

RUOLO E RESPONSABILITÀ DEL PROFESSIONISTA ATTESTATORE NEL CONCORDATO PREVENTIVO.

(relazione tenuta al convegno: “Impresa tra liquidazione e risanamento: quali soluzioni?”, Bari, Nicolaus Hotel, Rotary Club Barialto Casamassima, 27.3.2015).

di *Valentino Lenoci, magistrato*

1. *Considerazioni generali.*

Come è noto, la riforma del diritto fallimentare ha previsto e disciplinato alcune fattispecie di soluzione concordata della crisi d'impresa, secondo un criterio di gradualità che va – sotto il profilo degli effetti dell'accordo – dalla mera esenzione dalla revocatoria fallimentare all'omologazione giudiziale di un accordo vincolante anche per i creditori dissenzienti.

In particolare, è stata innanzitutto prevista la possibilità, per l'imprenditore, di effettuare atti, pagamenti e concessione di garanzie su propri beni *<<in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria>>*, e la cui *ragionevolezza sia attestata da un professionista indipendente* designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lettere *a)* e *b)*, il quale attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore [art. 67, comma 3, lett. *d)*, l. fall., come modificato dall'art. 2, comma 1, lett. *a)*, d.l. 14.3.2005, n. 35, conv. in l. 14.5.2005, n. 80, dall'art. 4, comma 4, lett. *b)*, d. lgs. 12.9.2007, n. 169 e dall'art. 33 del d.l. 22.6.2012, n. 83, conv. in l. 7.8.2012, n. 134], con successiva esenzione di tali atti e pagamenti dalla eventuale azione revocatoria, in caso di eventuale successivo fallimento (c.d. piani attestati).

E' stata altresì prevista la possibilità, per l'imprenditore, di concludere un <<*accordo di ristrutturazione dei debiti*>> con i propri creditori, rappresentanti almeno il 60% del totale dei crediti, accordo che deve essere accompagnato dalla relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall.

Infine, è stato completamente modificato l'istituto del concordato preventivo, che da procedura prettamente liquidatoria - anche se ciò è vero solo in parte, in quanto, come è noto, una delle tipologie di concordato preventivo era quella con garanzia ex art. 160, comma 2, n. 1), l. fall., nel testo previgente alle modifiche introdotto con il d.l. 35/2005, che, in pratica, aveva la finalità di mantenere in vita l'impresa - è divenuta una procedura volta anche - se non essenzialmente - a salvaguardare la continuazione dell'attività dell'impresa, attraverso un accordo con la maggioranza dei creditori che, alleviando la situazione debitoria e finanziaria dell'imprenditore, possa consentirne una "ripartenza" (c.d. *fresh start*) depurata dal fardello dei debiti pregressi.

L'intervento legislativo sul concordato preventivo ha inoltre comportato l'eliminazione del requisito della meritevolezza dell'imprenditore e la possibilità di valutazione, da parte del tribunale, della convenienza economica dell'accordo, attribuendo alla libera determinazione del debitore la formulazione del piano concordatario senza più schemi legislativi prefissati, diminuendo la percentuale di assenso dei creditori necessaria per l'approvazione del piano, prevedendo la possibilità di individuare diverse soglie di sacrificio del diritto di credito per le diverse classi di creditori (configurate in ossequio delle rispettive posizioni giuridiche e di interessi economici omogenei) ed anticipando la soglia d'accesso alla procedura, cui possono essere ammessi imprenditori sia insolventi che in stato di crisi non irreversibile; è stata inoltre prevista, da ultimo - art. 160, comma 2, l. fall., come aggiunto dall'art. 12, comma 2, d. lgs. 12.9.2007, n. 169, a partire dal 1.1.2008), la possibilità di prevedere, nel piano di concordato, la possibilità di non soddisfare integralmente i creditori muniti di privilegio, pegno e ipoteca, <<*purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d)*>>. Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere comunque l'effetto di modificare l'ordine delle cause legittime di prelazione.

Ulteriori modifiche riguardano, poi, gli aspetti processuali del giudizio di omologazione, che da un giudizio di cognizione ordinaria è stato trasformato in un procedimento camerale di volontaria giurisdizione, anche se il provvedimento finale (avente la forma del decreto) produce effetti costitutivi in relazione ai rapporti giuridici tra l'imprenditore ed i creditori anteriori alla proposta di concordato, e quindi anche nei confronti dei creditori assenti o dissenzienti.

Gli ultimi interventi legislativi hanno infine riguardato la possibilità di presentare una domanda di concordato "in bianco", con riserva di presentazione del piano entro un termine assegnato dal tribunale, nonché l'introduzione di una specifica disciplina relativa ai concordati con continuità aziendale.

Lo spirito della riforma del concordato preventivo si fonda, essenzialmente, sulla valorizzazione del ruolo dell'autonomia negoziale nella soluzione delle crisi d'impresa, quale via preferibile rispetto alle soluzioni che si basano sulla gestione prettamente giurisdizionale, ovvero prettamente amministrativa, della fase dell'insolvenza.

Tale fenomeno di "privatizzazione" della gestione della crisi (più o meno reversibile) si era peraltro già affermato nella prassi commerciale, attraverso i cc.dd. "modelli preconcorsuali di risanamento di fonte convenzionale", così definiti da un autore (Castiello D'Antonio, *Prolegomeni al diritto della crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 1994, I, 1113 ss.), il quale ne aveva proposto una classificazione basata sulla loro applicabilità a crisi d'impresa di crescente difficoltà: factoring per il risanamento di imprese in difficoltà; consolidamento dei debiti bancari; conversione di crediti bancari in capitali di rischio; concordato stragiudiziale nelle forme del *pactum de non petendo* e del *pactum ut minus solvatur*.

Tale fenomeno, peraltro, si inseriva in una più ampia corrente di pensiero, la quale, partendo dall'assunto che <<...l'amministrazione della giustizia non può reggere il peso, assolutamente sproporzionato, di un accesso libero ed incondizionato al processo da parte di chiunque, per qualsiasi tipo di conflitto>>, ritiene che anche nella materia concorsuale si debbano introdurre dei filtri <<...con i quali limitare e regolare l'avvio di procedure giudiziale>>, lasciando il tentativo di soluzione delle crisi nelle mani dei privati <<...senza subire né le prevaricazioni dell'imprenditore decotto, né i tempi burocratici di scelte giudiziali su materie che completamente fuoriescono dalla competenza e dalla cultura dei giudici>> (Schlesinger, *Crisi d'impresa e nuove regole:*

le esigenze dell'economia, in *Nuove regole per le crisi d'impresa*, a cura di A. Jorio, Milano, 2001, 155 ss.)

Tali modelli, in sostanza, si fondavano sul modello contrattuale quale strumento di composizione della crisi d'impresa, ed indubbiamente, negli ultimi anni, hanno incontrato un favore sempre crescente nel mondo imprenditoriale rispetto alle procedure giudiziali, per diversi ordini di ragioni: *a)* i rilevanti costi delle procedure concorsuali (compenso del commissario e dell'eventuale liquidatore; imposta di registro della sentenza di omologazione del concordato; spese necessarie per la procedura); *b)* la drastica limitazione dei poteri del debitore nella gestione dell'impresa, a causa della presenza del commissario giudiziale e del regime autorizzativo ex art. 167 l. fall.; *c)* la necessità di pagare i creditori privilegiati integralmente ed immediatamente, subito dopo l'omologazione; *d)* la difficoltà di procurarsi le garanzie reali o personali necessarie per l'ammissione alla procedura; *e)* l'impossibilità di applicare la soluzione concordata nel caso di crisi che coinvolga più società tra loro collegate, a fronte della sostanziale indifferenza della legge fallimentare nei confronti dell'insolvenza di gruppo (Costa, *La soluzione stragiudiziale delle crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 1998, I, 958-959; Bertacchini, *Revocatoria fallimentare e stato d'insolvenza*, Milano, 2001, 78; v., sul punto, anche Nardecchia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il piano attestato di risanamento*, relazione all'incontro di studio del C.S.M. su "*Le riforme del diritto concorsuale del 2005 e le nuove attività del giudice*", Roma, 24-25 ottobre 2005, 2).

Di contro, le soluzioni stragiudiziali scontavano la mancanza di una copertura "legale" della loro legittimità ed efficacia, dal momento che l'eventuale loro fallimento inevitabilmente comportava gravi conseguenze sia per il debitore che per i creditori, dato che il sistema giuridico sanziona, sia sul piano della responsabilità civile che sul piano della responsabilità penale, l'artificioso protrarsi dell'attività di un'impresa insolvente.

Inoltre, in caso di accordi stragiudiziali non si applicano il blocco delle azioni esecutive individuali e dell'acquisizione di diritti di prelazione da parte di terzi, così come il blocco degli interessi legali per i creditori privilegiati, il che può risolversi in un grave nocumento per l'impresa.

Sotto questo profilo, la nuova normativa è intervenuta proprio a fornire una cornice di certezza giuridica delle operazioni negoziali funzionali alla soluzione delle crisi d'impresa, così da favorire le soluzioni concordate delle crisi d'impresa, sia pure sotto

l'”ombrello protettivo” della garanzia di stabilità ed efficacia degli accordi, in presenza di determinate condizioni e valutazioni.

2. *Il concordato preventivo: il piano di risanamento e la relazione del professionista.*

La procedura più importante di soluzione concordata della crisi è, ovviamente, quella di concordato preventivo, istituito, si è detto, completamente ridisegnato con il d.l. 35/2005, conv. in l. 80/2005, e con il successivo “correttivo” d. lgs. 169/2007.

Il presupposto oggettivo del concordato preventivo è, come è noto, lo stato di crisi, concetto quanto mai ampio, che ricomprende sia le situazioni di conclamata insolvenza (insolvenza irreversibile), sia le situazioni di difficoltà temporanea ad adempiere alle obbligazioni (insolvenza reversibile).

Dal punto di vista soggettivo, sono invece soggette al concordato preventivo i soggetti imprenditoriali soggetti al fallimento ex art. 1 l. fall.

Orbene, secondo il novellato art. 160, comma 1, l. fall., <<*l'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere: a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito; b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore; possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato; c) la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei; d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse*>>.

E' altresì ora prevista la possibilità, come si è detto, di prevedere, a determinate condizioni, il non soddisfacimento integrale dei creditori muniti di ipoteca, pegno a privilegio (art. 160, comma 2, l. fall.).

La proposta di concordato si propone con ricorso (art. 161, comma 1, l. fall.), e rappresenta un atto concettualmente diverso dal piano vero e proprio, che infatti può essere presentato anche separatamente ed in un momento successivo (art. 161, comma 6, l. fall.).

Con il ricorso, o alla scadenza del termine assegnato dal tribunale nel caso di concordato in bianco, il debitore deve presentare deve presentare: *a)* una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; *b)* uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; *c)* l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; *d)* il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili (art. 161, comma 2, 1. fall.); *e)* un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta.

Il piano e la documentazione allegata devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera *d)* che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo (art. 161, comma 3, 1. fall.)

Il riferimento all'art. 28, lett. *a)* e *b)*, 1. fall. comporta la necessità che il professionista, per quanto scelto dal debitore, svolga l'incarico conferitogli con autonomia di giudizio ed imparzialità, avendo egli la delicata funzione di conferire attendibilità alla proposta del debitore.

Con riferimento al profilo soggettivo della figura dell'attestatore, l'art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, recante << *misure urgenti per la crescita del Paese*>>, inserito nel Capo III del Titolo III del provvedimento legislativo (intitolato il primo << *misure per facilitare la gestione delle crisi aziendali*>>, ed il secondo << *misure urgenti per lo sviluppo economico*>>), oltre ad intervenire, come già detto, sulla disciplina del concordato preventivo, ha previsto una sorta di "rivitalizzazione" del ruolo dell'esperto attestatore, sia sotto il profilo della professionalità richiesta che sotto quello della sua indipendenza e della responsabilità che egli assume con la redazione della relazione.

In base al nuovo art. 67, 3° comma, lett. *d)*, 1. fall., come modificato dall'art. 33, 1° comma, lett. *a)*, n. 1), d.l. 22.6.2012, n. 83, il professionista che deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano di risanamento (con conseguente esenzione dalla revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie concesse su beni del debitore posti in essere in esecuzione del piano medesimo) deve essere iscritto nel registro dei revisori legali e possedere, oltre ai requisiti di cui all'art. 28, lett. *a)* e *b)*, 1. fall. (essere avvocato e/o dottore commercialista o ragioniere commercialista, ovvero

studio professionale associato), requisiti di indipendenza e imparzialità, ferma restando, tuttavia, la designazione da parte del debitore.

In particolare, il professionista in questione non deve essere legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio, e, in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 c.c. per i sindaci delle società e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo.

Ora, la prima novità rilevante della nuova disciplina è nella precisazione che il professionista attestatore deve essere "designato dal debitore".

In realtà nessuno dubitava che il professionista non dovesse essere designato da un terzo (in particolare, dal tribunale), anche se, a quanto consta, vi sono stati dei casi di richiesta all'ufficio giudiziario (o al capo dell'ufficio) di designazione dell'esperto, sulla falsariga di quanto avviene in materia societaria [ad es., in materia di congruità del rapporto di cambio tra azioni o quote in caso di progetto di fusione quando la società incorporante o la società risultante dalla fusione è una società per azioni o una società in accomandita per azioni (art. 2501-*sexies*, 3° comma, c.c.), ovvero nei casi di conferimento di beni in natura o di crediti (art. 2343 c.c.)].

V'è da domandarsi, semmai, perché il legislatore abbia continuato a preferire – tanto da dirlo esplicitamente - la strada della designazione da parte del debitore, quando, ai fini dell'indipendenza di giudizio, e quindi dell'attendibilità dell'attestazione, sarebbe stato certamente preferibile optare per la nomina da parte del tribunale (o dal solo presidente del tribunale), trattandosi, peraltro, di soluzione già conosciuta dall'ordinamento.

Ferma restando, dunque, la designazione da parte del debitore, il legislatore ha voluto comunque definire meglio i contorni del concetto di indipendenza del professionista, con una formulazione del testo normativo, a dire il vero, un po' enfatica, quasi a volersi giustificare del fatto che la nomina del professionista sia rimasta comunque in capo al debitore.

Il professionista, infatti, in base alla novella, si può definire indipendente quando non è legato all'impresa (e quindi all'imprenditore se ditta individuale, ovvero alla società e ai soci e amministratori se impresa collettiva) nonché a coloro che hanno interesse

all'operazione di risanamento (assuntori, *newcos*), da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio.

Per quel che riguarda i "rapporti di natura personale", il riferimento che viene subito in mente – nella genericità della norma - è all'art. 51 c.p.c. sulle incompatibilità del giudice – richiamato, per i consulenti tecnici, dall'art. 63 c.p.c. – e quindi, soprattutto, le ipotesi di parentela fino al quarto grado, il rapporto di "commensalità abituale", la "grave inimicizia", ecc.

L'assenza di rapporti professionali, invece, richiama la necessità della mancanza di collaborazioni pregresse tra l'imprenditore ed il professionista (si pone qui il problema delle collaborazioni per precedenti istanze di concordato o per le trattative in tema di accordi di ristrutturazione di debiti).

I requisiti di indipendenza sono poi meglio specificati mediante il richiamo all'art. 2399 c.c., sulle cause di ineleggibilità e decadenza dei sindaci delle società per azioni.

In base a tale richiamo, dunque, non possono svolgere il ruolo di esperto attestatore: a) coloro che si trovano nelle condizioni di cui all'art. 2382 c.c. (interdetto, inabilitato, fallito, condannato ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi); b) il coniuge, i parenti o gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società debitrice, nonché gli amministratori, il coniuge, i parenti e gli affini dentro il quarto grado degli amministratori delle società controllate o controllanti o sottoposte a comune controllo rispetto alla società debitrice; c) coloro che sono legati alla società debitrice o alle società da questa controllate o che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza (art. 2399, 1° comma, c.c.).

La necessità dell'assenza di pregressi rapporti di lavoro subordinato o autonomo è ribadita dallo stesso art. 67, 3° comma, lett. d), come novellato dall'art. 1, 1° comma, lett. a), n. 1), d.l. 83/2012, dove si dice che il professionista *<<non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo>>*.

Il professionista, quindi, nei cinque anni precedenti la predisposizione dell'attestazione, non deve essere stato lavoratore subordinato del debitore, e non deve

avere prestato la propria opera professionale in favore dello stesso debitore. L'esperto, dunque, non deve, ad es., essere stato consulente fiscale o tenentario delle scritture contabili del debitore, non deve averlo assistito in giudizi o in procedure amministrative, né, tantomeno, deve avere svolto attività di amministratore o di sindaco della società debitrice, ovvero di attività di consulenza aziendale.

La necessità dell'assenza di <<*altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza*>> ex art. 2399, 1° comma, lett. c), c.c., porta ad escludere che l'attestatore possa essere socio della società debitrice, ovvero possa avere rapporti di debito o di credito con la società o con gli amministratori.

Trattasi, dunque, di requisiti molto stringenti, che tuttavia non sappiamo quanto saranno efficaci al fine di garantire l'effettiva indipendenza del professionista – e quindi l'attendibilità delle sue valutazioni – se si tiene presente il fatto che egli viene comunque scelto dal debitore (e viene da questo remunerato), e che non è previsto un meccanismo di ricusazione (come avviene, invece, per i CC.TT.UU.), anche se, comunque, quanto meno nel concordato preventivo, l'elaborato dell'attestatore è soggetto alla valutazione del commissario giudiziale, e, in ogni caso alla valutazione del tribunale circa la congruità e logicità delle argomentazioni a supporto delle sue valutazioni.

Per quel che riguarda, invece, il profilo oggettivo attinente al contenuto della relazione del professionista, questo deve riguardare, come già detto, l'attestazione della veridicità dei dati aziendali, e della fattibilità del piano di concordato.

La relazione, pertanto, deve avere un contenuto tecnico, oltre che prudenziale, tale da assicurare al Tribunale ed ai creditori chiamati a votare una chiara e corretta informazione della situazione passata, presente e futura dell'impresa, tale da giustificare l'attestazione di fattibilità.

L'attestazione del professionista rappresenta, in questa prima fase, la garanzia pressoché esclusiva per i creditori, oltre che un elemento di validità formale della domanda di concordato preventivo (in assenza della relazione, e di mancato deposito della stessa successivamente alla richiesta di integrazione degli atti ex art. 162, comma 1, l. fall., il ricorso sarà quindi dichiarato inammissibile). Il professionista nominato dal debitore potrà anche svolgere la valutazione dei beni sui quali ricade il privilegio, pegno o ipoteca, per l'ipotesi di proposta falcidiante per i crediti muniti di diritti di prelazione, non ravvisandosi, tra i due incarichi, alcuna incompatibilità, e ben potendo il

professionista in questione condividere in sede di stesura della relazione giurata i risultati e le scelte a cui lo stesso è pervenuto nella relazione.

A questo punto, si apre il problema dei limiti del controllo del tribunale sulla relazione del professionista.

A tal proposito, occorre in particolare chiedersi se il tribunale possa entrare nel merito dell'operato del professionista, allo scopo di appurare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, ovvero se il medesimo debba diversamente limitarsi, al pari di un controllo di tipo notarile, ad un esame meramente formale della sussistenza dei requisiti richiesti dagli artt. 160 e 161, ovvero, ancora, se sia individuabile una sorta di <<terza via>>, intermedia rispetto alle precedenti, in base alla quale all'organo giurisdizionale competa un controllo di regolarità procedurale, tanto formale quanto sostanziale, che conduca ad affermare, senza per questo entrare nel merito della correttezza delle conclusioni raggiunte dal professionista, che il documento redatto da quest'ultimo è intelligibile ed idoneo ad assolvere la funzione informativa e certificativa cui è destinato.

Le prime opinioni in merito hanno oscillato tra le due opzioni estreme suindicate (nel primo senso, soprattutto la giurisprudenza: v. Trib. Pescara 20.10.2005, in *Fallimento*, 2006, 222; Trib. Salerno 3.6.2005, in *Fallimento*, 2005, 1297; Trib. Sulmona 19.1.2006, in *Fallimento*, 2006, 608; nel secondo senso, soprattutto la dottrina: v., tra gli altri, Patti, *I diritti dei creditori nel nuovo concordato preventivo*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, a cura di M. Fabiani e A. Patti, Milano, 2006, 282; Bozza, *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*, in *Fallimento*, 2005, 1214)

La c.d. "terza via" è, peraltro, quello che si è affermata in giurisprudenza, nel senso che l'organo giurisdizionale, pur non potendo valutare né la convenienza né la concreta fattibilità del piano, potrà comunque effettuare un controllo di legalità formale e sostanziale [l'art. 162, comma 2, prevede infatti che il tribunale debba verificare la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 160, commi 1 e 2, e 161 l. fall.], e dovrà quindi verificare se il piano è comprensibile, coerente, sufficientemente dettagliato, e se i conteggi effettuati dal professionista sono adeguati (Arato, *La domanda di concordato preventivo dopo il d. lgs. 12.9.2007, n. 169*, in *Dir. Fall.*, 2008, I, 61).

Interessante ed esaustivo appare, sul punto, il decreto del Tribunale di Milano del 9.2.2007, in *Fallimento*, 2007, 1218, il quale testualmente recita, in motivazione: <<il

tribunale è del parere che la collocazione sistematica della norma e la ratio ad essa sottesa non depongano per una mera presa d'atto in ordine alla esistenza materiale della documentazione stessa, qualificabile come mero controllo formale, tra cui fare rientrare la relazione del professionista. Pur ritenendo che la novella legislativa precluda di entrare nel merito delle valutazioni effettuate dal professionista, al tribunale è rimessa la verifica sulla completa e puntuale analisi dei dati posti a sostegno della relazione, in base alla documentazione di cui all'art. 161, comma 1, l. fall., e sulla congruenza tra i dati attestati esposti e la valutazione di fattibilità espressa. In tal senso il tribunale ritiene pertanto che l'esame della relazione del professionista si incentri in una verifica della completezza argomentativa e della coerenza motivazionale della attestazione, e integri un controllo di legalità, coerente con le funzioni di garanzia assegnate dal legislatore. L'attestazione dell'esperto, pertanto, deve, in primo luogo, prendere in considerazione tutti i dati esposti in sede di ricorso, oggetto di documentazione di cui all'art. 161, comma 1, l. fall., e confermarne la veridicità. Espletata tale preliminare operazione la valutazione in ordine alla fattibilità del piano deve essere oggetto di una esposizione completa, coerente, motivata, idonea a dare conto delle conclusioni espresse sulla scorta delle premesse. Trattasi di una relazione documentata e ragionata che sfocia, sulla scorta di premesse metodologiche di carattere tecnico, in una prognosi sulle prospettive poste a fondamento del piano concordatario. Solo in tale ottica la relazione ex art. 161 l. fall. è in grado di assolvere alla funzione di fornire al commissario giudiziale ed al ceto creditorio gli elementi informativi necessari per il compimento pienamente consapevole delle valutazioni in ordine alla convenienza della proposta nell'ambito di un assetto negoziale della regolazione degli interessi in gioco>>.

In senso analogo, si vedano anche:

- App. Torino, 19.6.2007, in *Fallimento*, 2007, 11, 1315: <<In sede di ammissione alla procedura di concordato preventivo, il controllo del tribunale deve vertere: a) sotto il profilo della regolarità, sull'accertamento della rispondenza dei dati considerati ed attestati dal professionista qualificato, ai sensi dell'art 161, terzo comma l. fall., alla documentazione di supporto o degli elementi comunque acquisiti; b) sotto il profilo della completezza, sull'accertamento dell'offerta di un'informazione, esauriente ed argomentata, dell'effettiva situazione economica e finanziaria del debitore richiedente, in relazione al piano proposto ai creditori, in modo che esso

sia davvero spiegato, sulla base di un'indicazione, critica e ragionata, dei mezzi offerti rispetto agli obiettivi perseguiti>>;

- Trib. Palermo, 17.2.2006, in *Fallimento*, 2006, 570: *<<Ai fini dell'ammissibilità del debitore al concordato preventivo, il professionista incaricato di cui al comma 3 dell'art. 161 l. fall., pur non essendo soggetto ad alcun sindacato di merito da parte del tribunale, deve rendere manifesti, nel contesto della relazione, i criteri e le metodologie seguite nel procedimento di revisione detta contabilità della debitrice, destinato a sfociare nell'attestazione della veridicità dei dati aziendali>>;*
- Trib. Monza 17.10.2005, *Dir. e prat. soc.*, 2005, 22, 67: *<<Nel nuovo concordato preventivo, che valorizza fortemente l'autonomia privata, il controllo affidato al tribunale non attiene alla valutazione di merito circa la convenienza del piano proposto, bensì alla "possibilità" di una sua concreta attuazione. In considerazione di ciò, il controllo di garanzia del tribunale non può essere ridotto a una verifica formale dell'avvenuto deposito della documentazione indicata dall'art. 161 l. fall. Al contrario, il ruolo di garanzia del tribunale deve concretizzarsi: da un lato, nella verifica della completezza e regolarità dei documenti alla luce della loro idoneità a svolgere la funzione informativa e dimostrativa che la legge loro attribuisce per l'ammissione dell'imprenditore alla procedura; dall'altro, nell'assicurare che la relazione del commissario giudiziale fornisca a ciascun creditore tutte le informazioni necessarie per compiere la valutazione in ordine alla convenienza del piano proposto; da un altro lato ancora, nell'interrompere in qualsiasi momento la procedura qualora emergano elementi che dimostrino la non fattibilità del piano proposto, anche se nel frattempo il concordato sia stato già approvato dai creditori e sia in corso il giudizio di omologa>>.*

Il controllo del Tribunale, pertanto, pur non entrando nella concreta attuabilità del piano, mira a far sì che i creditori possano esprimere un *<<consenso informato>>* sulla proposta di concordato, e quindi possano manifestare in maniera consapevole il proprio voto in sede di adunanza.

La relazione del professionista, quindi, deve presentare un contenuto chiaro, comprensibile, sulla base di dati veritieri e non reticenti, in grado di consentire a chi la legge di avere tutte le informazioni necessarie a realizzare il fine per il quale la stessa viene richiesta dalla novella.

Nelle legge fallimentare, manca un archetipo predefinito di relazione del professionista, dal quale si possano evincere con certezza i contenuti argomentativi della stessa, nonché i riscontri e le indagini che l'esperto è tenuto a compiere al fine di giungere a formulare un parere logico e motivato.

A tal proposito, ritengo che, per quel che riguarda l'attestazione di veridicità dei dati contenuti negli allegati, seppure non possa pretendersi dal professionista una verifica puntuale di tutti i singoli dati contenuti nei documenti presentati dall'imprenditore – in quanto tale verifica sarebbe giuridicamente improponibile, specialmente nelle società di grandi dimensioni per le quali l'accertamento richiederebbe un tale lasso di tempo, che gli stessi dati esaminati non sarebbero più aggiornati al momento in cui il professionista conclude la sua relazione – comunque non sarebbe sufficiente neanche un controllo a campione, dovendo in ogni caso trattarsi di un'analisi approfondita e completa di quanto riferito dal ricorrente.

Il professionista, inoltre, non potrà limitarsi ad attestare genericamente la veridicità dei dati aziendali o a prendere in considerazione dati meramente formali, ma deve avere riguardo a tutti i dati aziendali, anche extra-contabili (riferiti o meno dal debitore nel ricorso e nella relazione sullo stato dell'impresa) necessari per la successiva formulazione di un giudizio serio ed approfondito sulla fattibilità del piano (in tal senso Trib. Pescara 20.10.2005, cit.). Alcuni tra i commentatori hanno ritenuto altresì che nessuna attestazione di veridicità debba essere espressa sulla situazione passiva dell'impresa, anche in considerazione della previsione dell'art. 173 l. fall., che costituirebbe un valido presidio a che l'imprenditore, nel ricorso alla procedura e nella relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, non persegua l'illecita finalità volta a dissimulare la propria situazione passiva e/o dolosamente omettere uno o più crediti vantati da terzi (Misino, *La relazione prevista dal secondo comma del novellato art. 161 della legge fallimentare – iniziali riflessioni*, in www.ilfallimento.it).

Va rilevato, comunque, che la particolare formulazione della norma, che richiede un'attestazione di veridicità dei dati aziendali, non prescrive anche una revisione del bilancio ai fini della sua rispondenza ai canoni di verità di cui agli artt. 2426 ss. c.c., da svolgersi secondo i principi di revisione contabile ovvero le norme per il controllo contabile; il legislatore sembra invece riferirsi esclusivamente ad una verifica dell'esistenza dei beni materiali ed immateriali, dei crediti, delle rimanenze dei contratti,

di tutti gli elementi quindi posti a fondamento della domanda e del piano, nonché al riscontro confermativo di tali valori. Inoltre, stante l'abrogazione della condizione di ammissibilità riferibile alla regolare tenuta della contabilità dell'ultimo biennio, deve ritenersi che il riferimento alla veridicità dei dati aziendali possa anche effettuarsi in assenza di tale contabilità regolarmente tenuta, purché, tuttavia, la contabilità sia stata comunque istituita, posto che l'obbligo di deposito di una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa [art. 161, comma 2, lett. a), 1. fall.] ne presuppone l'esistenza (così Zocca, *Accordi di ristrutturazione, piani di risanamento e relazioni del professionista*, Milano, 2006, 86).

La legge fallimentare, comunque, non contiene l'indicazione di quali sono i criteri da seguire nell'attestazione di veridicità dei dati aziendali, né è previsto un richiamo alle norme sul controllo contabile di cui all'art. 2409-ter c.c. Ciò non toglie, tuttavia, che sia possibile enucleare alcuni criteri di massima, da utilizzare nella redazione delle relazioni.

A tal proposito, appare opportuno distinguere tra piano liquidatorio, che comporta la cessazione dell'attività d'impresa, e piano in continuità, volto a ricollocare l'impresa sul mercato.

Nel piano liquidatorio puro, che ha come conseguenza la cessazione definitiva dell'attività d'impresa, la relazione del professionista dovrà specificamente attestare, tra l'altro: a) la titolarità in capo all'imprenditore dei beni immobili, degli altri cespiti, la libera disponibilità degli stessi in quanto liberi da gravami o vincoli di sorta che ne impediscano la loro alienabilità o il libero scambio; b) la titolarità in capo all'imprenditore dei crediti commerciali, di natura finanziaria e tributaria ricompresi nel piano; c) l'esistenza fisica, da riferire ad una certa data, di prodotti e scorte di magazzino come risultanti dalla relazione dell'imprenditore e/o dal ricorso; d) l'esistenza e la legittima disponibilità, in capo al debitore, delle altre componenti attive destinate alla soddisfazione del ceto creditorio, anche con riferimento ai contratti in essere; e) l'entità e la corretta qualificazione dei debiti.

L'attestazione dovrà inoltre confermare, ovvero anche emendare (purché ciò non alteri la fattibilità del piano) le valutazioni attribuite dall'imprenditore ai vari cespiti aziendali in fase di formulazione del piano, verificando che i beni ed i diritti aziendali siano esposti, peraltro, non secondo i prudenziali criteri dettati per la redazione del bilancio di esercizio (artt. 2423 ss. c.c.), bensì sulla base di valori correnti, ossia: a valori di

presunto realizzato, per i beni destinati direttamente allo scambio (materie prime, semilavorati, prodotti finiti, lavori in corso di esecuzione, ecc.), ma anche per quelle immobilizzazioni suscettibili di valore di mercato (terreni, fabbricati, titoli a reddito fisso, titoli a reddito variabile di società con azioni quotate in borsa, ecc.); a valori di sostituzione, pari ai costi che si dovrebbero sostenere per porre a disposizione dell'azienda beni analoghi, cioè nella stessa condizione attuale in cui si trovano i beni oggetto di valutazione, per gli elementi c.d. a realizzo indiretto (immobilizzazioni tecniche, materie prime che non godono di ampio mercato, immobilizzazione immateriali, ecc.)

Nel caso in cui il piano preveda la cessione del complesso aziendale, dovrà tenersi conto ovviamente anche del valore dell'avviamento commerciale. Ciò avverrà anche nel piano di liquidazione misto, diretto a conservare l'integrità dell'azienda o di un suo ramo, in guisa tale da assecondarne la cessione a terzi una volta avvenuto il ristabilimento delle condizioni di economicità.

Nel piano in continuità, invece, l'attestazione di veridicità dei dati aziendali è funzionale al risanamento dell'impresa, nel qual caso l'indagine del professionista non potrà prescindere dal "reale valore" degli elementi patrimoniali attività e passivi, determinabile sulla base di corretti principi contabili per la redazione dei bilanci d'esercizio e per la valutazione dei singoli beni e diritti.

Per quel che attiene invece al giudizio di fattibilità del concordato, è noto che, in forza del nuovo art. 186-*bis* l. fall., piano di cui all'articolo 161, 2° comma, lettera e), deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura. In questi casi, la relazione del professionista di cui all'articolo 161, 3° comma, l. fall., deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

La legge, inoltre, parla di "relazione", il che presuppone una ragionata esposizione ed un'analisi critica del compendio e del progetto verificati; il professionista, pertanto, non potrà limitarsi all'utilizzo di formule di stile né al mero richiamo delle valutazioni e dei ragionamenti fatti nel piano predisposto dal debitore, né, tantomeno, potrà limitarsi ad attestare genericamente la fattibilità del piano, ma dovrà, sotto la propria responsabilità, esporre in modo specifico ed approfondito le proprie valutazioni, motivando, in

relazione alla specifica situazione concreta, le ragioni per cui ritiene che il piano proposto ai creditori abbia una fondata probabilità di riuscita. Sarà bene altresì che il professionista evidenzi le eventuali criticità del piano, esprimendo le sue perplessità sui punti che non lo convincono (in questo senso, Ambrosini – Demarchi, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 64).

In conclusione, comunque, appare opportuno evidenziare la necessità di giungere quanto prima alla stesura di un protocollo, il quale su scala nazionale stabilisca le regole di generale accettazione da seguire nella predisposizione del piano di cui all'art. 160 l. fall. e nella relazione ex art. 161 l. fall., vale a dire una serie di raccomandazioni concernenti gli accertamenti da esperire, affinché tali documenti possano essere accettati dalla giurisprudenza in quanto di particolare qualità.

Non vi è dubbio, infatti, che tanto più elevato sarà lo standard contenutistico di questi protocolli, tanto più ne beneficerà l'intero processo di concordato, attenuandosi al tempo stesso i profili di responsabilità del professionista.

A tal proposito, pare opportuno il richiamo dei principi di revisione internazionali, denominati ISA (*International Standards of Auditing*), ed in particolare ai principi di revisione applicabili negli incarichi di attestazione dei dati prospettici ISAE (*International Standards on Assurance Engagements*) con i quali la scienza aziendalistica ha cercato di elaborare regole generali di comune accettazione, tra cui spicca l'ISAE 3400, intitolato "*The examination of prospective financial information*" che si occupa di dettare le linee guida e le procedure essenziali per l'esame e l'analisi delle informazioni sulle prospettive finanziarie e sui programmi aziendali al fine di realizzare più efficacemente l'obiettivo delle verifiche di valutazione dei presupposti ipotetici che sono alla base dei documenti programmatici (Mandrioli, *Concordato preventivo: la verifica del tribunale in ordine alla relazione del professionista*, in *Fallimento*, 2007, 1228).

Un tentativo verso tale direzione è stato peraltro compiuto dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti, il quale ha elaborato un primo protocollo nazionale, redatto secondo massime di esperienza aziendalistica incrociate con la prima giurisprudenza dei tribunali, al fine di tentare di fornire agli iscritti i primi riscontri ai numerosi dubbi che inevitabilmente sono emersi in sede di applicazione della nuova disciplina (Consiglio Nazionale Dottori Commercialisti, *Protocollo piani di risanamento e ristrutturazione:*

relazione del professionista, richiamato da Mandrioli, *Concordato preventivo: la verifica del tribunale in ordine alla relazione del professionista*, cit., 1229).

Da notare, peraltro, che sempre con l'art. 33 del d.l. n. 33/2012, conv. in l. n. 134/2012, sono stati assegnati al professionista attestatore nuovi e rilevanti compiti, in base agli artt. 182-*quinquies* e 186-*bis* l. fall., introdotto dalle lett. *f*) ed *h*) del 1° comma dell'art. 33 d.l. 83/2012.

In particolare, l'art. 182-*quinquies*, 1° comma, l. fall., rubricato <<*disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*>>, prevede che, in caso di presentazione di una domanda di ammissione al concordato preventivo (anche con riserva di presentazione del piano ex art. 161, 6° comma, l. fall.), ovvero di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, o una proposta di accordo ex art. 182-*bis*, 6° comma, l. fall., il debitore può chiedere al tribunale di essere autorizzato – assunte, se del caso, sommarie informazioni – a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'art. 111 l. fall., <<*se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, 3° comma, lett. d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori*>>.

In base al 4° comma della stessa disposizione, inoltre, in caso di presentazione di domanda di concordato preventivo con continuità aziendale, il debitore può chiedere al tribunale di essere autorizzato – assunte, anche in tal caso, eventuali sommarie informazioni – a pagare i crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi (così andando in deroga alla vincolatività del concordato per i crediti anteriori ex art. 184, 1° comma, l. fall.), <<*se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, 3° comma, lett. d), attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori*>>, fermo restando che tale attestazione non è comunque necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie apportate dal debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori. Tale possibilità si estende altresì anche agli accordi di ristrutturazione dei debiti, in base all'art. 182-*quinquies*, 6° comma, l. fall.

Infine, in base all'art. 186-*bis*, 5° comma, l. fall., in caso di concordato con continuità aziendale, e l'ammissione alla procedura non impedisce comunque la continuazione di

contratti pubblici se il professionista designato dal debitore attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento (di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria dell'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti). Analogamente, l'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara la relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, 3° comma, lett. d), che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto, nonché la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie per l'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo lo la stipulazione del contratto ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto. In tal modo si è voluto ovviare alla incongruenza consistente nel fatto che le imprese in concordato preventivo, per il solo fatto di essere ammesse alla procedura, rischiavano molto spesso di decadere dalle aggiudicazioni degli appalti pubblici, pur in presenza di concordati con continuità aziendale, la cui finalità veniva quindi frustrata dalla impossibilità di continuare nei contratti in corso.

3. *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti.*

L'art. 182-bis 1. fall. prevede che il debitore possa richiedere, depositando la documentazione di cui all'art. 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, stipulato con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lettera d), sulla veridicità dei dati aziendali sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei seguenti termini: a) entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data; b) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione.

La relazione illustrativa al d.l. 35/2005 non chiarisce se l'istituto in esame abbia una sua autonomia, o sia piuttosto una particolare ipotesi di concordato preventivo, in quanto essa si limita ad affermare che <<*il concordato diviene lo strumento attraverso il quale la crisi dell'impresa può essere risolta anche attraverso accordi stragiudiziali che abbiano ad oggetto la ristrutturazione dell'impresa*>>.

Ritengo comunque preferibile la tesi dell'autonomia dell'istituto, in considerazione sia della rubrica del novellato titolo III della legge fallimentare, intitolato, per l'appunto, <<*del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*>>, sia del disposto dell'art. 67, comma 3, lett. e), l. fall., ove concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione sono considerati separatamente (in tal senso, v. Nardecchia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il piano attestato di risanamento*, cit., 6).

L'accordo di ristrutturazione è un contratto che si perfeziona per effetto del consenso, con le modalità previste dall'art. 1326 c.c., sostanzialmente riconducibili alla conoscenza dell'accettazione (in questo caso è l'accettazione dei creditori) da parte di chi ha fatto la proposta (in questo caso, il debitore).

Per quel che riguarda la forma dell'accordo, la norma non richiede particolari formalità, anche se deve ritenersi che sia necessaria la forma scritta, dato che l'accordo deve essere depositato in tribunale e poi pubblicato nel registro delle imprese.

L'accordo potrà essere quindi formalizzato in un documento unico, ovvero in più documenti separati quali, da un lato, la proposta, e, dall'altro, le varie adesioni.

La norma non sembra richiedere l'autenticazione delle sottoscrizioni, di talché sarà onere di ogni eventuale contro interessato effettuare i necessari controlli ed eventualmente contestare la veridicità dell'adesione di un singolo creditore (Proto, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2006, 132).

L'eventuale mancanza del presupposto del raggiungimento della maggioranza del 60% non potrà essere sanata da adesioni successive al momento (se non di deposito in Tribunale, almeno) di pubblicazione nel registro delle imprese, perché da questo momento gli interessati devono poter procedere alle opportune verifiche (anche sul raggiungimento della maggioranza) e decidere se proporre o meno opposizione; dovrebbero invece ritenersi ammissibili adesioni non necessarie successive alla pubblicazione dell'accordo e fino all'omologa.

L'accordo di ristrutturazione deve essere pubblicato nel registro delle imprese, ed i creditori ed ogni altro interessato possono proporre opposizione entro trenta giorni dalla pubblicazione.

Il Tribunale, decise le opposizioni, decide in camera di consiglio con decreto motivato.

La norma di cui all'art. 182-*bis* l. fall. non disciplina in alcun modo il giudizio di omologazione, nulla dicendosi in ordine alla forma dell'atto introduttivo, alle modalità di costituzione delle parti, alla possibilità di introdurre eccezioni non rilevabili d'ufficio, alla previsione di eventuali memorie con mezzi istruttori, alla loro assunzione, ecc.

Legittimati all'opposizione sono sicuramente i creditori estranei all'accordo ai fini del loro regolare pagamento, anche con riferimenti ai tempi ed alle modalità dello stesso.

Vi è poi il riferimento generico ad "ogni altro interessato", che presuppone una preventiva verifica, caso per caso, dell'interesse giuridico prospettato dall'opponente (posizioni giuridiche soggettive non aventi ancora natura di diritti di credito liquidi ed esigibili; posizioni giuridiche di garanzia del debitore, ecc.)

L'omologazione, in ogni caso, è sempre necessaria, a prescindere dalla presenza di eventuali opposizioni.

Un ruolo centrale, negli accordi di ristrutturazione dei debiti, è ricoperto dalla relazione del professionista sull'«*attuabilità*» dell'accordo.

Il testo originario dell'art. 182-*bis* l. fall., parlava di relazione di un esperto, senza alcuna qualificazione professionale specifica, con una disparità di trattamento rispetto al concordato preventivo ed ai piani attestati ex art. 67, comma 3, lett. *d*), l. fall., che non trovava giustificazione alcuna (v., sul punto, Nardecchia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il piano attestato di risanamento*, cit., 11). Si riteneva, a tal proposito, che la verifica circa l'attuabilità dell'accordo di ristrutturazione potesse essere demandata non solo a dottori commercialisti e ad altri esperti contabili, ma anche a tutti quei soggetti muniti di esperienza nel campo delle crisi d'impresa e dei tentativi di ristrutturazione (De Crescenzo - Panzani, *Il nuovo diritto fallimentare. Dal maxiemendamento alla legge n. 80 del 2005*, Milano, 2005, 66). In proposito, la legge non prevedeva alcuna verifica da parte del tribunale circa la competenza dell'esperto, anche se taluno aveva ipotizzato la necessità dell'esercizio di un cauto potere istruttorio in relazione all'accertamento della capacità attestativa dell'esperto (Ferro, *Accordi di*

ristrutturazione dei debiti, in *La Legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 2007, 1429)

La nuova formulazione elimina detta disparità, pur essendo rimasto il riferimento alla <<attuabilità>> del piano, che si differenzia sia dall'attestazione di veridicità e fattibilità della relazione del professionista nel concordato preventivo, sia dalla attestazione di ragionevolezza nei piani attestati di risanamento.

Al di là di tali differenze semantiche, ritengo, tuttavia, che il contenuto della relazione del professionista negli accordi di ristrutturazione dei debiti non si discosti di molto rispetto al contenuto della relazione del professionista nel concordato preventivo.

Invero, pur non essendo originariamente demandata al professionista ex art. 182-*bis* l. fall. la verifica circa la veridicità dei dati aziendali, tale compito sembrava tuttavia potersi ritenere implicito nel controllo circa l'attuabilità dell'accordo, giacché questa attività presuppone necessariamente il possesso di informazioni vere e complete sulla situazione dell'impresa (in tal senso Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2008, 172).

L'attestazione circa la veridicità dei dati aziendali è comunque ora prevista dall'art. 182-*bis*, comma 1, l. fall., come modificato dall'art. 33 del d.l. n. 33/2012, conv. in l. n. 134/2012.

Ne consegue che, esattamente come nel concordato preventivo, il professionista incaricato, lungi dal limitarsi ad attestare la conformità dei dati alle risultanze delle scritture contabili, deve controllare che si tratti di dati reali: il suo compito consiste quindi nel verificare sia l'esistenza delle attività dell'impresa (beni mobili, immobili, crediti, ecc.) ed il loro effettivo valore, sia l'entità dell'esposizione debitoria e le sue caratteristiche (debiti scaduti, contestati, ecc.)

Per quanto attiene invece alla verifica circa l'attuabilità dell'accordo, nella relazione debbono essere compiutamente illustrate le valutazioni che il professionista, a seguito del predetto controllo sulla veridicità dei dati aziendali, è chiamato a formulare riguardo all'effettiva idoneità dell'accordo a conseguire l'obiettivo della ristrutturazione dei debiti; ed è chiaro che l'esperto deve tener conto anche delle prospettive dell'impresa, a seconda che siano di permanenza sul mercato o di liquidazione, nonché dovrà valutare le disponibilità finanziarie e patrimoniali del debitore, le liquidità acquisibili per effetto dell'alienazione di beni non indispensabili all'impresa, l'ammontare e le scadenze dei crediti, i costi ed i ricavi prevedibili per il periodo in cui devono essere eseguiti i

pagamenti dei debiti ristrutturati e non, i nuovi costi delle forniture e dei servizi per effetto dei contratti eventualmente rinegoziati, e, ovviamente, tutto quanto sarà necessario, secondo l'esperienza, in relazione alla particolarità del caso concreto.

Per attuabilità, inoltre, deve intendersi la previsione del regolare pagamento dei debiti, così come ristrutturati, scaduti e da scadere nei termini previsti dall'accordo.

La relazione del professionista deve operare anche una valutazione circa l'idoneità dell'accordo a garantire il regolare pagamento dei creditori ad esso estranei, e quindi circa il possesso, da parte del debitore, di risorse tali da consentirgli, a seguito dell'esecuzione dell'accordo, l'integrale e puntuale adempimento delle obbligazioni verso i creditori non aderenti all'accordo, sia pure nei termini più "morbidi" ora previsti, e cioè entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data, e entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione..

4. *I piani attestati di risanamento.*

L'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall., ha introdotto un'ipotesi di esenzione da revocatoria per gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore, quando siano posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti di cui all'art. 28, lett. a) e b), l. fall., ai sensi dell'art. 2501-bis, comma 4, c.c.

Nonostante il richiamo ad istituti propri delle società commerciali, la norma ha un ambito di applicazione più vasto, coincidente con quello di applicazione delle procedure concorsuali, e quindi è destinata a qualunque imprenditore commerciale passibile di essere dichiarato fallito o insolvente e quindi di subire le azioni revocatorie; anzi, secondo alcuni alcuno tale istituto potrebbe essere utilizzato da ogni imprenditore, anche se non soggetto alla concorsualità (Ferro - Mandrioli, *Il piano attestato di risanamento*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, cit., 473).

Nelle società la competenza ad adottare il piano spetta all'organo amministrativo, senza alcuna deroga al normale riparto delle competenze interne, dato che non pare applicabile, nella specie, l'art. 152 l. fall.; in caso di delega di gestione l'operazione

deve avvenire sotto il controllo dei deleganti (art. 2381, comma 2, c.c.) o con l'approvazione dell'organo di controllo (art. 2409-terdecies c.c.) (Nardecchia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il piano attestato di risanamento*, cit., 20).

I piani in esame sono caratterizzati non solo dalla circostanza di essere concepiti ed attuati al di fuori di una qualsiasi procedura concorsuale e di non essere, quindi, destinati ad alcuna forma di controllo giudiziale o di omologazione, ma anche dal fatto di avere come oggetto il risanamento economico e finanziario dell'impresa: e ciò a differenza del piano redatto ai sensi dell'art. 160 l. fall., per accedere alla procedura di concordato preventivo, e dell'accordo previsto dall'art. 182-bis l. fall., i quali, oltre ad essere assoggettati al vaglio dell'autorità giudiziaria, hanno come obiettivo primario e diretto il soddisfacimento dei creditori (Stasi, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nella legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2006, 861).

Peraltro, mentre con il termine di ristrutturazione del debito si suole solitamente indicare tutti quegli accordi di natura contrattuale che riverberano i loro effetti sulla struttura finanziaria dell'impresa *sub specie* di dilazione (*pactum de non petendo*) e/o di riduzione dei debito (*pactum ut minus solvatur*), all'espressione "risanamento dell'esposizione debitoria" che compare nel dettato normativo non può essere riconosciuto altro significato se non quello di insieme di misure idonee a ristabilire le condizioni di equilibrio finanziario prospettico della gestione, con la conseguenza che sembra dubbia l'ammissibilità di un piano meramente liquidatorio del patrimonio aziendale.

In ogni caso, va rimarcato che il "piano stragiudiziale attestato" è un atto unilaterale dell'imprenditore, che non deve necessariamente essere oggetto di un accordo con i creditori. Il piano potrebbe, infatti, prevedere il ricorso ad operazioni di finanza straordinaria quali: aumento del capitale sociale, versamenti da parte dei soci di somme a fondo perduto, vendita di *assets* non strategici, conferimenti di business correlati, integrabili a monte o a valle da altri imprenditori, ecc.

Nel silenzio della legge non si comprende quale sia la veste formale che deve assumere il piano, se esso cioè debba consistere necessariamente in un bilancio straordinario o di liquidazione, se deve essere adottato dall'assemblea e con quali maggioranze, quali forme di pubblicità possa e debba rivestire, se è nei poteri dell'organo di gestione. Anche se, su tale punto, una prossimità almeno lessicale è rinvenibile con i piani strategici, industriali e finanziari della società, che l'art. 2381,

comma 3, c.c. impone siano esaminati dal consiglio di amministrazione, “quando elaborati”: il che ne riporta la competenza all’organo amministrativo anche delegato o al comitato esecutivo, soprattutto considerando che la loro formulazione è eventuale (Ferro – Mandrioli, *Il piano attestato di risanamento*, cit., 483). La debolezza della funzione di programmazione che dovrebbe connotare l’organo gestorio sembra appena un po’ meno visibile nel sistema dualistico, ove la corrispondente disposizione dell’art. 2409-terdecies c.c. affida al consiglio di sorveglianza, ma solo se previsto nello statuto, la delibera anche in ordine ai citati piani, che vengono appunto predisposti dal consiglio di gestione, con responsabilità ribadita a carico di quest’ultimo per gli atti compiuti.

Nelle società a responsabilità limitata, posto che l’amministrazione è affidata ad uno o più soci (secondo la regola dell’art. 2475 c.c.) ed essi possono esercitarla anche disgiuntamente, pare che questa sia la regola per la confezione del piano; si tratta, peraltro, di una competenza riservata, che i soci possono potrebbero ricevere ex art. 2479 c.c. e salvo ritenere che sia già di loro esclusiva spettanza laddove si tratti di atto che implichi (nel caso concreto) un intervento sostanzialmente alterativo dell’oggetto sociale o dei diritti dei soci.

Per le società di persone la regola approvativa sembra ricavabile dalle previsioni statutarie in materia di amministrazione straordinaria.

Quel che appare necessario è la prova della data certa del piano al fine di attribuire al medesimo l’efficacia di sottrarre alla revocatoria degli atti eseguiti per la sua attuazione.

Il piano deve apparire idoneo a ripianare l’esposizione debitoria, il che vuol dire che esso deve prevedere l’integrale soddisfacimento di tutti i creditori per effetto dell’esecuzione del piano, ad eccezione di coloro i quali abbiano rinunciato in via negoziale a parte delle proprie pretese.

In assenza di ogni riferimento normativo, sussistono dei dubbi in ordine alla necessità che il piano debba prevedere il pagamento regolare dei crediti (ovvero alle rispettive scadenze), o se sia possibile una dilazione nei pagamenti, collegata alle esigenze di riequilibrio finanziario ed accompagnata dalla corresponsione di interessi.

In ogni caso, l’approvazione del piano da parte degli organi amministrativi deve necessariamente precedere l’intervento del professionista, la cui funzione attestativa integra un fondamentale requisito di serietà-attendibilità che va consegnato quale atto estrinseco.

A tal proposito, occorre distinguere tra apparenza del piano e valutazione di ragionevolezza operata dal professionista.

Il requisito dell'apparenza va evidentemente riferito all'epoca della confezione del piano, e valutato sia dal punto di vista del redattore sia di quello del terzo con cui potrebbe assicurare effetti di stabilità dalla sua realizzazione. Il piano dovrebbe apparire idoneo al risanamento *ex se*, sulla base dei soli contenuto e tenore descrittivo, indipendentemente dall'attestazione del professionista.

Non a caso, quest'ultimo non ha la funzione di redigere il piano, bensì quello di attestarlo; il piano, inoltre, dovrebbe descrivere la strategia del risanamento mediante un corredo informativo completo attinente ai dati aziendali, con le classificazioni opportune e l'enunciazione dei relativi criteri.

Quanto alla relazione del professionista, essa deve riguardare l'idoenità del piano a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria, con un contenuto che, sotto certi profili, richiama quello delle relazioni in tema di concordato con continuità aziendale.

5. Profili di responsabilità civile del professionista.

Le norme della legge fallimentare che fanno riferimento alla necessità dell'attestazione di un professionista per le ipotesi di soluzione (più o meno) concordata della crisi – concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani attestati – non contengono alcun richiamo al tipo, al grado ed al contenuto della responsabilità di detto professionista.

Alquanto oscura, pertanto, si profila la configurazione di detta responsabilità, per quanto la stessa costituisca quel necessario “sistema di contrappesi” correlato alla funzione di garanzia a cui il professionista è chiamato con le sue attestazioni (Ferro, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese tra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Fallimento*, 2005, 590-591).

In ogni caso, va sottolineato che il livello di responsabilizzazione dell'esperto è inversamente proporzionale al grado di procedimentalizzazione del suo intervento, ed al livello di fiducia che sarà in concreto prestata alle relazioni attestative.

In altre parole, nel caso del concordato preventivo è noto che il piano oggetto della relazione del professionista viene sottoposto ad esame critico da parte del Tribunale sia

in sede di ammissione che lungo tutto l'iter della procedura, anche per mezzo del commissario giudiziale, del liquidatore e del comitato dei creditori: ne consegue che, dato il notevole livello di trasparenza della procedura, che consente a tutti gli interessati l'esercizio di un approfondito controllo da parte del Tribunale e degli organi della procedura, si realizzerà una riduzione delle responsabilità dell'esperto, che nel caso di successiva irrealizzabilità del piano potrà sempre trincerarsi dietro gli stessi errori di valutazione compiuti dal Tribunale (Zocca, *Accordi di ristrutturazione, piani di risanamento e relazioni del professionista*, Milano, 2006, 126).

Analogo discorso potrà farsi con riferimento agli accordi di ristrutturazione dei debiti, anche in relazione al grado di approfondimento della valutazione del Tribunale in merito al contenuto della relazione del professionista.

Sempre su questa falsariga, nei piani attestati di risanamento era previsto un appesantimento delle responsabilità del professionista - essendo in precedenza richiamato l'art. 2501-*sexies*, comma 6, c.c., che richiama anche l'art. 64 c.p.c. in tema di responsabilità dei consulenti tecnici - e ciò costituiva la logica conseguenza della mancanza di requisiti minimi di forma di detti piani e dell'assenza di qualsivoglia soglia minima di consenso e adesione ad essi. Attualmente il richiamo in questione è stato eliminato, ma non vi è dubbio che la mancanza di un qualunque controllo da parte del Tribunale sulla relazione del professionista espone quest'ultimo ad una valutazione più rigorosa della propria condotta professionale.

In ogni caso, peraltro, va rilevato che il mancato successo del piano non può essere, di per sé, fonte di responsabilità per il professionista, quando si è in presenza di una relazione comunque dettagliata, che esponga non solo gli obiettivi perseguiti, le procedure di controllo utilizzate e le verifiche effettuate, ma documenti ed argomenti altresì l'intera attività svolta e le conclusioni raggiunte (La Croce, *La domanda di concordato preventivo e la relazione del professionista*, relazione al Convegno "La riforma della legge fallimentare: il nuovo concordato preventivi e gli accordi stragiudiziali", Milano, 14-15 giugno 2005).

In sostanza, poiché l'esperto non esegue il piano o l'accordo, né ha facoltà di controllo su detta esecuzione, nel caso di successiva inattuabilità del piano o dell'accordo di ristrutturazione, occorrerà esaminare dapprima quali siano le eventuali responsabilità dell'imprenditore (e degli organi in caso di società), nonché delle persone eventualmente chiamate a dare esecuzione al piano.

L'esperto, quindi, non potrà essere chiamato a rispondere dell'inadempimento del debitore, anche perché ciò potrebbe discendere da atti fraudolenti da questi compiuti nei periodi di esecuzione del piano; potrà, invece, ritenersi responsabile sia nell'ipotesi di erronea attestazione negativa circa la fattibilità del piano, sia nel caso di erronea attestazione di attuabilità di un piano successivamente naufragato in quanto non fattibile sin dall'origine.

Più in generale, potrà essere affermata la responsabilità del professionista, nei casi in cui questi non abbia svolto l'incarico con la dovuta diligenza e quindi non si sia attenuto a validi principi di revisione ed a corretti criteri metodologici ed operativi per l'esame dei dati aziendali, la loro valutazione ed il giudizio sulla fattibilità del piano o dell'accordo.

Non vi è dubbio, comunque, che, nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione, l'attestazione di dati non veritieri o l'omessa dell'indicazione di eventuali irregolarità o falsità scoperte durante la redazione dell'attestazione rappresentino per il professionista una fonte di responsabilità sia nei confronti del ceto creditorio che nei confronti dell'imprenditore che gli ha conferito l'incarico.

Sotto il primo profilo, è configurabile sicuramente, nei confronti del professionista, una responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. nei confronti di ogni singolo creditore che abbia subito un danno a seguito dell'esecuzione di un piano, quando questo è stato sì votato dal creditore stesso, ma sulla base di una relazione del professionista contenente dichiarazioni infedeli (De Crescenzio – Panzani, *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 45; Pacchi, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, 112).

In tali circostanze, comunque, la prova del danno appare di difficile realizzazione, in quanto non solo esso si differenzia per ogni singolo creditore, ma occorrerà altresì valutare da un lato l'aspettativa per così dire tradita dall'ingannevole relazione del professionista, e dall'altro quanto il creditore avrebbe potuto in concreto conseguire se il piano inserito nella domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo non fosse stato approvato a fronte di una relazione dai contenuti differenti (De Crescenzio – Panzani, *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 32).

Una responsabilità del professionista può prospettarsi inoltre anche nei confronti dell'imprenditore (individuale o collettivo) che gli abbia conferito l'incarico attestativo, con conseguente legittimazione attiva del curatore in caso di successivo fallimento.

In tali casi, non par dubbio che trattasi di responsabilità di tipo contrattuale, con conseguente applicazione dell'art. 2236 c.c., che limita la responsabilità, nei casi di particolare difficoltà, alle sole ipotesi di colpa grave.

In ogni caso, l'eventuale danno alla società appare danno di difficile configurazione, in quanto dovrebbe dimostrarsi un nesso di causalità tra le carenze o le falsità contenuto nella relazione del professionista ed eventuali perdite subite a seguito dell'esecuzione del piano attestato o dell'accordo di ristrutturazione: solo in questi casi, infatti, potrà parlarsi di danno alla società, e di eventuale legittimazione del curatore in caso di successivo fallimento (La Croce, *La domanda di concordato preventivo e la relazione del professionista*, cit.)

Anche in tali casi, comunque, deve ritenersi che una relazione dettagliata e ben argomentata ben può rappresentare per il professionista una valida ed efficace difesa nell'ipotesi di un'eventuale azione di responsabilità proposta nei suoi confronti, così come il rilascio di un'apposita dichiarazione in cui il debitore attesti di non avere sottaciuto fatti idonei ad alterare l'attendibilità dell'informativa contenuta nella relazione, ovvero la stesura di verbali riassuntivi degli interventi effettuati in cui venga riportata la documentazione esaminata ed i controlli eseguiti (Antonello – Peracin, *Concordato preventivo. La relazione del professionista sulla veridicità dei dati aziendali e fattibilità del piano*, inserto a *Il commercialista veneto*, marzo/aprile 2006, 11, richiamata in Ferro, *La relazione del professionista ex art. 161 l. fall.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, cit., 1217).

6. *La responsabilità penale del professionista.*

Particolarmente problematica si presenta la configurabilità di eventuali responsabilità penali in capo al professionista, per attestazioni infedeli o errori di valutazione.

Semmai, molto opportuna si presenta, sotto questo profilo, la nuova fattispecie incriminatrice penale di cui all'art. 236-bis l. fall., introdotta dall'art. 1, 1° comma, lett. l), d.l. n. 83/2012, che sanziona in maniera abbastanza severa (reclusione da due a cinque anni e multa da 50.000 a 100.000 euro, con aumenti di pena se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri o se dal fatto consegue un danno ai creditori), il professionista che, nella sua relazione o attestazione, <<espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti>>, così

creandosi una fattispecie tipica per l'attestatore, la cui attività era, sotto il profilo penale, difficilmente inquadrabile nelle fattispecie incriminatrici preesistenti (sul punto, v. M. Vitiello, *La "nuova" responsabilità penale del professionista attestatore*, in questa *Rivista telematica*).

Il problema che si pone, in questi casi, attiene soprattutto alla configurabilità del c.d. falso valutativo, e cioè del falso riguardante non dati oggettivi, ma mere valutazioni.

La dottrina e la giurisprudenza ritengono configurabile tale ipotesi di falso, sia pure a determinate condizioni.

Per quel che riguarda l'attestazione, può configurarsi la falsa attestazione ogni qual volta vi sia violazione delle regole tecniche relative all'elaborazione di quei dati contabili, senza che il destinatario dell'informazione sia posto nella condizione di cogliere lo spostamento da quelle regole. Per es., sei i crediti vengono riportati al valore nominale senza che venga detto nulla al riguardo, per cui chi legge la relazione di attestazione è convinto che si faccia riferimento ai normali criteri di *due diligence*, si viene a realizzare un falso valutativo laddove i crediti dovevano essere svalutati, in applicazione di quelle regole.

Per quel che riguarda, invece, le valutazioni di carattere prognostico, il metro di valutazione è quello della ragionevolezza: si può configurare il falso valutativo laddove si prospetti un'attestazione di fattibilità e di convenienza palesemente irragionevole.

VALENTINO LENOCI

valentino.lenoci@giustizia.it