari, oppure ammessi puramente al privilegio.

Difatti, ci è capitato di leggere, nel progetto di stato passivo di una liquidazione per sovraindebitamento milanese, che, pur essendo incontrovertibile che il professionista abbia assistito il sovraindebitato nel perfezionamento della procedura, egli vada ammesso in prededuzione, ma solo sulle disponibilità eccedenti il soddisfacimento dei creditori ipotecari (nel caso di specie, il creditore ipotecario banca avrebbe assorbito

l'intero attivo realizzato, lasciando così integralmente non onorati i compensi del professionista).

E' evidente, infatti, che la preoccupazione nasce in caso di attivo non solo insufficiente, ma integralmente devoluto ai creditori ipotecari e pignorati e quindi incapiente rispetto ai crediti prededucibili.

A tale forza, però, erano sfuggiti i compensi del Gestore OCC, ammessi invece in prededuzione assoluta, pur non essendo questi ultimi sottoposti ad un trattamento particolare nell'alveo dei crediti prededucibili.

L'esclusione del credito del professionista, per attività svolta in funzione della procedura, dalle prededuzioni assolute, per quanto possa esprimere un'apprezzabile cautela in una procedura di recente applicazione, si pone in contrasto con l'ordinamento generale in tema di trattamento del credito del professionista nelle procedure concorsuali.

Secondo la prassi e la giurisprudenza consolidata, l'art. 111 bis II comma L. F. va letto in ossequio al principio generale espresso dall'art. 111 I comma L.F., per cui i crediti prededucibili sono al primo posto nell'ordine di erogazione, per la distribuzione delle prededuzioni.

Ciò può avvenire anche nel caso in cui l'attivo sia costituito dal solo ricavato del bene immobile ipotecato: la provvista per farlo non può che essere presa dall'attivo disponibile, quale ne sia l'origine (appunto vendita del bene ipotecario), sempre che tali crediti siano da considerarsi quali "spese" nell'interesse generale della procedura.

In tema di fallimenti, la Corte di Cassazione ha stabilito che: *"il creditore titolare di ipoteca su un bene facente parte dell'attivo fallimentare è tenuto a sopportare le sole spese della procedura che si riferiscono al bene gravato, avendo riguardo sia a quelle specificamente sostenute per la sua gestione e liquidazione, sia a quelle generali riconducibili all'interesse e all'utilità anche potenziale del creditore garantito"* (Cassazione n. 4626/1999) e che: *"il creditore ipotecario deve sopportare, in parte anche lui, l'onere di quelle spese generali che occorrono per corrispondere il compenso spettante al curatore, posto il fatto che quest'ultimo procede ad attività di amministrazione e liquidazione riferibili anche ai beni ipotecati e finalizzate a consentire il soddisfacimento delle ragioni del medesimo creditore ipotecario, per non parlare della preventiva verifica ed ammissione, al passivo, del credito ipotecario, che egualmente richiede un'attività da parte del curatore ed è del pari indispensabile affinché il creditore possa partecipare al concorso e far valere il proprio diritto di prelazione sul ricavato dei beni soggetti ad ipoteca"* (Cassazione n. 5104/1997).

In senso conforme: *"in sede di ripartizione delle somme ricavate dalla vendita dei beni oggetto di ipoteca, i crediti ipotecari prevalgono sui crediti prededucibili... anche nel caso non vi siano beni diversi da quelli ipotecati, sul cui ricavo collocare utilmente detti crediti prededucibili, salvo che gli stessi si ricolleghino ad attività direttamente e specificamente rivolte ad incrementare o ad amministrare o a liquidare i beni ipotecati?"* (Cassazione n. 335/2004).

Da ciò deriva che il ricavato della liquidazione del bene oggetto di ipoteca spetta integralmente ai creditori ipotecari (fino alla concorrenza del proprio credito), salvo per la parte di debiti prededucibili sorti per la conservazione e amministrazione del bene, che andranno soddisfatti con preferenza rispetto ai crediti assistiti da garanzia.

Tornando al sovraindebitamento, abbiamo visto che l'art. 14 duodecies II comma della L. n. 3/2012 prevede che *“i crediti sorti in occasione o in funzione della liquidazione o di uno dei procedimenti di cui alla precedente sezione [accordo con i creditori e piano del consumatore, ndr]... 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?”*.

I crediti sorti in occasione o in funzione della procedura, ovvero i crediti prededucibili, sono da ricondursi, oltre ai crediti del Gestore OCC e dei professionisti facenti funzione OCC nominati dal tribunale, anche ai crediti dei professionisti (avvocati commercialisti, advisor), ancorché incaricati dal debitore, che abbiano svolto attività di assistenza e supporto alla procedura stessa.

E' parere unanime che la composizione della crisi del sovraindebitamento di cui alla L. n. 3/2012 sia procedura concorsuale alla pari delle altre procedure concorsuali “maggiori” (id est, concordato preventivo).

E difatti l'art. 14 duodecies II comma della L. n. 3/2012, stabilendo che la categoria dei crediti sorti in occasione o in funzione della procedura siano prededucibili, non fa altro che parafrasare l'art. 111 bis II comma della L. F., laddove *“i crediti prededucibili vanno soddisfatti per il capitale, le spese e gli interessi con il ricavato della liquidazione del patrimonio... con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno e ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti?”*.

Tuttavia, sappiamo che la lettera dell'art. 111 bis II comma della L.F. va letta in ossequio al principio generale espresso dall'art. 111 I comma della L.F., per cui i crediti prededucibili sono al primo posto nell'ordine di erogazione, per la distribuzione delle prededuzioni.

Se, per assurdo, dovessimo seguire l'interpretazione letterale dell'art. 14 duodecies II comma, nel caso in cui l'attivo sia costituito esclusivamente dalla somma ricavata dalla liquidazione del bene oggetto di ipoteca, e tale somma copra solo il credito ipotecario, nessun credito prededucibile potrebbe essere soddisfatto, nemmeno quello del Gestore OCC (!).

Pertanto, nel caso di ammissione del credito del Gestore OCC in prededuzione assoluta e ammissione del credito del professionista in prededuzione, ma posposto al credito ipotecario, vi sarebbe una disparità di trattamento tra il credito del Gestore OCC ed il credito del professionista, in quanto solo per quest'ultimo verrebbe applicato alla lettera l'art. 14 duodecies II comma, in dispregio della prassi generale in materia di crediti prededucibili nelle procedure concorsuali.

A ciò consegue una disparità di trattamento in violazione dell'art. 3 della Costituzione tra la soddisfazione dei crediti prededucibili nel sovraindebitamento e la soddisfazione dei crediti prededucibili nelle altre procedure concorsuali, laddove la prassi invalsa prevede il soddisfacimento in prededuzione assoluta dei crediti sorti in funzione della procedura (compresi i professionisti incaricati dal debitore che hanno svolto attività prodromica e funzionale), anche qualora il realizzo sia incapiente o di pertinenza dei creditori ipotecari e pignorati, attraverso eventuali technicality di derubricazione.

Pertanto è di tutta evidenza che le strade sono due:

- (i) **interpretazione letterale** dell'art. 14 duodecies II comma della L. n. 3/2012 sul sovraindebitamento, con conseguente insoddisfazione di tutti i crediti prededucibili, qualora l'attivo sia assorbito dal creditore ipotecario;
- (ii) **interpretazione analogica** dell'art. 14 duodecies II comma con gli artt. 111 e seguenti della L.F. e correlata prassi, con conseguente soddisfacimento di tutti i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura (Gestore OCC, Professionisti nominati dal Tribunale, Professionista incaricato dal debitore per la procedura), anche qualora l'attivo sia assorbito dal creditore ipotecario.

Avviandoci alle conclusioni, si evidenzia che la giurisprudenza, pur senza esprimere principi generali sull'argomento, che attestino definitivamente l'applicabilità della giurisprudenza e della prassi invalsa in materia di prededucibilità nelle procedure concorsuali anche al sovraindebitamento, dopo un primo periodo di incertezza, si sta mostrando favorevole all'ammissione in prededuzione dei crediti dei professionisti che hanno operato in funzione della procedura.

Si segnalano: Tribunale di Napoli 16.11.2017 (piano del consumatore), laddove si prevede l'integrale pagamento dei crediti in prededuzione, compresi quelli degli avvocati costituiti; Tribunale di Treviso 10.12.2015 (accordo con i creditori), laddove si indicano chiaramente tra i crediti prededucibili "spese sostenute per l'accesso alla procedura, di quelle di gestione e assistenza sostenute successivamente alla presentazione della domanda"; Tribunale di Pistoia 17.11.2014, laddove nella Classe 1, ovvero relativa ai crediti in prededuzione assoluta, vi sono anche i compensi dei "consulenti dei ricorrenti", ovvero avvocati e commercialisti.

Anche nelle Linee Guida pubblicate in materia di sovraindebitamento dalla Sezione Fallimentare del Tribunale di Cosenza 2017, nel capitolo dedicato alle spese prededucibili, si legge chiaramente "*Il Gestore della crisi, nominato dal Tribunale o da OCC, porrà in prededuzione - le spese del proprio compenso; - le spese per il legale ricorrente determinate ex art. 21 DM 55/2014; - le spese dell'eventuale commercialista ctp del debitore ex art. 27 del DM 140/2012*".

Secondo uno Studio dell'ODCEC di Pistoia, redatto dal Dott. Franco Michelotti: "*Occorre sottolineare che i crediti prededucibili previsti dalla norma sono tutti quelli funzionali alle procedure ora citate, per cui vi sono compresi non soltanto quelli dell'O.C.C. (e dei professionisti f.f. di O.C.C.) (del gestore o del liquidatore) sopra citati, ma anche quelli dei professionisti del debitore, come pure quelli non professionali, ma finanziari, che abbiano un rapporto causale con l'apertura delle procedure di composizione della crisi*".

Infine, si auspica che la prededucibilità dei compensi del professionista che abbia svolto attività in funzione della procedura da sovraindebitamento sia sempre ammessa in senso assoluto, al pari dei compensi dell'OCC, anche quando l'attivo risulti all'uopo incapiente, per assorbimento da parte del creditore privilegiato, mediante le prassi invalse nelle altre procedure concorsuali.

Milano, 16 aprile 2018

Avv. Francesca Monica Cocco.