

# *il* FALLIMENTARISTA

La Circolare AdE 34/E 2020 e la trappola dell'expectation gap: l'attestazione non può tecnicamente avere funzioni di “garanzia”

di **Patrizia Riva**

*Focus del 22 febbraio 2021*

**La legge 159/2020 di conversione del d.l. 125/2020 ha introdotto integrazioni e modifiche agli artt. 180, 182 bis e 182 ter L.fall. nei fatti anticipando l'entrata in vigore della transazione fiscale e contributiva così come riformata nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza.**

*SOMMARIO: 1. L'attestazione necessaria per la transazione fiscale e previdenziale e per il cram down di fisco ed enti - 2. Riflessioni sull'utilizzo del concetto di "garanzia" nella Circolare AdE 34/E del 2020: la trappola dell'expectation gap - 3. La valutazione della responsabilità civile e penale dell'attestatore deve essere basata sul corretto presupposto dell'obbligo di diligenza professionale*

## 1. L'attestazione necessaria per la transazione fiscale e previdenziale e per il cram down di fisco ed enti

La [legge 159/2020](#) di conversione del [d.l. 125/2020](#) ha introdotto integrazioni e modifiche agli [artt. 180, 182 bis e 182 ter L.fall.](#) nei fatti anticipando l'entrata in vigore della transazione fiscale e contributiva così come riformata nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza. In sintesi il Tribunale può omologare un accordo di ristrutturazione del debito e un concordato anche qualora, da un lato, la mancata adesione da parte dell'Amministrazione Finanziaria o degli Enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie determini il mancato raggiungimento delle relative percentuali minime, e dall'altro, anche sulla base delle risultanze della relazione attestata del professionista designato dal debitore, la proposta di soddisfacimento dei predetti Enti sia conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria. Con riferimento agli accordi di ristrutturazione del debito, il nuovo dettato dell'[art. 182 ter, comma. 5 L.fall.](#) stabilisce che il debitore possa proporre una transazione fiscale e previdenziale anche nell'ambito delle trattative che precedono la stipulazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182 bis. In tali casi l'attestazione del professionista, relativamente ai crediti tributari o contributivi, e relativi accessori, avrà ad oggetto anche la convenienza del trattamento proposto rispetto alla **liquidazione giudiziale** ed è previsto che tale verifica costituisca oggetto di specifica valutazione da parte del Tribunale.

È opportuno sottolineare che secondo il previgente testo il confronto doveva essere effettuato con le alternative concretamente praticabili e quindi non in via esclusiva con l'ipotesi liquidatoria. I primi commentatori (si fa riferimento in particolare agli interventi di: Pollio, *Transazione fiscale a ostacoli*, Italia Oggi, 31 dicembre 2020; L.Calò, [La transazione fiscale e contributiva in mancanza di adesione da parte dell'Agenzia delle Entrate e degli istituti previdenziali](#), in *questo portale*, 5 gennaio 2021; G. Andreani, [Le nuove norme della legge fallimentare sulla transazione fiscale](#), in *questo portale*, 5 gennaio 2021) hanno affermato che il nuovo CCI ha voluto rendere più efficienti le procedure di trattamento dei crediti fiscali e contributivi e fornire uno strumento operativo per superare le ingiustificate resistenze dell'Amministrazione Finanziaria e degli Enti Previdenziali e Assistenziali alle soluzioni concordate, spesso registrate nella prassi, rispetto al rigetto, quasi mai comprensibile, della proposta presentata. Si assiste in sostanza ad uno strutturale ridimensionamento del loro potere posizionale che viene spostato *ex lege* in caso di inerzia o di diniego a favore del Tribunale. Ciò comporta un cambiamento nella *governance* della procedura in quanto è donata nuova centralità a quest'ultimo soggetto istituzionale chiamato a imporre all'Erario e agli Enti il *cram down* del credito vantato a condizione che il loro voto risulti decisivo e in presenza di una valutazione positiva da parte dell'attestatore sulla convenienza del soddisfacimento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale.

Proprio al fine di rendere più agevole il processo istruttorio e decisionale di Erario ed Enti nel codice della crisi, ma non nella [L. 159/2020](#) qui esaminata è stabilito un termine dalla ricezione della domanda di transazione per esprimersi sulla stessa rispetto a quanto previsto inizialmente indicato in 60 giorni e successivamente portato a 90 giorni.

Come noto l'Agenzia delle Entrate che il 29 dicembre 2020 ha emesso la Circolare 34/E titolata "Gestione delle proposte di transazione fiscale nelle procedure di composizione della crisi di impresa" con la quale si propone di fornire indicazioni sulle novità introdotte dall'art. 3, comma [1 bis, L. 159/2020](#) qui analizzate. Vi si prevede che l'Ufficio esplicitamente esprima una propria istruttoria e una propria conseguente valutazione sulla proposta di transazione presentata all'Agenzia delle Entrate. È richiamata in particolare la necessità per gli Uffici di verificare sia quanto esposto nel piano, sia nella relazione di attestazione sia, infine, quando presente ossia in caso di concordato preventivo, nella relazione del Commissario Giudiziale. L'analisi dei funzionari preposti sarà tesa a verificare l'eventuale sussistenza di una **manifesta inattendibilità o insostenibilità** esprimendo una puntuale motivazione, idonea a individuare in maniera analitica le ipotesi, le prospettazioni e i dati considerati non attendibili. In tale caso si prevede che gli esiti della valutazione dovranno essere portati a conoscenza del contribuente al fine di consentire una interlocuzione nella quale esaminare, con l'utilizzo di parametri di comune dominio, gli elementi di criticità rilevanti. Tra questi ultimi sono richiamati a titolo esemplificativo: la valorizzazione degli immobili, l'attendibilità delle variabili

previsionali e i tassi utilizzati per attualizzare i flussi di cassa attesi futuri.

## 2. Riflessioni sull'utilizzo del concetto di “garanzia” nella Circolare AdE 34/E del 2020: la trappola dell'expectation gap

Sono opportune, alla luce di alcuni passaggi della citata Circolare, alcune riflessioni di notevole portata nell'economia del presente scritto in quanto il testo formula considerazioni sulla figura e sui compiti richiesti all'attestatore chiamato a svolgere l'attestazione funzionale al citato *cram down* di Agenzia ed Enti. Il ruolo dell'attestatore sembra trovare amplissimo apprezzamento nella Circolare. Vi si legge infatti letteralmente che "gli interventi legislativi in materia di composizione della crisi di impresa hanno, progressivamente, assegnato ai professionisti che attestano la veridicità dei dati aziendali e l'attuabilità dell'accordo (nel prosieguo anche “attestatori”) **un ruolo sempre più rilevante**, precisandone le richieste competenze tecniche ed i requisiti personali, nonché chiarendo quali contenuti devono essere necessariamente riportati nella relazione di attestazione. La scelta adottata dal Legislatore di propendere verso soluzioni simil - “privatistiche” della crisi aziendale ha, infatti, enfatizzato la necessità di adottare adeguati presidi a tutela dei terzi e dei creditori. Proprio in ciò risiede la **ratio dell'attestazione**, che assume la funzione di **strumento di garanzia a favore dei terzi e dei creditori**, soprattutto se estranei al piano di risanamento, volto a consentire che le scelte e le rinunce di fronte alle quali sono posti siano ponderate ed assunte in base a informazioni corrette, attendibili e sufficientemente complete. Il lavoro dell'attestatore, quindi, è **determinante in quanto deputato a rafforzare la credibilità degli impegni assunti dal debitore mediante il piano**, che devono essere finalizzati al riequilibrio della situazione economico-finanziaria e, sostanzialmente, al risanamento dell'impresa. Inoltre, la relazione di attestazione, in esito alle modifiche recate dal [decreto legge 7 ottobre 2020, n. 125](#), è espressamente indicata ([artt. 180 e 182-bis della L.FALL.](#)) come uno degli elementi di cui può avvalersi il Tribunale per omologare il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione, anche in mancanza, rispettivamente, del voto o dell'adesione dell'Amministrazione Finanziaria. In ragione della rilevanza degli interessi tutelati, il Legislatore, come predetto, ha subordinato l'esercizio della funzione attestativa al possesso di una serie di requisiti, tra cui spicca quello dell'**indipendenza**, atti ad assicurare che gli accertamenti condotti, le analisi economico-finanziarie e patrimoniali elaborate, le valutazioni prospettive di convenienza e di sostenibilità del piano industriale o di risanamento, la garanzia sulla veridicità dei dati e il giudizio finale siano effettuati da soggetti in possesso di particolari **competenze professionali**. Si tratta, quindi, di un **ruolo centrale, da assolvere con rigore, competenza e trasparenza** per assicurare la corretta riuscita della procedura di composizione della crisi”.

Non si può non notare una incoerenza interna del passaggio *supra* riportato che da un lato richiama correttamente il contenuto dei **principi internazionali di assurance - ISAE 3000** (ci si riferisce al “Principio Internazionale sugli Incarichi di Assurance ISAE n. 3000. Incarichi di assurance diversi dalle revisioni contabili complete o dalle revisioni contabili limitate dell'informativa finanziaria storica, in vigore per le relazioni di assurance datate il 15 dicembre 2015 o successivamente; liberamente scaricabile rispettivamente in inglese e in italiano dai siti <https://www.iaasb.org/> e <https://oldsite.commercialisti.it/>) e **ISAE 3400** (Ci si riferisce al “Principio internazionale sugli incarichi di assurance n. 3400, già principio di revisione internazionale n. 810. L'esame dell'informativa finanziaria prospettica”; liberamente scaricabile rispettivamente in inglese e in italiano dai siti <https://www.iaasb.org/> e <https://oldsite.commercialisti.it/>) - in quanto riconosce che l'attestazione è il giudizio – ossia *l'opinion* - di un esperto indipendente deputato a **rafforzare la credibilità** degli impegni assunti dal debitore, ma dall'altro si spinge oltre pretendendo che esso rappresenti uno **strumento di garanzia** per i terzi e i creditori e così cadendo nella **nota trappola del cosiddetto expectation gap**. È chiamato così in dottrina, ma anche dalla prassi professionale sia a livello nazionale sia a livello internazionale lo strutturale scollamento esistente tra le attese riposte nell'attività di controllo svolta e la portata del servizio prestato dai revisori e quindi qui dall'attestatore. Si legge, per esempio nel sito dell'ACCA: *Although the expectation gap in audit was defined in a number of different ways throughout the years, it is most commonly known as 'the difference between what the public expects from*

*the auditing profession and what the auditing profession actually provides'. Association of Chartered Certified Accountants defines the expectation gap in audit as 'the difference between what the general public thinks auditors do and what the general public would like auditors to do'.*

L'attività di revisione, e a maggior ragione quella di *assurance*, si sostanziano nella pianificazione e nell'esecuzione di verifiche finalizzate a esprimere un parere professionale in merito all'attendibilità sostanziale del documento esaminato sia esso, in situazione ordinaria, il bilancio di esercizio o, nella situazione in esame di crisi, la base dati e il piano dell'azienda proponente la propria ristrutturazione. Il revisore è in grado di ottenere un **congruo convincimento**, ma **mai la certezza**, di avere identificato tutti gli errori le cui caratteristiche siano tali da modificare l'atteggiamento dei potenziali utilizzatori del bilancio. Ciò accade in funzione di alcune caratteristiche non eliminabili della tecnica stessa di revisione tra i quali si ricordano: i limiti connaturati alla procedura di revisione; la natura della documentazione esaminata; le limitazioni – se non l'inesistenza ad oggi - nelle realtà di minori dimensioni di adeguati assetti organizzativi (Riva P., *Ruoli di Corporate Governance. Assetti organizzativi e DNF*, Egea, 2020) e amministrativi, e quindi di adeguati sistemi di controllo interno e di gestione dei rischi (Comoli M., *Il sistema di controllo interno nella corporate governance*, Egea, 2002; Dittmeier C.A., *Internal Auditing. Chiave per la corporate governance*, Egea, 2011; Oliva A., Riva P., *La figura professionale dell'Internal Auditor (IA) e le fasi della sua attività*, in Riva, *op. cit.*, Egea 2020), ma anche di sistemi di amministrazione ossia di *budgeting* e pianificazione; la necessità di ricorrere alla tecnica campionaria per contenere i costi del controllo e garantire tempestività nell'espressione del giudizio. A ciò va aggiunto che all'attestatore **non è**, nemmeno con questa riforma, stato volutamente riconosciuto il ruolo di **pubblico ufficiale** e che, quindi, come tutti i revisori che operano anche in situazione di *going concern*, non ha a disposizione gli strumenti dell'indagine giudiziaria, né ha il potere ispettivo della Forza Pubblica o della Guardia di Finanza.

In presenza di tali condizioni permane quindi strutturalmente il rischio che eventuali irregolarità anche significative, possano non essere individuate dall'attestatore, nonostante l'applicazione di ogni dovuta diligenza. Al revisore non può quindi attribuirsi, quando ha operato con la dovuta diligenza professionale, la responsabilità del mero fatto che il giudizio si dimostri errato. Si evidenzia in dottrina che, sebbene sia i principi di revisione e di *assurance* sia l'abbondante letteratura in materia riportino chiaramente i **limiti tecnici** e la portata della revisione contabile e dell'*assurance* e nonostante il revisore sia tenuto a specificare gli stessi nelle proprie lettere di incarico, le aspettative del pubblico sono molto spesso più alte rispetto alle reali possibilità (Livatino, Pecchiari, Pogliani, *Principi e Metodologie di Auditing*, Egea, 2012).

Una *opinion*, ancorché attenta, prudente e redatta con la massima analiticità, resta l'espressione delle valutazioni - strutturate ma in ogni caso soggettive - dell'esperto. Essa può pertanto offrire una valutazione il più possibile compiuta sulla ragionevolezza delle ipotesi e sulla coerenza interna dello sviluppo tecnico di un piano, ma **non può "garantire"** che si realizzi. L'attestazione del piano formulato per una ristrutturazione permette pertanto una maggiore presa di coscienza da parte del pubblico interessato, che in questo caso è il creditore qualificato Agenzia, ma **non può in alcun modo eliminare i rischi** connessi per definizione alla quantificazione dei valori compresi nella base di dati e alla prospettazione dell'evoluzione futura della situazione aziendale. La prospettazione di scenari e la composizione di confronti tra gli stessi infatti essendo connessa ad eventi futuri, come bene indicato nel principio ISAE 3400 dedicato proprio a questo tema, presenta fattori di aleatorietà ineliminabili.

L'**utilizzo del termine "garanzia"** nella Circolare dell'Agenzia qui esaminata è, pertanto, da considerarsi **improprio** in quanto incompatibile con le potenzialità stesse della tecnica utilizzata dagli esperti indipendenti nello svolgimento dei loro controlli. A ulteriore conferma vale la pena di ricordare che i principi di riferimento **vietano** di qualificare l'*opinion* espressa **con il termine "certificazione"** utilizzato comunemente in un passato ormai non più prossimo, proprio in quanto il medesimo, come appunto quello di "garanzia di veridicità" utilizzato nella Circolare, è foriero di aspettative sovrastimate.

### **3. La valutazione della responsabilità civile e penale dell'attestatore deve essere basata sul corretto**

### **presupposto dell'obbligo di diligenza professionale**

Preoccupa il fatto che il richiamo rinvenibile alla fine del paragrafo 3.3 della Circolare in commento alle **responsabilità civili e penali** poste a carico dell'attestatore non faccia correttamente riferimento alla prima definizione proposta dal documento di “*opinion* di un esperto indipendente deputato a rafforzare la credibilità degli impegni assunti dal debitore”, bensì alla seconda definizione, che come si è scritto, è da considerarsi tecnicamente fuorviante, di “**garanzia di veridicità**”.

È in sintesi senz'altro legittimo e auspicabile che siano riposte **aspettative sull'operato dell'attestatore**, ma esse **devono essere in sintonia con quello che il revisore è in grado di offrire**. Di conseguenza, anche le richiamate responsabilità, devono essere apprezzate e valutate partendo da presupposti corretti e quindi tenendo conto che l'attestatore è tenuto ad operare le proprie verifiche con la necessaria diligenza professionale, ma non può fornire garanzie di risultato.

Si è già dibattuto questo tema proprio da questa testata nel 2012 in occasione dell'introduzione degli articoli in tema di responsabilità dell'attestatore nella legge fallimentare (P. Riva, *Il rischio di selezione avversa sul “mercato” degli attestatori e i fattori necessari per limitarlo*, 28 settembre 2012).

Si è in quella sede evidenziato che, nel caso in cui si pretendesse dall'attestazione e quindi dall'attestatore ciò che non è possibile ottenere, si assisterebbe in breve tempo ad un processo di **selezione avversa** sul “mercato degli attestatori”, dove per selezione avversa si deve intendere una 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 presunto vantaggio le condizioni. Si verificherebbe, infatti, l'uscita dal mercato proprio di quei soggetti portati a comportamenti professionali, consapevoli e coerenti con le linee guida e principi di riferimento i quali non potranno che giudicare il raggiungimento degli obiettivi a loro imposti come fatto **oggettivamente impossibile** e recante in sé rischi troppo elevati e non sopportabili.