

LA FIGURA DEL (PRE) COMMISSARIO GIUDIZIALE NEL CONCORDATO DELLA RIFORMA 2015 E RIFLESSI SULLA C.D. "MOBILITÀ GRATUITA"

di DARIO FINARDI

Sommario: 1. Premessa; 2. La figura del commissario giudiziale nella riforma 2015; 3. La domanda di mobilità nella fase ex art. 161 vi comma l.f.: la c.d. mobilità gratuita nel concordato preventivo.

1. Premessa. La disciplina del concordato preventivo ha subito diverse modifiche nell'estate del 2015 attraverso il d.l. 27 giugno 2015 n. 83, convertito, con modificazioni, nella l. 6 agosto 2015 n. 132¹.

Il decreto è entrato in vigore a far data dal 27 giugno 2015, mentre la legge di conversione il 21 agosto 2015, con rilevanti nuovi inserimenti rispetto al predetto decreto e con aspetti di diritto transitorio che meritano particolare attenzione (come nel caso dell'art. 64 II comma l.f.).

La riforma del 2015 non ha una vera e propria direzione, né dà un indirizzo nel puzzle dinamico del diritto fallimentare,

¹ I primi commenti della dottrina sulla riforma 2015 sono i seguenti: G. BOZZA, *Brevi considerazioni su alcune norme dell'ultima riforma*, in *Fallimenti e Società.it*; M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *ilcaso.it*; R. GUIDOTTI, *Misure urgenti in materia fallimentare (d.l. 27 giugno 2015, n. 83): le modifiche alla disciplina del fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti*, *ivi*; F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento*, in *ilfallimentarista.it*; R. MARINONI- N. NISIVOCCIA- C. SANTORIELLO, *Decreto giustizia: le novità in materia fallimentare*, Milano, 2015; L. VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, in *ilcaso.it*; S. AMBROSINI, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015*, in *ilcaso.it*; M. MONTANARI, *La recente riforma della normativa in materia di chiusura del fallimento: primi rilievi*, in *ilcaso.it*; F. BENASSI, *Contratti pendenti nel concordato preventivo e audizione del terzo contraente nel nuovo art. 169-bis l.f.: prime riflessioni*, in *ilcaso.it*.

nonostante i numerosi interventi stabilizzatori della Cassazione in funzione nomofilattica di questi ultimi anni².

Si evidenzia comunque nella riforma di quest'anno un *favor* ancora più pronunciato a beneficio dell'impresa, in particolare premiante la continuità aziendale, pur gravata dal peso delle predeuzioni.

Da una parte si è voluto porre un limite alle proposte irrisorie ai creditori chirografi nei concordati preventivi liquidatori, ma nello stesso tempo si è deciso di non intaccare la struttura contrattuale del concordato.

L'introduzione della soglia del 20% per i chirografi (*ex art. 160 IV comma l.f.*) costituisce infatti un passaggio certamente rigido, come limite inderogabile di pagamento nei concordati liquidatori introdotti successivamente al 21/08/2015, ma non si applica a quelli con continuità aziendale (anche se in un prossimo futuro avremo come anticipazione in relazione ai lavori in corso della Commissione Rordorf solo due procedure, quella liquidatoria e il c.p. in continuità).

Si assiste, quindi, ad un recupero della meritevolezza³, ma senza le revocatorie, depotenziate dal 2005, né successivamente rafforzate se non con la disposizione di cui all'art. 64 l.f. II comma, che prevede nel fallimento una discutibile acquisizione diretta, alla massa fallimentare, dei beni oggetto di atti a titolo gratuito con la semplice trascrizione della sentenza di fallimento.

La meritevolezza non si esprime però “come requisito positivo generale implicante la necessità di un apprezzamento favorevole della pregressa condotta dell'imprenditore”⁴, ma nel ne-

² Per citarne alcuni: Cass. civ. Sez. Un. 6 maggio 2015, n. 9100, in *Il Fallimento*, 2015, 934; Cass. civ. Sez. Un. 15 maggio 2015, n. 9935, in *Il Fallimento*, 2015, 900; Cass. civ. 16 febbraio 2015, n. 3022, in *Il Fallimento*, 2015, 519; Cass. civ. 26 giugno 2014, n. 14552, in *Foro it.*, 2014, 11, 3170; in relazione agli atti contemplati dall'art. 173 l.f. in frode ai creditori come sbarramento della procedura; sulla data certa, Cass. civ. Sez. Un. 20 febbraio 2013, n. 4213, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2014, 4, 400; Cass. civ. Sez. Un. 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Foro it.*, 2013, 5, 1534.

³ Cit. M. Fabiani: “l'interpretazione che si era andata consolidando in tema di rapporti tra meritevolezza e società di capitali assecondava l'idea che la valutazione andasse riferita anche al contegno delle società di capitali e per esse dei loro amministratori”, (M. FABIANI, *Dalla meritevolezza al rapporto dialogico fra frode e responsabilità nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2015, 965). Si veda anche A. MAISANO, *Il concordato preventivo delle società*, Milano, 1980, 159.

⁴ Cass. civile, Sez. I, 26 giugno 2014, n. 14552, in *Foro it.* 2014, I, 3170-3175, con nota di M. FABIANI, *La ricerca di un equilibrio fra poteri del giudice ed interesse delle parti nel concordato preventivo*.

cessario pagamento del 20%. “Per cui l’utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore” appare residuale, solo superata la suddetta soglia, eccetto nei concordati in continuità.

Già da oggi però l’impegno al pagamento attraverso la liquidazione dei beni rende impercorribile, nei limiti della soglia del 20%, la soddisfazione “attraverso qualsiasi forma”, con mezzi alternativi rispetto al denaro. Quindi “scomparebbe” fino a detto valore la soddisfazione con mera *cessio bonorum* ai creditori, “come obbligo di porre a disposizione dei creditori l’intero patrimonio dell’impresa e non di garantire il pagamento in una misura percentuale prefissata”⁵. L’impegno non sarà più a cedere ma a liquidare e pagare la soglia minima del 20% del credito a tutti i creditori chirografari: solo oltre questa soglia la proposta, se liquidatoria, può prevedere una “soddisfazione attraverso qualsiasi forma” *ex* I comma art. 160 lett. a) e quindi anche la *cessio bonorum*.

Inoltre, non c’è stato alcun intervento per quanto riguarda la risoluzione del concordato, che si attiva solo su istanza dei creditori e per grave inadempimento (con un ossimoro: se l’inadempimento non ha “scarsa importanza” *ex* art. 1455 c.c.) e non, come in passato, anche su iniziativa del commissario giudiziale o d’ufficio.

Quindi la soglia del 20% è un requisito inderogabile nell’ambito della tutela della legalità della procedura e della fattibilità giuridica, da esercitarsi da parte del Giudice nei concordati liquidatori fino all’omologa.

Nella fase successiva di esecuzione del concordato e al fine dell’eventuale risoluzione, l’iniziativa ritorna quindi nelle “mani” dei creditori in caso di mancato rispetto del pagamento del 20% e quindi di inadempimento (eccetto il caso di cui al VI comma dell’art. 185 l.f. che introduce il procedimento di revoca del concordato *ex* art. 173 l.f. nella fase dell’esecuzione, se la proposta concorrente viene ostacolata dal debitore).

L’abrogazione del silenzio assenso nell’art. 178 l.f., per i nuovi concordati *post* 21/08/2015, tende invece a responsabilizzare maggiormente la scelta dei creditori, come autonomia

⁵ Cass. civ., Sez. I, 14 marzo 2014, n. 6022, in *Il Fallimento*, 2015, 05, p. 544-545.

contrattuale espressa dalla volontà⁶ di adesione, e quindi a sollecitare un intervento maggiormente consapevole degli stessi nell'accettazione della proposta, confermando che ai creditori spetta il giudizio sulla convenienza e sulla fattibilità economica.

La procedura vede quindi un più attento intervento del Tribunale nelle varie fasi, in funzione eteronoma di Kantiana origine e di controllo sulla regolazione della crisi d'impresa: questo non in contrapposizione all'autonomia contrattuale, ma come verifica di conformità legislativa nel rispetto delle regole del processo, come nella proposta e nelle offerte concorrenti e, nel giudizio sulla fattibilità giuridica, come compatibilità del piano con norme inderogabili ovvero sull'attitudine del piano a realizzare le sue finalità, e quindi la causa concreta del concordato (soddisfazione minima ora del 20% in un tempo ragionevole).

2. *La figura del commissario giudiziale nella riforma 2015.* Dal 2013 (d.l. 69/13 con effetto dal 22/06/2013) si è assistito ad un potenziamento del ruolo del commissario giudiziale, volto a contenere gli effetti del c.d. concordato "in bianco", introdotto nel 2012 e purtroppo qualche volta utilizzato strumentalmente con abuso di diritto. Paradigmatica in tal senso la pronuncia della Cass. civ. Sez. Un. 15 maggio 2015 n. 9935 per cui: "la domanda di concordato, anche soltanto 'in bianco', che viene presentata dal debitore non per regolare la crisi d'impresa attraverso un accordo con i propri creditori, bensì con il palese scopo di differire la dichiarazione di fallimento, è inammissibile, in quanto integra gli estremi di un abuso di diritto"⁷.

Dal 22/06/2013 il commissario giudiziale può essere nominato dal Tribunale anche nella fase del concordato con riserva, con funzioni di controllo direttamente riferibili al Tribunale (e non ai creditori), come quelle fondamentali previste dall'art. 173 l.f., ovvero di consulenza, con i pareri che il commissario deve esprimere al Tribunale in relazione alle autorizzazioni richieste dal debitore relative ad atti urgenti di straordinaria amministrazione.

⁶ M. FABIANI, *Dalla meritevolezza al rapporto dialogico fra frode e responsabilità nel concordato preventivo*, cit; E. BERTACCHINI, *I creditori sono gli unici giudici della fattibilità della proposta*, in *Dir. Fall.*, 2012, I, 630.

⁷ Cass. civ. Sez. Un., 15 maggio 2015 n. 9935, *Foro it.*, 2015, I, 2323.

Il Tribunale può “potenzialmente” interloquire e “sentire i creditori” *ex art. 161, VIII comma, l.f.*, con la consulenza di controllo del commissario giudiziale per specifiche posizioni che vedano un interesse particolare dei creditori: per esempio la vendita di un bene immobile nella fase di concordato in bianco, che si reputi urgente e conveniente ma potenzialmente lesiva di un creditore ipotecario e in assenza ancora di attestazione *ex art. 160, II comma l.f.* (Anche se per i concordati introdotti dal 21/08/2015 la disciplina delle offerte concorrenti si applica pure nella fase del c.d. “in bianco” con un intervento significativo del commissario *ex art. 183 bis, ultimo comma l.f.*).

Il commissario deve adempiere ad una nutrita lista di compiti, come indicati, per esempio, dal Tribunale di Rimini con provvedimento del 02/07/14⁸.

⁸ Con il provvedimento citato, reperibile in Internet http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fal.php?id_cont=11121.php, il Tribunale di Rimini ha previsto i seguenti compiti cui deve adempiere il commissario giudiziale:

- “nell’ipotesi che accerti che il debitore abbia posto in essere una delle condotte previste dall’articolo 173 l.f., ne riferirà immediatamente al Tribunale che, nelle forme di cui all’articolo 15 e verificata la sussistenza delle condotte stesse, potrà, con decreto, dichiarare l’improcedibilità della domanda e, su istanza del creditore o su istanza del Pubblico Ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, potrà dichiarare il fallimento del debitore con contestuale sentenza reclamabile a norma dell’articolo 18;
- dovrà verificare che la ricorrente adempia agli obblighi informativi di cui all’articolo 161 VIII comma l.f., anche relativi alla gestione finanziaria dell’impresa ed all’attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, depositato mensilmente nella cancelleria del Tribunale, fino alla scadenza del termine fissato, da comunicarsi anche al commissario giudiziale, a partire dai primi, una situazione finanziaria dell’impresa aggiornata all’ultimo giorno del mese precedente, comprensiva delle operazioni, attive e passive effettuate o maturate nel periodo successivo alla presentazione del ricorso, relative all’amministrazione ordinaria o straordinaria effettuata. In caso di violazione degli obblighi informativi si applicherà l’articolo 162, commi II e III l.f..
- dovrà verificare che sia depositata mensilmente la situazione finanziaria dell’impresa, di cui al punto precedente, e sia pubblicata nel registro delle Imprese a cura del cancelliere entro il giorno successivo al suo deposito.
- dovrà tenere monitorata l’attività del ricorrente volta alla predisposizione della proposta e del piano e, qualora verifichi che essa è manifestamente inidonea, ne informi senza indugio il Tribunale che, anche d’ufficio, sentito debitore e il commissario giudiziale, abbrevierà il termine fissato con il decreto di apertura della procedura;
- dovrà evidenziare al Tribunale il compimento da parte del debitore di atti di straordinaria amministrazione non autorizzati, nonché il pagamento preferenziale di creditori precedenti la presentazione del ricorso, pagamenti da ritenersi vietati in assenza di espressa autorizzazione, condotte che potranno essere valutate come motivo d’inammissibilità del ricorso *ex articolo 162, e commi II e III l.f.*;
- dovrà verificare che il ricorrente depositi quale anticipo delle spese di giustizia e, segnatamente, del compenso dell’attività prestata dal commissario giudiziario nella presente fase, per l’ipotesi di mancata ammissione al concordato preventivo, entro sette giorni dalla data del presente provvedimento, la somma di euro sul rapporto bancario ecc..”

La riforma del 2015 ha introdotto al II comma dell'art. 163 l.f. il n. 4 *bis* per cui, con il decreto di ammissione, il Tribunale “ordina al ricorrente di consegnare al commissario giudiziale copia informatica e su supporto informatico delle scritture contabili⁹ (es. art. 2214 c.c. libro giornale, libro inventari) e fiscali obbligatorie (es. registro iva). Si realizza così una sostanziale replica dell'ordine che si trova nella sentenza di fallimento all'art. 16, n. 3, l.f.. Nella fase del concordato in bianco le scritture contabili sono a disposizione del commissario, visto il richiamo nell'art. 161 VI comma dell'art. 170 l.f..

L'art. 163 l.f., con l'inserimento dei nuovi commi IV, V, VI e VII, prevede la possibilità di presentazione di proposte concorrenti da parte dei (soli) creditori che rappresentino almeno il 10% dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata ai sensi dell'art. 161 II comma lett. a), l.f. (non persuade però la presentazione riservata solo ai creditori e non ad altri soggetti interessati, visto che questi ultimi, per esempio, poi si possono costituire opponendosi all'omologa *ex art. 180, II comma l.f.*).

Le proposte concorrenti ed il relativo piano devono essere presentati non oltre 30 gg prima dell'adunanza dei creditori.

Il commissario comunica le proposte via pec ai creditori ma prima di detta comunicazione, qualora una proposta concorrente preveda classi di creditori, la deve sottoporre al giudizio del Tribunale, che verifica la correttezza dei criteri di formazione delle classi *ex art. 160 I comma lett. c) e 163 I comma l.f.*), secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei. Immagino che a questo punto, con il deposito di una proposta concorrente che preveda diverse classi di creditori, si renda opportuno un rinvio della data dell'adunanza su istanza del commissario, poiché i tempi di una pur rapida decisione del Tribunale diventano inconciliabili con le altre prescrizioni temporali di cui all'art. 172 l.f..

Infatti, il commissario (per i concordati introdotti *post 21/08/15*) deve depositare la sua relazione, ora con la necessaria illustrazione delle utilità che in caso di fallimento possono essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie e revocatorie, almeno 45 giorni prima dell'adunanza (fissata non oltre

⁹ Peraltro, l'art. 171, I comma, l.f. richiama le scritture contabili necessarie a norma dell'art. 161 l.f. (che nulla però prevede sul punto), visto che solo dal 21/08/2015 e per i concordati introdotti da detta data si applica l'art. 163, II comma n. 4 *bis* l.f..

120 giorni dal decreto di ammissione *ex art. 163 l.f.*). Se vengono depositate proposte concorrenti, il commissario deve comunque riferire ai creditori nel termine di 10 gg prima dell'adunanza con una relazione integrativa. Si deve però considerare che le proposte di concordato (dei concorrenti ma anche del debitore) possono essere modificate fino a 15 giorni prima dell'adunanza (*ex art. 172 II comma l.f.*).

Quindi tutte le parti (debitore e proponenti concorrenti) hanno tempi brevissimi per eventuali modifiche/adattamenti, anche conseguenti a decisioni del Tribunale sulle classi, ma in particolare la relazione finale integrativa del commissario, che dovrebbe contenere “una particolareggiata comparazione tra tutte le proposte depositate” è “costretta” in un termine di redazione di soli 5 gg se ci sono state modifiche alle proposte. Il commissario potrà depositare una relazione integrativa e svolgere le sue ulteriori osservazioni anche qualora emergano informazioni che i creditori devono conoscere ai fini dell'espressione del voto (ultimo capoverso dell'art. 172, II comma, l.f.), quindi anche in assenza di offerte concorrenti, sempre nei 15 giorni anteriori all'adunanza.

Il commissario quindi fornisce ulteriormente *ex art. 165, III comma, l.f.* ai creditori che ne fanno richiesta (valutata la “congruità”¹⁰ della richiesta medesima e l'assunzione di opportuni obblighi di riservatezza) le informazioni utili per la presentazione di proposte e offerte concorrenti, nonché ogni altra informazione rilevante in suo possesso.

La posizione del commissario nel suo ruolo di verifica e puntuale informazione dei creditori e le connesse valutazioni incombenti, quindi, sono state rafforzate (anche nella fase pre-notativa) con la riforma del 2015. Il commissario infatti rimane “l'organo cui è affidato il compito di garantire che i dati sottoposti alla valutazione dei creditori siano completi, attuabili e veritieri”, cioè mette in condizione i creditori di esprimere il c.d. consenso informato e non viziato da una falsa rappresentazione della realtà e dei dati aziendali (così, Cass. civ. 25 ottobre 2010, n. 21860¹¹) e partecipa con i suoi pareri in tutte le fasi del c.p. alla valutazione degli atti straordinari.

¹⁰ Una sorta di “*no time wasters*”.

¹¹ Cass. civ. 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Il Fallimento*, 2010, 12, 1378.

L'attività consultiva del commissario giudiziale si esplica in modo simile anche in relazione alle offerte concorrenti ai sensi del nuovo art. 163 *bis* l.f. che disciplina la “necessaria” apertura di procedimenti competitivi per trasferimenti a titolo oneroso dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni in presenza di offerte già individuate (e comprese nel piano).

La posizione ed i poteri del commissario quindi sono i medesimi sia nella fase con riserva che in quella *post* ammissione, posto che la disciplina delle offerte concorrenti si applica anche agli atti straordinari e urgenti *ex art.* 161, VII comma, l.f., nonché all'affitto di azienda o di uno o più rami d'azienda (*ex art.* 163 *bis*, VI comma, l.f.).

Peraltro, come disposto dal nuovo art. 163 *bis* l.f., il Tribunale precisa con decreto le modalità di presentazione di offerte irrevocabili, prevedendo che ne siano assicurati in ogni caso la comparabilità, i requisiti di partecipazione degli offerenti, le forme e i tempi di accesso alle informazioni rilevanti e i limiti eventuali al loro utilizzo, le garanzie che devono essere presentate dagli offerenti, la pubblicità del decreto e le modalità con cui lo stesso commissario deve fornire le informazioni a coloro che ne fanno richiesta (ovviamente anche nella fase con riserva).

Anche l'originale offerta di acquisto dell'azienda e dei beni prevista nel piano di concordato diviene irrevocabile solo quando sia modificata in conformità a quanto previsto dal decreto del Tribunale: qui si presenta un fattore di rischio, in quanto la proposta potrà trasformarsi in revocabile o non più vincolante, alla luce delle modifiche/integrazioni disposte dal Tribunale.

L'art. 165, ult. comma, l.f., prevede che “il commissario giudiziale comunichi senza ritardo al pubblico ministero i fatti che possono interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale e dei quali viene a conoscenza nello svolgimento delle sue funzioni”. Le disposizioni di cui all'art. 165 l.f. si applicano al commissario, ovviamente anche nella fase con riserva, in quanto il commissario è e rimane pubblico ufficiale dalla nomina *ex art.* 161 VI comma l.f.. Correttamente si è evitato il collegamento tra responsabilità e subprocedimento di revoca *ex*

art. 173 l.f. (anche poiché la responsabilità per bancarotta permane anche nel concordato preventivo *ex art. 236 l.f.*)¹².

Questo significativo maggior legame informativo con il P.M. traspare anche nell'art. 161, V comma, secondo periodo l.f., per cui il cancelliere trasmette al P.M. tutti gli atti e i documenti depositati, nonché copia della relazione del commissario (ma applicherei l'interpretazione nel senso che tutte le relazioni del commissario debbano essere trasmesse e quindi anche la relazione integrativa).

La nuova procedura relativa ai contratti pendenti nel concordato (sia nella fase in bianco che in quella *post* ammissione) in relazione al richiesto scioglimento/sospensione dei contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti, non vede una partecipazione diretta e disciplinata normativamente del commissario giudiziale, che però viene coinvolto con la sua funzione di "consulenza di controllo" di supporto al Tribunale o al G.D..

Il commissario interviene nella fase di concordato con riserva, in una situazione particolarmente delicata in relazione ai "nuovi" finanziamenti *ex art. 182-quinquies*, III comma l.f. da contrarre su autorizzazione del Tribunale funzionali ed urgenti in relazione alle necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale e prededucibili anche come mantenimento delle linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda. Si introduce qui la necessità per il debitore che svolge questa istanza, di provare un pregiudizio imminente ed irreparabile per l'azienda in assenza di questi finanziamenti a tempo limitato. Una sorta di art. 700 c.p.c. inserito nella fase con riserva.

Altre disposizioni relative ai compiti del commissario sono state introdotte nell'art. 185 l.f., in particolare nell'ambito dell'attività di vigilanza sul compimento di atti necessari a dare esecuzione alla proposta concordataria presentata da uno o più

¹² "Accanto alla "frode soggettiva" troviamo anche una "frode oggettiva" e cioè l'accertamento di fatti che il debitore ha posto in essere non già per ingannare i creditori ma per pianificare il dissesto, compiere atti per sé profittevoli e tali da far poi apparire la soluzione concordataria la migliore possibile", così M. FABIANI, *Dalla meritevolezza al rapporto dialogico fra frode e responsabilità nel concordato preventivo*, cit; G. LA CROCE, *La "confessio" salvifica degli atti in frode ai creditori un equivoco pericoloso, denso di antinomia, contrasti costituzionali e violazioni CEDU*, in *Il Fall.*, 2015, 307. Nello stesso senso si veda anche M. FABIANI, *Per un superamento delle reciproche diffidenze fra Giudice e parti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, doc. n. 434/2012.

creditori. In questo caso il ruolo del commissario diviene anche esecutivo, in quanto il Tribunale può attribuirgli i poteri necessari a provvedere in luogo del debitore al compimento degli atti a questo richiesti. (Funzione gestoria che di solito è attribuita al liquidatore giudiziale, da cui il conflitto potenziale dei ruoli tra funzione di sorveglianza del commissario e funzione gestoria del liquidatore giudiziale che precluderebbe la nomina della stessa persona per i due incarichi¹³).

III. La domanda di mobilità nella fase ex art. 161 vi comma l.f.: la c.d. mobilità gratuita nel concordato preventivo. La posizione del commissario nominato ex art. 161, VI comma l.f. in ordine alla sottoscrizione della domanda di mobilità richiesta dall'imprenditore al fine di poter beneficiare dall'esenzione dal versamento del contributo d'ingresso, può essere considerata la medesima di quella del commissario giudiziale *post* ammissione alla procedura?¹⁴

L'art. 161, VI comma, l.f. prevede la nomina del "commissario giudiziale di cui all'art. 163, II comma n. 3 l.f." senza alcuna indicazione di una figura diversa (definita "pre-commissario", ma impropriamente, in quanto la legge parla sempre e solo di commissario giudiziale).

A mio parere quindi i poteri del commissario giudiziale anche alla luce delle plurime argomentazioni sopra svolte e confermate dalla riforma del 2015, sono i medesimi, sia che venga nominato con il decreto di ammissione che con il decreto ex art. 161, VI comma, l.f..

Sull'identità di poteri tra pre – commissario e commissario *post* ammissione si segnala che la più recente dottrina precisa che "i poteri e le funzioni del commissario giudiziale nominato nella fase concordataria con riserva non si distinguono né qualitativamente né per estensione da quelli che caratterizzano l'istituto nella fase che si apre con l'ammissione"¹⁵.

¹³ Così per così Cass. civ. 18 gennaio 2013 n. 1237, in *Il Fallimento*, 2013, 3, 276.

¹⁴ Anche se la domanda potrebbe apparire un pleonasma visto che il versamento del contributo d'ingresso della mobilità verrà meno nel 2017.

¹⁵ Cit. D. GALLETTI, *I poteri e le funzioni del commissario giudiziale nel concordato con riserva*, in *Il fallimentarista*. Su un'ipotesi di richiesta di mobilità da parte del pre – commissario si è soffermato in senso favorevole F. GERIA, *Contribuzione dovuta sulle interruzioni di rapporti di lavoro a tempo indeterminato / Concordato preventivo*, in <http://www.anclsu.com>.

Si deve anche considerare il parere espresso dall'INPS con la circolare n. 154/2003, cui non sono succedute altre interpretazioni (quindi un'interpretazione "premonitrice", visto che il documento è stato emesso dall'INPS prima dell'entrata in vigore delle norme sul concordato in bianco). Detta circolare espressamente recita: "il potere di disporre la mobilità ai sensi della citata disposizione non spetta...al solo liquidatore...ma anche al commissario giudiziale nominato nella precedente fase di "VERIFICA DI AMMISSIONE DEI PRESUPPOSTI" alla procedura di concordato preventivo".

Trattasi appunto "attualmente" della fase che va dal decreto *ex art. 161, VI comma, l.f.* a quello *ex art. 163 l.f.*

Con la domanda *ex art. 161, VI comma l.f.* è sicuramente pendente una procedura di concordato preventivo.

Nonostante occorra distinguere tra l'apertura della procedura così normativamente prevista *ex art. 163 l.f.* e la mera presentazione della domanda con ricorso *ex art. 161, VI comma l.f.*, rimane ferma la decorrenza degli effetti prodotti (anche protettivi e di controllo) dalla domanda di c.p.. Tali effetti decorrono non già dall'accertamento giudiziale rappresentato dal decreto di apertura *ex art. 163 l.f.*, bensì dalla pubblicazione della domanda nel Registro delle Imprese, ovviamente nella "prospettiva di ammissione del debitore alla procedura di concordato"¹⁶. Venendo meno l'ammissione, gli effetti protettivi cessano *ex tunc*.

Poiché la domanda di mobilità gratuita può inquadrarsi come atto di straordinaria amministrazione *ex art. 161, VII comma, l.f.*, la previsione è analoga, o meglio, costituisce un'anticipazione di quanto previsto, *post* ammissione, dall'art. 167 l.f.. Entrambe le norme prevedono anche nella prassi "l'intervento" del commissario giudiziale con suo parere (normativamente previsto per altro nel 161 VII comma l.f. ma non nel 167 l.f., quindi confermando la centralità del commissario nella fase con riserva).

¹⁶ Sul tema A. PATTI, *Quale compensazione nella "consecuzione" del fallimento a proposta di concordato preventivo inammissibile?*, in *Il Fallimento*, 2015, 7, 815; A. PATTI, *L'infinito mondo della consecuzione fra procedure concorsuali*, in *Il Fall.*, 2015, 24; G.B. NARDECCHIA, *Art. 69 bis*, in *G. Lo Cascio, Codice commentato del fallimento*, Milano, 2013, 805.

Il commissario pertanto è munito dei medesimi compiti di “consulenza nel controllo”¹⁷ anche nella fase pre – ammissione in relazione alla richiesta autorizzazione.

È frequente, nella prassi, che le società procedano con il doppio binario della CIGS e della mobilità per permettere ai lavoratori che intendano avviare iniziative di autoimprenditorialità, di accedere all’indennità di mobilità anticipata in un’unica soluzione (detratte le mensilità già erogate) secondo quanto stabilito dall’art. 7, V comma, della l. 223/91.

Inoltre, nelle zone fortemente penalizzate dalla ricollocazione nel mondo del lavoro, la ricerca di lavoratori da assumere avviene in primo luogo attingendo dalle liste della mobilità, a cui sono iscritti i lavoratori licenziati da imprese ammesse alla CIGS, portando questi ultimi in dote, al datore di lavoro che li assume, gli sgravi contributivi previsti dall’art. 8, II comma, l. 223/91.

Infine, la richiesta della mobilità appare vantaggiosa anche per quei lavoratori “vicini alla pensione”, che la Cassazione fa rientrare nei lavoratori dichiarati in esubero e quindi suscettibili di licenziamento.

In sostanza, la richiesta della mobilità serve a favorire i lavoratori che, di fronte ad una situazione di incertezza nella quale si trovano, essendo occupati presso un’azienda in crisi, possono proporsi al mercato del lavoro o uscire dal medesimo, avendo in dote le tutele tipiche della procedura.

Il presupposto è il medesimo, cioè che i livelli occupazionali non possano essere salvaguardati (o possano essere salvaguardati solo in parte), da cui la citata “consulenza di controllo” del commissario.

Non si ritiene altresì che il deposito del piano e della proposta siano presupposti necessari e prodromici alla richiesta della mobilità (come nell’ipotesi di cui allo scioglimento dei contratti *ex art. 169 bis l.f.*, dove potrebbero essere pregiudicati, nella fase del concordato con riserva, i diritti delle altre parti contrattuali e non potendosi stabilire *ex ante* l’utilità di alcuni contratti in essere). La nuova versione dell’art. 169 *bis* introdotto dal d.l. 83/2015 e che si applica a tutte le istanze presentate dal 27/06/2015, prevede inoltre che l’istanza di sospensione e forse

¹⁷ Cass. Civ., sez. Lavoro, 16 giugno 2014, n. 13625 in *ilcodicedeconcordati.it*.

anche quella di scioglimento, siano presentabili anche nella fase con riserva¹⁸.

Non pare quindi che possa configurarsi, nel caso di specie, un abuso da parte della società nel diritto di richiedere l'avvio della mobilità anche nella fase con riserva a firma del commissario giudiziale, abuso che legittimerebbe l'INPS a contestare l'operato del debitore e a rivalersi su quest'ultimo.

Alla luce di quanto sopra è ipotizzabile invece una condotta abusiva del debitore, che utilizzi lo strumento del concordato con riserva al solo fine di richiedere i "vantaggi" di cui all'istanza per la mobilità firmata dal commissario, per poi non proseguire nella soluzione della crisi con gli strumenti concorsuali previsti dal legislatore, ovvero opti per un accordo di ristrutturazione "passerella"¹⁹ o rinunci al concordato (ma pendente un'istanza di fallimento questa ultima opzione si annulla).

Non pare però possa giustificare il diniego del commissario giudiziale la problematica della possibile improcedibilità/inammissibilità del concordato, questione imponderabile e che permane peraltro in tutte le fasi della procedura come sindacato d'ufficio del Tribunale principalmente nei tre momenti di ammissibilità, revoca e omologa, nonché nei vari altri passaggi, come segue:

- l'art. 161, VI comma, l.f. sanziona con l'improcedibilità le ipotesi di condotte previste dall'art. 173 l.f.;

- l'art. 161, IX comma, l.f. sanziona con l'inammissibilità il debitore che abbia fatto ricorso, nei due anni antecedenti, alla domanda *ex art.* 161, VI comma, l.f. ovvero ad accordo di ristrutturazione non omologato;

- l'art. 162 l.f. sanziona con l'inammissibilità l'ipotesi in cui non ricorrano i presupposti *ex art.* 160 l.f.;

- l'art. 173 l.f. sanziona con l'inammissibilità le condotte distrattive e gli atti in frode del debitore;

- l'art. 180 l.f. nell'omologa del c.p..

Si aprirebbero infatti dei subprocedimenti *ex art.* 15 l.f. o *ex art.* 162 l.f. che pendenti istanze di fallimento comporterebbero la sua dichiarazione, sanando anche la richiesta di mobilità del

¹⁸ Si veda F. BENASSI, *Contratti pendenti nel concordato preventivo e audizione del terzo contraente nel nuovo art. 169-bis l.f.: prime riflessioni*, in *ilcaso.it*.

¹⁹ M. FABIANI, *Le "passerelle" reciproche*, in *ilcaso.it* doc. 335/2012.

commissario *ex art. 69 bis* l.f., visto che l'insolvenza potrebbe risalire alla prima domanda.

Si segnala al proposito la Cass. civ. 16 giugno 2014 n. 13625 per la quale “la *ratio* della disposizione di cui alla l. n. 223 del 1991, art. 3, III comma, come ricostruita nella decisione sopra citata delle Sezioni Unite di questa Corte (n. 3597/2003), è quella dell'esigenza, avvertita dal legislatore, di subordinare il collocamento in mobilità, e il beneficio dell'esenzione dall'onere economico del versamento del contributo, ad una preliminare verifica delle **condizioni di ammissione alla procedura** da parte del tribunale o almeno dell'organo deputato alla funzione - secondo una definizione dottrinarica - di ‘**consulenza nel controllo**’. E ciò in quanto la mera richiesta di autorizzazione al concordato preventivo non implica affatto un **accertamento dello stato di insolvenza**, venendo questo esclusivamente dichiarato dal debitore interessato”.

La Cassazione quindi, nel subordinare il collocamento in mobilità a firma del commissario con il beneficio dell'esenzione dall'onere economico del contributo, non fa riferimento alla necessità del deposito della proposta e del piano ma alla nomina del Giudice Delegato e del commissario e ad una preliminare verifica delle condizioni di ammissione da parte del Tribunale con all'accertamento dello stato di insolvenza.

Anche nel concordato con riserva *ex art. 161*, VI comma l.f. si realizzano sostanzialmente queste condizioni: con la nomina del commissario giudiziale (“proprio per consentire una più pregnante tutela di interessi socialmente rilevanti”²⁰, anche al di là dell'art. 167, I comma l.f.) e con l'intervento del Tribunale, con verifica dei requisiti minimi di ammissibilità²¹ e dello stato di insolvenza o di crisi (in via alternativa). Infine si osserva che tra crisi o insolvenza, la distinzione nella pratica non esiste: se la società ha presentato domanda di concordato, l'esperienza ci insegna che i termini “crisi” e “insolvenza” sono tautologici, al di là del III comma dell'art. 160 l.f., rendendo questo accertamento privo di particolari ostacoli.

²⁰ Cass. civ. Sez. Un. 12 marzo 2003, n. 3597, in *Fallimento* 2004, 483, con nota di F. SIGNORELLI, volta a dirimere il contrasto se il beneficio dovesse essere concesso all'ammissione ovvero solo all'omologa del concordato.

²¹ Ossia: delibera dell'organo amministrativo; deposito dei bilanci degli ultimi tre esercizi; dichiarazione di non aver fatto ricorso ad analogo procedimento semplificata nei precedenti due anni e dimostrazione di avere le caratteristiche soggettive (impresa commerciale) e oggettive (situazione di crisi / insolvenza) ove non desumibile dai bilanci.