

La relazione del professionista nel concordato preventivo

SOMMARIO: 1. Aspetti introduttivi. – 2. I nuovi requisiti per la nomina del professionista. 2.1 Il mancato richiamo alle incapacità di cui all'art. 28 l. fall. - 2.2 La controversa nomina delle società di revisione. – 3. Il procedimento di designazione del professionista. – 4. Il contenuto della relazione del professionista attestatore. - 4.1 La veridicità dei dati aziendali. - 4.2 Segue. Le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza. - 4.3 La fattibilità del piano. - 4.4 La necessità di un protocollo nazionale. – 5. Il contenuto della relazione del professionista stimatore. - 5.1 L'individuazione del valore di mercato attribuibile ai beni o diritti oggetto di prelazione. - 5.2 Il momento di riferimento della relazione giurata. – 5.3 Le problematiche connesse all'esistenza ed all'individuazione dei beni o dei diritti sui quali sussiste la causa di prelazione.

1. Aspetti introduttivi.

Documento caratterizzato dalla precipua funzione di attenuare quel disallineamento informativo che si viene a creare tra il ceto creditorio da un lato ed il debitore ricorrente dall'altro, la relazione del professionista costituisce oggi, senza ombra di dubbio, un tema che necessita di una nuova riflessione.

Tuttavia, sul punto, una premessa è, *in limine*, necessaria: nella consapevolezza che l'argomento in rassegna meriti una trattazione ben più organica rispetto alle sole novità che, a decorrere dal 1° gennaio 2008, sono state introdotte, con riguardo alla nomina del professionista, dal decreto correttivo, conviene dedicare a queste ultime la parte iniziale del presente contributo, lasciando a quella conclusiva l'approfondimento dei contenuti che caratterizzano la relazione in oggetto.

Prima di far ciò, occorre però adottare sin da ora una convenzione terminologica distinguendo tra la figura del professionista che può essere definito “attestatore” o “certificatore” – riferendosi con tale espressione a quel soggetto che a norma dell'art. 161, co. 3, l. fall., rilascia sia il

giudizio di veridicità dei dati aziendali, sia il pronostico di fattibilità del piano – e quella del professionista cosiddetto “stimatore” – inteso, invece, come colui che, ai sensi dell’art. 160, co. 2, l. fall., esprime il parere di congruità in merito al valore di mercato dei beni e dei diritti sui quali sussiste la causa di prelazione in relazione a quei crediti privilegiati oggetto di soddisfacimento non integrale.

Infatti, nonostante differenti siano gli scopi ed i contenuti delle due relazioni, entrambe le suddette figure presentano, a decorrere dal 1° gennaio 2008 – data di entrata in vigore del d.lgs. n. 169/2007 – un elemento in comune: si tratta di “*un professionista in possesso dei requisiti di cui all’art. 67, terzo comma, lett. d) l. fall.*”, in luogo della previgente disciplina che, limitatamente al solo soggetto “attestatore” – essendo lo “stimatore” il risultato dei cambiamenti apportati dal decreto correttivo – richiedeva la presenza di un “*professionista di cui all’art. 28 l. fall.*”¹.

Senonché, le novità introdotte dall’ultimo intervento legislativo impongono l’esame di almeno due aspetti controversi:

a) il primo, concernente l’indicazione della scelta del professionista tanto “attestatore” quanto “stimatore”, che risponde alla domanda quali requisiti deve possedere tale professionista;

b) il secondo inerente, invece, il procedimento di designazione dello stesso volto a dare una soluzione al quesito chi nomina i suddetti soggetti, come lo fa, e quando, da un punto di vista temporale, deve essere operata una simile scelta.

Mentre il paragrafo che segue sarà dedicato alle problematiche concernenti il primo profilo, a quello successivo sarà, invece, demandato il compito di approfondire gli aspetti inerenti la procedura di individuazione del professionista.

2. I nuovi requisiti per la nomina del professionista.

A norma dell’art. 160, co. 2, l. fall., nonché del successivo art. 161, co. 3, l. fall., la scelta del soggetto “stimatore”/“attestatore” deve ricadere su

¹È alquanto evidente che nell’introdurre tale novità il legislatore ha inteso uniformare ed omogeneizzare i requisiti di nomina. L’intervento normativo, infatti, non si è limitato alla sola disciplina inerente il concordato preventivo, ma ha coinvolto anche quella degli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall., nonché quella del piano di risanamento stragiudiziale attestato di cui all’art. 67, co. 3, lett. d), l. fall.

di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, co. 3, lett. d), l. fall. e, pertanto, su di un soggetto iscritto nel registro dei revisori contabili rientrante per di più nelle categorie professionali di cui all'art. 28, lett. a) e b), l. fall., in quanto avvocato, dottore commercialista, ragioniere commercialista, nonché studio professionale associato o società tra professionisti, a condizione che i soci di queste ultime appartengano alle categorie professionali di cui sopra, e che all'atto dell'accettazione dell'incarico, venga designata la persona fisica responsabile della procedura ².

Tuttavia, se da un lato il richiamo alle sole lett. a) e b) del primo comma e non più all'intero disposto della norma dettata in tema di nomina del curatore fallimentare esclude, a differenza dell'astratta possibilità di cui alla previgente disciplina, che possano essere nominati, in qualità di professionista "attestatore", coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni dando prova di adeguate capacità imprenditoriali purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di fallimento (art. 28, lett. c), l. fall.), dall'altro lo stesso lascia irrisolti tutta una serie di problemi, che solo la ricostruzione della dottrina e l'interpretazione della giurisprudenza potranno sciogliere.

Peraltro, il rinvio disposto dall'art. 160 l. fall. all'art. 67, co. 3, lett. d), l. fall., esclude che per la predisposizione della relazione di stima di cui alla prima di tali norme possa essere nominato – nell'ipotesi di perizie relative a beni immobili – un ingegnere, un geometra, un architetto o un agronomo, nonostante l'esigenza di un'adeguata e specifica competenza merceologica lo imporrebbe.

² L'introduzione di tale novità non poteva non essere accolta con favore dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, il quale nella Circolare n. 3/IR del 23 giugno 2008 (pubblicata in *Professionisti e fallimento*, inserto a *Il Sole 24 Ore*, 23 giugno 2008, p. 5) – dettata in tema di piano di risanamento stragiudiziale attestato – ha sottolineato come la stessa sia coerente sotto molteplici punti di vista:

- a) della perizia e della formazione del professionista, dal momento che la duplice iscrizione assicura all'attestatore "*precipue competenze nelle materie relative al diritto societario e alla crisi di impresa, alla amministrazione e all'organizzazione aziendale*";
- b) della professionalità, in quanto l'iscrizione all'albo si consegue con il superamento di un esame di Stato finalizzato "*all'accertamento del possesso di conoscenze teoriche e pratiche nelle materie giuridiche e aziendali*";
- c) della correttezza professionale, stante la sottoposizione dei soggetti iscritti agli albi alla vigilanza di enti pubblici, quali sono per l'appunto gli ordini professionali, nonché al rispetto "*di precipue regole deontologiche che ne uniformano l'agire nell'ottica del decoro e della dignità della professione di appartenenza, così come sancito dall'articolo 2229 del Codice civile*".

Una simile scelta dell'estensore del decreto correttivo suscita, conseguentemente, non poche perplessità dal momento che il revisore contabile, presentando un profilo tecnico maggiormente in linea con l'individuazione del valore di mercato di crediti, ovvero di complessi aziendali, potrebbe non possedere quelle adeguate capacità tecnico-professionali e quella necessaria esperienza richieste per la valutazione di alcuni tipi di beni, quali, ad esempio, edifici, aree fabbricabili, ovvero giacenze di magazzino.

Pertanto, per la stima di beni appartenenti ad una delle sopra citate categorie, è inevitabile che il revisore contabile sarà costretto a ricorrere all'ausilio di altri professionisti meglio vocati a tali tipologie di valutazioni, anche se la responsabilità di quanto attestato nella relazione rimarrà completamente in capo allo stesso.

2.1. Il mancato richiamo alle incapacità di cui all'art. 28 l. fall.

A differenza della previgente disciplina, il mancato richiamo, da parte dei "corretti" artt. 160 l. fall., per quanto concerne il professionista "stimatore", e 161 l. fall. per quello "attestatore", della previsione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 28 l. fall. – che si ricorda, preclude la possibilità di nominare curatore fallimentare – *ergo*, per quanto qui rileva, "stimatore" o "attestatore" – il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado del fallito, i creditori di quest'ultimo, chiunque si trovi in conflitto di interessi con il fallimento, ed infine chi ha concorso al dissesto dell'impresa durante i due anni anteriori alla dichiarazione di insolvenza – fa sorgere il fondato dubbio se tali soggetti debbano ancora ritenersi esclusi dalla predisposizione delle relazioni in oggetto.

Infatti, l'assenza di un esplicito rinvio alle incapacità di cui all'art. 28, ult. co., l. fall., se da un lato può essere superato con riguardo alle figure dell'interdetto e dell'inabilitato, in quanto questi ultimi sono soggetti ad un'incapacità generale che deriva dall'impossibilità stessa di adempimento dell'incarico, dall'altro obbliga l'interprete ad immergersi nel delicato tema del grado di indipendenza del professionista.

In particolar modo, se si prende avvio da un'analisi iniziale di tale problematica, che si limiti a prendere in considerazione i rapporti esterni fra soggetti terzi ed il professionista sia "attestatore" che "stimatore", escludendo pertanto ed in un primo tempo qualsiasi indagine relativa al rapporto interno tra questi ultimi due, vi è da chiedersi se tanto l'uno, quanto l'altro debbano essere individuati in un soggetto differente:

- a) da colui che è legato da vincoli di parentela con l'imprenditore;
- b) dal professionista che abbia ricevuto da quest'ultimo un mandato professionale di assistenza e consulenza continuativa e generica;

- c) dal professionista incaricato dal debitore di redigere il piano di ristrutturazione dei debiti ovvero il ricorso di concordato preventivo³;
- d) da chi, essendo un associato o un collaboratore di studio del professionista che fornisce assistenza e consulenza continuativa e generica all'imprenditore ovvero che ha ricevuto da quest'ultimo l'incarico di predisporre il ricorso o il piano di ristrutturazione dei debiti di cui al concordato preventivo, è legato al suddetto professionista da rapporti giuridici di natura professionale;
- e) da colui che si caratterizza per un vincolo che si potrebbe definire "para-professionale" con il debitore, in quanto amministratore, revisore contabile, ovvero sindaco della società in concordato o di altra società appartenente al medesimo gruppo societario;
- f) da chi, più in generale e al di fuori delle ipotesi di cui sopra, si trovi comunque in contrasto con la procedura in quanto portatore di un interesse non coincidente con quello della generalità del ceto creditorio.

Senonché, corre l'obbligo di segnalare come un'analisi più approfondita della tematica in oggetto evidenzia un secondo grado di indipendenza, volto da indagare, sotto il profilo dei rapporti interni, la sussistenza di un'eventuale incompatibilità qualora la qualifica di professionista "attestatore" e quella di professionista "stimatore" vengano a cumularsi in capo ad un unico soggetto.

Un simile dubbio si origina, infatti, non tanto in virtù del fatto che la relazione del professionista "stimatore" è giurata – e riguarda la determinazione, nell'ipotesi di liquidazione, del valore di mercato dei beni o dei diritti sui quali insiste la prelazione – mentre quella del professionista "attestatore" non richiede una tale asseverazione giurata – limitandosi semplicemente ad un giudizio in ordine alla realizzazione dei valori inseriti nel piano concordatario – quanto piuttosto in considerazione della circostanza che l'estensore della relazione attestativa di cui all'art.

³ Anche se a giudizio di chi scrive tale conclusione dovrebbe essere limitata al solo professionista "attestatore", dal momento che parrebbe corretto ritenere che il professionista "stimatore" – sempreché il medesimo sia in possesso dei requisiti previsti dall'art. 67 l. fall. – non necessariamente debba essere un soggetto differente da colui che predisporre il ricorso alla procedura, ovvero il piano concordatario, non ravvisandosi fra i due diversi incarichi alcuna incompatibilità e ben potendo il professionista di cui all'art. 160 l. fall. condividere, in sede di stesura della relazione giurata, i risultati e le scelte a cui egli stesso è pervenuto nella formulazione del piano medesimo.

161, co. 3, l. fall. non può che essere, in forza dell'orientamento giurisprudenziale formatosi successivamente alla novella del marzo 2005⁴, un professionista terzo indipendente, e, pertanto, del tutto estraneo alla predisposizione del piano di ristrutturazione dei debiti.

A tal proposito, è invece alquanto evidente che chi viene chiamato a pronunciarsi in ordine al valore di mercato che giustifica l'incapienza del bene o del diritto posto a garanzia del creditore privilegiato non possa il più delle volte prescindere dalle condizioni che caratterizzano il caso di specie e pertanto dalla collocazione del bene all'interno del piano concordatario.

Il professionista di cui all'art. 160 l. fall. non deve, in realtà, limitarsi ad un giudizio di apparente stima dei beni, ma deve andare oltre, prendendo in considerazione la loro effettiva liquidabilità in rapporto alle condizioni del mercato locale ed alle caratteristiche degli stessi, nonché in relazione ai tempi che nel piano medesimo sono stati previsti per addivenire alla cessione dei beni o al realizzo dei suddetti diritti.

Ciò premesso, va da sé che ragioni legate ad un'interpretazione sistematica del nuovo terzo comma dell'art. 161 l. fall. ed all'opportunità di assicurare terzietà al soggetto incaricato di svolgere il controllo sul piano concordatario formulato dal debitore, indurrebbero a ritenere che debba esistere una sorta di "sdoppiamento" fra la figura del professionista "attestatore" e quella dello "stimatore", anche se altrettanto valide ragioni di snellezza operativa e di economia procedurale dovrebbero spingere verso la diversa direzione di fornire al quesito in merito alla possibilità di accordare ad uno stesso professionista l'incarico tanto della relazione giurata di cui all'art. 160 l. fall., quanto di quella attestativa ex art. 161, co. 3, l. fall., risposta affermativa; e ciò soprattutto in forza del mancato richiamo, ad opera del decreto correttivo, dell'ultimo comma del previgente art. 28

⁴ V., quali *obiter dictum*, Trib. Milano, 8 ottobre 2007, in www.fallimentitribunale-milano.net, che nel dichiarare inammissibile il ricorso di concordato preventivo aveva evidenziato, nel caso di specie e tra le altre cose, come la relazione del professionista fosse pervenuta da un soggetto che non aveva dichiarato di possedere i requisiti previsti dall'art. 28 l. fall.; Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Il fallimento*, 2006, 574, secondo il quale il professionista doveva essere "terzo" rispetto alla società; Trib. Milano, 7 novembre 2005, *ivi*, 2006, 51, che aveva concluso ritenendo che la redazione di una relazione da parte di un professionista privo dei requisiti di cui all'art. 28, co. 2, l. fall. – trattandosi nella fattispecie esaminata di un soggetto che in passato aveva ricoperto la carica di componente del consiglio di amministrazione della società debitrice e che per di più risultava iscritto negli elenchi dei creditori della ricorrente – producesse una mera irregolarità della domanda di ammissione, e pertanto, come tale, sanabile in un momento successivo, e non anche una condizione di validità del ricorso.

l. fall., il quale precludeva a chi si trovava in conflitto di interessi con la procedura di ricevere l'incarico di predisporre la relazione in ordine alla veridicità dei dati aziendali ed alla fattibilità del piano.

Tuttavia, qualora l'estensore della relazione *ex art.* 161 l. fall. dovesse essere un soggetto diverso rispetto a quello a cui è stato demandato il compito di procedere alla relazione giurata prevista dall'art. 160 l. fall., va da sé che al primo competerà il controllo, nell'ambito dell'attestazione di veridicità dei dati aziendali, non solo della sussistenza dei beni oggetto di perizia, ma anche della correttezza del valore indicato in quest'ultima.

2.2 La controversa nomina delle società di revisione.

Assai complesso si presenta altresì il quadro inerente la possibile nomina delle società di revisione. Con riguardo al piano di risanamento stragiudiziale attestato – ma le medesime conclusioni possono essere trasferite anche all'istituto del concordato preventivo – il Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili⁵, ha escluso che le sopra citate società possano essere ritenute soggetti idonei ad assumere l'incarico di professionista di cui all'art. 67, co. 3, lett. d), l. fall.

Una tale conclusione sarebbe, infatti, una diretta conseguenza del fatto che in virtù del d.lgs. n. 88/1992 nelle società di revisione costituite nella forma di società semplice, società in nome collettivo e società in accomandita semplice solo la maggioranza numerica e per quote e non anche la totalità dei soci necessita di essere iscritta nel registro dei revisori, mentre in quelle di capitali l'iscrizione è subordinata al fatto che la maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria spetti a persone fisiche anch'esse iscritte nel suddetto registro. Il che tuttavia non esclude, a giudizio di chi scrive, che vi possa sempre essere una società di revisione costituita nella forma di società di capitali in cui tutti i soci siano revisori contabili, oltre che professionisti di cui alla lett. a) dell'art. 28 l. fall., e pertanto sussistano i requisiti per la nomina⁶.

⁵ V. Circolare n. 3/IR del 23 giugno 2008, cit., p. 6 e 7.

⁶ In senso sostanzialmente conforme v., anche, FALCONE, *La "gestione privatistica dell'insolvenza" tra accordi di ristrutturazione e piani di risanamento*, in *La nuova legge fallimentare "rivista e corretta"*, a cura di Bonfatti e Falcone, Milano, 2008, p. 321, per il quale l'opzione della società di revisione, seppur con le limitazioni di cui alle lettere a) e b) dell'art. 28 l. fall., non parrebbe essere esclusa proprio da quest'ultima norma, ed in particolar modo dalla lettera b) della stessa, la quale fa riferimento alla possibilità che il professionista sia una società.

Diversamente, in virtù di quanto disposto dall'art. 2 d.l. n. 223/2006, potrebbero assumere l'incarico *de quo*, e quindi nella fattispecie in esame il ruolo di professionista "attestatore"/"stimatore" – sempre in forza di quanto affermato dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili – anche le società di professionisti multidisciplinari costituite secondo la forma giuridica delle società di persone, purché i soci delle medesime siano iscritti negli albi professionali indicati dalla suddetta lett. a) dell'art. 28 l. fall. ed i professionisti chiamati a svolgere l'incarico siano iscritti nel registro dei revisori contabili tenuto presso il Ministero della giustizia.

Al riguardo, corre però l'obbligo di rilevare come quest'ultima osservazione del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili non sia del tutto coerente con il disposto dell'art. 67, co. 3, lett. d), l. fall., richiamato in tema di concordato preventivo dagli artt. 160 e 161 l. fall. La prima di tali norme, in realtà, nel richiedere che l'"attestatore" della ragionevolezza del piano di risanamento, oltre ad appartenere ad una delle categorie professionali indicate alle lett. a) e b) dell'art. 28 l. fall., sia anche iscritto nel registro dei revisori contabili, impone, a giudizio di chi scrive, nell'ipotesi in cui il professionista sia una società tra professionisti anche multidisciplinare, che tutti i soci di quest'ultima, e non solo quelli chiamati a svolgere l'incarico, soddisfino il duplice requisito di cui sopra.

Non bisogna mai confondere, infatti, i requisiti della nomina con l'individuazione del soggetto responsabile della "procedura": nella fattispecie in esame ad essere nominata è esclusivamente la società tra professionisti, con l'ovvia conseguenza che è quest'ultima, oltre ovviamente alla persona fisica responsabile della procedura, a dover possedere contemporaneamente i due requisiti di nomina indicati dal sopra menzionato art. 67, co. 3, lett. d), l. fall.

3. Il procedimento di designazione del professionista.

Al pari di quanto precisato poc'anzi la disamina della problematica in oggetto si prefigge lo scopo di rispondere alle domande: chi sceglie il professionista, come lo individua e per di più quando lo nomina.

Se con riguardo a quest'ultimi due aspetti è alquanto evidente che la designazione dell'"attestatore"/"stimatore" deve avvenire prima del deposito del ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, conferendo ad un soggetto in possesso dei requisiti previsti dalla legge un mandato professionale, in relazione alle società di persone, si

sottolinea come la nomina espressa dalla società non possa prescindere dal rispetto della disciplina statutaria in ordine all'amministrazione ed alla rappresentanza della medesima ⁷.

Più difficile, rispetto all'indagine fino ad ora condotta, è, invece, rispondere alla prima delle suddette domande – vale a dire chi individua il professionista – anche se, ad avviso di chi scrive, anticipando le conclusioni a cui si perverrà nel prosieguo, la scelta deve ricadere sull'imprenditore e non anche, come sarebbe stato preferibile per ragioni di imparzialità, sull'autorità giudiziaria.

Tuttavia, mentre nessuna perplessità era sorta, prima dell'entrata in vigore del decreto correttivo, in ordine alla fondatezza di una simile conclusione, stante il generico rinvio all'art. 28 l. fall. operato dall'art. 161 l. fall., qualche dubbio interpretativo circa una possibile designazione ad opera del Tribunale in luogo dell'imprenditore può oggi essere sollevato

⁷Peraltro, quanto al procedimento di designazione del professionista stimatore nessun problema si dovrebbe porre in ordine ad un'eventuale legittimazione del socio illimitatamente responsabile con riguardo ai beni appartenenti alla sfera personale del medesimo, non potendosi certo ipotizzare che questi ultimi possano essere messi a disposizione del concordato. Nel vigore della previgente disciplina, la Suprema Corte, muovendo dalla considerazione che le regole contenute negli artt. 147 e 154 l. fall., sull'estensione del fallimento e del concordato fallimentare ai soci illimitatamente responsabili e quindi a soggetti privi della qualifica di imprenditore commerciale, fossero norme a carattere eccezionale di per sé non suscettibili di applicazione analogica, era giunta ad affermare che l'ammissione di una società di persone alla procedura concorsuale minore di concordato preventivo non comportava l'automatico assoggettamento alla stessa anche dei suoi soci illimitatamente responsabili (v. Cass., 1 luglio 1992, n. 8097, in *Il fallimento*, 1993, 27; Cass., 3 aprile 1987, n. 3229, *ivi*, 1987, 1045; Cass., 30 agosto 2001, n. 11343, in *Dir. fall.*, 2001, II, 1144 con nota di Russo). Tali considerazioni possono oggi ritenersi valide anche alla luce delle modifiche apportate dalla riforma del diritto fallimentare, la quale, all'art. 161, co. 2, lett. d), l. fall., richiede, al fine di consentire ai creditori sociali di esprimere un consenso il più possibile informato in ordine alla convenienza della proposta concordataria, che a quest'ultima sia allegato, tra l'altro, anche un prospetto da cui risulti il valore dei beni e l'elenco dei creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili (così Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, in *Il fallimento*, 2005, 793, 798 e 800). Conseguentemente, proprio come avveniva nel vigore dell'abrogata disciplina, l'esdebitazione concerne unicamente i debiti sociali, mentre i creditori particolari del socio conservano impregiudicati i propri diritti e possono agire esecutivamente sui beni personali dei soci debitori (conf., in giurisprudenza, Cass., 3 aprile 1987, n. 3229, *loc. cit.*, 1045; Cass., 8 novembre 1984, n. 5642, in *Giur. comm.*, 1985, II, 298; Cass., 23 dicembre 1977, n. 5719, in *La legge plus*; Trib. Bergamo, 15 marzo 1997, in *Il fallimento*, 1997, 1041; Trib. Messina, 1 febbraio 1996, *ivi*, 1996, 600; Trib. Roma, 9 marzo 1982, in *Dir. fall.*, 1982, II, 1169 con nota di Di GRAVIO; Trib. Padova, 9 dicembre 1978, in *Il fallimento*, 1979, 537; in dottrina Lo CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2002, p. 400 ss.).

alla luce del rinvio disposto dalle norme in commento all'art. 67, co. 3, lett. d), l. fall.

Antecedentemente le modifiche apportate dall'ultimo intervento normativo, in ordine al piano di risanamento stragiudiziale attestato, parte della dottrina aveva, infatti, concluso che il rinvio operato da quest'ultima disposizione all'attestazione di ragionevolezza di cui all'art. 2501-*bis*, co. 4, c.c., in tema di fusione per incorporazione con indebitamento, finiva in realtà per richiamare il successivo art. 2501-*sexies* c.c., dovendo, in tal modo, la relazione degli esperti essere affidata ad un professionista particolarmente qualificato, un revisore contabile o una società di revisione, con la precisazione che in caso di società per azioni o in accomandita per azioni la designazione competeva al Tribunale del luogo in cui aveva sede la società⁸.

Senonché, la modifica apportata dal decreto correttivo al testo del sopra citato art. 67, co. 3, lett. d), l. fall. – che sostituisce alla precedente versione la quale testualmente recitava: “*la cui ragionevolezza sia attestata ai sensi dell'art. 2501-*bis*, quarto comma, del codice civile*”, la nuova formulazione “*la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'articolo 28, lettere a) e b) ai sensi dell'art. 2501-*bis*, quarto comma, del codice civile*” – induce ad interrogarsi se il rinvio alle disposizioni di cui all'art. 2501-*bis*, co. 4, c.c., operato dalla norma in esame debba ora intendersi limitato al solo contenuto della relazione ovvero se continui a riferirsi al procedimento di designazione dell’“attestatore” chiamato a certificare la ragionevolezza del piano di risanamento stragiudiziale, individuando in tal modo, con un riferimento di diritto positivo, l'obbligatorio ricorso, nella fattispecie di società per azioni ed in accomandita per azioni, alla nomina tribunizia⁹.

⁸ Conf. FERRO, *Sub art. 67 l. fall.*, in *La legge fallimentare*, a cura di Ferro, Padova, 2007, p. 485; BONFATTI, *Il richiamo alle norme in tema di leverage buy out per la nomina dell'esperto*, in BONFATTI e CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, p. 230; D'AMBROSIO, *Sub art. 67 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare* diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna, 2006, I, p. 996; STASI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nella legge fallimentare*, in *Il fallimento*, 2006, p. 866; MANDRIOLI, *La disciplina dell'azione revocatoria nelle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa*, in *La disciplina dell'azione revocatoria*, a cura di Bonfatti, Milano, 2005, p. 170.

⁹ Propendono per la prima delle suddette soluzioni sia il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili (cfr. Circolare n. 3/IR del 23 giugno 2008, cit., p. 5 e 6), per il quale il rinvio di cui sopra si riferisce soprattutto e pressoché esclusivamente al contenuto della relazione, sia talune voci in dottrina (si veda in tal senso

Tuttavia, sul punto, non si può non osservare come a porre in serio dubbio che il rinvio dell'art. 67, co. 3, lett. d), l. fall. al disposto dell'art. 2501-*bis*, co. 4, c.c. sia circoscritto, a seguito delle novità introdotte dal decreto correttivo, al solo contenuto della relazione attestativa senza estendersi anche alle modalità di nomina del professionista, militi la considerazione che ad essere stato oggetto di modifica da parte del legislatore non è tanto il soggetto designatore, quanto i requisiti soggettivi di colui che deve essere scelto.

Infatti, se prima del decreto correttivo la novella per così dire si accontentava di un esperto revisore contabile o società di revisione iscritta nell'apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia, vigente il d.lgs. n. 169/2007 la norma richiede l'attestazione di un professionista non solo iscritto nell'albo dei revisori contabili, ma appartenente per di più ad una delle categorie ordinistiche professionali di cui alla lett. a) dell'art. 28 l. fall., escludendo del pari le società di revisione allorquando tutti i soci di queste ultime, costituite sia nella forma di società di capitali sia in quella di persone, non siano revisori contabili, oltre che professionisti di cui alla sopra citata lettera a) dell'art. 28 l. fall.

Il che conduce chi scrive ad affermare che se il rinvio all'art. 2501-*sexies* c.c. disposto dall'art. 2501-*bis* c.c. valeva sotto il vigore della pre-vigente disciplina, lo stesso non può che ritenersi a tutt'oggi ancora sus-sistente, non essendo stato nel frattempo oggetto di modifica da parte del legislatore del decreto correttivo.

Ciò premesso, e fermo restando quanto sopra affermato, quello che qui interessa al fine di fornire una risposta al quesito *de quo*, è però la considerazione che se da un lato è ben vero, come poc'anzi concluso, che il richiamo da parte dell'art. 67, co. 3, lett. d), l. fall. alle modalità di nomina previste dall'art. 2501-*sexies* c.c. è sopravvissuto alle novità apportate dal decreto correttivo, dall'altro è altrettanto vero che il rinvio disposto dagli artt. 160 e 161 l. fall. – in tema di nomina rispettivamente del professionista “stimatore” e di quello “attestatore” – non è un rinvio *tout court*, e pertanto nella sua interezza, al precetto normativo conte-

Lo Cascio, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica*, in *Il fallimento*, 2008, p. 993, in nota 5), sia ancora una recente pronuncia del Tribunale di Milano del 16 luglio 2008 (in *www.ilcaso.it*) che ha giudicato «sproporzionato» ritenere che l'autorità giudiziaria, nella specie il Presidente del Tribunale, debba procedere alla nomina del professionista nell'ipotesi di cui all'art. 67, co. 3, lett. d), l. fall.

nuto nel suddetto art. 67, co. 3, lett. d), l. fall., ma più semplicemente un rimando che si limita a prendere in esame i soli requisiti del professionista designato ivi contemplati, vale a dire quelli di cui alle lett. a) e b) dell'art. 28 l. fall. oltre che l'iscrizione nel registro dei revisori contabili, senza alcuna espressa intenzione di voler riferirsi anche all'individuazione del soggetto designante ¹⁰.

Escludendo, conseguentemente, ogni estensione all'istituto concordatario della disciplina riguardante il soggetto designatore di cui al 2501-*sexies* c.c. la conclusione è alquanto evidente: la nomina del professionista era – prima del decreto correttivo – ed ancora a tutt'oggi rimane – dopo le modifiche nel frattempo apportate dal d.lgs. n. 169/2007 – una prerogativa esclusiva dell'imprenditore ¹¹ e ciò anche con riguardo alle società per azioni ed in accomandita per azioni, sebbene sul punto l'affiorare di qualche dubbio interpretativo appaia più che lecito.

¹⁰ Peraltro, con riguardo al professionista "stimatore", la norma è frutto di una trasposizione della disciplina dettata in tema di concordato fallimentare. La formulazione dell'art. 160 l. fall. si differenzia tuttavia dalla norma "specchio" di cui all'art. 124 l. fall., per il fatto che il professionista chiamato a predisporre la relazione giurata, non essendo scelto dal Tribunale bensì direttamente dall'imprenditore, rappresenta per l'appunto un soggetto di fiducia di quest'ultimo e non anche di un organo imparziale qual è l'autorità giudiziaria. Che alle origini di una simile scelta da parte del legislatore ci sia stata l'esigenza di evitare il ricorso al giudice competente per gli atti di volontaria giurisdizione – non essendosi ancora radicata, al momento del conferimento dell'incarico, presso il Tribunale fallimentare la domanda di concordato preventivo – non è dato sapere, quello che invece pare maggiormente certo è che a spingere verso una simile direzione abbia contribuito la circostanza che la suddetta nomina deve essere celere al fine di evitare gli effetti dilatori che il ricorso alla designazione da parte dell'autorità giudiziaria potrebbe comportare in taluni tribunali particolarmente congestionati. Peraltro, il fatto che, nell'ambito del concordato preventivo, la nomina del professionista costituisca un atto del debitore ricorrente risponde ad una logica ben precisa. Infatti, mentre nel concordato fallimentare a tale procedura preesiste quella maggiore di fallimento – nella quale il più delle volte vi è già una stima di un perito nominato dal curatore ex art. 87, co. 2, l. fall. – nel concordato preventivo manca in linea teorica un'attrazione dell'incombenza *de qua* alla sfera di competenza del Tribunale fallimentare, essendo il deposito del ricorso evidentemente successivo all'incarico per la stesura della relazione in oggetto.

¹¹ In senso adesivo cfr., anche, Trib. Milano, 16 luglio 2008, cit., che di recente non ha mancato di affermare, quale *obiter dictum*, che nei casi di cui agli artt. 160, co. 2, l. fall. e 161, co. 3, l. fall., il legislatore avrebbe lasciato all'imprenditore la scelta del professionista, nonché, in epoca precedente, Trib. Brescia, 3 agosto 2007, in *www.ilcaso.it*.

4. Il contenuto della relazione del professionista attestatore.

Come noto, la relazione attestativa del professionista, che con le sue certificazioni di fidejussione sostitutiva si pone quale garante della fede pubblica, assume senza ombra di dubbio un ruolo di indiscussa rilevanza al fine di garantire serietà agli innovativi strumenti della disciplina della crisi d'impresa, caratterizzati dalla volontà di privilegiare soluzioni negoziali e giudiziali contraddistinte da sempre maggiori connotati privatistici.

Allo scopo di rafforzare la tutela del ceto creditorio la riforma della legge fallimentare ha, infatti, disposto che il piano di ristrutturazione dei debiti e la documentazione di cui all'art. 161 l. fall., allegata al ricorso di concordato preventivo, debbano essere accompagnati da una corretta radiografia in ordine alla veridicità dei dati aziendali ed alla fattibilità del piano medesimo.

Così come congeniata dalla novella, l'asseverazione di veridicità dei dati aziendali si pone quindi quale condizione prodromica e strumentale alla formulazione del successivo giudizio in merito alla fattibilità del piano; giudizio che essendo un programma di sviluppo necessita per l'ap-punto di fondarsi su dati veritieri il più possibile affidabili ed adeguati.

4.1 La veridicità dei dati aziendali.

Prima di entrare nel merito del contenuto della relazione in esame, occorre innanzitutto comprendere quale sia il corretto significato da attribuire all'espressione «attestare la veridicità».

A tal proposito, non è del tutto inverosimile ritenere che dietro a tale concetto si celi una vera e propria “certificazione” caratterizzata dal riscontro della conformità sostanziale e non anche formale dei dati contabili ed extracontabili contenuti nel piano di ristrutturazione rispetto agli elementi desunti dalle scritture contabili del debitore e dalla ulteriore documentazione oggetto di verifica ¹².

¹² Con la conseguenza che secondo taluni si potrebbe persino giungere a supporre che il compito a cui è chiamato l'esperto consista non tanto nell'esprimere in forma “organica e coerente il piano previsto dal debitore”, quanto piuttosto nel condividerne le scelte, dopo aver effettuato l'analisi di tutta la documentazione messa a disposizione dal medesimo. In tal senso si veda FAZZINI, *Il ruolo del dottore commercialista*, intervento al convegno “Crisi d'impresa e riforma delle procedure concorsuali”, Roma, 5 maggio 2005, p. 46 del dattiloscritto.

In secondo luogo, ci si deve chiedere quale sia l'ambito all'interno del quale debba essere circoscritta l'attestazione di veridicità dei dati aziendali. In altri termini, occorre chiarire cosa s'intenda per dati aziendali, ed in particolar modo se gli stessi comprendano tutti gli elementi contabili forniti dall'imprenditore ovvero solo quelli rilevanti ai fini dell'attuabilità del piano.

Che non tutti i dati contabili del citato imprenditore debbano essere oggetto "*del necessario visto di autenticità da parte del professionista*", limitandosi l'obbligo a prendere in considerazione esclusivamente quelli sui cui il piano si fonda, è apparso pacifico già sulla base dei primi commenti alla riforma¹³, ma è del pari evidente che nell'ambito di un piano i dati in esso contenuti potranno spaziare da quelli di natura meramente contabile a quelli connotati da aspetti più squisitamente aziendali o giuridici, con la conseguenza che il professionista non potrà non tenere nella dovuta considerazione che la sua attestazione dovrà necessariamente estendersi ad entrambi i suddetti elementi¹⁴.

Peraltro, in argomento, non è mancato chi, diversamente, ha ritenuto che l'asseverazione sulla veridicità dei dati non debba limitarsi ad una mera dichiarazione da parte del professionista in ordine alla corrispondenza fra gli elementi utilizzati per la predisposizione del piano e quelli desumibili dalla contabilità generale e aziendale, dovendosi, invece, estendere fino a comprendere un'espressa pronuncia del professionista sul principio di verità di cui all'art. 2423 c.c. – dettato dal legislatore in tema di redazione del bilancio d'esercizio – ancorché ciò non significhi promettere ai destinatari della relazione stessa una verità oggettiva, im-

¹³ Così MISINO, *La relazione prevista dal secondo comma del novellato art. 161 della legge fallimentare - Iniziali riflessioni*, in *www.fallimentonline.it*, p. 7. Infatti, secondo l'orientamento in esame 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*" dal momento che, ad esempio, è impensabile che il professionista incaricato della predisposizione di un piano attesti la veridicità dei dati relativi all'inquadramento contrattuale dei singoli lavoratori alle dipendenze dell'impresa in crisi.

¹⁴ Così ad esempio, nell'ipotesi in cui il piano sia contraddistinto da finalità prevalentemente liquidatorie, la relazione del professionista dovrà attestare l'appartenenza all'impresa dei beni immobili e degli altri cespiti e la libera disponibilità degli stessi, la titolarità in capo alla medesima dei crediti commerciali, finanziari e tributari, compresi nel piano, l'esistenza fisica delle giacenze di magazzino, nonché la proprietà e la legittimità in capo al debitore delle altre generiche componenti attive destinate al soddisfacimento del ceto creditorio. Al riguardo si rinvia a MISINO, *La relazione*, cit., p. 7 e 8.

possibile da raggiungere in presenza di stime e congetture che da sempre caratterizzano il suddetto documento riepilogativo della gestione aziendale ¹⁵.

La tesi, pur meritevole di apprezzamento quanto allo sforzo interpretativo teso a riempire di contenuti concreti l'affermazione generica ed astratta del legislatore della novella, non pare però del tutto convincente e ciò essenzialmente per due ordini di motivazioni. La prima è costituita dal fatto che così argomentando si dimentica che i dati rilevanti ai fini del piano non sono solo quelli contabili emergenti dal bilancio e dalle situazioni patrimoniali infrannuali di riferimento, ma anche quelli extra-contabili. In secondo luogo, contrasta con tale impostazione la lettera del dettato normativo che non pare spingersi fino a richiedere al professionista una pronuncia in ordine alla verità contabile ed alla correttezza delle valutazioni delle poste di bilancio, le quali possono avere presupposti diversi rispetto a quelli necessari ai fini della predisposizione del piano ¹⁶.

Pertanto, in conclusione, a parere di chi scrive, il professionista è chiamato ad attestare, nell'ambito della relazione *ex art.* 161 l. fall., la veridicità non solo dei dati contabili presenti nel piano, ma anche di quelli necessari per l'elaborazione di quest'ultimo e degli eventuali documenti in esso contenuti, quali la serietà e la veridicità, ad esempio, di un'eventuale proposta irrevocabile d'acquisto di beni aziendali, piuttosto che l'esistenza di contratti in essere di fondamentale importanza per la riuscita del piano di ristrutturazione stesso, ivi compresi anche i contratti di affitto e cessione d'azienda o di un ramo della stessa, ovvero di un eventuale portafoglio ordini da evadere, nonché di potenziali sopravvenienze passive, o rischi futuri, non potendo l'esperto prescindere da una necessaria *due diligence*, volta all'attestazione dell'effettiva situazione patrimoniale, finanziaria, ed economica del debitore in prossimità della data di accesso alla procedura concorsuale di concordato preventivo.

Inoltre, muovendo dalla considerazione che l'art. 173 l. fall. – tanto nella versione normativa antecedente il decreto legislativo correttivo,

¹⁵ Cfr. LA CROCE, *La domanda di concordato preventivo e la relazione del professionista*, intervento al convegno "La riforma della legge fallimentare: il nuovo concordato preventivo e gli accordi stragiudiziali", Milano, 14-15 giugno 2005, p. 11 del dattiloscritto.

¹⁶ Si pensi ad esempio al principio del costo a cui è fortemente ancorato il nostro legislatore in tema di valutazioni delle poste di bilancio quando, diversamente, in un piano che preveda la dismissione di beni strumentali non più strategici per l'esercizio dell'attività d'impresa, l'obiettivo sarà quello di evidenziare il più probabile valore di realizzo.

quanto in quella successiva – non è stato soppresso e che del pari l'art. 171 l. fall. continua a porre in capo al Commissario giudiziale l'onerè di apportare all'elenco dei creditori le necessarie modifiche, parte della dottrina è giunta ad escludere, salvo che il piano non preveda un particolare trattamento in relazione a specifiche situazioni debitorie, che l'attestazione di veridicità dei dati rilasciata dal professionista debba necessariamente riguardare le passività dell'impresa¹⁷, ancorché chi scrive ritenga che l'indagine ed il giudizio conclusivo non possano non estendersi fino a ricomprendere le suddette passività, dando in tal modo corso a quella necessaria fotografia della reale situazione economica, patrimoniale e finanziaria del debitore in prossimità della data di accesso alla procedura.

Infine, è doveroso sottolineare come il giudizio di veridicità dei dati aziendali debba estendersi, stante il tenore letterale dell'art. 161, co. 3, l. fall., che impone alla relazione di accompagnare il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti del medesimo articolo, anche all'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale economica e finanziaria dell'impresa, allo stato analitico ed estimativo delle attività, all'elenco nominativo dei creditori, all'elenco dei titolari dei diritti reali o personali di proprietà o in possesso del debitore, al valore dei beni ed all'elenco dei creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili di cui alle lettere a), b), c), e d) dell'art. 161, co. 2, l. fall., essendo questi documenti fondamentali per il successivo riscontro della fattibilità del piano¹⁸.

Senonché, nell'attestare la veridicità dei dati aziendali contenuti nei documenti *testé* elencati, non va dimenticato che il professionista si limita a fornire esclusivamente una ragionevole sicurezza, ovvero un ragionevole convincimento che i medesimi siano, nel loro complesso, esenti da significativi errori o frodi. Conseguentemente, è inevitabile che nella predisposizione della relazione in esame l'estensore corra il rischio intrinseco che alcuni errori significativi contenuti nel piano ovvero nella documentazione di cui sopra, possano non essere individuati nonostante il lavoro sia stato pianificato ed eseguito diligentemente.

¹⁷ COSÌ MISINO, *La relazione*, cit., p. 5; ZOCCA, *Le relazioni attestative del professionista per la procedura di Concordato preventivo*, in *Telos*, n. 16 del novembre 2005, p. 57.

¹⁸ Conf. PACCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, p. 110; MANDRIOLI, *Le relazioni attestative del professionista*, in *Nuovo dir. soc.*, 2006, p. 38 e 39; *contra*, in relazione alla previsione di cui all'art. 161, co. 2, lett. a), l. fall., MISINO, *La relazione*, cit., p. 4.

Al riguardo, corre però l'obbligo di osservare come, il professionista stesso dotandosi, nello svolgimento dei propri accertamenti, di elementi giustificativi, sufficienti, quanto alla loro quantità, ed affidabili o adeguati, quanto alla loro qualità, attinga sempre ad elementi probativi di natura persuasiva e non anche conclusiva – quali, ad esempio, i campioni rappresentativi¹⁹, i documenti ispezionati ed i riscontri avvenuti mediante il metodo della conferma esterna²⁰ – che consentono tuttavia di ridurre ad un livello accettabile il rischio della sua attività di indagine.

Il che significa, in altre parole, che se i riscontri sono stati sufficienti, in termini di quantità, nonché adeguati, affidabili e pertinenti, in termini di qualità, nessuna responsabilità potrà essere addossata al professionista “attestatore”, stante la mancanza dell'identificazione dell'errore.

4.2 (segue) *Le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza.*

Il vuoto normativo lasciato dal legislatore circa la struttura della relazione attestativa del professionista, ha indotto la giurisprudenza di merito – coinvolta nella valutazione delle varie proposte di concordato preventivo presentate a ridosso dell'entrata in vigore della riforma della legge fallimentare – a tentare una difficile ricostruzione dell'istituto allo scopo di eliminare o quanto meno di attenuare tale fattore di instabilità, tracciando così le prime linee guida in ordine al contenuto del documento in oggetto e, soprattutto, alle necessarie indagini che il professionista deve svolgere.

Sul punto, è stato, infatti, precisato che poiché la relazione in esame è diretta a sostituire, in sede di ammissione alla procedura, l'attività istruttoria del Tribunale con riguardo alla veridicità dei dati aziendali, la stessa

¹⁹ Anche se non pochi dubbi sono sorti sulla possibilità di effettuare controlli a campione. Cfr., in argomento, AMBROSINI, *La domanda di concordato preventivo*, in *La riforma della legge fallimentare* a cura di Ambrosini, Bologna, 2006, p. 317; DEMARCHI, *Articolo 161 – Domanda di concordato*, in AMBROSINI e DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, p. 63; CAFFI, *Il concordato preventivo*, in *Il diritto fallimentare riformato* a cura di Schiano di Pepe, Padova, 2007, p. 62; ANTONELLO e PERACIN, *Concordato preventivo. La relazione del professionista sulla veridicità dei dati aziendali e fattibilità del piano*, inserto a *Il Commercialista veneto*, marzo/aprile 2006, p. 8, che ritengono tali campioni non sufficienti, sebbene non sia possibile pretendere un'analisi, non realizzabile nelle imprese di rilevanti dimensioni, di tutti i singoli dati contenuti nel piano.

²⁰ Vale a dire acquisiti sulla base di comunicazioni dirette di terzi tali da consentire, in assenza di prova contraria di questi ultimi, di accettarli come veritieri.

non può, in alcun modo, limitarsi ad affermare che i dati medesimi sono stati recepiti dalla contabilità dell'imprenditore, senza che sia stato effettuato alcun controllo in tal senso ²¹.

Secondo quanto affermato dalla giurisprudenza di merito deve, infatti, reputarsi priva di qualsiasi contenuto argomentativo quella relazione nella quale il professionista ometta di svolgere la dovuta attività di revisione volta a consentire di evidenziare i risultati della *due diligence* eseguita sui dati aziendali ²², accertando esclusivamente, senza dar corso ai necessari approfondimenti, la corretta tenuta delle scritture contabili, sia formale che sostanziale, nonché la loro attendibilità, sulla base di un mero riscontro tanto dei saldi di contabilità con i debiti e crediti esposti nel ricorso, quanto della regolare tenuta dei libri sociali obbligatori ²³.

Al professionista "attestatore" viene invece chiesto di illustrare sia i risultati della verifica effettuata sulle scritture contabili del debitore sia le conclusioni raggiunte ²⁴, non potendosi lo stesso in alcun modo limitare, nella sua relazione, ad una semplice spiegazione, anche se in forma organica e coerente, del piano, dovendo, al contrario, manifestare nella medesima quel *quid pluris*, rappresentato per l'appunto dall'attestazione della veridicità dei dati aziendali che, coinvolgendo elementi oggettivi, va ben oltre un mero atto di fede fondato su un'analisi semplicemente formale della documentazione esaminata ²⁵.

A tal proposito, è stato nondimeno sostenuto come l'accertamento in ordine all'attendibilità delle scritture contabili e dei libri sociali, nonché dei bilanci d'esercizio chiusi negli anni precedenti possa essere desunto non solo effettuando un'analisi del contenuto delle relazioni e dei verbali di verifica predisposti dal Collegio sindacale, laddove esistente, ma anche dando corso ad un controllo incrociato delle esposizioni debitorie alla data di presentazione della sopra citata domanda di ammissione,

²¹ Trib. Torino, 17 novembre 2005, in *Il fallimento*, 2006, 479.

²² Al riguardo si veda Trib. Roma, 8 marzo 2006, in *www.fallimentonline.it*.

²³ Si veda Trib. Messina, 29 dicembre 2005, in *Il fallimento*, 2006, 679 ss.; Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, in *Il fallimento*, 2006, 56 ss.

²⁴ Così PACCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., p. 109. Propedeutico per la formazione del giudizio di veridicità dei dati aziendali è nondimeno l'accesso diretto del professionista in azienda allo scopo di verificare tra le altre cose anche l'affidabilità delle strutture e delle procedure amministrative in essere. Conf. ANTONELLO e PERACIN, *Concordato preventivo*, cit., p. 8.

²⁵ Cfr. DE CRESCIENZO, PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005, p. 31.

mediante il riscontro della documentazione contabile d'appoggio della società debitrice con i documenti provenienti dagli stessi creditori, ovvero ancora, una volta riesaminato il passivo e predisposto il prospetto relativo al cosiddetto "passivo rettificato" allegato alla proposta di concordato, indicando le passività potenziali riferibili a contenziosi pendenti o prevedibili ²⁶.

Il che significa, in altri termini, che il professionista deve prendere in considerazione le spese legali e gli interessi effettivamente maturati e ciò anche a seguito delle iniziative giudiziarie intraprese dai creditori, non essendo sufficiente il generico inserimento di tali passività in appositi fondi rischi i quali, ovviamente, non consentono l'individuazione precisa dei creditori a cui si riferiscono, con la conseguenza che nell'ipotesi di una simile omissione il prospetto contenente l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, da allegarsi al ricorso a norma dell'art. 161, co. 2, lett. b), l. fall., non potrà che risultare incompleto ed irregolare finendo per evidenziare importi di crediti che in determinati casi sono per l'appunto inferiori rispetto a quelli effettivi ²⁷.

Deve, infatti, ritenersi inammissibile per la giurisprudenza di merito una proposta di concordato preventivo in cui il professionista, nella redazione della propria relazione *ex art.* 161, co. 3, l. fall., abbia sì accertato la corrispondenza al valore nominale contabile dei crediti risultanti dall'elenco nominativo e l'adeguatezza del fondo rischi ed oneri alle passività collegate alle spese legali ed agli interessi maturati sui debiti della società, ma non anche verificato la concreta veridicità dei dati aziendali ed in particolar modo delle suddette passività sulla base della documentazione disponibile, così che in una siffatta circostanza la "veridicità" del dato rimarrebbe «affidata ad un giudizio di non verificata

²⁶ Trib. Messina, 29 dicembre 2005, cit., 679 ss. Peraltro, in argomento, parte della dottrina (v. MISINO, *La relazione*, cit., p. 6) non ha mancato di precisare che, qualora sussistano rapporti bancari, il professionista incaricato di redigere la relazione dovrebbe nondimeno procedere all'accertamento della corretta applicazione della capitalizzazione degli interessi tenendo presente le note vicende giurisprudenziali sull'anatocismo.

²⁷ Così Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, cit., 56 ss. Diversamente, sull'argomento, è stato affermato che non pregiudica la corretta valutazione in ordine all'attendibilità del piano la mancata previsione in quest'ultimo documento del soddisfacimento di crediti contestati qualora gli stessi oltre a non essere né liquidi né esigibili siano decisamente oggetto di contestazione da parte del ricorrente e conseguentemente di accertamento giudiziale (v. Trib. Prato, 5 dicembre 2005, in *Il fallimento*, 2006, 942 e 943).

verosimiglianza pur in presenza delle condizioni per eseguire un preciso riscontro della corrispondenza tra credito complessivamente esposto e credito effettivamente maturato»²⁸.

4.3 La fattibilità del piano.

Come noto, la relazione di cui all'art. 161, co. 3, l. fall., si completa con un giudizio finale del professionista il quale, ritenendo le soluzioni prospettate dall'imprenditore per la composizione negoziale della crisi d'impresa idonee non solo sotto il profilo giuridico ma anche con riguardo all'aspetto economico, conclude per la concreta idoneità del piano e quindi della proposta di concordato a raggiungere gli scopi ivi previsti²⁹.

Il professionista è, infatti, chiamato a pronunciarsi con criticità in merito alla corretta valutazione, in un'ottica prospettica, dei dati aziendali contenuti nel piano, nonché in relazione al valore di stima delle attività di cui alla lett. b) dell'art. 161, co. 2, l. fall.³⁰, affrontando pertanto le problematiche e gli aspetti di attuazione pratica del piano³¹, senza mancare di esprimere un giudizio sulla rispondenza dei dati contabili ai fatti di gestione e senza per questo dover entrare nel merito della correttezza delle modalità che hanno caratterizzato, sotto l'aspetto gestorio, la conduzione dell'impresa.

Dal punto di vista della formulazione del giudizio in esame, il professionista, con profilo critico e sotto la sua responsabilità, dovrà pertanto esporre le proprie valutazioni prendendo in considerazione gli elementi su cui si fonda il processo di ristrutturazione aziendale, quali le scelte strategiche che l'impresa dovrà adottare, i cambiamenti da apportare al *management*, attraverso una sua sostituzione o l'affiancamento con specialisti esterni, i beni strumentali che l'azienda intende dismettere, esaminando al tempo stesso i fattori esogeni che potrebbero in un qualche modo influenzare o addirittura impedire la regolare attuazione del piano stesso. In particolare, devono essere analizzati il possibile venir meno

²⁸ In tal senso si esprime, in giurisprudenza, Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, cit., 56 ss.

²⁹ In argomento cfr. DE CRESCIENZO, PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 31.

³⁰ Sul tema ci si permette di rinviare a MANDRIOLI, *Le relazioni attestative del professionista*, cit., p. 40.

³¹ Cfr. MISINO, *La relazione prevista dal secondo comma del novellato art. 161 della legge fallimentare nell'ipotesi di un piano di risanamento aziendale - Considerazioni conclusive*, in *www.fallimentonline.it*, 2005, II, p. 5.

di alcuni presupposti su cui quest'ultimo si fonda, gli eventuali sviluppi inattesi, i probabili errori di valutazione, nonché i ritardi nell'attuazione e nell'esecuzione del programma di ristrutturazione.

In altri termini, all'interno della relazione tutte le incertezze devono essere chiaramente espresse, in modo tale che i destinatari e gli utilizzatori finali del documento possano comprenderne e valutarne i rischi correlati e quindi affrontare responsabilmente le proprie scelte.

Si forma così un giudizio complessivo in termini di certificazione che non si limita alle sole dinamiche passate o meglio alla conduzione storica dell'azienda ed ai risultati rilevati sino alla data di presentazione del concordato, ma si estende alla gestione prospettica dell'impresa, vale a dire alla fattibilità del piano e quindi alla sua concreta prospettiva di attuabilità³².

In particolar modo, è solo dopo aver evidenziato i "profili di discontinuità" che il sopra citato piano presenta rispetto alla precedente modalità di gestione dell'azienda, ed illustrato le "idee" che sono alla base del medesimo e che rappresentano in realtà le ragioni per le quali la proposta di concordato, previo parere favorevole dei creditori votanti, è omologabile da parte del Tribunale, che il professionista potrà pronunciarsi sulla concreta attuabilità del piano stesso.

Il che significa, in altre parole, che mentre quest'ultimo documento dovrà illustrare in modo sintetico, attraverso l'utilizzo dei numeri, gli interventi a medio e lungo termine che l'imprenditore intende attuare sulla struttura economico-finanziaria della società, la relazione del professionista non potrà prescindere, invece, da un'illustrazione tecnica delle scelte operate dall'imprenditore medesimo e da un chiarimento circa la loro validità.

L'esame critico del programma di ristrutturazione dovrà, in definitiva, concentrarsi sulle cause all'origine della crisi aziendale, sulle strategie di risanamento, sulle eventuali operazioni straordinarie da intraprendere ed infine sui principi fondamentali che hanno guidato l'estensore del piano nella formulazione del *business plan* ed in particolare dei *budget* economici futuri e dei flussi prospettici di cassa.

È, pertanto, evidente che la relazione in esame dovrà concludersi con un giudizio finale, il quale potrà spaziare da una considerazione sintetizzata in una breve formula a giudizi più complessi ed articolati che, in base alla esperienza ed alla competenza tecnica del professionista,

³² In tal senso si esprime FAZZINI, *Il ruolo del dottore commercialista*, cit., p. 47.

conducano l'estensore ad individuare in modo compiuto diversi scenari in corrispondenza del verificarsi di differenti variabili ³³.

In conclusione, quindi, se da un lato al professionista viene richiesta una prognosi che, pur essendo espressa sulla base delle proprie capacità ed esperienze, rimane pur sempre una congettura in ordine all'attuabilità del piano ³⁴, dall'altro non pochi dubbi sorgono sulla possibilità, ovvero sull'obbligatorietà per il suddetto soggetto di dar conto, al fine di una migliore formazione del consenso informato dei creditori, dell'esistenza di una diversa e più conveniente proposta di concordato ³⁵.

Peraltro, affinché possa ritenersi integrato il requisito richiesto dalla legge in ordine al giudizio di fattibilità del piano, occorre che il professionista non si limiti ad una semplice indicazione di fattibilità "*solo apoditticamente affermata*", senza alcuna minima illustrazione delle considerazioni a supporto di tale conclusione ³⁶, dovendo, al contrario, motivare in modo chiaro ed approfondito le ragioni che lo hanno indotto ad esprimere un giudizio positivo in relazione alla probabile riuscita del piano, non potendo del pari ricorrere a formule esclusivamente di stile ³⁷; motivazione dell'attestazione che dovrà pertanto essere sostanziale ed oggettiva ³⁸.

Tali considerazioni trovano nondimeno sostegno nelle prime pronunce della giurisprudenza di merito secondo la quale se da un lato deve sempre essere ricostruibile l'*iter* logico delle argomentazioni che hanno sorretto l'attestazione di fattibilità del piano, essendo la relazione destinata a svolgere per il ceto creditorio un'importante funzione informativa e dimostrativa ³⁹, dall'altro "*relazioni generiche, approssimative,*

³³ Sia consentito il rinvio a MANDRIOLI, *I piani di risanamento ed il ruolo del professionista*, in *La riforma delle legge fallimentare*, Atti del Convegno di Modena, 21 e 22 giugno 2005, p. 205.

³⁴ COSÌ FERRO, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Il fallimento*, 2005, p. 591. *Contra* LA CROCE, *La domanda*, cit., p. 13 del dattiloscritto.

³⁵ Si veda DE CRESCIENZO, PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 31.

³⁶ Sull'argomento cfr. PATTI, *I diritti dei creditori nel nuovo concordato preventivo* in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare* a cura di Fabiani, Patti, scritti in onore di Lo Cascio, Milano, 2006, p. 280 e 281.

³⁷ Cfr. DEMARCHI, *Articolo 161 – Domanda di concordato*, in AMBROSINI, DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., p. 63.

³⁸ V. ZOCCA, *Accordi di ristrutturazione, piani di risanamento e relazione del professionista*, Milano, 2006, p. 103.

³⁹ Si veda Trib. Monza, 16 ottobre 2005, in *Il fallimento*, 2005, 1402.

immotivate o meramente ripetitive delle previsioni del piano proposto dal debitore, senza alcuna valutazione critica e ragionata dello stesso, non possono superare il vaglio di completezza e regolarità rimesso al Tribunale”, con la conseguenza che deve essere dichiarata inammissibile una proposta di concordato preventivo in cui la relazione del professionista è “*incompleta ed irregolare*”, nonché “*inidonea a fornire adeguato supporto motivazionale alle attestazioni di veridicità dei dati e di fattibilità del piano*”⁴⁰.

Per piano fattibile deve, infatti, intendersi un progetto di ristrutturazione del debito e soddisfacimento dei creditori “credibile”, i cui obiettivi “*possono concretamente realizzarsi non in termini di mera possibilità, ma di probabilità di successo*”, tant’è che deve ritenersi non apprezzabile quel giudizio di fattibilità del piano caratterizzato da assunti privi di dimostrazione e di qualsiasi connotato valutativo non avendo il professionista, tra le altre cose, svolto alcun controllo sulle capacità patrimoniali dei debitori della società concordataria in relazione alle concrete prospettive di realizzo delle posizioni a credito da incassare⁴¹.

In una simile ottica la giurisprudenza di merito non ha peraltro mancato di osservare come la fattibilità del piano si traduca in realtà nella “*sostenibilità e nella coerenza del programma di azione prospettato dal debitore*”, da valutarsi “*in relazione alle concrete modalità in cui questo si articola*” ed in particolare nella coerenza con la situazione economica, finanziaria e patrimoniale iniziale, la cui effettiva attuabilità deve essere misurata sulla base delle risorse disponibili e di quelle rinvenibili dalla liquidazione dei beni ovvero dalla continuazione dell’attività d’impresa, il tutto tenendo per di più presente non solo i dati storici di partenza, ma anche le dinamiche del settore in cui l’imprenditore si trova ad operare⁴².

Va da sé, infine, posto di voler aderire a quella tesi secondo la quale un’attestazione con rilievi sia comunque da ritenersi conforme alle prescrizioni di cui all’art. 161 l. fall.⁴³, che un’eventuale relazione negativa finirà per vincolare il Tribunale in ordine alla mancata ammissibilità del debitore alla procedura di concordato sebbene non potrà far propendere il medesimo per un’automatica dichiarazione di fallimento⁴⁴.

⁴⁰ Così Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, cit., 56 ss.

⁴¹ Cfr. Trib. Roma, 8 marzo 2006, cit.

⁴² In tal senso si esprime Trib. Pescara, 30 settembre 2005, in *www.Tribunaledimonia.net*.

⁴³ *Contra* ZOCCA, *Accordi di ristrutturazione*, cit., p. 92.

⁴⁴ In argomento si rinvia a PACCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., p. 111.

4.4. La necessità di un protocollo nazionale.

Nel prendere atto che la *voluntas legislatoris* è volta a far sì che la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo sia accompagnata da una relazione del professionista predisposta in conformità al modello tipicamente ed astrattamente prefigurato dal legislatore, caratterizzata quindi da contenuti chiari, comprensibili, non reticenti e non omissivi, in grado pertanto di consentire a chi la legge di avere tutte le informazioni necessarie a realizzare il fine per il quale la stessa viene richiesta dalla novella, non si può, tuttavia, fare a meno di rilevare come evidenti siano le difficoltà nel rinvenire quelli che dovrebbero essere i principi applicativi per la stesura del documento in oggetto.

In altri termini, il vero scoglio nel predisporre la relazione *ex art.* 161, co. 3, l. fall. consiste proprio nell'assenza di un necessario paradigma normativo che individui la struttura tipo della medesima; manca, in definitiva, l'archetipo dal quale si possano evincere con certezza i contenuti argomentativi della stessa, nonché i riscontri e le indagini che l'esperto è tenuto a compiere al fine di giungere a formulare un parere logico e motivato.

Il silenzio della novella, che sul tema si limita ad individuare solamente l'oggetto della relazione cioè il giudizio conclusivo di veridicità dei dati aziendali ed il pronostico di fattibilità del piano, impone pertanto, a giudizio di chi scrive, una necessaria dipendenza della prospettiva giuridica da quella economica-aziendalistica.

Al riguardo, le prime pronunce giurisprudenziali di merito, nel tentativo di fornire un modello di riferimento per il giudizio di veridicità dei dati aziendali, hanno ritenuto di assimilare la relazione attestativa del professionista alla verifica ed al giudizio al quale è chiamato – nell'ambito del controllo contabile di cui all'art. 2409-ter, lett. b) e c), c.c. – il revisore contabile delle società di capitali, atteso che, al pari di quest'ultima, la prima “*deve articolarsi in diverse fasi (ispettivo - ricognitiva, valutativa della regolarità, comminatoria, con pubblica esplicitazione del giudizio espresso)*”, essendo per di più necessaria una ricostruzione dei controlli effettuati⁴⁵.

L'esistenza di una parziale analogia tra le due fattispecie di cui sopra è stata per di più rilevata anche dalla dottrina⁴⁶, la quale però non ha

⁴⁵ Così si esprime Trib. Messina, 29 dicembre 2005, cit., 679 ss.

⁴⁶ Conf. ANTONELLO e PERACIN, *Concordato preventivo*, cit., p. 7.

mancato di osservare come in entrambe le circostanze sia necessario dar corso ad una verifica sotto il profilo formale e sostanziale della corretta rilevazione nelle scritture contabili dei fatti di gestione, sebbene nella relazione *ex art.* 161 l. fall. il professionista sia chiamato a pronunciarsi, a differenza di quanto avviene in sede di formazione del bilancio d'esercizio, su dati aziendali non sempre frutto di valutazioni *ex post*.

Che alla relazione in oggetto possano essere applicate alcune delle metodologie operative in tema di controllo contabile di cui all'*art.* 2409-*ter* c.c., è stato nondimeno sostenuto anche da altra parte della dottrina, la quale però ha sottolineato come, ai fini del giudizio in esame, sia del pari necessario riferirsi ai principi di revisione ed in particolare al documento n. 1005 "Considerazioni sulla revisione delle imprese ed enti minori", elaborato dalla Commissione paritetica per i principi di revisione, costituita dai Consigli Nazionali dei Dottori Commercialisti e dei Ragionieri, in ordine alle modalità di revisione delle imprese minori, laddove un ruolo di primaria importanza riveste il concetto di significatività delle informazioni in relazione alle quali il professionista è chiamato a svolgere i necessari riscontri al fine di giungere all'attestazione conclusiva⁴⁷.

Senonché, a parere di chi scrive, tali ricostruzioni della dottrina e della giurisprudenza non si addicono in modo completo a fungere da punto di riferimento per il giudizio di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano concordatario a cui è chiamato il professionista "attestatore".

Con particolare riferimento al controllo contabile *ex art.* 2409-*ter* c.c. occorre, infatti, rilevare come il medesimo presenti un'ampiezza di indagine maggiore rispetto a quella richiesta al soggetto in esame, il quale non solo ha una conoscenza limitata dell'azienda, ma deve circoscrivere le proprie verifiche alla veridicità dei dati aziendali contabili ed extra-contabili, e non anche alle scritture contabili ed ai bilanci, come diversamente richiede la prima tipologia di controllo.

Per quanto concerne, invece, i principi di revisione aziendale di cui al documento n. 1005 "Considerazioni sulla revisione delle imprese ed enti minori", elaborato dalla Commissione paritetica per i principi di revisione, costituita dai Consigli Nazionali dei Dottori Commercialisti e dei Ragionieri, non si può fare a meno di osservare come gli stessi si riferiscano alle modalità di revisione delle imprese minori, lasciando quindi del tutto aperta la problematica inerente la redazione della rela-

⁴⁷ Cfr. ZOCCA, *Accordi di ristrutturazione*, cit., p. 87 ss.

zione attestativa allorché a richiedere l'ammissione alla procedura di concordato preventivo sia un'impresa di maggiori dimensioni.

Eliminato qualsiasi riferimento esclusivo ai principi del controllo contabile *ex art. 2409-ter c.c.* ed a quelli di revisione aziendale di cui al sopra citato documento n. 1005 "Considerazioni sulla revisione delle imprese ed enti minori", chi scrive non può fare altro che condividere, come auspicato da più parti, la stesura di un protocollo, il quale su scala nazionale stabilisca le regole di generale accettazione da seguire nella predisposizione del piano di cui all'art. 160 l. fall. e della relazione *ex art. 161 l. fall.*, vale a dire una serie di raccomandazioni contenenti gli accertamenti da esperire, affinché tali documenti possano essere accettati dalla giurisprudenza in quanto di particolare qualità.

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

Si tratta, in definitiva, di dar vita ad un documento espressivo della diligenza professionale che, prendendo spunto dai contributi scientifici provenienti dagli studi economici ed aziendalistici, consenta di trasferire in modo critico da un campo all'altro i risultati raggiunti, senza che per questo il ricorso alla "tipicità" si traduca in un limite all'autonomia delle parti ed in particolar modo, nella fattispecie in esame, a quella del professionista in ordine al contenuto della propria relazione asseverativa.

A tal proposito, infatti, tra i Principi di revisione internazionali ⁴⁸, denominati ISA (*International Standards of Auditing*) – che rispondono all'aumentata esigenza di disporre di regole internazionali omogenee non solo per la redazione del bilancio, ma anche per la supervisione ed il controllo dei conti, nonché dei piani e dei rendiconti finanziari e pertanto di tutta la cosiddetta "filiera dell'informazione" – ed in particolare nell'ambito dei principi di revisione applicabili negli incarichi di attestazione dei dati prospettici ISAE (*International Standards on Assurance Engagements*), la scienza aziendalistica non ha mancato, con il contributo delle prassi contabili, di elaborare regole di generale accettazione tra cui spicca l'ISAE 3400, intitolato "*The Examination of prospective financial information*" che, nel tradurre in principi operativi il precedente ISA

⁴⁸ Elaborati all'interno dell'IFAC (*International Federation of Accountants*) dall'apposita commissione tecnica IAASB (*International Auditing and Assurance Standards Board*).

810, riguardante le regole generali, si occupa di dettare le linee guida e le procedure essenziali per l'esame e l'analisi delle informazioni sulle prospettive finanziarie e sui programmi aziendali al fine di realizzare più efficacemente l'obiettivo delle verifiche e la valutazione dei presupposti ipotetici che sono alla base dei documenti programmatici ⁴⁹.

Peraltro, pur difettando di un quadro organico ed esaustivo, un timido tentativo verso tale direzione è stato di recente compiuto dall'organismo professionale di riferimento per l'espletamento della professione di dottore commercialista, il quale ha elaborato un primo protocollo nazionale, redatto secondo massime di esperienza aziendalistica incrociate con la *ratio decidendi* delle iniziali pronunce dei tribunali che, senza pretendere di dare risposte definitive alle numerose difficoltà applicative della novella, ha comunque tentato di fornire ai propri iscritti i primi riscontri ai numerosi dubbi che inevitabilmente sono affiorati con l'applicazione della nuova disciplina, segnalando alcuni punti essenziali, emersi dal confronto tra dottori commercialisti e magistrati, affinché la relazione del professionista possa essere intelleggibile e pertanto ricostruibile con riguardo alle argomentazioni ed alle osservazioni tecniche che hanno condotto al giudizio di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano ⁵⁰.

Nel futuro lo sforzo non potrà quindi che essere volto a formare un insieme di veri e propri principi di comportamento che siano in grado di fornire – in aggiunta ad una serie di proto-principi di dimensione sovraordinata rispetto a quelli di stretta tecnica redazionale, concernenti l'atteggiamento mentale e la motivazione che devono animare, nell'ambito della composizione negoziale della crisi d'impresa, le parti coinvolte – un modello di generale accettazione, individuando, attraverso un apposito corpo di regole, metodologie di tecnica operativa al fine di gui-

⁴⁹ Principi, questi degli ISA, che in forza della VIII Direttiva 2006/43/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 maggio 2006 – tesa a migliorare la credibilità dell'informazione finanziaria ed a rafforzare la protezione dell'Unione Europea contro alcuni scandali finanziari – devono peraltro essere adottati, salvo diversa attribuzione della loro rilevanza da parte dei diversi Stati membri, per tutte le revisioni legali dei conti previste dal diritto comunitario in tema di conti annuali e consolidati con particolare riguardo agli enti che abbiano emesso strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati e il cui recepimento, con i necessari adattamenti richiesti dalla realtà italiana, sia rimesso alla Commissione Paritetica per i principi di revisione costituita dai Consigli Nazionali dei Dottori commercialisti e dei Ragionieri.

⁵⁰ Sul punto cfr. CONSIGLIO NAZIONALE DOTTORI COMMERCIALISTI, *Protocollo piani di risanamento e ristrutturazione: Relazioni del professionista*, in www.cndc.it, 2006.

dare il professionista nella predisposizione e formazione della relazione di cui all'art. 161 l. fall.⁵¹ e del piano di ristrutturazione dei debiti, fermo restando che la forma ed i relativi contenuti non potranno che rimanere sostanzialmente liberi.

Solo proseguendo in questa direzione la relazione del professionista potrà rappresentare la giusta sintesi fra l'esigenza di un contenuto informativo minimo e la sua idoneità a fungere da bussola di riferimento per la valutazione del ceto creditorio in ordine alla proposta concordataria, dal momento che al Tribunale è stato riservato il solo compito, mediante l'accertamento della serietà, della completezza e pertanto della complessiva attendibilità procedurale delle valutazioni dell'esperto, di verificare che il documento in esame sia esplicativo delle ragioni e delle osservazioni tecniche che hanno condotto il professionista stesso a concludere per la veridicità dei dati aziendali e per la fattibilità del piano.

5. Il contenuto della relazione del professionista stimatore.

Nel superare ogni incertezza interpretativa e nel prendere atto della varietà delle pronunce giurisprudenziali che, a seguito dell'entrata in vigore dell'atto primo della riforma della legge fallimentare, avevano da un lato ribadito la necessità di un soddisfacimento integrale dei creditori muniti di cause legittime di prelazione⁵², e dall'altro, unitamente a talune voci della dottrina⁵³, ammesso la facoltà di offrire un trattamento

⁵¹ E anche di quella di cui all'art. 160, co. 2, l. fall. riguardante il professionista "stimatore".

⁵² Tra i primi provvedimenti della giurisprudenza di merito cfr. Trib. Messina, 29 dicembre 2005, cit., 679; Trib. Bari, 7 novembre 2005, in *Il fallimento*, 2006, 53; Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, cit., 56; Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, cit., 800.

⁵³ Si veda CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione* a cura di Bonfatti e Censoni, Padova, 2007, p. 233; D'AMORA, *Note esegetiche sul nuovo concordato preventivo e le procedure di ristrutturazione dei debiti*, in *www.fallimentonline.it*, p. 5; DEMARCHI, *Articolo 177 - Maggioranza per l'approvazione del concordato*, in AMBROSINI, DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., p. 120 ss.; FERRI, *I crediti privilegiati nella disciplina del nuovo concordato preventivo*, in *Il fallimento*, 2006, p. 695 ss.; in principio, salvo però pervenire a diversa conclusione, BOZZA, *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*, *ivi*, 2005, p. 1211; MANDRIOLI, *Struttura e contenuti dei "piani di risanamento" e dei "progetti di ristrutturazione" nel concordato preventivo e negli accordi di composi-*

in percentuale ai suddetti creditori⁵⁴, il nuovo secondo comma dell'art. 160 l. fall., legittima ora, a chiare lettere, la possibilità per il debitore di prospettare, nell'ambito della proposta concordataria ed al verificarsi di determinati presupposti, un pagamento in misura falcidiata del ceto creditorio privilegiato.

La disposizione in esame stabilisce, infatti, che il piano ex art. 160 l. fall. possa attribuire ai creditori muniti di un diritto di prelazione un soddisfacimento non integrale, a condizione, tuttavia, che il trattamento loro riservato non risulti inferiore rispetto a quello che gli stessi potrebbero realizzare, in ragione della collocazione preferenziale, *“sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione”*, determinato sulla base di una relazione giurata predisposta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, co. 3, lett. d), l. fall.

In risposta ad una esigenza di certezza dei valori da utilizzarsi nella suddetta comparazione, l'estensore del decreto correttivo richiede, quindi, che il valore di mercato, quale ricavato in caso di liquidazione dei beni o dei diritti oggetto di prelazione, sia per così dire “stimato” mediante una relazione giurata i cui contenuti e la cui struttura non sono però in alcun modo individuati dall'art. 160 l. fall., né da qualsiasi altra disposizione della legge fallimentare.

Tuttavia, a prescindere dal silenzio del legislatore sul punto, è verosimile ipotizzare che il professionista “stimatore” debba non solo descrivere i beni o i diritti oggetto di perizia, ma indicare altresì i criteri valutativi

zione stragiudiziale delle situazioni di “crisi”, in Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi di impresa a cura di Bonfatti e Falcone, Atti del convegno di Lanciano, 17-18 marzo 2006, in Quaderni di Giurisprudenza commerciale n. 296, Milano, 2006, p. 483 ss.

⁵⁴ V. Trib. Modena, 7 aprile 2005, in *www.fallimentonline.it*, laddove si legge che *“nel caso di specie la classe n. 2) dei creditori privilegiati incapienti o con privilegio inefficace appare formata secondo criteri omogenei e, pertanto, non ostativa all'ammissibilità del concordato preventivo proposto”*; nonché Trib. Torino, 20 dicembre 2006, in *Il fallimento*, 2007, 431, con nota di CENSONI, *Concordato preventivo e coinvolgimento dei creditori con diritto di prelazione*. Particolare è, in argomento, la pronuncia di Trib. Torino, 17 novembre 2005, in *Il fallimento*, 2006, 691 ss., la quale nel precisare che i crediti muniti di privilegio potevano essere pagati in misura non integrale allorché la prelazione non era concretamente esercitabile sul ricavato dei beni vincolati e quindi nell'ipotesi di privilegio speciale incapiente ovvero di privilegio generale mobiliare su beni non rinvenuti, aveva in realtà finito anch'essa per ammettere implicitamente la possibile dequalificazione del creditore privilegiato nell'ipotesi di mancata rispondenza patrimoniale del debitore.

adottati e le metodologie impiegate nel procedimento di determinazione del sopra citato valore di mercato, dovendosi diversamente ritenere esonerato dall'attestare che il valore di realizzo degli stessi sia uguale o inferiore rispetto al soddisfacimento del creditore privilegiato previsto nel piano concordatario.

Una simile valutazione compete, infatti, dapprima, al Tribunale nell'ambito della fase istruttoria di ammissione del debitore alla procedura, in secondo luogo, durante la votazione del concordato, ai creditori che possono esprimere il loro parere al riguardo mediante voto favorevole o contrario in sede di adunanza per l'approvazione della proposta concordataria, nonché, da ultimo, di nuovo al Tribunale, nel corso del giudizio di omologazione, allorquando, giusto il disposto dell'art. 180, co. 4, l. fall., un creditore appartenente ad una classe dissenziente contesti la convenienza economica della suddetta proposta concordataria⁵⁵.

Alla relazione in oggetto è, pertanto, riservato il delicato compito di fornire una corretta informativa al Tribunale e soprattutto al ceto creditorio, e ciò a maggior ragione nell'ipotesi in cui la proposta concordataria si prefigga lo scopo di soddisfare quest'ultimo non attraverso un pagamento in denaro, bensì mediante interventi di altra natura quali, ad esempio, la cessione di beni, l'attribuzione ai creditori di quote o azioni, il trasferimento di tutto o parte dell'attivo ad un assunto, ovvero mediante operazioni straordinarie come la fusione, la scissione o la cessione dell'azienda o di suoi rami.

Per queste stesse motivazioni, a cui deve aggiungersi la necessità di dar corso ad una ricostruzione logico-sistematica dell'impianto normativo, chi scrive ritiene, pur nel silenzio della novella, che la relazione giurata del professionista "stimatore" sia necessaria anche qualora il piano concordatario preveda una transazione fiscale *ex art. 182-ter* l. fall., dal momento che tale istituto dà vita ad una fattispecie speciale di soddisfacimento non integrale di un particolare creditore privilegiato qual è per l'appunto l'Erario.

⁵⁵ Peraltro, in quest'ultima circostanza si osservi come all'autorità giudiziaria sia data ugualmente la facoltà di omologare il concordato qualora ritenga che il singolo creditore che ha messo in dubbio il vantaggio riservatogli dal piano concordatario possa comunque risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle altre alternative concretamente praticabili.

5.1 *L'individuazione del valore di mercato attribuibile ai beni o diritti oggetto di prelazione.*

La riproduzione pressoché pedissequa del precetto contenuto nell'ultimo comma dell'art. 124 l. fall., ed in particolar modo delle sue modalità operative, determina – in assenza di quei doverosi adattamenti richiesti dalla diversa disciplina del concordato preventivo – alcune ulteriori incertezze interpretative che si aggiungono a quelle fino ad ora analizzate.

In primo luogo, il decreto correttivo non tiene nella dovuta considerazione le differenze “strutturali” che intercorrono fra il concordato preventivo e quello fallimentare.

In tale ultima sede è indubbio che la comparazione in esame possa utilizzare, quale “pietra di paragone”, il valore di mercato che si ottiene dalla liquidazione coattiva dei beni o dei diritti sui quali sussiste la legittima causa di prelazione, essendo nel frattempo il debitore già stato dichiarato fallito.

Diversamente, per quanto concerne il concordato preventivo, la nuova formulazione dell'art. 160 l. fall., non specifica in alcun modo a che tipologia di vendita – libero mercato, esecuzione individuale, o addirittura fallimento – debba rapportarsi il professionista nella determinazione del valore di mercato. Il che conduce inevitabilmente a chiedersi quali siano i principi ispiratori della relazione giurata *ex art.* 160, co. 2, l. fall.

Al riguardo, il tenore letterale del secondo comma di quest'ultima disposizione di legge, ed in particolar modo il riferimento al “*ricavato in caso di liquidazione*” – che sicuramente rappresenta un'espressione contraddistinta da una maggiore tecnicità rispetto a quella utilizzata nella versione *ante* decreto correttivo dall'art. 124 l. fall., laddove si faceva semplicemente riferimento al “*ricavato in caso di vendita*” – pare implicitamente presupporre una connotazione liquidatoria dell'alienazione nell'ambito di una cessione coattiva.

Se così fosse si tratterebbe, quindi, di esporre nella perizia non tanto un valore “commerciale in ambito libero” – intendendosi con tale espressione il prezzo attribuibile al bene all'interno del libero commercio – ovvero un valore prudenziale che potrebbe determinare una maggiore appetibilità del bene medesimo in funzione delle condizioni economiche a cui quest'ultimo è sottoposto durante la procedura di concordato preventivo – nella quale si deve necessariamente procedere ad una svalutazione finalizzata a consentire al potenziale compratore di acquistare il bene stesso anche se non in condizioni di assoluta necessità – quanto piuttosto quello che normalmente viene attribuito, nel corso di una liquidazione coattiva,

a quei beni che necessitano di una pronta ed immediata monetizzazione e che al contempo permettono di aprire il mercato ad un maggior numero di probabili acquirenti.

In conclusione, l'espressione normativa dell'art. 160, co. 2, l. fall. pare richiedere l'individuazione di una sorta di presumibile valore di realizzo in sede di vendita coattiva dei beni o dei diritti sui quali insiste il privilegio, con un'evidente riduzione del loro valore astrattamente considerato.

Il che, tuttavia, non elimina le non poche difficoltà operative connesse alla disposizione in oggetto, dal momento che ben difficilmente le stime offrono la possibilità di giungere a valori precisi e puntuali: talvolta, infatti, i periti offrono una forbice di valori – variabili tra un minimo ed un massimo – la cui oscillazione è in media del venti-venticinque per cento – e da ciò non è ovviamente possibile prescindere.

5.2. Il momento di riferimento della relazione giurata.

Sempre con riguardo alla relazione giurata *ex art.* 160, co. 2, l. fall., il decreto correttivo omette, tra le altre cose, di indicare quale debba essere il momento di riferimento della valutazione operata dal professionista.

A tal proposito, tuttavia, pare corretto ritenere che il valore di mercato debba essere proiettato, laddove possibile, alla data di presunto realizzo del bene o del diritto oggetto della garanzia, secondo le modalità ed i tempi prospettati nel piano di ristrutturazione dei debiti, e non anche ad un intervallo temporale prossimo alla formulazione della proposta concordataria.

Il momento della valutazione dei beni o dei diritti su cui insiste la prelazione non deve, in realtà, mai essere confuso con quello della loro individuazione, con l'ovvia conseguenza che mentre il riferimento alla data di presentazione del ricorso assolve esclusivamente a quest'ultima esigenza, il valore degli stessi non potrà che essere accertato in chiave prospettica al verificarsi dell'effettivo realizzo, coincidente con la verosimile data di vendita del bene ovvero di esercizio del diritto indicata nel piano concordatario.

Senonché, in una tal circostanza, è inevitabile che le difficoltà connesse tanto ad una stima futura dei valori mobiliari ed immobiliari, quanto al trascorrere del tempo, possano finire per rendere la valutazione del professionista non più attuale nel momento dell'effettiva traduzione in moneta corrente del bene o del diritto su cui insiste la garanzia.

5.3. *Le problematiche connesse all'esistenza ed all'individuazione dei beni o dei diritti sui quali sussiste la causa di prelazione.*

La relazione in oggetto limitandosi, come precisato poc'anzi, a fornire garanzie esclusivamente in ordine alla capienza del bene o del diritto, non dà alcuna certezza circa la concreta esistenza degli stessi, diversamente da quanto accade in sede di concordato fallimentare laddove il pignoramento generale di cui all'art. 42 l. fall., in tema di spossessamento dei beni del fallito, conduce ad una loro obbligatoria inventariazione *ex artt. 87 e 87-bis l. fall.*

Senonché, ad una simile carenza sembrerebbe possibile sopperire attraverso da un lato la funzione informativa della documentazione contabile di cui all'art. 161, co. 1, lett. a) e b), l. fall.⁵⁶, e dall'altro mediante la presentazione della relazione asseverativa del professionista *ex art. 161, co. 3, l. fall.*, la cui attestazione di veridicità dei dati aziendali non può non riguardare anche quelli oggetto della perizia di stima redatta ai sensi dell'art. 160, co. 2, l. fall.

Peraltro, quest'ultima disposizione di legge pare essere stata concepita dal legislatore del decreto correttivo avendo a riguardo l'archetipo di un piano concordatario di tipo liquidatorio – nel quale è possibile addivenire ad uno statico fotogramma dei beni oggetto di alienazione – e non anche conservativo dei valori dell'impresa⁵⁷. In effetti, mentre nell'ambito di un piano che non preveda la prosecuzione dell'attività d'impresa i possibili beni oggetto di perizia di stima non potranno che essere quelli riscontrabili in prossimità del deposito della domanda di ammissione alla procedura di concordato, non poche sono invece le problematiche ed i riflessi operativi nell'ipotesi di continuazione della sopra citata attività d'impresa.

Un concordato preventivo di natura conservativa cristallizza, infatti, alla data di apertura il solo ceto creditorio e non anche l'attivo realizzabile, che, proprio in virtù della prosecuzione dell'attività d'impresa, subisce giorno dopo giorno continue modifiche rimanendo a disposizione

⁵⁶ Costituita dall'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, dallo stato analitico ed estimativo delle attività e dall'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione.

⁵⁷ D'altra parte in quest'ultima circostanza è alquanto inverosimile pensare che il debitore possa offrire al ceto creditorio privilegiato un soddisfacimento in percentuale, dovendosi ritenere maggiormente probabile che il medesimo giunga invece a prospettare un semplice riscadenamento degli originari termini di pagamento.

del debitore concordatario per il soddisfacimento dei propri creditori. Conseguentemente in una tal fattispecie, essendo l'azienda ancora in funzionamento, tra i possibili beni mobili da prendere in considerazione ai fini della relazione di stima vi dovrebbero rientrare anche i crediti da incassare a fronte delle vendite derivanti dalla prosecuzione dell'attività d'impresa e le eventuali giacenze di magazzino in corso di formazione, la cui valutazione, in entrambe le circostanze, pare francamente se non impossibile, quanto meno di difficile effettuazione.

LUCA MANDRIOLI