

GESTIRE LA CRISI D'IMPRESA

Processi e strumenti di risanamento

- ▣ Modelli interpretativi
- ▣ Prevenzione e gestione della crisi d'impresa
- ▣ Casi aziendali

IV
EDIZIONE

a cura di
Alessandro DANOVI
e Alberto QUAGLI

IN ALLEGATO
CD-ROM



Wolters Kluwer

9. **LA RELAZIONE DI ATTESTAZIONE:
STRUTTURA E CONTENUTO**

di Patrizia Riva

9.1. IL RUOLO DELL'ATTESTATORE

Ci si propone in questo capitolo di esaminare i principi cui deve fare riferimento nell'espletamento del proprio compito l'attestatore dei piani di risoluzione della crisi. La Legge 7 agosto 2012, n. 134 che ha convertito con modificazioni l'art. 33 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (c.d. Decreto Sviluppo) nel 2013 e in misura più circoscritta il D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con legge 9 agosto 2013, n. 98, hanno ridisegnato l'architettura di alcuni importanti articoli della legge fallimentare, tra cui quelli relativi alla relazione dell'esperto. Il ruolo di garanzia dell'attestatore risulta enfatizzato dagli interventi normativi citati in quanto: si accrescono numericamente le fattispecie di intervento; sono cesellate in modo specifico le caratteristiche soggettive richieste per poter accettare l'incarico e sono enfatizzate le responsabilità che comporta l'attività di scrutinio svolta. La norma, infatti, non solo ha introdotto due specifiche fattispecie di attestazione con gli artt. 186-*bis* (concordato con continuità aziendale) e 182-*quinquies* (disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale), ma ha anche previsto la possibilità, mediante lo strumento del pre-concordato, di differire la redazione della relazione rispetto all'ammissione alla procedura, ha ridefinito il concetto di indipendenza dell'attestatore e ha previsto la responsabilità penale del medesimo.

E' stato infatti codificato il reato di falso in attestazioni e relazioni. Con l'art. 236-*bis* L.F. è introdotta la responsabilità penale dell'attestatore che espone informazioni false ovvero che omette di riferire informazioni rilevanti nelle relazioni o attestazioni di cui agli artt. 67, terzo comma, l. d), 161 terzo comma, 182-*bis*, 182-*quinquies*, 186-*bis*. La sanzione è la reclusione da 2 a 5 anni e la multa da € 50.000 a € 100.000. Sono previste due aggravanti. Se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata. Se dal fatto consegue un danno per i creditori la pena è aumentata fino alla metà. Si legge nella Rel. n. III/7/2012 dell'Ufficio Studi della Corte di Cassazione che «delle due condotte alternativamente descritte dal legislatore, la prima (e cioè quella di «esposizione») ha natura intrinsecamente commissiva; non può prescindere dunque da un comportamento attivo del soggetto qualificato, che consiste nel riferire informazioni non vere. Parafrasando affermazioni ricorrenti in giurisprudenza, il reato sussiste in quanto vi è discordanza tra la realtà e la sua rappresentazione da parte del professionista. L'omissione o - come anche si suole dire - il nascondimento ha, invece, carattere omissivo, nella forma del silenzio e della reticenza anti doverosi. In ordine all'elemento soggettivo del reato ci si può limitare ad osservare che le fattispecie sono dolose e il dolo è quello generico, integrato dalla volontà di porre in essere la condotta commissiva od omissiva nella consapevolezza della falsità dei dati esposti o della rappresentazione della realtà offerta mediante l'amputazione di quelli veri occultati. Per la sussistenza dell'ipotesi aggravata disciplinata dal secondo comma dell'art. 236-*bis* il dolo si arricchisce invece del fine specifico di profitto».

9. La relazione di attestazione: struttura e contenuto

9.2. I fattori per limitare il rischio di selezione avversa dell'attestatore

9.2. I FATTORI PER LIMITARE IL RISCHIO DI SELEZIONE AVVERSA DELL'ATTESTATORE

La legge prevede inequivocabilmente rilevanti profili di rischio per l'attestatore indipendentemente dal fatto che svolga il proprio compito con onestà e in buona fede. E' ormai condiviso dalla dottrina, dalla prassi e da parte della giurisprudenza che sia indispensabile seguire nell'espletamento di questo difficile compito linee guida e principi di comportamento che costituiscano *best practice* di riferimento sia per il professionista sia per chi è chiamato a valutarne l'operato¹. Ciò è necessario anche per delineare e delimitare correttamente il perimetro delle verifiche possibili e dei risultati ragionevolmente conseguibili con il lavoro dell'attestatore, evitando di amplificare erroneamente le aspettative nei confronti del medesimo. Se da un lato è infatti doveroso pretendere che siano poste in essere determinate procedure di revisione sui dati contabili e di *assurance* sui dati prospettici, non si può pensare che il professionista abbia «poteri divinatori»² così come non si può pretendere che il medesimo sia in grado di fornire con la propria relazione, a pena di gravi conseguenze penali, assolute certezze di risultato ai creditori. Vi saranno sempre giudizi soggettivi dell'esperto in quanto vi saranno sempre stime relative ai dati alla base del piano e giudizi di ragionevolezza sulle ipotesi sulle quali il piano stesso si sviluppa.

In altri termini se è corretto da un lato pretendere serietà, onestà e forza (tutti elementi riconducibili e costituenti per altro il concetto stesso di etica professionale) da chi decide di accettare di svolgere questo ruolo, dall'altro lato emerge con evidenza che sarebbe un gravissimo errore, proprio per il bene degli interessi che la novella desidera tutelare, non riconoscere che costui non potrà fornire che «garanzie di metodo» che derivino dalla corretta applicazione di standard condivisi e non «garanzie assolute di risultato». Se così non fosse si assisterebbe, infatti, in breve tempo ad un processo di *selezione avversa sul «mercato degli attestatori»*³, dove per selezione avversa si intende una

¹ Si rinvia al paragrafo successivo per i necessari approfondimenti. Per la descrizione dello scenario in cui sono stati redatti gli attuali principi di attestazione si veda P. Riva *L'attestazione dei piani delle aziende in crisi. Principi e documenti di riferimento a confronto. Analisi empirica*, Giuffrè, 2009.

² Si cita l'espressione utilizzata da L. Quattrocchio, R. Ranalli, *op. cit.*, p. 1.

³ Si riprendono qui gli spunti trattati in: P. Riva *Il rischio di selezione avversa sul «mercato» degli attestatori e i fattori necessari per limitarlo, Il Fallimentarista*, Giuffrè Ed., 2012. Vale la pena richiamare che il concetto di «selezione avversa» dei mercati è stato teorizzato negli anni settanta dal premio nobel George Akerlof. Il concetto si ricorda che ha origine in campo assicurativo. e si basa su un approccio logico molto semplice. Se l'assicurazione aumenta il prezzo delle polizze, una parte della clientela può rinunciare alla sottoscrizione della polizza, divenuta più cara. La rinuncia riguarda la parte degli assicurati che con meno probabilità incorreranno nell'evento che dà luogo al rimborso da parte dell'assicurazione, mentre i clienti più rischiosi non hanno convenienza a modificare la loro scelta anche in presenza di un maggior costo del premio assicurativo. L'assicurazione modificando le condizioni contrattuali, spinge i clienti meno rischiosi a non sottoscrivere più le polizze, con conseguente aumento della percentuale della clientela rappresentata dai soggetti più rischiosi. La fuga dei clienti meno rischiosi implica che a parità di premio incassato per cliente, i rimborsi medi per cliente aumentano. L'assicurazione, che avrebbe interesse a garantirsi una clientela meno rischiosa e meno costosa, finisce pertanto per ottenere il risultato opposto, per effetto della modifica delle condizioni contrattuali. G. Akerlof, «The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism» (Il mercato dei bidoni: incertezza sulla qualità e i meccanismi di mercato), *Quarterly Journal of Economics*, 1970.

situazione in cui una variazione delle condizioni di un contratto - qui da intendersi con le condizioni che la norma e la giurisprudenza impongono all'esperto - provoca una selezione dei contraenti sfavorevole per la parte che ha modificato, a suo vantaggio, le condizioni.

Si verificherebbe, infatti:

- 1) da un lato l'uscita dal mercato dei soggetti portati a comportamenti professionali, consapevoli e coerenti con le linee guida e principi di riferimento - questi non potranno che giudicare il raggiungimento degli obiettivi a loro imposti come fatto oggettivamente impossibile e recante in sé rischi troppo elevati e pertanto non ragionevolmente sopportabili;
- 2) dall'altro lato la progressiva assunzione degli incarichi di attestazione da parte di quei (si spera pochi) soggetti disposti non tanto ad allinearsi ai citati comportamenti corretti, ma più semplicemente ad assumere quote di rischio crescente.

In altri termini pare a chi scrive che se l'aderenza allo standard fosse percepita come «non apprezzata» e quindi «non utile» per ottenere le necessarie esimenti da responsabilità, l'effetto ottenuto sarebbe davvero molto lontano dalle aspettative del legislatore. L'introduzione del reato di omissione di informazioni propone un importante motivo di riflessione per i professionisti che approcciano il proprio lavoro con serietà, onestà e forza in quanto aumenta, a parere di chi scrive, oltre misura la gravità dei rischi assunti.

La legge fallimentare non riconosce all'attestatore il ruolo di pubblico ufficiale, tipico invece del commissario giudiziale, e quindi egli non gode dei poteri di indagine scaturenti da tale qualifica. Egli interviene, di conseguenza armato solo della propria professionalità, della conoscenza dei principi di riferimento e delle proprie caratteristiche umane, in una situazione di crisi che, correttamente e per garantire la propria indipendenza, non conosce fino al momento di conferimento dell'incarico. Inoltre egli svolge la propria analisi avendo a disposizione, anche considerando l'ipotesi comune del pre-concordato, un periodo di tempo limitato. Può pertanto svolgere indagini il più possibile complete, studiare il piano e sforzarsi di comprendere la realtà aziendale, ma il rischio che non tutti gli elementi rilevanti siano portati alla sua attenzione è per definizione ineliminabile. L'esperto - se realmente indipendente - opera in situazione di rilevante asimmetria informativa e si propone di ridurre con il proprio operato il *gap* informativo tra le posizioni, a vantaggio dei creditori, ma suo malgrado non potrà mai farlo completamente. La presa di coscienza del fatto che la totale eliminazione della asimmetria è impossibile costituisce un fatto necessario.

Vero è che la norma prevede la sussistenza (per la commissione del reato di omissione) del dolo generico, ma diviene importante in questo contesto comprendere quali strumenti potranno essere utilizzati dall'attestatore onesto e in buona fede che abbia svolto diligentemente il proprio compito per scongiurare il rischio che comportamenti omissivi degli amministratori vengano traslati *tout court* sulla sua figura con conseguente confusione tra i ruoli e con conseguente grave pregiudizio della sua posizione.

Il professionista deve fare ricorso, anche in questo caso, ai principi di riferimento esistenti e la magistratura deve accettare che lo faccia. Così ad esempio deve essere

9. La relazione di attestazione: struttura e contenuto

9.2. I fattori per limitare il rischio di selezione avversa dell'attestatore

riconosciuta valida la procedura che, come si vedrà meglio *infra*, in coerenza con i principi di revisione nazionali e internazionali, prevede che l'attestatore chieda agli organi amministrativi della società istante di sottoscrivere specifiche dichiarazioni circa la completezza dei documenti e delle informazioni fornite durante i lavori.

Si rende, infine, necessaria una ulteriore inderogabile riflessione. Si deve identificare il perimetro delle indagini richieste all'attestatore. Ciò non può essere fatto se non considerando lo scopo finale della relazione che è l'attestazione relativa alla tenuta del «piano proposto dal debitore». Una estensione *ad libitum* delle verifiche sarebbe pericolosa e non permetterebbe all'attestatore scrupoloso di essere certo di avere fatto tutto quel che si poteva fare e che ci si aspetta che egli faccia.

Si condivide pertanto quella dottrina⁴ che ha puntualmente sottolineato con forza che il giudizio sulla veridicità dei dati contabili che l'attestatore è chiamato ad effettuare non è fine a sé stesso, ma è strumentale e prodromico al vero oggetto della sua valutazione che riguarda la fattibilità del piano. Compito precipuo dell'attestazione è quello di trasmettere una valutazione, complessa e articolata, relativa alla tenuta del piano proposto dal debitore, che ovviamente, come tale, non può prescindere da un'analisi e verifica della correttezza dei numeri su cui il piano stesso si fonda. Tale verifica non rileva in assoluto, ma esclusivamente in relazione allo scopo finale dell'attestazione. La mancata indicazione e valorizzazione di una potenziale attività della società debitrice, se certamente può rilevare, anche penalmente sotto altri profili (si pensi all'occultamento di beni di cui all'art. 216 L.F.), non influenza evidentemente il giudizio dell'attestatore in punto di fattibilità del progetto concordatario. Tutt'al più l'omessa evidenza di un attivo liquidabile potrebbe rilevare in ordine al giudizio di convenienza della proposta rispetto alle alternative concretamente praticabili, ma anche questo profilo esula da quella che è la precipua finalità dell'attestazione, sia essa resa in relazione ad un concordato preventivo, ad un accordo di ristrutturazione o ad un piano attestato. Parimenti è da ritenersi irrilevante anche l'eventuale infedele giudizio reso dall'attestatore riguardo alla congruità dei corrispettivi per le cessioni previste nell'ambito del piano concordatario. Non è infatti certamente compito dell'esperto (ma, piuttosto, del commissario giudiziale) quello di prevenire atti distrattivi o depauperativi del patrimonio del debitore. Andrebbero escluse dall'area del penalmente rilevante tutte quelle omissioni inidonee ad influire sul giudizio reso dall'esperto. Si pensi ad esempio all'omessa indicazione (e valutazione) dei presupposti per l'esperibilità dell'azione di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci o, anche, al mancato giudizio in ordine alla congruità del corrispettivo previsto per la cessione di uno o più *asset* del concordato. In ultima analisi, non rileverebbero, ai fini penali, quelle «informazioni» che ineriscono al giudizio di convenienza della proposta concordataria rispetto alle alternative concretamente praticabili, come anche quelle relative all'eventuale sussistenza di «atti in frode» di cui all'art. 173 L.F. Entrambi i temi, pur certamente rilevanti nell'economia di una proposta di soluzione della crisi, non sono però significativi rispetto all'oggetto delle valutazioni dell'attestatore, che, lo si ripete, riguarda esclusivamente l'idoneità del piano ideato dal debitore.

⁴ Minniti G., «La nuova responsabilità penale dell'Attestatore», *il Fallimentarista*, Giuffrè Ed., 9/2012, pagg. 3 e ss..

In conclusione, la tutela della professionalità di chi decide di svolgere un ruolo complesso come è quello dell'attestatore deve per forza di cose rinvenirsi - sia nello svolgimento dell'incarico, sia successivamente nella valutazione da parte della magistratura delle modalità con cui l'incarico è stato compiuto - nel rigore con cui i criteri e le metodologie di riferimento sono state seguite e nella diligenza posta nelle indagini alla base delle conclusioni raggiunte.

Il contesto delineato enfatizza quindi la rilevanza delle considerazioni svolte nei paragrafi che seguono che tengono conto della pubblicazione da parte del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili nel settembre 2014 del documento "Principi di attestazione dei piani di risanamento" del 6 giugno 2014 redatto congiuntamente da AIDEA, Accademia Italiana Di Economia Aziendale, IRDCEC, Istituto di ricerca dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili, ANDAF, Associazione Nazionale Direttori Amministrativi e Finanziari, APRI, Associazione Professionisti Risanamento Imprese, OCRI, Osservatorio Crisi e Risanamento delle Imprese.

9.3. IL PERCORSO CHE HA PORTATO AI PRINCIPI DI ATTESTAZIONE

Il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili⁵ si è espresso nel tempo in materia di attestazioni dei piani redatti dalle aziende in crisi con quattro documenti⁶:

- 1) nel 2006 con il «Protocollo piani di risanamento e ristrutturazione. Relazioni del professionista: profili organizzativi e principi di comportamento nell'ambito delle procedure di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piano di risanamento attestato» redatto dal Gruppo di lavoro decreti competitività della Commissione procedure concorsuali del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e da quest'ultimo approvato e pubblicato il 3 luglio 2006 (d'ora in poi «Protocollo»)⁷;

⁵ Come noto, l'Ordine dei Dottori Commercialisti e il Collegio dei Ragionieri si sono fusi e che l'operazione ha espletato i propri effetti a partire dal 1 gennaio 2008 dando origine all'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili. La fusione tra le due categorie professionali ha comportato la razionalizzazione delle strutture di *governance* e il rinnovamento delle commissioni istituzionali e di studio. Queste precisazioni rilevano ai nostri fini in quanto necessarie per meglio identificare le fonti e per una migliore rintracciabilità delle fonti. Il documento del 2006 è stato redatto da una Commissione studi del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti (CNDCEC) ed è disponibile nel sito www.cndc.it. Il documento del 2009 è stato redatto dalla Commissione studi Crisi e risanamento di impresa del nuovo Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDCEC). Questo secondo documento, ratificato dal CNDCEC, è disponibile sul sito www.cndcec.it.

⁶ Per approfondimenti P. Riva, *op. cit.* in nota 5, pagg. 127 e ss..

⁷ Conviene evidenziare che al «Protocollo» non è stato riconosciuto «lo scopo di fornire soluzioni definitive alle tante difficoltà applicative di una legislazione ancora da verificare nella prassi», ma quello «di sollevare le prime questioni e di tentare di dare le prime risposte ai dubbi che inevitabilmente l'operatore si trova ad affrontare», così F. Serao e G. Schiavon, «Prima premessa» al «Protocollo» 2006. È stato precisato dal Coordinatore del Gruppo che si tratta di «elaborati del gruppo di lavoro frutto dello studio e del confronto tra magistrati e dottori commercialisti» che «costituiscono possibili principi di comportamento, pur se ancora non codificabili all'interno di un contesto normativo e giudiziario stabile», così M. Ferro, «Seconda premessa» al «Protocollo», 2006.