

# Tribunale di Livorno

## *Ufficio Fallimentare*

— • —

### **Linee guida per il corretto ed uniforme operato dei Commissari Giudiziali nella «fase prenotativa» della procedura di concordato preventivo**

— • —

Le presenti linee guida hanno la finalità di uniformare, nell’ottica di una prassi corretta ed adeguata al ruolo, l’operato dei commissari giudiziali, fin dalla fase prenotativa. I giudici dell’Ufficio fallimentare hanno infatti sovente riscontrato comportamenti discordanti nell’operato dei professionisti nominati a ricoprire questo delicato ruolo, in un contesto normativo, a dire il vero, assai carente in tema di indicazioni operative dedicate a questo importante organo della procedura.

Il presente documento, senza pretesa di rivestire carattere esaustivo, vuole, da un lato, fornire istruzioni di carattere operativo e, dall’altro lato, segnalare ai professionisti incaricati alcuni aspetti del corretto operato del commissario giudiziale che i giudici dell’Ufficio fallimentare ritengono imprescindibili, pur nel segnalato contesto di una normativa ancora lacunosa sul punto.

Le linee guida che seguono sono opportunamente declinate in funzione della fase prenotativa, in funzione delle (ben diverse) funzioni attribuite al commissario giudiziale in questo contesto (si dà per scontata, come oramai è prassi, la nomina del commissario giudiziale anche nella fase prenotativa, per quanto, come noto, non obbligatoria). Invero, queste linee guida, per quanto volte ad uniformare l’operato dei commissari giudiziali contengono indicazioni estremamente utili per tutti gli attori del procedimento (imprenditore concordatario, consulenti, attestatore).

#### ***Indicazioni per la lettura di questo documento***

Preme precisare che al fine di agevolare la lettura di questo documento, di per sé piuttosto complesso, le note, anziché a piè di pagina, sono state tutte riportate alla fine. Di esse, tuttavia, **si raccomanda la lettura** in quanto non soltanto costituiscono parte integrante del documento, ma in molti casi contengono approfondimenti essenziali ai fini della piena comprensione del testo.

— • —

**SOMMARIO:** **1.** Premessa: le funzioni del commissario giudiziale nella fase prenotativa – **2.** Indicazioni generali in tema di attività di vigilanza – **3.** La vigilanza in rapporto agli obblighi informativi di cui all’art. 161, comma 8, l.f. – **4.** La vigilanza nei casi di continuità aziendale, diretta, indiretta o temporanea – **5.** Il rilascio dei pareri tassativi

— • —

## **1. Premessa: le funzioni del commissario giudiziale nella fase prenotativa**

L’attività del commissario giudiziale nominato nella fase prenotativa del concordato presenta caratteristiche in parte diverse da quelle che contraddistinguono la fase piena, risultando talune funzioni di

questa fase del tutto incompatibili con la fase prenotativa (si pensi, ad esempio, ad attività quali la verifica dell'elenco dei creditori ai sensi dell'art. 171 l.f., alla redazione dell'inventario del debitore e alla relazione di cui all'art. 172 l.f., alle comunicazioni ai creditori in caso di mutamento delle condizioni di fattibilità del piano concordatario previste dall'art. 179 l.f., e così via).

Le funzioni attribuite al commissario giudiziale nella fase prenotativa sono quindi specifiche e possono essere riassunte come segue tenuto conto del quadro normativo di riferimento:

- vigilanza circa il compimento da parte del debitore di condotte previste dall'art. 173 l.f. con obbligo di relazione al tribunale;
- vigilanza circa il rispetto da parte del debitore degli obblighi informativi periodici e sull'attività del debitore finalizzata alla predisposizione della proposta e del piano;
- vigilanza sull'amministrazione dei beni e sull'esercizio dell'impresa da parte del debitore ai sensi dell'art. 167, comma 1, l.f.;
- formulazione di pareri nei casi tassativamente previsti dalla legge.

Ne consegue che al fine di individuare più precisamente le specifiche attribuzioni del commissario giudiziale nella fase antecedente all'ammissione alla procedura è possibile distinguere, in buona sostanza, tra *attività di vigilanza (variamente declinata)* e *attività finalizzata al rilascio di specifici pareri*.

## 2. Indicazioni generali in tema di attività di vigilanza

---

L'attività di vigilanza del commissario giudiziale sugli atti del debitore nella fase prenotativa – che trova il proprio fondamento nell'art. 167, comma 1, l.f. – è funzionale (i) all'esercizio del potere di attivare il procedimento *ex art. 173 l.f.* per la «revoca dell'ammissione al concordato» (ma trattandosi di fase anteriore all'ammissione più che di *revoca* si tratterà piuttosto di un sub-procedimento volto a dichiarare, se del caso, l'*improcedibilità* della domanda) e (ii) all'adozione di un provvedimento di abbreviazione del termine fissato con il decreto di cui all'art. 161, comma 6, l.f.

Al fine del corretto e puntuale svolgimento di questa importante funzione, ritengono i giudici dell'Ufficio fallimentare che il commissario giudiziale debba opportunamente attenersi, innanzitutto, alle indicazioni di seguito riportate.

### 1. Analisi documentale

È opportuno che il commissario giudiziale avvii la propria attività di vigilanza sulla base, intanto, dei documenti che il debitore deve depositare ai sensi dell'art. 161, comma 6, l.f. (bilanci degli ultimi tre anni ed elenco nominativo dei creditori); è altresì opportuno che il commissario giudiziale esamini le scritture contabili cui l'impresa è obbligata, già nella fase prenotativa, a tenere «*a disposizione del giudice delegato e del commissario giudiziale*» ai sensi dell'art. 170, comma 2, l.f. (previsto come immediatamente applicabile dall'art. 161, comma 6, l.f.)<sup>(1)</sup>.

**Suggerimenti operativi.** In tal senso, è buona prassi già effettuare una prima verifica e riconciliazione tra le scritture contabili depositate e quanto pubblicato nell'ultimo bilancio di esercizio approvato. Primario obiettivo dovrà quindi esser quello di confinare le ragioni che hanno condotto al grave stato di

crisi.

## 2. Condotte rilevanti ai sensi dell'art. 173 l.f.

Il commissario giudiziale, in forza del richiamo contenuto nell'art. 161, comma 6, l.f., ha il dovere di verificare, anche nella fase prenotativa, se l'imprenditore ha tenuto o tiene una delle condotte descritte dall'art. 173 l.f., ossia, se l'impresa in crisi proponente, dopo la presentazione del ricorso prenotativo, ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti, ovvero commesso altri atti di frode ai creditori <sup>(2)</sup>; verificata l'esistenza di una di queste condotte, il commissario giudiziale dovrà tempestivamente riferirne al tribunale per l'apertura del procedimento finalizzato alla dichiarazione di improcedibilità della domanda o, ove ne ricorrano i presupposti soggettivi ed oggettivi, alla dichiarazione di fallimento <sup>(3)</sup>; il commissario giudiziale dovrà altresì segnalare immediatamente alla Procura della Repubblica, ai sensi dell'art. 165, comma 5, l.f., eventuali circostanze indiziarie di pregresse od attuali condotte distrattive od altri fatti che possano assumere rilievo per le indagini penali <sup>(4)</sup>.

**Suggerimenti operativi.** A questi fini, il commissario giudiziale dovrà quanto meno *(i)* richiedere ed analizzare gli estratti conto, i partitari contabili e il Libro Giornale del periodo ed *(ii)* esaminare le variazioni «sospette» tra il bilancio dell'ultimo esercizio della società *in bonis* e la situazione alla data del deposito del ricorso, nonché tra quest'ultima e le successive allegate alle informative mensili. Inoltre, il commissario giudiziale dovrà porre particolare attenzione riguardo ad eventuali operazioni compiute con parti correlate o con altri soggetti che, per le loro caratteristiche o le modalità con le quali sono state attuate, possano ingenerare il sospetto di un conflitto di interessi.

## 3. Atti di straordinaria amministrazione

Il commissario giudiziale, per effetto di quanto disposto dall'art. 161, comma 7, l.f., è chiamato a vigilare con la massima attenzione che l'impresa concordataria non ponga in essere atti di *straordinaria amministrazione* senza la necessaria autorizzazione del tribunale; al riguardo, si ricorda che, tenuto conto della fase preconcordataria nella quale l'impresa si trova che presuppone lo stato di crisi, non al regime comune della gestione, bensì ai principi dettati dalle norme di contesto, tra le quali in particolare l'art. 167, comma 2, l.f., si dovrà far riferimento ai fini della distinzione tra atti di *ordinaria* e *straordinaria* amministrazione (Cass. 14713/2019) <sup>(5)</sup>; più in particolare, ai fini del corretto svolgimento dell'attività di vigilanza rispetto a questo delicato profilo, **il commissario giudiziale dovrà attenersi** alle seguenti fondamentali indicazioni:

- 3.1. in relazione alla qualificazione dell'atto compiuto si deve pur sempre valutare la particolare situazione in cui versa il debitore, e quindi considerare l'ordinarietà dell'atto anche in base al **criterio di funzionalità** che lo stesso finisce per avere in base alle finalità ricercate, vale a dire il raggiungimento della composizione della crisi attraverso un (benché successivo) piano di concordato, liquidatorio o con continuità, che in ogni caso tuteli la migliore soddisfazione dei creditori;

- 3.2. per consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, la concreta riconducibilità dell'atto alla categoria generale, residuale, degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, di cui all'ultima parte dell'art. 167 l.f., deve essere riferita alla ricorrenza, nell'atto, di connotati analoghi a quelli delle figure negoziali tipizzate (a titolo esemplificativo) dalla norma («mutui, transazioni, compromessi, fideiussioni, rinunzie» e simili); il che equivale a dire che l'eccedenza in concreto dalla ordinaria amministrazione viene **a dipendere dalla oggettiva idoneità dell'atto a incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o compromettendone comunque la capacità di soddisfare le ragioni dei creditori**, alla cui tutela la misura della preventiva autorizzazione è predisposta; per cui se sono di ordinaria amministrazione gli atti di comune gestione dell'impresa strettamente aderenti alle finalità e dimensioni del suo patrimonio e quelli che – sebbene comportino una spesa – lo migliorano o anche solo lo conservano, **ricadono invece nell'area della amministrazione straordinaria gli atti suscettibili di ridurlo o di gravarlo di pesi o vincoli cui non corrispondano acquisizioni di utilità reali e prevalenti** (Cass. 1433/1974, Cass. 1357/1999, Cass. 20291/2005, Cass. 578/2007, Cass. 14713/2019);
- 3.3. l'orientamento testé citato, che i giudici dell'Ufficio fallimentare condividono, deve essere tuttavia modulato sulla specificità del concordato con riserva, rispetto al quale la mancanza della proposta e del piano rende più difficile calibrare i concetti di ordinarietà o di straordinarietà degli atti, con immediati riflessi in termini di maggiori difficoltà nell'esercizio dell'attività di vigilanza da parte del commissario giudiziale; invero, **atti astrattamente qualificabili come di ordinaria amministrazione se compiuti nel normale esercizio di una impresa possono, invece, assumere un diverso connotato se compiuti dopo la presentazione di una domanda di concordato** (Cass. 14484/2004) (6);
- 3.4. nello svolgimento dell'attività di vigilanza in ordine al compimento di atti di straordinaria amministrazione, il commissario giudiziale dovrà altresì attentamente valutare – sempre in coerenza con la situazione nell'ambito della quale gli atti sono posti in essere – **che uno stesso atto suscettibile di essere qualificato come atto di ordinaria amministrazione in una prospettiva di concordato con continuità aziendale potrebbe non esserlo nel contesto di una procedura concordataria avente finalità essenzialmente liquidatoria** (se pur con le opportune differenziazioni laddove vi sia, ad esempio, la necessità di concludere contratti in essere prima della liquidazione); tutto ciò nella piena consapevolezza che **da atti qualificati come di ordinaria amministrazione scaturiscono, inevitabilmente, crediti da riconoscersi in prededuzione**;
- 3.5. ai fini della concreta applicazione dei principi suesposti, il commissario giudiziale dovrà tenere nella massima considerazione il contenuto della domanda prenotativa di concordato, **dovendo verificare l'esistenza di una minima discovery**, ossia di indicazioni, ancorché essenziali ma comunque idonee a comprendere il tipo di proposta che l'impresa intenderà poi presentare, così

da poter stabilire verso quale forma di concordato abbia inteso indirizzarsi, quale elemento fondamentale di confronto per la corretta qualificazione degli atti compiuti dall'impresa concordataria; da ciò ne consegue l'importante indicazione per i commissari giudiziali, **che ove la domanda sia prospettata come veramente «in bianco», ossia senza che da essa non si possa trarre indicazione alcuna circa le modalità con le quali l'impresa intenda regolare la propria crisi, l'atto incidente sul patrimonio dovrà essere necessariamente qualificato come eccedente l'ordinaria amministrazione** (Cass. 14713/2019).

#### 4. Pagamento di crediti anteriori

In considerazione del fatto che gli effetti riconducibili alla cd. «cristallizzazione del passivo» di cui agli articoli 168 e 169 l.f. si verificano, come noto, fin dal momento del deposito della domanda prenotativa, il commissario giudiziale è altresì chiamato a vigilare che **l'impresa concordataria non effettui pagamenti anteriori al deposito** (*rectius*: alla relativa pubblicazione nel registro delle imprese) **del ricorso di cui all'art. 161, comma 6, l.f., al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 182-quinquies, comma 5, l.f.**; preme tuttavia precisare che siffatta rilevante attività di vigilanza dovrà essere svolta dal commissario giudiziale nella (più circoscritta rispetto al passato) prospettiva derivante dal principio declinato in tale materia dalla più recente giurisprudenza di legittimità, in base al quale *«i pagamenti eseguiti dall'imprenditore ammesso al concordato preventivo in difetto di autorizzazione del giudice delegato non comportano l'automatica revoca, ai sensi della L. Fall., art. 173, u.c., 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»* (Cass. 3324/2016; Cass. 16808/2019); al fine della corretta applicazione di tale importante principio sul piano operativo, i commissari giudiziali dovranno considerare quanto segue:

- 4.1. secondo il sopra citato orientamento, la Corte di Cassazione ritiene che il rigore che connotava il principio espresso in precedenti sentenze della stessa Corte (da ultimo in Cass. 578/2007), in base al quale il pagamento di crediti prededucibili in quanto di per sé lesivo della *par conditio creditorum* determinerebbe la revoca automatica del concordato, non possa trovare applicazione nel concordato preventivo così come ridisegnato, a partire dal 2005, da molteplici interventi legislativi;
- 4.2. si può convenire sul fatto che la premessa dalla quale muove il precedente orientamento trovi oggi un positivo riscontro nella norma dettata in materia di concordato con continuità aziendale sulla base del disposto dell'art. 182-quinquies, comma 4, l.f., che induce a ritenere che il legislatore abbia, in linea di principio, inteso includere fra gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione anche i pagamenti dei crediti anteriori, sottolineando come la violazione della regola della *par conditio* sia consentita solo se volta ad assicurare il buon esito della procedura; da ciò **non se ne deve però necessariamente inferire che qualsivoglia pagamento di un debito anteriormente sorto, ove eseguito in difetto di autorizzazione, comporti senz'altro la revoca**

**dell'ammissione al concordato ai sensi dell'art. 173 l.f. (7);**

- 4.3.** in definitiva, sulla base dell'orientamento della Corte di Cassazione qui accolto, poiché l'autorizzazione del giudice è finalizzata al rispetto della proposta negoziale formulata con la domanda di concordato, **non possono ritenersi atti di frode i pagamenti non autorizzati che non pregiudichino le possibilità di adempimento della proposta** e, dunque, di ripartizione dell'attivo fra i creditori concordatari secondo i tempi e le percentuali in essa prevista. E a tale principio dovrà attentamente uniformarsi l'attività dei commissari giudiziali nello svolgimento dell'attività di vigilanza in merito al pagamento di debiti anteriori all'avvio della fase prenotativa.

**Suggerimenti operativi.** A questi fini, il commissario giudiziale dovrà richiedere ed analizzare gli estratti conto, i partitari contabili, copia delle fatture pagate, nonché il Libro Giornale del periodo.

## 5. Ricognizione dei contratti esistenti

Ritengono, inoltre, i giudici dell'Ufficio fallimentare che, per quanto non espressamente previsto dal quadro normativo di riferimento, nell'attività di vigilanza dei commissari giudiziali sull'esercizio dell'impresa nella fase prenotativa della procedura debba opportunamente ricomprendersi anche un'attività di indirizzo da svolgersi nei confronti del debitore (ma anche dei suoi consulenti) affinché provveda ad una immediata ricognizione di tutti i contratti esistenti, suscettibili di generare debiti da soddisfare in prededuzione, finalizzata a una puntuale individuazione di quelli per i quali potrebbe essere opportuno, se possibile, il procedimento di cui all'art. 169-*bis*, l.f. a tutela del ceto creditorio (8).

**Suggerimenti operativi.** A questi fini, il commissario dovrà richiedere ed analizzare le copie dei principali contratti in corso alla data del deposito della domanda prenotativa di concordato. Particolare attenzione dovrà essere posta, in particolare, in merito ai *contratti bancari* in essere alla data della pubblicazione della domanda prenotativa, in specie per quanto attiene ai **contratti di anticipazione bancaria con mandato all'incasso e annesso patto di compensazione**, fattispecie che si rinviene in un ampissimo numero di casi, ciò alla luce anche dei recenti orientamenti espressi sul punto dalla Corte di Cassazione e delle novità su questo stesso tema nel Codice della Crisi d'impresa e dell'Insolvenza (9)

## 6. Pagamenti a favore di advisors e attestatore/i

Nel presupposto della massima tutela del ceto creditorio rispetto ad un deterioramento delle risorse disponibili che potrebbe determinarsi per effetto dell'accesso alla procedura concordataria, si ritiene che il commissario giudiziale debba monitorare i pagamenti eseguiti a favore dei professionisti che coadiuvano l'imprenditore ai fini della presentazione della domanda di concordato (consulenti legali, consulenti contabili/finanziari e attestatore) anche in funzione dei compensi complessivamente pattuiti. In particolare, in tema di pagamento di compensi professionali in costanza di procedura preconcordataria preme puntualizzare quanto segue:

- 6.1.** in primo luogo, il commissario giudiziale, assunta la carica, dovrà verificare l'esistenza di una

previsione contrattuale valida e opponibile che possa giustificare, se del caso, un'eventuale richiesta di pagamento da parte del professionista durante la fase prenotativa (richiesta che altrimenti dovrà essere respinta *in limine*);

- 6.2. la cogenza degli impegni negoziali, per un verso, e il carattere prededucibile del credito, per l'altro, inducono a ritenere possibile per il debitore in pre-concordato di effettuare il pagamento senza la previa autorizzazione *ex art. 161, comma 7, l.f.*, non trattandosi, in linea di principio, di atto di straordinaria amministrazione; si ritiene, tuttavia, che, *al fine di evitare abusi a danno dei creditori*, un limite debba ravvisarsi in quelle situazioni nelle quali risultino: (i) particolarmente incerta l'eventualità che vengano effettivamente depositati domanda e piano concordatari; (ii) oggettivamente sproporzionati gli importi da corrispondere a titolo di acconto in rapporto all'entità di attivo e passivo concordatari; (iii) ancora eccessivamente vaghi (se non indefiniti) i contorni del piano concordatario nell'imminenza dello scadere del termine per il relativo deposito; in situazioni di questo tipo parrebbe preferibile **non dar corso a pagamenti fino all'ammissione al concordato**; e ciò, a ben vedere, a tutela dello stesso debitore, stante il pericolo per lui di essere tacciato di condotte abusive;
- 6.3. conseguentemente, ove i compensi appaiono sostanzialmente congrui e non vi siano specifiche o comprovate ragioni che depongano nel senso del pressoché sicuro insuccesso dell'iniziativa concordataria, **è da ritenersi possibile** il pagamento di acconti sui compensi spettanti ai professionisti coinvolti, a vario titolo, nella presentazione della domanda di concordato, ferma restando sul punto la necessaria vigilanza del commissario giudiziale, rispetto alla quale appare senz'altro opportuno che, in ogni caso, l'impresa concordataria comunichi al commissario giudiziale l'intenzione di procedere al pagamento di detti acconti e la relativa entità.

**Suggerimenti operativi.** A questi fini, il commissario giudiziale dovrà richiedere ed analizzare gli estratti conto del periodo e copia dei mandati professionali dei consulenti dell'impresa concordataria e dell'attestatore, nonché, al fine di poter valutare la congruità dell'acconto che l'impresa concordataria intende corrispondere al singolo professionista (consulente e/o attestatore), idonea documentazione dalla quale poter ricavare quali attività sono state compiute da questo professionista.

## 7. Comunicazione iniziale del commissario all'imprenditore, ai consulenti e all'attestatore

Stante la particolare rilevanza dei temi che precedono, ne consegue l'opportunità che, quale primo atto da porre in essere immediatamente dopo l'accettazione della carica, il commissario giudiziale incaricato già nella fase prenotativa, provveda all'invio a mezzo posta elettronica certificata all'imprenditore – e per conoscenza ai suoi consulenti e all'attestatore (la cui nomina invero dovrebbe già risultare, preferibilmente, dalla domanda prenotativa di concordato) di idonea comunicazione avente la finalità di:

- 7.1. invitare l'imprenditore a porre la massima attenzione alla distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione nella continuazione dell'attività d'impresa e alle conseguenze derivanti dal compimento di atti di straordinaria amministrazione senza la necessaria autorizzazione del tribunale *ex art. 161, comma 7, l.f.*;

- 7.2. segnalare all'imprenditore il divieto di pagamento di debiti sorti anteriormente al deposito (*recitius*: pubblicazione del deposito nel registro dell'impresa) della domanda prenotativa di concordato – salvo che tale pagamento sia stato autorizzato quale atto di straordinaria amministrazione ai sensi dell'art. 161, comma 7, l.f. ovvero, trattandosi di un concordato già chiaramente qualificabile fin dalla fase prenotativa, quale concordato con continuità aziendale, sia stato autorizzato ai sensi dell'art. 182-*quinquies*, comma 5, l.f. ricorrendo tutti i presupposti previsti dalla norma – precisando le conseguenze derivanti dalla violazione di tale divieto; al fine di una più puntuale ed efficace vigilanza in merito a questo delicato aspetto, con la medesima comunicazione, il commissario giudiziale richiederà all'imprenditore:
- di **effettuare pagamenti esclusivamente a mezzo di bonifico bancario**, con la sola eccezione di spese di modestissimo valore per le quali potrà essere concesso all'imprenditore di gestire in piena autonomia giacenze di cassa di modesta entità;
  - di **concentrare**, per quanto possibile e se ciò non sia di particolare intralcio all'operatività aziendale, **i pagamenti di due/tre momenti ogni mese** (ad esempio intorno alla metà e alla fine di ogni mese);
  - di **comunicare, via email o pec, con un anticipo di almeno cinque giorni**, al commissario giudiziale, i pagamenti che in corrispondenza delle date suindicate saranno effettuati, così da consentire un'opportuna vigilanza *ex ante* sui pagamenti da effettuarsi <sup>(40)</sup>; va da sé che questa comunicazione dovrà essere opportunamente corredata di idonea documentazione giustificativa, così da rendere più agevole e rapida l'attività del commissario giudiziale;
  - di **presentare una formulazione del diagramma temporale** avente ad oggetto la schedulazione sequenziale delle attività programmate per addivenire all'effettivo deposito del piano e della proposta concordataria;
- 7.3. invitare l'imprenditore ad effettuare una puntuale ricognizione dei contratti in essere dalla data del deposito della domanda prenotativa per le finalità indicate nel precedente punto 6;
- 7.4. acquisire copia dei contratti stipulati con i professionisti a vario titolo coinvolti nella predisposizione del piano e della proposta di concordato e del relativo piano dei pagamenti se non incluso nei rispettivi contratti.

### 3. La vigilanza in rapporto agli obblighi informativi di cui all'art. 161, comma 8, l.f.

---

#### Premessa

Nella fase prenotativa del concordato assume particolare rilevanza anche l'attività di vigilanza svolta dal commissario giudiziale in relazione agli obblighi informativi posti a carico dell'impresa debitrice *ex art. 161, comma 8, l.f.*, prevedendo la norma che tali obblighi siano assolti «*sotto la vigilanza del commissario giudiziale se nominato, sino alla scadenza del termine fissato*», il che conferma il ruolo fonda-



mentale che il commissario giudiziale è chiamato a svolgere già nella procedura di concordato preventivo con riserva.

Trattasi, in specie, di «*obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione del piano*» e del deposito con periodicità mensile, di una «*situazione finanziaria dell'impresa*». La norma non identifica in concreto gli obblighi informativi periodici e i criteri di esposizione della gestione finanziaria intervenuta nell'intervallo temporale di riferimento, il che lascia ampi margini di discrezionalità al tribunale, declinabili anche in rapporto alla singola procedura, nella determinazione della tipologia e del contenuto di detti obblighi. Ne consegue, che i doveri informativi potranno porsi, con una varietà di forme e contenuti, **ma nel rispetto del contenuto minimo stabilito dal tribunale** nel provvedimento di ammissione alla fase prenotativa della procedura.

Tuttavia, volendo organizzare con un minimo di sistematicità gli obblighi informativi cui la norma si riferisce, si può ritenere che essi consistano, in buona sostanza, da un lato, nella **relazione finanziaria mensile** (corredata di tutte le informazioni utili alla comprensione della gestione finanziaria dell'impresa) e dall'altro lato, **nelle informazioni da rendersi**, con una periodicità non definita a priori ma che ragionevolmente sarà coincidente con quella mensile di cui sopra, **in merito all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano**.

Nel caso in cui si prospetti l'ipotesi della predisposizione di un piano in continuità sarà necessario che il commissario giudiziale acquisisca anche idonea conoscenza degli elementi gestionali che dovranno caratterizzare l'inversione della dinamica economica. Si intende quindi che dovrà esser progressivamente valutata la portata delle azioni tese diversamente a modificare l'impostazione strategica dell'impresa, il suo assetto societario e, il modello organizzativo, nonché la composizione del fatturato e dei relativi costi.



### **La relazione finanziaria mensile**

Relativamente all'obbligo riguardante la **relazione finanziaria mensile**, ritengono i giudici dell'Ufficio fallimentare che essa, privilegiando in ogni caso il carattere della **schematicità** e della **sinteticità**, debba avere almeno il seguente contenuto:

- (a) lo *stato patrimoniale* alla data di riferimento della relazione mensile, posto a confronto con quello della precedente relazione mensile (o, per la prima relazione, della data di decorrenza degli obblighi informativi mensili);
- (b) il *conto economico* relativo all'arco temporale intercorrente tra l'inizio dell'esercizio e la data di riferimento della relazione mensile e il *conto economico* relativo all'arco temporale intercorrente tra la data di riferimento della relazione mensile e la data di riferimento della relazione precedente (o, per la prima relazione, della data di decorrenza degli obblighi informativi mensili) <sup>(11)</sup>;
- (c) il *rendiconto finanziario* redatto, non nella forma e secondo l'impostazione metodologica prevista dall'OIC 10, bensì in una forma semplificata, ma che consenta, comunque, di apprezzare tipologia ed entità dei flussi finanziari verificatisi nel periodo e di riconciliarli con le disponibilità liquide di

fine periodo, relativo all'arco temporale intercorrente tra la data di riferimento della relazione mensile e la data di decorrenza degli obblighi informativi mensili);

- (d) in relazione ai *rapporti bancari in essere*, un prospetto, in forma tabellare, per ognuno dei rapporti esistenti, ponendo a confronto le informazioni principali connesse al tipo di rapporto, all'ammontare delle giacenze o delle esposizioni, all'entità del fido accordato e del fido utilizzato <sup>(12)</sup> ed altre eventuali informazioni che possano essere di utilità ai fini del corretto esercizio dell'attività di vigilanza da parte del commissario giudiziale;
- (e) una parte illustrativa nella quale esporre: (i) i principali accadimenti che hanno caratterizzato la gestione del periodo interessato dalla relazione; (ii) una previsione aggiornata in merito al futuro svolgimento a breve dell'attività operativa, in particolare avendo riguardo alla residua frazione di periodo fino al termine previsto per il deposito della domanda di concordato; (iii) gli atti di straordinaria amministrazione già programmati che l'impresa concordataria intende sottoporre all'attenzione del tribunale per ottenere la relativa autorizzazione; (iv) ogni altra informazione che possa agevolare il commissario giudiziale nell'interpretazione dei dati riportati nei prospettivi quantitativi di cui ai punti (a)-(d).

#### ➡ **Attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano**

Se la vigilanza attuata mediante l'analisi e la verifica delle informazioni di cui sopra consente al commissario giudiziale (e quindi al tribunale) di monitorare adeguatamente l'andamento degli equilibri finanziari, economici e patrimoniali, non meno importante è la vigilanza riguardante gli **obblighi informativi connessi alla illustrazione dell'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano** avendo questa attività il precipuo scopo di evitare un utilizzo fraudolento del concordato preventivo, scongiurando così intenti meramente dilatori e il compimento di atti, che, ove la procedura (prenotativa) avesse esito negativo, potrebbero risultare pregiudizievoli per i creditori, aggravando così il dissesto dell'impresa o ritardandone il fallimento.

L'impresa debitrice, con la periodicità stabilita nel provvedimento di ammissione alla procedura prenotativa di concordato, dovrà quindi, in forma libera, rendere dettagliate informazioni in merito alle azioni già intraprese e che intende intraprendere per il componimento della crisi. L'informativa, per la quale la norma non individua un format prestabilito, dovrà essere resa con la massima cura e precisione al fine di consentire al commissario giudiziale e al tribunale di valutare se le attività che l'impresa debitrice con i suoi consulenti sta ponendo in essere possano ragionevolmente condurre al deposito della proposta e del piano concordato nel rispetto della tempistica concessa dal Tribunale.

Si considerino, riguardo a questo importante obbligo informativo, le seguenti fondamentali indicazioni:

1. fin dalla prima relazione presentata, l'impresa debitrice dovrà indicare, nell'ambito della più generale informativa in ordine alla attività in corso o programmate per addivenire alla formulazione della proposta e del piano, **il nominativo del professionista cui è stato affidato l'incarico di redigere la relazione di asseverazione** in funzione della strategia di regolazione della crisi che si intende

perseguire (concordato liquidatorio, concordato con continuità aziendale, accordo di ristrutturazione del debito); ritengono, infatti, i giudici dell'Ufficio fallimentare che **siano da censurarsi nel modo più assoluto** comportamenti consistenti nel ritardo nella nomina dell'attestatore in considerazione dell'ampiezza e della complessità delle attività di controllo che tale professionista deve normalmente svolgere;

2. qualora la domanda prenotativa di concordato avesse le sembianze di un ricorso realmente «in bianco», è necessario che l'impresa debitrice, proprio nell'ambito dell'assolvimento degli obblighi informativi periodici di cui trattasi, **chiarisca quanto prima la strategia di regolazione della crisi che intende effettivamente perseguire** (cioè, sostanzialmente, se trattasi di un concordato liquidatorio o di in concordato con continuità aziendale, tenuto conto anche delle indicazioni in ordine al cd. «concordato misto» ricavabili dalla sentenza della Corte di Cassazione 15 gennaio 2020, n. 734), poiché la fase prenotativa assume connotati diversi, sotto vari profili, anche in rapporto all'operato degli organi della procedura, in funzione della scelta in questo senso adottata dall'impresa (basti pensare, ad esempio, a talune opzioni previste dalla legge fallimentare per i soli concordati con continuità aziendale);
3. fermo restando che il commissario giudiziale non può intervenire nel merito delle scelte gestionali dell'impresa in crisi, non può entrare nel merito della convenienza economica delle scelte operate dall'impresa in crisi e dai suoi consulenti nella redazione del piano e non può fornire diretta consulenza all'imprenditore in crisi ai fini della elaborazione del piano concordatario, ritengono tuttavia i giudici dell'Ufficio fallimentare che il commissario giudiziale, nell'assolvimento della propria funzione di controllo riguardo alle attività svolte dall'impresa debitrice ai fini della predisposizione del piano **debba opportunamente fornire al debitore e ai suoi consulenti indicazioni** in merito al fatto che:
  - 3.1. il piano concordatario, in specie nell'ipotesi in cui esso, secondo la strategia di regolazione della crisi prescelta dall'impresa, si delinei lungo la direttrice della continuità aziendale diretta, dovrà per quanto possibile essere predisposto in linea con le indicazioni contenute nel Documento **«Principi per la redazione dei piani di risanamento»**, pubblicato nel Settembre 2017 dal Consiglio nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili <sup>(13)</sup>;
  - 3.2. la relazione di attestazione del professionista indipendente incaricato, nella declinazione che dovrà assumere in base alla configurazione definitiva del piano concordatario, dovrà essere redatta in conformità alle **linee guida** pubblicate sul tema dal Tribunale di Livorno e disponibili sul sito internet dello stesso;
  - 3.3. nell'ambito di concordati liquidatori o in presenza di *asset* non strategici nell'ambito di concordati con continuità aziendale (diretta o indiretta), ove si renda necessaria la stima di *beni immobili* (ma analogo ragionamento vale per altri beni strumentali o per la stima dell'avviamento), il commissario giudiziale avrà cura di segnalare all'impresa l'opportunità che le stime siano eseguite, preferibilmente, da professionisti indicati dal tribunale, in quanto con comprovata esperienza nel settore delle procedure, ciò al fine di evitare la duplicazione dei costi che si

*Piano concordatario nel caso di continuità diretta*

*Attestazione: rispetto delle linee guida*

*Suggerimento per la nomina di periti stimatori*

renderebbe necessaria, ove, in presenza di stime eseguite da professionisti nominati dall'impresa debitrice, nella successiva procedura concordataria, come quasi sempre accade, il commissario giudiziale ritenesse di dover acquisire nuove valutazioni ai sensi dell'art. 172, terzo comma, l.f.; va da sé che sarebbe ancor prima preferibile che l'impresa debitrice, proprio al fine di evitare duplicazioni di costi e dispendio di energie, provvedesse a richiedere la nomina di uno o più stimatori già con il ricorso di cui all'art. 161, sesto comma, l.f.;

**3.4.** nell'ambito delle situazioni di cui al precedente punto 3.3., il commissario giudiziale avrà altresì cura di segnalare all'impresa debitrice e ai suoi consulenti che il tribunale ritiene assolutamente preferibili proposte di concordato che, con particolare riguardo ai **beni immobili**, contengano proposte irrevocabili di acquisto formulate da soggetti che siano in grado di mantenere gli impegni assunti, e che, ove, invece, proposte non vi siano, gli immobili siano assunti nel piano concordatario, tra le attività, ad un valore non superiore a quello si potrebbe conseguire in sede di vendita del bene mediante procedura competitiva al terzo tentativo (nell'ipotesi che da un tentativo all'altro il prezzo base subisca una riduzione del 25%);

*Valore di presumibile realizzo di immobili non supportati da proposte di acquisto*

**3.5.** i **crediti**, di natura commerciale o di altra natura, facenti parte dell'attivo concordatario, dovranno essere oggetto di un attento processo di controllo finalizzato ad esporre nel piano concordatario il più attendibile valore di realizzo degli stessi, dovendosi a tal fine privilegiare processi valutativi che abbiano ad oggetto la singola posizione creditoria e che, ove invece ciò non sia possibile per la numerosità dei crediti singolarmente vantati e si debba quindi procedere a una svalutazione (prudenziale) per masse, ciò sia svolto con approcci metodologici rigorosi che tengano conto della anzianità dei singoli crediti e delle specifiche caratteristiche del soggetto debitore; il commissario giudiziale avrà quindi cura di segnalare all'impresa debitrice e ai suoi consulenti, nonché all'attestatore, che dovranno essere evitati, per quanto possibile, generiche svalutazioni forfettarie, dovendosi invece ritenere necessario acquisire informazioni specifiche sulla solvibilità dei debitori e considerare tutti i fattori che possono influire sulla esigibilità dei crediti (quali l'anzianità del credito, la presenza di contestazioni sulla cessione del bene o prestazione del servizio e così via) <sup>(14)</sup>;

*Valore di presumibile realizzo dei crediti variamente declinati*

**3.6.** le **partecipazioni** in società non quotate, in specie se di minoranza, potranno essere assunte nel piano, in linea di principio, solo qualora vi sia una proposta irrevocabile di acquisto o, quanto meno una manifestazione di interesse all'acquisto <sup>(15)</sup>; in questi casi, i valori assunti nel piano dovranno comunque essere supportati da una idonea perizia di stima per la quale devono ritenersi valide le indicazioni di cui al precedente punto 3.3.; in assenza di una proposta irrevocabile di acquisto o di una manifestazione di interesse all'acquisto, il valore stimato di presumibile delle partecipazioni potrà essere inserito nel piano concordatario soltanto se supportato da rigorose considerazioni che dimostrino l'effettiva realizzabilità di quel valore mediante procedure competitive di vendita o mediante vendite di natura privatistica.

*Valore di presumibile realizzo delle partecipazioni in altre imprese*

Le considerazioni che precedono mostrano quanto sia rilevante, diversamente da quel che spesso

erroneamente si ritiene, la funzione di vigilanza del commissario giudiziale anche in rapporto agli obblighi informativi. A tale funzione il commissario giudiziale è indirizzato e deve interessarsi, con il massimo scrupolo, **essendo chiamato a riferire con immediatezza al tribunale (i)** di eventuali violazioni riscontrate nell'adempimenti di tali obblighi da parte dell'impresa debitrice, che determinano a norma dell'art. 161, comma 8, l.f. l'applicazione dell'art. 162, commi 2 e 3, l.f. o **(ii)** di un'attività dell'impresa debitrice manifestamente inadatta alla presentazione del piano e della proposta dalla quale può derivare, sempre a norma dell'art. 161, comma 8, l.f., l'abbreviazione da parte del tribunale del termine inizialmente fissato a norma dell'art. 161, comma 6, l.f..

#### **4. La vigilanza nei casi di continuità aziendale, diretta, indiretta o temporanea**

---

In molti casi, la quasi totalità probabilmente, l'impresa che accede alla fase prenotativa del concordato lo fa in un contesto di continuità operativa essendo piuttosto raro il caso di attività aziendale già cessata al momento della presentazione del ricorso di cui all'art. 161, comma 6, l.f.. Del resto, la continuità aziendale può sussistere non soltanto nei casi in cui essa sia indispensabile ai fini del mantenimento in esercizio dell'attività d'impresa in quanto funzionale a una strategia di regolazione della crisi fondata su un piano concordatario che si sviluppa lungo la direttrice della continuità aziendale «diretta» o «indiretta», ma anche in tutti quei casi, invero molto frequenti, nei quali la continuazione dell'attività d'impresa sia indispensabile al fine di portare a termine attività o contratti in corso di esecuzione al momento dell'accesso alla procedura.

Poiché la continuazione dell'attività aziendale, se pur scevra dal gravame dei debiti maturati anteriormente al deposito della domanda prenotativa, può svolgersi in un contesto nel quale i costi sono, comunque, superiori ai ricavi <sup>(16)</sup>, l'attività di vigilanza che il commissario giudiziale è chiamato a svolgere in tutti questi casi dovrà essere alquanto incisiva al fine di evitare che la prosecuzione dell'attività si risolva in un aggravamento del dissesto o in una sottrazione di risorse finanziarie a beneficio della gestione corrente ma a (ulteriore) danno del ceto creditorio. In tal senso rilevante sarà il costante monitoraggio che il cronoprogramma attuativo delle azioni prodromiche alla definizione del piano e della proposta sia effettivamente rispettato dal debitore e dai suoi consulenti.

In questa prospettiva, i giudici dell'Ufficio fallimentare ritengono che il commissario giudiziale debba:

1. analizzare e valutare con la massima attenzione le relazioni presentate dall'impresa debitrice nel corso della fase prenotativa che, proprio per quanto sopra esposto, dovranno contenere non soltanto informazioni di natura finanziaria ma anche di natura economica (e patrimoniale) e, quindi, gestionale, come in precedenza si è osservato;
2. richiedere all'impresa debitrice idonee integrazioni documentali, laddove, avvalendosi anche del proprio «scetticismo professionale», reputi non convincenti le informazioni contenute nelle suddette relazioni;
3. sondare con i diversi *stakeholders* aziendali, *in primis* il sistema bancario, l'effettiva esistenza delle

condizioni ambientali a sostegno del piano risanatorio;

4. valutare con il massimo scrupolo situazioni nelle quali la continuazione dell'attività operativa sia motivata dall'impresa debitrice, non tanto dalla necessità di preservare il valore dell'azienda quale entità in funzionamento ai fini della sua prosecuzione o della sua vendita, quanto dalla stringente necessità di portare a termine opere in corso di esecuzione, adducendo che il mancato completamento delle stesse comporterebbe l'addebito di rilevanti penali da parte dei committenti (come potrebbe accadere nel caso di opere connesse a contratti di appalto in corso); il commissario giudiziale in questi casi dovrà acquisire tutta la documentazione utile ad un confronto tra la continuazione dell'attività aziendale in un contesto nel quale i costi superino i ricavi e i danni che potrebbero derivare, in termini di penalità addebitate dai committenti, dall'interruzione improvvisa dell'attività, considerando al riguardo che normalmente le penalità eventualmente addebitate dai committenti, sempre che siano realmente applicabili, potrebbero rappresentare un credito concorsuale (anche ai sensi dell'art. 169-bis, l.f.);
5. riferire con la massima tempestività al tribunale nel caso in cui, dalle informazioni comunque acquisite, abbia maturato il fondato convincimento (a) che l'ulteriore prosecuzione dell'attività d'impresa comporterebbe un sicuro pregiudizio del ceto creditorio in quanto l'impresa, anche dopo l'accesso al concordato, resta incapace di generare flussi netti di cassa positivi o (b) che i benefici derivanti dalla prosecuzione dell'attività non compensano i costi, in termini di utilizzo di risorse finanziarie altrimenti disponibili per il ceto creditorio.

## 5. Il rilascio dei pareri tassativi

---

Nelle specifiche situazioni previste dalla legge, ma anche al di fuori di queste occasioni ogniqualvolta il tribunale o il giudice delegato ritengano opportuno «sentire» il commissario giudiziale, questi è tenuto ad esprimere il proprio motivato parere.

Al riguardo, occorre preliminarmente rilevare che ove la domanda prenotativa sia prospettata come veramente «in bianco», ossia senza che da essa non si possa trarre indicazione alcuna circa le modalità con le quali l'impresa intenda regolare la propria crisi, essa appare senza dubbio inadatta a far sì che il debitore possa fruire delle potenzialità offerte dalla legge (si pensi, in particolare, alle opportunità previste per i concordati con continuità aziendale), con la conseguenza, già sottolineata (§ 3.), che il debitore, al fine di poter ottenere le autorizzazioni richieste dovrà quanto prima – o almeno progressivamente – precisare quale sia la strategia di soluzione della crisi che intende adottare.

Si ricorda che le ipotesi normativamente previste di **obbligatoria** acquisizione del parere del commissario giudiziale sono le **prime tre** di seguito riportate e brevemente commentate (a queste, se ne aggiunge, invero, anche una quarta, ossia quella riguardante il parere in merito alla manifesta inidoneità dell'attività del debitore rispetto alla predisposizione della proposta e del piano – questo argomento è stata tuttavia diffusamente affrontato nel precedente paragrafo al quale si fa completo rinvio).

Nell'analisi che segue è tuttavia affrontata anche un'**altra ipotesi** di parere del commissario giudiziale che, per quanto non obbligatoria per legge, in quanto non prevista, ricorre sistematicamente: trattasi del caso in cui l'impresa concordataria presenti istanza di rinvio del termine assegnato per il deposito del piano e della domanda di concordato.

**Parere in merito alla richiesta di autorizzazione dell'impresa debitrice al compimento urgente di atti di straordinaria amministrazione (art. 161, c. 7)**

Il commissario giudiziale è, innanzitutto, tenuto ad esprimere il proprio parere in ordine al possibile compimento da parte dell'impresa debitrice di atti di straordinaria amministrazione, stabilendo l'art. 161, comma 7, l.f., che il tribunale al fine di esprimere la necessaria autorizzazione «*deve acquisire il parere del commissario giudiziale, se nominato*».

Riguardo alla formulazione di questi importanti pareri, i giudici dell'Ufficio fallimentare forniscono le seguenti **tassative indicazioni**:

- (a) il commissario giudiziale dovrà valutare la natura straordinaria (o meno) dell'atto prospettato dall'impresa debitrice attenendosi rigorosamente alle linee interpretative – relativamente alla distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione – ricavabili dalla più recente giurisprudenza di legittimità richiamata nel punto 3 del precedente paragrafo 2.;
- (b) il commissario giudiziale dovrà formulare il proprio parere nella piena consapevolezza che l'atto per il quale l'impresa debitrice ha formulato istanza ai sensi dell'art. 161, comma 7, l.f., se autorizzato, sarà assistito dal regime della prededuzione (ed esentato da revocatoria e da sanzioni penali) nel successivo eventuale fallimento;
- (c) il commissario giudiziale, nell'esprimere il proprio parere, dovrà considerare che potranno essere accolte dal tribunale soltanto le istanze che prefigurino al giudicante il percorso di ristrutturazione individuato fornendo altresì le dovute giustificazioni e motivazioni alla richiesta dovendosi attendere un rigetto laddove la domanda non sia supportata dalle suddette informazioni e argomentazioni;
- (d) il commissario giudiziale dovrà altresì valutare che l'art. 161, comma 7, l.f., a differenza dell'art. 167, comma 2, l.f., prevede che soltanto gli atti straordinari considerati *urgenti* sono suscettibili, in presenza delle altre condizioni, di essere autorizzati e che, in assenza di precisazioni contenute nella norma, sono da considerare «urgenti» gli atti che, se non compiuti immediatamente, sono in grado di determinare un danno all'impresa debitrice o una mancanza di utilità per la massa;
- (e) al fine di uniformare l'operato dei commissari giudiziali e di consentire al tribunale di svolgere tempestivamente ed efficacemente il proprio ruolo, il parere formulato dal commissario giudiziale dovrà avere necessariamente la seguente struttura, articolata in tre parti ben distinte:
  - una prima parte, a titolo di premessa, nella quale dovrà essere riportato, per sommi capi, il contenuto dell'istanza presentata dall'impresa debitrice;

*Natura straordinaria: significato*

*Natura straordinaria: prededuzione*

*Percorso di ristrutturazione esplicito*

*Requisito dell'urgenza*

*Struttura standard del parere*

- una seconda parte, nella quale dovranno essere riportate in dettaglio le motivazioni a supporto del parere favorevole o sfavorevole al compimento dell'atto, con la precisazione che questa parte dovrà essere opportunamente supportata, ove necessario in funzione della materia trattata, da una puntuale ed approfondita ricerca dottrinale e giurisprudenziale che il commissario giudiziale avrà cura di citare;
- una terza parte, nella quale deve essere riportato il parere in ordine al compimento dell'atto, completo di una disamina tesa a dare indicazione dei possibili effetti negativi che sorgerebbero in caso di diniego.

**Parere in merito alla richiesta dell'impresa debitrice di autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili (art. 182-quinquies, c. 3)**

Una seconda ipotesi nella quale il commissario giudiziale è tenuto a rilasciare il proprio parere a supporto del provvedimento del tribunale è quella dei finanziamenti *«funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'impresa»* di cui all'art. 182-quinquies, terzo comma, l.f.. Si tratta, secondo l'interpretazione preferibile, non di finanziamenti interinali veri e propri, ma di quelle (di regola modeste) risorse di cui l'impresa ha impellente bisogno, in vista della richiesta dei (più ingenti) finanziamenti necessari a supportare l'attività aziendale durante la procedura<sup>(17)</sup>. Questa chiave di lettura pare confermata anche dall'ultimo inciso della norma in commento la quale prevede che *“la richiesta può avere ad oggetto anche il mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda”*, nel tentativo di risolvere una questione di notevole rilievo pratico sempre presente nelle operazioni di ristrutturazione, consistente nella brusca interruzione dei fidi bancari (in specie per anticipi fatture) da parte degli istituti di credito.

I criteri che deve seguire il tribunale per poter autorizzare un finanziamento ai sensi dell'art. 182-quinquies, comma 3, l.f. – criteri ai quali il commissario giudiziale dovrà quindi attenersi nel formulare il proprio parere – si possono individuare nell'*urgenza*, nella *funzionalità ad assicurare l'esercizio dell'azienda* e nell'*interesse dei creditori*.

Il requisito dell'**urgenza** è chiaramente esplicitato dal legislatore laddove precisa che *«Il ricorso deve specificare la destinazione dei finanziamenti, che il debitore non è in grado di reperire altrimenti tali finanziamenti e che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda»* Deve, trattarsi, pertanto di una situazione emergenziale in cui la mancata erogazione del finanziamento comprometterebbe la continuità aziendale, andando ad incidere conseguentemente sul valore avviamentale dell'impresa.

Il riferimento all'**azienda in esercizio** evidenzia come la naturale collocazione di tali finanziamenti sia proprio quella del concordato in continuità, sebbene il legislatore non limiti l'applicazione dell'art. 182-quinquies, comma 3, l.f. solo a tale ipotesi.

Secondo l'interpretazione che si lascia preferire, il riferimento all'esercizio dell'attività aziendale e la riconducibilità di tali finanziamenti all'area della continuità valorizza, sebbene non esplicitamente richiamato nel terzo comma, il requisito della **miglior soddisfazione dell'interesse dei creditori**, rien-



trando così in gioco il requisito previsto nel primo comma dell'art. 182-*quinquies* l.f.. In questa prospettiva, dovrà pertanto essere verificato che la continuità aziendale non avvenga a totale rischio dei creditori, ma che, da un lato, sussista un effettivo valore di avviamento la cui compromissione potrebbe andare a danno di questi ultimi (per effetto dei più elevati realizzi derivanti dalla cessione dell'azienda in esercizio rispetto alla liquidazione atomistica) e, dall'altro lato, permangano condizioni di redditività dell'azienda che si intende finanziare se pur in situazioni di patrimonio netto negativo. La valutazione del tribunale – ed ancor prima del commissario giudiziale – in relazione all'interesse dei creditori non può essere, quindi, solo di ordine negativo (nel senso che i finanziamenti autorizzati non arrechino loro un ulteriore pregiudizio), ma anche di ordine positivo (la continuità dell'esercizio dell'azienda deve assicurare il conseguimento di quelle utilità necessarie a soddisfare i creditori o sarà comunque preferibile rispetto alla liquidazione atomistica dei singoli beni).

Si invitano altresì i commissari giudiziali a porre particolare attenzione, sul piano strettamente probatorio, che non può considerarsi sufficiente la mera allegazione da parte dell'impresa debitrice circa l'impossibilità di reperire in altro modo i finanziamenti o il pregiudizio irreparabile per l'azienda, dovendosi invece ritenere necessari elementi specifici volti, in primo luogo, ad evidenziare che non è possibile reperire in altro modo i finanziamenti e, in secondo luogo, che in assenza di tali finanziamenti si verrebbe a creare un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda. Tutto ciò considerando che, a differenza dell'ipotesi di finanza interinale disciplinata nel primo comma, manca in questo caso l'attestazione di un professionista con i requisiti *ex art. 67, comma 3, lett. d), l.f.*

In particolare, ritengono i giudici dell'Ufficio fallimentare che l'espressione da parte dei commissari giudiziali del parere richiamato dall'art. 182-*quinquies*, comma 3, l.f. debba essere supportata:

- (a) dalla interlocuzione con gli organi societari e i professionisti che assistono la società;
- (b) dalla verifica delle ragioni della crisi e delle motivazioni che hanno condotto alla carenza di liquidità per far fronte alla continuità aziendale, il che implica l'analisi dei bilanci dei precedenti esercizi e di eventuali bilanci infrannuali;
- (c) dal sondaggio presso i diversi *stakeholders* aziendali, *in primis* il sistema bancario, dell'effettiva esistenza delle condizioni ambientali a sostegno del piano risanatorio (ciò nell'ipotesi di concordato in continuità);
- (d) dall'esame di un piano economico-finanziario che abbracci, quanto meno, il periodo fino al termine fissato per la presentazione della domanda di concordato;
- (e) dalla verifica dei flussi di cassa ricavabili dalla continuità aziendale anche in relazione alla solvibilità delle controparti dell'impresa richiedente;
- (f) dalla verifica delle risorse con le quali l'impresa debitrice intende far fronte alla restituzione dei finanziamenti in prededuzione, anche in rapporto all'interesse dei creditori e alla più generale incidenza della prededuzione sul piano concordatario;
- (g) dalla verifica delle motivate e documentate ragioni che non rendono reperibile in altra via il finanziamento e delle ragioni di urgenza.

Va da sé che l'attività del commissario giudiziale in questo ambito, particolarmente importante per

la mancanza dell'attestazione, potrà essere adeguatamente svolta in quanto l'impresa debitrice sia in grado produrre un'adeguata informativa in merito a quanto suesposto nei punti da (b) a (f), in mancanza, si dovrà necessariamente concludere per l'impossibilità di esprimere un parere in ordine alla richiesta formulata dal debitore.

**Parere in merito alla richiesta dell'impresa debitrice di partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici (art. 186-bis, c. 4)**

Infine, la terza ipotesi, normativamente prevista, nella quale il commissario giudiziale è tenuto a rilasciare il proprio parere è quella disciplinata dall'art. 186-bis, comma 4, l.f., ove si afferma che «*successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del Commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale*».

Il coinvolgimento del commissario giudiziale in questa fase si giustifica non tanto con la volontà di tutelare l'interesse della pubblica amministrazione alla corretta esecuzione del contratto, alla cui procedura di affidamento intende partecipare il debitore, quanto piuttosto quello dei creditori concorrenti, esposti al rischio di esito patologico del contratto e con scarse informazioni – in ordine sia alla proposta, sia al piano – in loro possesso.

La norma, a ben guardare, non lascia intendere quale debba essere l'oggetto del parere reso dal commissario giudiziale, tuttavia, per quanto ciò possa rappresentare in astratto una duplicazione rispetto all'attività richiesta sul punto dall'attestatore a norma del quinto comma del medesimo art. 186-bis l.f., si ritiene che il commissario giudiziale sia tenuto ad esprimersi in merito alla conformità dei contratti rispetto al piano concordatario e alla ragionevole capacità dell'impresa debitrice di adempiere tali contratti una volta acquisiti.

In questa prospettiva, la **conformità** dei contratti in questione rispetto al piano concordatario dovrà essere verificata dal commissario giudiziale avendo riguardo, sia alla coerenza di tali contratti rispetto alle azioni industriali previste nel piano concordatario, sia al fatto che le grandezze economico-finanziarie che dall'acquisizione di tali contratti deriverebbero, siano state adeguatamente e puntualmente riflesse sul piano concordatario. La **ragionevole capacità dell'impresa debitrice di portare a termine i contratti una volta acquisiti**, dovrà invece essere valutata, per quanto possibile, avendo riguardo alla generale fattibilità del piano concordatario presentato dall'impresa debitrice.

Va da sé che il commissario giudiziale sarà in grado di esprimere *consapevolmente* il proprio parere soltanto ove sia disponibile un piano economico-finanziario completo e documentato.

**Parere in merito alla richiesta dell'impresa debitrice di rinvio del termine per il deposito del piano e della domanda di concordato (art. 161, c. 6)**

Ulteriore ipotesi nella quale il commissario giudiziale è normalmente chiamato a rilasciare il proprio parere, per quanto non espressamente prevista dal quadro normativo di riferimento, è la richiesta di proroga del termine per il deposito della proposta e del piano consentita dall'art 161, sesto comma, l.f..

Occorre ricordare che la norma consente la proroga del termine originariamente concesso «*solo in*

*caso di giustificati motivi*»: il tribunale dovrà quindi valutare la plausibilità dei motivi addotti e la loro idoneità a giustificare l'assegnazione di ulteriore termine.

Ai fini della concessione della proroga, dunque, la ricorrente dovrà fornire un quadro chiaro dell'attività svolta e di quella ancora da svolgere, indicando analiticamente i motivi che non hanno consentito il deposito della proposta e del piano di concordato nei termini assegnati. La proroga può essere infatti concessa solo in caso di difficoltà obiettive incontrate alla redazione del piano ma non per l'inerzia o il ritardo della ricorrente nel porre in essere le attività richieste per la redazione dello stesso.

L'istanza di proroga del termine dovrà pertanto contenere, ad avviso dei Giudici dell'Ufficio Fallimentare:

- (a) la **descrizione analitica ed esaustiva dei motivi** che giustificano la richiesta di proroga; tali motivi dovranno essere ben individuabili e provati da opportuna documentazione allegata al fine di consentire la verifica dell'adeguatezza e tempestività dell'attività svolta dalla ricorrente;
- (b) la **dichiarazione dell'attestatore sull'idoneità dell'attività svolta dalla ricorrente** alla predisposizione di una proposta e di un piano attestabile, nonché sulla necessità di ottenere una proroga al fine di concludere le proprie valutazioni e predisporre la relativa attestazione.

Al fine di fornire al Tribunale elementi utili alla decisione, il commissario giudiziale dovrà pertanto riferire, **sia** in merito all'idoneità e alla sussistenza dei motivi addotti dalla ricorrente all'ottenimento della proroga, **sia** in merito al rispetto, sino a quel momento, degli obblighi informativi disposti dal Tribunale.

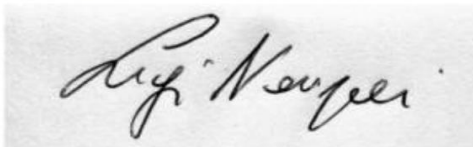
Livorno, 14.12.2020

Il membri del Collegio Fallimentare

Presidente dott. Massimo Orlando



Giudice dott. Luigi Nannipieri



Giudice dott. Franco Pastorelli



## Note

(<sup>1</sup>) Questa interpretazione, che si pone in linea di continuità con l'art. 163, comma 2, n. 4-bis), l.f., è coerente con la ratio dell'art. 161 l.f., in considerazione del ruolo che spetta al commissario giudiziale anche nella fase prenotativa e che è funzionale al potere dello stesso di determinare l'avvio del procedimento di cui all'art. 173 l.f. (CNDCEC, *Il commissario giudiziale nella fase prenotativa della procedura di concordato preventivo*, Giugno 2016, pag. 14).

(<sup>2</sup>) Fra cui, a titolo esemplificativo, omissione intenzionale di passività significative, false comunicazioni sociali, sottrazione fraudolenta di beni alla garanzia dei creditori mediante atti di cui non sia stata data notizia in adempimento degli obblighi informativi.

(<sup>3</sup>) Va da sé che questa attività deve essere svolta dal commissario giudiziale nella consapevolezza del contesto in cui opera, ossia tenuto conto che il proponente nella fase prenotativa ha ancora in corso l'analisi delle attività e delle passività attuali e potenziali e, pertanto, talune informazioni relative alla gestione anteriore alla presentazione del ricorso non sono fornite necessariamente nelle relazioni periodiche ed è comprensibile che esse siano oggetto di informativa dettagliata in sede di redazione del piano definitivo. Qualsiasi omissione di informativa dovrà pertanto essere attentamente valutata dal commissario giudiziale in funzione della sua significatività rispetto all'economia complessiva della soluzione della crisi aziendale.

(<sup>4</sup>) Il Pubblico Ministero, a norma dell'art. 238 l.f., ha, infatti, facoltà di aprire un procedimento penale ed iniziare le indagini per reati previsti dalla legge fallimentare anche prima della dichiarazione di fallimento e comunque nel corso di una procedura di concordato preventivo.

(<sup>5</sup>) La Corte di Cassazione ha, infatti, recentemente ribadito l'applicabilità dell'art. 167, comma 2, l.f., anche nella fase prenotativa in quanto *«la domanda di concordato con riserva condivide la medesima natura giuridica della domanda di concordato ordinaria. [...] Cosicché al fine il procedimento innescato dalla domanda "con riserva" non è un primo procedimento distinto (e antecedente) rispetto a quello, ordinario, che si apre solo con la presentazione della proposta, del piano e della documentazione, ma costituisce un segmento dell'unico procedimento che rileva, semplicemente articolato in due fasi per così dire "interne"»* (cfr. Cass. 14713/2019).

(<sup>6</sup>) Soprattutto se si tratta di atti compiuti nella fase prenotativa, poiché, ove abbiano a investire interessi del ceto creditorio o incidere negativamente sulla procedura, quegli atti possono risultare idonei a sottrarre risorse, ovvero a pregiudicare la consistenza del patrimonio, compromettendo la capacità residua di soddisfacimento delle ragioni dei creditori; siffatta valutazione dovrà peraltro essere eseguita caso per caso, secondo *«la specifica finalità che l'atto [...] risulta perseguire rispetto all'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori»* (Cass. 26646/2018);

(<sup>7</sup>) Costituiscono argomenti a sostegno di questa tesi: (a) un primo argomento a sostegno di questa tesi si può ricavare dal fatto che la condotta dell'imprenditore non è più sindacabile sotto l'aspetto della meritevolezza e che non compete al giudice di accertare la fattibilità economica del piano, né la convenienza economica della proposta; (b) un secondo argomento è desumibile dal rilievo che l'esercizio dell'impresa da parte del debitore ammesso al concordato non è più soggetto alla direzione del giudice delegato e ciò induce a ritenere che il potere di autorizzazione del giudice riguardi gli 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 dell'esigenza della loro sottoposizione al controllo di legittimità; (c) un terzo argomento è rappresentato infine dalla constatazione che il criterio della «migliore soddisfazione dei creditori» (codificato con specifico riguardo al concordato con continuità aziendale), individua, come autorevolmente sostenuto in dottrina, una sorta di clausola generale applicabile in via analogica a tutte le tipologie di concordato (ivi compreso quello meramente liquidatorio, mediante cessione dei beni aziendali), quale regola di scrutinio della legittimità degli atti compiuti dal debitore ammesso alla procedura; nel conseguente, allora, che può agevolmente escludersi non solo che il compimento dell'atto non autorizzato conduca all'automatica revoca del concordato, ma anche che il disvalore oggettivo di tale atto (il pregiudizio che esso arreca alla consistenza del patrimonio del debitore) sia ricavabile, sic et simpliciter, dalla violazione della regola della par condicio, essendo, per contro, ben possibile che il pagamento di crediti anteriori si risolva in un accrescimento, anziché in una diminuzione, della garanzia patrimoniale offerta ai creditori e tenda dunque all'obiettivo del loro miglior soddisfacimento (potrebbe essere il caso, ad esempio, di pagamenti di crediti di lavoro che impediscano la maturazione di ulteriori interessi e rivalutazione monetaria, di pagamenti di utenze eseguiti al fine di evitare l'interruzione dell'erogazione del servizio, di prestazioni di manutenzione, di spese legali sostenute per difendere i beni dalla pretese avanzate da terzi, che risultano volti, direttamente o indirettamente, a conservare valore al patrimonio aziendale, in modo da ricavarne un maggior prezzo in sede di liquidazione).

(<sup>8</sup>) È noto, infatti, che l'ingresso nella procedura concordataria (o preconcordataria) non determina di per sé alcun scioglimento automatico dei contratti in corso. Proprio per questo motivo accade spesso, specie durante la fase prenotativa e nei concordati nei quali non è prevista la continuità diretta dell'attività aziendale, che l'impresa concordataria si trovi a sostenere oneri per contratti in essere relativi a servizi eccedenti l'effettiva utilità nel nuovo contesto nel quale l'impresa opera. Si pensi ai contratti di telefonia e dati, a contratti di assistenza e di manutenzione di attrezzature informatiche e macchine d'ufficio, a contratti assicurativi e similari, tutti servizi dei quali l'impresa potrebbe necessitare in forma assai ridotta per effetto della più limitata attività operativa. In questi casi, la pronta attivazione per lo scioglimento del contratto, ove praticabile, può determinare significativi risparmi di spesa a tutto vantaggio del ceto creditorio. Accade invece sovente che l'imprenditore, completamente assorbito dalla definizione del piano di ristrutturazione, trascuri questi aspetti, da qui l'importanza dell'attività di vigilanza sul punto del commissario giudiziale.

(<sup>9</sup>) In merito a questo specifico profilo, potrà farsi utile riferimento alla recente sentenza della Corte di Cassazione 15 giugno 2020, n. 11524, nonché alle disposizioni, contenute nell'art. 97 del Codice della Crisi d'impresa e dell'Insolvenza, così come modificato dall'art. 15, comma 2, D.Lgs. 28 ottobre 2020, n. 147 (cd. «Decreto correttivo»), che, se pur ancora non entrate in vigore, fanno parte dell'ordinamento.

(<sup>10</sup>) La concreta applicabilità di queste indicazioni dovrà tuttavia essere valutata, ed eventualmente opportunamente adeguata in concreto, in virtù delle specificità della singola procedura concordataria in funzione, soprattutto della sua dimensione, e quindi del livello di complessità sul piano organizzativo ed operativo, dell'impresa debitrice.

(<sup>11</sup>) La relazione di accompagnamento al D.L. 21 giugno 2013, n. 69 (cd. «decreto del fare»), convertito nella Legge 9 agosto 2013, n. 98, nel commentare la sostituzione del comma 8 dell'art. 161, escludeva che il contenuto della relazione finanziaria dovesse «coinvolgere anche gli aspetti patrimoniali ed economici», al fine di «evitare un eccessivo aggravio degli adempimenti contabili, preservando la flessibilità dello strumento». I giudici dell'ufficio fallimentare ritengono, tuttavia, in linea con la posizione sul punto del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, che le sole informazioni di carattere finanziario, per quanto di basilare importanza, non siano sufficienti a fornire al tribunale e al commissario giudiziale una completa informativa sulla situazione nel periodo antecedente all'ammissione alla (definitiva) procedura di concordato. Ciò in quanto, una relazione limitata ai soli profili finanziari, «darebbe solo informazioni sugli incassi ed i pagamenti, prescindendo dai ricavi e dai costi di competenza maturato e non pagati nel periodo, quali acquisto di beni e servizi non pagati, ratei di costi dei dipendenti maturati per ferie e mensilità aggiuntive, per accantonamento TFR in corso di maturazione, per imposte accertate e non pagate, ecc.. La valutazione di questi elementi potrebbe infatti evidenziare un peggioramento della situazione economico-patrimoniale e della potenziale situazione finanziaria» (11). In questa prospettiva trovano spiegazione le indicazioni di cui sopra circa la necessità che la relazione finanziaria mensile sia corredata anche dello stato patrimoniale e di due conti economici.

(12) Va da sé che le informazioni relative al fido accordato ed utilizzato assumono rilievo, in specie, nei concordati co continuità aziendale laddove l'impresa concordataria abbia mantenuto la possibilità di utilizzare gli affidamenti in essere al momento dell'accesso alla procedura prenotativa.

(13) Trattasi, come noto, dell'importante documento curato da AIDEA (Accademia Italiana di Economia Aziendale), ANDAF (Associazione Nazionale Direttori Amministrativi e Finanziari), APRI (Associazione Professionisti Risanamento Imprese), OCRI (Osservatorio Crisi e Risanamento delle Imprese), AIAF (Associazione Italiana Analisti e Consulenti Finanziari).

(14) Sono pertanto da evitare approcci che portino ad affermazioni nel piano del tipo «i crediti verso clienti sono stati prudenzialmente svalutati del 10%», ove tale percentuale non costituisca il risultato finale di un rigoroso approccio metodologico.

(15) I giudici dell'ufficio fallimentare sono pienamente consapevoli del particolare rigore di questa impostazione, tuttavia, l'obiettivo è quello di scongiurare la presentazione di piani concordatari nei quali, come troppo spesso si è potuto constatare anche nell'esperienza di questo tribunale, figurino tra le attività concordatarie partecipazioni in società non quotate esposte a un ipotetico valore di realizzo, non supportato da alcuna manifestazione di interesse all'acquisto, stimato semplicemente in funzione della corrispondente frazione di patrimonio netto o sulla base di frettolose perizie di stime spese prive anche dei minimi rudimenti economico-aziendali.

(16) Del resto, condizioni disequilibrio economico sussistevano, con ogni probabilità, fino a quel momento, altrimenti l'impresa non si troverebbe in una situazione di crisi e non avrebbe presentato domanda prenotativa di concordato ed è quanto meno improbabile che tali condizioni di disequilibrio, per così dire «miracolosamente», siano venute meno per effetto della semplice presentazione del ricorso e art. 161, comma 6, l.f..

(17) Il legislatore circoscrive l'ambito temporale di tali finanziamenti, nel periodo compreso tra la domanda di concordato ex art. 161, comma 6, l.f. e la scadenza del termine concesso ai sensi di quest'ultima norma, o in quello compreso tra il deposito della domanda di omologazione dell'a.d.r. fino all'udienza di omologazione ex art. 182-bis, comma 4, l.f. o, in caso di c.d. protezione delle trattative, fino alla scadenza del termine ex art. 182-bis, comma 7, l.f. Si tratta, quindi, di finanziamenti *a tempo determinato*. Ne consegue, che il terzo comma dell'art. 182-*quinquies* limita il perimetro applicativo del primo comma della norma che potrà trovare applicazione con riferimento ai finanziamenti funzionali ad assicurare la continuità aziendale che non ricoprono il requisito dell'urgenza, ma che siano, tuttavia, funzionali alla miglior realizzazione dell'interesse dei creditori e che possano protrarsi anche per un periodo significativo successivo ai termini suindicati (il primo comma si applica, inoltre, a tutte le ipotesi di finanziamenti interinali non funzionali ad assicurare la continuità dell'esercizio dell'impresa).