

Il controllo istituzionale del commissario giudiziale

Michele Monteleone
e Diana Burroni

Anche se i tradizionali compiti di vigilanza non presentano significative modifiche, il ruolo in concreto potrebbe risultarne comunque modificato e ampliato perché differente è l'oggetto delle sue verifiche

Il ruolo del commissario giudiziale, quale soggetto che esercita il controllo istituzionale sulla procedura di concordato preventivo, a un primo e sommario esame del tenore letterale delle norme introdotte nel Codice della crisi e dell'insolvenza, parrebbe non essere stato significativamente modificato rispetto a quello disegnato dalla legge fallimentare; già la legge fallimentare, infatti, a seguito delle numerose modifiche introdotte a partire dall'anno 2005, aveva fortemente rafforzato e potenziato il ruolo del commissario giudiziale, non come mero ausiliario del giudice, ma come e vero proprio protagonista e "sentinella" del buon funzionamento della procedura.

Questa linea è certamente confermata, perché, come si vedrà, le norme sul commissario giudiziale, nella sostanza, ricalcano le omologhe già contenute nella legge attualmente vigente (con qualche eccezione che si avrà cura di rilevare).

Se però si procede a un esame

un po' più attento e "di insieme" del Codice, si ricava che il commissario risulta ulteriormente "responsabilizzato", al pari di tutti gli altri soggetti che operano nell'ambito della crisi.

Il commissario giudiziale nel nuovo Codice

Dall'esame complessivo delle novità introdotte con il Codice, infatti, traspare la volontà o quanto meno l'ambizione del legislatore di sollecitare un vero e proprio mutamento culturale nel mondo della crisi e dell'insolvenza. Un mutamento culturale che, da un lato, definitivamente spazza via dall'ordinamento il portato stigmatizzante che si è tradizionalmente accompagnato al concetto di "fallimento" (espressione che, come noto, viene eliminata e sostituita con "liquidazione giudiziale"), per fare spazio al convincimento che la crisi e l'insolvenza – soprattutto in un mondo complesso come il nostro – possono ben essere fasi della vita della impresa: questo approccio, tutto sommato, aveva già cominciato a farsi strada a

partire dalle modifiche introdotte in materia di concordato dal 2005 in poi.

Un mutamento culturale, che, dall'altro lato e come contraltare, comporta che tutti i soggetti che a vario titolo possono essere coinvolti nel fenomeno della crisi di impresa facciano con rigore e responsabilità la "loro parte", sul presupposto condiviso e condivisibile che una impresa "malata" va tolta dal mercato, perché la sua malattia spiega effetti negativi sulla collettività, mentre una impresa sostanzialmente sana (o con residua apprezzabile vitalità) va conservata e aiutata a reinserirsi nel contesto economico, poiché la sua conservazione porta beneficio anche alla collettività.

Non è casuale che tra i principi generali, illustrati in apertura del Codice, il legislatore abbia valutato opportuno delineare espressamente gli "obblighi" delle parti e cioè:

- › il dovere del debitore di "adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative per farvi

fronte”, dotandosi all'uopo di assetti organizzativi adeguati (articolo 3);

- › il dovere del debitore e dei soggetti con cui egli si interfaccia nella gestione della crisi di comportarsi secondo correttezza e buona fede (articolo 4);
- › i doveri delle autorità preposte (articolo 5).

A ciò si accompagnano precise previsioni che impongono nuovi obblighi di rilevazione e segnalazione della crisi agli organi sociali, sul versante dell'imprenditore, ovvero a determinate categorie di creditori (per esempio il fisco), con correlate misure premiali o sanzionatorie in caso di adempimento/inadempimento dei nuovi obblighi.

Nella procedura di concordato preventivo questo approccio si traduce, per esempio, nella previsione di più rigorosi presupposti di accesso alla procedura, le cui finalità sono espressamente codificate (articoli 84-85), nonché di contenuti più analitici del piano e di più pressanti obblighi di *disclosure* (articolo 87), ovvero ancora nella introduzione di specifiche sanzioni ove la condotta del debitore e dei terzi sia stata caratterizzata da mala fede (per esempio articolo 99, comma 6).

In un simile contesto, allora, se anche le norme che riguardano il commissario giudiziale non presentano significative modifiche rispetto ai suoi tradizionali compiti di vigilanza (oltre che di consulenza e informazione), il ruolo in concreto potrebbe risultarne comunque modificato e ampliato perché differente è

l'oggetto delle sue verifiche, avuto riguardo ai nuovi obblighi posti a carico del debitore e degli altri soggetti che intervengono nella procedura di concordato.

Il contesto del concordato preventivo riformato

Il Codice ha rivisitato l'intera disciplina concorsuale per alcuni aspetti innovando completamente la materia (come nel caso della opportuna introduzione della fase preventiva di “allerta” finalizzata alla emersione precoce della crisi d'impresa e a una sua risoluzione assistita), per altri aspetti recependo le prassi e i più recenti orientamenti giurisprudenziali, al fine proprio di, consentire una diagnosi precoce dello stato di difficoltà delle imprese, per salvaguardarne la capacità imprenditoriale temperando l'interesse dei creditori con l'esclusione dell'impresa dal mercato. Impellente, infatti, è stata la necessità di evitare la dispersione del *know how* e dei livelli occupazionali, di adottare un unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore e di soddisfare, infine, «l'esigenza di certezza» del diritto migliorando «l'efficienza del sistema economico in modo da renderlo più competitivo anche nel confronto internazionale» (cfr. la relazione illustrativa al Codice).

Tra le procedure concorsuali oggetto di rimodulazione nel nuovo Codice, un posto di rilievo spetta al concordato preventivo, istituito – per certo più funzionale tra quelli previsti nell'ordinamento vigente in materia di procedure concorsuali – oggetto, nel corso della lunga

stagione delle riforme della legge fallimentare inaugurata a partire dal Dl 35/2005, di numerose integrazioni e revisioni, talvolta contraddittorie tra loro, che spesso hanno determinato difficoltà applicative. Si è trattato, invero, di interventi non sempre coerenti, in quanto caratterizzati dalla alterna esaltazione della negoziabilità (e quindi dell'interesse del debitore a regolare liberamente la propria crisi e/o insolvenza) e, allo stesso tempo, dalla innegabile necessità di provvedere alla tutela del diritto di credito. Tanto ha determinato, stante la concorrente e ricorrente difficoltà applicativa, la formazione di indirizzi giurisprudenziali ondivaghi e non consolidati, il cui superamento è la meta a cui ha teso il legislatore sin dagli albori della legge delega (cfr. Busani A., Guiotto A., *Ok al concordato se copre il 20% dei debiti chirografari. Compensi dei professionisti parametrati ad attivo e passivo aziendale*, “Il Sole 24 Ore” 1° novembre 2017).

Rimasta inalterata la natura della procedura concorsuale giudiziale a carattere “volontario”, l'accesso al concordato preventivo è disciplinato dall'articolo 44 Cci, disposizione che, nell'ambito del cosiddetto procedimento uniforme, trova applicazione sia quando l'iniziativa sia stata assunta dal debitore, sia qualora il debitore, destinatario di una domanda di liquidazione giudiziale, nel costituirsi in giudizio non si sia limitato a chiedere di respingere tale richiesta bensì abbia fatto istanza per regolare da sé la propria crisi o insolvenza con il concordato preventivo. La disposizione

normativa disciplina sia l'ipotesi di domanda di concordato con riserva in cui il ricorso sia diretto a ottenere unicamente l'assegnazione dei termini per il deposito del piano, della proposta e dei documenti elencati dall'articolo 39, tanto l'ipotesi in cui il debitore depositi una domanda "completa" consolidati (cfr. Nardecchia G.B., *Nel concordato preventivo al giudice il test di fattibilità. Dall'allerta alla liquidazione giudiziale*, "Il Sole 24 Ore" 23 gennaio 2019).

Tale istituto può "muoversi in molte direzioni": dalla liquidazione (aggregata o anche atomistica dei beni) in via residuale, alla conservazione della gestione dell'impresa in capo allo stesso debitore e al suo risanamento (con il connesso mantenimento dei livelli occupazionali); la sua funzione precipua, tuttavia, resta sempre il miglior soddisfacimento del ceto creditorio, interesse costantemente tutelato dal legislatore e più volte richiamato nell'ambito della disciplina a esso riservata a cominciare dall'articolo 84 Cci laddove sono indicate le finalità del concordato preventivo. Il tenore della previsione chiarisce, anzitutto, che anche nella nuova legge l'interesse dei creditori continua a rappresentare la *stella polare* cui il legislatore guarda nel disciplinare la soluzione concordata della crisi, pertanto altri interessi possono essere realizzati, ma solo se e in quanto risultino compatibili con quello dei creditori e non già ove si pongano in contrasto con esso (cfr. Ambrosini S., *Il nuovo concordato preventivo: "finalità", "presupposti" e controllo sulla*

fattibilità del piano (con qualche considerazione di carattere generale), www.ilcaso.it).

Non va sottaciuta la dirimente novità, che va salutata con estremo favore, della definitiva consacrazione della continuità "indiretta" (pomo della discordia a far data dall'entrata in vigore dell'articolo 186 bis legge fallimentare), oltretutto alla residuale previsione di cui al 4 comma dell'articolo 84 Cci, del concordato liquidatorio esclusivamente con apporto di risorse esterne.

Il nuovo Codice, così, raccogliendo anche le insistenti spinte della dottrina e della giurisprudenza volti a tutelare l'interesse dell'imprenditore in stato di crisi, opportunamente «manifesta, un evidente apprezzamento per il concordato con continuità aziendale, per una soluzione della crisi che consenta la salvaguardia dell'azienda e la tutela dei posti di lavoro e una chiara avversione per soluzioni concordatarie meramente liquidatorie» (Nardecchia, op. cit.), ipotesi queste ultime limitate al caso in cui si amplino in maniera significativa le prospettive di soddisfacimento dei creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, in presenza di un sostanzioso contributo esterno al patrimonio dell'impresa che garantisca un apprezzabile soddisfacimento dei creditori chirografari. «La salvaguardia dell'azienda è favorita con l'ampliamento dell'ambito di applicazione del concordato con continuità aziendale indiretta, caratterizzato dalla prosecuzione dell'attività in capo a un altro

imprenditore in forza di cessione o conferimento d'azienda. Concordato che può ora essere preceduto da affitto, stipulato anche anteriormente purché in funzione della presentazione del ricorso. La tutela dei posti di lavoro con l'imposizione dell'obbligo, sempre nell'ipotesi di continuità indiretta, del mantenimento o della riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione. Precetto quest'ultimo privo di reale efficacia dato che il suo mancato rispetto non potrebbe da solo determinare la risoluzione del concordato. Tutela evidente anche nel concordato misto dove la disciplina di favore della continuità si applicherà anche al piano di concordato che preveda la continuità aziendale e nel contempo la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa, a condizione che possa ritenersi, a seguito di una valutazione in concreto del piano, che i creditori vengano soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale, ivi compresa la cessione del magazzino» (Nardecchia, op. cit.).

Tuttavia, nell'ottica di evitare il rischio di un abuso del diritto da parte di un "imprenditore non meritevole" (che antepone i propri interessi a quelli dei creditori, possa "sfruttare" i benefici connessi a tale istituto) entra in gioco il **commissario giudiziale**, quale "paladino regale" del controllo di legalità,

il quale, attraverso una costante e puntuale attività di vigilanza, di analisi dei documenti contabili, di valutazione della proposta del debitore e di informazione agli altri organi della procedura e ai creditori, garantisce il corretto ed efficiente andamento della stessa.

Il Codice, ponendosi in continuità con il passato, tratteggia all'articolo 92 le nuove linee essenziali di tale organo, non più considerato come un mero ausiliario del giudice delegato, bensì una **figura necessaria**, a partire dall'apertura del concordato preventivo (anche "con riserva" così come concepito dall'articolo 44 Cci) fino alla sua omologazione, pur restando – diversamente dalla procedura di liquidazione giudiziale – l'amministrazione dell'impresa in capo al debitore.

L'istituzione dell'albo degli incaricati dall'autorità giudiziaria nelle funzioni di gestione e del

controllo delle procedure (le cui modalità di funzionamento sono demandate all'adozione di un decreto ministeriale da adottarsi entro il 1° marzo 2020), contemplata dall'articolo 356 Cci, in combinato disposto con l'articolo 358 Cci (requisiti per la nomina agli incarichi nelle procedure), intende consegnare agli addetti ai lavori, una figura di professionista particolarmente qualificata sotto un profilo tecnico, etico e deontologico, oggi sempre più indispensabile per la direzione e il governo delle procedure concorsuali.

Dal punto di vista più squisitamente definitorio la figura del commissario giudiziale è delineata all'articolo 92 senza particolari modificazioni rispetto alla previgente disciplina, contenuta all'articolo 165 legge fallimentare per come riformato nel 2015: egli è dunque pubblico ufficiale e gli si applicano le

disposizioni dettate in materia di accettazione dell'incarico (articolo 126, cui dunque si correla il regime di incompatibilità introdotto dal Dlgs 54/2018), di reclamo contro gli atti e le omissioni del curatore (articolo 133), di revoca del curatore (articolo 134) e responsabilità del curatore (articolo 136), nonché le disposizioni sul compenso del curatore (articolo 137), in quanto compatibili.

In effetti la norma non esaurisce affatto tutte le prerogative e i compiti del commissario giudiziale (che possono essere sintetizzati in termini di vigilanza, consulenza e informazione), che dunque andranno ricavati dalla disciplina nel suo complesso, avuto riguardo ai momenti – nelle varie fasi in cui si articola il procedimento – in cui è previsto l'intervento di questo importante organo.

COMMISSARIO GIUDIZIALE: DISCIPLINE A CONFRONTO

Articolo 92 del Codice

1. Il commissario giudiziale è, per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni, pubblico ufficiale.
2. Si applicano al commissario giudiziale gli articoli 126, 133, 134, 136 e 137, in quanto compatibili, nonché le disposizioni di cui agli articoli 35, comma 4 bis, e 35.1 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; si osservano altresì le disposizioni di cui all'articolo 35.2 del predetto decreto
3. Il commissario giudiziale fornisce ai creditori che ne fanno richiesta, valutata la congruità della stessa e previa assunzione di opportuni obblighi di riservatezza, le informazioni utili per la presentazione di proposte concorrenti, sulla base delle scritture contabili e fiscali obbligatorie del debitore, nonché ogni altra informazione rilevante in suo possesso.
4. La disciplina di cui al comma 3 si applica anche in caso di richieste, da parte di creditori o di terzi, di informazioni utili per la presentazione di offerte concorrenti.
5. Il commissario giudiziale comunica senza ritardo al pubblico ministero i fatti che possono interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale e dei quali viene a conoscenza nello svolgimento delle sue funzioni.

Articolo 165 della legge fallimentare

1. Il commissario giudiziale è, per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni, pubblico ufficiale.
2. Si applicano al commissario giudiziale gli articoli 36, 37, 38 e 39.
3. Il commissario giudiziale fornisce ai creditori che ne fanno richiesta, valutata la congruità della richiesta medesima e previa assunzione di opportuni obblighi di riservatezza, le informazioni utili per la presentazione di proposte concorrenti, sulla base delle scritture contabili e fiscali obbligatorie del debitore, nonché ogni altra informazione rilevante in suo possesso. In ogni caso si applica il divieto di cui all'articolo 124, comma primo, ultimo periodo.
4. La disciplina di cui al terzo comma si applica anche in caso di richieste, da parte di creditori o di terzi, di informazioni utili per la presentazione di offerte ai sensi dell'articolo 163 bis.
5. Il commissario giudiziale comunica senza ritardo al pubblico ministero i fatti che possono interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale e dei quali viene a conoscenza nello svolgimento delle sue funzioni.

Il controllo nel pre-concordato Nomina obbligatoria

Come noto, nell'intento di fronteggiare la grave crisi economica per il tramite delle soluzioni concordatarie, già il Dl 83/2012 aveva previsto, con l'introduzione dell'articolo 161, comma 6 legge fallimentare, la possibilità di anticipare gli effetti protettivi del patrimonio dell'imprenditore anteriormente all'ammissione alla procedura e anche in assenza del deposito della documentazione completa prevista dall'articolo 161, commi 2-3 (vale a dire della proposta e del piano). Il legislatore aveva così ideato il **concordato "con riserva"** di produzione della

documentazione (poi variamente definito nella prassi concordato "in bianco" o "prenotativo"): si tratta di un'istanza dal contenuto anche molto sintetico e con un corredo documentale minimo, rappresentato dai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e dall'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, comunque idonea a determinare l'apertura della procedura e a produrre, a seguito della pubblicazione del decreto stesso al registro delle imprese, gli effetti protettivi propri del concordato preventivo (per esempio divieto di azioni esecutive individuali, inefficacia delle garanzie concesse nei novanta giorni antecedenti l'apertura della procedura).

Verificate nella prassi condotte abusive da parte del debitore, già nella vigenza della legge fallimentare, si era avvertita la necessità di introdurre la possibilità di nomina del commissario giudiziale sin dalla

fase prenotativa (previsione introdotta con l'articolo 82 Dl 69/2013, convertito con modificazioni dalla legge 98/2013). Nei casi di nomina, al commissario giudiziale era affidato il compito di monitorare che il debitore non ponesse in essere condotte vietate dall'articolo 173 legge fallimentare (con obbligo di attivazione, da parte sua, in caso contrario del procedimento per l'arresto della procedura), fornire il proprio parere nei casi di formulazione da parte del debitore di istanze autorizzative per il compimento di atti urgenti, vigilare il puntuale assolvimento degli obblighi informativi periodici imposti dal tribunale, in ogni caso porre in essere la vigilanza necessaria per essere in grado di riferire al tribunale fatti rilevanti per l'adozione degli opportuni provvedimenti «quando risulta che l'attività compiuta dal debitore è manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano» (articolo 161, comma 8 legge fallimentare).

Nella prassi, la giurisprudenza maggioritaria era già giunta a una forma di automatismo nella **nomina del cd. pre-commissario**, restando l'ipotesi contraria del tutto residuale e limitata ai casi in cui il debitore avesse una impresa "statica", cioè caratterizzata da una attività ormai marginale o comunque inidonea a generare debiti in corso di procedura (è il caso, per esempio, delle società già in liquidazione ovvero delle holding di partecipazioni), ovvero quando fosse già documentato dal debitore con sufficiente livello di precisione che la domanda

prenotativa era funzionale al deposito di una domanda di omologa di accordi di ristrutturazione.

L'articolo 44 Cci contempla come **obbligatoria** la nomina del commissario giudiziale:

- › quando si sia in presenza di una domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo (articolo 44, comma 1, lettera b);
- › nel caso in cui la domanda finalizzata alla successiva presentazione di una domanda di omologa di accordi di ristrutturazione sia stata effettuata in pendenza di domande per l'apertura della liquidazione giudiziale.

Funzione di vigilanza: l'oggetto di indagine

Non dissimili, nella sostanza, appaiono in linea di massima i compiti affidati al commissario giudiziale in questa fase nella legge fallimentare e nel Codice, nel triplice ambito operativo in cui essi si dispiegano: vigilanza, consulenza e informazione.

Focalizzando l'attenzione sulla funzione di vigilanza (poiché questa è la visuale che precipuamente è oggetto di indagine) vi è solo da comprendere e mettere a fuoco:

- › da un lato, se le linee di indirizzo complessive che permeano il Codice (e cui si è fatto cenno nella parte introduttiva del presente contributo) debbano indurre l'organo di controllo a maggiore rigore rispetto al passato;
- › dall'altro lato, se – come pare inevitabile – la previsione di nuovi e più articolati obblighi a

carico del debitore in sede di presentazione della domanda di concordato di fatto finisca per ampliare l'oggetto di indagine e di controllo da parte dell'organo istituzionale di vigilanza.

Con specifico riferimento alla fase prenotativa, la funzione di vigilanza, cui sono collegati precisi obblighi di segnalazione (al tribunale e al pubblico ministero), è contemplata in diversi passaggi dell'articolo 44 Cci e ha a oggetto:

- › «ogni atto di frode ai creditori non dichiarato nella domanda» e «ogni circostanza o condotta del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi» (articolo 44, comma 1, lettera b);
- › la verifica del rispetto nei termini dell'assolvimento degli obblighi informativi periodici, in merito «alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano», nonché «sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria» corrente;
- › la verifica del deposito delle spese di giustizia (articolo 44, lettera d).

Il quadro si arricchisce con la previsione dell'articolo 55, comma 4 che onera il commissario di attivare il **meccanismo di revoca o modifica delle misure protettive** concesse ai sensi dell'articolo 54. Sul punto è doveroso ricordare che, ai fini della inevitabile armonizzazione con la normativa di emanazione europea, la disciplina degli effetti protettivi sul patrimonio del debitore nel Codice è

radicalmente modificata. Tradizionalmente, infatti, siamo abituati a ricollegare alla semplice pubblicazione della domanda di concordato (ovvero della domanda prenotativa che l'abbia preceduta) gli effetti protettivi tipici della procedura concorsuale: primo tra tutti il divieto di azioni esecutive individuali (e l'improcedibilità di quelle eventualmente pendenti). Nel nuovo sistema gli effetti protettivi sul patrimonio del debitore:

- › non si producono in forma automatica, poiché è necessario che il debitore faccia espressa richiesta delle misure protettive nella propria domanda e che il tribunale le disponga;

Effetti protettivi

Ai sensi dell'articolo 54, comma 2, in presenza di apposita domanda, gli effetti protettivi si producono «dalla data della pubblicazione della medesima domanda nel registro delle imprese, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio. Dalla stessa data le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano», con il che parrebbe di comprendere che, in presenza di domanda, la produzione degli effetti protettivi sia "obbligata" e con effetto che retroagisce al momento della domanda

- › hanno una durata limitata nel tempo;
- › possono venire meno in corso di procedura.

Ed è proprio con riguardo a tale ultimo profilo che si configura un nuovo, e certo inedito, ambito di controllo da parte del commissario giudiziale cui è

attribuito il potere di sollecitare la revoca o la modifica delle misure protettive. La novità ha portata abbastanza dirompente nel nostro sistema, nel quale la procedura "concorsuale" è tradizionalmente intesa come una procedura esecutiva collettiva, che tiene luogo delle procedure esecutive individuali, poiché il patrimonio del debitore è destinato al soddisfacimento della totalità dei creditori nel rispetto della *par condicio creditorum* (sia pure appannata per effetto di molteplici novità introdotte nel corso degli ultimi cinque lustri, con l'introduzione delle classi ovvero delle regole che consentono il pagamento di debiti pregressi): non è dunque semplice riuscire a immaginare quali possano essere le ragioni (diverse da quelle che impongano in generale l'arresto della procedura, ai sensi dell'articolo 106, che prende il posto dell'articolo 173 legge fallimentare, su cui ci si soffermerà qui appresso) che giustificano la modificazione o la revoca di misure protettive sul patrimonio del debitore.

Potere di provocare l'arresto della procedura

Il catalogo delle norme che contemplano poteri di vigilanza (e di intervento) del commissario giudiziale si completa con la previsione dell'articolo 106 (che equivale all'articolo 173 legge fallimentare), che onera il commissario giudiziale di verificare (evidentemente anche nella fase prenotativa, sia pure avuto riguardo alle attività che incombono sul debitore in tale fase):

- › che il debitore non compia «atti

di frode» ovvero «atti non autorizzati o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori»;

- › se in qualunque momento vengono a mancare le condizioni previste per l'apertura del concordato dagli articoli 84-88 Cci.
- Se si eccettua la norma concernente le misure protettive (che effettivamente ha una portata di assoluta novità), al di là della differente formulazione lessicale (e della diversa collocazione sistematica) delle previsioni in discussione, non sembra di essere in presenza di novità così dirompenti, nella misura in cui:
- › l'articolo 161, comma 6 legge fallimentare (per come integrato dal Dl 69/2013, convertito con modificazioni dalla legge 98/2013) già contemplava una che «il commissario giudiziale, quando accerta che il debitore ha posto in essere una delle condotte previste dall'articolo 173, deve riferirne immediatamente al tribunale»;
 - › l'articolo 161, comma 8 (sempre nella versione introdotta dal Dl 69/2013, convertito con modificazioni dalla legge 98/2013), prevedeva l'assolvimento di obblighi informativi periodici sotto la vigilanza del commissario giudiziale e la possibilità di arresto della procedura (per vero anche d'ufficio ma molto più frequentemente su segnalazione dell'organo di controllo) «quando risulta che l'attività compiuta dal debitore è manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano».

Vi è in concreto da comprendere (ciò che per vero alimentava un dibattito già prima della promulgazione del Codice) se, a fronte di una domanda prenotativa – il cui contenuto minimo non è analiticamente disciplinato – debba essere considerata condotta rilevante ai fini della attivazione dell'articolo 106 la mancata ovvero insufficiente *disclosure* in merito alle cause della crisi e, specificamente, a condotte che possano essere qualificate come atti di frode posti in essere prima dell'accesso alla procedura concorsuale minore: a chi scrive pare che, ferma restando la necessità di *disclosure* totale in sede di domanda “piena” di concordato, nella fase prenotativa l'iniziativa per l'arresto della procedura debba essere limitata alle sole condotte poste in essere (o i cui effetti si siano manifestati) successivamente all'accesso alla procedura ovvero a quelle situazioni che rendono evidente la impossibilità/inutilità della coltivazione della procedura medesima.

Posto che esula dall'oggetto specifico di questo articolo (che per l'appunto è focalizzato sulla funzione di controllo istituzionale del commissario giudiziale), solo un cenno pare opportuno effettuare a proposito del fatto che, essendo oggi codificata la possibilità di anticipare alla fase prenotativa molteplici accadimenti (per esempio offerte concorrenti, articolo 61, comma 11; sospensione contratti pendenti, articolo 97, comma 7) risulta ovviamente ampliata la gamma delle attività del commissario giudiziale già in questa fase,

anche avuto riguardo alle sue funzioni consultive (rilascio pareri) ovvero informative: tutto ciò, peraltro, in maniera coerente con quanto avveniva nella prassi, in vigenza della legge fallimentare.

Il controllo in relazione ai cd. “atti di frode” Legge fallimentare e Codice a confronto

I poteri e doveri del commissario giudiziale variano in considerazione del momento nel quale lo stesso è chiamato a operare nel corso della procedura, sotto l'egida direttrice, come visto, dell'articolo 92 Cci, che, con la tecnica del richiamo, rinvia alle norme proprie del curatore «*in quanto applicabili*» al commissario giudiziale, dovendosi escludere, certamente, l'operatività di quelle norme che presuppongano per quest'organo un'attività di amministrazione simile a quella del curatore.

Il commissario giudiziale, quale pubblico ufficiale, deve adempiere con diligenza ai doveri del proprio ufficio e, quindi, la sua responsabilità può collegarsi a un qualsiasi comportamento commissivo od omissivo che si traduca in un'inosservanza di tali doveri in relazione all'esatto adempimento dei precetti del piano concordatario così come “confezionato” dal debitore.

Tradizionalmente, le funzioni del commissario giudiziale, originariamente suddivise secondo le tre direttrici di marcia, permangono identiche a un'attenta lettura dei precetti normativi del nuovo Codice: «*vigilanza*», «*consultazione*»

COMMISSARIO GIUDIZIALE: DISCIPLINE A CONFRONTO**Articolo 106 del Codice****Atti di frode e apertura della liquidazione giudiziale in corso di procedura**

1. Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omissivo di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, che provvede ai sensi dell'articolo 49, comma 2, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori. La comunicazione ai creditori è eseguita dal commissario giudiziale.
2. Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche quando il debitore compie atti non autorizzati o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'apertura del concordato previste agli articoli da 84 a 88.
3. All'esito del procedimento, il tribunale, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, apre la procedura di liquidazione giudiziale dei beni del debitore.

Articolo 173 della legge fallimentare**Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione del fallimento nel corso della procedura**

1. Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omissivo di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori. La comunicazione ai creditori è eseguita dal commissario giudiziale a mezzo posta elettronica certificata ai sensi dell'articolo 171, secondo comma.
2. All'esito del procedimento, che si svolge nelle forme di cui all'articolo 15, il tribunale provvede con decreto e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza, reclamabile a norma dell'articolo 18.
3. Le disposizioni di cui al secondo comma si applicano anche se il debitore durante la procedura di concordato compie atti non autorizzati a norma dell'articolo 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato.

(mediante l'assunzione di pareri) e «informazione o segnalazione» (agli organi della procedura, ad altri organi giudiziari o ad altri soggetti, fra i quali soprattutto i creditori) (Monteleone M., *Commissario e liquidatore giudiziale*, Milano 2018).

L'articolo 173 legge fallimentare, ben noto a tutti gli operatori in campo concorsuale, rappresenta norma cardine e massima espressione dei poteri del commissario giudiziale, il quale – in presenza di fatti reputati particolarmente gravi – è abilitato ad attivare un meccanismo di **arresto della procedura**, che può portare alla dichiarazione di fallimento.

Del tutto analogamente l'articolo 106 Cci illustra le conseguenze della scoperta, da parte del commissario giudiziale, di atti di frode o di atti non autorizzati da parte del debitore, ovvero comunque del venire meno di presupposti di

ammissibilità della domanda. La norma ricalca nella sostanza l'articolo 173 legge fallimentare poiché anche in questo caso i fatti rilevanti sono:

- › occultamento o dissimulazione di parte dell'attivo;
- › dolosa omissione di denuncia di crediti;
- › esposizione di passività insussistenti;
- › compimento di "altri atti di frode" (quale norma di chiusura del sistema);
- › compimento di atti non autorizzati o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori;
- › sopravvenuta conoscenza del fatto che sono venute meno o difettano le condizioni prescritte per l'apertura del concordato previste agli articoli da 84 a 88.

Al di là della (parzialmente) diversa formulazione letterale (della rubrica e del corpo), dunque, la norma in sé stessa non

parrebbe presentare significative novità.

Ciò non di meno, anche in questo caso, è doveroso interrogarsi se il ruolo del commissario giudiziale nella sua funzione di controllo esca amplificato, per effetto delle modifiche introdotte in altre parti della disciplina del concordato: la risposta è certamente sì, per molteplici ragioni.

Atti di frode tipizzati

Probabilmente non molto cambierà con riguardo alla concreta operatività delle figure di atti di frode "tipizzate" dal legislatore con riguardo alla rappresentazione dell'attivo e del passivo patrimoniale (occultamento o dissimulazione di parte dell'attivo; dolosa omissione di denuncia di crediti; esposizione di passività insussistenti): ora come in passato, ove il commissario giudiziale si avveda che il debitore ha alterato la

ATTI DI FRODE NELLA GIURISPRUDENZA PIÙ RECENTE DELLA CASSAZIONE

Cassazione 26 novembre 2018, n. 30537. «In materia di concordato preventivo, gli atti di frode rilevanti ai fini della revoca rimangono integrati quando si riscontri l'esistenza di un dato di fatto occultato afferente il patrimonio del debitore, tale da alterare la percezione dei creditori, risultando una divergenza tra la situazione patrimoniale dell'impresa prospettata con la proposta di concordato e quella effettivamente riscontrata dal commissario giudiziale, e il carattere doloso di detta divergenza, che può consistere anche nella mera consapevolezza di aver taciuto il fatto, non essendo necessaria la volontaria preordinazione dell'omissione al conseguimento dell'effetto decettivo».

Cassazione 22 ottobre 2018, n. 26646. «Gli atti di frode di cui all'articolo 173 della legge fallimentare dettato in tema di revoca del concordato preventivo, vanno intesi, sul piano oggettivo, come le condotte volte a occultare situazioni di fatto idonee a influire sul giudizio dei creditori, aventi valenza potenzialmente decettiva per l'idoneità a pregiudicare il consenso informato degli stessi sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, purché siano caratterizzati, sul piano soggettivo, dalla consapevole volontarietà della condotta, di cui, invece, non è necessaria la dolosa preordinazione».

Cassazione 26 giugno 2018, n. 16856. «In tema di revoca dell'ammissione al concordato preventivo, si configurano come atti di frode le condotte del debitore idonee a occultare situazioni di fatto suscettibili di influire sul giudizio dei creditori, ossia tali che qualora conosciute avrebbero presumibilmente comportato una valutazione diversa e negativa della proposta e che siano state "accertate" dal commissario giudiziale, cioè da lui "scoperte", essendo in precedenza ignorate dagli organi della procedura o dai creditori. Rientrano, peraltro, tra i fatti "accertati" dal commissario giudiziale, ai sensi dell'articolo 173 legge fallimentare, non solo quelli "scoperti" perché prima del tutto ignoti nella loro materialità, ma anche quelli non adeguatamente e compiutamente esposti nella proposta concordataria e nei suoi allegati, i quali, ancorché annotati nelle scritture contabili, rivelino una valenza decettiva per i creditori».

Cassazione 14 giugno 2018, n. 15695. «In tema di concordato preventivo, rientrano tra gli atti di frode, rilevanti ai fini della revoca dell'ammissione alla predetta procedura ai sensi dell'articolo 173 legge fallimentare anche i fatti non adeguatamente e compiutamente esposti in sede di proposta concordataria o nei suoi allegati, indipendentemente dal voto espresso dai creditori in adunanza. (Nella specie, la S.C. ha affermato che, l'aver la società proponente omissivo di fornire una plausibile spiegazione circa il rilevante scostamento di valore delle rimanenze di magazzino riportato nella proposta di concordato rispetto a quello indicato nell'ultimo bilancio, costituisce atto di frode)».

rappresentazione di tali dati, e ciò allo scopo precipuo di indurre in errore i creditori, influenzandone la dichiarazione di voto, dovrà inevitabilmente attivare il meccanismo che provoca l'arresto della procedura.

“Altri atti di frode”

Diverso è, invece, il tema della individuazione dei confini degli “altri atti di frode”, che già in passato aveva condotto dottrina e giurisprudenza – e prima di loro i commissari giudiziali onerati di sollevare la questione al tribunale – a manifestare posizioni più o

meno rigorose, anche avuto riguardo alla portata di “esenzione” dell'attività di *disclosure* che il debitore ponesse in essere con la domanda di concordato (ovvero secondo le visioni ancor più rigorose, già in sede di domanda di pre-concordato).

A valle dell'entrata in vigore, sarà inevitabilmente necessario confrontarsi con il fatto che il Codice delinea in modo molto più analitico il contenuto della domanda di concordato: con il che ogni omissione o ritenuta insufficiente rappresentazione dei

contenuti della domanda, per come precisamente delineati all'articolo 87, potrebbe essere astrattamente configurabile come “atto in frode” nel senso chiarito dalla giurisprudenza, ove dove non addirittura come difetto di un requisito di ammissibilità.

In quest'ambito, rappresenta tema particolarmente sensibile l'introduzione, all'articolo 87, comma 1, lettera d), dell'obbligo per il debitore di specificare «*le azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili, con indicazione di quelle eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di*

liquidazione giudiziale e delle prospettive di recupero»: si tratta di comprendere se la giurisprudenza avrà un approccio rigoroso o meno nella interpretazione di questa norma, se cioè la mancata chiara indicazione della sussistenza di presupposti per l'utile esperimento di azioni risarcitorie e/o recuperatorie sarà ritenuta omissione rilevante ai fini dell'arresto della procedura. Come già osservato in altra sede, il tema, sicuramente, solleciterà un ampio dibattito. Invero, da un lato, è da dubitarsi che il proponente possa effettivamente fare luogo in maniera piena all'assolvimento di questo obbligo, per distinti ordini di ragione: in primo luogo, perché il debitore in crisi che sia accinga ad accedere a una procedura di composizione della stessa è già gravato di attività molto onerose in termini di assorbimento delle energie della struttura; in secondo luogo, perché la individuazione dei presupposti giuridici per l'utile esperimento di siffatte azioni richiede un'istruttoria approfondita; in terzo luogo, perché tra le azioni possibili vi sono anche quelle di responsabilità verso organi sociali e soci, in relazione alle quali è difficile immaginare in concreto forme di reale collaborazione (al di fuori delle ipotesi di radicale mutamento degli organi di gestione e controllo, nonché dell'assetto societario) (Burroni D., *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, a cura di Sanzo-Burroni, Bologna 2019, 140).

Vi è poi chi ha osservato in linea generale che è di dubbia legittimità la pretesa di imporre a qualcuno di prospettare azioni

contro di sé, perché il precetto «si colloca, a ben vedere, ai confini con l'inesigibilità della prestazione, specie considerando il poco tempo concesso nel nuovo sistema al debitore per costruire il piano di concordato; senza dire dalla dubbia compatibilità di una disposizione siffatta, nella parte in cui ricomprende (implicitamente ma chiaramente) le azioni di responsabilità contro gli amministratori in carica, con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di *nemo tenetur se detegere*, andando tale norma ben oltre la *disclosure*, necessaria secondo la giurisprudenza ormai consolidata, circa gli eventuali atti di frode commessi anteriormente alla presentazione della domanda» (Ambrosini S., *La riforma della disciplina della crisi e dell'insolvenza: motus in fine velocior*, "Crisi e insolvenza" 2018, 13).

È da comprendere se, nell'analisi delle distinte fattispecie, finirà per avere valore assorbente l'omissione (o la carente rappresentazione) in sé, oppure, come parrebbe essere comunque coerente con il concetto di "frode", se sarà richiesto l'intento e la effettiva capacità decettiva della rappresentazione insufficiente dei fatti contenuta nella domanda di concordato.

Verifica della sussistenza e permanenza dei requisiti di ammissibilità

La previsione di contenuti e di presupposti di ammissibilità nuovi della domanda di **concordato** assume evidentemente rilievo anche con

riguardo alla necessità per il commissario di verificarne, per tutta la durata della procedura (e sino alla conclusione del giudizio di omologa), la permanenza: in tal senso l'articolo 106, comma 2 prescrive che l'arresto della procedura deve essere promosso «*se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'apertura del concordato previste agli articoli da 84 a 88*».

Ciò significa che, nel **concordato liquidatorio**, come oggi disegnato, il commissario giudiziale dovrà stabilmente verificare che non risulti incisa la soglia minima del 20% di soddisfacimento dei creditori chirografari e la ulteriore soglia, che potremmo definire "incrementale", di apporto di terzi (articolo 84, comma 4), che già ha posto qualche problema di interpretazione in sede di prima lettura (Burroni D., op. cit. 132).

Decisamente più complicata, e pur certamente doverosa, sarà la verifica da parte del commissario giudiziale della sussistenza e permanenza dei requisiti di ammissibilità nel **concordato con continuità** (diretta o indiretta): come noto, in maniera assai analitica, l'articolo 84, comma 2 precisa oggi che la continuità può essere diretta, se realizzata dal debitore, o indiretta «*in caso sia prevista la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, affitto, stipulato anche anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro*

titolo». È interessante sottolineare che nel testo finale della norma si è ritenuto di precisare che le iniziative richiamate possono essere assunte anche prima dell'accesso alla procedura concorsuale minore "purché in funzione" di essa. Come chiarito nella relazione illustrativa si è in tal modo inteso espressamente scoraggiare condotte opportunistiche (purtroppo verificare nella prassi nella vigenza della legge fallimentare del '42 all'esito delle modificazioni introdotte a partire dal 2005) da parte del debitore, in conformità con una linea operativa che permea in diversi passaggi il nuovo Codice.

Requisito di ammissibilità di un concordato in continuità è il rispetto di precisi requisiti dimensionali e di assorbimento dei dipendenti addetti all'impresa. Preso atto che il legislatore ha risolto in modo netto a favore della ammissibilità della cd. continuità indiretta il dibattito giurisprudenziale che si è alimentato nel corso degli ultimi anni (e ciò in conformità a Cassazione 19 novembre 2018, n. 29742; cfr. Ambrosini S., *Il concordato preventivo con affitto d'azienda rientra, dunque, nel perimetro applicativo dell'articolo 186bis*, "Crisi d'impresa e insolvenza" 2019) al commissario giudiziale competerà certamente il gravoso compito di verifica della sussistenza e permanenza dei requisiti che consentono al debitore di qualificare un concordato come in continuità: ciò, sia con riferimento ai requisiti dimensionali minimi per accedere alla disciplina del concordato in continuità (numero di lavoratori

da impiegare rapportati alla media di quelli alle dipendenze nei due anni precedenti da assorbire e mantenere per almeno un anno dopo l'omologa), sia con riferimento alla concreta operatività del cd. **criterio di prevalenza** nei cd. "concordati misti" (articolo 84, comma 3). Il concordato cd. misto rappresenta fattispecie assai frequente nella pratica, che si verifica tutte le volte in cui il piano prevede sia la liquidazione dei beni non funzionali sia la continuazione delle attività aziendali ed è da sempre foriero di dubbi tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Secondo le tesi emerse si prevedeva l'applicazione della disciplina prevista per il concordato in continuità ovvero per il concordato liquidatorio, secondo un criterio di prevalenza (ora declinato in termini quantitativi, secondo l'opzione sposata dal legislatore del 2019, ora declinato in termini qualitativi e/o funzionali) ovvero la combinazione delle due discipline. Il tema riveste naturalmente importanza centrale, tenuto conto delle diversità di previsioni che

caratterizzano le due fattispecie, a partire dai profili di ammissibilità (il concordato liquidatorio ha soglie minime di soddisfacimento dei creditori chirografari, che il concordato in continuità non ha), cui si aggiungono i temi rilevanti in sede esecutiva (per esempio nel concordato in continuità non è prevista la nomina di un liquidatore) (cfr. Marotta, *Il concordato misto: prevalenza quantitativa o qualitativa? La soluzione legislativa e gli (opposti) orientamenti giurisprudenziali*, www.ilcaso.it).

Compimento di atti non autorizzati

Il potere di vigilanza del commissario giudiziale e di attivazione del procedimento di arresto della procedura resta sostanzialmente invariato, infine, con riguardo al tema del compimento, da parte del debitore, di atti non autorizzati: il Codice infatti conferma il **principio dello spossessamento attenuato** e con l'articolo 94 (norma dal contenuto sostanzialmente sovrapponibile all'articolo 167 legge fallimentare)

CONTINUITÀ INDIRETTA

Cassazione 19 novembre 2018, n. 29742. «Il concordato con continuità aziendale disciplinato dall'articolo 186 bis legge fallimentare è configurabile anche quando l'azienda sia già stata affittata o sia destinata a esserlo, rivelandosi affatto indifferente la circostanza che, al momento dell'ammissione alla suddetta procedura concorsuale o del deposito della relativa domanda, l'azienda sia esercitata dal debitore o, come nell'ipotesi dell'affitto della stessa, da un terzo, in quanto il contratto d'affitto - recante, o meno, l'obbligo dell'affittuario di procedere, poi; all'acquisto dell'azienda (rispettivamente, affitto cd. ponte oppure cd. puro) - può costituire uno strumento per giungere alla cessione o al conferimento dell'azienda senza il rischio della perdita dei suoi valori intrinseci, primo tra tutti l'avviamento, che un suo arresto, anche momentaneo, rischierebbe di produrre in modo irreversibile».

stabilisce la necessità di autorizzazione per il compimento di determinati atti, oltre che in generale di quelli di straordinaria amministrazione; analogamente a quanto accade nella vigenza della legge fallimentare, espressa autorizzazione – da rilasciarsi a seguito della attivazione della procedura *ex* articolo 100 Cci – occorre per il pagamento dei debiti pregressi.

Il potere di vigilanza espressione dell'articolo 106 viene esercitato nel corso di tutta la procedura, sino al termine del giudizio di omologazione: ciò perché in ogni momento deve essere vagliata la sussistenza e (anche in caso di precedente giudizio positivo) la permanenza di tutti i presupposti di ammissibilità della domanda, oltre che dell'assenza di atti di frode.

Il controllo nella funzione consultiva

La funzione consultiva è ricorrente nella espressione dei «*pareri obbligatori*» (ma non vincolanti) sugli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione che il giudice delegato è chiamato ad autorizzare ai sensi dell'articolo 94, comma 2 Cci, impregiudicato il richiamo al disposto dell'articolo 46 Cci contemplante il compimento degli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale.

Prima facie evidente appare, nel nuovo Cci, il recepimento della tecnica regolamentatrice del controllo degli atti di straordinaria amministrazione, attualmente vigente alla luce del combinato disposto di cui agli articoli 161,

comma 7 e 167, comma 2 legge fallimentare.

La prassi corrente ha, inoltre, evidenziato come la funzione consultiva tende a esplicitarsi anche in ipotesi specifiche, nelle quali, tuttavia, non si rinviene una indicazione espressa in merito all'intervento del commissario giudiziale.

Si fa riferimento ai casi di autorizzazione del tribunale (o del giudice delegato) al pagamento dei creditori anteriori (articolo 182 *quinquies* legge fallimentare) o, ancora, alla risoluzione o sospensione dei contratti pendenti (articolo 169 *bis* legge fallimentare), ovvero alla proroga del termine di presentazione di piano, proposta e documentazione completa (articolo 161, comma 6 e ultimo comma legge fallimentare), o anche all'ammissione alla procedura (articolo 163 legge fallimentare) (Monteleone M. op. cit.), per i quali l'attuale legislatore agli articoli 100, 97 e 44, lettera a) Cci, continua a non prevedere espressamente quella che si ritiene essere una indispensabile attività consultiva del commissario giudiziale.

Per contro, opportunamente il Codice espressamente ha previsto l'intervento consultivo preventivo del commissario giudiziale:

- › nell'articolo 47 comma 1 – apertura del concordato preventivo – (attuale articolo 163 legge fallimentare);
- › nell'articolo 95 comma 3 Cci (attuale 186 bis comma 4 legge fallimentare), laddove la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale (dopo il decreto di

apertura, invece, dal giudice delegato) acquisito il parere del commissario giudiziale;

- › nell'articolo 99 comma 4 Cci (attuale 182 *quinquies*, comma 3 legge fallimentare), in materia di finanziamenti prededucibili, laddove il tribunale, assunte sommarie informazioni, sentito il commissario giudiziale, decide in camera di consiglio con decreto motivato entro dieci giorni.

Nell'ambito dell'esercizio della funzione consultiva particolare rilievo assume il parere che il commissario giudiziale sarà chiamato a rendere in ordine al profilo della fattibilità economica del piano.

Il nuovo Codice infatti, in attuazione di quanto previsto dalla legge delega, attribuisce al sindacato del tribunale la valutazione in ordine alla fattibilità del piano per entrambi i profili giuridico ed economico, valutazione che andrà effettuata sia nella fase di ammissione (articolo 47, comma 1 Cci) che in fase di omologa del concordato (articolo 48, comma 3 Cci).

Viene in rilievo il potere di valutazione, da parte del tribunale, della fattibilità del piano che, notoriamente, rappresenta il tema su cui si è incentrato il dibattito circa i limiti dell'intervento giurisdizionale, autoritativo, sull'autonomia negoziale delle parti («Nel concordato preventivo, perde di attualità la sottile distinzione tra fattibilità giuridica e fattibilità economica del piano di concordato, escogitata dalle Sezioni Unite per ripartire le "competenze" tra tribunale e creditori, con l'esplicita

attribuzione al primo, da parte della legge delega, di “poteri di verifica” che ormai si estendono a ogni aspetto del piano – cfr. articolo 6, comma 1, lettera e). Un’epoca è passata e si volta pagina, con un non dichiarato ma evidente senso di sfiducia del legislatore nei confronti delle soluzioni negoziate della crisi: così Rossi A., *La legge delega per la riforma delle discipline della crisi d’impresa: una prima lettura*, receivership@osservatorio-oci.org. Per una approfondita e articolata trattazione della tematica si veda Brogi R., *La procedura di concordato preventivo: i nuovi poteri di verifica del Tribunale sulla proposta e sulla fattibilità del piano*, www.osservatorio-oci.org). Allo stato, l’orientamento da ultimo espresso dalla Suprema Corte di Cassazione è nel senso di ritenere che il sindacato sulla fattibilità giuridica, intesa in termini di stretta legalità, ossia come verifica della compatibilità del piano alle norme inderogabili, non è soggetto a limiti; il controllo sulla fattibilità economica, da intendere come realizzabilità concreta del piano medesimo, risulta ugualmente demandato al giudice sebbene nei limiti nella verifica della sussistenza o meno di una manifesta inettitudine del piano medesimo a conseguire gli obiettivi prefissati.

Tuttavia, nonostante un intervento chiarificatore della Cassazione a Sezioni Unite (sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521), non si è mai giunti a un pensiero unanime.

La Corte ha precisato che la fattibilità del piano non va confusa con la convenienza della

proposta: la fattibilità è la «*prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati. (...) Tale prognosi può riguardare la fattibilità giuridica o la fattibilità economica del piano di concordato*».

La convenienza della proposta, invece, è «*il giudizio di merito certamente sottratto al tribunale*» e consiste nel valutare, da parte dei creditori, se sia preferibile la proposta concordataria rispetto all’alternativa concretamente praticabile (in genere il fallimento).

L’attuale concettualizzazione della fattibilità economica, «*legata a un giudizio prognostico, che fisiologicamente presenta margini di opinabilità e implica possibilità di errore, che a sua volta si traduce in un fattore di rischio per gli interessati*» è il punto di partenza da cui muovere il nuovo sindacato da parte del tribunale, su parere del commissario giudiziale.

Sul punto soccorre, sempre, la Cassazione (sentenza 7 aprile 2017, n. 9061) che ha precisato, in via ulteriore, che «*i riportati principi tanto più vengono in rilievo quando si discorra di concordato in continuità aziendale supponente ... un piano industriale pluriennale inteso a generare specifici flussi di cassa. In tal caso la rigorosa verifica della fattibilità “in concreto” presuppone un’analisi inscindibile dei profili giuridici ed economici, [posto] che il piano con continuità deve essere idoneo a dimostrare la sostenibilità finanziaria della continuità stessa...[ritenuta] l’analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell’attività, delle risorse necessarie e delle relative modalità di copertura. (...) E a tal proposito va*

qui rammentato che, giustappunto, il business plan è nel linguaggio commerciale il documento che sintetizza i contenuti e le caratteristiche di un progetto imprenditoriale, in vista della concreta pianificazione e gestione aziendale e della comunicazione esterna verso potenziali finanziatori o investitori. Donde una carenza incidente su di esso, unita al riscontro di scelte gestorie in linea con quelle che hanno già portato la società al dissesto, di deficitarie indicazioni di bilancio e di insufficienze dei valori stimati di produzione ben possono giustificare una valutazione di intrinseca inettitudine, quando non di plateale dannosità per i creditori, della prosecuzione dell’esercizio dell’impresa secondo la prospettiva delineata».

Ebbene, l’attuale Codice nell’aver introdotto l’espressione «*fattibilità economica*» induce a ritenere che il relativo sindacato giudiziale sia destinato a incentrarsi sulla effettiva (e dunque non meramente ipotetica) realizzabilità del criterio del “più probabile che non”, senza ovviamente richiedere la certezza del relativo risultato, per sua natura incompatibile con le valutazioni prognostiche di cui trattasi (cfr. Ambrosini S., *Il nuovo concordato preventivo: “finalità”, “presupposti” e controllo sulla fattibilità del piano (con qualche considerazione di carattere generale)*, www.ilcaso.it). Ne deriva, che sotto tale ultimo profilo assumeranno rilievo centrale sia «*l’aspetto della esaustività e correttezza metodologica dell’attestazione*», che, ancor più, il parere del commissario giudiziale, che dovrà

analiticamente verificare e sindacare quanto sin qui evidenziato.

Impregiudicata resta la valutazione della convenienza sempre riservata ai creditori.

A ogni modo, la *ratio* giustificatrice sottesa alla suddetta scelta legislativa, ben lungi dal rappresentare una forma di nostalgia del passato, è da rinvenire nella necessità di elidere le criticità che si sono avute negli ultimi anni (piani velleitari, eccessività dei costi, inefficienza delle scelte di soluzione delle crisi eccetera): infatti, moltissimi concordati preventivi seppur "giuridicamente" fattibili e come tali omologati, si sono rivelati economicamente ineseguibili.

La relazione particolareggiata

Il commissario giudiziale nella sua ulteriore di **funzione di informazione** (ex articolo 105 Cci con contenuto sovrapponibile all'articolo 172 legge fallimentare), previa redazione dell'inventario del patrimonio del debitore, è chiamato a redigere una relazione particolareggiata, che illustra l'andamento storico dell'impresa per poi valutare, prospetticamente, la realizzazione del piano proposto dal debitore, così come attestato dal professionista, evidenziandone eventuali fattori di rischio e criticità, onde consentire ai creditori di votare "consapevolmente" la proposta. Si tratta di un **documento analitico**, il cui contenuto si è perfezionato nel tempo grazie alle diverse elaborazioni giurisprudenziali dei giudici di merito.

Il commissario è chiamato a svolgere un controllo "a tutto

campo", «muovendo dall'analisi delle scritture contabili, passando alla verifica estimativa delle componenti patrimoniali per raffrontarla con quanto dichiarato dal debitore nel piano e nella allegata documentazione; a sua volta oggetto di attestazione da parte del professionista» (Pacchi S., *La valutazione del piano nel concordato preventivo: i poteri del tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, "Dir. fall." 2011, 2). Il legislatore non ha inteso conservare un giudizio di meritevolezza, ma la relazione del commissario giudiziale ha lo scopo di fornire ai creditori una esauriente informazione in modo da consentirgli di esprimere un voto consapevole, scegliendo di negoziare il loro credito con il debitore, assumendosi il rischio in merito alla convenienza della proposta; o altrimenti di determinarsi al dissenso (voto contrario) che potrebbe aprire le porte al cd. *cram down*.

Già con la riforma introdotta dal Dl 83/2015, convertito nella legge 132/2015, il contenuto della relazione del commissario era stato ampliato con la prescrizione di indicare anche le utilità che possono derivare ai creditori nell'eventuale alternativa fallimentare: «in particolare, il commissario deve indicare le utilità che, in caso di fallimento, potrebbero essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie e revocatorie, che potrebbero essere promosse nei confronti di terzi»; il nuovo comma 2 dell'articolo 105 Cci, contempla un'identica previsione e pertanto nell'ottica della formazione del cd. **consenso informato**, il commissario giudiziale sarà tenuto a

relazionare sulle azioni di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci esperibili in caso di fallimento.

Le questioni in tema di **azioni di responsabilità** verso gli organi sociali hanno oggi acquistato un rinnovato interesse.

In presenza di fatti dai quali può germinare una responsabilità degli organi sociali, il credito risarcitorio si forma nel patrimonio della società, benché assuma una connotazione di credito "latente": pertanto, ove vi siano i presupposti per l'esercizio dell'azione, è compito del commissario giudiziale rappresentarli ai creditori affinché si determinino consapevolmente per il voto.

A tale proposito giova rammentare le novità apportate sul tema dal Codice. A norma dell'articolo 375, sia gli amministratori delle società personali (operanti in modalità disgiuntiva, congiunta e mista) sia quelli delle società di capitali, dovranno adoperarsi immediatamente (attesa la piena operatività della previsione normativa già a partire dal 16 marzo 2019), per istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale. Tale assetto consentirà agli amministratori di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento (procedimento di composizione assistita dall'Ocri in primo luogo e altri strumenti

concorsuali in seconda istanza) per l'eventuale superamento della crisi. Sugli amministratori di Srl la novità riguarda la possibilità di rispondere verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale (articolo 378 Cci), circostanza a oggi avallata dalla giurisprudenza prevalente ma prevista dal Codice civile esclusivamente per gli amministratori di Spa (articolo 2394, commi 1 e 2), con l'ulteriore precisazione (anche in questo caso con norma in tutto e per tutto assimilata alle Spa ex articolo 2394, comma 3), che la rinuncia all'azione da parte della società (azione sociale) non impedisce l'esercizio dell'azione dai parte dei creditori (De Angelis L., *Nuovi poteri e doveri per amministratori e sindaci*, "ItaliaOggi" 15 febbraio 2019).

Infine, con una modifica opportuna, all'articolo 2486 del Codice civile viene disciplinato anche il tema della quantificazione del danno in capo agli amministratori (regola riguardante indirettamente anche i sindaci e i revisori), allorché non si sono tempestivamente attivati al sopravvenire di una causa di liquidazione per chiedere lo scioglimento della società allo scopo di preservare il valore del patrimonio sociale.

Per sindaci e revisori, che dovranno essere nominati anche in Srl medio-piccole ai sensi del novellato articolo 2477 del Codice civile viene previsto un obbligo specifico di attivazione nei casi di esistenza di fondati indizi di crisi. Essi, infatti (ognuno nell'ambito delle relative funzioni) dovranno attivare la procedura d'allerta

prima nei confronti del Cda e, nel caso di inerzia di quest'ultimo, dell'Ocri (articolo 14 Cci). La mancata attivazione della procedura potrà evidentemente originare specifiche responsabilità, civili e penali sull'organo di controllo e sul revisore. Ai sindaci, peraltro, sono concessi ulteriori poteri di reazione. Essi, infatti, anche se nominati nelle srl, in caso di gravi irregolarità degli amministratori, potranno richiedere al tribunale di sottoporre la società a controllo giudiziario, ex articolo 2409 del Codice civile potere, fino a oggi non espressamente previsto dal Cci e oggetto da ben tre lustri di fervido dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Agli stessi, infine, l'articolo 37 Cci concederà

un espresso potere (fino a oggi inibito al collegio sindacale), di chiedere la liquidazione giudiziale della società. Esso varrà indifferentemente per Srl e Spa (De Angelis L., op. cit.).

Qualora, poi, siano depositate tempestivamente **proposte concorrenti**, il commissario giudiziale riferirà in merito a esse, con una relazione integrativa ex articolo 105, comma 3 Cci, da depositare in cancelleria e comunicare ai creditori almeno 15 giorni prima della data iniziale stabilita per il voto dei creditori.

La relazione dovrà contenere una particolareggiata comparazione tra tutte le proposte eventualmente depositate, gravando il commissario di valutazioni

CONTENUTO DELLA RELAZIONE: PRINCIPALI ATTIVITÀ

Per la redazione della relazione, in base al contenuto dell'articolo 105 Cci sarà opportuno che il commissario giudiziale metta in atto le seguenti principali attività:

- › esaminare i bilanci dei precedenti esercizi per individuare le principali cause dello stato di crisi che hanno indotto il debitore a presentare la proposta di concordato preventivo;
- › verificare il momento in cui tali cause si sono manifestate;
- › verificare se effettivamente abbiano condotto l'impresa all'insolvenza o all'incapacità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni;
- › verificare l'eventuale sussistenza di profili di responsabilità attribuibili ai componenti degli organi sociali e la consistenza patrimoniale degli stessi;
- › verificare l'eventuale compimento di operazioni che sarebbero potenzialmente soggette ad azione revocatoria in caso di fallimento;
- › verificare la corrispondenza dei saldi comunicati dai creditori con quanto esposto nell'elenco depositato dal debitore o dalle risultanze contabili e, se necessario, aggiornarne gli importi;
- › effettuare una analisi sulla solvibilità dei debitori, sia sulla base dell'andamento storico dei pagamenti risultante dalle scritture contabili, sia con visure potestì o altri canali che possano permettere di ottenere informazioni più dettagliate sui debitori;
- › effettuare tutte le necessarie rettifiche ai dati esposti nel piano dal debitore adeguando i valori attivi e passivi a quelli scaturiti dalle attività sopra descritte, nonché ai valori dell'inventario.

complesse da effettuare in tempi molto ristretti (articolo 105, comma 4 Cci).

Analoga relazione integrativa è redatta qualora emergano informazioni che i creditori devono conoscere ai fini dell'espressione del voto.

L'esecuzione e la risoluzione del concordato

Durante la fase esecutiva fondamentale è il ruolo che il legislatore attribuisce al commissario giudiziale il quale è tenuto a sorvegliare l'esatto

adempimento degli obblighi concordatari assunti dal debitore nella proposta approvata dai creditori e omologata dal tribunale.

Assoluta rilevanza assumono, dunque, le informative periodiche redatte dal commissario giudiziale sull'andamento della fase esecutiva, in quanto fotografano lo stato della procedura consentendo ai creditori di essere in possesso di tutte le informazioni necessarie (Guerra M., *Commissario e liquidatore giudiziale* a cura di Monteleone M., Milano 2018) per addivenire

alla richiesta di risoluzione ai sensi dell'articolo 119 Cci.

Il "faro guida" della navigazione di questa fase è «l'oggetto del controllo», nel senso che il commissario è tenuto a verificare la corretta esecuzione del piano concordatario omologato dal tribunale secondo le modalità stabilite nel decreto di omologazione.

La risoluzione del concordato preventivo è la sanzione prevista in caso di inadempimento della proposta da parte del debitore, in qualunque veste assunta.

ESECUZIONE E RISOLUZIONE DEL CONCORDATO

Esecuzione del concordato, attività di vigilanza (articolo 118 del Codice)

L'articolo 118 Cci individua nelle prescrizioni contenute nel decreto di omologazione il limite dei poteri di sorveglianza del commissario giudiziale. Tali poteri si esplicano in una duplice funzione: evitare il depauperamento del patrimonio del debitore dopo l'omologazione e verificare l'attuazione della proposta concordataria (Aa.Vv., *La legge fallimentare*, Commentario teorico-pratico a cura di Ferro, Padova 2014, 2673). Qualunque attività esecutiva e gestoria, dal cui esercizio potrebbe derivare un potenziale pregiudizio alla massa creditoria, sarà oggetto di verifica senza che abbiano rilievo alcuno atti o comportamenti non suscettibili di tradursi in inadempimenti del piano, benché dannosi per i creditori posteriori alla domanda di concordato (Censoni, *Lineamenti di diritto fallimentare*, Padova 2017, 253 ss.). Nel caso di cessione di beni, la sorveglianza si esplicherà nel controllo della legittimità e convenienza degli atti di liquidazione e ripartizione del ricavato e dovrà coordinarsi con la funzione di vigilanza svolta dal comitato dei creditori (Audino, *Commentario breve alla legge fallimentare, sub articolo 185* a cura di Maffei Alberti, Padova 2013), mentre, nel caso di concordato con continuità aziendale, consisterà nel dare impulso al pagamento alle singole scadenze e alla costituzione di garanzie.

Facendo tesoro della valutazione prognostica ex ante effettuata, mediante l'analisi delle informazioni periodicamente acquisite, il commissario dovrà verificare se gli eventi accaduti nel periodo di riferimento saranno suscettibili di aggravare la situazione economica e finanziaria dell'imprenditore (Marano, *Commento agli articoli 181-185 e 186, "Il nuovo diritto fallimentare"* diretto da Jorio, Bologna 2007, vol. 2, 2605), riverberando effetti negativi sulla possibilità di soddisfacimento dei creditori. La valutazione prognostica degli effetti dell'attività posta in essere dal debitore, è accentuata nel caso di concordato con continuità aziendale: infatti, il commissario dovrà verificare che l'andamento economico della società sia in linea con quanto previsto dal piano omologato e che non vengano compiuti atti gestionali estranei al piano medesimo, che rendano probabile il futuro inadempimento della proposta. Poiché in tali casi il pagamento dei creditori deriva solitamente dagli utili della continuazione dell'attività d'impresa, il controllo deve riguardare il rispetto delle previsioni del piano nel periodo precedente al termine di adempimento, non potendosi limitare alla sola verifica del corretto adempimento della proposta, in quanto un andamento della gestione disallineato, in negativo, dalle previsioni del piano, avrebbe delle conseguenze dirette e immediate sulle sorti della proposta. La raccolta e analisi di tali dati consente al commissario giudiziale di formulare il suo giudizio sulla proficua gestione dell'attività d'impresa e, dunque, sulla possibilità di adempimento degli obblighi assunti nei termini stabiliti. In tal prospetto, dunque, potrà essere indicato "ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori" (Guerra, *Commissario e liquidatore giudiziale* a cura di Monteleone, Milano 2018).

L'articolo 118 amplia gli strumenti di controllo e di intervento del tribunale nella fase esecutiva del concordato mutuandoli da quanto ora previsto relativamente all'esecuzione delle proposte concorrenti (infatti, la miniriforma del 2015 già aveva inciso profondamente sui compiti attribuiti al commissario giudiziale in sede esecutiva, in quanto, accanto al tradizionale ruolo di sorveglianza, gli si riconosceva un ruolo di gestione attiva del patrimonio concordatario, in funzione surrogatoria del debitore inerte). La disposizione prevede che il tribunale possa attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari a porre in atto gli adempimenti omessi dal debitore, in violazione dell'obbligo che su di lui incombe di compiere tutto ciò serve per dare esecuzione alla proposta, sia stata questa da lui presentata o sia stata omologata quella presentata da un creditore (cfr. Nardecchia, *Nel concordato preventivo al giudice il test di fattibilità. Dall'allerta alla liquidazione giudiziale*, "Il Sole 24 Ore" 23 gennaio 2019).

A tale proposito, in tema di esecuzione del concordato, ai poteri/doveri del commissario inerenti alla vigilanza, all'informazione e all'impulso si aggiungono (in aperta deroga al principio generale del mero potere di controllo) ulteriori "facoltà di amministrazione attiva", attribuendo - così - a tale organo un ruolo assimilabile a quello del commissario *ad acta*.

Tale ruolo "gestorio" dà vita a una figura mista che da un lato, svolge funzioni proprie del Liquidatore, in quanto, limitatamente a taluni atti, si occupa della gestione dell'impresa, dall'altro agisce come Commissario, in quanto vigila sull'adempimento delle obbligazioni concordatarie ed esprime il suo parere su quegli atti.

Il cumulo della funzione "gestoria" e di sorveglianza costituisce, dunque, una novità di non poco momento, in quanto impone di rimeditare le certezze che fino a oggi avevano riguardato la figura del commissario giudiziale, con particolare riferimento alle sue prerogative.

Risoluzione del concordato (articolo 119 del Codice)

Il vigente articolo 186 legge fallimentare è stato radicalmente modificato di Dlgs 169/2007, che ha armonizzato l'istituto con il carattere contrattualistico del concordato (in tal senso Audino, op. cit.; Filocamo, Commentario teorico-pratico a cura di Ferro, Padova 2011, 2232) attribuendo la legittimazione a richiedere la risoluzione soltanto ai creditori (escludendo qualunque iniziativa del commissario giudiziale o officiosa del tribunale) e subordinando la pronuncia alla verifica della gravità dell'inadempimento, mutuando in tal modo la regola dettata dall'articolo 1453 del Codice civile in materia di contratti sinallagmatici. Inoltre, è stata riformulata la disposizione che sanciva il termine annuale per la proposizione dell'azione di risoluzione, prevedendo che il *dies ad quem* inizia a decorrere dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal concordato e non dall'ultimo pagamento, come nella norma previgente. È rimasta immutata la previsione che esclude l'ammissibilità dell'azione nel caso in cui gli obblighi concordatari siano assunti da un terzo, con conseguente immediata liberazione del debitore; al Commissario non è riconosciuta alcuna legittimazione attiva, ma mediante le informative periodiche, ha esclusivamente il dovere di comunicare ai creditori l'eventuale possibilità di chiedere la risoluzione.

Il nuovo Codice contiene, sul punto, una significativa modifica, in quanto dispone che la legittimazione ad agire per la risoluzione spetti non soltanto ai creditori ma «anche al commissario giudiziale ove un creditore gliene faccia richiesta». Il riconoscimento della legittimazione, previsto dalla legge delega è finalizzato a evitare che vi siano procedure concordatarie che si prolunghino inesorabilmente per anni, inutilmente, in quanto i creditori, scoraggiati dall'andamento della procedura e preoccupati dei costi per l'avvio di un procedimento giudiziale, rifuggono dalla possibilità di chiedere giudizialmente la risoluzione (cfr. Nardecchia op. cit.).

Dunque, con un *revirement* annunciato al commissario giudiziale viene riconosciuta una legittimazione attiva "indotta" alla proposizione del ricorso per la risoluzione. La norma, così intesa, rappresenta un punto di equilibrio tra la natura privatistica dell'istituto e la garanzia pubblicistica residuale attribuita agli organi della procedura: al Commissario viene attribuita una "funzione filtro", nel senso che egli, ricevuta l'istanza del creditore, dovrà valutare se sussistono o meno le condizioni per la risoluzione del concordato e solo in caso di esito positivo (id est non manifesta infondatezza delle ragioni a fondamento dell'istanza) chiederà al Tribunale la risoluzione del concordato. Tale soluzione appare ragionevole, in quanto il Commissario (unitamente al Liquidatore), ha il polso della situazione, a differenza di ciascun creditore, conoscendo la procedura in ogni sua sfaccettatura e, dunque, ha tutti gli strumenti per valutare l'opportunità della richiesta. Non comprende appieno la soluzione prospettata (con una sorta di legittimazione ripartita o di secondo livello, per cui occorre prima l'istanza di un creditore al commissario giudiziale e solo dopo questi può agire (come se il commissario giudiziale non fosse in grado di rilevare l'inadempimento agli obblighi concordatari, avendo necessità che un creditore glielo dica, o che solo se un creditore glielo dica egli possa rinvenire una giustificazione formale all'azione, Lamanna, *La riforma concorsuale in progress: dalla legge delega alla sua (rapida) attuazione*, ifallimentarista.it 23 ottobre 2017.

24ORE
PROFESSIONISTI



SOS condono!

Per non affondare tra i regolamenti delle sanatorie, ora c'è Condo24.

Condo24 è la nuova piattaforma del Sole 24 ORE che permette di orientarsi tra le norme delle nuove sanatorie fiscali. Grazie all'interfaccia intuitiva, i professionisti possono trovare facilmente le informazioni e soluzioni operative all'interno dell'archivio aggiornato con notizie, approfondimenti e risposte degli esperti. Per i tuoi dubbi sulle sanatorie, la risposta è Condo24.

www.condono24.com

