



Wolters Kluwer

Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via Dei Missaglia, n. 97
Edificio B3
20142 Milano (MI)
Tel. +39 02 824761
Fax +39 02 82476799

S.r.l. a Socio Unico
Dir. Coord. di Wolters Kluwer N.V.
Capitale sociale: € 19.640.000 int. vers.
R. Imprese di Milano, Codice Fiscale
e Partita IVA 10209790152
R.E.A. di Milano N. 1353036

Milano, 27 marzo 2018

Con la presente si attesta che l'ISSN della Rivista "il Fallimento e le altre procedure concorsuali" edita dal Gruppo Wolters Kluwer è ISSN 0394-2740

Cordiali saluti

Francesco Cantisani
Senior Publishing Manager
Legal & Regulatory
Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio B3
20142 Milano
tel. +390282476009
cell. 3456674284
francesco.cantisani@wolterskluwer.com

Concordato con riserva

Finanziamenti prededucibili *ex art. 182 quinquies*

Tribunale di Terni, 16 gennaio 2013, decr. - Pres. Lanzellotto - Rel. Vella

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Richiesta di finanziamenti prededucibili - Professionista attestatore - Veridicità dei dati aziendali - Criteri - Controllo del giudice - Migliore soddisfazione dei creditori

(legge fallimentare artt. 67, comma 3, lett. d), 161, comma 6, 182 quinquies)

In tema di concordato preventivo c.d. "con riserva", nell'ambito dell'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili *ex art. 182 quinquies* l.fall., sebbene non espressamente contemplata dalla lettera di tale disposizione, l'attestazione della veridicità dei dati aziendali costituisce un passaggio implicito ed imprescindibile della relazione richiesta al professionista circa la funzionalità dei finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori, la quale risulterebbe altrimenti viziata, a monte, da un difetto di attendibilità tale da inficiare qualsivoglia - per quanto ineccepibile - argomentazione logica e tecnica di supporto alle conclusioni rassegnate.

Il tribunale (omissis).

1. Con decreto del 12 ottobre 2012, questo tribunale, accogliendo la domanda *ex art. 161, comma 6, l.fall.* (...) ha fissato il termine di giorni 120, decorrenti dalla data di pubblicazione dei ricorsi nel Registro delle Imprese, per il deposito della proposta, del piano e di tutta la documentazione prevista dall'*art. 161, commi 2 e 3, l.fall.*

2. Contestualmente, tra gli obblighi informativi ha previsto il deposito di un *report* mensile del professionista attestatore designato dal debitore, in ordine alle attività e verifiche in corso di svolgimento ai fini della presentazione della relazione attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano concordatario in via di predisposizione, ai sensi dell'*art. 161, comma 3, lett. d), l.fall.* (...)

4. Condizione per l'accoglimento della domanda è che il professionista incaricato provveda a:

- verificare il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa, sino all'omologazione;
- attestare che i finanziamenti prededucibili che il debitore chiede di essere autorizzato a contrarre sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori. (...)

7. L'attestatore afferma altresì di non ritenersi tenuto a fornire anche l'attestazione sulla veridicità dei dati aziendali, sia perché tale obbligo non risulta espressamente sancito, sia perché sarebbe «non compatibile con la tempestività che in genere caratterizza l'erogazione di nuova finanza» sia, infine, perché «la determinazione del fabbisogno finanziario ... non può essere influenzata dai valori degli elementi patrimoniali attivi e passivi costituenti la situazione patrimoniale dell'impresa debitrice alla data di pubblicazione della domanda di pre-concordato», tranne il caso in cui esso sia «anche solo in parte soddisfatto utilizzando elementi patrimoniali esistenti alla predetta

data (ad esempio attraverso il realizzo di crediti sorti anteriormente a tale momento)». (...)

10. Tutto quanto precede considerato e valutato, il Collegio ritiene che:

I) non vi è dubbio, stante il chiaro disposto normativo, che l'autorizzazione ai finanziamenti *ex art. 182 quinquies* l.fall. possa essere avanzata anche in pendenza del termine fissato dal tribunale *ex art. 161, comma 6, l.fall.* (concordato preventivo con riserva);

II) sebbene non espressamente contemplata dall'*art. 182 quinquies, comma 1, l.fall.*, l'attestazione della veridicità dei dati aziendali costituisca un passaggio implicito ed imprescindibile dell'attestazione richiesta, la quale risulterebbe altrimenti viziata, a monte, da un difetto di attendibilità tale da inficiare qualsivoglia - per quanto ineccepibile - argomentazione logica e tecnica di supporto alle conclusioni rassegnate;

III) le ragioni di "tempestività" che asseritamente connotano l'erogazione di nuova finanza non potrebbero mai consentire una deroga alla serietà ed al rigore che devono accompagnare i controlli giudiziali previsti dalla legge, essendo semmai onere del debitore allestire tempistiche e scansioni organizzative idonee a consentirne tutti gli sviluppi necessari;

IV) la veridicità dei dati aziendali rappresenta un presupposto logico necessario anche in vista della valutazione dell'incidenza delle operazioni, che il debitore intende porre in essere con la nuova finanza, sul valore del patrimonio aziendale, prodromica all'espressione del giudizio circa la loro funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori, esattamente nei termini in astratto illustrati a pag. 22 della relazione attestativa (cfr. p.to 8);

V) il livello di approfondimento e completezza della attestazione sulla veridicità dei dati aziendali (sia pure limita-

tamente a quelli sui quali si basa l'attestazione *ex art. 182 quinquies l.fall.*) non potrà che essere direttamente proporzionale - con gli inevitabili riflessi sulle probabilità di accoglimento dell'istanza autorizzatoria - allo stato di avanzamento della procedura di deposito della domanda di concordato preventivo completa in ogni sua parte (ovvero dell'accordo di ristrutturazione dei debiti); nel caso di specie, mancando poco meno di un mese alla scadenza del termine fissato dal tribunale, il professionista incaricato (per entrambe le attestazioni previste) dovrebbe disporre di dati sufficienti, quantomeno in ordine alla veridicità dei dati aziendali, posto che entro quel termine dovrà anche attestare la fattibilità del piano, che perciò dovrebbe essere stato diligentemente predisposto almeno nella sua struttura essenziale (che è qualcosa di più delle semplici "linee guida" cui si fa riferimento nella relazione del 10 gennaio 2013); del resto l'imposizione, tra gli obblighi informativi, dei report mensili, dovrebbe avere proprio il fine di consentire all'attestatore - prima ancora che al tribunale cui sono destinati - di monitorare la progressione degli adempimenti necessari, in vista del rispetto della scadenza fissata;

VI) l'aspetto, fondamentale, della funzionalità dei finan-

ziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori, non può limitarsi ad una generica dichiarazione che una "liquidazione per stralcio dei beni" successiva alla cessazione dell'attività (in mancanza di migliori scenari praticabili), determinerebbe "una indubbia riduzione del valore di trasferimento dell'azienda" quanto a clientela, avviamento e marchi), non tanto perché si abbia fondato motivo di dubitarne - essendo anzi noto che, di regola, i valori di liquidazione sono inferiori ai valori in continuità aziendale - ma perché, oltre ad una più circostanziata indagine comparativa, idonea a proporre una adeguata proiezione, anche numerica, degli scenari praticabili, ciò che occorre soprattutto attestare è che, nella prospettiva alternativa a quella voluta dal debitore, i creditori riceverebbero una soddisfazione inferiore; ma, per far ciò, l'attestatore deve ovviamente considerare anche il peso finanziario della prededuzione spettante agli istituti di credito, specie a fronte di erogazioni di tanto elevato importo, che potrebbero in ipotesi precludere o ridurre grandemente la soddisfazione degli altri creditori, magari più di quanto non avverrebbe con una ordinaria cessazione liquidatoria.

(*omissis*).

L'attestazione del professionista e la veridicità dei dati aziendali

di Ivan Libero Nocera (*)

L'Autore, dopo avere tracciato un breve quadro sul ruolo dell'esperto attestatore *ex art. 182 quinquies l.fall.* e sul perimetro valutativo del giudice, si sofferma sul contenuto dell'attestazione del professionista, evidenziando, in particolare, la rilevanza del profilo della veridicità dei dati aziendali e la necessità che l'attestazione dell'esperto si conformi, quanto ad analiticità e a grado di approfondimento, oltre alle caratteristiche intrinseche del debitore, anche alle caratteristiche della crisi, nonché allo stato di avanzamento della procedura con cui si tenta di gestire la crisi.

1. La vicenda

La decisione in commento costituisce un significativo esempio di applicazione della *figura iuris* introdotta al sesto comma, dell'art. 161, l.fall. con la riforma del "pacchetto sviluppo" (D.L. 22 giugno 2012, n. 83 convertito con la L. 7 agosto 2012, n. 134), in particolar modo per quanto attiene al profilo della relazione del professionista attestatore.

Il c.d. concordato "con riserva", infatti, costituisce una delle più rilevanti innovazioni del recente intervento legislativo, in quanto rappresenta il punto più avanzato di un'evoluzione legislativa di tutela dell'imprenditore in crisi, essendo espressione di un notevole *favor* per lo strumento concordatario.

Lo scopo principale della nuova figura, definita anche "concordato in bianco", ovvero ancora "pre-concordato", è quella di preservare le strutture produttive e aziendali, scongiurando che il decorso del tempo occorrente a predisporre il piano e la proposta

vada a detrimento sia delle prospettive di ristrutturazione dei debiti, sia dei creditori disponibili a giungere ad una soluzione negoziale della crisi (1).

Note:

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Sul tema in generale si veda S. Ambrosini, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, in *www.IlCaso.it*, 2012; L. Salvato, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, in questa *Rivista*, 2013, 1209; G. Lo Cascio, *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, *ivi*, 2013, 5; M. Fabiani, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, *ivi*, 2013, 1051; *Id.*, *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in *www.il-Caso.it*, II, 313/2012; *Id.*, *Nuovi incentivi per la regolazione concordata della crisi d'impresa*, in *Corr. giur.*, 2012, 1265; L. Panzani, *Il concordato in bianco*, in *www.IlFallimentarista.it*, 2012; F. Lamanna, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, *ivi*, 2012; M. Vitiello, *Domanda di concordato con riserva in pendenza di un procedimento prefallimentare: limiti del sindacato e poteri del Tribunale*, *ivi*, 2012.

Il caso deciso dal Tribunale di Terni con la sentenza in epigrafe riguarda una S.r.l. che aveva presentato ricorso per l'ammissione al concordato preventivo "in bianco" o "con riserva, chiedendo, ai sensi dell'art. 161, comma 6, l.fall., la fissazione di un termine di 120 giorni, dalla data di pubblicazione dei ricorsi nel Registro delle Imprese, per il deposito della proposta, del piano e di tutta la documentazione.

Il giudice umbro, accogliendo la domanda ha previsto - quale obbligo informativo ai sensi del comma 8 dell'art. 161 l.fall. - il deposito di un *report* mensile del professionista nominato dal debitore, relativo alle attività e verifiche in corso di svolgimento ai fini della presentazione della relazione attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano concordatario in via di predisposizione, ai sensi dell'art. 161, comma 3, lett. d), l.fall.

Il tribunale, inoltre, ha posto come condizione per l'accoglimento della domanda che il professionista incaricato provvedesse a verificare il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa, sino all'omologazione, nonché ad attestare che i finanziamenti prededucibili che il debitore chiedeva di essere autorizzato a contrarre fossero funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

La S.r.l. chiedeva, quindi, di essere autorizzata, ai sensi dell'art. 182 *quinquies*, comma 1, l.fall., a contrarre finanziamenti prededucibili in forza dell'art. 111 l.fall. e a rinnovare la linea di credito precedentemente concessa e poi scaduta, producendo l'attestazione di un professionista relativa alla funzionalità di tali finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori. A tale richiesta, il collegio risponde invitando il debitore concordatario ad integrare la relazione alla luce dei rilievi mossi in punto di attestazione della veridicità dei dati aziendali e di valutazione del peso finanziario della prededuzione spettante agli istituti di credito.

2. Il ruolo dell'esperto attestatore ex art. 182 *quinquies* l.fall. e il perimetro valutativo del giudice

Il legislatore dell'ultima novella ha individuato nell'attribuzione del rango prededucibile ai crediti dei soggetti che a vario titolo finanziano l'impresa in crisi la forma di tutela idonea ad attribuire un adeguato livello di certezza alla prospettiva del loro rimborso, colmando, così, la lacuna lasciata dal legislatore del 2010. La precedente riforma operata con il D.L. n. 78 del 2010 (convertito dalla L. n. 122 del 2010), infatti, aveva lasciato scoperta l'area

dei finanziamenti successivi al deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, limitandosi a disciplinare all'art. 182 *quater* l.fall. le ipotesi di finanziamenti "esecutivi" e "funzionali".

Si è dunque introdotto l'art. 182 *quinquies*, espressamente applicabile ad ogni tipo di atto introduttivo: alla domanda di concordato, anche nella forma "con riserva", alla domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, all'istanza di moratoria delle azioni esecutive e cautelari di cui al comma 6 dell'art. 182 *bis* l.fall.

In particolare, la norma di cui al primo comma dell'art. 182 *quinquies* attribuisce il beneficio della prededuzione ai finanziamenti, esigendo, tuttavia, inderogabilmente che la conclusione dei contratti di finanziamento sia autorizzata dal tribunale, nonché che l'esperto attestatore verifichi il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa fino all'omologazione e la funzionalità di detti finanziamenti siano funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

Tale attestazione non è necessaria qualora i pagamenti sono effettuati fino alla concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori.

Appare evidente la peculiare *ratio* di tale disposizione, per mezzo della quale il legislatore ha inteso favorire il mantenimento in vita dell'impresa sovente compromessa dall'impossibilità, per la stessa debitrice, di acquisire i beni ed i servizi essenziali ai fini della prosecuzione dell'attività aziendale. Infatti, spesso accade che in mancanza del pagamento del debito pregresso i fornitori strategici rifiutino la prosecuzione del rapporto commerciale, con inevitabili quanto gravi conseguenze sulla crisi d'impresa.

Concentrando l'attenzione sul compito del professionista attestatore, occorre subito premettere come l'obbligo di descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta stabilito dall'art. 161, comma 2, lett. e), non sia riferito unicamente all'ipotesi di ricorso per l'ammissione al concordato preventivo "senza riserva", ossia alla modalità "tradizionale" di concordato. Invero, tale onere dovrà rispettarsi anche nella fattispecie di ricorso ex art. 161, comma 6, l.fall., una volta presentato il piano: viceversa, qualora si ammettesse una descrizione sintetica in caso di concordato "con riserva", oltre a contrastare con la lettera della disposizione, verrebbe meno il sistema di tutele e "contrappesi" che caratterizzano il nuovo istituto.

Nei casi in cui il debitore richieda al tribunale, ai sensi dei commi primo e quarto dell'art. 182 *quinquies*, l'autorizzazione a contrarre nuovi finanziamenti o a pagare crediti anteriori fin dal ricorso presentato ex art. 161, comma 6, è configurabile un onere di allegazione supplementare in ordine al piano. In tale eventualità, l'attestatore è chiamato, nel primo caso, a verificare il complessivo fabbisogno finanziario sino all'omologazione e ad attestare la funzionalità dei finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori, nel secondo caso, ad attestare l'essenzialità delle prestazioni anteriori oggetto di pagamento rispetto alla prosecuzione dell'attività d'impresa e la loro funzionalità, anche qui, alla migliore soddisfazione dei creditori.

Focalizzando l'attenzione sul profilo della funzionalità dei finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori, si osserva come il professionista debba porre in essere una duplice verifica. In primo luogo, deve effettuare una particolareggiata indagine comparativa tra i vari scenari concretamente praticabili. Tuttavia, l'esperto attestatore è tenuto a certificare che, qualora si adottasse una prospettiva di cessione liquidatoria - differente e alternativa a quella indicata dal debitore - i creditori sarebbero soddisfatti in misura inferiore.

Circa l'attestazione relativa alla funzionalità dei finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori, è opportuno sottolineare come nei concordati e negli accordi liquidativi l'oggetto della relazione dell'esperto si limiterà a documentare tale attitudine, invece, nei concordati e accordi di continuità il professionista dovrà, altresì, attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, come afferma l'art. 186 *bis*, comma 2, lett. b). Nell'ulteriore ipotesi in cui il debitore, nell'ambito del concordato di continuità, chieda l'autorizzazione ad acquisire finanziamenti interinali, sarà necessaria una relazione attestante che l'erogazione di tali finanziamenti conduce ad un risultato maggiormente vantaggioso per i creditori, rispetto all'alternativa di assenza di finanziamenti.

Risulta a tal fine evidente come l'attestatore debba tenere conto anche del peso finanziario della predeuzione di cui godrebbero le banche finanziatrici, ossia del loro impatto sul generale quadro creditario. Infatti, è ben possibile che i finanziamenti, specialmente se rilevanti, diminuiscano sensibilmente la soddisfazione degli altri creditori, riducendo, dunque l'"*appeal*" della soluzione prescelta.

Si comprende, pertanto, come il giudice nella pronuncia *de qua* censuri la relazione del professionista che si è limitato ad affermare genericamente che

una liquidazione per stralcio dei beni successiva alla cessazione dell'attività comporterebbe «una indubbia riduzione del valore di trasferimento dell'azienda» per quanto attiene alla clientela, all'avviamento e ai marchi.

La valutazione dell'esperto circa il nesso di funzionalità non deve limitarsi a "fotografare" la situazione esistente, in quanto i vantaggi per i creditori devono necessariamente essere prospettici, giacché l'onere derivante dalla contrazione del nuovo finanziamento è immediato.

Di conseguenza, l'attestatore è tenuto a verificare sia l'utilità del finanziamento rispetto agli obiettivi del piano, sia la ragionevole probabilità, considerando che il proficuo impiego del denaro in tal modo ottenuto può permettere una soddisfazione dei creditori migliore rispetto all'ipotesi in cui non si verificasse tale concessione di credito.

In proposito, il legislatore puntualizza che tale valutazione deve essere effettuata calcolando il fabbisogno finanziario sino alla data presunta del provvedimento di omologazione, mentre il *dies a quo* si deve individuare nel rilascio dell'attestazione, che di regola combacia con il deposito della domanda in cancelleria, a meno che non venga assunta in via convenzionale una data diversa.

La disciplina assegna al tribunale, nel caso in cui lo ritenga opportuno, la facoltà di assumere "sommarie informazioni" al fine di esercitare un controllo "di secondo grado" sulla relazione del professionista attestatore, cui è demandata direttamente la verifica della funzionalità del finanziamento.

Allo scopo di agevolare l'uso e considerando che la necessità di ricorrere a tali finanziamenti interviene in una fase in cui sono ancora pendenti le trattative tra il debitore e i creditori, ovvero sovente non sono neppure iniziate, il legislatore consente che i finanziamenti suddetti siano individuati anche solo per tipologia ed entità, visto che il debitore ricorrente non dispone di elementi analitici, come permette che gli stessi finanziamenti non siano stati oggetto di trattative sul piano operativo. Inoltre, il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca a garanzia degli stessi finanziamenti.

Risulta opportuno precisare che nel caso, come quello in specie, di domanda di concordato senza piano che contempra l'istanza a contrarre finanziamenti in predeuzione, nulla osta al tribunale di provvedere contestualmente alla fissazione del termine previsto dal comma 6 dell'art. 161 l.fall. Tuttavia, dato che l'autorizzazione postula la possibilità di esaminare una relazione analitica del professionista circa il fabbisogno finanziario e la funzionalità alla migliore

soddisfazione dei creditori e basandosi questo elaborato, giocoforza, sul piano predisposto dall'impresa, appare evidente che la suddetta istanza anticipatoria non è conciliabile con la richiesta di autorizzazione ai sensi dell'art. 182 *quinquies* l.fall.

Si conferma, in tale sede, il ruolo del giudice nel nuovo diritto della crisi d'impresa e la latitudine del suo giudizio. Com'è noto, in una recente decisione le Sezioni Unite hanno, infatti, precisato come il controllo giudiziale si estrinsechi in primo luogo nella verifica dell'idoneità della documentazione prodotta a corrispondere alla funzione di fornire elementi di giudizio ai creditori, i quali devono ricevere una «puntuale informazione circa i dati, le verifiche interne e le connesse valutazioni» (2).

Di conseguenza, nell'ambito del concordato "con riserva", qualora il giudice è chiamato ad autorizzare la conclusione dei contratti di finanziamento oggetto del beneficio della prededuzione, l'autorità giudiziale deve esimersi dal riscontrare direttamente la funzionalità del finanziamento, dovendo, invece, appurare che la relazione del professionista sia preceduta dal computo del fabbisogno finanziario e tenga conto di tale calcolo sino all'omologazione. Oltre a ciò, il giudice deve accertare che la medesima relazione sia fornita dei requisiti di completezza e coerenza, nonché di rigore metodologico quanto allo sviluppo del percorso argomentativo.

3. La rilevanza dell'attestazione della veridicità dei dati aziendali

Si è detto che l'autorizzazione a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'art. 111 l.fall., deve essere accompagnata dalla relazione di un professionista la quale attesti che tali finanziamenti siano funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

Si rivela opportuno concentrare l'attenzione sul contenuto della suddetta attestazione, la quale, come detto, riveste importanza cardinale nell'ambito della procedura concordataria.

Nella relazione relativa al concordato *de quo*, l'attestatore sostiene di non essere tenuto a fornire anche l'attestazione sulla veridicità dei dati aziendali, in quanto tale obbligo non risulta espressamente sancito, aggiungendo che sarebbe incompatibile con la tempestività che in genere caratterizza l'erogazione di nuova finanza, e, inoltre, che la determinazione del fabbisogno finanziario non possa essere influenzata dai valori degli elementi patrimoniali che costituiscono la situazione patrimoniale del debitore alla data di pubblicazione della domanda di pre-concordato.

In proposito, non si riscontrano ragioni per non condividere l'assunto del giudice umbro secondo il quale l'attestazione della veridicità dei dati aziendali rappresenta «un passaggio implicito ed imprescindibile dell'attestazione richiesta».

Benché, infatti, l'art. 182 *quinquies* l.fall., non faccia esplicito riferimento alla circostanza della veridicità dei dati aziendali, è evidente come il professionista non possa limitarsi ad affermare la conformità dei dati alle risultanze delle scritture contabili, ma debba altresì appurare appunto la veridicità degli stessi. Viceversa, risulterebbe alquanto singolare costruire un edificio argomentativo, finalizzato a costituire oggetto di valutazione oltre che di informazione per l'autorità giudiziale e per i creditori, sul presupposto della non veridicità ossia della non attendibilità.

Peraltro, a seguito della modifica dell'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall, richiamato dall'art. 182 *quinquies* l.fall., non può più revocarsi in dubbio che il professionista sia chiamato ad attestare anche la veridicità dei dati aziendali, come anche che le informazioni, la cui rispondenza al vero è presidiata ora dalla sanzione penale di cui all'art. 236 *bis* l.fall., sono tutte quelle riguardanti dati economici, finanziari e patrimoniali del debitore, richiamati funzionalmente nel piano. Infatti, come anticipato, la recente novella ha introdotto una rigorosa responsabilità penale a carico del professionista che, anche nell'attestazione *ex art.* 182 *quinquies* l.fall., «espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti» (3).

Note:

(2) Si vedano in proposito le Sezioni Unite di cui alla Cass. 23 gennaio 2013, n. 1521, in questa *Rivista*, 2013, 149, con nota di M. Fabiani, *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*. Tra i primi commenti alla pronuncia si vedano F. De Santis, *La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle Sezioni Unite*, *ivi*, 2013, 279; I. Pagni, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva "funzionale" aperta dal richiamo alla "causa concreta"*, *ivi*, 2013, 286; A. Di Majo, *Il percorso "lungo" della fattibilità del piano proposto nel concordato*, *ivi*, 2013, 291; M. Fabiani, *Guida rapida alla lettura di Cass. s.u. 1521/2013*, in *www.IlCaso.it*, II, 343/2013; G. B. Nardecchia, *La fattibilità al vaglio delle Sezioni Unite*, in *www.IlCaso.it*, II, 340/2013.

(3) Si vedano in proposito le osservazioni di A. Paletta, *Tempestiva emersione dello stato di crisi e qualità dei piani di concordato: prime evidenze empiriche*, in questa *Rivista*, 2013, 1037; S. Fiore, *Nuove funzioni e vecchie questioni per il diritto penale nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, *ivi*, 2013, 1184; G.G. Sandrelli, *Le esenzioni dai reati di bancarotta ed il reato di falso in attestazioni e le relazioni*, *ivi*, 2013, 789; F. Tetto, *Le false o fraudolente attestazioni del professionista ex art. 161, comma 3, l.fall.: alla ricerca di un'evanescente tipicità penalmente rilevante*, commento a Trib. Rovereto 12 gennaio 2012, *ivi*, 2012, 8; P. G. Demarchi Albengo, *La fattispecie incriminatrice di cui al nuovo articolo 236 bis della legge fall.; la responsabilità penale* (segue)

Il giudizio dell'attestatore non può quindi limitarsi ad una semplice dichiarazione di conformità, ovvero ad attestare una mera conformità formale dei dati impiegati per la predisposizione del piano a quelli risultanti dalla contabilità. Al contrario, tale valutazione implica che l'esperto accerti e attesti che i dati in questione siano "effettivamente reali", verificando la reale consistenza del patrimonio (4).

Risulta, tuttavia, significativo precisare che, con particolare riferimento al giudizio di "funzionalità" rispetto alla migliore soddisfazione dei creditori di cui all'art. 182 *quinquies*, alcuni dati aziendali che il professionista deve prendere in considerazione sono inevitabilmente connotati da un certo grado di soggettività, in quanto esprimono in realtà valutazioni. Pertanto, quanto meno in relazione al profilo penale, non si potrà bollare di falsità il giudizio dell'esperto che ha come oggetto a sua volta giudizi valutativi, ma occorrerà accertare la "veridicità", verificando se l'attestazione si fonda o meno su metodi di valutazione riconosciuti e accettati dalle "regole dell'arte".

L'ampiezza dell'oggetto di valutazione del professionista è connessa alla latitudine del vaglio da parte dell'autorità giudiziale.

Come affermato dalle Sezioni Unite n. 1521 del 23 gennaio 2013 su richiamate, il giudice è, infatti, tenuto a valutare, oltre alla legittimità formale, la c.d. fattibilità giuridica ossia l'effettiva idoneità di quest'ultima ad assicurare il soddisfacimento della causa della procedura.

In generale, l'autorità giudiziaria deve vagliare anche i dati contenuti nella relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale ed economico-finanziaria dell'impresa, posto che questi costituiscono il fondamento da cui muovere per la verifica circa la fattibilità del piano (5). In proposito, si richiede che nella relazione siano compiutamente illustrate le valutazioni che il professionista, a séguito del predetto controllo sulla veridicità dei dati aziendali, è chiamato a formulare riguardo le concrete prospettive di successo del piano, in particolare per quanto attiene alle modalità e ai tempi del pagamento dei creditori, in forza di quanto stabilito dall'art. 161, comma 2, lett. e), con cui si richiede espressamente che la domanda di concordato preventivo sia accompagnata da un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta (6).

All'interno del concetto di "fattibilità" sono compresi anzitutto gli aspetti che condizionano l'ammissibilità della proposta, che non può essere meritevole di essere portata all'attenzione dei creditori

ove si risolva nella violazione di norme giuridiche imperative. Tra queste ultime vanno ricomprese, in primo luogo, quelle intese ad assicurare la completezza e regolarità della documentazione prodotta in allegato alla proposta, con lo scopo di fornire ai creditori concreti elementi di giudizio.

Pertanto, si comprende come la relazione del professionista debba, altresì, dare conto del processo metodologico cui si è attenuto allo scopo di addivenire al giudizio finale, tanto che in giurisprudenza si è parlato, in proposito, di «motivata assunzione di responsabilità propria in ordine al risultato» (7), non essendosi giustamente ritenuta sufficiente la mera attestazione che i dati esposti sono stati rinvenuti nella contabilità. Si rivela anzi necessario che i dati contabili trattati dal professionista siano esposti secondo una *due diligence* che evidenzi con chiarezza e esattezza le metodologie di verifica attuate.

Occorre puntualizzare cosa si deve intendere per "veridicità dei dati aziendali". In merito, vale richiamare quanto disposto dall'art. 2423, comma 4, c.c., in applicazione dell'art. 2, par. 5, della IV Direttiva CEE. Secondo la suddetta previsione codicistica, con riferimento alla sezione in materia di bilancio, «se, in casi eccezionali, l'applicazione di una disposizione degli articoli seguenti è incompatibile con la rappresentazione veritiera e corretta, la di-

Note:

(segue nota 3)

dell'attestatore, in *www.IICaso.it*, II, 325/2012; F. Mucciarelli, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "falso in attestazioni e relazioni*, in *www.IIFallimentarista.it*.

(4) In tal senso, cfr. Trib. Napoli 4 dicembre 2012, in questa *Rivista*, 2013, 372, *sub art.* 161, n. 1; Trib. Novara 29 giugno 2012, in questa *Rivista*, 2012, 1257, *sub art.* 161, n. 2; Trib. Firenze 9 febbraio 2012, in *Red. Giuffrè*, 2012; Trib. Mantova 28 maggio 2012, in *IICaso.it*, 7257/2012, nonché, da ultimo, Trib. Benevento 23 aprile 2013, in questa *Rivista*, 2013, 1373 con nota di R. Ranalli. In particolare, la suddetta pronuncia del Trib. di Mantova afferma che «Il giudizio dell'attestatore di cui all'art. 161 l. fall. non può limitarsi alla dichiarazione di conformità della proposta ai dati contabili, dovendo, invece, desumere i dati in questione dalla realtà dell'azienda, che egli deve indagare verificando la reale consistenza del patrimonio, esaminando e vagliando i dati che lo compongono».

(5) Si vedano in proposito le riflessioni di S. Pacchi, *L'ammissione al concordato preventivo*, in *Il nuovo concordato preventivo*, a cura di S. Pacchi, Milano, 2005, 110.

(6) In merito, cfr. F. Tetto, *La (ritrovata) indipendenza del professionista attestatore nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in questa *Rivista*, 2013, 675; D. Finardi, *Interpretazione della proposta di concordato preventivo e funzione della relazione di cui all'art. 161, comma 3, l.fall., commento a Cass. 30 luglio 2012, n. 13565*, in questa *Rivista*, 2013, 300; P. Vella, *Auto-rizzazioni, finanziamenti e predeuzioni nel nuovo concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2013, 657.

(7) Cfr. Trib. Torino, 17 novembre 2005, in questa *Rivista*, 2006, 691.

sposizione non deve essere applicata». Il concetto di “veridicità” dei dati aziendali oggetto di attestazione da parte del professionista deve essere ricondotto proprio a quello di “rappresentazione veritiera e corretta” previsto dal suddetto art. 2423 c.c., e deve, quindi, essere interpretato nel senso di “corrispondenza al vero”. Tuttavia, è opportuno sottolineare come questo non equivalga ad assicurare ai destinatari della medesima relazione una verità oggettiva, concretamente non conseguibile mediante stime che inevitabilmente contraddistinguono la relazione del professionista.

Di conseguenza, l'esperto attestatore deve vagliare e riscontrare i singoli elementi contabili ed extracontabili su cui si basa il piano concordatario, ossia tutti i dati di natura contabile, aziendalistica e giuridica che rilevano ai fini dell'attuabilità del piano.

In particolar modo, il professionista deve rivolgere particolare attenzione alle componenti del capitale circolante che producono flussi di cassa, agli elementi con profili di rischio elevato ai fini dell'attestazione, quali ad esempio fondi di rischio ed oneri, nonché agli elementi di maggiore importanza in termini quantitativi. Inoltre, l'esperto attestatore dovrà precisare quali verifiche abbia svolto al fine di accertare la fondatezza e corrispondenza ai principi contabili dei dati messi a sua disposizione, quali accertamenti abbia compiuto in ordine all'esistenza ed all'ammontare dei debiti e a fondamento della valutazione di esigibilità dei crediti. In particolare, con specifico riguardo ai crediti, il professionista dovrà specificare i criteri di valutazione degli stessi e le ragioni che consiglino di non svalutarli. Dovrà, altresì, accertare se siano stati emessi dei protesti nei confronti delle società creditrici, quali siano le date di anzianità dei crediti, le condizioni finanziarie patrimoniali, se i creditori siano soggetti in difficoltà o in procedura concorsuale, se vi siano stati tentativi di recupero e se i crediti siano contestati.

Tale *surplus* richiesto all'esperto sotto il profilo della veridicità e dell'attendibilità dei dati contabili si giustifica anche con riferimento all'erogazione di nuova finanza. Anche qui, risulta utile l'argomento apagogico, da cui si evince come sia certamente a beneficio dell'imprenditore in crisi, al fine di non incorrere in più gravi conseguenze, che l'attestazione da parte del professionista comprenda anche la veridicità della documentazione esaminata. Questa, infatti, costituisce un postulato logico imprescindibile anche in vista della valutazione dell'incidenza sul valore del patrimonio aziendale delle operazioni che il debitore intende realizzare con la nuova finanza (8).

4. L'intrinseca adattabilità della relazione del professionista

È evidente che l'attestazione dell'esperto debba inevitabilmente conformarsi, quanto ad analiticità e a grado di approfondimento, oltre alle caratteristiche intrinseche del debitore, anche alle caratteristiche della crisi, nonché allo stato di avanzamento della procedura con cui si tenta di gestire la crisi.

Come, infatti, sostiene la pronuncia in commento, il livello di completezza della attestazione sulla veridicità dei dati aziendali sarà evidentemente direttamente proporzionale allo stato di avanzamento della procedura di deposito della domanda di concordato preventivo. Pertanto, il professionista deve manifestare un giudizio tecnico riguardo la gestione prospettica dell'impresa, il che esige che l'estensore della relazione, considerando, in concreto, la diversa natura del piano, riscontri, oltre ai valori dei beni da cedere, il fabbisogno di capitale circolante, la *cash-flow* della gestione corrente, la struttura dell'impresa e gli scenari di mercato (9).

Di conseguenza, qualora non si tratti di una mera cessione di cespiti, al professionista «viene richiesto di esprimere le proprie valutazioni in relazione agli elementi su cui si fonda il processo di ristrutturazione aziendale»; pertanto, egli dovrà «dapprima evidenziare i “profili di discontinuità” che il piano presenta rispetto al passato (...), e solo in un secondo momento procedere alla specifica illustrazione delle “idee” che sono alla base del piano medesimo e che rappresentano in realtà le ragioni per le quali quest'ultimo è fattibile» (10).

Il professionista è, dunque, tenuto ad accertare l'esistenza delle attività dell'impresa descritte nella domanda di concordato e il loro valore effettivo, sia l'entità dell'esposizione debitoria, nonché la correttezza della qualificazione dei creditori come chirografari o privilegiati (11).

Più nel dettaglio, l'esperto deve, quindi, verificare

Note:

(8) Si vedano, in proposito, le lucide riflessioni di M. Palladino, *Impresa in crisi e nuova finanza alla luce della riforma del 2010*, datt., in corso di pubblicazione.

(9) In merito, cfr. M. Ferro, *Sub art. 161*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2007, 1214.

(10) In tal senso, M. Ferro, *ibidem*, 1214.

(11) Si vedano in proposito le lucide osservazioni di S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, vol. XI, Padova, 2008, 69. Non è pacifico che nell'espletamento di tale compito si possa procedere con metodo a campione, ma è chiaro che, ove si ammetta questa possibilità, il campione utilizzato dev'essere altamente rappresentativo.

che i beni materiali ed immateriali compresi nella domanda sussistano e risultino valorizzati correttamente, visionandoli direttamente o, in caso di dubbio, effettuando apposite stime. In più, questi è tenuto ad effettuare le opportune verifiche, esaminando, se del caso, la situazione patrimoniale del debitore, in modo da appurare che i crediti vantati oltre ad essere esistenti, siano anche concretamente esigibili, in quanto relativi a debitori solvibili. Il professionista deve adottare un criterio prudenziale, indicando, nell'ipotesi in cui i valori non siano certi, le attività esposte al valore più basso (12).

Particolare attenzione l'attestatore deve prestare alla valutazione dei beni immateriali e, qualora la particolare natura dei beni da esaminare lo renda necessario, può ricorrere a particolari competenze professionali (13), indicando, altresì, le passività potenziali riferibili a contenziosi pendenti o prevedibili e specificando la documentazione esaminata e i criteri utilizzati per la quantificazione del rischio (14).

Infatti, l'esperto è tenuto ad appurare che le passività esposte siano quelle risultanti dal bilancio e dagli altri documenti contabili aziendali, nonché dalle informazioni che egli può assumere da istituti di credito, clienti e fornitori. Egli deve anche verificare che il debitore abbia considerato le passività potenziali connesse agli obblighi contributivi o fiscali, ovvero la posizione di garanzia assunta rispetto ai lavoratori.

Nell'ambito del perimetro di valutazione del professionista rientra poi l'accertamento relativo alla circostanza che il debitore abbia evidenziato nella proposta l'esistenza di diritti reali di garanzia esistenti sui suoi beni; considerando, altresì, la natura privilegiata o chirografaria dei crediti vantati nei suoi confronti e ponderando i rischi relativi ai contenziosi in corso o prevedibili. Al pari di quanto detto circa le attività, per quanto attiene le passività, in caso di dubbio, l'esperto deve sempre adottare un criterio di prudenza impiegando le passività accertate al valore più alto.

Il dato temporale, inoltre, incide sulla relazione riguardante la situazione patrimoniale ed economico-finanziaria dell'impresa, non solo per quanto attiene al livello di avanzamento della procedura, ma, altresì, in relazione all'inevitabile circostanza per cui la relazione medesima non può mai essere aggiornata alla data esatta di presentazione della domanda di concordato. Pertanto, risulta opportuno che l'esperto consideri le ulteriori perdite *medio tempore* maturate, in quanto tale informazione «non solo impinge (*sic*) sul risultato gestionale negativo e

quindi sul patrimonio netto ma anche sul passivo sociale e più in generale sulla fattibilità del piano» (15).

La relazione del professionista deve *obtorlo collo* adattarsi alle circostanze concrete.

Invero, l'attività di verifica dovrà articolarsi diversamente a seconda delle dimensioni dell'impresa, del suo assetto amministrativo e contabile e dell'ambiente di controllo da questa implementato. Pertanto, l'attestatore potrà realizzare, in via alternativa, una verifica diretta dei dati, anche solo su base campionaria, ovvero una verifica di processo e, in particolare, dei processi che sovrintendono alla rilevazione e all'estrazione dei dati, graduando il livello di profondità in dipendenza dell'affidabilità del sistema di controllo di cui l'impresa in concreto si avvale.

Ciò premesso, occorre considerare che nella fattispecie concreta oggetto della pronuncia, è stato presentato un piano concordatario con continuità aziendale ai sensi dell'art. 186 *bis*, comma 1, l.fall.

In proposito, giova evidenziare come l'art. 186 *bis*, comma 2, lett. b), preveda espressamente che la relazione del professionista debba «attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori». Questo giudizio pare, quindi, esigere una valutazione comparativa tra l'ipotesi concordataria «in continuità» e quella della liquidazione fallimentare.

In tale contesto, sembra opportuno reputare che la valutazione dell'esperto si atteggi in maniera differente anche a seconda delle strategie di risanamento concretamente precisate nel piano concordatario.

Infatti, nello scenario di concordato in continuità c.d. «diretta» - ossia che prevede una continuazione in capo allo stesso debitore - «il professionista deve verificare, oltre all'idoneità del piano a garantire il soddisfacimento dei creditori, anche la capacità di esso di consentire il riequilibrio finanziario della stessa impresa, dando evidenza della rimozione delle eventuali situazioni di insolvenza esistenti ed esclu-

Note:

(12) In merito cfr. Trib. Benevento 23 aprile 2013, cit.

(13) Cfr. E. Ceccherini, *La qualificazione, l'indipendenza e la terziarietà del professionista attestatore negli istituti concorsuali di gestione della crisi d'impresa e le diverse tipologie di relazioni o attestazioni*, in *Dir. fall.*, 2011, 321.

(14) Cfr. Trib. Messina 29 dicembre 2005, in *Dir. fall.*, 2006, 549.

(15) In tal senso cfr. F. Abbate, *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2007, 292.

«...dando eventuali fenomeni di insolvenza prospettica nell'orizzonte di piano» (16). Al contrario, qualora si tratti di continuità attuata tramite la cessione dell'azienda, «il professionista dovrebbe verificare la sostenibilità del piano aziendale in capo alla società cessionaria, in quanto esso rileva, in via mediata, ai fini del soddisfacimento dei creditori pregressi; egli dovrebbe, inoltre, escludere il rischio di ricadute sul debitore dall'eventuale dissesto della cessionaria» (17).

Analoghe valutazioni devono essere compiute in ipotesi di conferimento dell'azienda, atteso che, in tale ipotesi, «il debitore conferente è destinato a divenire socio della conferitaria e il valore della partecipazione, così come le concrete possibilità di realizzazione della stessa, sono necessariamente strettamente correlate all'andamento dell'azienda conferita» (18). Invece, nell'ipotesi in cui il piano sia riconducibile al modello del concordato liquidatorio, la relazione del professionista deve considerare la concreta liquidabilità dei beni, in relazione alle condizioni del mercato locale ed alle caratteristiche dei cespiti stessi (19), nonché dei tempi presumibilmente necessari.

5. Conclusioni

In esito al presente commento, risulta evidente come l'attestazione del professionista - prevista dall'art. 182 *quinquies* l.fall. con riferimento alla funzionalità della nuova finanza rispetto alla migliore soddisfazione dei creditori - debba esplicitare l'incidenza delle operazioni che il debitore intende realizzare. In altre parole, l'esperto è tenuto ad attestare che l'assunzione in capo a tali finanziamenti del carattere della preveducibilità comporti un risultato vantaggioso per i creditori rispetto all'ipotesi alternativa in cui i finanziamenti non siano erogati.

Inoltre, in ossequio ai principi di correttezza e trasparenza, necessariamente alla base dell'azione dell'esperto, che la relazione debba attestare la veridicità dei dati aziendali appare un dato essenziale e ineludibile. Invero, come detto, il documento del professionista non può consistere nell'asseverazione di una mera corrispondenza dei dati contabili, occorrendo, invece, che il professionista, pur considerando la natura pronostica di tale giudizio, attesti che essi siano effettivamente reali.

Si comprende, pertanto, l'invito al debitore concordatario, da parte del Tribunale *de quo*, a presentare un'integrazione della relazione che attesti la veridicità dei dati aziendali, colmando la lacuna dell'attestazione precedente.

Al fine di evitare tali censure, la relazione dell'esperto - contenendo altresì una proiezione, anche numerica, degli scenari praticabili - deve quindi esporre chiaramente la motivazione del giudizio espresso dal professionista (20). Proprio la puntuale verifica dell'*iter* logico attraverso il quale il professionista è giunto a rilasciare la sua attestazione costituisce la "cartina di tornasole" con la quale l'autorità giudiziaria può accertare la sussistenza dell'elemento della veridicità dei dati aziendali.

Note:

(16) Così, L. Quattrocchio-R. Ranalli, *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, in *Il Fallimentarista.it*, 7.

(17) In tal senso, ancora L. Quattrocchio-R. Ranalli, *ibidem*.

(18) Così P. Baldassarre-M. Pereno, *Prime riflessioni in tema di concordato preventivo in continuità aziendale*, in *Il Fallimentarista.it*, 2. Sempre con riferimento al concordato in continuità, la riforma ha introdotto, all'interno dell'art. 186 *bis*, quarto comma, lett. a), ulteriori forme di attestazioni "accessorie". Infatti, la novella ha inciso profondamente sulla disciplina dei contratti pubblici, non solo disponendo - in conformità della regola generale - la prosecuzione, in costanza di concordato, dei contratti precedentemente stipulati dall'imprenditore con le pubbliche amministrazioni (art. 186 *bis*, terzo comma), ma anche ammettendo, a determinate condizioni, la partecipazione dell'impresa a procedure di affidamento (art. 186 *bis*, quarto comma, lett. a). In proposito, si vedano le osservazioni di L. Stanghellini, *Il concordato con continuità aziendale*, in questa *Rivista*, 2013, 1222; A. Patti, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in questa *Rivista*, 2013, 261; G. Bozza, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2013, 1121; M. Pizza, *Il concordato preventivo di imprese fornitrici della pubblica amministrazione, entrambi pubblicati*, in *www.IlFallimentarista.it*; M. Arato, *Il concordato con continuità aziendale*, *ivi*; B. Inzitari, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art. 169 bis l.fall.*, *ivi*.

(19) In tal senso, nella più recente giurisprudenza di merito, Trib. Firenze 9 febbraio 2012, in *Il caso.it*.

(20) Così già nel 2010 CNDCEC-Assonime-Università di Firenze, *Linee-Guida per il Finanziamento alle imprese in crisi*, I ed., 2010, 27.