

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX



Capitolo 3

IL COMMISSARIO GIUDIZIALE NEL CONCORDATO CON RISERVA*

di Vincenzo Moccia

Che il commissario giudiziale nominato per la fase interinale della domanda di concordato con riserva sia, a tutti gli effetti, il commissario giudiziale di cui all'art. 163 è un fatto ormai acclarato; meno scontato invece è il ruolo e le funzioni che lo stesso ha e deve svolgere in tale fase, la cui nomina il legislatore ha disposto solo come possibilità e non quale obbligo da parte del tribunale.

Per comprendere invece quanto tale nomina sia indispensabile e quanto la relativa funzione sia complessa e delicata, è opportuno ricordare le motivazioni che hanno imposto tale previsione per le quali il concordato con riserva, da strumento di tutela dell'impresa in crisi nella fase propedeutica e necessaria alla predisposizione della domanda e della complessa documentazione di corredo, si è spesso trasformato in un'occasione per interdire i creditori e "sistemare le cose" prima del fallimento.

Conseguentemente, e a difesa da tali comportamenti, il legislatore ha dapprima formalizzato la possibilità di nomina del commissario giudiziale, che pure alcuni tribunali avevano già anticipato di propria iniziativa, e successivamente disposto per il ricorrente obblighi informativi più stringenti che ne favorissero la funzione di vigilanza e controllo, tanto in relazione all'effettivo espletamento delle attività idonea alla predisposizione della proposta e del piano che ad evitare alcun pregiudizio ai creditori.

La figura del commissario giudiziale per la fase interinale della domanda di concordato con riserva appare, quindi, più assimilabile a quella del commissario giudiziale nella amministrazione controllata di cui al soppresso titolo IV della legge fallimentare che a quella conseguente all'ammissione alla procedura di concordato del debitore ricorrente; egli infatti, nella fase interinale, diviene l'unico strumento di tutela e garanzia dei creditori per la preservazione del patrimonio del debitore, proprio come accadeva col commissario giudiziale del citato titolo IV.

Sommario: 1. Premessa: evoluzione normativa – 2. La nomina anticipata e gli obblighi disposti dal tribunale – 2.1. La nomina anticipata – 2.2 Gli obblighi

* Si ringrazia per la collaborazione la dott.ssa Maria Auxiliadora Leone.



informativi – 3. Le attività ordinarie di controllo e vigilanza – 3.1. Esame delle scritture contabili – 3.2. Impianto contabile funzionale alla domanda di concordato – 3.3. Il controllo delle informazioni periodiche – 3.4. Il rapporto con il debitore ricorrente e gli altri organi di controllo – 4. Il controllo dell'attività corrente – 4.1. I pagamenti nella fase interinale – 4.2. Operazioni straordinarie – 4.3. Il controllo dell'andamento economico e finanziario – 4.4. I presupposti della domanda di concordato – 5. L'informativa ex art. 161, comma 8, l.fall. – 6. La funzione di consultazione – 6.1. Atti di straordinaria amministrazione – 6.2. Scioglimento o sospensione di contratti pendenti – 6.3. Pagamento dei creditori anteriori – 6.4. Finanziamenti urgenti e prededucibili – 6.5. Partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici – 6.6. Proroga del termine e domanda definitiva – 7. L'accertamento di fatti ex art. 173 – 8. L'organizzazione delle attività ed il collegio di commissari giudiziali – 9. La cessazione dalla carica del commissario giudiziale – 10. Le responsabilità del commissario giudiziale nella fase interinale – 11. Il compenso per la fase interinale – 12. Riflessione conclusiva

Casi: 1. Revoca ex art. 173 l.fall. Per pagamento debiti anteriori solo per atti di natura fraudolenta – Cass. 19/02/2016, n. 3324 – 2. Autorizzazione a sciogliersi dai contratti pendenti ex art. 169-bis – *Disclosure* del debitore – Analisi e parere del CG – Trib. Busto Arsizio 24/07/2014 – 3. Concordato preventivo con riserva – Finanziamento ex art. 182-quinquies, comma 1, l.fall. – Sussistenza presupposti per la concessione dell'autorizzazione – Trib. Benevento 16/04/2016.

Riferimenti normativi: artt. 38, 161, 162, 165, 167, 169, 169-bis, 170, 173, 182-*quater*, 182-*quinquies*, 186-bis l.fall.

1. PREMessa: EVOLUZIONE NORMATIVA

Il presente paragrafo costituisce, in genere, un preliminare d'obbligo dei diversi argomenti e di scarso interesse per il lettore che, nel manuale, punta direttamente alle informazioni pratiche e funzionali che gli servono.

In questo caso invece si invita il lettore a prestarvi particolare attenzione, atteso che "l'anamnesi" storica circa l'evoluzione normativa di quanto in argomento è invece fondamentale per poter poi effettivamente comprendere (e forse meglio centrare) quello che è il ruolo del commissario giudiziale nella fase c.d. di pre-concordato, fase in cui il debitore proponente accede appieno alla procedura (*rectius* agli effetti di essa) pur riservandosi di presentare nel termine disposto dal tribunale la proposta, il piano e quanto altro prescritto dalla legge per tale accesso. Com'è noto agli addetti ai lavori, la riforma della disciplina delle procedure concorsuali, avviata col D.Lgs n. 5/2006, è stata in

effetti anticipata dal D.L. 17/03/2005, n. 35, conv. nella L. 14/05/2005, n. 80, il cui fulcro era costituito proprio da una anticipazione della riforma del Titolo III, e quindi del concordato preventivo, che veniva ampliato con gli accordi di ristrutturazione del debito, così avviando di fatto l'evoluzione ad un rango superiore quella che sino ad allora veniva considerata una procedura così detta "minore".

Emanati i presupposti per la centralizzazione del concordato preventivo, dopo un lustro di non entusiasmanti risultati, il legislatore ha ritenuto opportuno incentivarne l'uso con l'introduzione di quello che, inizialmente, venne definito "concordato in bianco", ossia la possibilità disposta dal nuovo comma 6, art. 161, l.fall. introdotto dalla L. 07/08/2012, n. 134, di conv. del D.L. 22/06/2012, n. 83, di presentare la domanda di concordato con l'immediata acquisizione delle relative prerogative – c.d. "ombrello protettivo" – riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di rito nel termine fissato dal tribunale tra un minimo di sessanta e fino ad un massimo di centoottanta giorni¹.

L'unico corredo della domanda di concordato erano i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, funzionali più che altro a classificare come fallibile il debitore ricorrente e, dunque, la sua legittimazione a ricorrere alla procedura di concordato, mentre non particolarmente incisiva era la disposizione di cui al comma 8, circa gli obblighi informativi che il tribunale era tenuto a disporre con il decreto di concessione del termine per il completamento della domanda, e senza alcuna previsione circa la nomina del commissario giudiziale.

E in effetti l'innovazione fu ben accolta dal mercato creando una vera esplosione di domande di concordato in bianco, spesso però solo strumentali a ritardare

¹ In verità la novella legislativa trae origine dalla disciplina fallimentare statunitense che per prima ha posto in essere disposizioni normative atte a favorire la soluzione della crisi dell'impresa fondata su accordi di autonomia negoziale del debitore e approvati dai creditori. Già dal 1978 infatti, la procedura di *Reorganization* fu inserita nel famoso *Chapter 11*, all'interno del *Bankruptcy Code* (corrispondente alla nostra legge fallimentare), con un soddisfacente successo nell'ambito della soluzione della crisi delle imprese, dal momento che consente al debitore di mantenere la gestione dell'impresa mentre nel frattempo prepara un piano per la soluzione della crisi al riparo dalle azioni dei creditori al tempo interdette, favorendone quindi il salvataggio e ben presto emulata dai più importanti paesi industrializzati.

Lo spirito della legge è quindi quello di consentire al debitore di godere di una serie di norme di favore tali da consentirgli di predisporre una soluzione per la crisi dell'impresa nelle migliori condizioni possibili, sia ottenendo il blocco delle azioni esecutive e cautelari dei creditori ma anche, essendovene i presupposti, di essere autorizzato a contrarre un nuovo indebitamento, al riparo dalle azioni revocatorie e dal rischio di essere penalmente responsabile per gli atti compiuti. Condizioni alle quali devono poi corrispondere precise garanzie che lo stesso deve dare ai creditori (di cui i dovuti controlli del commissario giudiziale a riguardo). Tale "filosofia" normativa è poi perfettamente in linea con la riforma della legge fallimentare (*rectius* "liquidazione giudiziale"), di cui alla legge delega definitivamente approvata dal parlamento, e per la quale l'innovata legislazione per la soluzione della crisi dell'impresa è chiaramente orientata a stimolarne l'anticipata emersione, allo scopo di favorirne la possibile soluzione e la salvaguardia della continuità dell'azienda quale "bene sociale".

la dichiarazione di fallimento e consentire al debitore di “guadagnare” gli effetti che tale ritardo, inevitabilmente, comportava sul piano pratico.

A tale andazzo ha quindi cercato di porre rimedio il legislatore con l’art. 82 del D.L. 21/06/2013, n. 69², c.d. decreto del fare, sia incrementando le formalità relative alla domanda del concordato con riserva, con l’aggiunta del deposito dell’**elenco dei creditori**, in modo che gli stessi possano essere sentiti fin dalle fasi iniziali – se il Tribunale lo ritenga opportuno – che degli **obblighi informativi periodici**, ma e principalmente col prevedere la possibilità per il tribunale di anticipare la **nomina del commissario** giudiziale già in tale fase, col compito di vigilare sull’attività dell’imprenditore e riferire al tribunale di eventuali condotte poste in essere, ai sensi dell’art. 173, che possono portare all’arresto della procedura ovvero alla possibilità che, qualora l’attività appaia manifestamente inidonea alla predisposizione del piano, il tribunale abbrevi il termine inizialmente concesso.

A ben vedere dunque l’*excursus* normativo che ha portato alla nomina del commissario giudiziale già con il decreto di concessione del termine per il completamento della domanda, in verità pure già anticipato da alcuni tribunali³, ne rende sufficientemente chiaro lo scopo e le funzioni che lo stesso deve svolgere in tale fase interinale: controllare, sin da subito, che la domanda non sia strumentale a dilatare i tempi per la dichiarazione di fallimento e vigilare che tale fase non pregiudichi in alcun modo il patrimonio del debitore, e quindi gli interessi dei creditori, cui lo stesso è funzionale.

Il commissario giudiziale della fase interinale ha dunque un ruolo ed una funzione del tutto diversi da quelli conseguenti alla nomina ex art. 163 l.fall., non dovendosi, quivi, certamente occupare né dell’inventario né delle verifiche e dei controlli necessari alla relazione ex art. 172 l.fall., ed essendo invece la sua nomina più assimilabile a quella del commissario giudiziale nella amministrazione controllata di cui al soppresso titolo IV della legge fallimentare. Egli, infatti, nella fase *de qua*, diviene l’unico strumento di tutela e garanzia dei creditori per la preservazione del patrimonio, proprio come accadeva col commissario giudiziale del citato titolo IV. Con tale

² Conv. con mod. nella L. n. 98/2013.

³ Sul punto Trib. Rovigo 17/11/2015; Trib. Benevento 26/09/2012 che ha ritenuto come «con il decreto che dispone sulla domanda di concordato preventivo con riserva di cui all’articolo 161, comma 6, legge fallimentare, in tribunale, allo scopo di disporre gli obblighi informativi periodici che il debitore deve assolvere sino alla scadenza del termine concesso, provvede alla nomina di un esperto che, ai sensi dell’articolo 68 c.p.c., coadiuvi il tribunale nelle operazioni di controllo e verifica». Nel caso di specie, il tribunale ha disposto la necessità di specifica autorizzazione e della comunicazione all’ausiliario per il compimento degli atti urgenti di straordinaria amministrazione e dei pagamenti di importo superiore ad euro 50.000 ed ha altresì disposto che tutti i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione compiuti successivamente al deposito del ricorso siano da considerarsi prededucibili ai sensi dell’art. 111, l.fall., entrambi in www.ilcaso.it.

procedura, infatti, l'imprenditore che si trovava in temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni chiedeva al tribunale il controllo della gestione della sua impresa e dell'amministrazione dei suoi beni, a tutela degli interessi dei creditori, per un determinato periodo durante il quale il tribunale nominava un commissario giudiziale, determinandone i poteri, cui era affidata in tutto o in parte la gestione dell'impresa e l'amministrazione dei beni del debitore.

Modus operandi che, come vedremo, sarà preso a riferimento della presente trattazione tanto per il ruolo e le funzioni del commissario giudiziale nel concordato con riserva che per le opportune disposizioni operative che, a riguardo, si ritiene necessario il tribunale debba impartire in sede di nomina per la funzionale esecuzione del suo incarico.

2. LA NOMINA ANTICIPATA E GLI OBBLIGHI DISPOSTI DAL TRIBUNALE

2.1. La nomina anticipata

Con il decreto che fissa il termine entro il quale l'imprenditore dovrà presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 161 l.fall. il tribunale può nominare il commissario giudiziale di cui all'art. 163, comma 2, n. 3.

Ciò posto occorre opportunamente precisare che la figura del "pre-commissario", lungi dal potersi considerare un nuovo "genus" di commissario giudiziale con norme diverse in tema di requisiti o responsabilità, va di fatto riconsiderata, più semplicemente, come un "effetto" meramente anticipatorio del ruolo e delle funzioni proprie dell'organo di controllo della procedura per la quale, sin dall'emanazione del decreto di concessione del termine predetto, trovano applicazione tutte le disposizioni di cui all'art. 165 l.fall., tanto per quanto riguarda i requisiti soggettivi di questo professionista che per le regole cui è soggetta la relativa attività⁴.

Come già anticipato in premessa, compito fondamentale del commissario giudiziale nella **fase c.d. interinale**, per il tempo cioè intercorrente tra la data di notifica del decreto di concessione del termine al debitore per il completamento della domanda e quella con cui il tribunale dichiara aperta la procedura di concordato, sarà quello di sorvegliare l'operato del debitore circa il corretto adempimento delle informazioni periodiche rese in base agli obblighi disposti dal tribunale, di verificare che lo stesso operi effettivamente per la predisposizione del piano e della domanda di concordato nonché, sulla base di ogni altra attività che il commissario riterrà utile porre in essere, controllare che il debitore non commetta atti in frode ai creditori, e che la gestione dell'impresa in tale fase non pregiudichi gli interessi dei creditori;

⁴ Per una trattazione completa dell'art. 165, l.fall., si rinvia al capitolo 2 del presente manuale.

all'occorrenza inoltre supporterà il tribunale, in qualità di organo tecnico della procedura, nelle diverse situazioni in cui è chiamato a **rendere il proprio parere**.

2.2. Gli obblighi informativi

Il legislatore, con il comma 8 dell'art. 161 l.fall. prevede che «Con il decreto che fissa il termine di cui al sesto comma, primo periodo, il tribunale deve disporre gli **obblighi informativi periodici**, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, che il debitore deve assolvere, con periodicità almeno mensile e sotto la vigilanza del commissario giudiziale se nominato, sino alla scadenza del termine fissato». Subito dopo dispone inoltre che «Il debitore, con periodicità mensile, deposita una **situazione finanziaria** dell'impresa che, entro il giorno successivo, è pubblicata nel registro delle imprese a cura del cancelliere», ed infine qualifica l'importanza e la rigorosità di tali adempimenti disponendo altresì che in caso di **violazione** di tali obblighi si apre la procedura per la dichiarazione di **inammissibilità** della domanda, di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 162 l.fall.

È evidente l'ampia portata della norma che, a fronte degli obblighi informativi minimi ed essenziali già disposti *ex lege* – relazione gestione finanziaria, attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano e situazione finanziaria mensile – rimette al tribunale la scelta di quelli ulteriori, rendendo dunque fondamentale che quest'ultimo possa (ma forse meglio debba) puntualizzarli, quanto più possibile, con il decreto di concessione del termine⁵. La norma in esame infatti, volta a garantire gli opportuni flussi informativi tra il debitore ed i creditori – tramite il monitoraggio, da un lato, dell'andamento dell'impresa e, dall'altro, della serietà della stessa richiesta di ammissione al concordato – ben prevede ogni possibile estensione e puntualizzazione di tali adempimenti, tra i quali ad esempio, considerato che con la domanda di concordato l'impresa è tenuta a depositare unicamente i bilanci degli ultimi tre esercizi, si ritiene opportuno disporre il deposito di **situazioni economiche e patrimoniali aggiornate** con riferimento alla data di presentazione della domanda e, quindi, a ciascuna scadenza successiva (mensile con possibile coincidenza alla data fine mese). Per aggiornate situazioni economiche e patrimoniali si intende riferirsi ai bilanci redatti *ex art. 2423 ss. c.c.*, pur privi delle scritture valutative e di chiusura ed assestamento. In altri termini, la domanda di concordato con riserva impone che il debitore ricorrente debba

⁵ «D'altro canto, la previsione di obblighi informativi particolarmente stringenti rappresentano un utile strumento al fine di evitare che la procedura pre-concordataria possa essere strumentalizzata con conseguente abuso del diritto». In tal senso Trib. Torino 20/03/2017.

necessariamente operare un costante e continuo aggiornamento della contabilità.

Così come è sicuramente utile che il tribunale, già nel decreto di concessione del termine di cui al comma 6, rimetta altresì al commissario giudiziale la facoltà a poterli completare nei termini che lo stesso riterrà consoni alle caratteristiche dell'impresa proponente il concordato, non sempre esaustivamente note al tribunale all'atto della assegnazione del termine.

L'espressa autorizzazione della predetta facoltà al commissario giudiziale pare dunque utile per "impostare" il corretto andamento della fase interinale che, per il ristretto tempo a disposizione ed i gravosi impegni che la contraddistinguono, non può certo essere condizionata da "dubbi" interpretativi, spesso artificiosi ed artatamente dilatori, circa quanto disposto dal tribunale e quanto effettivamente richiesto dal commissario giudiziale in base alle esigenze dallo stesso ritenute necessarie per l'esercizio delle sue funzioni.

Infine, tra gli obblighi che il tribunale deve disporre, propedeutici alle funzioni ed alle attività di vigilanza e controllo che il commissario giudiziale sarà tenuto a svolgere, una particolare attenzione merita il richiamo operato dal novellato art. 161 l.fall. all'art. 170⁶, comma 2, l.fall., per il quale i **libri**, che ordinariamente il debitore ricorrente depositava con la domanda di concordato e che dopo la loro annotazione e restituzione restavano a disposizione del giudice delegato e del commissario giudiziale, sono sin da subito, e cioè dall'emanazione del decreto di concessione del termine e conseguente nomina, a disposizione del commissario giudiziale.

Tale puntualizzazione, coordinata con l'aggiunta del n. 4-*bis*, del comma 2 dell'art. 163 l.fall.⁷, consente di ritenere, non solo che le scritture debbano essere sicuramente a disposizione del commissario giudiziale nella fase interinale, ma e viepiù, che il tribunale ben può (ma forse deve) stabilire che tale obbligo sia formalizzato in conformità della predetta novella legislativa, anticipandone già nel decreto di concessione del termine per il deposito della documentazione riservata la consegna al commissario giudiziale, nei modi e nei termini dalla stessa norma previsti.

La presente valutazione sulle disposizioni in questione, coerente col ruolo che spetta al commissario giudiziale ove nominato, è assolutamente

⁶ Art. 161, comma 6, secondo capoverso, l.fall.

⁷ Numero aggiunto dall'art. 4 del D.L. 27/06/2015 n. 83 in sede di conversione dalla L. 06/08/2015 n. 132, per il quale, a regolazione del mancato coordinamento delle norme circa la soppressione dell'obbligo di deposito delle scritture contabili da parte del debitore ricorrente e al tempo stesso il permanere della necessità del visto del giudice delegato sotto l'ultima scrittura dei libri presentati, il legislatore ha risolto la questione disponendo che col decreto di ammissione il tribunale ordina al ricorrente di consegnare al commissario giudiziale entro sette giorni copia informatica o su supporto analogico delle scritture contabili e fiscali obbligatorie.

strumentale alla esecuzione delle sue attività di verifica e controllo circa gli obblighi informativi nella predetta fase nonché dell'andamento economico e finanziario dell'impresa, anche con riferimento all'avvio di un eventuale procedimento ex art. 173.

I DATI DELL'ESPERIENZA

Gli obblighi informativi nel decreto di concessione del termine

Di seguito gli elementi, più o meno esaustivi, che dovrebbero caratterizzare il decreto di concessione del termine per il deposito della documentazione riservata ed in particolare degli obblighi informativi cui è tenuto il debitore che, ove non disposti direttamente dal tribunale, saranno opportunamente integrati dal commissario giudiziale.

Nomina e facoltà del CG – nomina a commissario giudiziale il dr./l'avv. ..., con i poteri di cui all'art. 161 l.fall., il quale dovrà vigilare sull'attività che la società ricorrente andrà a compiere riferendo immediatamente al tribunale ogni fatto costituente violazione degli obblighi di cui agli artt. 161 e 173 l.fall. e degli altri obblighi sotto indicati e di quelli che riterrà eventualmente disporre e per i quali gliene è concessa espressa facoltà;

Obblighi informativi periodici – con periodicità ... e con decorrenza dalla comunicazione del presente provvedimento, il debitore ricorrente depositi in cancelleria, entro cinque giorni dalle relative scadenze e trasmettendone contestualmente una COPIA al commissario giudiziale, i seguenti obblighi informativi:

- una relazione sulla **gestione finanziaria** dell'impresa, allegandovi un prospetto riassuntivo dei flussi finanziari in entrata e in uscita che hanno determinato le disponibilità liquide alla data della presentazione della domanda di concordato e alla data di scadenza di ogni singolo obbligo informativo, l'elenco delle più rilevanti operazioni compiute sia di carattere negoziale, che gestionale, industriale, finanziario o solutorio e l'indicazione delle più rilevanti variazioni di magazzino nonché sull'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano di concordato;

- una **situazione finanziaria** aggiornata dell'impresa alla data di presentazione della domanda di concordato ed alla data di scadenza di ogni singolo obbligo informativo, allegandovi un prospetto riassuntivo evidenziante l'andamento della liquidità e dei crediti e dei debiti in uno allo stato patrimoniale ed il conto economico relativi alle rispettive date.

Il commissario giudiziale, che potrà richiedere ogni eventuale integrazione della predetta documentazione, ne riferirà con motivata e sintetica relazione scritta al Tribunale solo ove ravvisi la violazione ad uno degli obblighi sotto indicati.

Consegna delle scritture contabili – ordina al debitore ricorrente di consegnare al commissario giudiziale entro sette giorni dalla notifica del presente provvedimento copia informatica o su supporto analogico delle scritture contabili e fiscali obbligatorie degli ultimi tre esercizi e di quello corrente;

Deposito spese di giustizia – dispone inoltre che la ricorrente entro il termine di 15 giorni dall'avvenuta comunicazione del presente decreto depositi la somma di € ... presumibilmente necessaria per effettuare il pagamento del compenso dovuto al commissario giudiziale e per sostenere le altre eventuali spese del procedimento, effettuando il relativo versamento su di un libretto bancario intestato al debitore ricorrente e vincolato alla firma del giudice designato (o altra modalità in uso);

Preavvisi e raccomandazioni – il debitore ricorrente è avvertito che:

- a) non può compiere in pendenza di procedura atti di straordinaria amministrazione, se non previa autorizzazione del Giudice e solo se ne siano adeguatamente documentati e motivati i caratteri di urgenza e di utilità;
- b) non può effettuare pagamenti di crediti anteriori, salvo che nei casi previsti dalla legge;
- c) in caso di violazione di uno qualunque degli obblighi predetti o di altri previsti dalla legge il Tribunale dichiarerà improcedibile la domanda;
- d) è in facoltà del Tribunale disporre l'immediata abbreviazione del termine nel caso in cui emerga che l'attività compiuta sia manifestamente inidonea alla predisposizione della domanda e/o del piano;
- e) verrà considerato elemento dimostrativo di tale inidoneità, tra l'altro, anche il mancato deposito in termini della cauzione fissata da questo Tribunale.

3. LE ATTIVITÀ ORDINARIE DI CONTROLLO E VIGILANZA

Successivamente alla introduzione legislativa della facoltà al tribunale di nominare il commissario giudiziale già col decreto di concessione del termine per la domanda di concordato ex art. 161, comma 6, l.fall., numerosi sono stati gli interventi, tanto di organismi pubblici che di privati, atti ad individuare specificamente le attività cui lo stesso è tenuto.

Fermo restando le espresse attività disposte o desumibili dalla legge ed oggetto dei successivi paragrafi, particolare attenzione merita la definizione del campo delle attività di controllo e vigilanza cui il commissario giudiziale è tenuto nella fase interinale, e per le quali il faro di riferimento è costituito dall'obiettivo principale del suo ruolo e della sua funzione: assicurare che la fase interinale sia funzionale alla effettiva predisposizione della proposta e del piano e che, in nessun caso, essa deve rivelarsi pregiudizievole per i creditori. Propedeuticamente a tale ruolo, è quindi opportuno fare il punto su quali siano le **facoltà** ed i **poteri** in capo al commissario giudiziale per l'esercizio delle sue funzioni in generale e, quindi, per la fase interinale in particolare.

Sebbene l'attività di vigilanza sui beni e sull'esercizio dell'impresa in concordato fosse già espressamente contemplata dall'art. 167 l.fall., in conseguenza dell'ammissione alla procedura – e quindi a proposta e piano presentati, in uno alla documentazione di corredo ed alla debita asseverazione dei relativi dati da parte del professionista addetto – è evidente che tale attività nella fase

interinale risulti per il commissario giudiziale estremamente complessa ed impegnativa, non avendosi alcuna certezza tanto della situazione economica e finanziaria del debitore che delle sue reali intenzioni per il superamento della crisi.

A tale riguardo è utile osservare che pur essendo il commissario giudiziale nominato dal tribunale, da cui può essere pure revocato, non esiste un rapporto di "dipendenza gerarchica" con esso, motivo per il quale – a parere di chi scrive – egli non solo può ma deve esercitare la sua funzione in autonomia e nel rispetto degli obblighi impostigli dalla legge; non si comprenderebbe altrimenti la reclamabilità dei suoi atti ex art. 36 l.fall., così come richiamato dall'art. 165 l.fall., atti che non potendo essere di "amministrazione", in quanto attività riservata solo al curatore, possono e devono essere "di disposizione", strumentali cioè alla sua attività di vigilanza e controllo tanto delle finalità della fase interinale che di quella successiva all'ammissione del debitore alla procedura di concordato.

In altri termini dunque, lungi dal dover ricorrere al tribunale quale "interfaccia" per gli obblighi informativi da disporre *in itinere* in capo al debitore, il commissario giudiziale deve poter integrare tali obblighi in perfetta autonomia per l'esercizio delle proprie attività, e ciò anche mediante specifiche "ordinanze" al debitore ricorrente cui lo stesso è tenuto ad ottemperare, ovvero proporre reclamo ai sensi dell'art. 36, se ritenute indebite.

Diversamente opinando il commissario giudiziale sarebbe di fatto limitato nello svolgimento effettivo delle sue funzioni di vigilanza e controllo, potendo anche un ritardo o un rifiuto del debitore, in vista dell'eventuale approvazione (*rectius* ordine del giudice delegato) delle richieste documentali e/o informative effettuate dal commissario giudiziale, pregiudicarne l'operato, altresì allungando oltremodo la procedura concorsuale.

3.1. Esame delle scritture contabili

Fermo restando che al commissario giudiziale non competono certamente né il ruolo degli organi di controllo interni all'azienda che quelli afferenti agli organismi pubblici per la verifica della corretta tenuta della contabilità civile e fiscale dell'impresa ricorrente per la domanda di concordato, è evidente che lo stesso debba comunque preoccuparsi di controllare lo "stato generale" circa la **regolare tenuta delle scritture contabili** dell'impresa, quale presupposto indefettibile alla garanzia ed al conseguente riscontro dei dati che saranno comunicati dal debitore con le informative periodiche disposte dal tribunale, prima, e dei dati esposti nel piano di concordato, poi.

Ancorché quindi, come si vedrà nell'approfondimento sottostante, la regolare tenuta delle scritture contabili non è di per se condizione essenziale per l'ammissibilità alla procedura del concordato, il commissario giudiziale

procederà comunque ad una verifica di massima dell'organizzazione contabile ed amministrativa dell'azienda proponente il concordato, onde accertarne lo stato in funzione invece dei predetti presupposti e l'opportunità a dettare conseguenti precisi requisiti circa le informative periodiche da rendere.

I DATI DELL'ESPERIENZA

La contabilità inattendibile

Ci si chiede se, a seguito del controllo del commissario giudiziale circa la corretta tenuta di un impianto contabile dell'impresa del debitore ricorrente ed al riscontro deficitario dello stesso tale circostanza incida sulla **procedibilità** della domanda o meno.

Sul punto va' osservato che prima del D.L. n. 35/2005, l'art. 161, comma 3, l.fall., richiedeva espressamente che il debitore, unitamente al ricorso, dovesse presentare, oltre ad uno stato analitico delle attività e l'elenco nominativo dei creditori anche le scritture contabili; tale riferimento è stato poi espunto proprio con D.L. testé richiamato, lasciando invece invariata l'ulteriore documentazione già in precedenza richiesta. Sulla base dunque di tale "variazione" normativa, correttamente, la giurisprudenza di merito e di legittimità ha concluso per la non incidenza, ai fini dell'ammissibilità della proposta di concordato, della non corretta tenuta delle scritture contabili. A tal riguardo, *ex multis*, la Cass. con sent. n. 23387/2013, ha affermato che ancorché le scritture contabili non devono "obbligatoriamente" essere depositate con la proposta di concordato e che sono estranee ai documenti con i quali il debitore illustra al tribunale – e soprattutto ai creditori – la sua proposta di concordato, non può non tenersi conto delle ulteriori disposizioni in cui le predette scritture rivestono comunque una importante funzione. In particolare, si fa riferimento agli artt. 170 e 171 l.fall., laddove nel primo caso viene prevista l'annotazione del decreto di ammissione al concordato "sotto l'ultima scrittura dei libri presentati" e, soprattutto, nell'art. 171, comma 1, l. fall., si continua a prevedere che "il commissario giudiziale deve procedere alla verifica dell'elenco dei creditori e dei debitori con la scorta delle scritture contabili presentate a norma dell'art. 161, apportando le necessarie rettifiche".

Si tratta, tuttavia, di un evidente difetto di coordinamento tra le disposizioni innovate dalla riforma e quelle rimaste immutate, aporia che come la stessa Cassazione afferma "non altera però la portata della nuova disciplina nella parte in cui non prevede il deposito delle scritture contabili ai fini dell'ammissibilità della proposta di concordato ed esclude che queste, sia pure come allegato, ne facciano parte e siano destinate ad illustrarne il contenuto. Resta, invece, ferma la necessità dell'annotazione sulle scritture del decreto di ammissione alla procedura di concordato per distinguere le registrazioni anteriori da quelle successive a tale evento; così come resta ferma la messa a disposizione del commissario giudiziale delle scritture contabili sulla cui scorta, tra l'altro, il commissario giudiziale deve procedere alle verifiche ed agli accertamenti di sua competenza. Così come resta ferma la messa a disposizione del commissario giudiziale delle scritture contabili sulla cui scorta, tra l'altro, il commissario giudiziale deve procedere alle verifiche ed agli accertamenti di sua competenza".

In altri termini dunque, le scritture contabili sebbene non costituiscano più una condizione oggettiva di ammissibilità alla procedura di concordato preventivo, rivestono comunque una importante funzione per l'attività di controllo e vigilanza del commissario giudiziale, nonché per il professionista attestatore nell'ambito della propria attività di verifica circa la veridicità dei dati su cui si fonda la proposta ed il piano. Da ultimo, va' ricordato che la mancanza dei libri e delle altre scritture contabili prescritti dalla legge, o la loro tenuta in maniera irregolare o incompleta, può costituire reato per bancarotta semplice, ai sensi dell'art. 217 l.fall., nell'eventuale successivo fallimento.

3.2. Impianto contabile funzionale alla domanda di concordato

Il commissario giudiziale, correlatamente ai controlli della regolarità contabile del debitore, verificherà altresì che la stessa sia organizzata in modo funzionale alla intervenuta domanda di concordato, in modo tale cioè da tenere perfettamente distinto il periodo antecedente la presentazione della domanda (1-1-xxxx/data domanda) da quello successivo (data domanda/31-12-xxxx). Infatti, sia che il concordato si formalizzi in modo liquidatorio (cessione dei beni ai creditori) sia che divenga poi in continuità aziendale, fondamentale per l'attività del commissario sarà disporre di un impianto contabile che consenta il perfetto accertamento della situazione patrimoniale antecedente la domanda al fine di effettuare il controllo della gestione dell'impresa nel periodo interinale.

In particolare il controllo del commissario giudiziale dovrà riguardare: i movimenti finanziari eseguiti e contabilizzati dal debitore ricorrente – sia diretti, attraverso pagamenti e riscossioni, che indiretti per effetto di variazioni contabili a vario titolo eseguite dallo stesso – in particolar modo nel periodo immediatamente antecedente la presentazione della domanda e quello pure successivo; la verifica del compimento di eventuali trattamenti preferenziali dei creditori e, anche, la regolarità dei movimenti economici e finanziari successivi in quanto effettivamente relativi alla gestione corrente post domanda, con eventuale carattere di prededucibilità e, infine, che le operazioni poste in essere non siano eccedenti l'amministrazione ordinaria dell'impresa.

Altresì importante sarà pure il controllo delle attività compiute dall'azienda e finalizzate alla **valutazione delle rimanenze** alla data di presentazione della domanda di concordato; come già accennato al paragrafo 3.2, infatti, tale valore oltre che funzionale alla corretta formulazione della documentazione riservata di cui al comma 2 dell'art. 161 l.fall., è in verità necessaria per la valutazione dell'andamento economico ivi esposto.

Infine, a supporto di tale impostazione contabile ed amministrativa, già nelle more della concessione del termine per il completamento della domanda

da parte del tribunale, sarà pure "necessaria" la comunicazione da parte del debitore ai creditori che li renda edotti dell'intervenuta presentazione della domanda di concordato, e quindi delle disposizioni normative che ne regolano il rapporto.

3.3. Il controllo delle informazioni periodiche

Premesso che il tribunale col decreto di concessione del termine ha disposto gli obblighi informativi periodici – oltre ad una situazione finanziaria dell'impresa, che dovrà essere pubblicata entro il giorno seguente nel registro delle imprese a cura del cancelliere – pare ovvio che un primo controllo in carico al commissario giudiziale sia la verifica del puntuale adempimento di tali obblighi.

Al riguardo egli controllerà preliminarmente il rispetto del **termine di presentazione** fissato dal tribunale a decorrere dalla scadenza almeno mensile, ma anche più breve ove ritenuto opportuno dal tribunale in conseguenza delle caratteristiche dell'impresa⁸. Il commissario giudiziale ne verificherà quindi la **completezza** – tanto in funzione delle prescrizioni fissate dal tribunale e delle eventuali integrazioni dallo stesso commissario eventualmente disposte, quanto e principalmente in termini di effettiva idoneità delle suddette informative a "consentire di monitorare lo stato delle iniziative intraprese ai fini della predisposizione della domanda di concordato e, al tempo stesso, di verificare che l'attività di gestione svolta dall'impresa sia coerente con lo stato di crisi in cui essa versa, non sia tale da comprometterne ulteriormente l'equilibrio finanziario e sia osservante dei vincoli imposti dalla legge a tutela della *par condicio creditorum*"⁹ – fermo restando poi quanto specificatamente sarà trattato al paragrafo seguente circa il controllo dell'andamento economico finanziario dell'impresa, ed al paragrafo 5 in ordine al controllo inerente l'attività compiuta dal debitore per la predisposizione della proposta e del piano che, se manifestamente inidonea, impone al commissario giudiziale l'informativa ex comma 8, dell'art. 161, l.fall. La relazione sulla gestione finanziaria, ancorché sintetica, dovrà essere comunque concreta e contenere le informazioni sull'andamento della

⁸ In altri termini si presume che il tribunale, oltre a stabilire il periodo di cadenza delle informazioni periodiche (almeno mensile), ne indichi pure il lasso di tempo entro cui dovranno essere presentate e di cui il commissario giudiziale avrà cura di controllarne il debito rispetto. A riguardo vedasi schema di decreto di ammissione di cui al par. 2.2.

⁹ In tal senso, Trib. Milano 16/07/2014, in *www.ilcaso.it*. Secondo l'autorevole corte di merito, cui lo scrivente ritiene di aderire completamente, la natura dell'informazione deve avere carattere "illustrativo" e, pertanto, il debitore ricorrente non può limitarsi alla semplice trasmissione dei dati contabili al commissario giudiziale al quale non può essere delegato il compito di ricercare le poste più significative, rendendo così praticamente impossibile un reale controllo sulla gestione ed una compiuta verifica della causale dei pagamenti eseguiti.

gestione corrente e sui risvolti finanziari della stessa ed avere, in allegato, **l'elenco delle operazioni più rilevanti** compiute, sia di carattere negoziale che economico e finanziario, mentre la situazione finanziaria dovrà essere rispettosa dei principi di seguito indicati ed idonea ad informare i creditori, mediante la sua pubblicazione nel registro delle imprese.

Tali controlli infine ben potranno, e se del caso dovranno, essere completati accertando l'attendibilità delle informazioni in questione, accertamento che può concretizzarsi tramite la richiesta di chiarimenti e/o documentazione di supporto alle stesse al debitore, anche mediante accessi in azienda, nonché con il controllo delle scritture contabili relative e della documentazione amministrativa idonea e necessaria allo scopo¹⁰.

In caso di violazione degli obblighi informativi in esame, sia in riferimento alla loro puntuale esecuzione che alla concretezza dei dati resi, il commissario giudiziale ne riferirà tempestivamente al tribunale per l'applicazione dell'art. 162, commi 2 e 3, l.fall. per la conseguente declaratoria di inammissibilità della domanda e delle conseguenze che la stessa potrà comportare, in ipotesi dei presupposti di cui agli artt. 1 e 5 l.fall. per la dichiarazione di fallimento.

| OGGETTO DEL CONTROLLO | ATTIVITÀ DEL COMMISSARIO GIUDIZIALE | V |
|---|---|---|
| A – Verifica delle informazioni e delle relazioni periodiche | A1 – Rispetto termine di presentazione | |
| | A2 – Completezza della documentazione | |
| | A2.a – Informazioni circa la gestione finanziaria dell'impresa; | |
| | A2.b – Iniziative intraprese dal debitore ai fini della predisposizione della proposta e del piano di concordato; | |

¹⁰ “Si tratta di un'attività delicata, trattandosi comunque di contemperare i molteplici ed eterogenei interessi: da un lato, si pone il rispetto degli obblighi informativi e della completezza delle informazioni così da consentire la valutazione dell'attività compiuta dal ricorrente ai fini della predisposizione della proposta e del piano e l'analisi dello “stato di salute” dell'azienda, senza però intralciare eccessivamente l'attività del debitore; dall'altro lato esiste l'esigenza di rendere adeguata informativa al tribunale se l'attività compiuta dal debitore è manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, al fine di sollecitare un provvedimento di abbreviazione del termine fissato con decreto, di cui all'art. 161, comma 6, l.fall. o riferire all'organo giurisdizionale con immediatezza nel caso in cui si accerti che il debitore abbia occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, ex art. 173 l.fall., e fare dichiarare improcedibile la domanda, con eventuale dichiarazione di fallimento (ovviamente previo accertamento dei presupposti di cui agli artt. 1 e 5 L.F.)”. In argomento CNDEC, *Il Commissario Giudiziale nella Fase Prenotativa della Procedura di Concordato Preventivo*, 01/07/2016, in www.cndcec.it, p. 17.

| | | |
|---|--|--|
| | A2.c – Deposito della situazione finanziaria dell'impresa da pubblicare a cura del cancelliere, con allegati lo stato patrimoniale ed il conto economico relativi; | |
| | A2.d – Riscontro altri obblighi eventualmente disposti dal tribunale o dallo stesso CG.; | |
| | A3 – Valutazione risultato economico e finanziario del periodo | |
| | A3.a – Analisi della situazione finanziaria di fine periodo e degli atti gestori relativi; | |
| | A3.b – Analisi del risultato economico di periodo; | |
| <p>A1 – Con riferimento alla data di scadenza del singolo adempimento periodico, verificarne il deposito in cancelleria nei termini dovuti, avuto riguardo al fatto che il mancato rispetto del termine costituisce violazione dell'obbligo per il quale si applica l'art. 162, commi 2 e 3, l.fall.;</p> <p>A2.a – Verificare che le informazioni sulla gestione finanziaria dell'impresa siano esaustive e conformi alle disposizioni impartite dal tribunale e/o richieste dal commissario giudiziale, anche col supporto dei relativi documenti in esito alle caratteristiche dell'impresa, all'uopo riscontrando eventuali ulteriori esigenze di controllo e verifica da completare tanto con accessi diretti presso l'azienda, di cui sarà redatto apposito verbale, che a mezzo richieste informatiche, ove più funzionali ed opportune;</p> <p>A2.b – Controllare quanto dichiarato dal debitore ricorrente ed, eventualmente, integrare le relative informazioni con le attività di cui al paragrafo 5 circa i riscontri necessari per l'eventuale informativa ex comma 8, art. 161;</p> <p>A2.c – Controllare che i dati esposti nella situazione finanziaria siano conformi a quelli desumibili dallo stato patrimoniale e dal conto economico alla stessa allegata, richiedendo al debitore ricorrente ogni eventuale ulteriore integrazione e documentazione utile e necessaria a verificare che la situazione finanziaria dell'impresa sia quella effettivamente dichiarata e che non abbia un decorso negativo e pregiudizievole agli interessi dei creditori. Infine, pur non costituendo un precipuo dovere del commissario giudiziale, comunque, verificare che la situazione finanziaria sia, a cura del cancelliere, regolarmente pubblicata nel registro delle imprese e quindi a perfetta disposizione dei creditori interessati;</p> <p>A2.d – Verificare il corretto adempimento di ogni altro obbligo informativo disposto dal tribunale ovvero richiesto dal commissario giudiziale;</p> <p>A3.a – Verificare che la situazione finanziaria dell'impresa non si sia aggravata per effetto della gestione interinale, controllandone anche le operazioni gestorie che l'hanno caratterizzato;</p> <p>A3.b – Verificare il risultato economico del periodo e della sua coerente attendibilità allo stato dell'impresa, valutando che lo stesso non sia da considerarsi antieconomico in conseguenza della gestione interinale anche in raffronto all'eventuale maggior danno conseguente alla interruzione dell'attività dell'impresa.</p> | | |

| OGGETTO DEL CONTROLLO | ATTIVITÀ DEL COMMISSARIO GIUDIZIALE | V |
|--|---|---|
| B – Verifica impianto contabile | B1 – Verificare che la contabilità abbia disposto la chiusura di conti alla data di presentazione della domanda di concordato (Saldi alla mezzanotte del giorno precedente); | |
| | B2 – Ove il predetto adempimento non sia stato eseguito, prescrivere l’obbligo di tempestiva esecuzione; | |
| | B3 – Ove non disposto dal tribunale col decreto per la concessione del termine, richiedere il rilascio della copia informatica o su supporto analogico delle scritture contabili, fissando il termine per la consegna; | |
| | B4 – Eseguire il riscontro delle attività funzionali all’inventario delle rimanenze alla data di presentazione della domanda e della loro movimentazione nel periodo interinale; | |
| | B5 – Redigere apposito verbale delle attività svolte e delle prescrizioni eventualmente impartite per quanto in oggetto; | |

3.4. Il rapporto con il debitore ricorrente e gli altri organi di controllo

Le attività innanzi esposte che il commissario giudiziale è tenuto a svolgere nella fase interinale, anche per la mancanza della documentazione che il debitore si è riservato di esibire, comportano necessariamente una interconnessione con l’amministrazione dell’azienda assidua e pregnante, avendo cura però a che la stessa non ecceda in alcun modo il relativo ruolo.

Se infatti è del tutto naturale aspettarsi la completa disponibilità dell’amministrazione dell’azienda a supportare il commissario giudiziale in tutte le sue esigenze operative, egli sarà ben attento a non intervenire, in alcun caso, nelle scelte gestionali dell’imprenditore in crisi, né tantomeno a fornire indicazioni (o consulenza in alcun modo) circa l’elaborazione della proposta e del piano di concordato¹¹.

È appena il caso di ricordare, infatti, che l’impresa che chiede di accedere al concordato preventivo non perde la propria capacità di agire né la propria autonomia, né tantomeno viene spossessata del proprio patrimonio e che gli amministratori non perdono le loro funzioni ordinarie, anche se subiscono le limitazioni disposte dalla legge fallimentare nell’esercizio dei loro poteri.

È presumibile invece che sia instaurato un rapporto cooperativo con gli organi di controllo, ove esistenti, quali soggetti elitariamente deputati a

¹¹ Infatti, diversamente dal commissario giudiziale della soppressa amministrazione controllata di cui al titolo IV della l.fall., ed il cui ruolo consisteva nella gestione totale o parziale dell’attività gestionale d’impresa, nel concordato preventivo il debitore conserva l’amministrazione dei propri beni e della propria attività d’impresa.

coadiuvare il commissario giudiziale nei controlli e nelle verifiche funzionali alle sue attività e per le quali fondamentale sarà anche il riscontro di quanto dagli stessi eseguito per la pronta emersione dello stato di crisi dell'azienda. In particolare il collegio sindacale, quale organo naturalmente votato a vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto e sul rispetto dei principi di corretta amministrazione dell'azienda, continuerà a svolgere regolarmente le proprie funzioni anche a seguito della presentazione della domanda di concordato, pur non essendo tenuto a esprimersi sul merito della domanda di concordato, ed avrà comunque il compito di vigilare sul corretto espletamento dell'intera procedura, e quindi degli impegni che la società si è assunta con la presentazione della domanda di concordato con riserva circa la predisposizione della proposta e del piano relativo, anche alla luce delle possibili implicazioni in caso di fallimento¹².

4. IL CONTROLLO DELL'ATTIVITÀ CORRENTE

Pur non potendo certamente il commissario giudiziale nella fase interinale assumersi l'onere di controllo della legalità dell'esercizio dell'impresa ricorrente, egli è comunque tenuto a vigilare sugli atti eseguiti dal debitore in vigenza del suo incarico ed, in particolare: sul regolare pagamento dei debiti e sulla normale esecuzione delle operazioni ordinarie e sul compimento di quelle straordinarie, o anche di quelle ordinarie eccedenti il limite eventualmente disposto dal tribunale, solo a seguito di espressa autorizzazione.

4.1. I pagamenti nella fase interinale

Circa il controllo dei pagamenti, compito del commissario giudiziale sarà la verifica che gli stessi siano afferenti alla effettiva ordinaria e necessaria attività dell'impresa e, principalmente, che riguardino costi effettivamente maturati dopo la presentazione della domanda di concordato.

a) Spese ordinarie e necessarie – Fermo restando quanto espresso al paragrafo che segue circa le operazioni straordinarie, oggetto del controllo dei pagamenti eseguiti nella fase interinale sarà la verifica che i pagamenti medesimi siano **congrui e pertinenti** e non costituiscano trattamenti preferenziali "indiretti". A tale riguardo tornerà utile la disponibilità della contabilità del debitore ricorrente e delle relative schede di conto dalle quali verificare, anche sulla scorta delle movimentazioni finanziarie dichiarate

¹² Con riferimento al ruolo degli organi di controllo societari, revisori contabili e delle società di revisione è appena il caso di segnalare la novità prevista nella Legge delega rimessa al Governo per la riforma delle discipline delle crisi d'impresa e di insolvenza, laddove viene posto a carico di detti soggetti "l'obbligo di avvisare immediatamente l'organo amministrativo della società dell'esistenza di fondati indizi della crisi e, in caso di omessa o inadeguata risposta, di informare direttamente il competente organismo di composizione della crisi". Cfr. art. 4, n. 1, lett. b).

dal debitore con le informative periodiche depositate, la "normalità" di tali pagamenti rispetto alle stesse operazioni eventualmente effettuate nel periodo pregresso.

b) Debiti sorti dopo la domanda – Per il controllo in questione, fondamentale sarà l'**elenco dei creditori** allegato alla domanda di concordato, per il quale il D.L. 21/06/2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla L. 09/08/2013 n. 98, nel tentativo di arginare gli abusi possibili in conseguenza delle domande di concordato con riserva ha quindi disposto, tra l'altro, che dopo le parole "ultimi tre esercizi" fossero aggiunte le parole "e all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti".

Tale integrazione normativa, disposta al fine di formalizzare la c.d. "cristallizzazione dei debiti" ed evitare qualsiasi abuso al riguardo proprio nelle more del deposito della proposta e del piano di concordato, è del tutto corrispondente, nella sostanza, all'elenco di cui all'art. 161, comma 2, lettera b), parte finale, l.fall., (con la sola differenza che non è qui prevista la specificazione delle cause di prelazione), e quindi non può che riferirsi ai debiti del soggetto ricorrente esistenti alla data di presentazione della domanda di concordato, sebbene con riserva.

Ove quindi i debiti esposti in tale documento, come sovente accade, non fossero puntualmente riferiti alla data di presentazione della domanda (saldi dei creditori alla mezzanotte del giorno precedente)¹³ il commissario giudiziale, ove non vi abbia già provveduto il tribunale con il decreto di concessione del termine, provvederà a richiederne l'integrazione al debitore ricorrente entro un lasso di tempo brevissimo.

L'elenco dei creditori "originario" ove già conforme alla data della domanda, ovvero riformulato dal debitore nel termine innanzi indicato, seppure passibile di integrazioni e rettifiche sulla scorta delle verifiche contabili che il debitore stesso andrà a fare per il deposito dell'elenco necessario alla documentazione definitiva, comunque costituirà la base per il controllo da parte del commissario giudiziale dei pagamenti effettuati nel periodo interinale e, quindi, per l'eventuale accertamento del **pagamento di debiti anteriori** al deposito del ricorso diretti a frodare le ragioni dei creditori.

Anche per tale controllo, fondamentale sarà la documentazione contabile fornita al commissario giudiziale dal debitore, tanto per il riscontro dei debiti ivi risultanti quanto dei pagamenti eventualmente successivamente eseguiti

¹³ A riguardo non si condivide affatto l'ipotesi di una qualche dottrina che rimanda tale riferimento alla data di pubblicazione nel registro delle imprese. Tale riferimento infatti, sicuramente valido per i terzi e quindi per le attività a diverso titolo dagli stessi poste in essere, in quanto solo la pubblicazione nel registro delle imprese ne comporta il loro dovere ad esserne a conoscenza, non può ritenersi valido per il debitore ricorrente, autore dell'iniziativa e che invece, nelle more della pubblicazione potrebbe porre in essere comportamenti preferenziali.

e che, chiaramente, dovranno essere supportati da costi (fornitura di beni e servizi) inerenti l'attività dell'azienda successiva alla presentazione della domanda di concordato.

I DATI DELL'ESPERIENZA

L'anomala finanza da concordato

Come noto, il ricorso alla procedura di concordato preventivo, che si formalizza sin dal deposito della domanda in tribunale ancorché con la richiesta di riserva di cui al comma 6 dell'art. 161 l.fall., non priva l'imprenditore della rappresentanza dell'impresa né della relativa capacità di gestione, seppure nei limiti di cui all'art. 167. Ne consegue pertanto che, nella fase interinale, l'impresa, continuando a svolgere regolarmente la sua attività di fatto godrà di un *cash flow* "anomalo", costituito dagli incassi per la riscossione dei propri crediti a fronte del "congelamento" del pagamento dei propri debiti, disponendo così di una finanza liquida straordinaria che è assolutamente necessario assoggettare al controllo del commissario giudiziale. In particolare, tale finanza è spesso costituita dalla così detta "decanalizzazione" dei crediti anticipati dalla banche, operazione con la quale il debitore ricorrente, spesso già prima della presentazione della domanda di concordato ed in previsione della stessa, "dirotta" gli incassi dei propri crediti dalla banca – che li ha anticipati – su di un nuovo conto presso altra banca. Operazione questa da attenzionare in particolar modo in quanto oggetto di forte critica dottrina in ordine alla sua "legittimità", cui pure alcuni tribunali hanno fatto conseguire pronuncia di condanna per il debitore¹⁴.

Nella fase interinale quindi, e in particolar modo in costanza della predetta situazione finanziaria, forte è la "tentazione" del debitore ad avere comportamenti preferenziali nei confronti dei creditori, fosse anche solo per mantenere buoni rapporti coi fornitori strategici rispetto a creditori ininfluenti sull'andamento della gestione aziendale – quali, ad esempio, l'erario o gli enti previdenziali – ovvero garantirsi prestazioni e servizi diversamente poco sicuri (spesso realizzati anche in maniera "indiretta" come, ad esempio, la sopravvalutazione delle forniture dei beni o dei servizi). L'adeguato controllo della gestione della finanza disponibile all'azienda nella fase interinale e dell'uso che ne fa il debitore, ma anche delle cause da cui la stessa trae origine, rientra quindi sicuramente tra le attività primarie del commissario giudiziale in tale fase, che dovrà eseguire attentamente anche sulla scorta dei seguenti criteri di controllo e per i quali i pagamenti:

- devono essere relativi alla gestione ordinaria dell'azienda;
- devono riguardare costi insorti successivamente alla presentazione delle domande di concordato e risultare congrui e pertinenti;
- devono essere eseguiti con una logica del buon padre di famiglia, senza preferenze (ancorché tali crediti siano tutti prededucibili).

¹⁴ Trib. Milano, Sez. specializzata in materia di imprese B, sent. 11941/2015, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

Operativamente il controllo sarà eseguito mediante l'acquisizione delle schede di conto delle attività finanziarie (cassa, banche, carte di credito, ecc.) e di tutti gli altri conti aziendali verificando a campione, e specie per i movimenti finanziari più significativi, i requisiti dei pagamenti così come innanzi esposti. La quadratura generale invece sarà data dall'accertamento dei costi a vario titolo maturati nel periodo successivo alla presentazione della domanda, e quindi dai debiti per tali costi pendenti alla data della verifica, mentre la differenza dovrà coincidere con i pagamenti in questione effettuati in pendenza della domanda di concordato.

Essenziale a tale scopo sarà, quindi, oltre l'elenco dei creditori allegato alla domanda e l'eventuale suo aggiornamento, la documentazione indicata ai paragrafi 3.1 e 3.2, al cui esito, il C.G. darà preciso riscontro al tribunale nelle relazioni periodiche che eventualmente gli verranno richieste, ovvero con apposita informativa in caso di accertamento di violazioni ai principi e alle regole del concordato.

CASO 1. – REVOCA EX ART. 173 L.FALL. PER PAGAMENTO DEBITI ANTERIORI SOLO PER ATTI DI NATURA FRAUDOLENTA – CASS. 19/02/2016, N. 3324

Fatti: Una società ammessa alla procedura di concordato preventivo veniva dichiarata fallita a seguito della revoca all'ammissione, ai sensi dell'art. 173, comma 2, l.fall., e dell'istanza di fallimento promossa dal P.M.

Contro la sentenza di fallimento proponevano reclamo, ex art. 18 l.fall., la società debitrice e una sua creditrice presso la Corte d'Appello territorialmente competente la quale, tuttavia, respingeva il predetto reclamo. Alla base delle motivazioni addotte dalla Corte territoriale vi era l'osservazione che l'esclusione dell'omessa comunicazione ai creditori della fissazione dell'udienza camerale per la revoca del concordato, finalizzata a consentire agli stessi di richiedere il fallimento della debitrice, non comportasse la nullità del procedimento per violazione del diritto di difesa della creditrice. La Corte territoriale confermava altresì nel merito che i vari e reiterati pagamento di debiti, sorti sia in data anteriore che posteriore all'apertura della procedura concordataria, eseguiti dalla debitrice in difetto di autorizzazione del G.D., oltre che la violazione di altre regole cogenti tempestivamente segnalate dal Commissario Giudiziale, integravano altrettante ragioni di revoca del provvedimento di ammissione.

Domande delle parti: proposto ricordo per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., avverso la sentenza emessa dalla Corte d'Appello, la società fallita e la sua creditrice, nella veste di ricorrenti, denunciavano:

– con il primo e secondo motivo il rigetto dell'eccezione con la quale avevano dedotto la nullità della sentenza dichiarativa per **violazione del diritto di difesa dei creditori**, cui non era stata data comunicazione del decreto di fissazione dell'udienza per la

revoca del concordato. In particolare, le ricorrenti sostenevano che la creditrice, in quanto titolare di una distinta ed autonoma posizione giuridica rispetto a quella della debitrice, aveva un autonomo interesse ad ottenere una pronuncia sulla fondatezza, nel merito, dell'eccezione; assumevano, inoltre, che il ragionamento della corte territoriale sarebbe stato viziato dall'indimostrata petizione di principio che l'interesse dei creditori concordatari fosse necessariamente in conflitto con quello del debitore, laddove, al contrario, essi avrebbero potuto ritenere assai più conveniente che la crisi d'impresa si risolvesse attraverso il concordato anziché sfociare nella dichiarazione di fallimento: ciò, in conclusione, fonderebbe il diritto dei creditori a partecipare ed a contraddire nel subprocedimento di revoca ex art. 173, l.fall., in quanto l'esito potrebbe pregiudicarli;

– con il terzo e quarto motivo lamentavano, rispettivamente sotto il profilo della violazione di legge e del vizio di omessa motivazione, la decisione assunta nel merito dalla corte territoriale la quale aveva ritenuto che il pagamento dei debiti scaduti, eseguiti dalla società debitrice senza l'autorizzazione del giudice delegato, comportasse l'**automatica revoca del concordato**, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 173, l.fall.

Particolarità del caso: Il caso in esame consente di affrontare la delicata tematica inerente il rapporto tra pagamento di crediti anteriori e revoca dell'ammissione al concordato preventivo (ovvero della dichiarazione di improcedibilità, nel caso ciò avvenga nel concordato con riserva); in particolare, la Suprema Corte afferma il **principio di diritto** per cui «I pagamenti eseguiti dall'imprenditore ammesso al concordato preventivo in difetto di autorizzazione del giudice delegato non comportano l'automatica revoca, ai sensi dell'art. 173, ult. comma, l.fall., dell'ammissione alla procedura, la quale consegue solo all'accertamento, che va compiuto dal giudice del merito, che tali pagamenti sono diretti a frodare le ragioni dei creditori, in quanto pregiudicano le possibilità di adempimento della proposta formulata con la domanda di concordato».

Alla base di tale principio di diritto si rinvergono diversi argomenti quali:

Il tenore testuale del comma 4, dell'art. 182-*quinquies* l.fall., il quale induce a ritenere che il legislatore abbia, in linea di principio, inteso includere tra gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione anche i pagamenti dei crediti anteriori, sottolineando come la violazione della regola della *par condicio* sia consentita solo se volta ad assicurare il buon esito della procedura. Ciò non significa, tuttavia, che qualsivoglia pagamento di un debito anteriormente sorto, ove eseguito in difetto di autorizzazione, comporti senz'altro la revoca dell'ammissione al concordato ex art. 173, ult. comma, l.fall. ma, al contrario, è ammessa la deroga alla regola del divieto di pagamento dei crediti anteriori, alle condizioni ivi previste (attestazione di un professionista; essenzialità delle prestazioni pagate per la prosecuzione dell'attività d'impresa; migliore soddisfazione dei creditori).

Dalla lettura dell'art. 173, ult. comma, laddove si prevede che la revoca consegue al compimento " di atti non autorizzati [...] o *comunque* diretti a frodare le ragioni dei creditori"; in tal caso, ben può intendersi che il termine "comunque" vada inteso nel senso che deve essere in ogni caso accertata la **natura fraudolenta dell'atto non autorizzato**, in quanto interpretazione maggiormente aderente all'attuale disciplina dell'istituto, tenuto conto delle rilevanti novità che lo caratterizzano e dell'indubitabile *favor* accordato dal legislatore della riforma alla soluzione negoziata della crisi d'impresa. Come sostiene la Corte di legittimità, un primo argomento a sostegno di tale tesi "meno restrittiva" può ricavarsi dal fatto che non vi è più la sindacabilità della condotta dell'imprenditore sotto l'aspetto della "meritevolezza", e che non compete al giudice di accertare la fattibilità economica del piano né la convenienza economica della proposta ragion per cui non si comprenderebbe perché il pagamento compiuto in difetto di autorizzazione dovrebbe costituire motivo di revoca – *sic et simpliciter* – indipendentemente dall'accertamento del suo disvalore oggettivo (che è ciò che connota l'atto di frode), ovvero dalla sua concreta idoneità a pregiudicare l'interesse dei creditori. Ciò è da valutare in funzione dell'obiettivo finale che il piano presentato da debitore si prefigge e delle modalità operative attraverso le quali detto obiettivo dovrebbe realizzarsi.

Ulteriore elemento da valutare è il rilievo che l'esercizio dell'impresa da parte del debitore ammesso al concordato non è più soggetto alla direzione del giudice delegato; ciò induce a ritenere che il potere di autorizzazione del giudice, tuttora contemplato dall'art. 167, comma 2, l.fall., inerisca a quegli atti che, per la loro rilevanza, potrebbero incidere negativamente sul patrimonio del debitore e/o risultare incompatibili con quelli eventualmente già previsti ai fini della realizzazione del piano, rispetto ai quali si giustifica il permanere della loro sottoposizione al controllo di legittimità.

Infine, va considerato che il criterio della "**migliore soddisfazione dei creditori**" – solo di recente espressamente codificato, sempre con riferimento al concordato in continuità, negli artt. 182-*quinquies*, commi 1 e 4, e 186-*bis*, l.fall. – individua una sorta di "clausola generale", come sostenuto da autorevole dottrina, applicabile in via analogica a tutte le tipologie di concordato (ivi compreso quello meramente liquidatorio) quale regola di scrutinio della legittimità degli atti compiuti dal debitore ammesso alla procedura.

Alla luce delle argomentazioni testé richiamate, dunque, non solo il compimento dell'atto non autorizzato non comporta l'automatica revoca (o improcedibilità) dell'ammissione al concordato, ma il disvalore oggettivo di tale atto – ossia il pregiudizio che esso arreca alla consistenza del patrimonio del debitore – va verificato potendo, di contro, il pagamento di crediti anteriori risolversi in un accrescimento, anziché in una diminuzione della garanzia patrimoniale offerta ai creditori e tendente, dunque, al loro miglior soddisfacimento.

Giurisprudenza successiva conforme: Cass. n. 3325/2016 e Cass. n. 7066/2016.

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX