



ASSOCIAZIONE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI DELLE TRE VENEZIE

INSERTO

L'art. 67, 3° comma, lett. d)
nell'ambito degli istituti di composizione
della crisi d'impresa. Inquadramento giuridico

Michele Furlanetto
Ordine di Treviso

Andrea Gajo
Avvocato - Treviso

L'art. 67, 3° comma, lett. d) nell'ambito degli istituti di composizione della crisi d'impresa. Inquadramento giuridico¹

Michele Furlanetto
Ordine di Treviso

Andrea Gajo
Avvocato - Treviso

LA BASE NORMATIVA DELLA RIFORMA DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Premessa

L'azione revocatoria fallimentare è stata toccata dal primo intervento riformatorio operato dal D.L. 14.03.2005 n. 35, convertito in L. 14.05.2005 n. 80, che contiene anche una disciplina transitoria; a tal riguardo, di non univoca interpretazione è l'art. 2, secondo comma, del D.L. 14.03.2005 n. 35, laddove prevede che le nuove norme sulle azioni revocatorie si applichino alle "procedure iniziate" dopo l'entrata in vigore del decreto stesso. In particolare, non è chiaro se si faccia riferimento ai ricorsi presentati o ai fallimenti dichiarati.

Secondo autorevole Dottrina, il riferimento sembrava riguardare non le azioni revocatorie promosse dopo l'entrata in vigore della legge, ma quelle ricollegabili a fallimenti aperti in data successiva. In particolare, per quanto di pertinenza del presente contributo, le prime pronunce giurisprudenziali in materia hanno chiarito che l'applicazione retroattiva della nuova formulazione dell'art. 67 L.F., introdotta dal D. Lgs. 9.01.2006 n. 5, è esclusa in base all'art. 150 del medesimo decreto e ciò manifestamente non contrasta con l'art. 3 Cost., atteso che rientra nella discrezionalità del legislatore stabilire, rispetto a tutti i destinatari che versino in una certa situazione, la decorrenza della data di applicazione di una nuova disposizione di legge ed anche differirne l'entrata in vigore per esigenze di ordine generale successive.

I successivi processi di riforma delle Procedure concorsuali

I processi di riforma delle Procedure concorsuali sono proseguiti con i D. Lgs. 5/2006 e 169/2007 e con le Leggi 2/2009, 69/2009 e 122/2010.

Da ultimo, la riforma delle principali procedure è stata operata dalla Legge 134/2012, di conversione del Decreto Legge 83/2012, recante misure urgenti per la crescita del Paese, noto come Decreto Sviluppo o Decreto Passera, dal nome del Ministro dello Sviluppo Economico.

L'art. 33 (Revisione della Legge Fallimentare per favorire la continuità aziendale) della Legge 134/2012² ha modificato alcuni articoli della Legge Fallimentare (artt. 67, 69 bis, 72, 161, 168, 178, 179, 180, 182 bis, 182 quater, 18, 217 bis) e ne ha introdotti 5 di

nuovi (artt. 169 bis, 182 quinquies, 182 sexies, 186 bis, 236 bis), con la finalità, come dichiarata dal Governo Monti nella Relazione di accompagnamento al Decreto Legge, di "migliorare l'efficienza dei procedimenti di composizione delle crisi d'impresa disciplinati dalla legge fallimentare, superando le criticità emerse in sede applicativa, e promuovendo l'emersione anticipata della difficoltà di adempimento dell'imprenditore".

In sostanza il legislatore, proseguendo i processi di riforma predetti, ha apportato delle importanti modifiche agli articoli della Legge Fallimentare che disciplinano le soluzioni alla crisi di impresa e che consentono di evitare l'avvio della procedura fallimentare, ossia, in particolare, l'art. 67, relativo al piano di risanamento, gli artt. 161, 168, 178, 179 e 180, concernenti il concordato preventivo, l'art. 182 bis, sull'accordo di ristrutturazione dei debiti, l'art. 182 quater, dedicato ai finanziamenti prededucibili³ erogati durante la crisi d'impresa. Vi è stato poi l'innesto nella disciplina fallimentare di ulteriori disposizioni, come i nuovi artt. 182 quinquies, sui finanziamenti per la continuità aziendale durante le procedure di concordato preventivo e di accordo di ristrutturazione dei debiti, e 186 bis, contenente la descrizione della procedura di una variante del concordato preventivo, ossia il concordato con continuità aziendale.

Le ragioni della riforma

L'esperienza delle procedure concorsuali aveva dimostrato, come riconosce la Relazione di accompagnamento al Decreto Legge 83/2012, che vi erano state diverse circostanze che avevano disincentivato l'accesso delle imprese in crisi alle procedure concorsuali finalizzate ad evitare (almeno per un po') la situazione fallimentare.

Questi fattori disincentivanti sono stati così richiamati nelle Relazioni:

- 1) insufficiente protezione dell'impresa in crisi durante la preparazione del piano di risanamento;
- 2) difficoltà di reperimento di finanziamenti necessari per l'attività dell'impresa in crisi durante la preparazione del piano di risanamento, anche ai fini del concordato preventivo o la negoziazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (c.d. finanza interinale);
- 3) mancanza di una disciplina specifica che facilitasse il con-

¹ Contributo di sintesi al workshop *Gli Istituti di composizione della Crisi di Impresa. I piani attestati ex art. 67 L.F. Dubbi, incertezze e pratiche operative* organizzato dalla Commissione Contabilità Finanza e Controllo dell'Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Treviso il 16 maggio 2013.

² Legge del 7 agosto 2012 n. 134, di conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, recante misure urgenti per la crescita del Paese, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'11 agosto 2012.

³ La prededucibilità consiste nel riconoscere priorità ai crediti prededucibili al momento del rimborso dei debiti con l'attivo risultante dalla procedura fallimentare. In altre parole si tratta di prestiti che godono di un privilegio rispetto ad altri crediti.

cordato preventivo con continuità aziendale, soprattutto per quanto concerne la continuazione dei contratti in corso;

4) assenza di disposizioni sui requisiti di indipendenza del professionista attestatore del piano di risanamento, nominato dal debitore, che trovassero applicazione anche in caso di concordato preventivo e di accordo di ristrutturazione dei debiti;

5) operatività automatica della causa di scioglimento per perdita di capitale e conseguente attivazione degli obblighi di capitalizzazione, anche nel corso del procedimento per l'omologazione del concordato preventivo (non finalizzato alla liquidazione) e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

L'entrata in vigore della riforma

Le novità della riforma si applicano alle procedure di piano di risanamento, di concordato preventivo e di accordo di ristrutturazione dei debiti avviate a partire dall'11 settembre 2012, ossia 30 giorni dopo l'entrata in vigore della Legge 134/2012, che ha avuto luogo il 12 agosto 2012, ossia il giorno successivo alla pubblicazione della Legge di conversione (134/2012) del Decreto Legge (83/2012) nella Gazzetta ufficiale (dell'11 agosto 2012).

Il D.L. predetto introduce quindi, per i procedimenti di concordato preventivo e per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, nonché per i piani attestati, rispettivamente introdotti ed elaborati quindi dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della L. 134/2012, le novità in particolare riguardanti la posizione del professionista attestatore nel piano ex art. 67, terzo comma, lett. d), art. 161 comma 3), l'art. 182 bis, la finanza interinale con l'art. 182 quinquies, la preveducibilità dei crediti di cui all'art. 182 quater.

I CONTENUTI DELLE NOVITÀ IN TEMA DI PIANO DI RISANAMENTO

Quadro generale

L'istituto del piano di risanamento, di cui, tra l'altro, all'art. 67 L.F., non ha subito modifiche incisive, rimanendo la sua disciplina molto "leggera".

La lettera d), unitamente alle lettere e) e g), e agli artt. 182 quater e 217 bis, è espressione del favore legislativo per le soluzioni concordate delle crisi d'impresa la cui attuazione, qualora non si ponessero i creditori e i finanziatori al riparo dal rischio di successive revocatorie, verrebbe verosimilmente ostacolata.

I cambiamenti hanno riguardato in particolare i profili di indipendenza del professionista attestatore del piano, nonché le finalità della relazione di attestazione. Sempre in ambito di modifiche all'art. 67 L.F., anche se non direttamente collegate alla procedura del piano di risanamento, merita di essere segnalata l'estensione dell'area di esenzione da azioni revocatorie alla vendita di beni immobili industriali da parte dell'impresa in crisi.

Indipendenza del professionista che attesta il piano di risanamento

In materia di indipendenza del professionista che attesta il piano di risanamento, si è provveduto, sostituendo la lettera d), del comma terzo, dell'art. 67 della Legge Fallimentare, a richiedere per l'attestatore l'applicazione delle stesse cause di ineleggibilità e decadenza dei sindaci di società, descritte nell'art. 2399 c.c..

In pratica, a seguito delle modifiche apportate dall'art. 33 della Legge 134/2012, si prescrive che il professionista designato dal debitore, ferma restando la sua qualifica di revisore legale, oltre che di avvocato o commercialista, deve ora essere indipendente,

ovvero non essere legato (lui ed i suoi colleghi dello studio professionale) all'imprenditore in crisi da rapporti personali o di lavoro, tali da compromettere l'indipendenza di giudizio (e di non avere avuto tali rapporti neppure negli ultimi 5 anni) e, più in generale, non deve nutrire alcun interesse all'operazione di risanamento, circostanza che comporta l'indipendenza anche dai creditori dell'impresa in crisi.

Va poi rilevato che si esplicita la circostanza per cui il professionista attestatore debba essere nominato dall'imprenditore in crisi, circostanza invece implicita nella precedente formulazione della norma.

L'orientamento prevalente ritiene che l'attestatore debba essere indipendente rispetto sia al debitore che conferisce l'incarico, sia al redattore del piano⁴ e che, alla fine fine, si debba trovare in una sequenza delle posizioni:

- non risulti essere legato all'impresa committente né a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di tipo personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio;

e in ogni caso, come si è detto, quando:

- sia in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 c.c.;
- non abbia prestato, neanche per il tramite di soggetti con il quale è unito in associazione professionale, negli ultimi cinque anni attività di lavoro dipendente o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione e controllo. Tutto quanto sopra oltre ai casi di "autocensura" quando pur, possedendo i requisiti di indipendenza, ritenesse compromessa la propria obiettività di giudizio in ragione di particolari rapporti intrattenuti con l'imprenditore committente (o con gli amministratori, se trattasi di società) ovvero con un creditore.

Di particolare rilevanza pratica, poi, assume la situazione in cui si debba escludere la possibilità di reiterare gli incarichi aventi ad oggetto attestazioni di piani, di concordati o di accordi di ristrutturazione al medesimo professionista prima dello scadere dei cinque anni, ricorrendo i presupposti descritti nell'art. 67, comma terzo, lett. d), L.F. (ultimi cinque anni, attività di lavoro autonomo, stesso debitore). Mentre, quanto meno dibattuta, sarebbe la possibilità secondo il quale il professionista, già attestatore di piani di risanamento o di concordato o di accordi di ristrutturazione dichiarati inammissibili o rigettati, possa accettare l'incarico di riattestare dallo stesso committente nell'arco temporale considerato. Mentre secondo il Tribunale di Milano⁵, tale possibilità sarebbe consentita, secondo l'Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili⁶ tale possibilità non sarebbe ammissibile dato che la volontà del legislatore sarebbe stata quella di realizzare un meccanismo di apertura del mercato a tutti i professionisti in possesso dei requisiti ed evitare eccessiva confidenzialità tra attestatore e committente.

Ampliamento delle finalità della relazione di attestazione

Prima della riforma apportata dalla Legge 134/2012, la disciplina richiedeva che l'attestazione riguardasse l'idoneità e la ragionevolezza del piano a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria.

Con le modifiche apportate dal Decreto Passera alla lettera d), terzo comma, dell'art. 67, come verrà *infra* meglio chiarito, si prevede ora che la relazione del professionista provveda ad attestare:

- 1) l'idoneità del piano a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa in crisi e ad assicurare il riequilibrio

⁴ CNDCEC, ASSONIME, UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FIRENZE, Linee-guida per il finanziamento delle imprese in crisi, 2010, 14 e IRDREC, circolare n. 30/IR dell'11 febbraio 2013, pag. 5.

⁵ Tribunale Milano, Verbale riassuntivo della seduta della II sez. civile - Fallimenti, del 20 settembre 2012

⁶ IRDREC, circolare n. 30/IR dell'11 febbraio 2013, pagg. 9-10.

della sua situazione finanziaria;

2) la fattibilità del piano;

3) la veridicità dei dati aziendali.

Come è evidente, in luogo del più generico requisito della “ragionevolezza” del piano, il legislatore richiede ora, ai fini dell’applicazione dei benefici riconosciuti dalla legge (art. 67) all’istituto del piano di risanamento (l’esenzione da azione revocatoria per gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore, se compiuti in esecuzione del piano), una più precisa analisi operata dal professionista, che, in particolare, deve verificare che i dati contabili ed extracontabili (che rientrano nell’ampia categoria dei dati aziendali) siano veri, nonché che il piano rispetti il requisito della “fattibilità”, che è più stringente rispetto a quello della “ragionevolezza”.

Dubbio, peraltro, se il Giudice chiamato a decidere sulla domanda di revocatoria possa operare un sindacato sulla ragionevolezza del piano – quantomeno escludendo l’operatività dell’esenzione da revocatoria in caso di sua (macroscopica) infattibilità risultante *prima facie* dalla lettura del documento. Al riguardo mentre taluni ritengono che il Tribunale possa sindacare l’idoneità del piano, ma solo in un’ottica *ex ante*, riferita alla data di elaborazione dello stesso, altri sostengono che l’(apparente) idoneità del piano debba venire valutata dal Giudice avendo riguardo alla data di compimento dei singoli atti rispetto ai quali viene eccepita l’esenzione da revocatoria, sì che gli atti compiuti dopo la sopravvenuta inidoneità del piano non potrebbero godere dell’esenzione; secondo una terza corrente di pensiero, minoritaria, la presenza dell’attestazione impedirebbe, invece, al giudice di negare l’esenzione da revocatoria a chi abbia compiuto – o abbia beneficiato di – atti esecutivi del piano, dovendosi ritenere che quest’ultimo debba risultare idoneo al solo attestatore.

Protezione della vendita degli immobili dell’impresa in crisi

Un’altra novità della riforma è l’esclusione dall’azione revocatoria della vendita di immobili ad uso aziendale, mentre in precedenza tale esenzione era limitata agli immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l’abitazione principale dell’acquirente, o di suoi parenti e affini entro il terzo grado, a condizione che la vendita fosse avvenuta ad un giusto prezzo.

Tale novella è stata operata modificando, nell’ambito della legge fallimentare, la lettera c) del comma terzo dell’art. 67, nonché il comma otto dell’art. 72⁷.

In sostanza si prevede ora che la vendita, ed il preliminare di vendita, trascritti ai sensi dell’art. 2645 bis c.c., e conclusa a giusto prezzo, degli immobili dell’impresa in crisi ad uso non abitativo, che diventano la sede principale dell’attività d’impresa dell’acquirente, sia esclusa dalla possibile azione revocatoria (disciplinata dall’art. 67 del R.D. 267/1942), purchè, alla data di dichiarazione di fallimento, tale attività dell’acquirente dell’immobile sia effettivamente esercitata, ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio.

Sulle caratteristiche generali del Piano di risanamento

Il primo strumento per affrontare una crisi d’impresa, quindi, è il piano di risanamento di cui al menzionato art. 67, comma 3, lett. d), della Legge Fallimentare⁸ il quale è stato modificato dall’art. 33 della Legge 134/2012. Si può comunque continuare ad affer-

mare, anche dopo la riforma, che il vantaggio del piano di risanamento per l’impresa in crisi è duplice:

1) è esclusa l’azione revocatoria per gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni dell’impresa in crisi, posti in essere in esecuzione del piano (art. 67, comma 3, lettera d), R.D. 267/1942);

2) l’imprenditore in crisi è esentato dalla responsabilità penale per i pagamenti e le operazioni compiuti in esecuzione del piano di risanamento, escludendosi l’applicazione degli artt. 216, comma 3 (relativo alla bancarotta preferenziale, che è uno dei casi di bancarotta fraudolenta) e 217 (bancarotta semplice) della Legge Fallimentare (art. 217 bis).

Questi vantaggi sono sicuramente usufruibili dalle imprese in crisi che rispondono ai requisiti per l’accesso alla procedura fallimentare.

Più incerta è la possibilità di accesso alla soluzione del piano di risanamento per le imprese di piccole dimensioni, ossia quelle che non raggiungono neppure uno dei 3 requisiti dimensionali, in nessuno degli ultimi 3 anni (300.000,00 euro di attivo, 200.000,00 euro di fatturato, 500.000,00 di debiti) stabiliti dal R.D. 267/1942 per l’accesso alla procedura fallimentare.

Infatti, pur non essendovi nella norma contenente la previsione del piano di risanamento alcun riferimento a requisiti soggettivi, è difficilmente contestabile l’interpretazione che vuole che, essendo il piano di risanamento previsto all’interno della Legge Fallimentare, il suo ricorso dovrebbe essere possibile solo alle imprese che sono assoggettabili alla procedura fallimentare.

Tanto più che con la Legge 3/2012 si è prevista una specifica procedura di accordo di ristrutturazione dei debiti per quelle imprese che non rientrano nel campo di applicazione della Legge Fallimentare, denominata procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento.

D’altronde la riforma delle procedure concorsuali operata dal cosiddetto Decreto Passera non ha risolto il dubbio per cui le imprese, che non rispettano neppure uno dei tre requisiti ricordati sopra, potrebbero comunque informarsi presso il proprio Tribunale competente per territorio se la prassi locale (ossia la giurisprudenza sviluppata dai giudici di quel Tribunale) ammette la predisposizione di un piano di risanamento, ancorchè sia al di fuori del perimetro di assoggettamento alla disciplina fallimentare.

Questa informazione non è comunque indispensabile in quanto il piano di risanamento è un atto extragiudiziale, ossia non è soggetto al controllo del Giudice, né ad obblighi pubblicitari, essendo, a seguito della legge 134/2012, prevista solo la possibilità (ma non l’obbligo) della pubblicazione del piano nel registro delle imprese, a discrezione dell’impresa in crisi che attiva questa procedura concorsuale.

In effetti il piano di risanamento viene predisposto dall’imprenditore il quale può essere (e normalmente lo è) assistito da un consulente ma approvato dall’organo amministrativo dell’impresa che se ne assume la responsabilità di quanto in esso riportato fermo restando che ciò non esclude, tuttavia, che sussista anche una competenza assembleare in materia, ogni volta in cui l’esecuzione del progetto ne richieda l’intervento, considerato lo statuto sociale.

Questo documento è quindi un atto unilaterale dell’imprenditore e non è richiesto un accordo con i creditori, né un loro consenso al

⁷ L’art. 72 disciplina l’esito dei rapporti pendenti in caso di fallimento di una delle controparti del rapporto negoziale.

⁸ L’art. 67, comma 3, lett. d) prevede che “non sono soggetti all’azione revocatoria: [...] gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse sui beni del debitore purchè posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell’imprenditore e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria; un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall’art. 28 lett. a) e b) deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all’impresa e a coloro che hanno interesse all’operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l’indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall’art. 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore”.

piano, per dare efficacia al piano stesso, a differenza di quanto avviene con l'accordo di ristrutturazione dei debiti e con il concordato preventivo.

Tuttavia è opportuno che esso sia condiviso con i principali creditori, che possono anche essere preventivamente chiamati ad esprimere un loro parere favorevole, soprattutto se sono previste azioni che riguardano il loro diritto di credito (dilazioni, rifinanziamenti, etc.).

Infatti il piano di risanamento si può basare su accordi di ristrutturazione del debito con i principali creditori, ma potrebbe anche avvenire che il piano si fondi solo sulla dismissione di cepti non necessari all'imprenditore, oppure sull'acquisizione di nuove risorse finanziarie provenienti da nuovi finanziatori; relativamente a questi ultimi è bene precisare che essi non possono beneficiare della prededucibilità dei loro crediti, in quanto l'art. 182 quater attribuisce tale beneficio solo ai finanziamenti previsti dagli accordi di ristrutturazione dei debiti e dai concordati preventivi.

Con riferimento al tema della "pubblicizzazione" del piano di risanamento, non si può negare che, anche in assenza di obblighi legali, resti opportuno portare il piano di risanamento a conoscenza, mediante la sua pubblicazione nel registro delle imprese, anche dei principali *stakeholders* dell'impresa (lavoratori, fornitori, clienti, eventuali PA interessate, banche) per motivi di trasparenza e, più recentemente, per i vantaggi tributari introdotti con la modifica dell'art. 88, 4° comma del TUIR per cui "Non si considerano sopravvenienze attive ... In caso di ... di un piano attestato ai sensi dell'articolo 67, terzo comma, lettera d), del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, pubblicato nel registro delle imprese... per la parte che eccede le perdite, pregresse e di periodo, di cui all'articolo 84."⁹

Per assumere validità il piano di risanamento deve però rispondere ad un preciso requisito formale, ossia l'attestazione di un professionista (che sia revisore legale, oltre che indipendente), il quale potrebbe ritenere di non poterlo attestare, per motivi che possono andare da un'interpretazione restrittiva dei requisiti soggettivi, a considerazioni sull'idoneità del piano a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa in crisi o ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria, passando per valutazioni negative sulla fattibilità del piano o sulla veridicità dei dati aziendali in esso riportati.

Sul presupposto per la presentazione del Piano attestato: stato di insolvenza o stato di crisi

Si è molto dibattuto in passato, in dottrina e in giurisprudenza, in ordine ai rapporti fra l'insolvenza, su cui si fonda il fallimento, e la temporanea difficoltà ad adempiere le proprie obbligazioni, che costituiva il presupposto dell'ormai abrogato istituto dell'amministrazione controllata. La dottrina, in particolare, tendeva a considerare la situazione di cui all'art. 187 L.F. (riferito all'abrogata amministrazione controllata), come qualcosa di diverso rispetto a quella di cui all'art. 5 L.F. (riferito al fallimento), vuoi ritenendola uno *status* di minore gravità, vuoi perché avrebbe avuto quale condizione qualificante il requisito della superabilità.

La giurisprudenza, invece, è per lo più orientata a ritenere i due concetti coincidenti sul piano qualitativo e ad attribuire allo stato di insolvenza il *quid pluris* quantitativo della connotazione di irreversibilità. E' appunto siffatto orientamento che risulta recepito dal legislatore delle riforma del diritto fallimentare che, con

l'art. 36, comma 1, della Legge 51/2006, ha aggiunto all'art. 160 L.F. – presupposti per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo – un ultimo comma che recita "ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza". L'intervento normativo è stato evidentemente dettato da considerazioni pratiche, per evitare che situazioni di insolvenza potessero pregiudicare il ricorso al concordato preventivo, certo più conveniente – e per i creditori e per l'impresa – dell'altrimenti inevitabile procedura di fallimento. E' però innegabile che quella equiparazione ha di fatto espropriato il Tribunale di qualsiasi potere di valutazione concreta della situazione economico-finanziaria dell'impresa.

Ciò premesso, la domanda che deve porsi sul tema, a questo punto, è se lo stato di crisi o quello di insolvenza possano essere – in difetto di espressa previsione legislativa – idoneo presupposto per pianificare il risanamento di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d) L.F.

Si ritiene che sia nello stato di crisi, che nello stato di insolvenza, l'imprenditore possa presentare un piano ex art. 67 L.F.

Una conferma diretta di tale conclusione si rinviene in particolare all'art. 67 laddove il legislatore, nel regolare le ipotesi di esenzione dall'azione revocatoria, aggancia espressamente l'esercizio di detta azione al presupposto dello stato di insolvenza; mentre analoga conferma si ricava indirettamente dall'art. 15 L.F. – "Procedimento per la dichiarazione di fallimento" – laddove è data la possibilità di difendersi – depositando memorie, relazioni, bilanci, piani atti a dimostrare la sua capacità di far fronte ai propri debiti – all'imprenditore contro il quale sia stata presentata istanza di fallimento.

Tali considerazioni portano ad ipotizzare la possibilità di prevedere, all'interno dell'art. 67, terzo comma, lett. d), l'esistenza quantomeno di due tipologie di piani:

- piano di risanamento con recupero totale dell'impresa;
- piano di risanamento con recupero parziale dell'impresa¹⁰.

La questione dei requisiti previsti dalla Legge Fallimentare

Non sono previsti ulteriori requisiti per l'accesso a questa soluzione, sebbene il collocamento della norma di riferimento nella Legge Fallimentare fa ritenere necessario che l'impresa che propone un piano di risanamento risponda ad entrambe queste condizioni¹¹:

- 1) avere le caratteristiche delle imprese suscettibili di essere sottoposte alla procedura fallimentare, ossia essere un'impresa commerciale che rispetta i requisiti dimensionali indicati dall'art. 1 della Legge Fallimentare, ossia superare una di queste 3 soglie nell'ambito dell'ultimo triennio dal momento della redazione del piano: a) 300.000,00 euro di attivo; b) 200.000,00 euro di fatturato; 500.000,00 euro di debiti;
- 2) essere in uno stato di crisi ai sensi dell'art. 5 della Legge Fallimentare¹².

In pratica l'art. 1 L.F. afferma che le imprese che non superano tutti questi 3 requisiti, neppure in un anno dell'ultimo triennio (salvo per i debiti, per i quali vale l'ultimo valore disponibile), non possono accedere alle procedure concorsuali, mentre è sufficiente il superamento di una sola di queste soglie per essere assoggettati al fallimento.

Ne consegue che i creditori che si vedono negare l'azione revocatoria potrebbero eccepire la possibilità di attivare questa soluzione, nel caso in cui l'impresa in crisi non superasse neppure

⁹ Come modificato dal Decreto Legge del 22/06/2012 n. 83 articolo 33

¹⁰ Che sarebbe, seppur indirettamente, confermato dalla disciplina fiscale di cui più *supra* dato che non avrebbe "normalmente" senso ammettere la falcidia dei creditori in un piano attestato ex art. 67 con la conseguenza che esso non dovrebbe mai determinare materia imponibile di per se stesso.

¹¹ Non vi sono tuttavia indicazioni giurisprudenziali e dottrinali univoche sulla necessità di rispettare questi requisiti.

¹² Le circostanze che segnalano lo stato di crisi sono, oltre all'insolvenza conclamata, anche il manifestare inadempimenti e altri fatti esteriori che dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, come chiarisce l'art. 5 del R.D. 267/1942.

una delle soglie sopra richiamate. In una tale evenienza andrebbe allora considerata la possibilità di attivare un accordo di ristrutturazione dei debiti nell'ambito del procedimento di composizione delle crisi da sovraindebitamento, introdotto dalla legge 3/2012.

IL CONTENUTO, LE CARATTERISTICHE E LA DURATA DEL PIANO

Il contenuto

La riforma operata dalla Legge 134/2012 si è limitata ad omogeneizzare, nell'ambito delle varie procedure concorsuali, le finalità della relazione di attestazione, ma non il contenuto dei piani, che sono alla base di quelle procedure.

Secondo Assonime¹³ il piano di risanamento deve comprendere sia il piano finanziario che quello industriale. Pertanto, nella sua redazione, occorre utilizzare le prassi professionali per la redazione dei *business plan*.

Si può affermare, in linea di massima, che il piano di risanamento dovrebbe avere le seguenti caratteristiche:

- 1) essere in forma scritta, sebbene la norma non richieda una forma precisa;
- 2) avere una data certa, se si vuole che gli atti eseguiti per la sua attuazione possano essere sottratti all'azione revocatoria senza incertezze¹⁴;
- 3) contenere stime precise;
- 4) descrivere in modo dettagliato le misure previste per risanare l'impresa in crisi;
- 5) essere formalmente approvato dall'organo amministrativo.

Il contenuto classico di un piano può essere il seguente:

- a) illustrazione delle ragioni della crisi;
- b) indicazione precisa della situazione patrimoniale, economica, finanziaria, organizzativa, di mercato, in cui si trova l'impresa al momento di predisporre il piano di risanamento;
- c) individuazione dei punti di forza e di debolezza dell'impresa, così come delle opportunità e delle minacce (c.d. analisi *Swot*¹⁵);
- d) descrizione degli obiettivi, ovvero dei risultati, anche di natura contabile, che si intendono perseguire, sia intermedi (*milestones*), sia finali;
- e) elenco dei parametri che consentono di monitorare l'evoluzione della situazione ed il perseguimento degli obiettivi;
- f) esposizione delle misure da attuare ovvero gli atti da compiere, ed il relativo impegno a farlo;
- g) descrizione dettagliata degli atti, delle garanzie e dei pagamenti da esimere da revocatoria e posti in essere in esecuzione del piano. Si osserva che tali atti (ed i pagamenti e le garanzie), per godere dell'esonero della possibile azione revocatoria dei creditori dell'impresa in crisi, devono essere funzionali al risanamento dell'azienda. La Legge non vieta che nel piano vengano prestate garanzie per i debiti preesistenti, purchè tali garanzie siano funzionali al successo del piano (es. per ottenere una parziale moratoria).

Si può comunque considerare che a fronte del nuovo rischio (assunto dal vecchio creditore) nel piano venga prevista la prestazione di garanzie anche per i nuovi finanziamenti erogati dai creditori preesistenti, i quali si impegnano con ulteriori risorse, solo per massimizzare il valore (atteso) di recupero dei crediti che già vantano verso l'impresa in crisi.

L'importante è che l'acquisizione di garanzie sui beni dell'impre-

sa in crisi non avvenga allo scopo di far acquisire una posizione privilegiata di alcuni creditori rispetto agli altri.

Non si è molto lontani, quindi, dagli schemi classici di *business planning*. Per essere credibile, il piano deve poi portare in appendice ulteriori elementi:

- 1) l'indicazione delle condizioni, o delle ipotesi, indipendenti dalla volontà dell'imprenditore, dalle quali dipende il successo del piano, quali:
 - a) le decisioni dei creditori;
 - b) l'andamento del mercato di riferimento;
 - c) il comportamento degli *stakeholders* (fornitori, lavoratori, clienti, banche etc.);
- 2) un'analisi di sensitività, ossia di valutazione dei cambiamenti dei risultati attesi in funzione della variazione delle ipotesi;
- 3) l'indicazione delle fonti delle informazioni;
- 4) i criteri di valutazione, sia dei dati contabili, sia di quelli aziendali ed economici;
- 5) le metodologie utilizzate, anche in riferimento a quelle indicate nella legge.

Le caratteristiche del piano

Il piano deve rispettare, secondo le raccomandazioni di Assonime, lo schema del *business plan*. I contenuti del piano devono poi essere personalizzati per i creditori, essendo il piano di risanamento rivolto soprattutto ai creditori attuali e futuri.

Il piano deve indicare con chiarezza le ipotesi poste alla base dell'analisi, le fonti informative utilizzate, nonché tutti i riferimenti metodologici che consentono all'attestatore ed ai terzi di verificare la veridicità dei dati, nonché la correttezza e la congruità dei calcoli posti in essere per l'elaborazione quantitativa del piano.

Con riferimento ai criteri di valutazione delle poste contabili, Assonime sostiene che non sia necessaria una coincidenza fra le valutazioni contenute nel piano di risanamento e quelle usate per la redazione del bilancio.

In sostanza, le prime dovrebbero essere piuttosto prudenziali rispetto alle seconde, che devono invece rispondere a criteri generali del bilancio, ossia la necessità di dare una rappresentazione veritiera e corretta della situazione patrimoniale e finanziaria della società.

Ad esempio il redattore del piano, al fine di considerare tutte le possibili circostanze negative, potrebbe decidere di non calcolare fra i flussi di cassa quelli che potrebbero venire dall'incasso dei crediti in contenzioso, senza che ciò implichi che questi debbano essere integralmente svalutati dal punto di vista civilistico. Questa affermazione, anche se fondata, a parere di chi scrive non risulta essere coerente con la, necessaria e preliminare, attestazione sulla veridicità dei dati di partenza. In questo senso, quindi, la presenza di crediti da svalutare risulta essere necessaria per la veridicità dei saldi iniziali, per la correttezza del patrimonio netto e, quindi, ed in ottica prospettica, per il calcolo degli indicatori finanziari e patrimoniali elaborati dalla dottrina e dalla prassi al fine di verificare se il percorso di risanamento sia stato intrapreso o meno. Vi è poi l'opportunità, che, di fatto, diventa una necessità, di inserire nel piano i risultati di un'analisi di sensitività, ovvero di un'analisi finalizzata a quantificare come la variazione delle ipotesi (ad es. tasso di crescita del mercato di riferimento, percentuale di adesione al piano dei creditori) possa influenzare i risultati attesi dal piano.

Da considerare poi l'importanza degli obiettivi intermedi, c.d. *milestones*, ovvero i risultati attesi in specifici momenti del per-

¹³ *Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, 2010, redatto da Assonime (Associazione Nazionale fra le società italiane per azioni), insieme all'Università di Firenze e al Cndcec (Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili).

¹⁴ E questa, si ritiene, possa essere fornita nelle forme più svariate: autentica di firma notarile, annullo di timbro postale, apposizione di marca temporale.

¹⁵ *Swot* è un acronimo basato sulle prime lettere di queste 4 parole inglesi: *strenghts* (punti di forza), *weaknesses* (punti di debolezza), *opportunities* (opportunità), *threats* (minacce).

corso delineato dal piano.

Esempi di questi risultati possono essere le dimensioni dei ricavi e/o del portafoglio ordini, il livello di indebitamento, l'incremento del numero dei clienti, la riduzione dei costi di acquisizione dei fattori della produzione, ma anche i valori del *cash flow*.

Vi è anche l'opportunità di separare nettamente, nell'ambito dell'indicazione delle condizioni o delle ipotesi su cui si basa il piano, le previsioni (*forecasts*) dalle prospettive (*projections*)¹⁶.

Di particolare rilevanza è la durata del piano che, in assenza di previsioni normative, dipenderà dalle condizioni di partenza dell'impresa in crisi, dal settore in cui opera, dalla situazione del mercato, dalla capacità effettiva del soggetto responsabile ad attuare le misure indicate nel piano.

L'esperienza e la prassi aziendale fanno ritenere che 3-5 anni sia un orizzonte sufficiente a consentire che la realizzazione del piano di risanamento e quindi il riequilibrio dell'azienda; durate maggiori dovrebbero essere motivate adeguatamente.

In termini generali, maggiore è la durata del piano e maggiore è la possibilità che l'impresa possa recuperare una capacità di produrre utili. Esiste però un *trade off* tra orizzonte temporale e capacità di previsione delle tendenze future di lungo periodo, che induce a ritenere opportuno non estendere l'orizzonte temporale necessario al raggiungimento delle condizioni fisiologiche oltre i 3-5 anni, periodo giustificato dalla prassi aziendale, come già detto, sufficiente per mostrare gli effetti economico-finanziari di interventi strutturali.

Il termine predetto dovrebbe essere funzionale al ripristino della capacità di produrre utili e quindi della possibilità di sostenere l'onere dei debiti.

Le condizioni per il successo del piano.

L'eliminazione delle cause di scioglimento

Risulta necessario approfondire il tema delle condizioni richieste perché il piano possa effettivamente consentire all'impresa di uscire dalla crisi. Risultano interessanti le osservazioni di Assonime relative al caso in cui l'impresa in crisi abbia subito una consistente perdita di capitale, tale da determinare lo scioglimento della società, ai sensi dell'art. 2484 c.c. in quanto il capitale è sceso sotto il minimo legale¹⁷.

D'altronde il nuovo art. 182 *sexies*, che esenta dagli obblighi civilistici di ricapitalizzazione e di scioglimento in caso di riduzione del capitale sociale sotto al minimo legale, si applica solo nei casi di accordo di ristrutturazione dei debiti e di concordato preventivo e non anche alla procedura del piano di risanamento.

Diventa quindi una condizione da rispettare assolutamente, per il successo del piano, il mantenimento ed il ripristino del capitale sociale al livello minimo stabilito dalla legge.

Più in generale, il piano di risanamento può essere predisposto solo a condizione che non vi sia nessuna possibile causa di scioglimento della società ovvero:

- 1) il decorso del termine;
- 2) il conseguimento dell'oggetto sociale, o la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo;
- 3) l'impossibilità di funzionamento, o la continuata inattività dell'assemblea;
- 4) la riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale;
- 5) la mancanza di riserve disponibili per rimborsare le azioni

(o le quote) del socio recedente;

- 6) la deliberazione di scioglimento dell'assemblea;
- 7) le altre cause di scioglimento previste nell'atto costitutivo o dallo statuto;
- 8) le altre cause di scioglimento previste dalla Legge.

In altre parole, il risanamento economico e finanziario può avvenire solo in un contesto di corretta gestione societaria, pena la sua contestabilità *ex post*, e la responsabilità di chi lo ha tentato, in particolare se amministratori, considerate le disposizioni di cui all'art. 2486 c.c.¹⁸.

Ne consegue che l'impresa in crisi deve prima effettuare gli adempimenti di natura societaria (ad es. convocazione dell'assemblea dei soci per eliminare la causa di scioglimento) e solo dopo predisporre ed attuare il piano di risanamento.

Si ritiene però sufficiente che il piano venga attuato dopo gli adempimenti che hanno eliminato la causa di scioglimento, ritenendo quindi possibile la predisposizione del piano anche prima che vengano completati gli adempimenti che eliminano le cause di scioglimento.

Nel caso di causa di scioglimento di natura finanziaria (riduzione del capitale sociale sotto il minimo legale), il piano di risanamento, con la previsione di nuove risorse finanziarie che vengono a ricostituire il capitale sociale, costituisce un presupposto, non solo logico, ma anche temporale, per la ricapitalizzazione.

In pendenza del perfezionamento del piano, si può legittimamente deliberare un aumento di capitale, da sottoscrivere però in tempi successivi, compatibili con il perfezionamento del piano.

I possibili esiti dell'attestazione

L'esito della verifica effettuata ai fini dell'attestazione può essere:

- 1) l'attestazione: il piano è idoneo ad assicurare il risanamento dell'impresa e dunque il ripristino della solvibilità, ed inoltre è fattibile sulla base degli elementi di conoscenza disponibili, relativi alle circostanze effettive in cui si trova l'impresa;
- 2) la non attestazione: il piano non consente il ripristino della solvibilità oppure non è fattibile o ancora non contiene dati aziendali veritieri.

La relazione di attestazione

Si ritiene che la relazione non debba ripetere i contenuti del piano. Infatti questa dichiarazione di attestazione dovendo avere la struttura di una relazione di verifica effettuata su un piano di risanamento già fatto, non deve riportare i contenuti di esso, trattandosi di un documento separato dal piano. Per chiarezza espositiva, comunque, si ritiene opportuno citare i principali elementi del piano, una sintesi dei dati economici, finanziari e patrimoniali nonché, come detto, in estremo dettaglio tutta la manovra finanziaria proposta.

La dichiarazione di attestazione dovrebbe consentire ai terzi interessati di verificare con immediatezza l'*iter* logico-giuridico del piano, oltre che le sue basi fattuali, seguendo lo schema di verifica predisposto dall'attestatore.

L'impostazione è quindi quella di un commento di un documento altrui (il piano di risanamento) teso a spiegare e motivare le considerazioni che hanno portato ad approvare, attestandolo, il piano di risanamento.

La relazione di attestazione dovrebbe pertanto contenere (a titolo

¹⁶ In questo senso vedasi, per una migliore definizione, il documento Isae 3400 "International Standard On Assurance Engagements 3400 - The Examination Of Prospective Financial Information -"

¹⁷ Tali considerazioni valgono, naturalmente, solo se l'impresa in crisi ha forma societaria, sebbene, *mutatis mutandis*, il ragionamento rimane valido anche per le imprese in crisi in forma diversa da quella societaria (es. ditta individuale) che si trovano in tutte quelle situazioni che possono comportare una cancellazione dal registro imprese.

¹⁸ La norma stabilisce che gli amministratori, al verificarsi di una causa di scioglimento, hanno il dovere di gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale, fino al momento della consegna ai liquidatori dei libri sociali ed in caso di mancato rispetto di questo obbligo, essi sono personalmente e solidalmente responsabili dei danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali, ed ai terzi (per atti od omissioni compiuti in violazione dell'obbligo di salvaguardare l'integrità ed il valore del patrimonio sociale).

esemplificativo e non esaustivo):

1. INTRODUZIONE, METODOLOGIA E CENNI STORICI

- 1.1 Introduzione
- 1.2 Metodologia e fonti dell'attestazione
- 1.3 Cenni storici
 - 1.3.1 La struttura del gruppo societario
 - 1.3.2 Il Piano oggetto di attestazione
 - 1.3.3 L'attività attuale della società
 - 1.3.6 La compagine societaria ed amministrativa

2. IL PIANO DI RISANAMENTO

- 2.1 Esposizione sintetica delle assunzioni di base, delle azioni previste dal Piano e dei risultati attesi
- 2.2 L'attività funzionale all'attestazione della veridicità dei dati aziendali (Esempio)
 - 2.2.1 Crediti
 - 2.2.2 Rimanenze di magazzino
 - 2.2.3 Debiti verso fornitori
 - 2.2.4 Altre attività al netto di altre passività
 - 2.2.5 Immobilizzazioni materiali nette
 - 2.2.6 Immobilizzazioni immateriali
 - 2.2.7 Immobilizzazioni finanziarie
 - 2.2.8 Fondo TFR
 - 2.2.9 Fondi rischi e oneri
 - 2.2.10 Debiti finanziari
 - 2.2.11 Debiti verso banche a breve
 - 2.2.12 Analisi risultanze centrale rischi
 - 2.2.13 Riepilogo variazioni patrimoniali
 - 2.2.14 Riepilogo sospesi
- 2.3 L'analisi del Piano e dei relativi rischi, funzionale all'attestazione della fattibilità del medesimo
 - 2.3.1 L'analisi macroeconomica
 - 2.3.2 L'analisi del settore e dei competitors
 - 2.3.3 L'analisi dei dati economico patrimoniali storici della Società
 - 2.3.4 Le informazioni sulla predisposizione del Piano e sulla base dati di partenza
 - 2.3.5 La durata del Piano
 - 2.3.6 L'analisi delle ipotesi
- 2.4 La movimentazione del patrimonio netto prevista a Piano
- 2.5 La sostenibilità del Piano dal punto di vista operativo e l'analisi delle *milestones*
- 2.6 La sostenibilità finanziaria del Piano
- 2.7 Le analisi di sensitività dei dati di Piano
- 2.8 I rischi sistemici e specifici e le criticità del Piano (Esempi)
 - 2.8.1 Fattori di rischio macroeconomici non governabili dal management della società
 - 2.8.2 I rischi nei tassi di crescita
 - 2.8.3 La ristrutturazione aziendale
 - 2.8.4 Il rischio nello stato di solvibilità dei clienti legati alle vendite effettuate dalla società di prodotti in c/terzi
 - 2.8.5 Piano di mobilità
 - 2.8.6 Il fabbisogno di cassa previsto a piano nel...
 - 2.8.7 I flussi di cassa derivanti dalle società controllate
 - 2.8.8 Il possibile debito IVA
 - 2.8.9 Il calcolo delle imposte previsto a Piano
- 2.9 Gli atti, i pagamenti e le garanzie che verranno posti in essere in "esecuzione" del Piano

3. CONCLUSIONI

- Elenco allegati

Dal sopra esposto esempio di indice, quindi, emerge che la relazione di attestazione di un piano di risanamento dovrebbe contenere:

- 1) l'illustrazione delle metodologie utilizzate;
- 2) i dati e i calcoli più importanti effettuati ai fini dell'attestazione anche con la riesecuzione matematica degli stessi;

3) le motivazioni dell'attestazione, senza ricorrere a generiche affermazioni.

La descrizione delle attività del professionista dovrebbe includere quelle di:

- a) esposizione delle attività di verifica effettuate ai fini del controllo della veridicità dei dati aziendali; illustrazione delle modalità di reperimento delle informazioni per la valutazioni dell'attendibilità delle fonti informative utilizzate dal redattore del piano per costruire le ipotesi di partenza e le previsioni economico-finanziarie. In questo senso, dato che i piani ex art. 67 si fondano in grande misura su dati previsionali, in termini di controlli o di adempimenti da eseguire per "verificare la ragionevolezza" del piano, mancando normativamente indicazioni oltre a quelle previste dallo stesso art. 67, si ritiene utile far ricorso alla dottrina e, in particolare a:
 - il Regolamento Consob 11971/99 e succ. mod. int. e relativi allegati di attuazione del D. Lgs. 58/1998 da cui si ricavano utili indicazioni sui c.d. dati previsionali;
 - il documento di Borsa Italiana denominato "Guida al piano industriale" del luglio 2003 che illustra le principali caratteristiche di un piano industriale;
 - l'Isae 3400 emesso dall'Ifac nell'aprile 2007 che dà indicazioni operative sulle metodiche di controllo dei dati previsionali;
 - il documento: il finanziamento delle Imprese in crisi – Linee Guida a cura: Università degli Studio di Firenze – Cndcec – Assonime del 16/05/2010.
- b) richiamo delle *best practices* impiegate per verificare l'adeguatezza delle metodologie adottate dal redattore del piano per effettuare i calcoli e le previsioni economiche-finanziarie;
- c) descrizione delle operazioni di calcolo (comprese quelle afferenti l'analisi di sensitività) effettuate ai fini del controllo dell'esattezza dei numeri contenuti nel piano;
- d) indicazione delle procedure utilizzate per giudicare fattibili le misure previste dal piano;
- e) spiegazione delle motivazioni che consentono di considerare idoneo il piano di risanamento, alla luce dei dati aziendali (verificati).

E' il caso di ricordare che lo standard di diligenza nell'esecuzione delle verifiche dipende dalle dimensioni dell'azienda, dalla complessità del piano, e dal valore dei debiti dell'impresa, ed un utile riferimento potrebbe essere costituito dai principi e dalle prassi di revisione legale utilizzati per situazioni analoghe anche se, come ha più volte modo di ricordare il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili "Per le revisioni legali dei bilanci delle società non soggette alla vigilanza della Consob il D. Lgs. n. 39/2010 non ha mutato il quadro di riferimento nel quale, similmente al passato, non è prevista alcuna cogenza giuridica dei principi di revisione, che continuano quindi ad essere un punto di riferimento tecnico che ogni revisore potrà declinare ed adattare, secondo la propria esperienza e competenza tecnica, in relazione alla situazione nella quale sarà chiamato a rilasciare il proprio parere. Un riferimento tecnico quindi ma non anche un riferimento normativo obbligatorio."

Ne consegue che la responsabilità dell'attestatore può sorgere per negligenza, in caso di danno, ma non certo per il semplice cattivo esito del piano, in quanto, affinché vi sia una responsabilità, occorre un preciso comportamento dell'attestatore, contrario ai doveri di correttezza, che sono insiti nell'operato di un professionista. Ed in merito alla veridicità dei dati aziendali (contabili ed extracontabili) è da ritenere che essi siano veritieri e quantificati sulla base di principi contabili corretti ed in linea di massima omogenei rispetto ai principi utilizzati per la preparazione dei bilanci storici, ferma restando l'opportunità di una elevata cautela nella quantificazione di poste contabili non certe (es. crediti difficilmente esigibili), mentre per quanto riguarda quelli extracontabili (es. numero di clienti, contratti in via di conclusione) che essi

siano riscontrabili. Spetta alla sensibilità, alla competenza ed all'esperienza del professionista l'individuazione in concreto delle procedure e delle metodologie di verifica maggiormente consone al singolo caso, con l'onere, tuttavia, di dover adeguatamente motivare le scelte operate. Non è necessario giungere ad una completa revisione contabile, spesso incompatibile con gli stretti tempi a disposizione per la redazione della relazione. Il professionista attestatore farà prevalentemente riferimento a quanto statuito dai vigenti principi di revisione, declinandoli di volta in volta alle esigenze e peculiarità della specifica situazione in esame dato che il controllo della veridicità attiene ad un profilo di correttezza sostanziale, non essendo prescritto dalla norma un requisito di regolarità contabile in senso stretto. Certo è che in presenza di dati recenti verificati da un revisore (o da terzi qualificati per le perizie), è legittimo per il professionista fare un sia pur non completo e incondizionato affidamento sul lavoro già svolto fermo restando che il professionista è comunque tenuto a compiere una propria attività di riscontro della bontà del lavoro svolto da altri soggetti prima di poterne recepire le risultanze all'interno della propria relazione, non essendo ammissibile un affidamento passivo e incondizionato.

Un'attestazione priva di adeguata motivazione, d'altro canto, potrebbe costituire indizio di negligenza nell'attività di verifica richiesta al professionista, circostanza non banale anche ai fini dei profili di responsabilità che lo riguardano (che sono di natura penale, alla luce dell'aggiunta dell'art. 236 bis alla Legge Fallimentare, operata dalla Legge 134/2012).

La dichiarazione di attestazione si ritiene poi (Assonime) che non possa essere sottoposta a riserve o a indicazioni cautelative che ne limitino la portata, pur potendo invece essere condizionata ad un evento iniziale, che deve verificarsi in tempi prossimi e che se si verifica rende il piano fattibile. In tal caso il professionista non si assume la responsabilità di dichiarare se la sottoscrizione della convenzione sia possibile, ma si limita a dichiarare che, se essa verrà sottoscritta entro un determinato termine massimo, allora il piano diverrà fattibile.

Condizioni sospensive diverse da un evento prossimo e ben preciso, potrebbero determinare un contenzioso sul fatto se la condizione si sia verificata o meno ed in caso di fallimento, un'attestazione con indicazioni che ne limitino il significato potrebbe ingenerare incertezza in ordine alla sua effettiva efficacia protettiva da azioni revocatorie, con conseguenze negative, sia per il terzo che ha fatto affidamento sull'esenzione da azioni revocatorie, sia sullo stesso professionista, che potrebbe essere chiamato a rispondere nei confronti del terzo danneggiato.

Una volta emessa l'attestazione produce gli effetti previsti dalla legge per la procedura del piano di risanamento ovvero l'esenzione da azione revocatoria per gli atti compiuti in esecuzione del piano e l'esclusione dalla responsabilità penale per la partecipazione all'operazione di risanamento.

Le conseguenze legali di una falsa attestazione

Tra le novità più incisive della riforma contenuta nel Decreto Passera vi è la precisa indicazione delle conseguenze penali di una falsa attestazione, contenuta nel nuovo art. 236 bis (Falso in attestazioni e relazioni), aggiunto dalla Legge 134/2012.

Questa norma ricorda che il professionista può incorrere in serie

sanzioni penali, quando, nelle relazioni o attestazioni relative ai piani di risanamento, agli accordi di ristrutturazione dei debiti, ed ai concordati preventivi (compreso quello di continuità aziendale), nonché nelle relazioni per l'autorizzazione del Tribunale di finanziamenti prededucibili e di pagamenti dei fornitori (ex art. 182 quinquies L.F.):

- 1) espone informazioni false;
- 2) omette di riferire informazioni rilevanti.

In tali casi, il professionista può essere punito con entrambe queste due sanzioni:

- a) reclusione da 2 a 5 anni;
- b) multa da 50.000 a 100.000 euro.

Queste sanzioni possono essere aumentate nei casi in cui:

- 1) il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri;
- 2) dal fatto consegue un danno per i creditori (in quest'ultima circostanza la pena è aumentata fino alla metà).

Con riferimento alla responsabilità del perito dal punto di vista civilistico, un tempo, visto il richiamo dell'art. 2501 sexies all'art. 64 c.p.c., si riteneva generalmente che fosse disciplinata da tale ultima disposizione. In ogni caso pare corretto ritenere che il perito, sotto il profilo civilistico, debba rispondere dei danni derivanti dall'illegittimità della sua condotta: danni che potranno essere quantificati tenendo conto del pregiudizio arrecato alla massa dall'inesperibilità dell'azione revocatoria, ma anche della diminuzione di valore del patrimonio netto nel periodo intercorso fra la predisposizione del piano e l'entrata in procedura. Sulla natura della responsabilità, viene configurata quale responsabilità contrattuale verso la società, nei limiti di cui all'art. 2236 c.c. ed aquiliana verso i soci e i terzi.

Il piano nell'ambito dei gruppi di imprese

In presenza di gruppi di società tra loro collegate da rapporti giuridici, industriali, commerciali e finanziari, il piano, nel silenzio della norma, si ritiene debba essere predisposto dalla capogruppo e verrà redatto sulla base di documenti consolidati (piano industriale, piano economico, piano finanziario, prospetto dell'andamento dei flussi di cassa) documenti che dovranno ovviamente essere costruiti sulla base dei dati espressi dalle singole società appartenenti al gruppo.

La competenza interna nella redazione del piano non potrà che essere di spettanza della capogruppo, con l'approvazione del piano stesso da parte dei consigli di amministrazione sia della capogruppo, che delle società partecipate; ciò sulla base della normativa in tema di direzione e coordinamento. Nel caso lo statuto lo preveda, potrebbe rilevare la competenza dell'assemblea anziché dell'organo gestorio.

L'attuazione del piano

I soggetti chiamati ad eseguire il piano (impresa in crisi, creditori, finanziatori, etc.) possono procedere con la sua attuazione, con la tranquillità offerta dall'art. 217 bis L.F.¹⁹ che stabilisce che le disposizioni penali in tema di bancarotta preferenziale²⁰ (che è uno dei casi di bancarotta fraudolenta)²¹ e di bancarotta semplice²² non si applicano ai pagamenti ed alle operazioni compiute in esecuzione del piano di risanamento.

¹⁹ Introdotto dalla Legge 122/2010.

²⁰Disciplinata dall'art. 216, comma 3, L.F. che punisce con la reclusione da 1 a 5 anni il fallito che, prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione.

²¹Disciplinata dall'art. 216 L.F. che punisce con la reclusione da 3 a 10 anni, l'imprenditore dichiarato fallito che a) ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni, ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti; b) ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuti in modo da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari

²² Disciplinata dall'art. 217 L.F. punisce con la reclusione da 6 mesi a 2 anni l'imprenditore dichiarato fallito che a) ha fatto spese personali o per la sua famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica; b) ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti; c) ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento; d) ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa; e) non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare.

L'esenzione da azione revocatoria è subordinata non solo alla presenza dell'iniziale attestazione, ma anche alla perdurante idoneità del piano a consentire il risanamento dell'impresa al momento in cui l'atto viene compiuto.

Qualora si verificasse un'inidoneità sopravvenuta del piano, con effetto da quel momento, ferma restando l'esenzione per gli atti compiuti in precedenza, occorrerebbe procedere con una nuova riformulazione del piano che dovrà tenere conto degli eventi verificatisi in difformità dalle previsioni iniziali e riflettere lo stato di fatto al momento della sua nuova redazione; sarà necessario riattivare una procedura di attestazione per il nuovo piano di risanamento.

D'altronde questo approccio di ripartire con un nuovo piano ed una nuova attestazione è stato adottato dal legislatore della Legge 134/2012 per il concordato preventivo, prevedendo, con il nuovo comma 2 dell'art. 179 L.F. che in caso di mutate condizioni di fattibilità del piano di concordato preventivo, occorre darne avviso ai creditori i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione per modificare il voto (di approvazione del concordato) espresso in precedenza e con il nuovo comma 3, dell'art. 161 L.F., che nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano di concordato preventivo, bisogna rilasciare una nuova relazione di attestazione.

Il piano resta attuabile senza necessità di una nuova attestazione in caso di scostamenti dalle previsioni, quando lo stesso piano prevede dei meccanismi di compensazione (es. riserve, attivazioni di finanziamenti già approvati, dismissione di un'altra attività) che neutralizzano le modifiche (es. nel *cash flow*) intervenute.

L'esecuzione del piano

Va in primo luogo esaminata l'estensione del regime speciale introdotto dall'art. 67, terzo comma, lett. d) e cioè se lo stesso abbia ad oggetto la sola revocatoria fallimentare o si estenda anche all'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c.. L'azione revocatoria si distingue, come noto, in ordinaria e fallimentare. La prima può essere esercitata dai creditori al di fuori del fallimento ai sensi dell'art. 2901 c.c., o dal curatore nel fallimento, secondo quanto disposto dall'art. 66 L.F.; la seconda può essere esercitata solo nell'ambito del fallimento, dal curatore, previa autorizzazione del giudice delegato.

Presupposti per l'accoglimento dell'azione revocatoria fallimentare sono: i) la conoscenza dello stato di insolvenza da parte del terzo contraente convenuto nel giudizio revocatorio (presupposto soggettivo) e ii) il compimento dell'atto nell'arco di un certo periodo di tempo anteriore al fallimento, che varia a seconda delle singole categorie di atti irrevocabili (presupposto temporale).

La revoca dell'atto produce l'inefficacia relativa dello stesso; l'atto è pertanto valido, ma inopponibile nei confronti dei creditori anteriori al fallimento. Il soccombente nel giudizio revocatorio sarà tenuto a restituire le attività al fallimento, anche se potrà essere ammesso al passivo del fallimento per la somma di cui eventualmente risulti creditore. Nel caso di garanzie le stesse non produrranno effetto per il creditore.

Ai fini dell'esatta ricostruzione del meccanismo esentivo, appare in primo luogo debole muovere dall'*incipit* del terzo comma ("non sono soggetti all'azione revocatoria") per argomentare un regime di generale elusione, in quanto la stessa norma ha cura di correggerlo laddove all'ultimo comma, espressamente sottrae alle sole disposizioni dell'art. 67 L.F. l'istituto di emissione, le operazioni di credito su pegno e di credito fondiario.

L'intero sistema delle esenzioni introdotto dalla novella della Legge Fallimentare ha posto un problema di generale inquadramento delle ipotesi esentive, di non facile soluzione laddove si consideri la denunciata ambiguità del dato testuale e la carenza di ogni visione strategica e valoriale del meccanismo. L'assenza di ogni visione sistematica impone pertanto all'interprete la ricerca delle ra-

gioni particolari sottese a ciascuna delle esenzioni, cercando di dominare una dinamica interpretativa che miri alla sostanziale valorizzazione delle finalità perseguite nell'ambito del sistema revocatorio delineato complessivamente dal legislatore.

Appare sicuro che il meccanismo esentivo previsto dal terzo comma abbia ad oggetto la revocabilità sancita dal secondo comma.

Più articolata appare invece la soluzione quanto agli atti realizzati in attuazione dei piani attestati, con riferimento alla revocatoria fallimentare ed ordinaria e alle azioni previste dagli artt. 64 e 65 L.F.

Va in primo luogo osservato come la natura degli atti immunizzati dalla revocatoria sia più ampia ed intrinsecamente complessa dei pagamenti e delle rimesse previste dalle lett. a) e b) dello stesso comma: gli strumenti di soluzione della crisi sono per finalità e struttura interna più complessi rispetto agli atti solutori in quanto la finalità perseguita ne disperde inevitabilmente le connotazioni di unicità proprie dell'atto singolo, definendo una condizione di razionalità derivante dal collegamento funzionale con gli altri atti di governo della crisi previsti dal piano attestato. Ne consegue che le esenzioni previste dalla lett. d) non possono ritenersi limitate alla sola previsione di cui al secondo comma dell'art. 67, dovendo ritenersi estesa a tutte le ipotesi previste dall'art. 67 e dall'art. 65, con esclusione delle ipotesi previste dall'art. 64, incompatibile con il risanamento perseguito dal piano attestato.

Quanto infine alla revocatoria ordinaria, la soluzione deve necessariamente muovere dal carattere indennitario della revocatoria medesima e dalla natura degli atti che ne sarebbero immunizzati, ovvero atti e garanzie su beni del debitore realizzati in esecuzione di uno strumento di soluzione della crisi d'impresa quale – tra gli altri – il piano attestato.

Ragione di carattere sistematico militano a favore dell'esonero: le esigenze di stabilità perseguite con il piano attestato risulterebbero inesorabilmente vulnerate da una lettura che non riconosca piena operatività agli strumenti di governo della crisi: l'esenzione dalla revocatoria fallimentare permette di escludere *in nuce* per gli atti realizzati in attuazione del piano, che gli stessi realizzino un pregiudizio per l'imprenditore in favore di un terzo consapevole dello stato d'insolvenza nella revocatoria fallimentare o *particeps fraudis* nella revocatoria ordinaria.

Ciò peraltro non toglie che laddove l'atto risulti realizzato nella consapevolezza comune dell'ormai pregiudicata attuabilità del piano, lo stesso possa essere oggetto del sindacato revocatorio da parte del curatore o del terzo creditore.

Rispetto alle operazioni funzionali ad un accordo giudiziale (accordo di ristrutturazione e/o concordato preventivo), l'ambito dell'esenzione risulta limitato alle sole garanzie concesse sui beni del debitore.

Il valore delle limitazioni non pare di agevole e razionale comprensione: a tal proposito si è infatti osservato come in una logica di *favor* per i piani attestati, non dovrebbero essere escluse dall'esonero le garanzie reali comunque costituite, anche dunque per debiti altrui e quelle personali, in quanto giudicate utili alla composizione negoziale della crisi.

In realtà, nella condivisibile denuncia di un testo normativamente descrittivo, deve allo stato ritenersi che l'esonero dall'azione revocatoria abbia ad oggetto le sole garanzie concesse per debiti dell'imprenditore interessato dal piano attestato, con esclusione pertanto delle garanzie reali costituite per debiti altrui e delle garanzie personali concesse per debiti di terzi; nei limiti concessi dal tenore letterale della norma, la disposizione in esame mira a garantire i soli creditori dell'imprenditore aderenti al piano in forza di garanzie loro concesse, escludendo *in nuce* ogni altra garanzia per debiti altrui di cui si presume l'irragionevolezza.

Gli effetti dell'immunizzazione dall'azione revocatoria devono necessariamente connettersi al piano nel momento in cui se ne attesti

la ragionevolezza ex art. 2501 bis, terzo comma, c.c., senza che sia possibile retrodatare tale effetto al momento della sua predisposizione. Piano, attestazione di ragionevolezza e atti esecutivi sono in successione cronologica e funzionale, in quanto privano *in nuce* l'attività esecutiva del disvalore sia patrimoniale che partecipativo (*scientia decotiois*) insito nella loro realizzazione cosicchè ogni valutazione di ragionevolezza operata ad esecuzione intervenuta non pare assicurare alle medesime azioni quella condizione di razionalità progettuale che la norma vuole incentivare e consolidare. Al fine dell'esenzione, occorre la prova della data certa del piano e della sua attestazione, essendo evidente l'inopponibilità alla curatela fallimentare di ogni esenzione priva di tale requisito di certezza concorsuale.

Conclusioni

In un momento di crisi economica persistente, con la situazione delle piccole e medie imprese che si fa molto problematica, gli strumenti preconcorsuali per la gestione della contingenza andrebbero ulteriormente valorizzati, sia con il contributo di dottrina e giurisprudenza sia con l'invito al legislatore ad ulteriormente migliorare il dato positivo. Non può non essere osservato che modestissime modifiche all'attuale impianto potrebbero rendere il percorso sopra delineato più incisivo.

Per esempio ci si riferisce:

- ai gruppi di imprese: grave carenza della attuale normativa fallimentare è quella che riguarda i gruppi di imprese; come si è già rilevato andrebbe quantomeno previsto che nell'ambito sia delle procedure concorsuali che di quelle preconcorsuali, possa essere individuato un unico soggetto, la controllante, cui fare riferimento per le varie operatività;
- alle azioni esecutive: anche per il piano di risanamento di

cui all'art. 67 e per gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis si dovrebbe prevedere, per un breve periodo di tempo, la limitazione delle azioni esecutive al fine di non essere esposti, nella fase preliminare del piano o dell'accordo, a pressioni strumentali;

- all'aspetto temporale: carenza della norma è sicuramente la mancanza di confini temporali tra la predisposizione del piano e la sua attestazione / asseverazione;
- all'aspetto fiscale;
- il piano ex art. 67 dovrebbe poter essere supportato da una norma del tipo di quella di cui al comma 5 dell'art. 86 TUIR (riferita al concordato preventivo) secondo cui le plusvalenze e le minusvalenze conseguite nell'ambito della realizzazione del progetto non vengono tassate o dedotte o, quantomeno, vengano tassate in quote costanti con decorrenza dall'esercizio successivo alla realizzazione del piano; gli accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182 bis dovrebbero poter beneficiare, ai fini delle imposte dirette, delle previsioni di favore di cui al comma 4 dell'art. 88 del D.P.R. 917/1986 che consente di non tassare sopravvenienze attive generatesi in sede di concordato preventivo o fallimentare dalla riduzione dei debiti;
- l'istituto della transazione fiscale previsto dall'art. 182 ter dovrebbe essere reso più agile e flessibile e poi essere esteso anche i piani di risanamento di cui al più volte citato art. 67;
- dovrebbe essere concessa la sospensione temporanea del pagamento dell'IRAP, imposta che non colpisce il reddito ma un risultato intermedio in cui incidono, in grande misura, il costo del lavoro e gli interessi passivi;
- all'aspetto giuslavoristico: il piano dovrebbe trovare specifiche agevolazioni per renderlo ancora più flessibile anche in tale fondamentale ambito.



ASSOCIAZIONE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI
E DEGLI ESPERTI CONTABILI DELLE TRE VENEZIE

con la partecipazione



Commercialisti & Sport

TRIVENETO SAILING CUP



Triveneto Sailing Cup



VENEZIA

28 - 29 settembre 2013

VIII Trofeo Triveneto - VI Trofeo Nazionale

www.commercialistideltriveneto.org