

Crisi d'impresa: attestare la convenienza rispetto alle alternative concretamente praticabili

Patrizia Riva - Ph.D. Università del Piemonte Orientale, Dottore Commercialista in Monza

Nella crisi d'impresa è richiesto all'attestatore, in più di un caso, di confrontare la convenienza del trattamento proposto, sia esso concordato preventivo piuttosto che accordo di ristrutturazione, con le alternative concretamente praticabili. Si tratta di valutazioni che presuppongono il riconoscimento in capo al professionista di un differente ruolo e di differenti poteri di indagine. Quali sono gli obblighi e le competenze richieste al professionista attestatore?

Dal 2012 si è assistito all'inserimento nella legge fallimentare di una serie di **ipotesi di attestazione** che tendono ad ampliare i compiti del revisore imponendogli oltre alle valutazioni, già di per sé impegnative, codificate dai principi di attestazione, altresì giudizi che presupporrebbero quantomeno il riconoscimento di un differente ruolo e di **differenti poteri di indagine**.

In più di un caso è richiesto infatti all'attestatore di confrontare il concordato preventivo piuttosto che l'accordo di ristrutturazione con le **alternative concretamente praticabili**.

La prima richiesta di questo tipo è stata formulata dal legislatore nel 2012 quando per il concordato in continuità l'art. 186 bis, c. 2, l.b) ha richiesto che la relazione del professionista di cui all'articolo 161, c.3, attestasse che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato fosse funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

Più recentemente nel 2015 l'introduzione dell'accordo di ristrutturazione con **intermediari finanziari** ha previsto, ancorché indirettamente, con l'art. 182 septies, c. 4 di verificare che le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Nel medesimo anno sono stati introdotti altri due casi di attestazione della funzionalità al migliore soddisfacimento dei creditori per i finanziamenti prededucibili ex art. 182-quinquies, primo comma e per il pagamento di creditori anteriori "strategici" per beni e servizi, ex art. 182-quinquies, quarto comma.

Cram down per fisco ed enti

Infine il 2017 si è aperto con l'introduzione della modifica all'art. 182 ter, c.1 in base al quale, come noto, fa il suo ingresso nell'ordinamento la possibilità che il debitore, esclusivamente mediante la proposta concordataria, proponga il **pagamento, parziale** o anche dilazionato, dei **tributi** e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori.

Ciò è possibile quando il piano ne prevede la soddisfazione **in misura non inferiore a quella realizzabile**, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella **relazione di un professionista** in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d).

Aggiunge il c.5 del medesimo articolo che il debitore può effettuare la proposta di cui al comma 1 anche nell'ambito delle trattative che precedono la stipulazione dell'**accordo di ristrutturazione** di cui all'articolo 182-bis e che in tali situazioni l'attestazione deve inerire anche alla convenienza del trattamento proposto rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Leggi anche [Transazione fiscale e concordato preventivo: cosa cambia dopo la legge di Bilancio](#)

Confronto di convenienza

Il proliferare dei casi e, soprattutto, la potenziale capillare diffusione dell'applicazione di quello più recentemente introdotto, ossia della possibilità di un sostanziale **cramdown di fisco ed enti**, rendono urgente una ulteriore riflessione sul contenuto del confronto di convenienza posto in capo all'attestatore al fine di individuare quali debbano essere i confini del medesimo.

Il tema assume **carattere di urgenza** in quanto non sarà più affrontato in casi residuali, ma, considerata la possibilità da ultimo introdotta di regolare i rapporti con fisco ed enti, si proporrà con frequenza forse anche quotidiana ai **professionisti** e ai **Tribunali**.

Si legge in dottrina con riferimento al 186 bis ossia al concordato in continuità che il confronto dovrà essere effettuato non con il fallimento, ma, stanti le specificità della fattispecie, con l'alternativa della **liquidazione non concorsuale** o del **concordato liquidatorio**. Riflessioni simili si possono formulare per la contrazione di finanziamenti prededucibili e per il pagamento di creditori anteriori "strategici" per beni e servizi.

Le richieste normative in questi casi sembrano anche letteralmente differenti e meno stringenti rispetto a quelle del 182 ter e 182 septies in quanto è richiesto di verificare se la continuità possa essere considerata in termini generali una situazione migliore erga omnes per tutti i creditori.

Pare a chi scrive che le altre due fattispecie 182 ter e 182 septies al contrario, da un lato individuino uno specifico soggetto – l'istituto di credito, piuttosto che l'erario e gli enti – e dall'altro pongano a carico dell'attestatore un onere ben più preciso.

La lettera della norma richiede nei fatti di sostenere e giustificare in termini quantitativi la **coertazione del credito** vantato che è quantificabile ed è quantificata nella proposta. Inoltre il confronto non è richiesto con "l'alternativa concretamente praticabile", ma con "le alternative concretamente praticabili". Non si può pertanto escludere che il fallimento rientri tra le opzioni.

Ci si chiede, di conseguenza, quale debba essere l'**indagine** che l'**attestatore** è chiamato a porre in essere con riferimento a questo specifico scenario ed in particolare ci si chiede se si renda necessaria o meno una indagine tesa a valutare le attività potenziali che potrebbero essere eventualmente attratte al fallimento ad opera del curatore con azioni di tipo recuperatorio e risarcitorio.

I **principi di attestazione** prevedono in realtà a chiare lettere al paragrafo 4.9. (La valutazione dell'attività pregressa degli organi sociali) che, nelle attestazioni "ordinarie", l'attestatore non è tenuto a esprimere giudizi circa l'esperibilità di eventuali azioni di responsabilità nei confronti degli organi di amministrazione e di controllo della società, salvo che le stesse non siano esplicitamente previste o menzionate nel Piano.

Ciò in quanto non compete all'attestatore la valutazione del comportamento degli amministratori e degli organi di controllo per la gestione passata, al di là delle considerazioni utili per identificare le cause della crisi.

I principi distinguono chiaramente i ruoli degli attori coinvolti evidenziando che non l'attestatore, ma il **Commissario giudiziale**, deve individuare e/o prevenire atti distrattivi o depauperativi del patrimonio del debitore. Il Commissario giudiziale, inoltre, stante il suo differente ruolo di pubblico ufficiale e i differenti poteri di indagine che dal suo ruolo derivano, svolge le sue verifiche su di un arco temporale più esteso.

Infatti, la legge fallimentare impone a quest'ultimo di **referire sulla condotta del debitore**, sulle cause della crisi, sulla convenienza del concordato preventivo rispetto al fallimento. Ancora, è specificato in modo esplicito che non l'attestatore, ma il Commissario valuta le possibilità di soddisfacimento dei creditori in caso di fallimento e verifica se vi siano fondati motivi per azioni di responsabilità o revocatorie fornendo, altresì, nella propria relazione una valutazione del rischio di insuccesso delle stesse e una stima dei costi legali e per consulenze tecniche connessi alle azioni medesime.

Purtroppo, però, si deve evidenziare che i principi, approvati nel settembre 2014, menzionano il caso del concordato in continuità per altro considerandolo come una eccezione alla regola generale, ma non possono tenere conto del contenuto delle nuove più specifiche fattispecie, essendo state le medesime introdotte nell'ordinamento dopo la loro emanazione. E' pertanto auspicabile un **tempestivo aggiornamento** sul punto del documento.

Nel frattempo – a parere di chi scrive – l'attestatore chiamato ad esprimersi **sulle alternative concretamente praticabili**, in primo luogo dovrà chiarire il fatto che la sua è una indagine del tutto esplorativa, ma, in secondo luogo, sic stantibus rebus sembra non potersi esimere dall'elaborare stime ragionevoli sulle possibilità - anche potenziali - per il curatore di attrarre attivo alla massa fallimentare.

La novellata legge sembra **rovesciare la logica** cui sono ancorati i principi di attestazione. Sembra infatti implicitamente richiedere che l'attestatore – pur non essendogli riconosciuto il ruolo di pubblico ufficiale e, pertanto, pur non potendo esercitare i poteri di indagine che caratterizzano l'attività del commissario giudiziale e del curatore fallimentare – valuti e rappresenti sulla base delle proprie analisi indipendenti, quale possa essere la prospettiva concreta di ottenere un soddisfo ulteriore rispetto a quello derivante dal mero realizzo dell'attivo esistente e rinvenuto, qualora il curatore impostasse nell'ambito del fallimento azioni revocatorie e azioni recuperatorie.

La questione assume massima delicatezza in quanto ciò è richiesto non solo al fine dell'esercizio del voto in modo informato da parte dei creditori, come accade nel 186 bis, ma altresì per l'apprezzamento da parte del creditore privilegiato di cui si chiede la falcidia del fatto che – nonostante sia prevista appunto la riduzione di un credito privilegiato – la proposta concordataria non sarebbe nei fatti migliorabile in caso di fallimento grazie anche all'impostazione e, è opportuno aggiungere, al buon fine, delle citate azioni.

Conclusioni

Parrebbe pertanto necessario concludere che l'attestatore sia chiamato – oborto collo - a porsi nell'ottica del curatore e che quindi necessariamente debba:

- i) valutare la possibilità di una cessione dell'azienda quale sistema organizzato e funzionante di beni;
- ii) verificare l'ipotesi alternativa della cessione atomistica delle attività rinvenute;
- iii) procedere con la verifica del passivo in ottica fallimentare ed in particolare valutare i possibili costi prevedibili del differente percorso fallimentare;
- iv) valutare infine la possibilità di impostare azioni revocatorie e azioni recuperatorie (tra cui quelle di responsabilità) al fine di trarne un vantaggio netto per la massa.

Si tratta di una analisi molto complessa e che presenta **criticità notevoli** legate:

- da un lato al tempo a disposizione, che è necessariamente molto più limitato rispetto a quello su cui può contare il curatore e su cui potrebbe contare il commissario se fosse incaricato della medesima analisi;
- dall'altro lato alla rilevanza e all'impegno già richiesto all'attestatore nel medesimo intervallo di tempo sul fronte dell'esame della base dati e della fattibilità del piano;
- dall'altro lato ancora ai poteri di indagine che, si è già più volte ricordato, sono molto più

limitati rispetto a quelli che caratterizzano l'operato di un pubblico ufficiale.



Copyright © - Riproduzione riservata