



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

SAF • SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE

La crisi d'impresa

L'attestazione di ragionevolezza dei piani di ristrutturazione ex art. 67, 3° comma, lettera d) L.F.

nr. **27** • Commissione Gestione
Crisi d'Impresa e
Procedure Concorsuali

Gruppo di Studio: Giovanni Napodano, coordinatore;
Alberto Debernardi, Pierpaolo Ferraro,
Marziano Lavizzari, Gianluca Minniti,
Carlo Pagliughi, Paolo Piazzalunga,
Patrizia Riva

i quaderni



S.A.F. FONDAZIONE

dei Dottori Commercialisti di Milano





La crisi d'impresa

L'attestazione di ragionevolezza
dei piani di ristrutturazione ex
art. 67, 3° comma, lettera d) L.F.

nr. **27** • Commissione Gestione
Crisi d'Impresa e
Procedure Concorsuali

Gruppo di Studio: Giovanni Napodano, coordinatore;
Alberto Debernardi, Pierpaolo Ferraro,
Marziano Lavizzari, Gianluca Minniti,
Carlo Pagliughi, Paolo Piazzalunga,
Patrizia Riva

I Quaderni della Scuola di Alta Formazione

Comitato Istituzionale:

Diana Bracco, Marcello Fontanesi, Mario Forchetti, Giuseppe Grechi, Luigi Martino, Nicola Mastropasqua, Lorenzo Ornaghi, Carlo Palumbo, Angelo Provasoli, Guido Tabellini.

Comitato Scientifico:

Giancarlo Astegiano, Giuseppe Bernoni, Franco Dalla Sega, Felice Martinelli, Luigi Martino, Guido Marzorati, Cesare Minola, Renzo Nisi, Lorenzo Pozza, Patrizia Riva, Massimo Saita, Stefania Totaro.

Comitato Editoriale:

Claudio Badalotti, Aldo Camagni, Ciro D'Aries, Francesca Fiecconi, Carlo Garbarino, Cesare Gerla, Luigi Martino, Francesco Novelli, Patrizia Riva, Gian Battista Stoppani, Alessandra Tami, Dario Velo, Cesare Zafarana.

Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali:

Delegato del Consiglio: Alessandro Solidoro.

Presidente della Commissione: Cesare Meroni

Componenti: Andrea Acampora, Vincenzo Agresti, Natascia Alesiani, Roberto Antonelli, Ignazio Arcuri, Gabriele Assanta, Simona Baldassarre, Davide Lorenzo Barosi, Daniela Bergantino, Giorgio Betti, Carlo Bianco, Renato Bissi, Gianantonio Bogoni, Beatrice Bompieri, Francesca Bonalumi, Donatella Beatrice Bonfatti, Lorella Borghetti, Gianluigi Brambilla, Federico Brogna, Elisabetta Brugnoli, Micaela Brunamonti, Gianluca Caimi, Angela Maria Campochiaro, Monica Carnio, Fausto Casarano, Bernardo Casati, Vincenzo Cassaneti, Mario Claudio Cecchi, Barbara Ceriani, Mario Ciampi, Maria Rosaria Cipriano, Maria C. Colombo, Andrea Corti, Carmine Cozzolino, Maddalena Dal Moro, Francesco D'Alessandro, Stefano D'Amora, Alberto De Bernardi, Enrico De Bono, Silvia De Furia, Corrado De Girolami, Vittorio De Luca, Luigi De Paola, Marco De Ruvo, Alberto Debernardi, Giacomo Degrassi, Ernesto Del Bianco, Paolo Deo, Christian Dominici, Bernardo Draghetti, Maurizio Fabbri, Claudio Ferrario, Antonino Ficalora, Laura Filippi, Gabriella Fiordelisi, Davide Fortunato, Enrico Nestore Fregoni, Pierpaolo Galimi, Pierpaolo Giuseppe Galimi, Raffaele Gargiulo, Marco Gentile, Paolo Gerini, Tiziana Anna Ghiotto, Cecilia Giacomazzi, Michele Giovanardi, Paolo Giovanelli, Carlo Giraud, Umberto Giudici, Roberta Goldoni, Lorenzo Gorgoglione, Paola Grossini, Alfredo Haupt, Stefano Inzoli, Giovanni La Croce, Patrizia La Rocca, Gianluigi La Rosa, Marziano Lavizzari, Piero Giuseppe Lini, Davide Maestroni, Marco Martinella, Vincenzo Masciello, Raffaella Mattolini, Gianluca Minniti, Erik Mira, Marco Mistò, Mario Montevocchi, Diego Moscato, Claudia Motta, Sabrina Murri, Giovanni Napodano, Andrea Nappa, Filippo Nicol, Enrico Nicolini, Francesco Novelli, Claudia Oddi, Carlo Pagliughi, Antonio Palumbo, Claudio Pastori, Francesco Paolo Pati, Fabio Pettinato, Paolo Marco Piazzalunga, Giuseppe Piscopo, Giuseppina Pizzamiglio, Fulvio Pizzelli, Rosalba Pizzulo, Roberta Postiglione, Paolo Oronzo Pulito, Giannicola Radoia, Andrea Rinaldi, Patrizia Riva, Giovanni Nicola Rocca, Gianluca Ronzio, Marco Rubino, Fabio Salina, Francesca Sangiani, Pietro Santoro, Dario Schlesinger, Andrea Stefani, Aldo Stesuri, Marco Alfonso Terenghe, Cristina Tracanella, Luca Tracanella, Paolo Troiano, Daniele Tumietto, Giuseppe Ugo, Antonio Vacchelli, Adele Antonia Vasilotta, Velia Mauri, Giuseppe Verna, Federico Vigevani, Marco Vigna Taglianti, Italo Vitale, Alberto Zappa.

Direttore Responsabile:

Patrizia Riva

Segreteria:

Elena Cattaneo

corso Europa, 11 • 20122 Milano

tel: 02 77731121 • fax: 02 77731173

INDICE

Premessa	5
1. La situazione ante riforma dei piani attestati	7
1.1 Analisi dei concordati stragiudiziali	11
2. L'Art. 67 L.F. ex D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modifiche dalla L. 14 maggio 2005, n. 80	15
2.1 Perimetro di applicabilità	16
2.2 Effetti	19
3. Le manifestazioni della crisi d'impresa	23
3.1 Premessa	23
3.2 Le cause della crisi aziendale	24
3.2.1 La crisi economica	25
3.2.2 La crisi finanziaria-patrimoniale	26
3.3 Conclusioni	27
4. L'esperto: nomina, requisiti, attività, responsabilità, compenso.....	29
4.1 Requisiti	29
4.2 Nomina	30
4.3 Responsabilità	31
4.4 Compenso	32
5. La consapevolezza del salvacondotto concesso ai creditori per l'assenza di revocatoria per gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse	33

6. Le caratteristiche del piano e gli obiettivi: risanamento dell'esposizione debitoria; riequilibrio della situazione finanziaria	37
6.1 Caso pratico	43
7. Il ruolo dei creditori: garanzie e attività di controllo periodico richieste	59
8. Principi Internazionali di auditing e documento ISAE 3400	69
9. Aspetti fiscali: memento utilizzo delle soluzioni consentite dalla vigente normativa	91
10. Le responsabilità penali dell'attestatore	101

PREMESSA

La riforma della Legge Fallimentare iniziata nel 2005 si è ispirata ad un nuovo concetto quale quello di privilegiare il rapporto diretto intercorrente tra debitore e creditore, nel senso che, in linea generale, il primo propone una certa soluzione e, l'altro, diventa l'arbitro dell'esito della stessa.

Altro concetto quello di dare rilievo alla “crisi di azienda”, al salvataggio della stessa anche per l'aspetto socio-economico che rappresenta; di accrescere il ruolo del Commissario Giudiziale e di limitare l'intervento del Tribunale, di valorizzare la figura del professionista esperto.

Le soluzioni previste per superare il citato stato di crisi sono tre: i piani attestati, la ristrutturazione dei debiti, il concordato preventivo.

La prima soluzione si distacca decisamente dalle altre per essere in senso assoluto una procedura “privatistica” lasciata agli accordi che interverranno tra debitore-creditore al di fuori dell'ordinamento giudiziario e con il notevole vantaggio di non assoggettare ad azione revocatoria “gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse sui beni del debitore, purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria della impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria”; con la unica condizione di grande valenza di una attestazione di ragionevolezza di un professionista, revisore contabile, in possesso dei requisiti per la nomina a curatore previsti dalla legge fallimentare.

E' un consolidarsi dei c.d. “accordi stragiudiziali” che hanno trovato notevoli ostacoli in passato per l'azione revocatoria esercitabile in caso di fallimento della impresa debitrice.

Il quaderno odierno è proprio dedicato all'analisi e alle soluzioni della crisi di impresa prevista dall'art. 67, 3° comma, lettera d) L.F.

La raccomandazione più significativa che si sottopone ai colleghi è che “esperti” non si nasce ma si diventa, acquisendo nel tempo esperienza e rispettando le norme di deontologia e di etica professionale. Tale ruolo è

difficile, richiede equilibrio ed il rispetto della totale indipendenza dall'imprenditore che lo nomina.

Purtroppo, la attuale crisi che lambisce anche il settore professionale, il notevole numero di iscritti in Albi, la eliminazione dei minimi tariffari, la improvvisazione spesso mascherata, l'intervento in molti casi dei "poteri forti" sono tutti fattori che spesso influiscono in modo determinante sulla qualità della richiamata "attestazione di ragionevolezza" e sulla indipendenza del professionista dall'imprenditore che lo ha nominato.

Il richiamo non risulta vano qualora si consideri la responsabilità civile, contrattuale ed extracontrattuale, e quella penale "del concorso in reato con l'imprenditore" dell'esperto che nel proprio operare non rispetta le poche ma determinanti norme in tema di deontologia, di etica, di indipendenza e di esperienza.

1. LA SITUAZIONE ANTE RIFORMA DEI PIANI ATTESTATI^(*)

Negli ultimi anni il legislatore ha voluto novellare profondamente le norme che disciplinano lo stato di insolvenza dell'imprenditore e più in generale la crisi d'impresa (riforma di cui al D. Lgs. N. 5 del 9/1/2006). Il processo di formazione delle nuove norme nasceva dall'esigenza di premettere agli attori della vita economica di disporre di strumenti idonei a rispondere in modo efficace alle mutate e mutevoli condizioni economico patrimoniali delle imprese. E' stato da più parti rilevato che il sistema del R.D. n. 267 del 1942, antecedente alla riforma, guardava all'imprenditore in difficoltà (leggasi insolvente) come ad un soggetto da isolare ed allontanare dalla vita economica, enfatizzando gli aspetti di merito nel comportamento dello stesso, aspetti richiamati dalla precedente formulazione dell'art. 160 L.F. e che la novella ha eliminato.

Di più, la legge del 1942 non permetteva all'imprenditore di affrontare l'insolvenza con strumenti diversi da quelli previsti nella legge fallimentare o meglio lo spazio lasciato all'imprenditore era molto limitato.

Tale spazio si poteva e si può riscontrare nella lettura combinata degli art. 6 e art. 217 c. 1, n. 3-4 L.F. Infatti, rispetto al precedente Codice del Commercio, il legislatore del '42 ha tolto l'obbligo di denunciare in termini perentori il proprio inadempimento (art. 686 c.co.) al tribunale, ma ha, invece, introdotto la facoltà per l'imprenditore di chiedere il proprio fallimento. Tale facoltà trova il suo limite nella previsione di reato di bancarotta semplice⁽¹⁾: l'imprenditore insolvente pertanto, qualora il suo operare si tramuti in un aggravamento del dissesto sarà imputabile del reato suddetto.

^(*) A cura di Alberto Debernardi.

⁽¹⁾ Sull'argomento v. Caselli, *Le crisi aziendali*, in *Tratt. Dir. Comm. Pubbl. Econ.*, III, diretto da Galgano, Padova, 1979, 648.

Va tuttavia e prontamente rilevato che il comportamento (sul piano dell'elemento soggettivo del reato) deve essere caratterizzato da "colpa grave" così come previsto per le altre azioni, anche omissione, dell'imprenditore nell'art. 217⁽²⁾.

Si poteva pertanto ritenere che laddove l'imprenditore avesse posto in essere azioni avvedute, e comunque esenti da imprudenza e/o negligenza, volte al superamento dello stato di insolvenza, queste potevano avere una certa considerazione nell'ambito dei valori del sistema giuridico⁽³⁾.

Non è possibile quindi sostenere che il legislatore del '42 disconoscesse in forma assoluta i tentativi di soluzione dello stato di insolvenza operate al di fuori della legge fallimentare, i cosiddetti concordati stragiudiziali o extragiudiziali (proprio per distinguerli dai concordati giudiziali, che prima della novella erano riconducibili al concordato fallimentare e preventivo, e che erano normati appunto dalla legge fallimentare ante ultima riforma). Di fatto, nella prassi prefallimentare dei tribunali, nel momento della valutazione del sussistere delle condizioni di insolvenza dell'imprenditore era possibile che il tribunale percorresse la strada della c.d. "doppia velocità" ovvero di utilizzare tutte le dilazioni temporali della fase istruttoria che la legge permette al fine di consentire all'imprenditore ed agli altri portatori di interesse di valutare se lo stato di insolvenza potesse essere superato, magari per mezzo di un concordato stragiudiziale o meglio con un piano di risanamento.

Né, peraltro, era prevista una norma che evitasse i concordati stragiudiziali. Anzi, essi, in quanto contratti atipici o innominati⁽⁴⁾, trovavano la propria collocazione nel sistema giuridico per mezzo dell'art. 1322 c.c. c. 2, che, con questa norma di chiusura, vuole riportare nell'alveo del diritto positivo tutte le pattuizioni che, pur non

⁽²⁾ V. La Monica, *I reati fallimentari*, Milano, 1972, 358 ss.

⁽³⁾ V. *Relazione Ministeriale* alla legge fallimentare del 1942, n. 52 laddove si evidenzia un'apertura verso queste azioni che "scevre di un simile grado di colpa, siano compiute da chi, fra il pericolo di fallimento e la speranza di poter mediane esse evitarlo, non si astiene dal tentarle". Inoltre, "l'esercizio d'impresa, che richiede l'uso di continua cautela, non può prescindere però in alcune contingenze da un certo grado di risoluta iniziativa, specialmente quando delle cause remote del fallimento non possa ritenersi volontariamente responsabile l'imprenditore".

⁽⁴⁾ Frascaroli Santi, *Concordato stragiudiziale*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, II, 1987, 288.

appartenendo ai tipi particolari di contratto normati, sono tuttavia “diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”.

Il concordato stragiudiziale può pertanto essere considerato, in via teorica, legittimo. Ma può anche essere considerato lecito? Con questa domanda si vuole verificare se comunque il contenuto non sia tale da contrapporsi al altre regole statuite ed inderogabili dell'ordinamento.

Occorre segnalare che il legislatore ha sempre voluto attribuire prerogativa all'autorità giudiziaria⁽⁵⁾ nel caso della ricomposizione degli interessi e diritti attribuibili ai vari attori di una situazione aziendale in stato di insolvenza, ispirandosi al principio cardine della *par condicio creditorum*.

Giacché costituisce una possibile e frequente caratteristica dei concordati stragiudiziali, quella di prevedere condizioni di trattamento differenti all'interno della stessa categoria di creditori, questa caratteristica potrebbe essere in contrasto con il principio cardine summenzionato e, per tale via, il concordato stragiudiziale risultare illecito. Questo dubbio è stato superato affermando che la *par condicio creditorum* fosse una regola propria dell'alveo fallimentare e dovesse, inoltre, guidare solo l'operato del giudice⁽⁶⁾. Si esclude, pertanto, che un trattamento non paritario nell'ambito di un concordato stragiudiziale potesse essere illecito ovvero contrario a norme e principi dell'ordinamento giuridico.

Infine, a rafforzamento della possibilità di perseguire e continuare iniziative economiche attraverso i concordati stragiudiziali, ricorre il testo costituzionale laddove all'art. 41 dichiara la libertà di iniziativa economica privata, seppur nei limiti stabiliti dal secondo comma (ovvero non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza).

Ma riprendendo un concetto più sopra espresso, il concordato stragiudiziale era ed è “meritevole di interesse”? Mi pare che a questa

⁽⁵⁾ Nella giurisprudenza sul tema della nullità ed inefficacia dei concordati stragiudiziali in quanto lesivi della *par condicio creditorum*, App. Roma, 1 luglio 1985, in *Fall.*, 1986, 971; Trib. Napoli, 17 luglio 1987, *Dir. Giur.*, 1987, 552 e Trib. Torino, 22 maggio 1986, in *Giur. Piem.*, 1986, 387.

⁽⁶⁾ Jaeger, *Par condicio creditorum*, in *Fall.*, 1984, 63; Mimola, *Risanamento delle imprese, mercato e parità di trattamento*, Milano, 2004; Frascaroli Santi, *Crisi d'impresa e soluzioni stragiudiziali*; in *Tratt. dir. comm. pubbl. econ.*, Galgano, XXXVII, Padova, 2005, 269.

domanda non si possa che dare risposta affermativa, anche con riferimento al principio ispiratore della legge fallimentare ante riforma ovvero l'ottica liquidatoria del coacervo aziendale e delle sue parti. Si comprende bene, quindi, che tutti i valori propri dell'impresa in continuità di attività fossero avviliti ed in ultima analisi annichiliti. Mi riferisco in particolare all'avviamento, alla tutela dei posti di lavoro, alle perdite "certe" per i creditori dovute alla falcidia, alla inevitabile perdita di possibilità di lavoro per tutto l'indotto, alla dispersione del know-how.

Spingendosi più oltre e uscendo dal concetto di meritevolezza strettamente giuridico, occorre segnalare che il successo che hanno avuto i concordati stragiudiziali risiede nella loro elasticità rispetto alla rigidità ed alle inefficienze, in termini di tempo, economiche e di valori, caratteristiche delle procedure concorsuali giudiziali⁷⁾.

Infatti spesso le procedure giudiziali hanno visto esaurirsi gran parte dell'attivo a causa dei costi di conservazione e liquidazione del patrimoniali, nonché ai costi burocratici della procedura stessa. Inoltre i beni oggetto della vendita sono spesso di difficile commerciabilità e solo pochi acquirenti possono essere in grado di acquistarli per inserirli in un nuovo ciclo produttivo: questo va inevitabilmente a scapito del valore assoluto realizzato.

Relativamente alle tempistiche dei procedimenti giudiziari, si sommano le lentezze proprie dei giudizi civili alle lentezze derivanti dalle necessarie formalità legali richieste dalla legge ed, ancora, lunghi tempi necessari per azioni giudiziali quali azioni revocatorie e risarcitorie. Insomma eccessiva durata ed elevata falcidia dei creditori sono stati i fattori che più hanno spinto il legislatore a riformare la legge fallimentare, senza dimenticare il danno sociale dello smembramento dei complessi produttivi.

Con la riforma si è assistito, da un lato, ad una, per così dire, privatizzazione della gestione dell'insolvenza ed ancor più della crisi d'impresa (concetto quest'ultimo estraneo al legislatore del '42) e dall'altro all'accoglimento all'interno del sistema giuridico fallimentare dei "concordati" o "accordi" con i creditori.

Il segno più evidente della privatizzazione si può cogliere nell'espunzione dall'art. 6 L.F. della previsione del fallimento d'ufficio:

⁷⁾ Sulla qualificazione dei risultati non del tutto soddisfacenti, Frascaroli Santi, *Insolvenza e crisi d'impresa*, Padova, 1999 e *Crisi d'impresa e soluzioni stragiudiziali*, op. cit., 207.

sono i portatori di interesse nell'impresa economica che decidono quale sia il momento per proporre istanza di fallimento e non il tribunale, d'ufficio.

Al diritto fallimentare sono venuti meno quegli accentuati connotati di procedimento volto al perseguimento di un astratto interesse dei creditori (interesse pubblico), o meglio, si è preso atto che il deferimento alla sfera privata poteva sortire migliori risultati.

L'accoglimento e l'apertura del diritto concorsuale alle soluzioni trovate privatamente tra i creditori e l'imprenditore si riscontrano negli art. 67, 2c d) L.F. (esenzione da revocatoria - piano di risanamento attestato), art. 160ss cc (concordato preventivo) e art. 182bis (accordi di ristrutturazione dei debiti).

1.1. Analisi dei concordati stragiudiziali

Allorquando si fa riferimento ai concordati stragiudiziali si fa riferimento ad un'ampia gamma di possibili contratti che hanno lo scopo di superare una situazione in cui il debitore non è stato in grado di soddisfare puntualmente le proprie obbligazioni. In particolare autorevole dottrina aveva definito come "rimedio di natura contrattuale contro l'insolvenza dell'imprenditore commerciale diretto alla sistemazione del dissesto al di fuori dei procedimenti concorsuali"⁽⁸⁾.

Le denominazioni che possono assumere sono diverse, ma ciò che li accomuna e contraddistingue è la possibilità che gli accordi tra creditore e debitore portino al risanamento della situazione economico-patrimoniale, di modo che non sussistano più le cause che potrebbero trascinare l'imprenditore nella procedura fallimentare.

Ed il risanamento può realizzarsi solo con atti concreti sintetizzati in un piano in cui si riconoscono e credono i creditori.

Prima di entrare nel dettaglio dell'analisi occorre fare una macro-distinzione all'interno dei concordati stragiudiziali. Infatti il

⁽⁸⁾ Così Provinciali, *Concordato stragiudiziale*, in *Nov. Dig. It.*, III, Torino, 1959, 987; sulla definizione di concordato stragiudiziale vedi anche Frascaroli Santi, *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1984 e *Effetti della composizione stragiudiziale dell'insolvenza*, Padova, 1995; Bonelli, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, in *Giur. Comm.*, 1997, I, 488; Panzani, *La gestione stragiudiziale dell'insolvenza*, in *Fall.*, 1997, 553.

concordato stragiudiziale “in senso stretto” può concludersi anche solamente con la liquidazione in bonis della società. In tal caso i creditori valutano che, seppur dovendo comprimere i propri diritti, la via dell’accordo stragiudiziale sia da preferire rispetto ad una procedura concorsuale.

Invece il concordato stragiudiziale “in senso lato” è volto sempre al risanamento dell’impresa. In questa seconda macro-distinzione si annoverano gli “accordi di salvataggio” che hanno appunto come scopo quello di “garantire la continuità dell’attività d’impresa e la modificazione, secondo un piano di risanamento, delle relazioni giuridiche esistenti”⁽⁹⁾. Ai fini dell’analisi che stiamo svolgendo faremo riferimento solo agli accordi di salvataggio.

Alcuni hanno avvicinato i concordati stragiudiziali ad un accordo transattivo⁽¹⁰⁾ ai sensi dell’art. 1965. Occorre tuttavia ricordare che la fattispecie della transazione necessita una *res dubbia* o *res litigiosa* e l’esistenza di reciproche concessioni. Ora, se è possibile identificare reciproche concessioni nei concordati (il creditore rinuncia a parte del suo credito o si espone a nuovi rischi, il debitore si spoglia in parte della propria autonomia gestionale, ai fini del controllo e realizzazione del piano) sicuramente non si può riscontrare alcuna *res dubbia* o *litigiosa*.

Come si è già, tuttavia, detto, i concordati non si possono racchiudere in uno schema tipizzato. E’ opportuno invece far notare che è ricorrente in tutti i concordati la comunanza di scopo perseguito da tutte le parti, lo scopo comune essendo il superamento della crisi d’impresa: infatti solo in questo caso gli attori ne trarranno una maggiore utilità e la causa del contratto diventerà lo scopo suddetto.

Una volta individuato lo scopo occorre stabilire se esista una struttura ricorrente nei concordati stragiudiziali. Infatti, essi, mentre da un lato hanno **sempre** lo scopo di superare la crisi di impresa, dall’altro **non sempre** essi devono essere conclusi con tutti i creditori (o attori dell’intrapresa economica) o nemmeno questi ultimi essere resi partecipi.

Può infatti presentarsi il caso in cui sia possibile, necessario e sufficiente l’assenso di uno solo o pochi creditori alla compressione

⁽⁹⁾ Boggio, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, Milano, 2007, 102.

⁽¹⁰⁾ A favore della tesi della transazione v. Ferrara jr., *Il Fallimento*, Milano, 1974, 153; contra Frascaroli Santi, *Il concordato stragiudiziale*, op. cit.

del proprio originario credito (diritto) per vedere risolvibile la crisi d'impresa.

Nel caso ci siano più soggetti creditori coinvolti nel concordato, questi dovranno aderire ad un unico contratto con pluralità di parti o piuttosto si tratta di una pluralità di contratti diversi l'uno dall'altro, il cosiddetto “fascio di contratti”, ma con una comune causa⁽¹¹⁾?

Dottrina e giurisprudenza si dividono sull'argomento anche se sembra prevalere l'orientamento a considerare il concordato stragiudiziale come un “fascio di contratti”.

Occorre rilevare, tuttavia, che non è possibile definire aprioristicamente se sia un unico contratto o un “fascio di contratti” (costituito da più contratti distinti anche se accomunati da un unico scopo), dovendo invece, di volta in volta verificare quale è stata la volontà delle parti. Nel caso dell'unico contratto plurilaterale potremmo essere di fronte a clausole che non vincolano la vigenza del contratto alla contemporanea permanenza di tutti i contraenti (sia nella fase di formazione del contratto che in quella di esecuzione) per cui il contratto rimane valido anche in seguito all'uscita di un contraente ed anche se il contratto prevede condizioni e trattamenti diversi. D'altro canto anche nel caso del “fascio di contratti” la pluralità dei contratti potrebbe essere ricondotta ad un unico contratto plurilaterale laddove nei singoli contratti si ravvisi il collegamento funzionale e causale tra di loro ovvero i vari contratti siano tra loro coordinati e teleologicamente informati da un nesso di reciproca interdipendenza (*simul stabunt, simul cadent*)⁽¹²⁾.

I nomi che, poi, la prassi ha assegnato ai contratti che costituiscono il concordato stragiudiziale sono i più diversi: *pactum de non petendo*,

⁽¹¹⁾ A favore del contratto plurilaterale v. Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, II, Milano, 1964, 2225; De Semo, *Diritto Fallimentare*, Padova, 1968; Ziccardi, *Concordato stragiudiziale*, in *Dir. Dir. Priv.*, a cura di Irti, III, Milano, 1981; Oliva, *Privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in *Fall.*, 1999, 825. A favore del concordato stragiudiziale come ‘fascio di contratti’ v. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1953, 1290; Domenichini, *Convenzioni bancarie ed effetti sullo stato di insolvenza*, in *Fall.*, 1996, 841. Giurisprudenza: Cass. 20 maggio 1993 n. 5736, in *Fall.*, 1993, 1135; Cass. 18 marzo 1979, n. 1562, in *Giur. It.*, 198, I, 1088.

⁽¹²⁾ Occorre aver riguardo per ogni singolo caso alla volontà contrattuale. V. Cass., 17 novembre 1983, in *Giur. It.*, 1984, I, 1, 1460; Cass., 18 luglio 2003, n. 11240, in *Giur. It.*, 2004, 738; App. Roma, 26 febbraio 2002, in *Guida dir.*, 2002, fasc. 19, 72. In dottrina, per tutti, Galgano, *Diritto Civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1993, 188.

factum un minus solvatur, concessione di garanzie, accordi di finanziamento dell'autoliquidante, postergazione dei crediti, prestito convertendo, consolidamento degli interessi, cessione dei beni, *datio in solutum*, ecc.

Ciò che accomuna questi contratti è tuttavia la loro adeguatezza al perseguimento dell'obiettivo comune che è il risanamento dell'impresa.

Di estrema importanza era e sono le fasi precontrattuali che vedono l'imprenditore, il professionista ed i creditori a valutare il piano di risanamento.

Con riferimento al passato ovvero alla situazione ante riforma del 2005, la fase di formazione della volontà contrattuale doveva essere basato su un piano di risanamento costituito su valide assunzioni e tale da premettere una corretta formazione del sinallagma contrattuale, pena il risarcimento del danno che il creditore avrebbe potuto far valere in caso di patologia nell'esecuzione del contratto. Restava, in ogni caso, incombente ed ineludibile l'azione revocatoria del curatore qualora ne fossero ricorsi gli estremi.

Con riferimento alla situazione post riforma il legislatore ha voluto dare estrema importanza alle fasi preparatorie del concordato, concedendo all'imprenditore e al creditore l'esclusione revocatoria (art. 67, 3°c., d), ma solo sulla base di un piano che appaia idoneo a superare la crisi e che sia attestato da un professionista con determinate caratteristiche.

2. L'ART. 67 L.F. EX D.L. 14 MARZO 2005, N. 35, CONVERTITO CON MODIFICHE DALLA L. 14 MAGGIO 2005, N. 80^(*)

La riforma della legge fallimentare, varata con il D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modifiche, nella Legge 14 maggio 2005 n. 80, ha introdotto una specifica esclusione dall'azione revocatoria, disciplinata dall'art. 67 lettera d) che, nel testo ora vigente, a seguito delle modifiche introdotte dal D. Lgs. 169/07, riguarda: “gli atti, i pagamenti e le garanzie concessi sui beni del debitore purché 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 previsti dall'art. 28, lettere a) e b), ai sensi dell'art. 2501 bis, quarto comma, del codice civile”.

Lo spirito dell'intera riforma è stato unanimemente riconosciuto essere quello agevolare il risanamento dell'impresa e di favorire il soddisfacimento dei creditori in tempi più rapidi e in misura superiore a quelli abituali in caso di fallimento, sia modificando le norme relative alle procedure giudiziali di componimento della crisi sia introducendo la norma in esame, che consente l'esclusione dall'azione revocatoria di atti compiuti, pagamenti eseguiti e garanzie concesse dall'imprenditore in esecuzione di un piano predefinito, purché lo stesso risponda ai requisiti richiesti.

Si tratta di una disposizione innovativa, che ha suscitato non pochi dubbi in ordine al perimetro di applicabilità, agli effetti e agli aspetti pratici che sono stati solo in parte sciolti dalle poche pronunce giurisprudenziali in materia.

^(*) A cura di Paolo Marco Piazzalunga.

2.1. Perimetro di applicabilità

Secondo alcuni la nuova norma riconosce implicitamente la legittimità degli accordi stragiudiziali, ampiamente utilizzati in passato, conclusi con solo alcuni dei creditori, disposti a rinunciare in parte alle loro pretese (in termini di riduzione dei debiti o di concessione di dilazioni per il loro pagamento ovvero di conversione degli stessi in titoli partecipativi al patrimonio dell'impresa) pur di evitare il fallimento del debitore o il suo ricorso all'amministrazione controllata (ora abolita) o al concordato preventivo, caratterizzati da procedure complesse e onerose e da tempi di esecuzione spesso troppo lunghi rispetto alle aspettative dei creditori stessi.

Va ricordato che, prima della riforma, se, nonostante tali accordi, non si fosse riusciti a evitare il fallimento, tutti gli atti e le operazioni posti in essere erano passibili di azione revocatoria (se compiuti nei limiti temporali individuati dall'art. 67 L.F. medesimo) ed esponevano i contraenti al rischio di imputazione di reati fallimentari ai sensi dell'art. 216 e seguenti L.F. Ciò costituiva un rilevante deterrente sia per l'imprenditore, sia per i creditori disposti ad accettare gli accordi proposti sia per eventuali nuovi finanziatori.

Data la attuale coesistenza, nell'ambito della legge fallimentare, del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis L.F., procedure da attuarsi sulla base di un controllo preliminare dell'autorità giudiziaria, occorre chiarire se, ora, tali accordi possano essere sempre considerati una legittima alternativa alle procedure giudiziali e quindi se il ricorso allo strumento del piano attestato sia consentito anche nei casi in cui l'imprenditore si trovi in stato di insolvenza, ovvero durante la fase di liquidazione dell'impresa nonché quando esso si fondi anche su rinunce dei creditori al pagamento integrale.

Per cercare di dirimere tali dubbi, appare opportuno svolgere alcune considerazioni preliminari.

L'art. 5 L.F. prevede che lo stato d'insolvenza si manifesta "con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni".

Le interpretazioni, giurisprudenziali e dottrinarie, di tale articolo non sono univoche e giungono a conclusioni diverse a seconda che si privilegi l'aspetto statico ovvero quello dinamico dell'impresa. Tuttavia, nell'accertamento dello stato di insolvenza, si dà risalto all'avverbio "regolarmente" che, nella struttura della disposizione normativa dell'art. 5 L.F., descrive le modalità di esecuzione degli adempimenti. Detta

regolarità viene riferita non solo ai mezzi di esecuzione degli stessi, ma anche, nell'ambito di una considerazione globale della condotta del debitore, all'elemento temporale delle scadenze delle obbligazioni dello stesso. Altro aspetto costante è quello della irreversibilità della situazione: "l'insolvenza si identifica con uno stato di impotenza funzionale e non transitoria a soddisfare le obbligazioni contratte dall'impresa e si esprime, secondo una tipicità desumibile dai dati dell'esperienza economica, nell'incapacità di produrre beni con margini di redditività tali da essere sufficienti per la copertura delle esigenze dell'impresa e fra queste, in primo luogo, l'estinzione dei debiti; nonché nell'impossibilità di ricorrere al credito a condizioni normali e senza essere costretti a decurtazioni del patrimonio"(Cassazione Civile, sez. I, 28 giugno 1985 n. 3877).

Al verificarsi di siffatte condizioni il debitore dovrebbe richiedere il fallimento in proprio, ovvero, ricorrendone le condizioni, presentare istanza per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo - come è ormai pacificamente chiarito a seguito dell'introduzione dell'ultimo comma dell'art. 160 L.F., che ha precisato che lo "stato di crisi" comprende anche lo stato di insolvenza - o stipulare un accordo di ristrutturazione dei debiti, con cui pervenire, alternativamente, al ripristino delle condizioni per la continuazione dell'attività, eventualmente attraverso decurtazioni del patrimonio aziendale, ovvero alla definitiva liquidazione dell'impresa (non sembra infatti che sussistano dubbi sulla possibilità di ricorrere a tali procedure anche quando, in esito alle stesse, si perverrà alla vendita di tutto l'attivo, e, conseguentemente, alla definitiva cessazione dell'attività d'impresa).

La prima parte dell'art. 67 lettera d) L.F. prevede invece che il piano (predisposto, anche unilateralmente, dall'imprenditore) appaia idoneo a consentire il "risanamento" dell'esposizione debitoria e ad assicurare il "riequilibrio" della situazione finanziaria dell'impresa. Non è facile definire quando un'esposizione debitoria possa esser considerata "sana", probabilmente il concetto va inteso, quantitativamente, avuto riguardo alle caratteristiche e alle dimensioni dell'impresa, e, qualitativamente, all'assenza di debiti scaduti. Quanto al concetto di equilibrio, è da ritenere che il requisito sia soddisfatto nel momento in cui la situazione finanziaria si presenti in linea con gli indici più comunemente adottati dalla dottrina e dalla pratica aziendalistica.

Va altresì tenuto in considerazione che nel concordato preventivo e negli accordi ex art. 182 bis L.F. il legislatore ha usato, con riferimento ai debiti, il termine "ristrutturazione" di portata assai ampia, come si evince dallo spettro delle operazioni citate nell'art. 160 L.F., mentre, nella norma

in esame, ha utilizzato il termine “risanamento” che richiama alla memoria il concetto espresso dall’abrogato art. 187 L.F., relativo all’amministrazione controllata, procedura il ricorso alla quale era ammissibile quando esistevano “comprovate possibilità di risanare l’impresa”, e che si chiudeva con esito positivo nel momento in cui l’imprenditore dimostrava di essere in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, di avere cioè la possibilità di soddisfare integralmente i debiti scaduti e non scaduti.

Occorre anche sottolineare come il legislatore preveda che la ragionevolezza del piano sia attestata “ai sensi dell’art. 2501 bis, quarto comma, del codice civile”. Tale norma disciplina il contenuto della relazione degli esperti nei casi di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento e prevede che essa attesti la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione ai sensi del secondo comma del medesimo articolo, il quale prescrive che il progetto deve indicare le risorse finanziarie previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione.

Il tenore letterale induce quindi a ritenere che l’imprenditore debba dimostrare che, in esito alle operazioni programmate, sarà in grado di far fronte integralmente ai propri debiti, sia a quelli preesistenti alla redazione del piano, sia a quelli contratti durante l’esecuzione dello stesso.

Ciò non significa, beninteso, che, al termine del periodo previsto, egli debba disporre di risorse liquide sufficienti all’estinzione di tutte le passività, ma che la sua situazione patrimoniale e finanziaria sia sana ed equilibrata, evidentemente in base agli indici più comunemente adottati, tale cioè da assicurare il regolare soddisfacimento delle obbligazioni assunte.

Il che vale tanto nell’ipotesi in cui il piano preveda la continuità dell’attività aziendale, quanto in quella in cui il piano persegua il solo fine di portare a termine “in bonis” una procedura di liquidazione già avviata o ne preveda l’avvio nell’ambito delle misure da adottare per la sua completa esecuzione.

Va notato infatti che la norma in esame non contiene alcun accenno alla continuità aziendale, né al momento della redazione del piano né in prospettiva, ma richiede esclusivamente che il piano appaia idoneo a consentire il soddisfacimento dei creditori.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte è di tutta evidenza che la norma in esame è inapplicabile quando la situazione sia di irreversibile insolvenza, cioè quando nessun intervento consenta di rimuoverla e di soddisfare integralmente (come il tenore letterale della norma impone)

tutti i creditori.

Ma non altrettanto può dirsi quando, ancorché l'imprenditore non sia in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni (si pensi al caso in cui le attività a valori correnti siano inferiori alle passività e i flussi economico finanziari attesi non consentano di risanare l'esposizione debitoria e di riequilibrare la situazione finanziaria), egli possa tuttavia stipulare accordi con uno o più creditori, preliminari rispetto al piano, che gli consentano di predisporre lo stesso nel rispetto del dettato normativo che, non è inopportuno ribadire, prescrive il soddisfacimento integrale dei creditori.

Tali accordi preventivi saranno ovviamente estranei al piano stesso e, non godendo della protezione prevista dalla norma in esame, dovranno essere, per loro natura, non assoggettabili ad azione revocatoria ai sensi del comma 3 dell'art. 67 L.F. Sarà così possibile prevedere la rinuncia, parziale e eventualmente condizionata al saldo del residuo entro un certo termine, di un creditore al proprio credito ma non la conversione della medesima parte di credito in strumenti partecipativi all'impresa. Tale ultima operazione infatti, può essere attuata solo mediante emissione dello strumento partecipativo da parte dell'imprenditore, sottoscrizione dello stesso da parte del creditore e adempimento della relativa obbligazione di versamento mediante compensazione con la porzione di credito in oggetto, atto, quest'ultimo, potenzialmente revocabile.

2.2. Effetti

Fermo restando il fatto che, ricorrendo le condizioni richiamate nell'articolo in esame, non sono soggetti a revocatoria fallimentare gli atti e i pagamenti effettuati e le garanzie concesse in esecuzione del piano, occorre verificare se tali effetti derivano dalla mera esistenza dell'attestazione di ragionevolezza o sono invece connessi anche alle caratteristiche intrinseche del piano. Questione di non poco momento dato che da tale scelta discende l'ambito del sindacato giurisdizionale nell'eventuale giudizio promosso dalla curatela ex art. 67 L.F. in caso di successivo fallimento, altrimenti limitato alla verifica dell'esistenza dell'attestazione di ragionevolezza dell'esperto oltre che, ovviamente, dal fatto che l'atto sia stato posto in essere in esecuzione del piano.

Al riguardo sembra opportuno rilevare che la norma si prefigge di tutelare sia gli interessi dei soggetti che intervengono nel piano sia quelli dei creditori che possono esser danneggiati da atti per loro pregiudizievoli

e non passibili di revocatoria, la tutela nei confronti di questi ultimi essendo assicurata dall'attestazione e dai requisiti professionali dell'esperto che la redige. Ciò ha condotto ad affermare che: "Gli effetti di tale attestazione sono definitivi, e non vengono meno anche in caso di insuccesso del piano." (*Il finanziamento alle imprese in crisi linee-guida*, Assonime, Università degli Studi di Firenze e CNDCEC)

Inoltre è lecito chiedersi se essi restano invece soggetti alla revocatoria ordinaria (promossa da singoli creditori o dal curatore, in caso di fallimento), e se la norma in esame consenta di evitare imputazioni per alcuno dei reati fallimentari.

Al riguardo giova ricordare che la revocatoria ordinaria, regolata dall'art. 2901 c.c., prevede che il creditore può domandare che siano inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio con i quali il debitore arrechi pregiudizio alle sue ragioni a condizione che egli dia prova che il debitore stesso – ed il terzo, in caso di atti a titolo gratuito – fossero consapevoli del pregiudizio arrecato.

L'azione può riguardare anche atti anteriori al sorgere del credito, ma, in tale evenienza, il creditore deve anche dimostrare che l'atto fosse dolosamente preordinato al fine di pregiudicarne il soddisfacimento e, trattandosi di atto a titolo gratuito, che il terzo fosse partecipe alla dolosa preordinazione. Tale azione non è applicabile al pagamento di debiti scaduti.

L'art. 66 L.F. prevede che l'azione revocatoria ordinaria possa esser esercitata anche dal curatore.

La revocatoria fallimentare, dunque, appare esser di portata ben più ampia di quella ordinaria, che presuppone l'esistenza del pregiudizio arrecato o arrecabile con gli atti impugnabili e del dolo da parte di chi li pone in essere.

La prima infatti è applicabile indipendentemente dal pregiudizio (quanto meno per gli atti compiuti nei sei mesi anteriori al fallimento), rectius, il pregiudizio sarebbe insito nella lesione della par condicio, ancorché la sua sussistenza appaia fondata su una presunzione iuris tantum, e riguarda una serie di atti che sono esclusi per la seconda, come, ad esempio, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili.

Alla luce di tali considerazioni non pare logicamente corretta un'interpretazione che faccia salvi gli atti pregiudizievoli dalla revocatoria fallimentare ma ne consenta l'assoggettamento ad azione revocatoria ordinaria. E così, se tale tesi meritasse accoglimento, che senso avrebbe negare l'esperibilità dell'azione al curatore ma non al singolo creditore? E' chiaro che la norma si svuoterebbe in buona parte di contenuto.

In merito alla seconda domanda, occorre preliminarmente osservare che l'art. 67 lett. d L.F. non fa alcun accenno alle conseguenze penali relative alla condotta dell'imprenditore e/o di terzi nel periodo anteriore al fallimento, trattate negli articoli 216, 217 e 218 L.F., che, in estrema sintesi, riguardano: la bancarotta fraudolenta, la cosiddetta bancarotta preferenziale, la bancarotta semplice e il ricorso abusivo al credito. Ciò lascerebbe presumere che a tale quesito si debba dare risposta negativa, anche alla luce di quanto espresso da alcuni commentatori (Cfr. Grossi *La riforma della Legge fallimentare*, Giuffrè 2005 pag. 75). Peraltro è opportuno ricordare che il Tribunale di Milano, nel Decreto del 16/7/08, si è espresso come segue: "... il piano attestato è elaborato dall'imprenditore autonomamente ... per essere eventualmente utilizzato da questo, in caso di successivo fallimento, al fine di evitare l'imputazione e la sanzione della bancarotta preferenziale ...".

Al riguardo è stato osservato che: "Il principio di coerenza dell'ordinamento impone che una regola volta esplicitamente ad autorizzare determinati atti non possa coesistere con una regola che da quei medesimi atti faccia discendere una responsabilità civile o penale. Ciò, ovviamente, purché lo strumento di esenzione venga utilizzato secondo le sue reali finalità, che sono quelle di dare certezza a chi operi (ed assuma rischi) nell'ambito di un'operazione finalizzata al salvataggio di un'impresa, quando essa è condotta con serietà, buona fede e mezzi idonei." (*Il finanziamento alle imprese in crisi linee-guida*, Assonime, Università degli Studi di Firenze e CNDCEC).

In mancanza di pronunce giurisprudenziali direttamente inerenti, ci si può limitare ad osservare che, in esecuzione del piano, l'imprenditore potrà trovarsi nella condizione di compiere atti che, in caso di successivo fallimento, assumono aspetti penalmente rilevanti: per aver aggravato il proprio dissesto, ritardando la richiesta di fallimento in proprio, per aver ricorso abusivamente al credito, dissimulando lo stato d'insolvenza, o per aver eseguito pagamenti favorendo solo alcuni dei creditori. Peraltro va considerato che il sigillo di ragionevolezza derivante dall'attestazione tenderebbe ad escludere il dolo da parte dell'imprenditore, i cui atti sarebbero preordinati in via principale ad assicurare il pagamento integrale dei creditori.

3. LE MANIFESTAZIONI DELLA CRISI D'IMPRESA^(*)

3.1. Premessa

Nell'attuale scenario di mercato nel quale operano le imprese possono verificarsi, con significativa rapidità, cambiamenti profondi nelle variabili che definiscono il "sistema" di riferimento della gestione aziendale.

La circostanza dà luogo ad una accelerazione dei processi relativi al ciclo di vita di un'impresa, con possibili repentini cambiamenti da situazioni espansive e di crescita aziendale, a situazioni di contrazione e di crisi.

In particolare, nell'ambito del concetto (generale) di crisi aziendale possono essere ricondotti diversi stati (particolari) di un'impresa accomunati dalla caratteristica di intrinseche condizioni di debolezza che possono, in prospettiva, compromettere la continuità aziendale e la sopravvivenza dell'impresa.

Esistono diverse manifestazioni della crisi che possono riguardare il profilo reddituale o patrimoniale-finanziario dell'impresa, o combinazioni di entrambi i profili, e diverse caratteristiche di durata della crisi che può essere temporanea oppure irreversibile.

Lo stadio più acuto della crisi, dal punto di vista finanziario, è definito dall'insolvenza intesa come incapacità ad adempiere regolarmente le obbligazioni contratte nell'esercizio dell'impresa.

Lo stadio patologico della crisi, nel senso della sua irreversibilità, è riconducibile al concetto di dissesto che rappresenta uno stato di declino reddituale e crisi finanziaria ai quali si somma una condizione di incapienza delle attività patrimoniali rispetto alle passività contratte (a titolo di capitale di credito) per finanziare l'esercizio dell'impresa.

Quindi, mentre l'insolvenza può essere misurata in termini di flussi ed esprime una situazione di grave tensione finanziaria (i flussi di cassa

^(*) A cura di Carlo Pagliughi.

generati dall'impresa sono, cioè, insufficienti a far fronte agli esborsi connessi all'adempimento delle obbligazioni), il dissesto trova espressione nel deficit patrimoniale nel quale il valore complessivo delle attività (impieghi) è insufficiente a garantire il rimborso delle relative fonti di finanziamento.

La manifestazione di uno stato di tensione finanziaria è sovente interpretata come il segnale premonitore della successiva insolvenza e rischio di un possibile dissesto.

Il segnale è peraltro imperfetto, in quanto tra tensione finanziaria e insolvenza/dissesto non esiste un nesso causale necessario: tipicamente, nelle crisi finanziarie a carattere temporaneo (e cioè superabili mediante interventi sia endogeni sia esogeni), l'asincronia dei flussi di gestione corrente può essere rimossa e consentire il riequilibrio finanziario senza conseguenze patrimoniali di rilievo.

Insolvenza e dissesto rappresentano, tra i possibili effetti di una crisi aziendale, le sintomatologie più acute e sono tipicamente osservabili *ex post* in un quadro di ormai ridotta capacità di "reazione" alla crisi. In questi due casi, la gestione della crisi risulta perlopiù attuabile ricorrendo a soluzioni concorsuali (fallimento, concordato preventivo od accordo di ristrutturazione dei debiti).

Se si analizza, invece, la crisi aziendale nell'ottica di un tentativo di risanamento (eventualmente ricorrendo al piano "attestato" di cui all'art. 67 3° co. lett. d) L.F.), diviene cruciale interrogarsi sulle relative cause genetiche, onde individuare ed attuare le conseguenti iniziative risolutive.

3.2. Le cause della crisi aziendale

Le crisi aziendali sono sovente il risultato di una combinazione di eventi scatenanti, talché ogni tentativo di sistematizzazione non corrisponde mai alla fattispecie concreta che presenta sempre una propria specifica caratterizzazione individuale.

In ogni caso, ai fini che qui interessano, le due tipiche manifestazioni della crisi di impresa possono essere ricondotte a due macro-categorie:

- Crisi economica;
- Crisi finanziaria-patrimoniale.

Le due citate manifestazioni della crisi – che saranno partitamente esaminate nei due successivi paragrafi – attengono alla dimensione "oggettiva" della crisi. Esiste ovviamente una dimensione "soggettiva" della crisi che può essere ricondotta all'inefficiente comportamento dei

soggetti-protagonisti della vita aziendale ma che da sola appare raramente decisiva.

3.2.1. La crisi economica

La crisi economica trae origine dal deterioramento della redditività dell'impresa che si manifesta nella progressiva contrazione dei margini reddituali fino all'esercizio, nei casi più gravi, di attività in perdita e non più economicamente remunerative. La crisi economica, quindi, trae origine da circostanze che incidono direttamente sulle combinazioni produttive dell'impresa, come ad esempio le seguenti cause o concause.

a) **Obsolescenza del prodotto/servizio**

Il fenomeno provoca la contrazione dei margini fino al superamento del limite necessario per la copertura dei costi fissi dell'azienda.

b) **Inefficienze gestionali**

Riguardano le aree aziendali che operano con rendimenti non “in linea” con quelli del settore di riferimento. L'area nella quale questa situazione può manifestarsi è quella produttiva ma può riguardare anche altre funzioni aziendali (commerciale, amministrativa, ecc.).

c) **Rigidità della struttura produttiva**

La circostanza in esame determina l'impossibilità di adattare in modo rapido e tempestivo l'azienda ai momenti di crisi o di cambiamento del mercato. Si determina, quindi, una sovracapacità produttiva nella quale i ricavi dell'impresa non consentono la “copertura” dei costi fissi di struttura.

d) **Carenza di programmazione/innovazione**

Un'efficiente attività di programmazione è il presupposto per l'adattamento delle condizioni di svolgimento di gestione ai mutamenti ambientali. In assenza di questo requisito non è possibile orientare il comportamento dell'impresa al variare del contesto di riferimento.

Ciò può comportare ad improvvisi ed imprevisi peggioramenti nelle performance reddituali ai quali non risulta possibile porre tempestivamente rimedio.

Un'area di particolare criticità connessa all'inefficiente programmazione aziendale è costituita dalla carenza di innovazione del

prodotto/servizio fornito dall'impresa, laddove l'impresa ben difficilmente si mantiene nel tempo produttiva di risultati positivi, senza frequenti iniezioni di nuove idee, che si traducono nell'individuazione di nuovi prodotti, di nuovi mercati, di nuovi modi di produrre, di nuovi modi di presentare e diffondere i prodotti, di accrescere la lealtà dei clienti, e così via.

Date le possibili cause genetiche sopra menzionate, sussistono differenti graduazioni di intensità delle crisi economiche da cui conseguono altrettante differenziazioni nei possibili interventi risolutivi.

In generale, secondo un livello di crescente pericolosità e gravità della crisi, è possibile distinguere tra crisi economica a manifestazione circoscritta e congiunturale, da un lato, e crisi economica di tipo strutturale, dall'altro lato.

Le prime due (crisi economica a manifestazione circoscritta e congiunturale) presentano un dato comune: le cause della crisi risultano circoscritte a fenomeni (interni all'azienda o di settore) chiaramente individuabili e temporalmente reversibili. La rimozione di tali fenomeni (i.e. abbandono di una linea di business) o il superamento della congiuntura (ripresa in tempi brevi di un ciclo economico positivo) possono condurre al ripristino di soddisfacenti livelli di redditività.

La seconda (crisi economica strutturale) muove da circostanze sfavorevoli come quelle sopra riportate che presentano una intensità tale da attribuire una connotazione patologica e permanente alla situazione di disequilibrio nei ricavi-costi dell'impresa.

Dalla crisi economica discendono, sempre, ricadute negative rispetto al profilo patrimoniale-finanziario dell'impresa che, per il tempo necessario a ripristinare il proprio equilibrio economico, deve sorreggerlo con opportuni interventi mirati al sostegno finanziario dell'attività.

3.2.2. La crisi finanziaria-patrimoniale

In contesti di apparente equilibrio economico, possono sorgere difficoltà di natura squisitamente finanziaria, dovute tipicamente alle seguenti cause:

- a) squilibrio della struttura delle fonti di finanziamento rispetto alla composizione degli impieghi aziendali;
- b) eccesso di dipendenza dal capitale di terzi (e quindi sproporzione tra capitale proprio e capitale di credito);
- c) eccesso di indebitamento rispetto alla capacità dell'impresa di generare adeguati flussi finanziari al servizio del debito.

Anche le crisi di natura finanziaria sono destinate, secondo l'intensità, a ripercuotersi sulla dimensione reddituale dell'impresa.

Infatti, l'indebitamento finanziario genera oneri che possono aggravare viepiù il risultato d'esercizio. In particolare, una crisi finanziaria in contesti di declino reddituale rappresenta l'evento più preoccupante, in quanto può verificarsi un effetto "avvitamento" che può generare un alto rischio di insolvenza.

Una manifestazione particolare dello squilibrio finanziario attiene all'eccessivo ricorso al capitale di credito rispetto all'apporto di mezzi propri che priva l'impresa di adeguate condizioni di solidità patrimoniale e rende problematico l'assorbimento di eventuali perdite d'esercizio.

3.3. Conclusioni

La diagnosi della crisi aziendale costituisce la tappa essenziale per ricondurre la genesi della crisi di impresa alla sfera reddituale e/o finanziaria, e per impostare le conseguenti iniziative risolutive.

La crisi economica può portare, se a carattere strutturale, alla cessazione dell'attività. La cessazione, quindi, riguarderà le realtà investite da crisi economiche irreversibili per le quali sarebbe dannosa la prosecuzione e che vanno gestite con opportuni processi liquidatori, tipicamente configurati secondo le due opzioni della liquidazione ordinaria e della liquidazione concorsuale.

Se la crisi economica, invece, risulta di natura transitoria, possono trovare attuazione le seguenti iniziative mirate alla eliminazione dei fattori critici:

- 1) abbandono di produzioni o linee di business non economiche;
- 2) sostituzione del management;
- 3) cessione di partecipazioni in perdita;
- 4) segregazione dei rami aziendali vitali da quelli in perdita che saranno gestiti attraverso processi liquidatori.

In una situazione di crisi finanziaria-patrimoniale, le misure attuabili sono generalmente connesse all'esigenza di tutelare la continuità aziendale dell'impresa rimodellando la struttura delle fonti di finanziamento.

In questi contesti, alle banche ed ai principali fornitori è, di norma, domandata una sorta di moratoria dei rapporti in essere: alle banche è richiesto di rinegoziare i prestiti, di accordare "nuova finanza" e di mantenere le linee di credito "autoliquidanti"; ai fornitori strategici è richiesto il mantenimento del flusso ordinario delle forniture attraverso

forme di “congelamento” delle posizioni già scadute.

Va da sè che gli interventi diretti a fronteggiare le crisi reddituali e finanziarie possono essere tra loro combinati e variamente configurati nell’ambito di “piani” orientati al risanamento dell’impresa.

E’ questo il principale ambito di applicazione del piano richiamato dall’art. 67 3° co. lett. d) L.F. che deve perseguire il duplice obiettivo del “*risanamento*” della esposizione debitoria dell’impresa e del “*riequilibrio*” della sua situazione finanziaria.

In particolare, il piano “attestato” di risanamento risulta attuabile in contesti di crisi aziendali di **natura principalmente finanziaria** che siano ritenute superabili nel presupposto di una perdurante fiducia nelle prospettive reddituali dell’impresa.

4. L'ESPERTO: NOMINA, REQUISITI, ATTIVITÀ, RESPONSABILITÀ, COMPENSO^(*)

L'esperto: requisiti, nomina, responsabilità.

4.1. Requisiti

Molti dubbi erano sorti in ordine ai requisiti dell'esperto incaricato di attestare il piano e al soggetto deputato alla sua nomina. Nell'originaria formulazione, a differenza di quanto previsto all'art. 161 L.F. per quanto concerne il piano e la documentazione nel caso di concordato preventivo, l'art. 67 L.F. non forniva alcuna indicazione.

Alcuni commentatori avevano quindi ritenuto che il richiamo all'art. 2501 bis quarto comma c.c. e il rimando all' art. 2501 sexies c.c., riguardassero non solo le indicazioni contenute nella relazione dell'esperto ma anche i suoi requisiti e il soggetto deputato alla sua nomina. Conseguentemente era stata avanzata l'ipotesi che l'esperto dovesse esser scelto tra i soggetti indicati al primo comma dell'art. 2409 bis ed essere nominato dal tribunale del luogo dove ha sede l'impresa, nel caso di società per azioni e in accomandita per azioni.

Successivamente, il D. Lgs. 169/2007 ha specificato che l'esperto deve essere un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e in possesso dei requisiti di cui all'art. 28, lettere a) e b) L.F., cioè quelli necessari per la nomina a curatore (avvocato, dottore commercialista, ragioniere e ragioniere commercialista ovvero studi professionali associati o società tra professionisti, i cui soci facciano parte delle categorie professionali appena citate).

^(*) A cura di Paolo Marco Piazzalunga.

4.2. Nomina

La nuova formulazione della norma in esame ha aiutato anche a dirimere i dubbi inizialmente sorti in merito al soggetto deputato alla nomina, sì che alcuni tribunali hanno rigettato i ricorsi presentati volti a richiedere la designazione dell'esperto, affermando che essa compete unicamente all'imprenditore (tribunale di Milano, decreti del 16/7/2008 e 10/3/2009; tribunale di Mantova, decreto del 31/3/2009). Peraltro va annotato che il tribunale di Treviso, con decreto del 20/4/2009, si è posto in parziale contrasto con le precedenti pronunce, affermando che "benché la nomina del perito ... compete all'imprenditore, essa può tuttavia essere delegata al presidente del tribunale in veste vicaria, quando l'imprenditore ritenga utile connotarla di una maggior terzietà ...".

Stante il tenore di tutti i citati decreti, non pare tuttavia che possano sussistere dubbi circa la legittimità della designazione dell'esperto effettuata direttamente dall'imprenditore.

Tale statuizione ha contribuito ad alimentare il dibattito dottrinario in ordine all'esistenza di cause di incompatibilità con la funzione di esperto e alla necessità della sua indipendenza rispetto all'imprenditore e all'estensore del piano di risanamento.

In merito al primo aspetto, va rilevato che la novella introdotta con il D. Lgs. 169/2007 rimanda all'art 28 lettere a) e b) L.F. ma non all'ultimo comma dell'articolo stesso, che indica le cause di incompatibilità e che la norma in esame non fa alcun riferimento all'indipendenza del perito. E' forse semplicistico trarre immediate conclusioni sulla scorta del principio "*Ubi lex voluit, dixit, ubi noluit, non dixit*" e occorre rilevare che numerosi sono gli interventi, anche autorevoli, che sostengono la necessità della terzietà dell'esperto e non solo nei confronti dell'imprenditore, dei consulenti che hanno redatto il piano, ma anche rispetto ai terzi che intervengano negli atti posti in essere nell'esecuzione dello stesso. Tesi, quest'ultima, che pare impossibile non condividere ove si accolga quella della sufficienza della mera attestazione (e non dell'effettiva

⁽⁴⁰⁾ BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, in www.judicium.it, § 1.

⁽⁴¹⁾ Il nuovo testo dell'art. 91 dovrebbe così suonare: "*Il giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, salvo quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 92*".

ragionevolezza del piano, contestabile in sede giurisdizionale) per l'applicabilità dell'esenzione dalla revocatoria.

In altri termini, per consentire che lo strumento del piano attestato sia adottabile senza rischi di contestazioni a posteriori e che l'efficacia dei relativi atti non possa essere messa in discussione in caso di insuccesso, è necessario che vengano adottate rigorose procedure in tutti gli ambiti in cui la norma lascia spazio all'iniziativa e all'arbitrio dell'imprenditore. In tal senso non appare inopportuno che l'imprenditore faccia istanza al tribunale competente per la nomina dell'esperto (quanto meno sino a che non si sarà consolidato l'orientamento secondo cui la scelta è di sua esclusiva competenza) e che il piano sia dotato di data certa anteriore all'esecuzione degli atti in esso indicati. Misure, queste, che pur se non previste dalla legge, appaiono idonee a ridurre rischi di contestazioni future.

4.3. Responsabilità

In merito alle responsabilità dell'esperto, la norma in esame non prevede alcuna indicazione. Quindi, solo nell'ipotesi in cui si propenda per la tesi della necessità della sua nomina da parte del tribunale, potrà trovare applicazione la disciplina sanzionatoria di cui all'art. 64 c.p.c. (arresto sino ad un anno o ammenda sino a 20 milioni di lire, con sospensione dall'esercizio della professione, oltre al risarcimento del danno cagionato, prevista per il consulente tecnico che incorre in colpa grave nell'esecuzione degli atti che gli sono richiesti). In caso contrario, si deve far ricorso alla regola generale, di cui all'art. 2043 c.c., secondo cui: "Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

Non pare inopportuno svolgere alcune considerazioni in merito alla legittimazione attiva del soggetto danneggiato nei confronti dell'esperto, qualora, anche solo colposamente, questi abbia reso un'attestazione rivelatasi, a posteriori, non corretta.

Al riguardo va considerato che l'unico effetto dell'attestazione è che gli atti posti in essere in esecuzione del piano sono sottratti all'azione revocatoria. I legittimati attivi nei suoi confronti, conseguentemente, saranno diversi a seconda che si accolga o meno la tesi della possibilità di un sindacato giurisdizionale concernente l'attestazione stessa nell'eventuale giudizio promosso a seguito del fallimento del piano.

Qualora si propenda per la tesi che il curatore possa eccepire la validità

dell'attestazione, e, quindi, ottenere la declaratoria di inefficacia degli atti dell'imprenditore, il legittimato attivo sarebbe la controparte dell'imprenditore stesso, che potrà agire per il danno subito, dato dalla differenza tra quanto ricevuto (e, a seguito dell'azione revocatoria, restituito) e quanto ottenuto in sede di eventuale riparto fallimentare ovvero, in caso di revoca di garanzie prestate, per l'importo della garanzia.

Qualora invece prevalga l'orientamento secondo cui la mera presenza dell'attestazione inibisce la proposizione dell'azione revocatoria, il legittimato attivo sarebbero il curatore, il cui danno sarebbe costituito dalla diminuzione patrimoniale subita dalla procedura, derivante dall'impossibilità a esperire detta azione.

4.4. Compenso

L'attuale tariffa professionale, risalente al 1994, non contiene alcuna disposizione specifica in merito alle attestazioni ex art. 67 L.F. Peraltro, la proposta di nuova tariffa, approvata dal Consiglio Nazionale in data 21/2/08, ha inquadrato tali attestazioni, nonché quelle di cui agli art. 161 e 182 bis L.F., all'art. 31 lett. d) (relazioni di stima richieste da altre disposizioni di legge). Come si evince dalla nota in calce all'articolo medesimo, la nuova formulazione avrebbe carattere interpretativo della versione vigente, sì che parrebbe legittimo applicare detto articolo anche in pendenza della promulgazione della nuova tariffa.

Resta da definire, nell'ambito della lettera d), a quale valore della pratica fare riferimento. A tal fine pare corretto rifarsi ai criteri definiti per le attestazioni ex art. 2501 bis c.c., specificatamente trattate nell'ultima parte del comma 3, e a cui l'art. 67 L.F. fa espresso riferimento.

In buona sostanza, quindi, andranno applicate le percentuali di cui all'art. 31 lett. b), calcolate sull'ammontare complessivo delle attività e passività dell'impresa cui il piano attestato si riferisce, la corretta valutazione delle quali, per quanto espresso in altra parte della presente relazione, fa parte integrante dell'attestazione di ragionevolezza richiesta.

L'importo determinato non potrà ignorare l'abolizione dei minimi tariffari di cui "al Decreto Bersani" (DL 223/2006), comunque si consiglia di preconcordare lo stesso all'accettazione dell'incarico.

5. LA CONSAPEVOLEZZA DEL SALVACONDOTTO CONCESSO AI CREDITORI PER L'ASSENZA DI REVOCATORIA PER GLI ATTI, I PAGAMENTI E LE GARANZIE CONCESSE^(*)

Le parti dell'accordo che prevede l'accettazione del piano ex art. 67, 3° comma lettera d), L.F. sono il debitore ed i suoi creditori più importanti (c.d. "forti"), usualmente quelli che sono arbitri della sua finanza; a questi, si aggiungono i fornitori strategici che sono arbitri della sua produzione; gli altri, compreso lo Stato per i tributi erariali e l'Iva (che nell'ipotesi trattata non è "costretto" ad accettare alcuna riduzione), normalmente non sono interessati ad accordi particolari in quanto il pagamento del debito verrà onorato interamente, tutt'al più, sarà loro richiesto una dilazione dei tempi di pagamento.

Pertanto, trattasi di accordo o, di fasci di accordi, che mirano a raggiungere gli obbiettivi di una iniziale moratoria tesa a salvaguardare il patrimonio del debitore da azioni dei creditori, conservare gli affidamenti bancari concessi, ottenere nuova finanza e la continuità delle forniture strategiche.

L'imprenditore in "crisi" e, magari per certi versi anche "insolvente", giunto al punto di doversi preoccupare della propria "continuità aziendale" e, prima di essere costretto ad interrompere la propria produzione di beni e/o servizi, di solito si rivolge a professionisti esperti nella materia concorsuale e finanziaria con i quali esamina la propria situazione e, con il proprio management, mette a disposizione una ipotesi (bozza "piano") di risoluzione della crisi con il ricorso ad una profonda ed incisiva "ristrutturazione" aziendale che spazia dalla produzione alla vendita, tenendo in seria considerazione il settore di operatività, la concorrenza, i prezzi correnti del prodotto e/o del servizio.

Normalmente l'imprenditore che fa ricorso all'art. 67, appartiene alle

^(*) A cura di Giovanni Napodano.

fascie economiche definite medio o medio-alte, che certifica, anche volontariamente, il proprio Bilancio, è oggetto di controllo del Collegio Sindacale, si avvale spesso anche di un audit interno, può essere controllante di altre società od esserne controllata; nei casi di maggiore dimensione, può evidenziare l'esistenza anche di Comitati di Controllo.

Cioè, presenta una compliance di un certo rilievo, per cui lo stato di crisi che mette in discussione la propria continuità aziendale viene immediatamente messo in evidenza dalla società di revisione e dal Collegio Sindacale che, alla chiusura dell'ultimo esercizio, rifiutano i propri pareri favorevoli sull'approvazione del bilancio fino a quando non venga "assicurata" la stessa con il ricorso alle soluzioni che l'imprenditore intende adottare.

Il mondo finanziario in contatto con l'imprenditore ha già evidenziato un certo "nervosismo" e, preoccupato della situazione che va chiarendosi in senso negativo, minaccia revoche degli affidamenti in qualunque forma concessi.

I fornitori strategici in allarme per le continue violazioni dei tempi di pagamento degli importi delle forniture, riducono l'entità delle stesse se non addirittura le "bloccano" pretendendo il rientro delle esposizioni nei termini concordati.

La forza lavoro teme la "crisi" evidenziatasi e soffre per il ricorso agli ammortizzatori sociali e gli effetti della evidente necessità di ristrutturazione aziendale.

L'Amministrazione Finanziaria, creditrice anche di notevoli importi per le varie imposte impagate non concede, nel caso in esame, alcuna facilitazione, se non quella della rateazione che, comunque, spesso è di sicuro interesse per l'imprenditore in crisi.

Come citato, il *management* societario con l'ausilio dei professionisti ordinari, predispone una bozza di piano di ristrutturazione finanziaria dell'esposizione debitoria, supportata a monte da quella industriale/commerciale/amministrativa che consente il riequilibrio delle future gestioni con l'ottenimento dei flussi di cassa che comprovino la possibilità di ritorno alla redditività del "conto economico", in entità tale da assicurare anche la copertura di residui debiti non potuti coprire nel breve periodo pur con ricorso ad operazioni straordinarie.

L'advisor ed i professionisti specialisti esaminano il piano, lo modificano ove necessario, lo completano e lo traslano in un nuovo documento che risulta conforme alla prassi e consueto nei rapporti con il mondo finanziario, che conosce tali operatori e li stima per precedenti rapporti intersocietari.

Iniziano le trattative, si valutano le opportunità di soluzione della “crisi” e le eventuali garanzie interne ed esterne alla società che possono essere offerte; spesso, si delineano in larga massima anche i contenuti del/degli accordo/i da stipulare.

Cioè, a questo punto, si valutano le convenienze economico-finanziarie dei creditori che dovranno scegliere tra: il salvataggio dell'imprenditore in crisi nella prospettiva della risoluzione della stessa nel breve/medio/lungo periodo ed il rientro del credito e, magari, anche con una modesta remunerazione; il ricorso dello stesso ad altra soluzione concorsuale (concordato preventivo/ristrutturazione del debito) che, in tempi quantomeno medi, prevede il rientro in entità falcidiata del proprio credito.

Inoltre, il creditore dovrà valutare tra una scelta privatistica della soluzione della crisi con l'inesistenza delle croniche e note lentezze burocratiche che contraddistinguono l'attuale ordinamento giudiziario e, quella pubblicistica con il rischio di una potenziale trasformazione delle altre citate soluzioni della crisi in quella del “fallimento” con l'evidente aggravio (sia pur ridotto nel tempo con la recente riforma dalla legge fallimentare) delle azioni revocatorie che il Curatore potrà promuovere.

Qualora le citate valutazioni conducano alla scelta di soluzione privatistica della “crisi di impresa” ecco sorgere la necessità di ottenere che non siano soggetti all'azione revocatoria “gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse sui beni del debitore” alla condizione che siano conseguenza di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa ed 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 previsti dall'art. 28, lettere a) e b) ai sensi dell'art. 2501 bis, quarto comma, del codice civile.

Nel caso di una tale comune volontà del debitore e dei creditori (quelli finanziari e fornitori strategici), lo stesso debitore nominerà un professionista avente le caratteristiche richieste dalla legge, indipendente ed in assenza di conflitti di interesse con lo stesso, che riscuota il comune riconoscimento di valenza.

L'esperto attestatore della validità del piano finanziario gestionale-economico aventi le caratteristiche atte a perseguire le finalità richieste dall'art. 67, 3° comma, lettera d), L.F. procederà dopo attente analisi, indagini e previsioni a rilasciare l'attestazione della validità dello stesso, tenendo ben presente le responsabilità civilistiche contrattuali ed extra contrattuali, nonché quelle penali di un potenziale concorso con

l'imprenditore che lo ha nominato nel caso in cui, nella ipotesi di successivo fallimento dello stesso, il Curatore dovesse provare la falsità dei dati di base sui quali il piano stesso ha posto il suo fondamento e la connivenza imprenditore-esperto.

6. LE CARATTERISTICHE DEL PIANO E GLI OBIETTIVI: RISANAMENTO DELL'ESPOSIZIONE DEBITORIA; RIEQUILIBRIO DELLA SITUAZIONE FINANZIARIA^(*); CASO PRATICO^(**)

I piani attestati di risanamento sono caratterizzati dal duplice obiettivo del “risanamento” della esposizione debitoria dell’impresa e del “riequilibrio” della sua situazione finanziaria.

Sembra, quindi, che lo strumento possa utilmente essere impiegato nei contesti di crisi aziendale nei quali siano ancora presenti aspettative di continuità aziendale, perseguibili mediante il risanamento dell’impresa ed il ritorno a condizioni di redditività soddisfacenti.

Ne deriva che i piani predisposti nella fattispecie risultano articolati e complessi in quanto hanno, generalmente, come obiettivo primario il risanamento dell’impresa piuttosto che il mero soddisfacimento del ceto creditorio⁽¹⁾.

Il piano dovrà quindi contenere una serie di indicazioni relative alle prospettive economiche, reddituali e finanziarie dell’impresa, al fine di poter affrontare in modo efficace la crisi, rilanciandone l’attività e ripristinando così l’economicità aziendale.

(*) A cura di Carlo Pagliughi.

(**) A cura di Giovanni Napodano.

(1) Scrive al riguardo V. Lenoci: “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 riduzione del 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 economico finanziario prospettico della gestione, con la conseguenza che sembra dubbia l’ammissibilità di un piano meramente liquidatorio del patrimonio aziendale”, in V. Lenoci, in *Attestazione del piano e profili di responsabilità del professionista*, in *L’insolvenza dell’imprenditore e le procedure alternative al fallimento*, incontro Studio organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma 5-7 novembre 2008, p. 22.

Per completezza, si segnala anche l'ipotesi applicativa formulata in altro contributo del presente scritto, secondo la quale il piano potrebbe avere come obiettivo il compimento "in bonis" della liquidazione dell'impresa.

Dal punto di vista strutturale, i passaggi essenziali del piano devono riguardare i seguenti profili:

- 1) cause della crisi aziendale
- 2) strategia di rilancio dell'impresa e tempistica attuativa
- 3) interventi patrimoniali di carattere straordinario necessari per il raggiungimento degli obiettivi del piano
- 4) andamento reddituale prospettico
- 5) andamento finanziario prospettico
- 6) simulazione di possibili scenari alternativi nell'evoluzione del processo di risanamento e meccanismi di controllo del progressivo raggiungimento degli obiettivi di piano
- 7) profili di *governance* societaria.

1) L'analisi delle cause della crisi aziendale costituisce la necessaria premessa del piano ed il presupposto da cui traggono origine le successive fasi applicative.

Il processo logico sotteso ad un piano di risanamento deve manifestare caratteristiche di coerenza tra la patologia all'origine della crisi aziendale e le conseguenti iniziative prospettate nel piano.

2) L'illustrazione della strategia di rilancio occupa una posizione centrale nell'ambito del piano in quanto devono essere manifestati con chiarezza i capisaldi del processo di risanamento aziendale, le strategie di *turnaround* e gli interventi da compiere nelle diverse aree operative dell'impresa.

Si tratta della componente "industriale" del piano che rappresenta il perno centrale rispetto al quale deve essere impostato il processo di risanamento.

La prospettazione degli obiettivi del piano deve essere coordinata con la stima dei tempi di attuazione delle diverse fasi di avanzamento del piano (tipicamente esistono tre fasi: la prima fase riguarda gli interventi di stabilizzazione immediata, la seconda fase gli interventi funzionali al risanamento, la terza fase riguarda l'andamento a regime dell'impresa nel quadro del rinnovato equilibrio economico-finanziario).

In particolare, la suddivisione del piano in fasi distinte consente di effettuare un controllo *in itinere* sulla effettiva fattibilità del piano,

riducendo il regime di aleatorietà che può contraddistinguere i piani con durate superiori ai cinque anni.

3) L'attendibilità del progetto industriale che sorregge un tentativo di risanamento costituisce la condizione per il riequilibrio economico-finanziario dell'impresa nel medio lungo-periodo.

La sostenibilità complessiva di questo progetto ed il suo concreto avvio anche nel breve periodo dipendono in larga misura dagli interventi effettuabili sulla struttura patrimoniale dell'impresa.

Tipicamente, infatti, l'impresa che accede ad un piano di risanamento si trova in una situazione di crisi finanziaria provocata da squilibri della propria struttura patrimoniale e da eccesso di indebitamento rispetto alla capacità di generare adeguati flussi finanziari al servizio del debito.

Sono, quindi, necessari interventi di carattere straordinario riguardanti le attività e le passività patrimoniali.

Per quanto riguarda l'attivo patrimoniale, il piano deve contenere l'analisi degli *asset* aziendali, con evidenziazione del valore corrente degli stessi e indicazione dei beni oggetto di possibile dismissione. Al riguardo, uno dei cardini dei processi di risanamento è costituito dalla dismissione di attività ritenute non rientranti nel *core business* dell'azienda. Si pensi alla cessione di rami di azienda ovvero beni materiali, immateriali o partecipazioni ritenuti non più strategici e la cui dismissione può generare flussi finanziari utili per sostenere la realizzazione del piano di risanamento.

Per quanto riguarda il passivo, l'obiettivo di risanamento dell'esposizione debitoria rappresenta un traguardo di lungo periodo che richiede, al fine di salvaguardare anche nel breve-medio periodo la solvibilità dell'impresa, l'accordo dei principali creditori (soprattutto finanziari) alla rinegoziazione delle rispettive esposizioni creditizie.

Una soluzione frequentemente adottata consiste nel riscadenzamento del debito e nell'accordo diretto ad ottenere l'inesigibilità dei debiti sino ad una determinata data (cosiddetti *stand still agreement*).

La ristrutturazione del passivo può compiersi anche mediante il consolidamento della esposizione debitoria, la conversione del debito in capitale, oppure la parziale o totale remissione del debito.

Nelle pratiche di risanamento, il consolidamento del credito costituisce una prassi molto diffusa, con interventi che possono riguardare la riduzione dei tassi di interesse, la conversione delle linee di finanziamento da breve a lungo termine o la loro sostituzione con altre a condizioni più favorevoli.

Quando, invece, la crisi d'impresa è suscettibile di incidere in maniera pesantemente negativa sulla consistenza patrimoniale dell'impresa, il "sacrificio" imposto ai creditori può essere ancora più oneroso traducendosi nella rinuncia parziale o totale ai propri diritti di credito od alla conversione del debito in capitale.

In particolare, mediante la conversione del debito in capitale il creditore assume un interesse diretto alla fase di rilancio dell'impresa assumendo i rischi e le opportunità connesse alla esecuzione del piano.

In generale, quindi, il successo del piano dipende dalla possibilità di reperire le risorse finanziarie idonee a mantenere in equilibrio l'impresa lungo l'arco temporale di realizzazione del piano.

Sotto questo profilo, il piano può prevedere molteplici misure straordinarie in aggiunta quelle sopra indicate, di cui si propongono qui di seguito alcuni esempi:

- a) accollo di debiti in capo a soggetti terzi ed interventi finanziari esterni;
- b) erogazione di "nuova finanza" sotto forma di nuovi prestiti – eventualmente garantiti – per cassa o di firma, e/o sottoscrizione di nuove emissioni di titoli mobiliari;
- c) conferimenti di capitale o concessione di ulteriori garanzie nell'interesse della società da parte dei soci;
- d) raccolta di altro capitale proprio o di credito presso soggetti interessati a sostenere il recupero dell'impresa o ad assumerne il controllo nell'ambito del processo di *turnaround*.

4) Una volta definita la componente "industriale" del piano e gli interventi patrimoniali di natura straordinaria, è possibile sviluppare le derivazioni economiche e finanziarie attese in esecuzione del piano.

L'andamento reddituale prospettico dell'impresa trova rappresentazione nel conto economico previsionale strutturato nella forma di un conto economico progressivo con evidenziazione dei valori attesi nelle principali grandezze che misurano le performance reddituali dell'impresa, e quindi i ricavi, il valore aggiunto, il margine operativo lordo, il reddito operativo ed il risultato netto.

In particolare, il conto economico previsionale dovrà indicare le riduzioni dei costi dei fattori produttivi che si prevede di conseguire nell'ambito del processo di risanamento.

Analogamente, qualora nel piano si prevedano interventi straordinari di carattere patrimoniale (relativi sia alle attività sia alle passività), gli effetti relativi dovranno trovare separata indicazione nel conto economico previsionale.

Dal punto di vista espositivo, può risultare efficace utilizzare uno schema di conto economico opportunamente disaggregato per singole aree strategiche d'affari, in modo tale da poter visualizzare gli eventuali settori di attività in perdita e quelli in utile.

5) In via complementare alla analisi degli effetti reddituali del piano, è necessario rappresentare distintamente le derivazioni “finanziarie” del piano medesimo.

La dinamica finanziaria deve essere rappresentata lungo un orizzonte temporale coerente con quello di attuazione del piano, ricorrendo a prospetti che illustrino i flussi di cassa generati dalle operazioni pianificate nell'ambito del percorso di risanamento.

Si veda al riguardo il seguente esempio che sintetizza la dinamica finanziaria del piano e la liquidità complessiva generata/assorbita in esecuzione delle operazioni di risanamento.

Prospetto della liquidità	Anno X	Anno X+1	Anno X+2	Anno X+3
Liquidità iniziale				
+ ricavi				
+/- incremento/decremento crediti operativi				
- costi				
+/- decremento/incremento debiti operativi				
= flusso interno di liquidità				
+ disinvestimenti capitale fisso				
+ disinvestimenti capitale circolante				
+ conferimento mezzi propri				
+ accensione finanziamenti				
= flusso complessivo di liquidità				
- investimenti capitale fisso				
- investimenti capitale circolante				
- remunerazione/rimborso mezzi propri				
- remunerazione/rimborso finanziamenti				
= flusso netto di liquidità				
Saldo liquidità finale				

Va osservato che la predisposizione di prospetti finanziari su base annualizzata non è sufficiente ai fini di monitoraggio della sostenibilità finanziaria del piano.

Infatti, è necessario poter verificare puntualmente e costantemente le condizioni di liquidità aziendale redigendo prospetti mensilizzati dei flussi di cassa generati dall'impresa.

Ciò al fine di valutare l'efficacia e la sostenibilità dei primi interventi previsti dal piano, tipicamente finalizzati ad arrestare o limitare l'"emorragia" finanziaria che affligge l'impresa.

6) L'attendibilità del piano di risanamento dipende anche dalla sua flessibilità e attitudine ad essere rimodulato in funzione di alcune variabili "critiche" che riflettono il verificarsi di differenti condizioni gestionali nelle quali l'impresa può trovarsi ad operare. Pertanto, nell'ambito del piano è necessario presentare le elaborazioni reddituali e finanziarie e prospettive corrispondenti sia allo scenario "inerziale" (quello che si verificherebbe in assenza del piano) sia allo scenario di ragionevole realizzazione dei presupposti del piano, sia infine allo scenario ottimale (quello che si verificherebbe nell'ipotesi di raggiungimento di tutti gli obiettivi del piano).

Ciò consente di illustrare alla platea di soggetti interessati al risanamento aziendale (in primis i creditori) il *range* di variabilità dei risultati del piano, fra quello ritenuto realisticamente perseguibile a quello corrispondente alla piena realizzazione degli obiettivi aziendali.

All'esigenza summenzionata si ricollega la prassi di effettuare analisi di sensitività che consentano di apprezzare gli effetti delle variazioni delle grandezze-parametro stabilite nel piano.

Da ultimo, l'efficacia del controllo sull'avanzamento del piano costituisce un'altra variabile critica per il raggiungimento degli obiettivi di risanamento.

Nel caso delle imprese in crisi, l'esigenza di un attento controllo e di tempestive azioni correttive cresce notevolmente, soprattutto nei contesti in cui il piano viene predisposto in condizioni di estrema urgenza.

Quindi, nel piano devono essere indicati i meccanismi per valutarne l'attuazione ed apportare eventuali interventi correttivi, nonché i processi decisionali che potranno essere intrapresi al fine di variare l'originaria configurazione del piano stesso.

7) Sovente il piano esplicita la riorganizzazione dei meccanismi di *governance* societaria che si accompagna al processo di risanamento dell'impresa.

Usualmente, infatti, il creditore che converte il proprio credito in capitale o che comunque accetta un sacrificio in termini di rinegoziazione della propria esposizione creditizia, vuole poter partecipare direttamente ai processi decisionali dell'impresa.

In termini analoghi si può comportare il nuovo azionista che accetta di

partecipare alla ricapitalizzazione della società a condizione di poter esercitare forme di controllo diretto sulle operazioni societarie poste in essere in esecuzione del piano.

La stessa gestione dei rapporti con i soci di minoranza costituisce un elemento strategico per il buon esito del piano, dato che divergenze e conflittualità potrebbero comprometterne l'efficacia.

Ne deriva l'esigenza di introdurre assetti di *governance* idonei ad assicurare un bilanciamento tra le aspettative dei diversi soggetti portatori di interessi nell'ambito del risanamento aziendale.

Nella prassi, questa esigenza trova espressione nella definizione di composizioni "equilibrate" degli organi sociali.

In particolare all'organo amministrativo della società sono usualmente chiamati a prendere parte anche amministratori indipendenti e con posizioni di "garanzia".

La trattazione dei profili summenzionati rappresenta l'ossatura di un piano di risanamento che sia idoneo ad offrire a chi lo analizza un quadro informativo/decisionale esauriente e completo. Va da sé che l'analisi svolta in questa sede non esaurisce i contenuti di qualsiasi piano di risanamento che potrà presentare caratterizzazioni individuali in funzione del singolo caso concreto.

Si propone ora una esemplificazione pratica dei concetti dianzi illustrati, tratta da un caso professionale concreto.

6.1. Caso pratico

Società richiedente l'attestazione

Holding finanziaria italiana tra i leader per la produzione di un determinato prodotto con partecipazioni di controllo in una società produttiva italiana e numerose altre nel mondo, tra produttive e commerciali.

Bilanci singoli e consolidati 2005/2006 approvati, ultimi 2007 non ancora approvati per le problematiche connesse al principio della continuità aziendale, come evidenziato dalla società di revisione e dal Collegio Sindacale.

In pendenza di avanzate prospettive delle seguenti soluzioni: cessione di tutte le partecipate estere; valutazione della cessione di *assets* non strategici; ristrutturazione produttiva/commerciale; modifiche

manageriali della controllata italiana; possibili accordi di ristrutturazione del debito con banche e fornitori; tale holding, nella convinzione di poter riuscire con i citati interventi a far fronte alla situazione di emergenza ed al pagamento integrale nel tempo dei propri debiti, richiesta di attivarsi per la salvaguardia degli stipulandi accordi da azioni revocatorie fallimentari, ha conferito mandato ad un professionista perché, avendo i requisiti di legge, emetta quale esperto una attestazione di ragionevolezza del piano, predisposto dal management societario assistito da advisor finanziario ed altri consulenti, teso ad assicurare il risanamento della esposizione debitoria ed il riequilibrio della situazione finanziaria.

Cause della Crisi

- Lo sviluppo internazionale delle proprie controllate con finanziamenti del sistema bancario italiano a breve ottenuti anche con il coinvolgimento della controllata italiana;
- La sottoscrizione di contratti derivati con conseguenti pesanti oneri finanziari e perdite;
- La notevole perdita dell'esercizio 2007 della controllata italiana dovuta: alle conseguenze di investimenti impegnativi in previsione di uno sviluppo di produzione non verificatosi; tensione finanziaria con conseguenti difficoltà nella gestione del rapporto con i principali fornitori e difficoltà nella programmazione produttiva.

Le conseguenze: riduzione volumi di produzione e vendita; disallineamento della programmazione degli approvvigionamenti di materie prime; riduzione dei margini unitari di vendita; peggioramento della efficienza produttiva; contestazioni con i fornitori; magazzino materie prima disassortito in alcuni determinanti componenti.

La situazione patrimoniale

Il Piano di riorganizzazione industriale e ristrutturazione finanziaria redatto dal management, con l'ausilio dell'advisor, presentato al sistema bancario, espone i seguenti dati all'aprile 2008 aggregati (holding/controllata produttiva) nella necessità di evidenziare la "Posizione Finanziaria netta", che vengono anche raffrontati con quelli della bozza di bilancio al 31.12.07 approvato solo dal Consiglio di Amministrazione, e condizionati alla continuità dell'attività aziendale.

Balance Sheet	Aggregate al 31/12/07	Aggregate al 30/04/08
Reclassified Balance Sheet:		
Total Fixed Assets	354,40	354,20
Net Working Capital	111,00	102,40
Less: Provisions and Government Grants	26,40	27,60
Total Capital employed	439,00	429,00
Net bank Position	217,20	221,00
Other M/L Financial Loans	171,80	172,40
Net Equity	49,80	36,00
Total	339,20	357,40
Net Bank Debt:		
Cash and Bank (receivables)	(6,80)	(3,20)
Bank debt – utilisation of credit lines	140,20	148,40
Bank Loans and Fin. Leasing-Short Term	5,80	5,80
Bank Loans and Fin. Leasing-M/L Term	39,40	38,00
Bank Derivatives	38,60	32,00
Net Bank Debt	217,20	221,00
Net Financial Position:		
Net Bank Debt	217,20	221,00
Terzo finanziatore	16,60	16,80
Overdue trade payables	46,20	46,20
Other overdue payables	17,32	17,20
Finance Leasing	8,00	8,00
Consignment stock agreement	13,80	13,80
Net Financial Position:	319,12	323,00

Una società estera, ha proposto di acquistare tutte le partecipazioni della holding italiana nelle controllate estere, migliorando successivamente la stessa in più riprese, nei termini seguenti:

Condizioni poste per l'acquisto

- Moratoria di tre mesi, nel cui corso la holding e la società produttiva controllata dovrebbero godere delle seguenti concessioni da parte degli istituti di credito:
 - Moratoria sui pagamenti di quote capitali e interessi sulle linee di credito e finanziamenti di qualsiasi natura in essere;
 - Assenza di richieste di rimborso delle attuali esposizioni bilaterali;
 - Utilizzo degli incassi provenienti da fatture, già anticipate dalla banche, per l'utilizzo di tali importi nella gestione operativa in continuità e non a riduzione delle esposizioni;

– Liberazione delle garanzie finanziarie rilasciate dalla società industriale controllata a favore della Holding;

- Parere favorevole degli istituti di credito all'accettazione delle condizioni citate ed al piano di ristrutturazione;
- Esito positivo dell'attestazione favorevole al Piano dell'esperto ex art. 67,3° comma lettera d), L.F. da ottenersi ante 15 agosto 2008.

Proposta di acquisto

- Versamento acconto prezzo di € 16 milioni entro maggio 2008, contro deposito in un apposito dossier vincolato delle azioni di una determinata società estera controllata dalla Holding; saldo prezzo per l'acquisto di questa singola controllata per € 49,2 milioni entro agosto 2008;

- Impegno entro agosto 2008 di far rientrare debiti commerciali di alcune controllate verso la Holding per € 8 milioni;

- Acquisto delle partecipazioni estero residue entro novembre 2008 con pagamento del prezzo di 88,4 milioni;

Inoltre per ulteriore miglioramento della proposta, sempre entro il 30 novembre 2008:

- Pagamento debito verso un finanziatore terzo con garanzia su quote di una società estera controllata per € 16,6 milioni;

- Subentro nei contratti sui derivati e conseguenti contratti di finanziamento per € 33,2 milioni;

- Subentro nei debiti finanziari di alcune controllate estere per € 18 milioni;

- Subentro nei contratti di leasing per € 8 milioni.

L'offerta può riepilogarsi finanziariamente come segue:

	1^ fase	2^ fase	Totale	
Pagamento in contanti				
- maggio 2008: anticipo 1^ Fase	16,0		-	16,0
- entro agosto 2008: saldo 1^ Fase	49,0		-	49,0
- entro agosto: pagamento crediti fin. verso controllata estero	8,2		-	8,2
- entro 30 novembre 2008: saldo 2^ Fase	-	88,4	-	88,4
Totale pagamento in contanti (A)	73,2	88,4	-	161,60
Assunzione di debiti finanziari da parte dell'investitore				
- Accollo debito residuo derivati	-	33,2	-	33,2
-Prestiti erogati da società controllate	-	18,0	-	18,0
- Debito verso terzo finanziatore	-	-	16,6	16,6
Totale assunzione di debiti finanziari (B)	-	51,2	16,6	67,8
Totale (A+B)	73,2	139,6	16,6	229,4
Subentro nei contratti di leasing				8,0
				237,4

L'utilizzo del Cash Flow relativo all'incasso di € 161,6 milioni è in sintesi il seguente:

Cash Flow Restructuring	
Cash in:	
- Cash collection from disposal of Equity investments	161,6
Total cash in:	161,6
Cash out:	
- Payment overdue Trade Payables	46,2
- Payment overdue Public Administration and others	17,2
- Payment Consignment agreement	13,8
- Cash collection of intercompany receivables from other subsidiaries	22,8
- Cash payments of intercompany payables from other subsidiaries	5,8
- Reimbursement Bank Debt	101,4
Total cash out	161,6

	Total
Net Bank Debt 30.04.2008 before restructuring (including Derivatives)	221,0
Reimbursement of bank debt	101,4
Assumption Derivatives	33,2
Net Bank Debt after restructuring	86,4

L'esposizione bancaria residua, nonché quella dell'esposizione finanziaria netta, viene rappresentata come segue:

	Aggre- gate	After restruct.
Net Bank Debt:		
Cash and Bank (receivables)	(3,2)	(3,2)
Bank debt – utilisation of credit lines	148,4	83,4
Bank Loans and Fin. Leasing-Short Term	5,8	1,8
Bank Loans and Fin. Leasing-M/L Term	38,0	4,4
Bank Derivatives	32,0	-
Net Bank Debt:	221,0	86,4
	0	0
Net Financial Position:	0	0
Net Bank Debt	221	86,4
Terzo finanziatore	16,6	-
Overdue trade payables	46,2	-
Other overdue payables	17,2	-
Finance Leasing	8,0	-
Consignment stock agreement	13,8	-
Consignment stock agreement	322,8	86,4

Il piano di risanamento della esposizione debitoria della Holding e della propria partecipata italiana come sopra esposto consentirà:

- Alla offerente di acquisire tutta l'attività estera svolta dalle società controllate della Holding;
- Società industriale italiana (controllata) di concentrare la propria attività sul mercato italiano, con possibilità di esportazioni su mercati della Francia sud orientale e dei paesi balcanici;
- Al ceto creditorio non bancario della Holding e della controllata industriale italiana di normalizzare i rapporti in corso, senza l'imposizione di riduzioni delle loro esposizioni;

Al ceto creditorio bancario – se accetterà la proposta di ristrutturare il debito residuo di € 86.6 milioni (dopo il citato rientro a breve di € 101,4 milioni) a M/L temine, con rimborso previsto in 11 anni, con garanzia su immobili industriali della società controllata italiana, a rate costanti a partire dall'anno 2011, di rientrare nel tempo integralmente del proprio credito.

Per la ristrutturazione da eseguire vengono previsti costi per € 13,0 milioni ed una perdita di gestione del periodo maggio/dicembre 2008 di € 6,8 milioni, nonché, quale attività di copertura ed ulteriore riduzione del citato indebitamento bancario netto al 31 dicembre 2008, vengono previste i seguenti ulteriori interventi:

- Incasso per la dismissione di un immobile industriale per 22 milioni;
- Incasso per la dismissione e cessione di una linea di produzione allocata in tale immobile per € 8,6 milioni;
- Incasso di altra linea di produzione che si renderà cedibile per € 3,8 milioni;
- Pagamento costi di ristrutturazione “una-tantum” per € 13,0 milioni;
- Acquisto di un immobile industriale attualmente in locazione per € 4,8 milioni;

riepilogati nel prospetto seguente:

	Totale
IBN al 30 aprile 2008	221,0
Rimborso banche secondo offerta potenziale acquirente	(101,4)
Assunzione derivati da parte di potenziale acquirente	(33,0)
IBN dopo incasso	86,4
Incasso immobile ⁽¹⁾	(22,0)
Incasso 1 ^a linea produttiva ⁽²⁾	(8,6)
Cessione 2 ^a linea produttiva ⁽³⁾	(3,8)

	Totale
Costi di ristrutturazione una-tantum	13
Acquisto immobile industriale, ora in locazione	4,8
Ulteriore fabbisogno finanziario da maggio a dicembre 2008	6,8
IBN al 31.12.2008	76,6

⁽¹⁾ Come da contratto preliminare di compravendita del giugno 2008

^{(2) (3)} Tali linee di produzione appaiono di interesse di terzi; comunque, ha dichiarato il proprio interesse al rilievo l'acquirente delle partecipazioni estere.

Avuta attuazione il citato piano di ulteriori dismissioni, l'IBN al 31 dicembre 2008 si ridurrebbe a € 76,6 milioni.

Ipotizzata la definizione dell'IBN al 31 dicembre 2008 in € 76,6 milioni per effetto della accettazione dell'offerta dell'acquirente estero e la stipula di apposita convenzione bancaria, il piano di ristrutturazione si concentra e si sviluppa con riferimento alla futura gestione economico-finanziaria del periodo 2009/2017 che prende in considerazione i seguenti nuovi elementi:

- Integrazione della offerta dell'acquirente estero con i seguenti ulteriori intervenuti:

- pagamento di € 4 milioni, per dieci anni, per diritti su brevetti e know-how industriale;

- trasferimento ad una N.C. di tutti i servizi prestati dalla Holding alle proprie controllate estero, con eliminazione dei relativi costi;

- La stipulanda convenzione bancaria prevederà, tra l'altro, la copertura di fabbisogni finanziari del capitale circolante per l'intero periodo previsto dal "piano" come segue:

- linee commerciali di natura revolving per tutta la durata del piano per € 20 milioni;

- linee per lettere di credito ed altri utilizzi "non di cassa" per € 20 milioni;

al tasso di interesse medio ipotizzato per tutto il periodo di durata del piano pari allo Euribor +50 bps.

Il piano di riorganizzazione industriale

Illustrata la peculiarità del prodotto ed il legame con l'andamento di uno specifico settore, viene eseguita una analisi dei mercati di riferimento italiani, europei (Francia sud-est, Germania, Austria e paesi balcanici)

Euro in migliaia	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Investimenti in imm.ni immateriali	(300)	(300)	(300)	(300)	(300)	(300)	(300)	(300)	(300)
Totale investimenti	(1.300)	(1.300)	(1.300)	(1.300)	(1.300)	(1.300)	(1.300)	(1.300)	(1.300)
Flusso di cassa	(8.242)	(1.768)	9.854	8.554	8.876	8.976	9.322	9.688	10.076
Rimborso del debito a m/1 termine	0	0	(9.734)	(9.734)	(9.734)	(9.734)	(9.734)	(9.734)	(9.734)
Utile (rimborso) della linea di working capital*	(8.242)	(1.768)	120	(1.180)	(858)	(758)	(412)	(46)	342

* Nell'ipotesi di mantenere un livello minimo di disponibilità liquide pari a € 1.258 migliaia.

L'andamento del cash flow sopra evidenziato, ha quale necessaria premessa un accordo con le banche creditrici che prevede la riqualificazione a medio lungo termine del debito risultante al termine dell'anno 2008 pari a circa € 78 milioni. Per il calcolo degli interessi è stato previsto un tasso del 6,5% pari al tasso Euribor +150 bps in linea con il costo del denaro nei finanziamenti di primarie imprese industriali/commerciali e sostenibile dalle parti nell'ottica del perfezionamento dell'accordo globale con le banche. I tassi ipotizzati considerano il rilascio di garanzie sugli immobili e sui macchinari. Il suddetto debito sarà corrisposto in rate costanti a partire dal 2011. Le rate, pari a € 9.734 mil/anno, con i primi due anni (2009/2010) di preammortamento coprono gli interessi, mentre dal 2011 fino al 2018 estinguono l'indebitamento bancario iniziale. Come risulta dalla semplificata tabella dei valori patrimoniali che segue.

La realizzazione del piano prevede altresì, ripetesì, un accordo con le banche per la concessione di linee di credito c.d. "working capital" (anticipo fatture, SBF, RIBA ecc.) di € 20 milioni che tuttavia risulta prudenziale dal momento che il fabbisogno massimo negli anni considerati dovrebbe attestarsi intorno a € 13,0 milioni. Anche nei momenti di picco delle richieste di tali linee di credito (nel primo trimestre dell'anno) non supererebbe comunque l'importo preventivato. A latere dei suddetti finanziamenti sono previsti affidamenti per lettere di credito e fidejussioni per ulteriori € 20 milioni. Inoltre, per gli effetti non trascurabili di riduzione costi, la fusione tra la Holding e la società industriale controllata.

Euro in migliaia	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Totale immobilizzazioni	60.774	55.646	51.920	48.592	45.266	42.522	39.776	37.032	34.288
Capitale circolante netto	88.852	99.636	99.036	98.436	97.836	97.236	96.636	96.036	95.496
Fondi per rischi ed oneri	(22.932)	(22.932)	(22.932)	(22.932)	(22.932)	(22.932)	(22.932)	(22.932)	(22.932)
Totale capitale investito	126.694	132.350	128.024	124.096	120.170	116.826	113.480	110.136	106.852
Posizione finanziaria netta	84.864	86.634	76.782	68.228	59.352	50.378	41.056	31.368	21.292
Altri debiti finanziari a m/l termine	832	832	832	832	832	832	832	832	832
Patrimonio netto	40.998	44.886	50.412	55.038	59.986	65.616	71.594	77.938	84.668
Totale	126.694	132.352	128.026	124.098	120.170	116.826	113.482	110.138	106.792
Disponibilità liquide	(1.258)	(1.258)	(1.258)	(1.258)	(1.258)	(1.258)	(1.258)	(1.258)	(1.258)
Finanziamento bancario - Working Capital	8.244	10.012	9.894	11.076	11.936	12.696	13.110	13.156	12.816
Indebitamento bancario a m/l termine	77.880	77.880	68.144	58.410	48.674	38.940	29.204	19.470	9.734
Indebitamento finanziario netto	84.866	86.634	76.780	68.228	59.352	50.378	41.056	31.368	21.292

L'esperto nominato

Un dottore commercialista, iscritto nel registro dei revisori conti, quindi in possesso dei requisiti richiesti dall'art. 28 L.F. (come previsto dall'art. 67, comma 3°, lettera d) L.F.).

Mandato conferito a fine maggio 2008 con richiesta di rilascio dell'attestazione di ragionevolezza entro la fine del successivo mese di giugno, con impegno del mandante a consegnare entro i primi giorni di giugno il piano e relativi allegati, bozze bilanci 2007, accordo di cessione a terzi delle controllate estere, impegno del terzo a corrispondere royalty per dieci anni per l'utilizzo di brevetti e know how, ecc. ecc.

La documentazione esaminata ed i rapporti con il management

Per l'espletamento dell'attività atta ad esprimere il richiesto parere di ragionevolezza sono stati utilizzati i seguenti documenti della Holding e della controllata società industriale italiana:

- Bilanci completi al 31 dicembre 2007 approvati dai rispettivi Consigli di Amministrazione nelle riunioni del maggio 2008;

- Situazioni patrimoniali al 30 aprile 2008 approvate dai rispettivi Consigli di Amministrazione nelle riunioni del giugno 2008;
- Bilancio Consolidato del Gruppo al 31 dicembre 2007;
- Relazione di congruità per la cessione delle partecipazioni estere della Holding;
- Valutazione febbraio 2008 Tecnico-Estimativa del complesso produttivo parte di uno stabilimento in locazione;
- Relazione Tecnica Estimativa dicembre 2006 del complesso immobiliare parte di uno stabilimento produttivo in locazione;
- “Contratto preliminare 14 giugno 2008 di compravendita di fabbricato destinato ad opificio industriale” con relativa delibera del Consiglio di Amministrazione del giugno 2008;
- Piano di ristrutturazione maggio 2008 per il periodo 2008 – 2017;
- Piano 18 giugno 2008 di riorganizzazione industriale e ristrutturazione finanziaria – term sheet di convenzione bancaria predisposto dall’advisor finanziario delle società;
- Term Sheet predisposto dal rappresentante del Gruppo estero maggio 2008 e successive integrazioni;
- Relazione marzo 2008 sulla situazione fiscale delle società;
- Accredito di € 16 milioni, quale acconto prezzo per la cessione di parte delle partecipazioni estere;
- Indagine 23 giugno 2008 del mercato italiano ed europeo sulla produzione e commercializzazione dei prodotti della società.

Tutti i documenti sopra citati sono stati acquisiti dall’esperto tra le proprie “carte di lavoro”.

Nel corso dell’attività, frequenti sono stati i rapporti con il top management delle società ed i rappresentanti dell’advisor finanziario estensore del piano.

Il piano di ristrutturazione finanziaria ed industriale delle società rappresentava la situazione patrimoniale-economico di partenza al 30 aprile 2008 della Holding e della controllata italiana e faceva riferimento al mercato settoriale del periodo ed alle previsioni di ripresa per il futuro ed all’indebolimento finanziario netto alla citata data.

Non essendo stata ufficializzata la situazione economico patrimoniale citata, l’esperto ha richiesto che la stessa fosse approvata dal CdA e dal C.S. in una apposita riunione.

Inoltre, su alcune poste della stessa, sempre l’esperto ha richiesto lo svolgimento contabile delle stesse dall’inizio dell’esercizio al 30 aprile 2008 per i controlli di massima da operare.

Alcune indagini a campione sono state volte in particolare sui crediti

verso la clientela con riferimento al periodo di formazione, agli eventuali contenziosi in atto, ai recuperi giudiziali e non messi in atto; al magazzino, avendo la società cessato alcune produzioni per concessioni di licenze di produzione a terzi per tre anni, senza trasferimento delle giacenze; ai fondi accantonati per verificare la congruità; alle situazioni in essere con l'Amministrazione Finanziaria e agli Enti previdenziali; ai rapporti con il personale in forza ed a quello di recente cessato.

Inoltre, l'esperto, ha chiesto ad un proprio consulente una relazione sulla situazione dei mercati italiani ed esteri, anche con riferimento ai principali concorrenti e sulle previsioni di ripresa e sviluppo nel tempo, onde avere un autonomo giudizio di riferimento sul punto.

Sempre con riferimento al "piano", lo stesso trovava attuazione nella prima fase "il risanamento delle esposizioni debitorie" per effetto di un accordo con una società estera disposta ad acquisire tutte le società estere controllate dalla Holding Italiana.

L'esperto ha proceduto all'attento esame del term-sheet firmato nel maggio 2008 e all'avvenuto pagamento della prima rata (€ 16 milioni) del prezzo di acquisto, nonché alle trattative in atto con il sistema bancario per: l'accettazione delle condizioni poste da tale acquirente circa la moratoria di tre mesi; la rinuncia alla compensazione di pagamenti di terzi per fatture anticipate; la trasformazione del debito a breve residuo a medio/lungo termine; la concessione al venditore alla conclusione dell'accordo di linee di affidamento costanti per la durata del piano ed il rilascio di garanzie commerciali da prestare a terzi fornitori.

Sempre l'acquirente, ma in ciò in accordo con le banche, ha chiesto che la Holding nominasse un esperto per il rilascio dell'attestazione di ragionevolezza del piano ex art. 67, 3° comma, lettera d), L.F.

Così operando, l'esperto ha potuto verificare la concretezza del piano presentato al sistema bancario- ricordandosi che, per gli altri creditori, lo stesso prevede la normalizzazione dei rapporti con il pagamento degli importi arretrati – con l'accettazione di massima, sia pure non ancora formalizzata, provata dalla moratoria di fatto già in essere.

Pertanto, come dai dati del piano, il futuro pagamento del prezzo di acquisto (in gran parte a pronti ed in parte in subentri in posizioni debitorie delle società, Holding e controllata italiana), e la destinazione mirata dello stesso, ha consentito all'esperto di poter ritenerne fattibili le previsioni circa la riduzione del debito verso le Banche da € 221,0 milioni a € 86,4 milioni e contemporaneamente la previsione che alle società sia assicurata la finanza ritenuta necessaria per la gestione economica finanziaria nel periodo 2009/2017.

Per quanto occorra, si evidenzia che la citata gestione sarà relativa alla produzione accentrata in tre stabilimenti ed alla commercializzazione della stessa, di un ridimensionamento di tutti i costi, in particolare di quelli di trasporto, e di una severa ristrutturazione.

Il riequilibrio della situazione finanziaria, conseguente alla ristrutturazione economico-gestionale

Tale seconda fase si avvale anche delle seguenti favorevoli circostanze:

- L'acquirente ha migliorato la propria offerta come segue, anche per effetto delle richieste delle banche:
 - pagamento di € 4 milioni per 10 anni per effetto dell'utilizzo di brevetti e know-how industriale della Holding e della controllata italiana;
 - liberazione immediata della Holding circa l'assistenza alle controllate estere;
 - intervento perché entro il 31 gennaio 2009 le controllate estere procedano al rimborso della Holding del saldo delle operazioni finanziarie-commerciali per € 24,4 milioni.
- La cessione di un immobile industriale e della linea completa di produzione;
- La cessione di un'altra linea completa di produzione.

Mentre, dal lato impegni, le società dovranno affrontare i seguenti costi:

- ristrutturazione, previsti in € 13,0 milioni una tantum;
- acquisto immobile industriale attualmente in locazione, per € 4,8 milioni;
- ulteriore copertura oneri gestione maggio-dicembre 2008, per € 6,8 milioni.

Tali eventi, ad eccezione dell'impegno dell'acquirente del versamento di € 4 milioni annui, si riepilogano nel prospetto a pagina seguente.

Si evidenzia come l'indebitamento bancario netto si riduce ulteriormente a € 76,6 milioni, per effetto delle citate operazioni.

Gli interventi di ristrutturazione della situazione economico finanziaria sono stati operati secondo le seguenti linee:

- Considerato la cessione delle controllate estere, la cessione di due unità operative e delle relative linee di produzione, si è controllata la capacità di produzione degli stabilimenti residui e la possibilità di assorbimento del mercato della stessa, considerato la notevole riduzione del perimetro commerciale (Italia, Francia e paesi balcanici) e delle potenzialità degli altri competitors; non sono stati considerati eventuali sviluppi futuri di altri settori di utilizzo dei propri prodotti;

- Contenimento dei costi fissi di struttura;
- Riduzione del numero di dipendenti;
- Contenimento degli investimenti previsti in € 1,4 milioni annui;
- Accordo con le banche per il rientro del debito a medio/lungo termine in rate costanti di € 9,8 milioni annui, con garanzia ipotecaria su immobili industriali e macchinari ed il pagamento di interessi al 6,5% annuo (Euribor + 150 bps).

	Totale
IBN al 30 aprile 2008	221,0
Rimborso banche secondo offerta potenziale acquirente	(101,4)
Assunzione derivati da parte di potenziale acquirente	(33,2)
IBN dopo incasso	86,4
Incasso immobile ⁽¹⁾	(22,0)
Incasso 1ª linea produttiva ⁽²⁾	(8,6)
Cessione 2ª linea produttiva ⁽³⁾	(3,8)
Costi di ristrutturazione una-tantum	13,0
Acquisto immobile industriale, ora in locazione	4,8
Ulteriore fabbisogno finanziario da maggio a dicembre 2008	6,8
IBN al 31.12.2008	76,6

(1) Come da contratto preliminare di compravendita.

(2) (3) Tali linee di produzione appaiono di interesse di terzi; comunque, l'acquirente le partecipazioni estere ha dichiarato il proprio interesse al rilievo.

Conseguentemente, il piano prevede il recupero del margine di contribuzione a partire dall'esercizio 2010 per effetto della migliore efficienza nella produzione dovuta alla focalizzazione del nuovo assetto aziendale, nonché al risparmio nei costi di trasporto per l'attuazione di un nuovo sistema di controllo e riattribuzione al cliente finale e, ciò pur prevedendo di mantenere i volumi di vendita a prezzi costanti e, quindi, gli stessi margini fino al 2017, momento in cui il piano stesso prevede la estinzione del debito bancario a medio/lungo termine.

L'andamento dei volumi di vendita, dei ricavi netti, dei margini di contribuzione fino ai ricavi al netto delle imposte è quello già riportato in precedenza nei prospetti economici, patrimoniali e cash flow nel periodo 2009/2017.

L'esperto ha eseguito anche i seguenti controlli: dell'EBITDA della società verificando che la redditività delle previsioni del piano industriale fosse allineata alla media del settore; del prezzo medio applicato sul

prodotto di maggiore importanza con quello medio di mercato riscontrandone la concorrenzialità; e, tenuto conto delle informazioni generali economiche ufficiali e non, disponibili e dell'equilibrio dei risultati economici del piano anche con riferimento all'andamento generale registrato nei precedenti esercizi, nonché dei dati della indagine settoriale nazionale ed europea eseguita da esperto su proprio mandato.

Al termine della propria attività, l'esperto ha rilasciato la seguente attestazione di ragionevolezza del piano di ristrutturazione sottopostogli dalla società mandante: “nel suo complesso il piano di riorganizzazione industriale e ristrutturazione finanziaria predisposto dal management della società con la collaborazione dell'advisor ed altri consulenti, risulta ragionevolmente idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria della società ed il riequilibrio della sua situazione finanziaria”.

7. IL RUOLO DEI CREDITORI: GARANZIE E ATTIVITÀ DI CONTROLLO PERIODICO RICHIESTE^(*) (1)

La Riforma ha integrato l'interesse alla protezione dei diritti dei Creditori – perseguito in via prioritaria dalla previgente disciplina concorsuale – con l'interesse alla conservazione dell'impresa.

I due interessi, se posti in relazione alla uguaglianza dei diritti dei Creditori sancita dall'art. 2741 c.c. (*par condicio creditorum*), appaiono fra loro concorrenti, seppure in diversa misura:

- la convergenza è piena in **assenza di insolvenza**; almeno nei limiti dei debiti da soddisfare, i Creditori hanno interesse che sia conservata l'integrità di tutti i beni, presenti e futuri, organizzati ad impresa in funzionamento, con i quali il debitore è tenuto rispondere (art. 2740 c.c.) delle proprie obbligazioni;

- in **caso di incapienza del patrimonio** sorge un inevitabile conflitto tra i Creditori, mosso dall'interesse egoistico di ciascuno all'integrale soddisfazione della propria pretesa, che mantiene pur sempre una comune convergenza di interessi alla conservazione del patrimonio del debitore, seppure limitata al suo miglior realizzo e ad impedirne il depauperamento.

Il Legislatore ha ridotto la portata di questo secondo conflitto riconoscendo ai Creditori cause legittime di **prelazione** – con gli istituti dei *privilegi*, dei *pegni* e delle *ipoteche* – e di graduazione dei crediti (art. 2741 c.c.) e disponendo anche rimedi volti sia alla conservazione del patrimonio del debitore che al ripristino della sua integrità. Fra questi assume ruolo centrale l'azione revocatoria degli atti di disposizione pregiudizievoli, regolata dall'art. 2901 c.c., dall'art. 66 e dal novellato art 67 delle legge fallimentare.

(*) A cura di Marziano Lavizzari.

(1) La trattazione si intende prevalentemente riferita all'impresa gestita in forma di società di capitali.

In proposito è stato osservato che la soluzione privatistica della crisi d'impresa in precedenza ricercata con gli accordi stragiudiziali, ha trovato il superamento di quanto si poneva come serio ostacolo alla loro concreta attuazione nella oggettiva esenzione dalla revocatoria – prevista dalla lett. d) del 3° comma, dell'art. 67 – degli atti posti in esecuzione di un piano di risanamento e di riequilibrio purché attestato con il giudizio di idoneità, ragionevolezza e fattibilità dell'esperto.

La mancata previsione normativa di ulteriori condizioni rispetto a quelle prima d'ora commentate, costituisce la più evidente conferma della volontà propria del Legislatore di lasciare ampi spazi alle pattuizioni privatistiche per rendere compatibili e componibili gli interessi tra i Creditori ed il debitore alla conservazione dei valori produttivi dell'impresa in funzione del ripristino della sua efficienza sul mercato.

Nella piena consapevolezza che gli effetti protettivi della sola garanzia di esenzione dalla revocatoria esplicheranno efficacia solo in caso di insuccesso e che nell'infausta ipotesi di conseguente procedura fallimentare sarà il Giudice a valutare non solo la sussistenza *ex-ante* dei requisiti del piano e la sua astratta idoneità a consentire il risanamento dell'impresa, ma anche i contenuti delle pattuizioni intervenute per l'accertamento dell'esperibilità di eventuali azioni revocatorie, dell'eventuale pregiudizio alle ragioni dei creditori e dei rimedi risarcitori esperibili nell'interesse di quelli danneggiati (dissenzienti).

Il riferimento ai contenuti del quarto comma dell'art. 2501 *bis* c.c. induce alla considerazione di aspetti di indubbia utilità per la costruzione di un modello comportamentale a tutela dei Creditori mutuando le linee essenziali delineate dal Legislatore nel procedimento di fusione.

Dal confronto dei due istituti emerge l'assenza nell'art. 67 L.F. di specifici mezzi di reclamo esperibili da parte dei Creditori in via autonoma, quale è l'opposizione alla fusione prevista dall'art. 2503 c.c., o di controllo dell'eventuale violazione dei vincoli gestionali previsti nel piano di risanamento nell'interesse della collettività dei Creditori.

Se viene esclusa la possibilità residuale della richiesta di fallimento da parte del Creditore che reputi il piano assolutamente inidoneo al recupero della redditività sembrano comunque percorribili gli ordinari mezzi di tutela in materia contrattuale quali: l'azione di simulazione e nullità, laddove fosse dimostrabile il tentativo di salvataggio solo di alcuni investimenti, ovvero l'assenza di effettive prospettive di positivo risanamento, ovvero in presenza di fattispecie di false comunicazioni sociali (con conseguenti azioni penali); in ultimo, l'azione di annullamento qualora l'assenso fosse stato carpito con l'inganno.

Autorevole dottrina⁽²⁾ ritiene possibile anche l'esperimento di azioni revocatorie ordinarie da parte dei creditori dissenzienti (e del curatore) in quanto l'esenzione riguarderebbe solo le revocatorie fallimentari. Con la considerazione più preoccupante di chi⁽³⁾ la considera esperibile in relazione ai singoli atti ancorché in esecuzione di un piano ritenuto idoneo.

Esperiti tutti i possibili tentativi di gestire internamente la crisi il *management* – ed i soci – ricorreranno alla consulenza che professionisti esperti forniranno per indirizzare verso la scelta più razionale. Pur non potendosi affermare una separazione netta delle funzioni in un quadro che diventi sempre più complesso, con creditori bancari particolarmente numerosi e differenziati, al ruolo principalmente svolto da commercialisti e legali si affiancherà per gli interventi di natura finanziaria quello dell'*advisor* (singolo professionista, banca d'affari o Società finanziaria specializzata).

La comunicazione dello stato di crisi ai creditori è il momento forse più delicato in quanto comporta l'ufficializzazione di una situazione non conosciuta e spesso comporta il blocco delle linee di credito e l'approvvigionamento "per cassa" dei beni e dei servizi strategici per la continuità d'impresa, con l'effetto di un repentino prosciugamento delle risorse finanziarie, ma anche l'allontanamento della Clientela spontaneo od artatamente accaparrato dalla concorrenza.

Per contenere gli effetti che potrebbero essere devastanti è molto importante il ruolo e l'affidabilità del professionista e/o dell'*advisor* che rappresenterà al sistema le cause principali della crisi, la situazione generale dello stato dell'indebitamento e la strategia di indirizzo; evidenziando per ciascuna delle linee guida i tempi di attuazione e quelli stimati per l'uscita.

L'ampia autonomia privata sembra tuttavia porre in serio pericolo il rispetto dell'uguaglianza dei diritti dei Creditori sancita dall'art. 2741 c.c. essendo la tutela non affidata ad un adeguato controllo da parte dell'autorità giudiziaria ma alla condivisione dei contenuti del piano di risanamento e, soprattutto, al rispetto delle convenzioni che costituiscono lo strumento principe attraverso il quale saranno regolati i rapporti tra la Società in crisi ed i singoli creditori.

La convenzione assumerà la forma di un contratto i cui effetti saranno

⁽²⁾ *Manuale di Diritto Fallimentare* – Pajardi - Paluchowski, pag. 954.

⁽³⁾ *I nuovi strumenti ...* Ferro, pag. 600.

sospesi e condizionati all'accettazione del piano da parte dei Creditori, tutti o della maggioranza.

Sarà discussa compiutamente solo quando sarà stata consapevolmente raggiunta la certezza dell'adesione della maggioranza dei Creditori.

All'atto pratico la convenzione sarà costituita da un corpo contrattuale centrale, contenente le premesse di carattere generale ed il piano industriale e finanziario, al quale verranno aggiunte, anche sotto forma di specifici allegati, gli accordi di attuazione negoziati con ciascuno Creditore.

I contenuti degli accordi di attuazione potrebbero sottendere possibili manovre opportunistiche dei c.d. creditori forti in danno dei creditori deboli la cui eventualità sarà accuratamente esclusa dall'attenzione dei professionisti che, in caso contrario, sarebbero coinvolti in pesanti azioni di responsabilità a titolo personale⁽⁴⁾.

Al sistema bancario, verranno rivolte richieste non solo di consolidamento e di eventuale rinuncia a parte dei crediti – come potrebbe esserlo per gli altri creditori – ma anche di concessione di nuovi finanziamenti ed, ancora, di una “ricapitalizzazione” della Società, intesa come trasformazione del credito in capitale. Richiesta che può naturalmente interessare anche i principali creditori fornitori, magari con proposte più o meno coinvolgenti di *joint-venture* e per un definito periodo.

Nella ipotesi non rara di richiesta di erogazione di nuova finanza, ritornando al sistema bancario, sarà attentamente osservato il principio che definisce i contorni dell'erogazione abusiva del credito. Tale fattispecie sussisterebbe solo quando l'impresa si trovasse in condizioni tali da non poter più adempiere alle proprie obbligazioni, ossia si trovasse nel più grave stato di dissesto “irreversibile”⁽⁵⁾; mentre non vi sarebbe concessione abusiva quando si effettui nei confronti di una impresa che non sia ancora insolvente ma lo sia solo potenzialmente⁽⁶⁾.

L'impresa così finanziata dovrà necessariamente essere in grado di supportare l'onere connesso per definizione ad ogni finanziamento e di

⁽⁴⁾ Tipiche sono le ipotesi già accennate della banca che, informata della situazione di crisi, chiedi garanzie a propria tutela ovvero del fornitore strategico che pretenda il pagamento dell'arretrato o quello anticipato delle forniture correnti.

⁽⁵⁾ Ipotesi che, di per sé, dovrebbe fare escludere la scelta del ricorso alla procedura dell'art. 67 L.F.

⁽⁶⁾ Il tema della responsabilità della banca per concessione abusiva del credito, è oggetto di numerosi studi e scritti noti agli operatori giuridici a seguito della pubblicazione della sentenza della Corte di Cassazione del 28 marzo 2006, n. 7030.

restituire nei tempi il capitale ricevuto, anche preordinando dismissioni di *assets* non strategici al risanamento in tempi tali da averne la disponibilità alla scadenza.

L'impiego della somma ricevuta deve consentire all'imprenditore di ripristinare nel tempo previsto il risanamento dell'esposizione debitoria ed il riequilibrio della situazione finanziaria rispetto al patrimonio; le garanzie offerte dovranno essere conferenti e non riduttive dei diritti dei creditori.

Non sfugge all'evidenza, poi, l'altrettanto delicato tema della sorveglianza (controllo) della gestione dell'azienda in crisi e dell'eventuale potere di ingerenza da parte dei Creditori quando, al consolidamento degli effetti protettivi con la prodromica attestazione del professionista, si proceda con l'attuazione del piano.

La collaborazione necessaria dei soggetti interessati allo sviluppo ed al raggiungimento degli scopi ed il loro diritto al controllo non può ritenersi normalmente configurabile con la previsione di una loro rappresentanza ai vertici o con l'attribuzione, *tout court*, di ruoli operativi che comportino l'assunzione di quelle responsabilità che competono tipicamente all'organo amministrativo od a chi esercita attività di direzione e coordinamento. Verranno adottate e definite convenzioni, quali l'istituzione di Comitati, od altri opportuni modelli cui affidare ruoli che si possano idealmente ricondurre poteri di gestione contenuti entro le linee guida di una "versione privatistica" dell'amministrazione controllata.

Il difficile compito del Consulente del debitore (o dell'*advisor*) sarà allora non solo quello di far comprendere l'idoneità del piano al risanamento ed al riequilibrio finanziario ma anche – e direi soprattutto – come possano nel tempo essere attendibilmente trasferiti a vantaggio di tutti i risultati previsti, con il ripristino della continuità aziendale attraverso l'attuazione del piano attestato, con la riduzione graduale dell'indebitamento pregresso in tempi dettati dai flussi generati dalla gestione ordinaria.

Ancor più delicato sarà – in particolare nella fase di reperimento di nuove fonti di finanziamento – convincere il sistema bancario che la disponibilità ricevuta sarà immessa all'interno del ciclo economico che fondatamente consente, senza intaccare le capacità produttive dell'azienda, di produrre una liquidità adeguata alla restituzione dell'investimento ricevuto. E della convenienza ad erogare nuova finanza per recuperare l'esposizione pregressa anche in assenza (od in presenza di ridotte) garanzie, stanti le forti ragioni contenute nel piano che attesta la limitazione dei rischi e la inequivocabile causalità di una loro imprescindibile erogazione nel contesto dell'attuazione del piano.

All'esito delle considerazioni (non sistematiche e neppure esaustive) sin qui percorse, sembra potersi concludere che – seppure con aspetti in comune – non esiste una univoca norma comportamentale ma una serie di possibili soluzioni, ciascuna caratterizzata da una certa specificità.

Ricercarne una tipizzazione non è quindi agevole ma può essere tentata una elencazione, attingendo dalla prassi più consolidata, per favorire la scelta di una determinata soluzione ed evidenziandone la possibile criticità.

La classificazione degli strumenti di generica protezione che i Creditori, ampiamente informati del tenore della crisi, possono preordinare a propria garanzia nel corso della complessa attività preparatoria prende fondamento dal **Piano**, prosegue con la definizione delle più generali **Convenzioni**, si affina con le **Convenzioni particolari** e l'individuazione delle **Garanzie** correlate e chiude con la regolamentazione del **Controllo**.

Il Piano:

(a) potrà constare di un unico accordo plurilaterale o di più accordi bilaterali;

(b) dovrà essere redatto in forma scritta;

(c) dovrà essere condiviso ed approvato da tutti i creditori aderenti vincolandoli, in particolare, alla sospensione nel divenire della sua attuazione delle azioni esecutive individuali che il Legislatore non ha inteso accordare;

(d) dovrà essere opportunamente sottoposto all'approvazione dell'Assemblea dei Soci del debitore; sia al fine di consentire ai soci dissenzianti l'esercizio della tutela mediante l'impugnativa sia per rafforzare deleghe, vincoli e responsabilità degli Amministratori e del management ad una rigorosa applicazione del Piano;

(e) dovrà essere data opportuna comunicazione ai principali creditori (vecchi e nuovi) delle linee guida del Piano, così ingenerando l'effetto protettivo dalla revocatoria degli atti preordinati al risanamento che vi sono contenuti⁽⁷⁾⁽⁸⁾. Notizie su dati più puntuali, laddove richiesti od

⁽⁷⁾ In proposito v. G.B. Nardecchia *“Crisi d'Impresa”*, 2007, pag. 131 “... la trasparenza del piano appare quindi opportuna ... per garantire il buon esito del progetto ... ottenere la necessaria collaborazione dei principali fornitori ... perchè rappresenta garanzia contro possibili finalità illecite del piano stesso.” ...

⁽⁸⁾ Non è prevista dal legislatore alcuna forma pubblicitaria, per evitare conflitti

imposti dalla natura dell'accordo, comportano in genere la sottoscrizione anche di specifici obblighi di riservatezza;

(f) dovrà avere data certa antecedente all'attuazione; quali l'attestazione notarile dell'esperto ed il successivo deposito presso la sede dell'impresa;

(g) il piano deve rappresentare compiutamente i profili finanziari: indicando le fonti di finanziamento ed i flussi di cassa.

Le **Convenzioni** con il sistema dei Creditori in generale sono così articolate:

(a) moratoria o postergazione dei crediti in essere sino ad una certa data ritenuta imprescindibile per il ripristino del ciclo positivo;

(b) impegno a non iniziare o proseguire azioni esecutive od a formalizzare istanze di fallimento;

(c) mantenimento delle condizioni contrattuali delle forniture o loro adeguamento al flusso finanziario generato dal divenire della gestione virtuosa;

(d) identificazione dei soggetti responsabili dell'attuazione del Piano ed eventuale sostituzione dei soggetti ritenuti non più meritevoli di gestire la crisi;

(e) individuazione delle aree di crisi nel divenire del piano con l'individuazione di opportuni meccanismi di superamento, compresa la risoluzione delle convenzioni⁽⁹⁾;

(f) identificazione delle regole che consentano ai Creditori consenzienti l'assunzione di informative e sovrintendere all'attuazione del Piano e della convenzione;

(g) individuazione delle metodologie e dei criteri con i quali i creditori non aderenti possano esercitare quei diritti di critica alle decisioni dei creditori aderenti (in genere quelli "forti") a propria salvaguardia.

con esigenze di riservatezza dei dati aziendali riportati e non solo; la prassi vede il soddisfacimento della trasparenza mediante ricorso alla semplice circolarizzazione o, in casi limite, anche con richiesta di iscrizione presso il Registro imprese della delibera dell'Assemblea di cui al punto (d).

⁽⁹⁾ Istituzione di indici di disequilibrio finanziario quali:

(a) Eccesso di indebitamento finanziario rispetto ai mezzi propri (D/E) e/o alla redditività aziendale (D/EBITDA);

(b) Eccesso di indebitamento finanziario a breve rispetto all'attivo circolante (D/Attivo circolante - D/CCN)

(c) Eccesso di fabbisogno rispetto all'autofinanziamento (Debito ML/Free Cash flow to Debt/Equity).

Le **Convenzioni** con il sistema Bancario (le Società di *leasing*, di *factoring*, etc.):

- (a) Mantenimento delle linee di credito;
- (b) Sospensione degli effetti risolutivi dei contratti di *leasing*;
- (c) Apertura od ampliamento delle linee di credito autoliquidanti;
- (d) Consolidamento, moratoria (pattuizioni più frequenti);
- (e) Rinunce a quote di credito;
- (f) Nuova finanza;
- (g) La conversione del debito in Capitale Sociale.

Le **Garanzie**:

- (a) Fidejussioni rilasciate dai Soci per la nuova finanza;
- (b) Iscrizioni di ipoteca volontarie su beni dei Soci;
- (c) Costituzione in pegno sulle quote del Capitale Sociale.

Il **Controllo** dell'attuazione del piano:

- (a) Revisione contabile volontaria e certificazione dei dati dei Bilanci degli esercizi successivi;
- (b) Nomina del Collegio Sindacale di fiducia dei maggiori Creditori;
- (c) Istituzione di un Comitato consultivo costituito dai rappresentanti delegati dai Creditori, quali: legali, commercialisti, qualificati rappresentanti di categoria (i cui oneri potrebbero essere posti a carico del debitore);
- (d) Obbligo degli amministratori e/o dell'*advisor* di fornire ai rappresentanti dei creditori informative periodiche tempestive e puntuali sull'andamento economico e quello finanziario evidenziando le eventuale discrasie rispetto alle previsioni del piano;
- (e) Definizione dei criteri comportamentali e operativi e delle procedure per gli aspetti più sensibili: quali quelle per il realizzo degli *assets* che il piano prevede siano posti in vendita: stime peritali preventive; forme di pubblicità; documenti informativi; modalità di vendita; offerte di acquisto da vagliare collegialmente, identità del compratore, prezzo e garanzie di pagamento.

E' opportuno, infine, ricordare quanto già detto circa il possibile esperimento di azioni revocatorie ordinarie da parte dei Creditori dissenzienti che, agli effetti protettivi dalla revocatoria sugli atti, i pagamenti e le garanzie concesse sui beni del debitore, in caso di sopravvenuto fallimento, non sono esclusi dall'articolo in esame – e neppure da altre norme della legge fallimentare riformata – i rimborsi dei finanziamenti che i Soci avessero effettuato (ex-artt. 2467 e 2497 –

quinquies c.c.) o fossero stati chiamati ad effettuare in parallelo da parte del sistema bancario, a titolo di garanzia o di apporto concorrente con la concessione di nuova finanza⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁾ Qualora il tempo trascorso rispetto alla data di fallimento fosse superiore all'anno rimane potrebbe essere avviata la revocatoria ordinaria.

8. PRINCIPI INTERNAZIONALI DI AUDITING E DOCUMENTO ISAE 3400^(*)

Nel contesto italiano sono rinvenibili solo i principi di revisione contabile o *Auditing* mentre non sono stati emanati i principi che nel contesto internazionale e americano regolamentano le altre situazioni in cui è possibile per un revisore assumere un incarico di *Assurance* (intendendo questo termine nel senso indicato nel contesto internazionale e non nel contesto US). Ne segue che risulta indispensabile integrare lo studio delle fonti interne di regolamentazione affiancandolo con l'esame di documenti di differente provenienza⁽¹⁾.

Le Commissioni di studio del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili avvicendatesi dalla data di entrata in vigore della nuova legge fallimentare si sono già espresse in materia con due documenti⁽²⁾: 1) nel 2006 con il “Protocollo piani di risanamento e

^(*) A cura di Patrizia Riva.

Si rinvia per approfondimenti alla monografia di P. Riva, “*L’attestazione dei piani delle aziende in crisi. Principi e documenti di riferimento a confronto. Analisi empirica*”. Prefazione di G. Fratini. Introduzione di L. Martino, Giuffrè ed., 2009.

⁽¹⁾ Si veda P. Riva, “*L’individuazione dei principi applicabili al controllo sui piani e le criticità nel contesto di crisi*” e “*Il quadro logico di riferimento*”, in *op. cit.*, Giuffrè ed., 2009, pagg. 25 e ss.

⁽²⁾ Conviene ricordare che l’Ordine dei Dottori Commercialisti e il Collegio dei Ragionieri si sono fusi e che l’operazione ha espletato i propri effetti a partire dal 1 gennaio 2008 dando origine all’Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili. La fusione tra le due categorie professionali ha comportato la razionalizzazione delle strutture di *governance* e il rinnovamento delle commissioni istituzionali e di studio. Queste precisazioni rilevano ai nostri fini in quanto necessarie per meglio identificare le fonti e per una migliore rintracciabilità delle fonti. Il documento del 2006 è stato redatto da una Commissione studi del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti (CNDC) ed è disponibile nel sito www.cndc.it. Il documento del 2009 è stato redatto dalla Commissione studi Crisi e risanamento di impresa del nuovo Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDCEC). Questo secondo documento, ratificato dal CNDCEC, è disponibile sul sito www.cndcec.it.

ristrutturazione. Relazioni del professionista: profili organizzativi e principi di comportamento nell'ambito delle procedure di Concordato Preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piano di risanamento attestato" redatto dal Gruppo di lavoro decreti competitività della Commissione procedure concorsuali del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e da quest'ultimo approvato e pubblicato il 3 luglio 2006 (d'ora in poi "Protocollo")³⁾; e 2) nel febbraio 2009 la rinnovata Commissione studi Crisi e risanamento di impresa del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili ha emanato il documento "Osservazioni sul contenuto delle relazioni del professionista nella composizione negoziale della crisi di impresa" redatto (d'ora in poi "Osservazioni").

Il "Protocollo" recita al punto B.4), con riferimento al Concordato Preventivo, che "dalle prime esperienze professionali, quali emerse soprattutto dalla giurisprudenza (Tribunali e Corti d'appello) e con riguardo alla fase dell'ammissibilità ovvero a quella dei controlli successivi rimessi al Commissario Giudiziario ed al Tribunale, non si ricavano indicazioni univoche. Prevale allo stato, il ricorso a criteri plurimi ed anche molto diversi, tra cui sia i principi del controllo contabile come quelli della valutazione aziendale. Tuttavia essi non sono sempre utilizzati, soprattutto ove la tipologia assunta in concreto dal piano valorizzi profili prognostici del tutto inediti, per la combinazione di fattori di allocazione degli attivi e di operazioni straordinarie, sottoposti al vaglio della maggioranza dei creditori e dunque di incerta accettazione, pur se maggioritaria. Sembra in vero prevalere, nell'assenza di un protocollo contabile, una tendenza all'utilizzo di criteri persuasivi fondati sulla generale possibilità di accettazione del progetto, inquadrato come l'obiettivo delle proposte concordatarie e dunque con una valorizzazione della ricostruzione contabile in relazione strettamente strumentale. D'altra parte l'osservazione giudiziale distingue i due elementi della relazione

³⁾ Conviene evidenziare che al "Protocollo" non è stato riconosciuto "lo scopo di fornire soluzioni definitive alle tante difficoltà applicative di una legislazione ancora da verificare nella prassi", ma quello "di sollevare le prime questioni e di tentare di dare le prime risposte ai dubbi che inevitabilmente l'operatore si trova ad affrontare", così Serao F. e Schiavon G., "Prima premessa" al "Protocollo" 2006. E' stato precisato dal Coordinatore del Gruppo che si tratta di "elaborati del gruppo di lavoro frutto dello studio e del confronto tra magistrati e dottori commercialisti" che "costituiscono possibili principi di comportamento, pur se ancora non codificabili all'interno di un contesto normativo e giudiziario stabile", così Ferro M., "Seconda premessa" al "Protocollo", 2006.

assicurando un grado di autonomia alla veridicità dei dati aziendali in funzione prettamente informativa”.

Il Gruppo di lavoro lamenta l’“assenza di un protocollo contabile” e rileva induttivamente, a partire dall’osservazione della casistiche giurisprudenziali⁽⁴⁾ riscontrate nel periodo intercorrente tra il 17 marzo 2005 e la redazione del documento (circa un anno di osservazioni) che, pur non identificandosi comportamenti univoci, sono state prese a riferimento nella pratica alcune soluzioni alternative: si sono applicati i principi di revisione (il riferimento è letteralmente ai principi del controllo contabile ex art. 2409 ter c.c.)⁽⁵⁾; si sono applicati i criteri utilizzati per la valutazione del capitale economico (il riferimento è letteralmente ai principi di valutazione aziendale); si sono alternativamente applicati, per altro nella maggior parte dei casi, “altri criteri” il cui contenuto non è esplicitato, ma che sono qualificati come “persuasivi”, “fondati sulla generale possibilità di accettazione del progetto”, “con valorizzazione della ricostruzione contabile in relazione strettamente strumentale”.

Il Gruppo di lavoro conclude che né i principi di revisione, né i criteri utilizzati per la valutazione del capitale economico appaiono di per sé idonei in termini assoluti ai necessari accertamenti e verifiche. L’affermazione muove dalla considerazione: dell’ampiezza che caratterizza entrambe le forme di controllo – principi di revisione e criteri utilizzati per la valutazione del capitale economico - incompatibile con i tempi a disposizione del professionista per la predisposizione della relazione⁽⁶⁾; della conoscenza o conoscibilità limitata dell’azienda da parte del professionista; del perimetro di azione del professionista limitato ai dati del piano e della documentazione di cui all’art. 161 L.F. Nonostante rilevi queste criticità, il Gruppo di lavoro si spinge ai punti B.5) e B.7) del

⁽⁴⁾ Si è già ricordato che il gruppo di lavoro era misto e ne facevano parte magistrati impegnati quotidianamente nell’osservazione della realtà indagata o meglio quali attori operanti nella medesima realtà in quanto Giudici Delegati in differenti circoscrizioni sul territorio nazionale.

⁽⁵⁾ Il richiamo all’art. 2409 ter c.c. è stato utilizzato in questa sede, e, come già supra commentato nell’ambito della recente ricerca dell’“Osservatorio sulla crisi di impresa” coordinato sempre da Ferro M. insieme in quel caso a Ruggiero A. e Di Carlo A..

⁽⁶⁾ L’importanza riconosciuta al problema del tempo a disposizione dell’attestatore richiama le considerazioni svolte in proposito *de iure condendo* da parte dottrina giuridica. Ci si riferisce in particolare a: Belcredi M., *op. cit.*, Assonime, Note e studi n. 74; Stanghellini L., *op. cit.*, 2007, pag. 367.

“protocollo” sino a fornire una elencazione delle attività - qualificate come “controlli e verifiche” - che devono essere svolte per giungere al giudizio di veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano. La natura dei controlli suggeriti è oggetto di approfondimenti *infra*.

Il documento “Osservazioni” nel 2009 conferma le valutazioni espresse dal Gruppo di lavoro del 2006 constatando che “nessuna disposizione della novella e tanto meno del successivo decreto correttivo specifica anche solo in modo sintetico quali siano le condizioni ovvero i contenuti minimali che devono caratterizzare le relazioni di accompagnamento agli strumenti di composizione della crisi, né del pari sono noti i principi che devono guidare il professionista nella predisposizione delle suddette attestazioni”. Fatta questa premessa, il medesimo specifica che “l’osservazione delle prassi affermatesi e le prime pronunce giurisprudenziali consentono di tracciare un primo quadro riassuntivo in merito ai contenuti che caratterizzano le diverse attestazioni a cui è chiamato il professionista”⁽⁷⁾ e dedica il documento alla descrizione del citato quadro. In particolare la Commissione si sofferma a soppesare il significato che deve essere attribuito al termine “attestazione”. Come noto, nel linguaggio comune il concetto espresso dal termine “attestare”, ricomprende proprio quello di “rendere testimonianza, affermare, certificare”, ed in tal senso deve nondimeno intendersi l’utilizzo che ne fa il legislatore della legge fallimentare. Da questa considerazione è fatto discendere logicamente che “l’attività di controllo che si esplica nello svolgimento dell’incarico consiste nel certificare/asseverare con la massima trasparenza possibile la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano”. Alla luce di ciò la Commissione conclude che “è ragionevole ipotizzare che attestare consista: i) quanto al giudizio di veridicità dei dati aziendali, nella formulazione di una dichiarazione che si traduca di fatto in un’assunzione di responsabilità in ordine ad una certa attività di controllo svolta sugli stessi dati aziendali, e, ii) quanto al pronostico di fattibilità del piano, nel verificare e quindi nel *certificare* che il medesimo possa essere realizzato in un’ottica di verosimile fattibilità e quindi in un’ottica di una verosimile riuscita”⁽⁸⁾. Questo passaggio del documento fa espresso riferimento al Concordato Preventivo, ma la validità del medesimo è

⁽⁷⁾ Commissione Crisi e risanamento CNDCEC, documento “Osservazioni”, *op. cit.*, 2009, pag. 2.

⁽⁸⁾ Commissione Crisi e risanamento CNDCEC, documento “Osservazioni”, *op. cit.*, 2009, pag. 5.

esplicitamente richiamata anche nel contesto dei piani attestati e degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

In sintesi, sia il “Protocollo” del 2006, sia le “Osservazioni” del 2009: i) rilevano la necessità di redigere un documento che abbia ruolo di garanzia per i terzi e arrivano a richiedere che il perito “certifichi”⁽⁹⁾ la veridicità⁽¹⁰⁾ dei dati e la fattibilità del piano; ii) richiamano le tecniche di revisione e della valutazione del capitale economico, ma non rinviano *tout court*, alle medesime giustificando la scelta sulla base di considerazioni operative, prima fra tutte l’insufficienza del tempo a disposizione dell’attestatore; iii) lamentano l’assenza di riferimenti e principi condivisi a livello nazionale; iv) omettono l’analisi del contesto internazionale. Si rinvia al capitolo successivo per specifici approfondimenti sui singoli contenuti dei due documenti citati.

Pur condividendo l’osservazione espressa dai documenti del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili sopra esaminata in base alla quale l’attestatore è chiamato ad affrontare criticità di notevole portata e non trova nel contesto nazionale principi e norme di comportamento che possano fornirgli un valido supporto, si osserva che

⁽⁹⁾ La possibilità di “certificare” i dati di bilancio consuntivi è stata oggetto di attenzione da parte degli studiosi di *auditing*, dei *practitioners* e da parte del legislatore. Vale la pena, infatti, di ricordare che il Testo Unico della Finanza ha modificato la disciplina della revisione contabile, stabilendo, tra l’altro, che la società di revisione esprima un giudizio professionale sul bilancio, e così abbandonando il termine “certificazione” utilizzato dall’abrogato D.P.R. n. 136/75. Alla precedente alternativa tra il rilascio e il non rilascio della certificazione ha fatto seguito la previsione di quattro diverse tipologie di giudizio: un “giudizio senza rilievi”, un “giudizio con rilievi”, un “giudizio negativo” e una “dichiarazione di impossibilità di esprimere un giudizio”. Si legge in proposito in dottrina che “il pubblico tende a identificare la relazione senza rilievi con una «certificazione» che l’azienda sia sana. Si tratta di un errato convincimento, in quanto il revisore esprime un parere esclusivamente sulla trasparenza del bilancio. (...) In parte tale convinzione continua ad essere causata dall’infelice scelta operata in passato per indicare il parere del revisore (certificazione appunto) e dell’errato significato attribuito a tale termine”, così “*Principi e metodi di auditing*”, Livatino M., Pecchiari N., Pogliani G., EGEA, 2007, pag. 118.

⁽¹⁰⁾ In realtà in un passaggio delle “*Osservazioni*” è utilizzato il termine “verità”. Si legge “Del pari l’assequazione sulla veridicità dei dati non può limitarsi ad una mera dichiarazione del professionista in ordine alla corrispondenza fra gli elementi utilizzati per la predisposizione del piano e quelli desumibili dalla contabilità generale aziendale, ma deve comprendere un’espressa pronuncia del medesimo sul principio di *verità* di cui all’art. 2423 c.c.”, Commissione Crisi e risanamento CNDCEC, documento “*Osservazioni*”, *op. cit.*, 2009, pag. 5.

precisi riferimenti sono invece rinvenibili quando si prenda a riferimento il contesto internazionale. Autorevoli commentatori⁽¹¹⁾ hanno evidenziato che con riferimento alle fattispecie oggetto di studio “non è fuori tema il richiamo ai c.d. ISAE 3000 perché essi sono imposti ai revisori quando redigono attestazioni la cui tipologia è diversa dalla revisione vera e propria e riguarda la verifica dei dati e dei piani revisionati come è nei casi in esame. (...) L’applicazione dei principi internazionali di revisione contabile, consentirebbe di dare una dimensione di comprensibilità e credibilità anche nel mercato internazionale e globale alle operazioni di risanamento condotte in Italia, magari trovando finanziatori anche fuori del confine delle Alpi”. Il rispetto delle procedure e dei principi codificati negli ISAE non rappresenta ancora un *modus operandi* diffuso, ma si sta facendo strada quantomeno in dottrina⁽¹²⁾. Le indicazioni dei principi

⁽¹¹⁾ Così Paluchowski, Pajardi che evidenziano ancora che “nelle fattispecie studiate l’esperto deve necessariamente essere un revisore, quindi i principi di revisione internazionali “debbono essere un punto di riferimento quanto alla attività di attestazione della veridicità dei dati e giustificare la quadripartizione dell’attività di auditing, consistente: a) nell’assumere sufficienti elementi di conoscenza della concreta attività svolta dall’impresa interessata, nonché dei processi adottati per la predisposizione dei dati, creando contatti ed effettuando indagini dirette presso i responsabili dei controlli interni e dei controlli esterni; b) nell’acquisire così la conoscenza approfondita dei sistemi di controllo interno alla società; c) nell’accertamento del livello di rischio cui sono sottoposte le analisi in connessione a quanto appreso sui sistemi di controllo; e d) nella predisposizione delle idonee e sufficienti procedure di verifica dei dati esposti, secondo i principi e gli *standards* imposti dagli ISA, mirate a raggiungere le aree contabili dotate di minori controlli e quindi caratterizzate da un maggior indice di rischio di inattendibilità”. Paluchowski A., Pajardi P., “*Manuale di diritto fallimentare*”, pag. 829, 2008.

⁽¹²⁾ Il documento è esplicitamente richiamato con riferimento alle attestazioni previste dalla legge fallimentare in più contributi: Cenati B., “*Le relazioni a cura dei professionisti esperti previste dagli artt. 67, 161 e 182 bis L.F.*”, Synergia, 2005, disponibile sul sito <http://fallimentitribunalemilano.net>; Faccincani L., *op. cit.*, pag. 128 e ss., 2007; Sacchi A., “*Fusione a seguito di acquisizione con indebitamento e attività del revisore. Le relazioni ai sensi dell’art. 2501 bis, comma 4 e 5, c.c.*”, in “*Il controllo nelle società e negli enti*”, 1/2006, pag. 188 e ss.; Paluchowski A., Pajardi P., *op. cit.*, pag. 829, 2008; Mandrioli L., “*Il concordato preventivo: la verifica del tribunale in ordine alla relazione del professionista*”, in *Il Fallimento*, 2007, 1228; Pollio M., *op. cit.*, 2009, pag. 253 e ss.; Riva P., “*La revisione dei dati prospettici secondo l’ISAE 3400. L’applicazione del principio internazionale di auditing alle attestazioni del professionista previste dalla legge fallimentare.*”, in *Journal of IR*, luglio 2009, pag. 55, disponibile nella sezione dottrina del sito www.ilfallimento.it; Riva P., “*Redigere e attestare i dati prospettici nei piani di risanamento, negli accordi di ristrutturazione e nei concordati preventivi. Criticità e riferimenti ai principi di revisione.*”, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 3/2009, pag. 573; Riva P., “*La revisione dei piani redatti in situazione di crisi. Applicazione del documento ISAE 3400 nelle*

internazionali di revisione dedicati al tema delle informazioni prospettive, quali, tra le altre, la necessità di accertare la ragionevolezza e la correttezza delle assunzioni alla base piano, di possedere un'adeguata conoscenza del business aziendale, di inserire specifici riferimenti nel testo del parere espresso, iniziano, infatti, ad essere considerate nelle situazioni di crisi aziendale un *benchmark* di riferimento a cui ispirarsi ogni qual volta si debba giudicare la realizzabilità di eventi futuri formalizzati in piani più o meno articolati⁽¹³⁾.

L'orientamento sopra delineato è stato oggetto di attenzione e fatto proprio nell'ambito di un progetto di ricerca che ha toccato i temi qui indagati riferendo per altro le proprie riflessioni proprio allo specifico caso dei piani attestati ex art. 67, c.3, l. d) L.F. e che è stato occasione di collaborazione tra l'Università di Firenze, l'Assonime e il Consiglio Nazionale dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili⁽¹⁴⁾. Nel gennaio 2010 il progetto ha portato alla redazione di un documento comune alle tre istituzioni dal titolo "Linee guida per il finanziamento delle imprese in crisi. Prima edizione del 2010" (d'ora in poi "Linee-Guida"). Scopo dichiarato dei ricercatori dei tre enti è stato suggerire prassi virtuose e comportamenti che, pur non essendo strettamente imposti dalla legge, possano aumentare il grado di sicurezza delle

attestazioni previste dalla novellata legge fallimentare (art. 67, c. 3, l. d, art. 182 bis, art. 161 L.F.).", in "Il controllo nelle società e negli enti", in corso di pubblicazione; Crescentino G., "Il piano di risanamento ex art. 67 l. L'attestazione di ragionevolezza", Relazione per Convegno ODCEC Monza "Le procedure concorsuali e la gestione della crisi di impresa", 2007.

⁽¹³⁾ In questo senso Faccincani: L., *op. cit.*, pag. 128.

⁽¹⁴⁾ Si tratta della ricerca "Modelli innovativi nella finanza delle piccole e medie imprese" finanziata dal MIUR nel 2005 tra i cui obiettivi dichiarati in sede di domanda di finanziamento al ministero vi era "l'individuazione delle condizioni in cui le forme innovative di finanziamento possono aver successo e la proposizione di modelli operativi miranti a favorire tale successo, avendo riguardo alle condizioni e agli strumenti che rendono possibile l'intervento dell'investitore qualificato nelle fasi di crescita, ristrutturazione o crisi dell'impresa". Lo studio di questo particolare obiettivo è stato svolto dall'Unità di ricerca dell'Università di Firenze e ha coinvolto sia il CNDCEC sia l'Associazione Italiana fra le Società per Azioni portando alla redazione di una bozza condivisa di "Linee guida" resa ufficiale e presentata nell'ambito di un Convegno congiunto tenutosi a Milano il 20 maggio 2008. Il documento è stato successivamente inviato dal CNDCEC agli ordini territoriali in allegato alla circolare 25/2008. Il 14 gennaio 2010 il medesimo è stato pubblicato senza sostanziali modifiche in via definitiva con il titolo: "Linee-guida per il finanziamento alle imprese in crisi. Prima edizione del 2010". E' disponibile sul sito www.unifi.it, sul sito www.ilfallimento.it, sul sito www.assonime.it.

operazioni di finanziamento. In particolare nella prima parte del lavoro, dedicata al finanziamento delle imprese in crisi e quindi delle operazioni di ristrutturazione stragiudiziale piano attestato e accordo di ristrutturazione dei debiti, dopo avere rilevato che esistono delle prassi condivise, sono state proposte delle “raccomandazioni”⁽¹⁵⁾. Con riferimento al metodo espositivo prescelto, per altro diffuso oltreoceano⁽¹⁶⁾, il documento specifica che “ci si limita ad indicare comportamenti in positivo”, cioè “non implicando che qualsiasi comportamento difforme sia, per ciò stesso, illecito, o anche soltanto inopportuno o di dubbia natura”. Le linee di condotta indicate vogliono proporre modelli di riferimento che potrebbero porsi come una sorta di “safe harbor”, un “porto sicuro” nel successivo, eventuale, scrutinio giudiziale⁽¹⁷⁾. In altri termini questi modelli, valorizzando al meglio i nuovi strumenti messi a disposizione dalla riforma, dovrebbero costituire un significativo elemento di distinzione rispetto a piani inadeguati o usati in modo distorto che spesso portano all’insolvenza irreversibile e, nell’eventualità di un insuccesso, che non può mai essere esclusa, dovrebbero porre quanto più possibile i partecipanti all’operazione di risanamento al riparo da responsabilità non prevedibili. Le Linee-Guida sostengono, con riferimento all’attestazione del professionista, che essa è il risultato della verifica della ragionevolezza del piano e della sua idoneità a condurre al risanamento dell’impresa⁽¹⁸⁾. Consiste quindi in un giudizio di verifica

⁽¹⁵⁾ Nella versione del documento “Linee-guida” del 2008 le medesime erano indicate come “best practice”.

⁽¹⁶⁾ Negli USA, per esempio, il FASB (*Financial Accounting Standard Board*) cui è demandata l’emanazione dei principi contabili nel 2001 ha emanato il noto documento “*Improving business reporting: insights into voluntary disclosures*” (conosciuto anche come *Steering Committee Report*) sul tema ora più che mai attuale dell’inserimento di informazioni sul futuro di tipo non finanziarie nella relazione al bilancio i cui contenuti per esplicita previsione dell’organismo medesimo non dovevano essere intesi come comportamenti obbligatori, ma come comportamenti di riferimento ossia esempi di buona comunicazione (*benchmark*). Per approfondimenti si rinvia a Riva P., “*Informazioni non finanziarie nel sistema di bilancio. Comunicare le misure di performance*”, EGEA, 2001, pag. 92 e ss.

⁽¹⁷⁾ Così “*Linee Guida*”, 2010, pag. 5.

⁽¹⁸⁾ Evidenziano in proposito per ciò che concerne i riferimenti interni nazionali - con riferimento specifico ai piani attestati ex art. 67 L.F. - che “se le finalità sembrano chiare, la legge non disciplina tuttavia alcun profilo relativamente al contenuto del piano. In particolare, nulla si dice in ordine a come il piano debba essere predisposto e quale debba essere il suo contenuto per poter essere attestato dal professionista. Nessuna indicazione viene data, infine, in ordine a come debba essere redatta l’attestazione perché questa produca il suo effetto protettivo, nell’eventualità del successivo fallimento dell’impresa, rispetto agli atti contemplati nel piano”, “*Linee Guida*”, 2010, pagg. 7 e 8.

informata e diligente sui presupposti del piano, sulla logicità e ragionevolezza delle analisi e previsioni e sulle metodologie utilizzate cui l'attestatore perverrà dopo avere espletato tutte le attività ritenute nella prassi necessarie per la verifica dei dati previsionali, applicando per quanto possibile adeguati *Standard* professionali. In proposito il documento afferma che “di particolare rilevanza appaiono le indicazioni contenute nell’*International Standard on Assurance Engagements - ISAE 3400 «The examination of Prospective Financial Information»*”⁽¹⁹⁾.

Nei paragrafi che seguono si sintetizzano le principali criticità che si presentano al revisore nominato per l’attestazione di un piano e si sintetizzano le indicazioni dei documenti del consiglio nazionale e dei principi internazionali individuati nelle pagine che precedono.

a) Classificazione delle ipotesi⁽²⁰⁾

L’ISAE 3400 distingue tra: a) informazioni prospettiche basate su *best estimate assumption* ossia assunzioni normali relative a eventi futuri ragionevoli e desunti dall’analisi di elementi oggettivi quali gli ordini in portafoglio o proiezioni di dati consuntivi aziendali giudicati attendibili; b) informazioni basate su *hypothetical assumption* ossia assunzioni ipotetiche in genere connesse con l’avvio di nuove attività o nuovi prodotti/servizi solitamente non supportati da dati storici dell’azienda e “*which are not necessarily expected to take place*”. Ne segue che l’informativa prospettica finanziaria può assumere la forma di una previsione o *forecast* quando è preparata a partire da *best estimate assumption* oppure la forma di una proiezione o *projection* quando è basata su *hypothetical assumption* oppure ancora una combinazione di entrambi, per esempio un anno di *forecast* e cinque anni di *projection*. L’indicazione è particolarmente importante nelle fattispecie oggetto della presente analisi perché richiama, enfatizzandone la rilevanza, quanto già evidenziato peraltro in dottrina, ossia la necessità di valutare con attenzione le ipotesi formulate dagli amministratori e di rifiutare ipotesi basate su mere speculazioni. Nello specifico, l’attendibilità del piano è legata alla formulazione di fondate ipotesi che siano in primis compatibili con le dinamiche competitive del settore di riferimento in

⁽¹⁹⁾ Quest’ultimo ha sostituito il precedente ISA 810 recante il medesimo titolo. Il documento è rintracciabile nell’*Handbook of International Auditing, Assurance and Ethics Pronouncements*, 2008 ed è scaricabile dal sito www.ifac.org.

⁽²⁰⁾ Per approfondimenti si veda P. Riva, “*Valutazione della ipotesi alla base del piano*”, in “*L’attestazione dei piani delle aziende in crisi*”, Giuffrè, 2009, p. 121 e ss.

relazione all'andamento della domanda e delle quote di mercato, alle tendenze in atto nei bisogni dei consumatori e nei fattori chiave che ne guidano le scelte, al comportamento dei concorrenti, alla struttura e ai cambiamenti dei canali distributivi e dei rapporti di fornitura e al contesto normativo, tecnologico, sociale e ambientale. Nell'eventualità in cui la compatibilità in oggetto non fosse presente, il piano potrebbe essere ugualmente attuabile a patto che si possa fare affidamento su un'eshaustiva illustrazione degli elementi a sostegno degli obiettivi strategici proposti. Inoltre, eventuali differenze sostanziali tra risultati prospettici di piano e risultati storici che rappresentino, quando il piano è redatto in una situazione di crisi, la condizione per il superamento dell'andamento negativo dei risultati, devono essere dettagliatamente e adeguatamente motivate e comprovate⁽²¹⁾. Ciò premesso, il documento evidenzia che il revisore non dovrebbe accettare l'incarico quando le assunzioni o ipotesi alla base della informativa prospettica siano da lui giudicate chiaramente non realistiche o quando l'informativa finanziaria prodotta sia da lui giudicata inappropriata all'uso che si intende fare. Per poter essere in grado di prendere la propria decisione iniziale il revisore deve quindi dedicare tempo all'analisi della situazione e alla comprensione della natura delle ipotesi formulate (*best estimate vs hypothetical*) nonché alla valutazione del periodo coperto e della completezza degli elementi inclusi nell'informativa.

b) Comprensione dell'impresa e del suo contesto⁽²²⁾

Il documento ISAE 3400 prevede che il revisore debba acquisire un sufficiente livello di conoscenza del settore di attività e dell'azienda oggetto di esame, così da essere in grado di formulare un giudizio in merito alle ipotesi elaborate dagli amministratori e così da comprendere il processo che ha portato a postulare determinate assunzioni⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ In questo senso sempre Faccincani L., *op. cit.*, pag. 127 e ss.

⁽²²⁾ Per approfondimenti si veda P. Riva, "La conoscenza dell'azienda e del suo contesto", in *op. cit.*, Giuffrè, 2009, p. 179 e ss.

⁽²³⁾ "Il revisore deve comprendere l'impresa ed il contesto in cui opera, incluso il suo controllo interno, in modo tale valutare i rischi di errori significativi nella revisione contabile del bilancio e di conseguenza definire le procedure di revisione in risposta ai rischi identificati e valutati", così Portalupi A., Cadeddu L., "Il processo di revisione contabile", 2009, Il Sole 24 ore; nello stesso senso: Marchi L., "Revisione aziendale e sistemi di controllo interno", 2008, Giuffrè; Livatino M., Pecchiari N., Pogliani G., "Principi e metodologie di auditing", 2007, EGEA; KPMG "Corporate Governance. Guida pratica al controllo interno",

L'attestatore dovrebbe anche esprimere un giudizio sull'esperienza delle persone che hanno redatto l'informativa, sulle modalità con cui è stata composta l'informativa prospettica e sulla documentazione che supporta le ipotesi. Trova pertanto applicazione ai fini dell'attestazione dell'informativa finanziaria prospettica il documento ISA 315 che tratta il tema della comprensione dell'impresa e del suo contesto e della valutazione dei rischi di errori significativi⁽²⁴⁾.

c) Veridicità dei dati storici. Il problema della delimitazione del perimetro delle verifiche e dell'utilizzo del lavoro di terzi⁽²⁵⁾

Il principio di revisione internazionale ISAE 3400 richiede esplicitamente che il revisore formuli un giudizio sull'accuratezza delle informative preparate in precedenti periodi e sulla fondatezza dei dati storici alla base dell'informativa. Il revisore deve cioè considerare se i dati storici su cui si basa l'informativa finanziaria prospettica siano attendibili e stimare se il piano sia stato preparato su basi coerenti. Questi dati, infatti, sono la base di partenza utilizzata dagli amministratori per la costruzione del piano. Il "Protocollo" del 2006 affronta puntualmente il tema con riferimento al concordato preventivo e lo risolve coerentemente con quanto qui sostenuto. Al punto B.5) del documento si sostiene, anche se con riferimento al concordato preventivo, che, così come congegnata dalla novella, l'asseverazione sulla veridicità dei dati aziendali rappresenta una condizione prodromica e strumentale alla formulazione del giudizio in merito alla fattibilità del piano, il quale, essendo un programma di sviluppo, deve fondarsi su dati veritieri il più possibile affidabili ed adeguati. In particolare, al fine di attestare la veridicità dei dati aziendali, il professionista dovrà "procedere ad un'analisi della domanda di

2001; Comoli M., "I sistemi di controllo interno nella corporate governance. Aspetti generali e specificità nelle aziende di credito", 2001, EGEA; Bernardi D., "Adempimenti del collegio sindacale nelle situazioni di crisi aziendale: osservazioni del collegio sindacale ex art. 2446 c.c. Vigilanza dell'organo di controllo", in "Il controllo legale dei conti", Anno V, Fasc. 3, 2001.

⁽²⁴⁾ Il documento 315 della Commissione paritetica per la statuizione dei principi di revisione evidenzia che "il revisore deve comprendere l'impresa ed il contesto in cui opera, incluso il suo controllo interno, in misura sufficiente ad identificare e valutare i rischi di errori significativi nel bilancio, siano essi dovuti a frodi o a comportamenti o eventi non intenzionali, ed in misura sufficiente per stabilire e svolgere le procedure di revisione in risposta ai rischi identificati e valutati", *Principi di Revisione*, 2007, Giuffrè, pag. 166.

⁽²⁵⁾ Per approfondimenti si veda P. Riva, "Il controllo della veridicità dei dati aziendali", in *op. cit.*, Giuffrè, 2009, p. 191 e ss.

ammissione alla procedura di concordato preventivo, consistente nella verifica della corrispondenza dei dati contenuti nel piano e nella documentazione (...) alle risultanze delle scritture contabili, fornendo al tempo stesso una corretta rappresentazione da un lato della situazione finanziaria patrimoniale ed economica del debitore e dall'altro degli elementi utilizzati per la predisposizione del piano di ristrutturazione". Il documento specifica ancora che "la corrispondenza alla documentazione non circoscrive la verifica al mero riscontro formale del dato nella contabilità", gli indirizzi prevalenti esigono infatti "un serio e resocontato riscontro dei criteri utilizzati dal professionista per pervenire all'attestazione". Ciò pone, inevitabilmente, la questione "delle verifiche circa la corrispondenza del dato contabile alle movimentazioni finanziarie ed economiche del debitore, con attribuzione di valore e riclassificazione delle poste di bilancio (ove esistente) o comunque della situazione patrimoniale economica e finanziaria della parte". Anche le "Osservazioni" del 2009 affrontano il tema e lo risolvono nel medesimo senso affermando che "l'asseverazione sulla veridicità dei dati non può limitarsi ad una mera dichiarazione del professionista in ordine alla corrispondenza fra gli elementi utilizzati per la predisposizione del piano e quelli desumibili dalla contabilità generale ed aziendale, ma deve comprendere un'espressa pronuncia del medesimo sul principio di «verità» di cui all'art. 2423 c.c.". Secondo il documento "l'attestatore non può limitarsi ad una semplice spiegazione, anche se in forma organica e coerente del piano, ma deve illustrare sia i risultati della verifica effettuata sulle scritture contabili del debitore sia le conclusioni raggiunte, in modo tale che la propria relazione contenga un *quid pluris*, rappresentato per l'appunto dall'attestazione della veridicità dei dati aziendali che, coinvolgendo elementi oggettivi, va ben oltre un atto di fede fondato su una semplice analisi formale della documentazione esaminata"⁽²⁶⁾.

Il "Protocollo" del 2006 a differenza delle Osservazioni del 2009 che non riprendono il tema, si spinge a formulare quello che esso stesso definisce un "primo principio di comportamento" dettando regole e metodologie precise, citate tra l'altro quali *benchmark* rilevanti dalla più attenta e recente giurisprudenza⁽²⁷⁾. La [tabella che segue](#) schematizza il contenuti del principio di comportamento enunciato nel "Protocollo".

⁽²⁶⁾ Commissione Crisi e risanamento CNDCEC, documento "Osservazioni", *op. cit.*, 2009, pag. 6 e 7.

⁽²⁷⁾ Si veda la recente sentenza del Tribunale di Monza, Rolfi F., Giudice Estensore, decreto del 22 luglio 2009.

<p>1. Con riferimento all'esame della documentazione allegata al ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, il professionista dovrà procedere:</p>	
<p>a) alla verifica a campione della corrispondenza fra i dati contenuti nella situazione patrimoniale, economica e finanziaria allegata al ricorso di concordato preventivo e le risultanze delle scritture contabili, nonché all'accertamento dell'effettiva sussistenza delle ragioni che giustificano l'iscrizione dei dati medesimi.</p>	<p>Tra le attività di verifica del punto a) il documento esplicitamente indica:</p> <ul style="list-style-type: none"> • il riscontro fisico e contabile delle immobilizzazioni tecniche; • la verifica dell'esistenza fisica delle giacenze di magazzino; • la verifica della effettiva sussistenza e consistenza della cassa (in senso materiale), tramite la sua ricostruzione a ritroso, tenendo conto dei movimenti in entrata ed in uscita nel frattempo intervenuti; • l'analisi delle schede di mastro relative ai fornitori, ai clienti ed agli istituti di credito, anche mediante una conferma esterna di controparte del saldo dovuto, dei suoi accessori e dell'esistenza di contestazioni; • il controllo delle fatture emesse e di quelle ricevute anche sulla base di una verifica incrociata con gli interessi volta a confermare l'effettiva sussistenza e consistenza della posizione creditoria/debitoria nei confronti del cliente/fornitore; • l'accertamento dell'esistenza e della consistenza dei saldi contabili relativi ai rapporti intrattenuti con i vari istituti di credito, anche mediante il controllo degli estratti di conto corrente di corrispondenza o di altri aggiornati documenti riepilogativi forniti dalle banche a seguito di esplicita richiesta del professionista attentatore; • la verifica presso l'anagrafe tributaria e gli istituti previdenziali di eventuali carichi tributari pendenti per omessi versamenti; • l'esistenza e la verifica della corretta rappresentazione contabile dei principali contratti in essere e delle garanzie ricevute da terzi e rilasciate a favore di terzi; • la verifica della corretta determinazione delle imposte di competenza dell'esercizio; • la verifica del contenzioso e dei metodi di valutazione delle poste influenzate dal suo andamento.
<p>b) sulla base dello stato analitico ed estimativo delle attività e dell'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione.</p>	<p>Tra le attività di verifica del punto b) il documento esplicitamente indica:</p> <ul style="list-style-type: none"> • l'individuazione delle immobilizzazioni materiali ed immateriali di proprietà del debitore verificandone l'effettiva appartenenza all'azienda ovvero all'imprenditore; • l'accertamento di ogni singola posizione debitoria, verificando il reale ammontare di ciascun debito e della sussistenza dell'eventuale legittima causa di prelazione che assiste quest'ultimo, assumendo posizione sulla quantificazione espressa – se oggetto di dissenso da parte dei creditori.
<p>c) partendo dall'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore il professionista dovrà procedere alla verifica della reale sussistenza di tali diritti e della loro corretta contabilizzazione e rappresentazione nella situazione patrimoniale economica e finanziaria di cui sopra;</p>	
<p>d) sulla base della dichiarazione contenente il valore dei beni e l'indicazione dei creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili, il professionista dovrà procedere alla verifica dell'effettiva appartenenza al socio dei suddetti beni nonché della sussistenza e reale consistenza del credito vantato dal creditore particolare del socio medesimo.</p>	
<p>2. Con riferimento all'esame dei dati aziendali contenuti nel piano:</p>	
<p>Dopo avere verificato la corrispondenza tra la situazione patrimoniale ed economica di riferimento e i dati contabili ed accertata l'esistenza e la consistenza dei crediti e dei debiti verso clienti e fornitori, ovvero provveduto a tutte le verifiche di cui sopra, il professionista dovrà nondimeno accertare l'attendibilità dei dati aziendali contenuti nel piano.</p>	

Tabella 1:
Verifiche sui dati storici previste dal “Protocollo” del 2006

Il documento specifica che non tutti i dati raccolti dall'imprenditore devono essere oggetto del necessario visto di autenticità da parte del professionista, ma solo ed esclusivamente quelli su cui il piano di fonda⁽²⁸⁾. E' di assoluto rilievo ai nostri fini evidenziare che il "Protocollo" evidenzia che l'estensione del **perimetro dei dati aziendali oggetto di attestazione di veridicità** non solo non troverebbe un sicuro fondamento nella norma, ma si tradurrebbe altresì in una impossibilità pratica di applicazione del precetto normativo. Tuttavia è altrettanto importante notare che il medesimo rileva come le frequenti istruttorie e richieste di chiarimenti da parte dei Tribunale evidenziano una tendenza espansiva, volta a colmare deficit informativi che, spesso, inducono a sollecitare integrazioni sia del ricorso sia delle attestazioni dell'esperto. Il tema del "perimetro all'interno del quale debba estendersi l'attestazione di veridicità dei dati aziendali" è ripreso nel 2009 nelle "Osservazioni"⁽²⁹⁾. E' richiamata la necessità di "chiarire cosa d'intenda per dati aziendali, ed in particolare modo se con lo stesso termine si debbano ricomprendere tutti gli elementi contabili forniti dall'imprenditore, ovvero se il concetto debba essere limitato esclusivamente a quelli rilevanti ai fini dell'attuabilità del piano". Il nuovo documento riprende per confermare l'orientamento del Gruppo di lavoro del 2006 evidenziando che "non tutti i dati raccolti dall'imprenditore debbano essere oggetto del necessario visto di autenticità da parte del professionista, dovendo l'indagine essere limitata esclusivamente a quelli su cui il piano di fonda. Infatti l'estensione del perimetro dei dati aziendali oggetto di attestazione di veridicità non solo non troverebbe alcun fondamento nelle disposizioni di legge ma si tradurrebbe altresì in una non applicabilità pratica del disposto normativo".

Anche le "Linee Guida" del gennaio 2010 si esprimono in argomento con la *Raccomandazione n. 3*, intitolata *Verifica dei dati aziendali di partenza* in base alla quale "il professionista, sia nel piano attestato, sia nell'accordo di ristrutturazione dei debiti, attesta anche che i dati di partenza sono attendibili. Conseguentemente, egli deve verificare la correttezza delle principali voci e l'assenza di elementi che inducano a dubitare della correttezza delle voci residue". Il professionista attesta quindi, secondo le

⁽²⁸⁾ Ci si riferisce più precisamente al punto B.6 del "Protocollo".

⁽²⁹⁾ Commissione Crisi e risanamento CNDCEC, documento "Osservazioni", *op. cit.*, 2009, pag. 6 e ss.

“Linee Guida” anche l’attendibilità dei dati di partenza. Il documento evidenzia, proprio con esclusivo riferimento ai piani attestati ex art. 67, c. 3, l. d, che la legge non dà alcuna indicazione circa il grado di legittimo affidamento che l’esperto può riporre nei dati fornitigli dall’imprenditore, né prescrive espressamente che egli certifichi la “veridicità dei dati aziendali”, come è invece richiesto al professionista che redige la relazione che accompagna la domanda di concordato preventivo. Sottolinea, però, anche che d’altro canto la legge non prescrive che la veridicità di tali dati sia accertata, con funzione di garanzia per i terzi, da altri soggetti. Infine conclude che la circostanza che l’attestazione – seguita, nel caso degli accordi di ristrutturazione, dall’omologazione – esenti da revocatoria gli atti in esecuzione del piano, con ciò depotenziando un importante rimedio a tutela dei creditori, l’azione revocatoria, impone di ritenere che l’esperto debba verificare la sussistenza dei presupposti di tale esenzione, assumendosi l’obbligo di verificare con diligenza i dati di partenza. E’ evidenziato infatti che l’attestatore assume, anche con effetti nei confronti di terzi del tutto estranei - i creditori di un eventuale futuro fallimento, una funzione di garante della serietà del piano. Da questa constatazione è fatto discendere che “sarebbe irragionevole se la legge accordasse l’esenzione da revocatoria ad atti compiuti in esecuzione di un piano in apparenza perfettamente ragionevole, ma fondato su dati che nessuno ha verificato, senza offrire ai creditori la contropartita della responsabilità dell’attestatore gravemente negligente”⁽³⁰⁾. Ciò vale anche per gli accordi di ristrutturazione, dal momento che – sebbene l’accordo debba essere omologato – la relazione del professionista è comunque essenziale per porre il giudice nella condizione di omologare l’accordo. Il documento conclude che il professionista non è però “automaticamente responsabile in caso di difformità fra i dati da lui attestati e quelli reali, ma gli impone un elevato standard di professionalità e di cautela, del resto coerente con gli effetti legali della sua attestazione”. Registrata l’impossibilità, specialmente nelle imprese di dimensioni medio-grandi, di eseguire una completa verifica di tutti i dati aziendali in tempi ragionevoli e con costi non esorbitanti, anche le Linee Guida del gennaio 2010 suggeriscono alcuni **criteri per “delimitare il perimetro delle verifiche”**. Il professionista dovrà porre particolare attenzione: **i.** agli elementi di maggiore importanza in termini quantitativi, con particolare riferimento, in considerazione dell’importanza dei flussi di cassa attesi, alle componenti

⁽³⁰⁾ “Linee Guida”, gennaio 2010, pag. 18.

del capitale circolante; ii. agli elementi che presentino profili di possibile rischio ai fini dell’attestazione; iii. all’insussistenza di elementi che destino sospetti circa la correttezza e l’affidabilità delle rappresentazioni contabili dei fatti di gestione.

Lo *standard* di diligenza nell’esecuzione di tali verifiche dipende secondo il documento dalle circostanze concrete, ma dovrà constare nell’applicazione dei principi e delle prassi di revisione consolidati. Ne segue, ad esempio, che in presenza di dati recenti verificati da un altro revisore, è legittimo per il professionista fare un sia pur non completo e incondizionato affidamento sul lavoro già svolto. Se invece, anche in presenza di verifiche fatte da altri, emergano elementi di anomalia cosiddette “*red flags*”, allora il professionista deve indagare al fine di giungere ad un giudizio che, lo si ribadisce, deve essere – e non può non essere – di attendibilità dei dati di partenza. Quest’ultimo argomento merita importanti approfondimenti. Più in dettaglio è possibile affermare che il compito del perito può rivelarsi particolarmente critico nelle realtà di piccole e medie dimensioni, nelle quali non sia stato impostato dall’azienda un sistema adeguato di controllo interno e/o nelle quali l’attendibilità dei dati contabili non sia già stata oggetto di valutazione da parte dei competenti organi indipendenti interni – collegio sindacale - e/o esterni – revisore unico o società di revisione preposti al controllo contabile. Le “Linee Guida” del gennaio 2010 specificano: “in presenza di dati forniti unicamente dal debitore, senza precise assunzioni di responsabilità da parte di soggetti indipendenti e qualificati (quale il soggetto eventualmente incaricato del controllo contabile o esperti nominati ad hoc per la valutazione di specifici cespiti), il professionista si assume l’integrale responsabilità dell’attendibilità dei dati⁽³¹⁾”.

Nelle situazioni in cui al contrario esista un sistema di controllo interno, il professionista potrà limitare il proprio intervento sui dati storici, esprimendo in modo esplicito un giudizio sulla bontà del sistema dei controlli esistente in coerenza con il dettato del principio di revisione n. 610 dedicato proprio al tema dell’”Utilizzo del lavoro di revisione interna”. Tale giudizio non potrà consistere semplicemente in una presa d’atto della esistenza di un sistema di controlli, ma dovrà basarsi sulla progettazione ed effettuazione di verifiche tese a valutarne l’effettivo funzionamento. Il documento stabilisce infatti che un’efficace funzione di revisione interna spesso influisce nella scelta della natura e della tempistica

⁽³¹⁾ “Linee Guida” del 2008, pag. 18.

delle procedure di revisione, e consente una riduzione dell'ampiezza delle verifiche svolte dal revisore esterno (nel nostro caso l'attestatore) anche se queste ultime, comunque, non possono essere eliminate totalmente. Al contrario in alcuni casi il revisore esterno, dopo aver valutato le attività svolte dalla funzione di revisione interna, potrebbe decidere che quest'ultima non abbia alcuna rilevanza sulle procedure di revisione da svolgere⁽³²⁾. Nel caso infine in cui i dati consuntivi prodotti dall'azienda siano già stati revisionati da un revisore – collegio sindacale, revisore unico, società di revisione - e siano pertanto accompagnati da una relazione che esprima un giudizio positivo senza riserve, l'esperto potrà prendere atto dello stesso e rinviare esplicitamente a quest'ultimo documento tenendo presente il contenuto del principio di revisione n. 600 che disciplina l'"Utilizzo del lavoro di altri revisori". Quest'ultimo documento – riferendosi alla revisione del bilancio - non prevede una passiva accondiscendenza alla conclusioni altrui, ma al contrario una attività di verifica sul lavoro già svolto da altri che permetta il raggiungimento di un ragionevole convincimento sulla bontà del medesimo.

Una recente ricerca empirica ha permesso di individuare quale sia il comportamento considerato più ragionevole da un campione di circa 170 operatori componendo una vera e propria matrice "Struttura dei controlli statuari/verifiche dell'attestatore"⁽³³⁾.

d) Orizzonte temporale del piano⁽³⁴⁾

Secondo l'ISAE 3400 il revisore deve considerare criticamente la durata del periodo coperto dall'informativa prospettica finanziaria, in quanto l'abilità degli amministratori di formulare ipotesi attendibili è inversamente proporzionale all'arco temporale considerato. Anche questa linea guida mantiene la propria validità, anzi assume particolare rilevanza, nella fattispecie di attestazione prevista dalla legge fallimentare qui analizzata. Si è già avuto modo di notare infatti che il fattore tempo incide sulle possibilità di successo degli interventi di risanamento. La durata del piano non deve essere eccessivamente lunga in quanto è necessario evitare

⁽³²⁾ Principio di revisione 610, "L'utilizzo del lavoro di revisione interna", p.to 10.

⁽³³⁾ Si veda P. Riva, *"Analisi della domanda e dalla offerta di informazioni prospettiche attestate in caso di crisi aziendale"*, op. cit., Giuffrè, 2009, pag. 350.

⁽³⁴⁾ Si veda P. Riva, *"Orizzonte temporale di riferimento del piano"*, op. cit., Giuffrè, 2009, pag. 161 e ss.

che si innestino circoli viziosi che portano inevitabilmente alla dispersione del valore economico aziendale. Interventi intempestivi e non mirati possono causare la perdita dell'avviamento ancora esistente, la riduzione della funzionalità degli *intangibles*, l'insorgere di difficoltà nell'incasso dei crediti e la riduzione delle possibilità dell'azienda di recuperare tramite l'uso o tramite la cessione a terzi i valori delle altre attività. E' utile in proposito ricordare che la dottrina economico-aziendale ha affermato che con la pianificazione⁽³⁵⁾ si prevede l'attuazione di un insieme di scelte spesso incerte e difficili da realizzare al punto che si rende necessario sottoporre gli stessi piani ad aggiustamenti nel decorrere del tempo⁽³⁶⁾. La delimitazione dell'arco temporale di riferimento in particolare di lungo periodo non è priva di difficoltà mancando un criterio di riferimento valido per tutte le aziende. E' evidente che la durata del piano varia in funzione di diversi fattori fra cui il tipo di produzione, la struttura del processo produttivo, gli orientamenti strategici di fondo, e non ultima, appunto, la situazione economico-finanziaria in cui versa l'impresa. In generale si potrebbe solo affermare che la durata di un piano di lungo periodo, deve essere coerente con un lasso di tempo almeno sufficiente per l'attuazione degli obiettivi strategici definiti nello stesso piano⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ La dottrina economico-aziendale è concorde nel considerare la pianificazione di norma riferita a periodi lunghi, viceversa la programmazione a periodi brevi. "E' assai frequente la distinzione fra previsione di lungo periodo e di breve periodo che è implicitamente accolta quando si accenna a pianificazione, a programmazione ed a previsioni definite di breve periodo", così Zappa G. *"Le produzioni"*, pag. 170 Tomo III, Giuffrè, 1956; "In dottrina il termine pianificazione si usa maggiormente per le determinazioni di lungo periodo futuro; invece il termine programmazione si vuole applicato per determinazioni che possono essere definite in particolari talora anche più minuti come di solito sono, ad esempio, quello di medio e breve", così Masini C., *"Le politiche di gestione e la programmazione"*, Giuffrè, 1965, pag. 6. Ancora: "La programmazione per essere efficace deve essere integrale nel tempo e nello spazio. Essa deve riguardare oltre il tempo vicino al momento di osservazione, anche un tempo maggiormente esteso. Inoltre essa non deve limitarsi a considerare una parte soltanto della gestione, ma deve osservarla nella sua completezza. Le aziende che attuano una indagine spazialmente parziale o un'indagine limitata nel tempo non sono caratterizzate da una gestione programmata", così Caramiello C., *"Programmi e piani aziendali"*, Isedi, 1971.

⁽³⁶⁾ Così Provasi R. cui si rinvia per approfondimenti sul tema del concetto di tempo nell'evoluzione dell'economia aziendale. Provasi R., *"Le strategie time based nella corporate governance"*, Giuffrè, 2009.

⁽³⁷⁾ In ogni caso i piani e i programmi sono tra loro strettamente connessi e coordinati: il programma di breve periodo viene composto in aderenza al contenuto dei piani di lungo periodo a tal punto che la distinzione tra tempi brevi e tempi lunghi può

Viceversa per quanto concerne la durata dei programmi di breve periodo sembra conveniente ritenere che la durata coincida con l'arco di tempo di un anno⁽³⁸⁾. La legge fallimentare richiama esplicitamente il concetto economico-aziendale di piano e non quello di programma, con ciò implicitamente riconoscendo la possibilità di superare la soglia dei 12 mesi. A parere di chi scrive, stante la criticità della situazione in cui versa l'impresa che imposta una delle operazioni previste dagli artt. 67, 182 bis, 161 L.F., un piano serio, ossia basato su *best estimate assumptions* e non su *hypotetical assumptions*, e ben costruito, ossia che preveda anche lo sviluppo mensile del preventivo finanziario, non potrà estendersi su di un arco temporale superiore ai 24, massimo 36 mesi.

Si rendono necessarie alcune riflessioni con le quali si cercherà di supportare questa affermazione che evidentemente non ha alcuna pretesa di tassatività, ma che si propone quale indicazione di massima induttivamente tratta dall'osservazione delle caratteristiche prevalenti delle operazioni reali. Se il piano è di tipo liquidatorio, come può essere nel caso di concordato preventivo, superare tale durata di sviluppo sembra irragionevole. Il presumibile valore delle attività che dichiaratamente non possono essere oggetto di una programmata liquidazione in tale arco temporale – ad eccezione forse dei crediti futuri derivanti da contenziosi in essere o previsti dal piano – non può che essere giudicato scarso se non addirittura nullo. Se, al contrario, il piano è finalizzato alla continuazione dell'esercizio aziendale – come solitamente accade nei piani attestati ex art. 67, c3 l. d) – si deve tenere presente il fatto che solitamente gli interventi volti al riequilibrio della situazione finanziaria dispiegano la maggior parte dei loro effetti immediatamente o in tempi brevi. Di conseguenza, lo sviluppo del piano su di un periodo più ampio, che eccede l'esercizio successivo rispetto a quello dell'intervento, dovrebbe essere utile solo per validare l'ipotesi che la ripresa, prevista in conseguenza degli interventi straordinari posti in essere, sarà sufficiente

risultare indeterminata e relativa. “Occorre notare che ogni programma può avere elementi che si determinano rappresentandosi la vita dell'impresa nel futuro prossimo o in quello più o meno lontano. Anche la programmazione annuale considerata tipicamente di breve periodo può avere accanto a molte scelte che si decidono in funzione unicamente di vicende proprie dell'anno cui si riferisce, altre scelte che non possono convenientemente essere effettuate se non in funzione anche di presunte o supposte condizioni future di vita dell'impresa, riferite ai tempi medi o lunghi”, Onida P., *Economia d'Azienda*, pag. 534, Torino, Utet, 1971.

⁽³⁸⁾ Provasi R., *op. cit.*, pag. 29.

per garantire l'autonomo svolgimento della gestione aziendale nei successivi periodi amministrativi. Anche in questo caso quindi, piani che non prevedano il ripristino di condizioni di redditività e di autonomia accettabili entro il delineato arco temporale sembrano significativi di una debolezza strutturale dell'operazione di *turn around*.

Conviene però riflettere sul concetto di "accettabilità" delle condizioni economico finanziarie appena utilizzato. Pare a chi scrive che il piano debba estendersi sino all'esercizio in cui sia ripristinato l'equilibrio finanziario e il medesimo possa essere giudicato sostenibile in considerazione dell'analisi dei risultati ottenuti dall'azienda con lo svolgimento delle sole operazioni e processi riconducibili alla gestione caratteristica. L'espressione del giudizio non potrà che basarsi principalmente sull'esame di parametri finanziari ed in particolare sarà valutati: a) la normalizzazione degli indici di struttura – primo fra i quali il grado di indebitamento; b) l'evoluzione del preventivo finanziario mensile con particolare attenzione ai flussi di capitale circolante netto o, ancor meglio, di liquidità generati dalla citata gestione caratteristica⁽³⁹⁾; c) la sussistenza di un equilibrio sostenibile tra entrate e uscite monetarie. Sviluppi lungo orizzonti temporali superiori non sembrano utili o necessari.

Anche le "Linee Guida" del gennaio 2010 si esprimono in merito. La *Raccomandazione nr. 5* prevede infatti che: "L'arco temporale del piano entro il quale l'impresa deve raggiungere una condizioni di equilibrio economico finanziario, non deve estendersi oltre i 3/5 anni. Fermo che il raggiungimento dell'equilibrio non dovrebbe avvenire in un termine

⁽³⁹⁾ "Almeno in linea di principio, la determinazione dello specifico flusso di Ccn prodotto dalla gestione reddituale – talvolta denominato "reddito spendibile" o anche *cash-flow* – permette di verificare la capacità aziendale di generare risorse finanziarie mediante lo svolgimento delle combinazioni dei processi produttivi aziendali. Si è scritto in linea di principio poiché in realtà la determinazione di tale flusso potrebbe risentire anche di valori (quali le plusvalenze e le minusvalenze) che in realtà esprimono conseguenze di operazioni le quali non si riconnettono alle combinazioni produttive usualmente svolte, bensì hanno ascendenza "patrimoniale" (per esempio, il disinvestimento di elementi dell'attivo fisso netto). A ogni modo, il suo studio risulta di fondamentale importanza allo scopo di maturare consapevolezza in ordine alla capacità dell'impresa di conseguire "correntemente" obiettivi di economicità, autonomia e continuità.", così Riva P., "Costruzione e lettura del rendiconto finanziario per flussi di CCN e di liquidità", in "Bilancio. Valutazione, lettura, analisi", a cura di Provasoli A., Viganò A., EGEA, 2007, pag. 438.

maggiore, il piano può avere durata più lunga, nel qual caso è però necessario motivare adeguatamente la scelta”⁽⁴⁰⁾.

e) Assunzione di responsabilità da parte degli amministratori per la redazione del piano

Il documento ISAE 3400 raccomanda al revisore di ottenere dagli amministratori una dichiarazione che attesti la loro responsabilità per la redazione del piano e per le assunzioni su cui la stessa si basa. Si tratta di un documento di grande rilevanza.

Pur rinviando ai paragrafi successivi per alcune più approfondite riflessioni sull'indipendenza e sul ruolo dell'esperto, si evidenzia in questa sede che il perito esprime un giudizio relativamente all'informativa finanziaria prospettica evidenziando se la stessa sia stata propriamente preparata sulla base delle assunzioni formulate dagli amministratori e se sia presentata in accordo con la struttura del *reporting* finanziario. Il perito non deve in alcun modo entrare in una dialettica con la società per valutare modifiche al piano, né deve in alcun modo partecipare alla redazione di parte o di tutto il piano oggetto della revisione. Quest'ultimo deve essere costruito dalla società con l'aiuto dei propri professionisti e solo successivamente consegnato all'attestatore per la verifica di ragionevolezza.

f) Contenuto minimo della relazione⁽⁴¹⁾

Il paragrafo 27 del documento ISAE 3400 fornisce anche un utile schema di riferimento per la strutturazione della relazione di attestazione. Il documento redatto dall'esperto dovrebbe contenere almeno le seguenti informazioni: a) il titolo della relazione; b) il destinatario dell'attestazione; c) l'identificazione dell'informativa prospettica finanziaria oggetto di attestazione; d) il riferimento all'ISAE o, se esistenti, rilevanti standard nazionali⁽⁴²⁾ o qualsiasi pratica applicata quale *benchmark* di riferimento per la verifica delle informazioni prospettiche finanziarie; e) una dichiarazione che attesti la responsabilità del *management* per l'informativa prospettica finanziaria includendo le assunzioni su cui si basa; f) quando applicabile,

⁽⁴⁰⁾ “Linee Guida”, gennaio 2010, pag. 20.

⁽⁴¹⁾ Si veda P. Riva, “La relazione di attestazione”, in *op. cit.*, Giuffrè, 2009, pag. 241 e ss.

⁽⁴²⁾ Nel caso italiano ad oggi il riferimento internazionale è l'unico possibile.

un riferimento allo scopo e/o alla limitata distribuzione dell'informativa⁽⁴³⁾; g) una *negative assurance*⁽⁴⁴⁾ ossia una attestazione sulle ipotesi (*assumptions*) formulate che chiarisca se le stesse costituiscano o meno una base adeguata e ragionevole per lo sviluppo delle informazioni prospettiche finanziarie; h) una *opinion* e quindi un giudizio sulla informativa prospettica finanziaria in base al quale si attesta che la stessa è stata costruita correttamente a partire dalle ipotesi (*assumptions*) formulate ed è presentata conformemente a quanto indicato dai standard di riferimento per la presentazione dell'informativa economico finanziaria (*financial reporting framework*); i) caveat ossia avvertimenti appropriati concernenti le reali possibilità di raggiungimento dei risultati indicati dall'informativa prospettica finanziaria; j) la data dell'attestazione che dovrebbe coincidere con la data di completamento delle procedure; k) l'indirizzo dell'attestatore; l) la firma dell'attestatore.

⁽⁴³⁾ Come già evidenziato, l'applicazione alle attestazioni previste dal codice civile per il *leveraged buy out* ex art. 2501 *bis* c.c. e dalla legge fallimentare per il concordato preventivo ex art. 161 L.F., e per gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 *bis* L.F., la diffusione sarà *erga omnes*, mentre per i piani attestati ex art. 67 c. 3 l.d) L.F. sarà solo limitata in quanto non è prevista alcuna pubblicità della operazione che resta un fatto privato e in caso di successivo contenzioso potrà essere ampliata.

⁽⁴⁴⁾ *A negative assurance is the method used by the Certified Public Accountant to assure various parties, such as bankers and stockbrokers, that financial data under review by them is correct. Negative assurance tells the data user that nothing has come to the CPA's attention of an adverse nature or character regarding the financial data reviewed.*

9. ASPETTI FISCALI: MEMENTO UTILIZZO DELLE SOLUZIONI CONSENTITE DALLA VIGENTE NORMATIVA^(*)

L'art. 67 L.F. non richiama alcuna norma fiscale se non, indirettamente, con l'ultimo comma che fa “*salve le disposizioni delle leggi speciali?*” tra le quali l'art. 89 DPR 29 settembre 1973 n° 602: “*I pagamenti di imposte scadute non sono soggetti alle revocatoria prevista dall'art. 67 del Regio Decreto 16/03/1942 n° 267*” pertanto, indipendentemente dall'inserimento nel piano elaborato ai sensi dell'art. 67 L.F., lettera d), le imposte eventualmente pagate, in esecuzione o meno di quel piano, (siano esse dovute per attività/esercizi pregressi per attività previste nel piano e quindi necessariamente successive alla predisposizione dello stesso), non sono comunque revocabili.

Peraltro poiché il piano deve essere idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa, non può il piano stesso prescindere dall'integrale pagamento dei debiti verso l'erario. Infatti:

1. benché l'esenzione della revocatoria della lettera d) dell'art. 67 L.F. [insieme con la lettera e) e g)], sia espressione dell'intento del legislatore di fornire e incentivare strumenti per la soluzione della crisi dell'impresa, lasciando ampia libertà negoziale/privatistica all'imprenditore che propone il piano, nessun beneficio di carattere fiscale è concesso all'imprenditore stesso.

2. non è ipotizzabile la predisposizione di un piano che non preveda il pagamento integrale di tutti i debiti erariali esistenti alla data di predisposizione del piano stesso nonché di quelli che originano dalla sua esecuzione. In caso contrario evidentemente non potrebbe parlarsi di risanamento dell'esposizione debitoria, né, per molti versi, di riequilibrio della situazione finanziaria.

Tanto premesso, poiché è frequente che all'insolvenza, o più semplicemente alla crisi economico finanziaria dell'impresa, corrisponda

^(*) A cura di Pierpaolo Ferraro.

un debito verso l'erario, (solitamente l'IVA e le ritenute d'acconto sono tra i primi tributi il cui pagamento si rinvia per carenza di liquidità), si segnalano alcuni aspetti operativi utili al professionista che si appresta alla predisposizione del piano ex art. 67 lett. d) L.F. e/o ad attestarne la ragionevolezza.

In primo luogo occorre procedere ad una ricognizione della posizione debitoria tributaria del contribuente. Fermo restando che una contabilità correttamente tenuta dovrebbe consentire l'individuazione analitica dei debiti tributari, è comunque opportuno procedere a verifiche e riscontri oggettivi con dati ufficiali.

Gli strumenti idonei a tale ricognizione sono oramai di ampia diffusione. Tra questi il cosiddetto "cassetto fiscale".

Il servizio del cassetto fiscale è stato inaugurato, in via sperimentale nel 2003 presso gli uffici dell'Amministrazione Finanziaria di Milano. Con la circolare n. 4/E del 20 gennaio 2003 (avente per oggetto l'organizzazione del servizio di informazione ed assistenza ai contribuenti per l'applicazione delle sanatorie fiscali contenute nella "legge finanziaria 2003" e cioè i c.d. "condoni"), l'Agenzia delle Entrate anticipava che tale servizio sarebbe stato esteso su tutto il territorio nazionale.

Il professionista abilitato al servizio Entratel (art. 3 c. 3 del DPR 322/98) può consultare i dati relativi ai clienti previa presentazione all'Ufficio delle Entrate di delega conferita dal cliente stesso.

In particolare il servizio è organizzato nelle seguenti sezioni:

- "Dati del **contribuente**", dove sono contenuti i dati anagrafici e qualora presenti, i dati sui rappresentanti, sulle rappresentanze, sui depositari e sui depositanti e sulle società confluite.
- "Dati **redditali**", dove sono contenuti i dati delle dichiarazioni a partire dall'anno d'imposta 1998, nonché le comunicazioni che vengono inviate.
- "Dati di **condono e concordati**", dove sono contenuti i dati delle dichiarazioni di Condono (art. 8, 9, 9-bis e 14 della legge 27 dicembre 2002, n. 289) e le comunicazioni di Concordato (articolo 7 della legge 27 dicembre 2002, n. 289) e Concordato Preventivo Biennale.
- "Dati dei **rimborsi**", dove sono contenuti i dati dei rimborsi erogati a seguito della liquidazione della dichiarazione dei redditi per gli anni di imposta dal 1994, ed i dati dei rimborsi automatizzati scaturiti da dichiarazioni ed istanze di tipo IVA.
- "Dati dei **versamenti**", dove sono contenuti i dati dei versamenti effettuati tramite i modelli F23 e F24, nonché le quietanze degli F24.
- "Dati **patrimoniali**", dove sono contenuti i dati relativi agli atti

registrati presso gli uffici finanziari a partire dal 1986.

Il modello di delega al professionista è reperibile presso il sito del servizio telematico Entratel e sul sito www.agenziaentrate.gov.it e può essere inviato per posta, fax o e-mail unitamente alla copia del documento di identità del delegante. Ovviamente maggiore celerità si ottiene se le deleghe sono presentate direttamente all'Ufficio preposto dell'Agenzia delle Entrate.

La circolare dell'Agenzia delle Entrate Dir. Centrale gestione tributi 22.07.2004 n° 32/E fa una panoramica generale del servizio "cassetto fiscale" utile ed esaustivo per chi non ha ancora avuto occasione di accedervi.

Unitamente all'uso del cassetto fiscale che consente, più specificatamente, di verificare le dichiarazioni presentate, i debiti d'imposta (IVA, IRES e ritenute risultanti dalle dichiarazioni da confrontare con i versamenti tramite mod. F24), è opportuno richiedere anche al Concessionario della riscossione la posizione debitoria del contribuente. Tale richiesta può essere inoltrata anche via fax e il Concessionario risponde nel giro di pochi giorni con l'invio di tutti gli estratti dei ruoli pendenti.

Tramite la consultazione del cassetto fiscale e degli estratti di ruolo è sicuramente ricostruibile la posizione debitoria per tributi ed anno di formazione almeno fino all'ultimo esercizio per il quale è stata presentata la dichiarazione fiscale Unico e la dichiarazione dei sostituti d'imposta. Per il periodo successivo (pochi mesi, se sono state presentate tutte le dichiarazioni fiscali oppure per più esercizi se sono state omesse le dichiarazioni), occorre rilevare i debiti erariali attraverso la documentazione fiscale messa a disposizione dal contribuente: i registri e le liquidazioni periodiche ai fini IVA, le certificazioni e i pagamenti di dipendenti, professionisti, per le ritenute d'acconto, i Mod. F-24 di pagamento, ecc.).

Una volta individuati i debiti totali, il piano dovrà prevedere il pagamento integrale con eventualmente l'unico beneficio concesso oggi al contribuente in difficoltà finanziaria: la dilazione.

L'art. 19 DPR 29 settembre 1973 n°. 602, prevede la dilazione dei pagamenti d'imposta.

Dopo le modifiche apportate dall'art. 83, c. 23 del D.L. 25.06.08, n°. 112,

"1. l'agente della riscossione, su richiesta del contribuente, può concedere, nell'ipotesi di temporanea situazione di obiettiva difficoltà dello stesso, la ripartizione del pagamento delle somme iscritte al ruolo fino ad un massimo di settantadue rate

mensili.

2. *(abrogato)*
3. *in caso di mancato pagamento della prima rata o, successivamente di due rate:*
 - a) *il debitore decade automaticamente dal beneficio della rateazione,*
 - b) *l'intero importo iscritto a ruolo ancora dovuto è immediatamente ed automaticamente riscuotibile in un'unica soluzione,*
 - c) *il carico non può più essere rateizzato.*
4. *le rate mensili nelle quali il pagamento è stato dilazionato ai sensi del comma 1 scadono nel giorno di ciascun mese indicato nell'atto di accoglimento dell'istanza di dilazione."*

Per fornire criteri uniformi di individuazione del requisito della "temporanea situazione di obiettiva difficoltà", la Direzione centrale strategie di riscossione – Ufficio normativa di Equitalia, ha emanato precise direttive di gruppo tra cui la DSR/NC/2008 DEL 13/05/2008, la DSR/NC/2008/025 del 1 luglio 2008 e la DSR/NC/2008/36 del 6 ottobre 2008.

L'obiettiva difficoltà è valutata tramite due parametri:

- l'indice di liquidità pari a:
 - $(\text{liquidità differita} + \text{liquidità corrente}) / \text{passivo corrente}$, che consente di stabilire la maggiore o minore capacità dell'impresa di fare fronte ai propri impegni finanziari a breve con le proprie disponibilità liquide, correnti (ossia immediate) e differite;
- il c.d. "Indice Alfa" pari a:
 - $(\text{debito complessivo} / \text{valore della produzione rettificato}) \times 100$, che individua in quale misura percentuale il debito complessivo incide sul valore della produzione.

Le direttive sopra elencate, e in particolare quelle del 6 ottobre 2008 che ha integrato le precedenti disposizioni in base all'esperienza acquisita, forniscono in allegato prospetti dettagliati che aiutano il contribuente/professionista nella determinazione dell'indice di liquidità e l'indice Alfa tramite semplice elaborazione dei dati di bilancio (o delle situazioni economico patrimoniali per i soggetti non obbligati alla presentazione di bilancio come società di persone, ditte individuali, etc).

Gli indici devono riferirsi per le società di capitale all'ultimo bilancio approvato e depositato se si riferisce ad un esercizio chiuso da meno di sei mesi. Se il bilancio si riferisce ad un periodo chiuso da oltre sei mesi oppure se il contribuente ritiene di dover fornire una rappresentazione della propria situazione economico/patrimoniale più aggiornata rispetto quella risultante dall'ultimo bilancio, anche se riferito ad un periodo

chiuso da meno di un semestre, dovrà essere prodotta una relazione economico patrimoniale redatta secondo i criteri previsti dall'art. 2423 e segg. C.C., risalente e non oltre 2 mesi dalla data di presentazione dell'istanza di rateazione.

Si rammenta che la citata relazione economico patrimoniale, per le società di capitale, deve essere approvata dall'organo di controllo contabile, e in mancanza di questo, dall'assemblea; per le società di persona e ditte individuali la relazione economico patrimoniale deve essere sottoscritta da uno dei soci o dal titolare dell'impresa.

Le società di persona in contabilità ordinaria e semplificata e le ditte individuali in contabilità ordinaria, poiché soggetti non obbligati alla redazione del bilancio, potrebbero avere difficoltà a ricavare dalle scritture contabili i dati necessari a fornire una rappresentazione dell'indice di liquidità e dell'indice Alfa. Questi andranno allora determinati in forma aggregata secondo le più semplici forme:

- indici di liquidità =
$$\frac{\text{liquidità differita} + \text{liquidità corrente}}{\text{passivo corrente}}$$
- indice Alfa =
$$\frac{\text{debito complessivo} \times 100}{\text{totale dei ricavi e dei proventi}}$$

con l'obbligo, per le richieste di rateazione superiore ai € 15.000,00 che la determinazione dei predetti indici avvenga con comunicazione sottoscritta da un revisore contabile, da professionista o studi professionali iscritti all'albo dei revisori dei conti, o da consulenti del lavoro.

Se l'indice di Liquidità è uguale o superiore a 1, la situazione finanziaria della società o della ditta non risponderà al requisito di temporanea difficoltà e, dunque, la richiesta di rateazione non potrà essere accolta.

Qualora invece tale quoziente sia inferiore a 1 dovrà essere valutato l'indice Alfa; se il valore dell'indice Alfa è inferiore a 4, la situazione finanziaria dell'impresa non risponde al requisito della temporanea situazione di obiettiva difficoltà e la rateazione non potrà essere concessa.

Se invece il valore dell'indice Alfa è superiore a 4, tale situazione sarà sussistente, in maniera crescente al crescere dello stesso valore, in proporzione al quale dovrà essere graduato il numero massimo di rate concedibile. In tal caso, pertanto, si dovrà procedere con le seguenti modalità:

- per Alfa compreso tra 4 e 7: massimo 18 rate
- per Alfa compreso tra 7 e 10: massimo 36 rate

- per Alfa superiore a 10: massimo 72 rate

Sulle somme così rateizzate, sono dovuti gli interessi del 4,5% (tasso così incrementato per le dilazioni concesse a decorrere dal 1° ottobre 2009 dal Decreto Ministeriale cosiddetto “Taglia Interessi” del 21 maggio 2009; prima era il 4%).

Per miglior memoria dei lettori, si ricorda che fino al 29.02.2008 l'organo competente a ricevere la richiesta di dilazione delle somme iscritte a ruolo (per un massimo di 48 rate) era L'Agenzia delle Entrate. Con le modifiche apportate dal D.L. 31.12.2007 n° 248, art. 36, comma 2bis, la competenza è passata all'agente della riscossione.

Con le modifiche apportate dal D.L. 25/06/2008 n° 112 art. 83, c. 23, è stato altresì eliminato l'obbligo di prestazione di fidejussione nel caso di importi iscritti a ruolo complessivamente superiore ad € 50.000.

Quanto sopra vale per i ruoli già formati.

Per i debiti non ancora iscritti a ruolo perché di più recente formazione, la società dovrebbe ricevere la comunicazione di irregolarità: il così detto avviso bonario. Infatti i commi 3 degli articoli 36 bis DPR 29.09.1973 n° 600 e 54 bis DPR 29.09.1972 n° 633, prevedono ai fini della liquidazione delle imposte, contributi e rimborsi in materia di imposte dirette e IVA che:

“Quando dai controlli automatici eseguiti emerge un risultato diverso rispetto a quello indicato nella dichiarazione, ovvero dai controlli eseguiti dall'ufficio, ai sensi del comma 2-bis, emerge un'imposta o una maggiore imposta, l'esito della liquidazione è comunicato al contribuente o al sostituto d'imposta per evitare la reiterazione di errori e per consentire la regolarizzazione degli aspetti formali. Qualora a seguito della comunicazione il contribuente o il sostituto di imposta rilevi eventuali dati o elementi non considerati o valutati erroneamente nella liquidazione dei tributi, lo stesso può fornire i chiarimenti necessari all'amministrazione finanziaria entro i trenta giorni successivi al ricevimento della comunicazione”.

Similmente, il c. 4 dell'art. 36 ter DPR 600/73 prevede l'invio di comunicazione di irregolarità rilevate a seguito di controlli formali delle dichiarazioni dei redditi e dei sostituti d'imposta.

Le somme risultanti dovute a seguito dei controlli formali e automatici di cui sopra, non sono scritte a ruolo se il contribuente provvede al pagamento, tramite delega Mod. F-24 entro 30 giorni dal ricevimento dell'avviso.

A partire dal 1° marzo 2008 tali somme, se superiori a € 2.000 possono essere versate ratealmente in un numero massimo di sei rate trimestrali di pari importo; se superiore a € 5.000 in un numero massimo di venti rate trimestrali di pari importo. Se le somme dovute superano € 50.000 il

contribuente è tenuto a prestare idonea garanzia mediante polizza fideiussoria o fidejussione bancaria.

In alternativa alle suddette garanzie, l'ufficio può autorizzare la concessione da parte del contribuente o di terzo datore, una ipoteca volontaria di primo grado su beni di piena proprietà del concedente. Tra l'altro tale concessione di ipoteca non è assoggettata all'azione revocatoria di cui all'art. 67 L.F. (art. 3 bis D. Lgs., 462/1997, c. 1).

Gli interessi dovuti per tale rateazione sono calcolati con il tasso del 3,5% annuo.

Rispetto la rateizzazione dei ruoli, quella degli "avvisi bonari" è caratterizzata da un tasso di interessi leggermente inferiore (il 3,5% anziché il 4,5%), maggiore snellezza poiché per le somme superiori ad € 2.000 il beneficio è concesso automaticamente (solo per somme di importo inferiore occorre presentare richiesta dimostrando la temporanea situazione di obiettiva difficoltà), e il contribuente autonomamente deve solo versare le rate con gli interessi; la prima entro 30 giorni dal ricevimento della comunicazione.

Il sito dell'Agenzia delle Entrate ha peraltro predisposto un'applicazione che agevola il calcolo degli importi di rate e relativi interessi e consente anche la stampa dei Mod. F-24. Tuttavia tale rateizzazione è fortemente penalizzata per l'obbligo di prestare fidejussione e perché può essere concessa per un minor periodo di ammortamento (massimo 20 trimestri pari a 5 anni contro le 72 rate mensili pari a 6 anni).

Peraltro, il contribuente deve decidere sin dall'inizio – e cioè entro trenta giorni dalla comunicazione di irregolarità – che tipo di dilazione scegliere poiché, in caso di decadenza dal beneficio della rateizzazione dell'avviso bonario (per il mancato pagamento anche di una sola rata), non è più ammessa la dilazione del pagamento delle somme che saranno iscritte a ruolo ai sensi dell'art. 19 DPR 602/1973.

Pertanto, il redattore del piano ex art. 67, lett. d) L.F. potrebbe ipotizzare il pagamento dei debiti erariali per i quali non si è ancora formato il ruolo, attraverso la dilazione trimestrale delle somme dovute (con sanzioni ridotte a un terzo) in base agli avvisi di irregolarità, oppure attendere l'iscrizione a ruolo per chiedere la rateazione al concessionario della riscossione ai sensi dell'art. 19 DPR 602/1973.

Per i debiti d'imposta ancora più recenti, come le somme risultanti a debito dell'ultima dichiarazione fiscale presentata, siano esse rateizzate o meno, o come i versamenti periodici (ritenute d'acconto, IVA mensile o trimestrale, ecc.), il debitore potrebbe ipotizzarne il pagamento anche

attraverso l'ormai noto istituto del ravvedimento operoso.

Si segnalano solo le novità più recenti relative al suddetto istituto.

Il decreto anticrisi D.L. 29.11.2008 n° 185 convertito dalla L. 28.01.2009, n° 2, ha disposto la riduzione delle sanzioni dovute nella misura di 1/12 del minimo se la regolarizzazione avviene entro 30 giorni dalla violazione (in caso di tardivo versamento il 2,5%), e 1/10 del minimo se il pagamento è eseguito entro il termine della presentazione della dichiarazione relativa all'anno in cui è stata commessa la violazione (il 3%).

Il tasso di interesse da applicare è il tasso legale.

Il redattore del piano ex art. 67 lett. d) L.F., dopo aver fatto una ricognizione completa dei debiti erariali, comprensivi ovviamente degli interessi e delle sanzioni, può quindi prevederne il pagamento diluito nel tempo, attraverso la scelta di uno o più degli strumenti sopra illustrati, allineamento la misura delle rate e la durata del periodo d'ammortamento dei debiti erariali alla durata del piano di risanamento del debitore e alle disponibilità finanziarie che si genereranno in base e nel corso del piano stesso.

Ciò è fattibile quando i debiti sono definiti e le uniche variabili sono appunto rappresentate dalla durata del piano d'ammortamento (concessa e/o da scegliere) e, conseguentemente, dalla misura delle rate.

Cosa diversa è quando i debiti erariali non sono definiti, per esempio per la presenza di accertamenti e cartelle contestabili per i quali pendono ancora i termini per l'impugnazione.

Un'istanza per promuovere il riesame dell'atto per l'esercizio del potere di autotutela o l'istituto dell'accertamento con adesione ex art. 6, c.c. D.lgs 19.06.1997 n° 218, possono consentire la definizione in tempi relativamente brevi delle somme dovute (in taluni casi anche con risparmio delle sanzioni) al fine dell'inserimento delle stesse nelle previsioni di pagamento del piano di risanamento. Inoltre, il ruolo, eventualmente rideterminato in autotutela dopo lo sgravio parziale, potrà essere eventualmente oggetto di rateizzazione da parte del concessionario della riscossione secondo le modalità sopra descritte. Mentre le somme definite e dovute a seguito dell'accertamento con adesione potranno essere versate entro venti giorni dalla redazione dell'atto che stabilisce il raggiunto accordo tra contribuente e Ufficio, oppure potranno essere versate ratealmente in un massimo di otto rate trimestrali o di dodici rate trimestrali se l'importo supera € 51.646,00. Sono dovuti gli interessi al tasso legale e per gli importi superiori al suddetto limite ed è dovuta la garanzia mediante polizza fideiussoria o fidejussione bancaria.

L'art. 83, comma 18, DL 25.06.2008 n° 112 ha introdotto l'art. 5 bis nel D. Lgs. 218/1997 che prevede la possibilità per il contribuente di prestare adesione ai verbali di constatazione a seguito di verifiche fiscali in materia di IVA ed imposte dirette. L'adesione può riguardare esclusivamente il contenuto integrale del verbale di constatazione e va presentato entro 30 giorni dalla data di consegna del verbale.

L'adesione comporta la riduzione delle sanzioni ad 1/8 del minimo e la possibilità di rateizzare le somme dovute in un massimo di 8 rate trimestrali, ovvero di 12 rate trimestrali se le somme dovute superano € 51.645,69, senza prestazione di garanzia.

Nel caso non si pervenga con gli strumenti sopra illustrati ad alcun accordo con l'ufficio e si intraprenda la via del contenzioso, allora non si può prescindere ai fini della redazione del piano di risanamento, da una attenta e prudentiale previsione di quello che può essere l'esito del contenzioso stesso. Occorre inoltre considerare che anche in corso di contenzioso contro l'avviso di accertamento sono dovute: il 50% delle maggiori imposte accertate con i relativi interessi e, all'emanazione della sentenza da parte della Commissione Tributaria Provinciale devono essere pagati fino a concorrenza dei 2/3 delle somme oggetto di impugnazione; dopo la sentenza della Commissione Tributaria Regionale, il residuo ammontare di quanto dovuto in base alla sentenza stessa.

Tali importi sono riscossi tramite iscrizione a ruolo, e pertanto si potrà eventualmente ricorrere alla rateazione ex art. 19 DPR 602/73.

Si ricorda infine che nel contenzioso contro la cartella di pagamento, ai sensi dell'art. 47 D. Lgs. 546/1992, il ricorrente può chiedere alla Commissione Tributaria Provinciale la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato se da questo può derivargli un danno grave irreparabile. Anche in questo caso, nel caso non venga concessa la sospensione, il contribuente può sempre chiedere la rateizzazione ex art. 19 DPR 602/73.

10. LE RESPONSABILITÀ PENALI DELL'ATTESTATORE

Come è noto, uno dei capisaldi degli interventi riformatori è stata la “privatizzazione” della crisi, che ha comportato la conseguente riduzione delle competenze e responsabilità una volta affidate ai tribunali fallimentari.

Secondo la comune logica dei sistemi giuridici, l'affidamento a privati di compiti aventi rilevanza pubblicistica – come quello della tutela della massa dei creditori – dovrebbe andare di pari passo con l'istituzione di meccanismi sanzionatori che reprimano l'abuso di poteri così delicati. È, infatti, evidente la necessità che controlli in precedenza affidati all'Autorità Giudiziaria siano ora svolti da soggetti non solo professionalmente qualificati, ma anche indipendenti rispetto all'imprenditore che li nomina.

Per tale motivo è opinione assolutamente unanime che il mancato adeguamento dell'apparato repressivo costituisca uno dei maggiori punti deboli della riforma fallimentare, che ha totalmente omissso di intervenire sulla parte penale del regio decreto del 1942.

Tale mancato intervento, oltre a creare notevoli problemi di raccordo con riferimento agli istituti preesistenti (si pensi all'impatto – di difficile valutazione – della riforma dell'azione revocatoria sul reato di bancarotta preferenziale), ha creato un vero e proprio vuoto sanzionatorio con riferimento ai nuovi strumenti di soluzione della crisi fortemente voluti dal legislatore della riforma.

Questo vuoto, accompagnato dalla appena evidenziata necessità (condivisa dai più) di garantire un presidio penalistico in un'area così delicata come quella della gestione della crisi, ha generato, oltre ai pressanti inviti volti a far intervenire al più presto il legislatore penale, numerosi tentativi di adattare le figure del diritto penale tradizionale ai nuovi istituti della riforma fallimentare.

(*) A cura di Gianluca Minniti.

Nell'inerzia normativa, ci si trova, pertanto, oggi ad affrontare, potendo far conto solamente sugli strumenti del 1942, una serie consistente di fallimenti conseguenti a maldestri (e, a volte, dolosi) tentativi di soluzione della crisi.

Se gli approdi delle riflessioni dottrinali appaiono sufficientemente saldi in relazione alle sanzioni penali da applicare all'imprenditore che ricorre indebitamente ai nuovi strumenti di soluzione della crisi, maggiori dubbi sussistono con riferimento alla nuova figura creata dal legislatore della riforma: quella del professionista che attesta i piani di cui agli articoli 67, 160 e 182 *bis* L.F.

Pur essendo la monografia dedicata in particolar modo ai piani di risanamento di cui all'art. 67, comma 3, L.F., si deve preliminarmente evidenziare – specie a seguito del nuovo intervento del legislatore della riforma – che, pur sussistendo evidenti diversità in ordine all'oggetto dell'attestazione, gli esperti introdotti nella legge fallimentare devono essere scelti secondo i medesimi criteri e sono soggetti alle medesime responsabilità.

A riguardo appare convincente la tesi di chi⁽¹⁾, pur sottolineando il differente oggetto delle attestazioni, ne valorizza l'identità di funzione, consistente nel controllo della tenuta di un piano da altri predisposto.

Tale funzione ha, inevitabilmente, una ricaduta anche nella forma e nei contenuti del lavoro di attestazione, che non può prescindere dall'esposizione dell'analisi dei vari elementi di cui si compone il piano, dalla specificazione dei criteri seguiti, ed, infine, da un articolato giudizio professionale, che ha un contenuto evidentemente prognostico.

Prima di affrontare la questione relativa all'esistenza ed all'ampiezza del presidio penale che sanzioni la c.d. "attestazione - *wonderbra*", ossia quella relazione, che – come una sorta di *push up*⁽²⁾ – magnifici agli occhi dei creditori un piano in realtà claudicante, se non addirittura irrealizzabile, occorre evidenziare che la stessa, qualsiasi sia l'ambito in cui si esplica (piano di risanamento, accordo di ristrutturazione o concordato preventivo), si compone di due momenti fondamentali.

Da un lato, l'esperto deve, in primo luogo, attestare la correttezza e l'affidabilità dei dati (economici, patrimoniali e finanziari) che

⁽¹⁾ S. Fortunato, *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d'impresa*, in *Il Fallimento*, 2009/8, 889.

⁽²⁾ La definizione è stata coniata da W. Mapelli, nel corso dell'intervento al convegno di Capri organizzato, nell'ottobre 2009, dall'Istituto dei curatori fallimentari.

l'imprenditore assume quale fondamento del proprio progetto e, dall'altro, una volta verificata l'attendibilità degli stessi, deve giudicare la "ragionevolezza", "attuabilità" o "fattibilità" del progetto medesimo.

Il duplice risultato dell'attività dell'esperto ha una immediata ricaduta anche in ambito penalistico con riferimento alla possibile rilevanza di una falsa attestazione.

A tal riguardo, occorre far riferimento all'art. 373 c.p., che sanziona i falsi commessi dal "perito o l'interprete nominato dall'Autorità giudiziaria". Al di là delle (forti) perplessità circa la possibilità di applicare tale previsione agli esperti della legge fallimentare (su cui ci si soffermerà nel prosieguo), giova evidenziare che questa disposizione colpisce due condotte differenti: "dare pareri o interpretazioni mendaci" e "affermare fatti non conformi al vero".

Mentre le valutazioni in ordine alla genuinità delle affermazioni del perito sui fatti oggettivi non presentano particolari criticità, ben più complesse sono le questioni che si pongono in merito al mendacio nei pareri o nelle interpretazioni.

In particolare, più l'opera del perito si discosta da quegli ambiti caratterizzati dall'utilizzo di parametri valutativi ben definiti o da tecniche unanimemente riconosciute, e più diventa difficile tacciare di falsità un'attività avente un elevato contenuto discrezionale.

In quest'ultimo caso, l'accusa dovrebbe, infatti, dimostrare che l'esperto ha reso un giudizio contrastante con il proprio intimo convincimento, con quanto ritiene essere l'effettiva verità.

Adattando la teoria generale allo specifico ambito degli esperti nelle procedure concorsuali e pre-concorsuali, si perviene al risultato di dover limitare la tutela penale con riferimento a quella parte di attestazioni avente ad oggetto la veridicità dei dati forniti dall'imprenditore e, tutt'al più, a quelle valutazioni prognostiche che si fondano su dati fattuali agevolmente riscontrabili (si pensi, ad esempio, alle valutazioni in ordine all'esito di piani aventi un contenuto meramente liquidatorio).

Ben difficilmente si potrà, pertanto, ipotizzare una qualunque sanzione penale con riferimento alle previsioni richieste ai professionisti in relazione al successo di un piano di ristrutturazione complesso, atteso l'elevato contenuto discrezionale che caratterizza, in genere, questo tipo di giudizi.

Una volta delimitata l'area del possibile intervento penale, occorre soffermarci sulla (non facile) individuazione delle fattispecie rilevanti, non avendo la riforma ripreso la previsione contenuta nel testo della Commissione Trevisanato, che prevedeva espressamente una sanzione sia

per le false informazioni che per le condotte fraudolente commesse nel corso delle procedura.

Un'espressa previsione repressiva è prevista esclusivamente con riferimento al concordato preventivo, laddove l'art. 236 L.F. punisce, con struttura soggettiva a dolo specifico, le infedeltà dichiarative finalizzate all'ammissione alla procedura. È, pertanto, ipotizzabile la responsabilità dell'attestatore a titolo di concorso con l'imprenditore che elabori un piano dolosamente preordinato ad ingannare i creditori, anche se l'ambito di effettiva applicazione di tale norma – nonostante le aperture fatte registrare dalla Suprema Corte con riferimento alle condotte punibili⁽³⁾ – è fortemente ristretto, potendo la stessa colpire esclusivamente gli imprenditori individuali e non anche i rappresentanti societari⁽⁴⁾.

Nell'intento di individuare una soluzione che potesse ricomprendere tutte le tipologie di esperti, si è ipotizzato di poter censurare l'infedele rappresentazione facendo ricorso alla disciplina sulle false attestazioni sociali, in forza del richiamo contenuto nell'art. 223, comma 2, n. 1, agli artt. 2621 e 2622 del codice civile⁽⁵⁾. Tale interpretazione non ha, però, trovato il favore della dottrina, che ha ritenuto la citata disciplina inapplicabile alle attestazioni rese in sede concorsuale, in quanto le stesse non sarebbero “*dirette al pubblico*”, bensì esclusivamente alla comunità dei creditori, che, per quanto vasta, è sempre circoscrivibile⁽⁶⁾.

Maggiori consensi si registrano, invece, riguardo alla possibilità di contestare all'attestatore il concorso (“*per consiglio di ordine tecnico*”) nel reato di bancarotta semplice per aggravamento del dissesto, punito dall'art. 217, comma 1, n. 4 L.F.⁽⁷⁾. A riguardo si sottolinea che la circostanza che tale fattispecie richieda la dimostrazione del nesso causale con l'incremento delle passività non comporta particolari difficoltà applicative, essendo assai probabile, per effetto del ricorso a soluzioni alternative al fallimento,

⁽³⁾ Secondo Cass. Pen., sez. V, 26 gennaio 2000, rv 215721, tutte le alterazioni dell'attivo o del passivo (comprese l'omessa indicazione di debiti o la sopravvalutazione di beni) integrano il predetto reato.

⁽⁴⁾ G.C. Sandrelli, *Prime considerazioni sui riflessi della legge 80/05 sul comparto penale della legge fallimentare*, in *Il Fallimento*, 2005/10, 1208.

⁽⁵⁾ M. Gabello, *Il nuovo concordato preventivo, le novità della riforma e prime applicazioni giurisprudenziali*, in *il caso.it*, n. 43/2006.

⁽⁶⁾ G.C. Sandrelli, *Prime considerazioni*, op. cit.

⁽⁷⁾ D. Costa, *L'accordo di ristrutturazione, possibili profili penali*, intervento al convegno organizzato dall'Associazione Culturale dei Dottori Commercialisti di Monza, 28 novembre 2007, *inedito*.

l'incremento del passivo dovuto ai costi professionali ed agli interessi, nonché la possibile prescrizione di azioni revocatorie ed il "consolidamento" di ipoteche ed altre garanzie. Al contrario, la punibilità anche a titolo di semplice colpa può certamente facilitare il lavoro dell'accusa, che non dovrà confrontarsi con le difficoltà di dimostrare la volontà in capo all'attestatore di agevolare disegni criminosi dell'imprenditore⁽⁸⁾.

In relazione a quelle attestazioni che, pur non conducendo al dissesto, traggono in inganno uno o più creditori, si ritiene applicabile, valorizzando la prospettiva "privatistica" della riforma, il reato di truffa, sempre che ne sussista il presupposto oggettivo degli artifici o raggiri⁽⁹⁾. Ben difficilmente, però, tale disposizione potrebbe rivelarsi utile in relazione a quei piani di risanamento *ex art 67 L.F.* che hanno una mera rilevanza interna e che non vengono resi pubblici, se non nel caso di successivo esercizio dell'azione revocatoria in sede fallimentare.

Quanto ai più specifici reati che puniscono le falsità, in dottrina si registrano prese di posizioni contrastanti.

Un primo orientamento, che è andato facendosi minoritario a seguito del D.L. n. 5/2006, ritiene applicabile alle attestazioni l'art. 373 c.p., che punisce la falsa perizia o interpretazione.

A favore dell'applicabilità di tale disciplina, si valorizza il richiamo effettuato dall'art. 67, comma 2, lett. d), L.F. all'art. 2501 *bis*, comma 4, c.c., ritenendo riduttivo interpretare tale richiamo come riferito esclusivamente alle modalità di redazione delle attestazioni⁽¹⁰⁾. Questa opzione è divenuta, però, difficilmente praticabile, dopo che, a seguito del nuovo intervento riformatore, è venuta meno la nomina giudiziaria degli esperti, anche con riferimento ai piani di cui all'art. 67 L.F.⁽¹¹⁾. La giurisprudenza di merito ha, infatti, escluso, con argomentazioni condivisibili, che la scelta del professionista sia di competenza del Tribunale, anche nel caso di attestazione di un piano *ex art. 67*, comma 4,

⁽⁸⁾ Qualora si pervenisse a dimostrare l'intento doloso (ad es. per via della finalità di far decorrere i termini per l'esercizio di azioni revocatorie), si renderebbe applicabile il reato di causazione del fallimento per effetto di operazioni dolose (art. 223, comma 2, n. 2, L.F.).

⁽⁹⁾ L.G. Bruno, *Le responsabilità civili e penali degli organi amministrativi e di controllo nella gestione della crisi d'impresa e nell'insolvenza*, in *Il Fallimento*, 2008/10, 1130.

⁽¹⁰⁾ L. Troyer, *La responsabilità penale del professionista*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2006, 372; D. Costa, *L'accordo di ristrutturazione*, op. cit.

⁽¹¹⁾ Insolera, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi di impresa*, in *GCO*, 2006, I, 469.

lett. d) predisposto da una società per azioni o in accomandita per azioni⁽¹²⁾.

Vi è, per contro, chi sostiene l'applicabilità degli artt. 479 e 480 c.p., sottolineando che l'attestatore non può essere relegato nella sfera privatistica, in considerazione della sua essenziale funzione certificativa, a sostegno della funzione pubblica⁽¹³⁾. Neanche tale ipotesi trova, però, molte adesioni in dottrina⁽¹⁴⁾, escludendosi che l'attestazione, in assenza di una nomina pubblica del professionista, possa costituire manifestazione di volontà riconducibile allo svolgimento della giurisdizione. In tale direzione, si valorizza anche la circostanza che la riforma abbia confermato la tradizionale specifica attribuzione della qualifica di pubblico ufficiale in relazione al curatore ed al commissario giudiziale⁽¹⁵⁾.

Maggiori adesioni hanno ottenuto le proposte di sanzionare l'attestatore infedele facendo ricorso alla fattispecie di cui all'art. 483 c.p., in base al fatto che la relazione, diretta anche all'Autorità giudiziaria, è “*destinata a provare la verità*”⁽¹⁶⁾, ovvero in base all'art. 481 c.p., ritenendo che l'attestatore rientri tra i soggetti esercenti un “*servizio di pubblica necessità*”⁽¹⁷⁾ e che la sua relazione costituisca un “*documento quasi pubblico*”.

In conclusione, nonostante il mancato intervento di un legislatore penale, che si è mostrato, sino ad oggi, indifferente rispetto alle necessità di riforma, pare a chi scrive che la duttilità delle norme penali fallimentari non lasci senza una adeguata sanzione gli autori di attestazioni viziate da dolo o da colpa grave. Più difficoltosa appare, invece, l'individuazione di una norma che garantisca una sanzione anche a prescindere dal successivo esito fallimentare, dovendosi molto probabilmente ritenere che – in relazione a tale evenienza – il creditore “ingannato” possa far ricorso esclusivamente ai soli rimedi civilistici.

⁽¹²⁾ Tribunale di Brescia, decreto 3 agosto 2007, in www.fallimentitribunalemilano.net e Tribunale di Milano, decreto 16 luglio 2008, in *Il Fallimento*, 2009/1, 75.

⁽¹³⁾ G.C. Sandrelli, *Prime considerazioni*, op. cit.

⁽¹⁴⁾ Sul punto si vedano R. Bricchetti, in Ambrosini, *Le nuove procedure concorsuali*, 651, Torino, 2008.

⁽¹⁵⁾ È un argomento utilizzato da Insolera, *Riflessi penalistici*, cit.

⁽¹⁶⁾ M. Gabello, *Il nuovo concordato preventivo*, op. cit. Sul punto appare possibilista R. Bricchetti, *Le nuove procedure concorsuali*, cit.

⁽¹⁷⁾ La tesi è sostenuta da L. Troyer, *La responsabilità penale del professionista*, op. cit.

Numeri pubblicati

Anno 2007

- nr. 1 L'amministrazione nelle S.r.l. • *Simone Allodi*
- nr. 2 Lo Statuto dei diritti del contribuente • *Alessandro Turchi*
- nr. 3 Finanziamento dei Soci • *Giorgio Zanetti*
- nr. 4 Le norme del codice di procedura civile applicabili al Processo Tributario • *Paolo Brecciaroli*
- nr. 5 Bilancio e misurazione della performance delle organizzazioni non profit: principi e strumenti • *Marco Grumo*
- nr. 6 La normativa Antiriciclaggio. Profili normativi, obblighi ed adempimenti a carico dei dottori commercialisti • *Gian Gaetano Bellavia*
- nr. 7 Limiti dell'informativa societaria e controllo dei bilanci infrannuali • *Roberta Provasi, Daniele Bernardi, Claudio Sottoriva*
- nr. 8 La previdenza nella professione di Dottore Commercialista • *Ernesto Franco Carella*
- nr. 9 L'introduzione dei principi contabili internazionali e il coordinamento con le norme fiscali • *Mario Difino*
- nr. 10 La governance delle società a partecipazione pubblica e il processo di esternalizzazione dei servizi pubblici locali • *Ciro D'Aries*
- nr. 11 Il Consolidato fiscale nazionale (artt. 117-129 TUIR e DM 9 giugno 2004) • *Ambrogio Piccoli*
- nr. 12 Il bilancio sociale nelle piccole e medie imprese • a cura di *Adriano Propersi*
- nr. 13 Le parti e la loro assistenza in giudizio • *Mariacarla Giorgetti*

Anno 2008

- nr. 14 Il nuovo ordinamento professionale: guida alla lettura del d.lgs n. 139 del 28 giugno 2005 • a cura della Commissione *Albo, Tutela e Ordinamento 2005-2007*
- nr. 15 Carta Europea dei diritti del contribuente • a cura della Commissione *Normative Comunitarie 2005-2007*
- nr. 16 Elementi di procedura civile applicati alle impugnazioni del processo tributario • *Mariacarla Giorgetti*
- nr. 17 Il processo di quotazione delle PMI tra presente e futuro: il ruolo del dottore commercialista in questa fase di cambiamento • *Carlo Arlotta*
- nr. 18 Controlled Foreign Companies Legislation: Analisi comparata negli stati comunitari • *Sebastiano Garufi*

- nr. 19 Il codice di condotta EU: Finalità e analisi comparativa a livello europeo • *Paola Sesana*
- nr. 20 Il dottore commercialista e la pianificazione e il controllo nella PMI • *Aldo Camagni, Riccardo Coda, Riccardo Sclavi*
- nr. 21 La nuova relazione di controllo contabile (art. 2409 ter del Codice Civile) • *Daniele Bernardi, Gaspare Insaudo, Maria Luisa Mesiano*

Anno 2009

- nr. 22 L'azionariato dei dipendenti come forma di incentivazione: ascesa e declino delle stock option? • *Vito Marraffa*
- nr. 23 Norme ed orientamenti rilevanti della Revisione Contabile • *Maria Luisa Mesiano, Mario Tamborini*
- nr. 24 Gli accordi giudiziali nella crisi d'impresa • *Cesare Zafarana, Mariacarla Giorgetti, Aldo Stesuri*
- nr. 25 Il bilancio consolidato e le scritture di consolidamento • *Francesco Grasso, Paolo Terazzì*
- nr. 26 Conciliazione e mediazione: attualità legislative e profili operativi • *Aldo Stesuri*

finito di stampare
nel mese di gennaio 2010

3LB srl
Osnago (LC)

nr. 27.

Il Quaderno propone lo studio di un gruppo di colleghi che hanno commentato con visione applicativa la norma dell'art. 67, 3° comma, lettera d), L.F. modificato per effetto D.L. 14 marzo 2005/35, convertito in legge 14 marzo 2005/80 e del D.Lgs 12 settembre 2007, n° 169. Gli accordi che intervengono tra il debitore ed i propri creditori sono di natura privatistica e, se il piano di ristrutturazione economico-finanziario che ne costituisce la base viene giudicato "ragionevole" da un esperto, esenta l'attività conseguente all'applicazione degli accordi stessi dall'azione revocatoria fallimentare.

Tutti i partecipanti al Gruppo di Studio sono componenti della Commissione di Studio Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Milano; collaborano con i giudici delle Sezioni Fallimentari di vari Tribunali, in particolare con quella di Milano.