

XI CONVEGNO ANNUALE DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI
UNIVERSITARI DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO
COMMERCIALE"

"ORGANIZZAZIONE, RIORGANIZZAZIONE E RISTRUTTURAZIONE DELL'IMPRESA
NEL DIRITTO INTERNO E NELLA DIMENSIONE TRANSNAZIONALE"

Roma, 14-15 febbraio 2020

RICCARDO RUSSO

**Momenti di dialogo tra collegio sindacale e commissario giudiziale nella
società per azioni in concordato preventivo**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il concordato preventivo liquidatorio: un istituto al tramonto? – 3. Il collegio sindacale e il concordato preventivo con continuità aziendale. – 4. L'accesso al concordato preventivo: tra oneri pubblicitari e vigilanza del collegio sindacale. – 5. I sindaci e l'obbligo di *disclosure* nel concordato preventivo «con riserva». – 6. La vigilanza dei sindaci sull'osservanza del termine per il deposito del piano e della proposta di concordato: una precisazione. – 7. L'indipendenza dell'attestatore al vaglio dei sindaci. – 8. Amministrazione e controllo nella s.p.a. in concordato preventivo. – 9. Le verifiche contabili del commissario giudiziale: l'apporto dei sindaci. – 10. La relazione *ex art.* 105 CCII come occasione di cooperazione tra commissario giudiziale e collegio sindacale. – 11. Il ruolo del collegio sindacale nell'accertamento di circostanze suscettibili di arrestare il corso della procedura. – 12. Conclusioni.

1. *Premessa.*

La prevenzione dell'insolvenza si pone, com'è noto, tra i temi cardinali del diritto concorsuale; il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII) ha il pregio di accogliere alcune sollecitazioni sovranazionali.

L'UNCITRAL ha evidenziato che «l'insolvenza deve essere affrontata e risolta in maniera ordinata, veloce e in modo efficiente»¹. La direttiva (UE) 2019/1023 (c.d. direttiva *Insolvency*), al considerando n. 22, prescrive agli Stati membri dell'Unione europea di «predisporre uno o più strumenti di allerta precoce per incoraggiare i debitori che cominciano ad avere difficoltà finanziarie ad agire in una fase precoce»; essa segna un

¹ *Legislative Guide on Insolvency Law, Parts One and Two (2004)*, p. 12, pubblicata su uncitral.org.

vistoso cambio di passo: sinora, l'obiettivo dell'*early warning* era stato coltivato con strumenti caratterizzati da una debole coerenza².

La società può essere affetta da criticità reversibili se diagnosticate celermente dagli organi sociali³. Sulla scia francese⁴, il Codice regola pertanto due procedure di allerta: una attivabile dai sindaci o dal soggetto incaricato della revisione legale a fronte di «fondati indizi della crisi» (art. 14); l'altra dai creditori pubblici qualificati (Agenzia delle Entrate, INPS e Agente della Riscossione) quando i debiti della società superino soglie di criticità (art. 15)⁵.

La Riforma ha risospinto, invece, in un cono d'ombra le competenze del collegio sindacale nella s.p.a. in concordato preventivo; un aspetto problematico che suscita interesse per due motivi.

Il primo: le Norme di comportamento del collegio sindacale, stilate dal Consiglio nazionale dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili, recano paradigmi di condotta da tenere nel corso della procedura; sul piano sistematico, è rilevante interrogarsi sul rapporto tra le raccomandazioni e le disposizioni del codice civile in materia di collegio sindacale.

Il secondo motivo è, invece, pratico. Aperto il concordato, la gestione della società è sottoposta alla sorveglianza del commissario giudiziale, un soggetto esterno con il quale i sindaci devono necessariamente interfacciarsi. È conseguente chiedersi se la compresenza di più organi di controllo determini aree di sovrapposizione e duplicazioni di funzioni.

² Il riferimento è alla raccomandazione 2014/135/UE e al piano d'azione imprenditorialità 2020. Cfr. G. MONTELLA, *L'antitesi tra procedure conservative e procedure di liquidazione alla luce della Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014*, in *Fallimento*, 2015, pp. 1039 ss. e U. MACRÌ, *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella Raccomandazione UE 2014/135 e nel Regolamento 2015/343*, *ivi*, pp. 1049 ss.

³ P. MONTALENTI ha evidenziato che la *twilight zone* è «quell'area economico-temporale antecedente ad una situazione di crisi in senso tecnico, sita in uno stadio prodromico sospeso tra il rischio di insolvenza e le prospettive di risanamento» (*La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 820).

⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.H. MONSÉRIÉ-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 85 ss.; A. LIENHARD, *Procédures collectives*, Paris, 2018, pp. 35 ss.; A. JORIO, *Legislazione francese, raccomandazione della Commissione europea, e alcune riflessioni sul diritto interno*, in *Fallimento*, 2015, pp. 1070 ss.

⁵ G. D'ATTORRE, *Gli OCRI: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta*, in *Fallimento*, 2019, pp. 1429 ss.; M. FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi nel d.lgs n. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, *ivi*, pp. 419 ss.; G. BONFANTE, *Le misure di allerta*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 1970 ss.

2. Il concordato preventivo liquidatorio: un istituto al tramonto?

La domanda è retorica; la risposta affermativa.

L'art. 84, 4° co., CCII rende impervio l'accesso al concordato liquidatorio: il piano deve contemplare un apporto di risorse esterne tale da aumentare di almeno il dieci per cento il soddisfacimento dei creditori, mentre la proposta – come già stabilito dalla «Miniriforma» del 2015 – deve prevedere il pagamento di una somma almeno pari al venti per cento dei crediti chirografari.

Vi è, quindi, una sorta di presunzione assoluta di inammissibilità delle domande di concordato tese a falciando in misura eccessiva i crediti chirografari. Vero è che i Tribunali già in passato, talvolta, non ammettevano al concordato i debitori che avessero offerto ai creditori importi simbolici⁶, inferiori cioè al tre⁷ o al cinque per cento⁸.

Il collegio sindacale non può limitarsi a verificare asetticamente che i pagamenti siano, nelle previsioni della società, superiori alla soglia di legge, ma è tenuto ad accertare la sostenibilità degli impegni che la società stessa ha assunto: del resto, il piano e la proposta devono dare ai creditori la «certezza» che «in difetto di eventi assolutamente imprevedibili» si ricaveranno dalla liquidazione importi tali da soddisfare il venti per cento delle loro pretese⁹.

In fase di esecuzione, un pagamento sotto-soglia concorre a qualificare l'inadempimento del debitore come di «non scarsa importanza»¹⁰ e a fondare la risoluzione del concordato; anche prima delle addizioni legislative era consentita la risoluzione in caso di risorse insufficienti a «soddisfare, anche in minima parte, i creditori chirografari e, integralmente, i privilegiati»¹¹: ancorché nel silenzio del legislatore, si osservava come l'indicazione della percentuale di pagamento obbligasse l'imprenditore «al rigoroso rispetto di quanto promesso ai creditori»¹².

V'è da domandarsi come debba rapportarsi il collegio sindacale con il liquidatore giudiziale nominato dal Tribunale (art. 114 CCII). L'applicazione, in forza dell'art. 114, 2° co., CCII, di ampi segmenti della

⁶ Trib. Roma, 16 aprile 2008, su *ilcaso.it*.

⁷ Trib. Bergamo, 4 dicembre 2014, su *ilcaso.it*.

⁸ Trib. Modena, 3 settembre 2014, su *ilcaso.it*.

⁹ V. ZANICHELLI, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?*, su *ilcaso.it*, 2015.

¹⁰ Trib. Bergamo, circ. operat. 2/16, cit..

¹¹ Cass., 31 marzo 2010, n. 7942, in *Fallimento*, 2010, p. 1333.

¹² Trib. Bergamo, 10 aprile 2014, su *ilcaso.it*.

disciplina del curatore induce a ritenere che il liquidatore sia un organo della procedura¹³, e non un semplice mandatario incaricato della vendita dei beni aziendali¹⁴.

Le Norme di comportamento stabiliscono che, durante l'esecuzione del concordato liquidatorio, il collegio sindacale «vigila sul rispetto delle condizioni praticate in conformità agli obiettivi fissati nel piano e attestati dal professionista nella sua relazione»; esse precisano, però, che l'organo «non ha alcuna facoltà di verificare l'operato del liquidatore giudiziale», perché tale funzione di controllo è rimessa «esclusivamente al Tribunale e al commissario giudiziale»¹⁵.

L'assunto, che richiama un risalente precedente di merito¹⁶, non convince per la sua drasticità. Esso corre il rischio, infatti, di attenuare l'incidenza del controllo dei sindaci nella fase dell'esecuzione del concordato¹⁷. Resta fermo che al liquidatore è estranea la titolarità del potere di gestione dell'impresa¹⁸ e di rappresentanza della massa dei creditori¹⁹; tuttavia, la vigilanza dei sindaci sulla condotta del liquidatore protegge l'interesse dei creditori al corretto svolgimento della liquidazione.

Il Codice, muovendosi nel solco della «Miniriforma» del 2015, conferma i profili di procedimentalizzazione della liquidazione: il liquidatore deve adempiere, anzitutto, agli obblighi pubblicitari di cui all'art. 490, 1° co., c.p.c. (art. 114, 1° co.); inoltre, le vendite, le cessioni e i trasferimenti posti in essere in esecuzione del concordato sono assoggettati alle regole della liquidazione giudiziale (art. 114, 4° co.).

È frequente che il Tribunale gravi il liquidatore di obblighi ulteriori, quali la trasmissione al commissario di un piano delle attività di liquidazione, in cui siano specificati i tempi e le modalità di esse; il deposito di un'informativa al giudice delegato anteriormente all'alienazione dei beni aziendali; la predisposizione di relazioni semestrali sulle prospettive di

¹³ A. CAIAFA, *Commento sub art. 182 l. fall.*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura dello stesso, Roma, 2017, p. 815.

¹⁴ Trib. Bari, 14 novembre 2013, in *Fallimento*, 2014, p. 234.

¹⁵ Norma di comportamento 11.6. *Vigilanza del collegio in caso di concordato preventivo ex art. 160 l.f.*. *Commento*.

¹⁶ Trib. Cassino, 15 luglio 2003, in *Società*, 2004, pp. 338 ss., con nota di A. FUSI, *Poteri del collegio sindacale verso l'operato del liquidatore nominato dal Tribunale*.

¹⁷ V. F. COSSU, *Collegio sindacale ed obblighi di garanzia nelle s.r.l.*, Milano, 2013, p. 291, secondo il quale nella fase esecutiva del piano liquidatorio si assiste ad una «riduzione naturale della vigilanza del collegio sindacale».

¹⁸ Cass., 23 agosto 1991, n. 9073, in *Mass. Giur. it.*, 1991.

¹⁹ A. CAIAFA, *op. loc. ult. cit.*

attuazione del piano concordatario e di piani di riparto visti dall'organo commissariale; la tenuta di un registro in cui siano evidenziate le operazioni contabili.

Non può che osservarsi, conclusivamente, che il carattere imperativo delle prescrizioni del Tribunale risulterebbe significativamente menomato ove si ritenesse precluso ai sindaci lo scrutinio sulle modalità di liquidazione.

3. *Il collegio sindacale e il concordato preventivo con continuità aziendale.*

Il lemma «concordato con continuità aziendale» ha un carattere spurio²⁰ e non designa una declinazione autonoma della procedura concorsuale²¹; più semplicemente, l'art. 186 *bis* l. fall., ripreso dall'art. 84, 2° co., CCII, regola fattispecie in cui la soddisfazione dei creditori non deriva dalla completa liquidazione delle poste attive²².

Il Codice stabilisce che il piano di concordato, in caso di continuità aziendale, deve specificare che l'attività d'impresa è «diretta ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario nell'interesse prioritario dei creditori, oltre che dell'imprenditore e dei soci»; il legislatore opera, però, una distinzione tra continuità «diretta» e «indiretta» (art. 84, 2° co.).

Nella prima ipotesi, durante il concordato l'impresa resta in capo all'imprenditore; nel secondo scenario, la gestione dell'azienda o la ripresa dell'attività sono allocate su un «soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, affitto, stipulato anche anteriormente alla presentazione del ricorso, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro titolo».

Compete ai sindaci la verifica che la società non tenti surrettiziamente di eludere l'obbligo di corrispondere almeno il venti per cento dei crediti chirografari attraverso la presentazione di un piano

²⁰ M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, su ilcaso.it, 2012.

²¹ L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013, pp. 1222 ss.; P.F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da A. Jorio – B. Sassani, IV, Milano, 2016, p. 169. Cass., 7 aprile 2017, n. 9061, in *Fallimento*, 2017, pp. 923 ss., con nota di M. TERENGI, *Verso un superamento della distinzione tra "fattibilità giuridica" e "fattibilità economica" nel concordato in continuità?*:

²² Cass., 7 aprile 2017, n. 9061, in *Fallimento*, 2017, pp. 923 ss., con nota di M. TERENGI, *Verso un superamento della distinzione tra "fattibilità giuridica" e "fattibilità economica" nel concordato in continuità?*

soltanto all'apparenza in continuità; in tale circostanza, il collegio sindacale dovrebbe segnalare agli amministratori che il piano, di là della sua formale intestazione, reca elementi che ostano alla classificazione in termini di continuità aziendale.

La centralità dei sindaci si apprezza anche ricordando che lo stesso Tribunale può, in sede di ammissione, riqualificare il piano e discostarsi dall'impostazione offerta dalla società²³; il Tribunale, rilevata l'essenza liquidatoria del piano, può censurare il mancato impegno della ricorrente a soddisfare nella misura minima di legge i creditori chirografari, dichiarare l'inammissibilità della domanda e, in pendenza di istanze in tal senso, aprire la liquidazione giudiziale.

Nel Codice si riflette l'idea, ampiamente maggioritaria in dottrina²⁴, che la nozione di «continuità aziendale» debba ricevere un'interpretazione oggettiva: ad assumere valore dirimente è il fatto che l'impresa sia - una volta eseguito il concordato - in esercizio; è irrilevante se, nella pendenza della procedura, titolare della stessa sia l'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato o un terzo²⁵.

Nella prassi è frequente che la società preveda di reperire la fonte di soddisfacimento delle pretese creditorie nella stipulazione di un contratto di affitto d'azienda; ma, nel silenzio della legge fallimentare, è stato a lungo incerto se tale soluzione fosse compatibile con la fisionomia del concordato con continuità aziendale. Presso le Corti di merito è prevalente la risposta affermativa²⁶: in particolare, si è evidenziato che il contratto d'affitto è espressione di un «risanamento traslativo indiretto», come tale funzionale a conservare il valore del complesso aziendale²⁷; si è osservato che, anche in questo caso, il rischio d'impresa è sopportato dai creditori, il cui soddisfacimento non è insensibile al modo in cui, in concreto, l'impresa è esercitata dalla parte affittuaria²⁸.

²³ Trib. Firenze, 11 maggio 2016, su *ilcaso.it*.

²⁴ V. P.F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 172, secondo il quale non rileva «il soggetto al quale imputare, dopo l'omologazione del concordato, la titolarità dell'attività d'impresa». Cfr. S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, su *ilcaso.it*, 2013.

²⁵ Trib. Alessandria, 22 marzo 2016, in *leggiditalia.it*;

²⁶ App. Campobasso, 20 giugno 2019, in *leggiditalia.it*.

²⁷ Trib. Roma, 24 marzo 2015, in *leggiditalia.it*.

²⁸ L.A. BOTTAI, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: profili applicativi e prime prassi*, in *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria dopo le riforme del 2015 e 2016*, diretto da S. Ambrosini, Bologna, 2017, p. 222. *Contra*: App. Firenze, 5 aprile 2017, in *leggiditalia.it*; Trib. Pordenone, 19 gennaio 2017, *ivi*.

La vigilanza del collegio sindacale nel concordato in continuità indiretta presenta aspetti di delicatezza; i sindaci della società affittante sono tenuti, infatti, a confrontarsi con gli organi della società affittuaria. Il collegio sindacale non può rimanere inerte di fronte al mancato o ritardato pagamento dei canoni d'affitto e deve segnalare con tempestività la circostanza al commissario affinché ne riferisca al Tribunale e al giudice delegato.

Nell'evenienza in cui il piano contempli l'affitto d'azienda, i sindaci sono tenuti a verificare altresì che il professionista attestatore abbia esaminato l'incidenza del canone sul livello di soddisfazione dei creditori, evidenziando eventuali lacune nella relazione. È da ricordare, infatti, che l'attestazione si risolve in una produzione che deve risultare completa ed esaustiva al momento del deposito, poiché è precluso al professionista presentare integrazioni successive²⁹.

Sembra utile richiamare alcuni elementi di differenziazione tra il concordato liquidatorio e quello con continuità aziendale: si pensi alla ricordata esenzione dall'obbligo di assicurare una percentuale minima di pagamento ai creditori chirografari (art. 84, 4° co., CCII); alla possibilità di dilazionare il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca attraverso una moratoria di due anni dalla data di omologazione della proposta di concordato (art. 86 CCII); alla facoltà di domandare l'autorizzazione giudiziale a «pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi» (art. 100 CCII).

Si tratta di peculiarità dietro le quali si stagliano giustificazioni distinte: nei primi due casi, il legislatore ha ritenuto preferibile operare un bilanciamento tra l'interesse del ceto creditorio ad ottenere una soddisfazione non irrisoria e tempestiva delle proprie pretese e l'interesse alla continuazione dell'attività d'impresa³⁰; dall'ultimo, invece, traspare la presa d'atto che il successo delle prospettive di risanamento e di ristrutturazione dell'impresa transita dalla capacità dell'imprenditore di

²⁹ L'integrazione è necessaria ove si modifichino la proposta o il piano: Trib. Catania, 14 luglio 2016, su *ilcaso.it*.

³⁰ La moratoria è diretta alla «salvaguardia dell'attività d'impresa» (Trib. Rovigo, 26 maggio 2015, in *Fallimento*, 2015, p. 998) ed evita che il debitore alieni in modo affrettato e non conveniente i beni aziendali (M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, II, *Il concordato preventivo*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2014, p. 202).

mantenere, nella pendenza della procedura concordataria, le relazioni contrattuali con alcuni dei principali fornitori.

Deve sottolinearsi ancora che il professionista incaricato dalla società è tenuto ad attestare, in un'apposita relazione, che «la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista nel piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori» (art. 87, 3° co., CCII). L'analisi della funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori impone all'attestatore di operare la comparazione tra il risultato che si prefigge il piano della società e quello che germinerebbe dalla prospettiva liquidatoria³¹; il collegio sindacale, anteriormente al deposito dell'attestazione, è tenuto a verificare che la stessa non si limiti alla tautologica dichiarazione che il ceto creditorio riceverebbe un trattamento peggiore al di fuori del concordato, e rechi invece la simulazione di scenari ad esso alternativi.

4. *L'accesso al concordato preventivo: tra oneri pubblicitari e vigilanza del collegio sindacale.*

La proposta di concordato deve essere sottoscritta dal legale rappresentante della società e la deliberazione dell'organo di gestione deve «risultare da verbale redatto da notaio ed è depositata ed iscritta nel registro delle imprese» (art. 265, 3° co., CCII)³².

Tali adempimenti pubblicitari hanno lo scopo di informare i creditori e gli azionisti che la società è in procinto di domandare l'apertura di una procedura che, in definitiva, comporterà una significativa compressione delle prerogative gestorie³³; la delibera degli amministratori è, del resto, prodromica al deposito del ricorso per concordato.

Il collegio sindacale, ai sensi dell'art. 2405 c.c., presenza alle adunanze del c.d.a. ed è nelle condizioni, perciò, di instaurare un rapporto dialettico con gli amministratori³⁴. L'azione del collegio sindacale è

³¹ Trib. Firenze, 2 novembre 2016, in *leggiditalia.it*.

³² Il Codice riprende l'art. 152 l. fall., una disposizione che «non è facilmente intellegibile (dovendo essere adattata alla concreta conformazione dell'organo amministrativo nella S.p.a., alle peculiarità della S.r.l. e ai sistemi alternativi di governance)»: M. SPIOTTA, *Difetto di legittimazione attiva dei liquidatori a presentare la proposta di concordato preventivo*, nota a Cass., 14 giugno 2016, n. 12273, in *Società*, 2016, pp. 1329 ss.

³³ L. BOGGIO, *Formalità ex art. 152 l. fall. e concordato "con riserva" tra diritto vigente e riforma*, nota a Cass., 4 settembre 2017, n. 20752 e a Cass., 12 gennaio 2017, n. 598, in *Giur. it.*, 2017, p. 2673.

³⁴ L. PICARDI, *Commento sub art. 2405 c.c.*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa - G.B. Portale, I, Milano, 2016, pp. 1666 ss.; G. DOMENICHINI, *Commento sub art. 2405 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G.

«ispirata ad una logica di intervento sempre più preventiva»³⁵; all'anticipazione della vigilanza ad una fase anteriore all'assunzione della delibera non corrisponde alcuna sovrapposizione tra la funzione di gestione, allocata in via esclusiva dall'art. 2380 *bis* c.c. sugli amministratori, e quella di controllo. Il sindaco, proprio poiché non partecipa all'attività di amministrazione che gli è pacificamente preclusa, non diviene in via automatica corresponsabile degli effetti pregiudizievoli della delibera.

Suscita perplessità, per il suo carattere alquanto riduttivo, quel passaggio delle Norme di comportamento che raccomanda ai sindaci di «prendere conoscenza» della delibera relativa alla richiesta di apertura della procedura concordataria³⁶. Il legislatore non ha inteso certamente pretendere dal collegio sindacale un simbolico *atto di presenza* alle adunanze del c.d.a.; anzi, prendendo parte alle riunioni, i sindaci possono confrontarsi fattivamente con gli amministratori anche sull'individuazione della misura più idonea al superamento della situazione di difficoltà.

5. I sindaci e l'obbligo di disclosure nel concordato preventivo «con riserva».

Il Codice, sull'esempio dell'art. 161, 6° co., l. fall., consente alla società di scindere il momento del deposito della domanda di apertura della procedura e quello della produzione del piano e della proposta di concordato (art. 44, lett. a).

Nel concordato «con riserva», il Tribunale pone, a carico della società, obblighi di *disclosure* da assolvere con cadenza mensile (art. 44, lett. c, CCII)³⁷.

Il Tribunale può individuare ulteriori oneri informativi: alla società potrà essere richiesto, ad esempio, di depositare relazioni mensili sulla gestione corrente, l'elenco delle operazioni di importo più rilevante e gli

Niccolini – A. Stagno D'Alcontres, II, Napoli, 2004, pp. 761 ss.; E. BOZZA, *I doveri del collegio sindacale alla luce delle nuove norme di comportamento*, in *Bilancio, revisione, società, contratti*, 2015, 10, p. 13.

³⁵ P. VALENSISE, *Brevi spunti sull'attuale situazione del collegio sindacale*, in *Corporate governance models and the Liability of Directors and Managers. Modelli di corporate governance e responsabilità di amministratori e manager*, a cura di M. Lubrano di Scorpaniello, Milano, 2010, pp. 160 ss.

³⁶ Norma di comportamento 11.5. *Vigilanza del collegio in caso di concordato con riserva ex art. 161, co. 6, l.f.*. Criteri applicativi. Dal punto di vista strettamente testuale, essa stabilisce che il collegio sindacale «prende conoscenza della deliberazione della società di presentare domanda di concordato con riserva».

³⁷ La *disclosure* evita che la domanda prenotativa diventi un mero scudo verso le iniziative recuperatorie dei creditori (Trib. Rovigo, 23 giugno 2016, su *leggitalia.it*).

estratti del libro giornale nonché di indicare periodicamente la giacenza di cassa e le variazioni di magazzino. Le prescrizioni in materia di *disclosure* devono essere osservate «sotto la vigilanza del commissario giudiziale» (art. 44, lett. c, CCII); si tratta di una specificazione che richiede almeno tre note di precisazione.

In primo luogo, è da evidenziare che, innovando rispetto alla legge fallimentare, il Codice ha reso obbligatoria la nomina dell'organo commissariale anche nel concordato «con riserva»; si è data così veste normativa ad una prassi largamente seguita dai Tribunali allo scopo di proteggere le ragioni dei creditori e dissuadere gli amministratori dal compimento di atti distrattivi³⁸.

In secondo luogo, è da dubitare che la verifica sulla *disclosure* spetti soltanto al commissario; infatti, sono le stesse Norme di comportamento a raccomandare ai sindaci di vigilare affinché la società adempia alle prescrizioni di natura informativa³⁹.

Infine, si può osservare che il controllo del collegio sindacale non insiste soltanto sulla puntualità del deposito delle relazioni, ma investe altresì la completezza e la veridicità dei dati che in esse sono riportati; sembra opportuno, quindi, che la relazione periodica sia sottoposta, anteriormente al deposito, al vaglio dei sindaci perché costoro possano formulare proposte modificative o integrative.

6. La vigilanza dei sindaci sull'osservanza del termine per il deposito del piano e della proposta di concordato: una precisazione.

In tema di concordato «con riserva», le Norme di comportamento stabiliscono che il collegio sindacale deve «vigilare» affinché la società produca il piano e la proposta «in tempo utile»⁴⁰.

La raccomandazione rischia di incorrere in un fraintendimento.

L'opzione di presentare la documentazione concordataria è espressione di una valutazione gestoria, come tale sottratta allo scrutinio

³⁸ S. FORTUNATO, *Il commissario giudiziale nel concordato con riserva*, in *Giur. comm.*, 2015, I, pp. 955 ss.; D. GALLETI, *I poteri e le funzioni del commissario giudiziale nel concordato con riserva*, su *ilfallimentarista.it*, 2015) e D. CAPOLUPO, *La figura del pre-commissario nel concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2017, pp. 1352 ss.

³⁹ Norma di comportamento 11.5. *Vigilanza del collegio in caso di concordato con riserva ex art. 161, co. 6, l.f.*. Commento.

⁴⁰ Norma di comportamento 11.5. *Vigilanza del collegio in caso di concordato con riserva ex art. 161, co. 6, l.f.*. Criteri applicativi.

dell'organo di controllo; diversamente argomentando, si perverrebbe al risultato di ritenere che al momento del deposito del ricorso per concordato «con riserva» la società assuma l'obbligo di depositare il piano e la proposta. Ma è lo stesso Codice a consentire alla società di deviare, alla scadenza del termine giudiziale, dalla prospettiva concordataria verso un diverso strumento di regolazione della crisi, e cioè verso l'accordo di ristrutturazione (art. 44, lett. a).

La precisazione, riportata nelle Norme di comportamento, secondo cui il piano e la proposta devono essere depositati «in tempo utile» appare fuorviante perché porta a sottostimare che il deposito del piano e della proposta, ancorché tempestivo *nella forma*, integrerebbe in realtà gli estremi di una condotta abusiva⁴¹ se diretto *nella sostanza* a procrastinare l'apertura della liquidazione giudiziale: il rispetto da parte degli amministratori della scadenza processuale dismette, così, l'aurea taumaturgica che parrebbe ricevere dalle Norme di comportamento.

7. *L'indipendenza dell'attestatore al vaglio dei sindaci.*

Il piano di concordato deve essere corredato della relazione di un professionista indipendente, il quale attesti la sua fattibilità e la veridicità dei dati aziendali in esso riportati (art. 87, 2° co., CCII). In via autoregolamentare, si è precisato che il collegio sindacale vigila sul possesso, da parte dell'attestatore, dei requisiti di professionalità e indipendenza⁴².

Il requisito dell'indipendenza si sostanzia nell'«estraneità di un individuo ad aggregazioni, anche pienamente legittime, di interessi che comunque in una certa misura lo vincolino»⁴³. A livello europeo si è aggiunto che è indipendente il consigliere «libero da relazioni professionali, familiari o di altro genere con la società» in grado di determinare un «conflitto di interesse tale da poter influenzare il suo giudizio»⁴⁴.

⁴¹ G. AGRUSTI, *L'abuso del concordato preventivo tra profili sostanziali e processuali*, in *Dir. fall.*, 2016, pp. 301 ss. e G. D'ATTORRE, *L'abuso del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 1059; Cass., 7 marzo 2017, n. 5677, su *ilcaso.it*.

⁴² Norma di comportamento 11.6. *Vigilanza del collegio in caso di concordato preventivo ex art. 160 l.f.* Principi. Il Codice offre più criteri ai fini di semplificare l'indagine sull'indipendenza dell'attestatore: v. art. 2, lett. o.

⁴³ B. LIBONATI, *Conclusioni*, in *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, a cura di M. Bianchini - C. Di Noia, Milano, 2010, p. 197.

⁴⁴ Art. 13, raccomandazione 2005/162/CE.

Che l'attestatore debba essere indipendente è una regola che mira a soddisfare più interessi; in particolare essa attenua il pericolo che sia designato un soggetto a contiguo agli amministratori ed è un deterrente rispetto ad attestazioni dirette a carpire il consenso dei creditori sulla proposta di concordato.

La pratica consegna esempi nei quali il professionista è formalmente sciolto da rapporti professionali con la società, ancorché sia, nei fatti, assai vicino alla stessa: è il caso dell'attestatore che rivesta cariche sociali in società controllate da familiari degli amministratori della società debitrice. Si è detto che l'attestatore esercita una «funzione di garanzia verso i terzi»⁴⁵ e che la relazione ha il compito di sostituire, sebbene parzialmente, l'attività istruttoria del Tribunale⁴⁶; sul punto si avverte una significativa consonanza nella giurisprudenza di legittimità, la quale ha assimilato le funzioni del professionista a quelle dell'ausiliario del giudice, sul giusto rilievo che l'attestazione ha lo scopo di «fornire dati, informazioni e valutazioni sulla base di riscontri effettuati dall'interno, elementi tutti che sarebbero altrimenti acquisibili esclusivamente soltanto tramite un consulente tecnico nominato dal giudice»⁴⁷.

Qualora il collegio sindacale ravvisi, anteriormente al deposito del piano e della proposta di concordato, elementi di compromissione dell'indipendenza dell'attestatore, esso è tenuto ad evidenziare la circostanza agli amministratori, affinché designino un altro professionista. Il difetto di indipendenza, se accertato successivamente all'apertura della procedura, deve essere segnalato dal collegio sindacale anche al commissario, affinché questi ne informi il Tribunale ai fini dell'eventuale instaurazione del procedimento di revoca del concordato. Resta fermo che «in presenza di rapporti personali o professionali dell'attestatore con l'impresa proponente o con coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento, il giudice deve sempre verificare che tali rapporti siano tali da compromettere in concreto l'indipendenza del suo giudizio»⁴⁸

⁴⁵ G. LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fallimento*, 2013, pp. 1325 ss.

⁴⁶ M. FABIANI, *Concordato preventivo*, cit., p. 283.

⁴⁷ Cass., 14 settembre 2016, n. 18091, su *ilcaso.it*.

⁴⁸ Cass., 11 marzo 2019, n. 6922, in *CED Cassazione*, 2019.

8. Amministrazione e controllo nella s.p.a. in concordato preventivo.

Il commissario non esercita funzioni di carattere gestorio⁴⁹; egli svolge un'attività coesistente al concordato e strumentale al suo perfezionamento. Da questa angolazione visuale, il commissario è un organo della procedura⁵⁰ e non già un mero ausiliario tecnico del giudice delegato⁵¹: la fonte primaria dei poteri del commissario si colloca nel nuovo Codice, il quale è un plesso normativo speciale rispetto al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 che disciplina le funzioni degli ausiliari della magistratura⁵².

Il commissario non è il rappresentante della società o del ceto creditorio⁵³; per conseguenza, non può impugnare la sentenza verso la quale la società abbia manifestato acquiescenza⁵⁴, atteso che non è portatore di specifici interessi da far valere in nome proprio o in veste di sostituto processuale⁵⁵. Le dichiarazioni rese dal commissario in sede giudiziale non hanno natura confessoria⁵⁶ ed è nulla, se effettuata nei suoi confronti, la notifica dell'atto di citazione con il quale l'attore richiede l'accertamento di un credito verso la società⁵⁷.

⁴⁹ M. CATALDO, *Criteri e strumenti di verifica dell'esecuzione dell'incarico del commissario giudiziale nel concordato preventivo*, nota a Cass., 25 ottobre 2017, n. 25330, in *Fallimento*, 2018, pp. 160 ss.

⁵⁰ G. MINUTOLI, *Il commissario giudiziale*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso - L. Panzani, III, Torino, 2016, p. 3579; A. NIGRO - D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2012, pp. 360 ss.; P.F. CENSONI, *Commento sub art. 165 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, II, Bologna, 2007, p. 2393.

⁵¹ *Contra*: A. CANDIAN, *Il processo di concordato preventivo*, Padova, 1937, p. 82 e A. BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, in *Comm. l. fall. Scialoja-Branca*, Bologna - Roma, 1979, p. 173.

⁵² Cass., 11 aprile 2011, n. 8221, in *CED Cassazione*, 2011 ha riconosciuto l'autonomia della legge fallimentare rispetto al d.P.R. n. 115/2002.

⁵³ Cass., 7 luglio 2015, n. 14052, in *CED Cassazione*, 2015; Cass., 12 luglio 1991, n. 7790, in *Fallimento*, 1991, p. 1248. Nello stesso senso: S. PACCHI PESUCCI, *Gli organi delle procedure concorsuali e l'omologazione. La risoluzione e l'annullamento. La chiusura del concordato preventivo*, in *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, a cura della stessa, Milano, 2005, p. 153.

⁵⁴ Cass., 12 gennaio 1988, n. 136, in *Giust. civ.*, 1988, I, pp. 961 ss., con nota di G. LO CASCIO.

⁵⁵ Cass., 9 maggio 2007, n. 10632, in *Mass. Giur. it.*, 2007.

⁵⁶ Cass., 29 agosto 2011, n. 17717, in *Fallimento*, 2012, pp. 622 ss.

⁵⁷ Cass., 9 maggio 2017, n. 11276, in *CED Cassazione*, 2017.

Le Norme di comportamento precisano che, dopo l'ammissione della società al concordato, «il collegio sindacale continua a svolgere le funzioni ad esso attribuite dalla legge»⁵⁸.

Dietro alla previsione autoregolamentare si staglia un problema di coordinamento tra organi di controllo. Con l'apertura della procedura, gli organi sociali non entrano affatto in una condizione di quiescenza. Ma le Norme di comportamento mancano di evidenziare che le attribuzioni dei sindaci assumono, in forza del decreto di ammissione alla procedura, una nitida funzionalizzazione verso il perfezionamento dell'*iter* concordatario.

La stessa designazione dell'organo commissariale comporta l'obbligo per i sindaci di veicolare gli esiti della propria attività verso un soggetto che, seppure esterno alla società, esercita intrusive competenze di controllo; il dovere di riservatezza sancito all'art. 2407, 1° co., c.c. subisce, in coincidenza con l'apertura del concordato, un vistoso affievolimento: non sembra ipotizzabile una responsabilità dei sindaci per aver condiviso con il commissario i fatti e i documenti di cui hanno avuto conoscenza nell'espletamento del mandato.

Queste considerazioni portano ad individuare un primo punto di convergenza tra l'attività del collegio sindacale e quella del commissario; i sindaci vigilano sull'osservanza, da parte degli amministratori, delle regole che presiedono alla gestione ed evidenziano al commissario eventuali violazioni.

L'affermazione per cui «il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni» (art. 94, 1° co., CCII), se traslitterata nell'alfabeto societario, conduce a rilevare che, nel concordato, la gestione è esercitata, *esclusivamente* dagli amministratori, in coerenza con l'art. 2380 *bis* c.c.; dalla procedura non promana, perciò, l'instaurazione di un regime diarchico di amministrazione, atteso che il commissario non diviene «né un gestore né della crisi né della procedura»⁵⁹. In conclusione: l'ammissione alla procedura non incide la titolarità delle prerogative gestorie, ma ne comporta piuttosto una significativa compressione.

La presenza di flussi informativi tra il collegio sindacale e l'organo commissariale in ordine al compimento, in difetto di autorizzazione, di atti

⁵⁸ Norma di comportamento 11.6. *Vigilanza del collegio in caso di concordato preventivo ex art. 160 l.f.*. Principi.

⁵⁹ S. PACCHI PESUCCI, *La valutazione del piano del concordato preventivo: i poteri del tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, in *Dir. fall.*, 2011, I, pp. 95 ss.

eccedenti l'ordinaria amministrazione reagisce all'interesse al corretto esercizio dello strumento concordatario; l'accertamento di atti non autorizzati, infatti, determina la revoca dell'ammissione alla procedura (art. 106, 2° co., CCII).

Preme ora affrontare un aspetto che, nonostante la sua rilevanza, non risulta aver dato luogo a pronunce giurisprudenziali. Ci si riferisce all'interrogativo se il controllo del collegio sindacale e quello del commissario abbiano, in relazione all'amministrazione della società, la medesima estensione.

Il quesito riceve una risposta differenziata, in ragione del tipo di atto considerato.

Se si tratta di atti di ordinaria amministrazione, il collegio sindacale espleta un controllo di legittimità sostanziale: la vigilanza insiste sul grado di diligenza in concreto utilizzato dagli amministratori nell'assumere l'opzione di strategia imprenditoriale e non si appunta sull'opportunità. La necessità di evitare duplicazioni di controlli ed il diverso regime di responsabilità dei sindaci (art. 2407 c.c.) e del commissario (art. 92 CCII) inducono a ritenere che a quest'ultimo sia demandato un controllo di raggio più ristretto: egli esamina, in via sintetica e a campione, le scelte imprenditoriali sotto il filtro ottico dell'assenza di profili di frode verso i creditori.

Nel caso invece di negozi di straordinaria amministrazione, il collegio sindacale verifica che essi siano preceduti dal provvedimento giudiziale e dissuade, preventivamente, gli amministratori dal compimento di atti non autorizzati. La vigilanza del commissario si palesa in un momento successivo al deposito dell'istanza di autorizzazione al compimento di tali atti; l'organo è nella pratica chiamato dal giudice delegato ad esprimere un parere nel quale si inanellano valutazioni qualitativamente distinte da quelle rimesse al collegio sindacale: il complesso di poteri e doveri riconosciuti al commissario rende questo l'unico organo della procedura idoneo ad assumere gli elementi informativi necessari a formulare un giudizio sulla convenienza di opzioni che esulano dalla gestione ordinaria.

Si potrebbe obiettare che, così argomentando, si finisca con l'attribuire al commissario il potere di veto sulla gestione; un potere che colliderebbe vistosamente con il chiaro tenore letterale dell'art. 2380 *bis* del codice civile.

Il rilievo non sarebbe convincente: l'organo commissariale non occupa una posizione sovraordinata agli amministratori e non può impartire direttive alla società⁶⁰; nondimeno, il dovere di vigilanza si intreccia con quello di prevenire manovre fraudolente da parte della società e, sul piano logico, implica la necessità di uno scrutinio esteso al merito delle scelte imprenditoriali.

9. *Le verifiche contabili del commissario giudiziale: l'apporto dei sindaci.*

La società deve produrre l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione (art. 39, 1° co., CCII).

Ad ispessire il diaframma tra il concordato e la liquidazione giudiziale è il fatto che soltanto in quest'ultima è delineato un procedimento diretto alla formazione dello stato passivo (artt. 200 ss. CCII); invece, nel concordato l'accertamento delle posizioni debitorie e creditorie è funzionale a costituire la platea dei creditori ammessi a votare sulla proposta, atteso che al decreto di omologazione è aliena l'attitudine a formare un giudicato sull'esistenza, sul *quantum* e sul rango dei crediti.

Il giudice delegato può semplicemente «ammettere provvisoriamente in tutto o in parte i crediti contestati ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze, senza che ciò pregiudichi le pronunzie definitive sulla sussistenza dei crediti stessi» (art. 108, 1° co., CCII). La decisione non può che fondarsi, perciò, su un corredo probatorio succinto, dato essenzialmente dall'elenco dei debitori e dei creditori depositato dalla società, dalle eventuali rettifiche apportate dal commissario e dai documenti versati dai creditori⁶¹.

Nulla osta a che il creditore promuova, anche prima dell'omologazione della proposta di concordato, un separato giudizio di accertamento nei confronti della società⁶² o, in caso di mancata approvazione della proposta e successiva apertura della liquidazione giudiziale, domandi in sede di insinuazione allo stato passivo una nuova valutazione della sussistenza del proprio credito⁶³.

⁶⁰ Cfr. B. PATERNÒ RADDUSA, *Il commissario giudiziale*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. Ghia - C. Piccininni - F. Severini, IV, Torino, 2011, p. 428.

⁶¹ Trib. Novara, 20 marzo 2013, su *ilcaso.it*.

⁶² Trib. Prato, 25 gennaio 2019, in *leggitalia.it*.

⁶³ Cfr. Cass., 20 aprile 2016, n. 7972, in *Fallimento*, 2017, p. 601.

Occorre domandarsi quale sia l'ambito della vigilanza demandata al collegio sindacale e al commissario rispetto al contenuto dell'elenco dei creditori depositato dalla società.

L'attività di verifica del collegio sindacale ha un'essenza preventiva e attiene alla completezza dell'elenco dei creditori in una fase in cui esso è modificabile dalla società; il controllo consente alla società di eliminare irregolarità e di non depositare in Tribunale un documento inesatto. L'organo - ancorché la società abbia conferito il mandato di revisore legale dei conti ad un soggetto esterno - è tenuto a vigilare sul sistema di rilevazione contabile, in forza dell'art. 2403, 1° co., c.c.: un assetto contabile che conduca la società ad un'errata ostensione delle poste passive è censurabile sotto il profilo dell'inadeguatezza. Dal versante autoregolamentare, si ricava che ai sindaci è richiesto di verificare anche il rispetto, da parte degli amministratori, delle regole «dirette a garantire la completezza, la correttezza e la tempestività di una informativa societaria attendibile, in accordo con i principi contabili adottati dall'impresa»⁶⁴.

Il controllo del commissario è logicamente successivo a quello del collegio sindacale; il termine di raffronto che l'organo commissariale potrà assumere è più esteso di quello utilizzabile dai sindaci: egli non si limiterà all'esame delle scritture contabili, e analizzerà i dati esposti dalla società alla luce delle precisazioni del credito trasmesse dai creditori.

L'analisi del commissario è strumentale ad apportare le «necessarie rettifiche» all'elenco (art. 104, 1° co., CCII); l'espressione deve ricevere un'accezione ristretta, nella quale sia compresa la mera rimozione di errori materiali e colposi nella rappresentazione delle poste passive. Di contro, nel caso in cui emerga che la società ha intenzionalmente offerto una situazione non corrispondente a quella reale, omettendo di denunciare crediti o esponendo passività insussistenti, il commissario non potrebbe che segnalare la circostanza al Tribunale ai sensi dell'art. 106 CCII.

La necessità che la documentazione concordataria di natura più strettamente contabile sia attendibile traspare in filigrana anche da un ulteriore profilo di disciplina: le proposte concorrenti⁶⁵ possono essere presentate da uno o più creditori, che «anche per effetto di acquisti

⁶⁴ Norma di comportamento 3.6. *Vigilanza sull'adeguatezza del sistema amministrativo-contabile*. Principi.

⁶⁵ G.U. TEDESCHI, *Proposte e offerte concorrenti di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2016, I, pp. 1389 ss.; D. GRIFFINI, *Le proposte concorrenti di concordato preventivo*, in *Giur. it.*, 2017, pp. 230 ss.; G. BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, in *fallimentoesocietà.it*, 2015.

successivi alla presentazione della domanda» di concordato, «rappresentino almeno il dieci per cento dei crediti» (art. 90, 1° co., CCII).

Il monte dei crediti è individuato sulla base della relazione sulla situazione finanziaria allegata dalla società al ricorso introduttivo della procedura (art. 39, 1° co., CCII)⁶⁶; com'è stato osservato, le informazioni necessarie al calcolo della percentuale di legge sono facilmente ricavabili dall'elenco dei creditori⁶⁷. V'è da ritenere che la produzione di documenti contabili artefatti, anche allo scopo di rendere più gravosa la presentazione di proposte concorrenti, costituisca causa di revoca del concordato.

10. *La relazione ex art. 105 CCII come occasione di cooperazione di tra commissario giudiziale e collegio sindacale.*

Un quadro esaustivo dei rapporti tra collegio sindacale e organo commissariale non può prescindere da qualche cenno alla «relazione particolareggiata» alla quale l'art. 105 CCII attribuisce, nella procedura concordataria, preminente centralità.

Si tratta, infatti, di un atto dal contenuto eterogeneo, ancipite sotto il profilo dei destinatari e delle funzioni: è indirizzato, al contempo, ai creditori e al giudice delegato. I creditori traggono dai dati illustrati dal commissario indicazioni utili ai fini dell'espressione del voto sulla proposta di concordato; il giudice delegato ricava dalla relazione circostanze eventualmente suscettibili di provocare l'arresto della procedura concordataria (art. 106 CCII).

Nella relazione il commissario esamina cinque profili: (i) le cause del dissesto; (ii) la condotta del debitore, e cioè, in caso di concordato delle società, degli organi sociali; (iii) la comparazione tra la prospettiva concordataria e la liquidazione giudiziale; (iv) la proposta del debitore e quelle, eventuali e concorrenti, dei creditori; (v) le garanzie offerte ai creditori.

I primi tre profili sono avvinti da un intreccio più fitto di quanto possa inizialmente apparire. Nella ricostruzione delle cause del dissesto e della condotta del debitore l'interlocutore elettivo del commissario è l'organo di amministrazione. Ma in via suppletiva ed integrativa rispetto alle informazioni rese dagli amministratori, anche il collegio sindacale deve essere interpellato dal commissario in quanto anch'esso può offrire

⁶⁶ Cfr. art. 163, 4° co., l. fall.

⁶⁷ D. GRIFFINI, *op. loc. ult. cit.*

elementi conoscitivi utili alla maturazione di un consenso informato dei creditori sulla proposta presentata dalla società.

«Cause del dissesto» e «condotta del debitore» sono lemmi che, d'acchito, parrebbero evocare una concezione della procedura ormai superata: è vero che l'accurata indagine dell'apporto causale del debitore al proprio dissesto era essenzialmente funzionale ad assicurare che il «beneficio» del concordato fosse riservato in via esclusiva a chi ne fosse meritevole; tuttavia essi appaiono lontani dal ridursi ad un mero retaggio storico e costituiscono tuttora elementi essenziali della relazione commissariale⁶⁸.

All'espunzione della meritevolezza dai requisiti di omologazione della proposta di concordato non corrisponde affatto la superfluità degli accertamenti commissariali, direzionati invece ad offrire ai creditori e al Tribunale una nitida istantanea delle fasi, spesso convulse, che hanno preceduto l'apertura del concordato. Anzi, l'abrogazione del requisito della meritevolezza «non deve indurre l'interprete a cancellare ogni tipo di controllo sulla crisi, sull'impresa e sull'imprenditore»⁶⁹.

Il fine elettivo della relazione è di rendere intellegibili ai creditori chirografari – che, di regola, non si avvalgono dell'assistenza tecnica di un legale in sede di votazione – gli elementi essenziali del concordato⁷⁰. La relazione è, d'altronde, il principale strumento a disposizione dei creditori ai fini dell'espressione di un voto consapevole sulla proposta⁷¹.

Nella relazione si è ravvisato lo «snodo fondamentale» del procedimento di concordato nel quale è trasfuso «il risultato dell'attività di indagine e di vigilanza» del commissario⁷². Le competenze attribuite a quest'ultimo ricevono una significativa dilatazione sul piano applicativo; muovendo dall'insegnamento di legittimità secondo cui l'organo deve «garantire che i dati sottoposti alla valutazione dei creditori siano completi,

⁶⁸ Ma si veda B. PATERNÒ RADDUSA, *op. cit.*, p. 434: «il riferimento alle cause del dissesto ed alla condotta del debitore mantiene uno spazio di rilevanza assai modesto giacché la individuazione delle ragioni che stanno alla base della crisi dell'impresa proponente possono, al più, servire per indagare la funzionalità economica delle ricette proposte per pervenire al risanamento».

⁶⁹ S. PACCHI PESUCCI, *La valutazione del piano del concordato preventivo: i poteri del tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, in *Dir. fall.*, 2011, I, pp. 95 ss.

⁷⁰ Cfr. B. PATERNÒ RADDUSA, *op. cit.*, pp. 433 ss.

⁷¹ Cass., 25 febbraio 2015, n. 3797, in *leggiditalia.it*.

⁷² B. CONCA, *Commento sub art. 172 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 2451.

attendibili e veritieri»⁷³, si ritiene che il commissario non possa limitarsi all'asettica riproduzione delle circostanze esposte dalla società nella documentazione concordataria⁷⁴, ma debba invece procedere alla prognosi delle previsioni da essa formulate⁷⁵.

11. *Il ruolo del collegio sindacale nell'accertamento di circostanze suscettibili di arrestare il corso della procedura.*

I sindaci, perché incaricati del controllo di legalità (art. 2403 c.c.), sono tenuti ad avvertire con tempestività l'organo commissariale ogniqualvolta essi riscontrino il compimento, da parte degli amministratori, di atti riconducibili alle fattispecie descritte all'art. 173 l. fall. e trasfuse all'art. 106 CCII; le stesse Norme di comportamento stabiliscono che i rapporti tra organi societari e organi della procedura sono informati al principio di collaborazione⁷⁶.

Ricade tra i compiti del commissario quello di evidenziare al Tribunale l'accertamento dell'occultamento o della dissimulazione di parte dell'attivo, dell'omessa denuncia di crediti, della rappresentazione di passività in realtà insussistenti o del compimento di altri atti di frode (art. 106, 1° co., CCII); parimenti, l'organo commissariale deve segnalare il compimento di atti che non siano stati autorizzati dal Giudice delegato o che siano comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, nonché la carenza sopravvenuta delle condizioni di ammissione della società al concordato (art. 106, 2° co., CCII).

La disposizione ora ricordata è, quindi, la leva che consente di troncare il corso della procedura allorché siano emersi elementi fattuali che stridono con il suo fisiologico perfezionamento; del resto, spiccano per la loro incisività le condivisibili definizioni del procedimento di revoca del

⁷³ Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Foro it.*, 2011, I, cc. 105, con nota di M. FABIANI, *Concordato preventivo, procedimento di ammissione e giudizio di fattibilità*.

⁷⁴ S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli - F.P. Luiso - E. Gabrielli, IV, Torino, 2014, p. 264.

⁷⁵ Cass., 17 ottobre 2014, n. 22045, in *Fallimento*, 2015, pp. 435 ss., con nota di P. VELLA, *L'affinamento della giurisprudenza di legittimità dopo le Sezioni Unite sulla "causa concreta" del concordato: ha ancora senso la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica?*

⁷⁶ Norma di comportamento 11.6. *Vigilanza del collegio in caso di concordato preventivo ex art. 160 l.f.*. Commento.

concordato in termini di «valvola di sicurezza»⁷⁷ o di «chiave di volta del sistema»⁷⁸.

Sul piano testuale, sono state espressamente tipizzate soltanto alcune delle fattispecie suscettibili di interrompere la procedura concordataria. L'occultamento e la dissimulazione dell'attivo, l'esposizione di passività inesistenti e le irregolarità nella rappresentazione delle poste creditorie si sostanziano in condotte materiali che il commissario è tenuto a rilevare nella compilazione dell'inventario (art. 105, 1° co., CCII) e nel raffronto tra la documentazione prodotta dalla società ricorrente e le scritture contabili (art. 104, 1° co., CCII); esse appaiono unificate, inoltre, dalla comune attitudine ad ingenerare nei creditori una percezione errata delle condizioni economiche, finanziarie e patrimoniali in cui la società obiettivamente versa.

Maggiori incertezze interpretative si addensano attorno all'esatto perimetro della nozione di «frode» e alle interferenze tra il compimento di atti privi dell'autorizzazione giudiziale e la prosecuzione dell'*iter* concordatario. La casistica giurisprudenziale è alquanto variegata: sono stati ritenuti sintomatici di un'intenzione frodatrice il compimento di irregolarità contributive⁷⁹ e il silenzio serbato, nella documentazione concordataria, sulle cause pendenti al momento del deposito della domanda⁸⁰, sull'esistenza di patti parasociali⁸¹, sull'intervenuta escussione di fidejussioni⁸² o sull'alienazione di beni immobili⁸³. Nel campo semantico della locuzione «frode» andrebbero ricondotte, quindi, le «condotte volte a occultare situazioni di fatto idonee a influire sul giudizio dei creditori, aventi valenza potenzialmente decettiva per l'idoneità a pregiudicare il consenso informato degli stessi»⁸⁴.

⁷⁷ U. DE CRESCIENZO, *Commento sub art. 173 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 2456; G. BERSANI, *La rilevanza degli atti di frode nel concordato preventivo nell'ambito del sub-procedimento previsto dall'art. 173 l.f.*, su *ildirittodegliaffari.it*, 2014.

⁷⁸ D. GALLETI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, I, pp. 730 ss.

⁷⁹ Trib. Milano, 24 aprile 2007, in *Fallimento*, 2008, p. 102.

⁸⁰ Trib. Verona, 15 gennaio 2016, in *Fallimento*, 2016, p. 618.

⁸¹ Trib. Trento, 30 ottobre 2015, in *Fallimento*, 2016, p. 374.

⁸² App. Bologna, 13 ottobre 2015, su *ilcaso.it*.

⁸³ Trib. Padova, 12 novembre 2015, su *ilcaso.it*.

⁸⁴ Cass., 7 marzo 2017, n. 5689, in *leggiditalia.it*.

12. Conclusioni.

Dalle considerazioni che precedono possono trarsi alcuni rilievi di sintesi.

Nel presente lavoro ci si è domandati se l'innesto del commissario nella s.p.a. - e cioè in una società che è già dotata di un organo sociale di vigilanza - possa eventualmente determinare duplicazioni di funzioni. Occorre rilevare che alla coesistenza di due attività di controllo - una interna, rimessa ai sindaci; una esterna, demandata al commissario - non corrispondono ultronee sovrapposizioni; al contrario, si è messo in luce che il collegio sindacale e l'organo commissariale, ancorché esercitino competenze distinte e differenziate, sono chiamati a cooperare in plurime occasioni.

Più luoghi della disciplina civilistica del collegio sindacale suggeriscono che tale organo debba interloquire con il commissario. La stessa formulazione del dovere di vigilanza (art. 2403 c.c.), per la sua estrema ampiezza, rende i sindaci, assieme agli amministratori, gli interlocutori privilegiati dell'organo commissariale.

Il collegio sindacale può registrare in presa diretta il compimento di condotte abusive o frodatorie, rilevanti *ex art.* 106 CCII, esercitando atti di ispezione e controllo (art. 2403 *bis* c.c.); circostanze suscettibili di arrestare il corso del concordato possono essere rilevate dai sindaci anche attraverso la semplice partecipazione alle adunanze del c.d.a. e dell'assemblea (art. 2405 c.c.) o lo scambio di informazioni con gli organi delle società controllate e con il soggetto incaricato della revisione legale dei conti (art. 2409 *septies* c.c.). Ancora, si è messo in luce che i sindaci - proprio perché investiti della vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto contabile della società e cioè sulle modalità di rappresentazione della situazione contabile della stessa (art. 2403 c.c.) - possono offrire un ausilio al commissario nel compimento delle verifiche contabili (art. 104, 1° co., CCII).

Si è accennato, in apertura, al fatto che il Codice prende in considerazione un preciso frangente temporale, caratterizzato dall'esistenza di «fondati indizi della crisi», e stabilisce che, in esso, il collegio sindacale deve attivare una procedura di allerta che richiama da vicino l'omonimo istituto francese.

È stata avvertita l'esigenza, però, di ricordare che il legislatore concorsuale non ha disciplinato espressamente il ruolo del collegio

sindacale in quelle situazioni in cui l'impresa societaria abbia domandato l'accesso al concordato.

Il silenzio serbato dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha un'immediata proiezione pratica: i sindaci devono esercitare, come si è ora ricordato, prerogative e utilizzare strumenti che - proprio perché regolati dal codice civile - trovano applicazione nella s.p.a. indipendentemente dalle circostanze che essa sia in una fase di espansione o di contrazione, *in bonis* oppure in procedura.

Nel corso dell'indagine sono state analizzate alcune raccomandazioni tratte dalle Norme di comportamento del collegio sindacale; è importante sottolineare che le indicazioni autoregolamentari si pongono, rispetto al codice civile, in una relazione di complementarità: se viste nel loro insieme, esse offrono ai sindaci una preziosa tavola di orientamento da consultare nella pendenza del concordato; sebbene enucleino modelli di condotta che devono essere adottati durante la procedura, le Norme di comportamento non si spingono, però, a fondare prerogative specifiche ed aggiuntive a quelle fissate dal codice civile.

Con uno sforzo di sintesi si può quindi affermare che le raccomandazioni del Consiglio nazionale dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili contribuiscono in misura significativa a rendere più agevole l'intersezione tra le disposizioni civilistiche in materia di controllo e la disciplina del concordato.