LE CRISI D'IMPRESA FRA LEGGE 132/2015 E PROSPETTIVE DI RIFORMA ROMA 12 FEBBRAIO 2016

IL RUOLO DELL'ATTESTATORE

Dott. Marco Costantini

Vicepresidente dell'Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti contabili di Roma Componente della Commissione Riforma Legge Fallimentare CNDCEC

* * * * *

Tra i profili di maggiore differenziazione fra la disciplina della vigente legge fallimentare ed il progetto di riforma può essere annoverato quello concernente la disciplina del c.d. professionista attestatore.

Nella disciplina vigente, com'è noto, una delle novità più rilevanti della riforma cd "in tre tempi" è stata proprio l'introduzione, nel diritto della crisi d'impresa, della figura del professionista attestatore che ha visto corroborare funzioni, prerogative e responsabilità nelle recenti novelle (e specialmente quella di cui al d.l. n. 83/2012) che hanno interessato il concordato preventivo¹.

Senza pretesa di esaustività, si ricorda che tra i numerosi compiti attribuiti al professionista attestatore, ve ne sono alcuni definibili *generali*, altri *specifici*².

A) nell'ambito delle funzioni generali, svolte in funzione della procedura di concordato preventivo "comune" rientrano sia l'attestazione della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano *ex* art. 161, 3° co., l. fall., sia l'attestazione, questa tuttavia *eventuale*, richiesta dall'art. 182-*quinquies*, 1° co., l. fall., nel caso in cui il debitore richieda al tribunale di essere autorizzato, "anche prima del deposito della documentazione di cui all'articolo 161, commi secondo e terzo", e cioè nell'ipotesi di domanda c.d. in bianco, (come precisato, accogliendo l'interpretazione maggioritaria, dalla novella del 2015) a contrarre finanziamenti "prededucibili", nella quale il professionista, "verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino

1

¹ Cfr., ex multis, S. AMBROSINI, Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma, in Crisi d'Impresa e Fallimento, 30 novembre 2015.

² E v. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali, 2014, p. 374-375.

all'omologazione, attesta che detti finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori".

- B) Ancor più rilevanti sono le funzioni specifiche assegnate al professionista nell'ambito del concordato con continuità aziendale:
- i) in tale ipotesi, la relazione del professionista di cui all'art. 161 deve anche attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato con continuità aziendale è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, ex art. 186-bis, 2° co., lett. b), l. fall., in vista del relativo giudizio di ammissibilità;
- *ii*) l'attestazione della essenzialità della prosecuzione dell'attività di impresa e della funzionalità ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori, per le prestazioni di beni o servizi anteriori che il debitore chiede di essere autorizzato a pagare nel concordato con continuità aziendale, ai sensi dell'art. 182-quinquies, 4° co., l. fall.;
- *iii*) l'attestazione della conformità del piano e della ragionevole capacità di adempimento, ai fini della continuazione di contratti pubblici *ex* art. 186-*bis*, 3° co., l. fall.;
- *iv*) la medesima attestazione finalizzata alla partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, di cui all'art. 186-bis, 4° co., lett. a), l. fall.

In definitiva, al professionista sono assegnate funzioni importanti quanto delicate, peraltro non limitate al concordato preventivo, ma estese anche ai piani di risanamento *ex* art. 67 l. fall. e gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Ben diverso è l'impianto dello schema del disegno di legge, che trova una efficace sintesi nella relazione del Presidente della Commissione del 29 dicembre 2015, che si caratterizza non solo per prospettare una profonda rivisitazione della disciplina, ma per spingersi, riguardo alla tematica che si tratta, fino a dubitare dell'utilità del ruolo svolto dal professionista attestatore: a pagina 18 della Relazione si legge infatti che «è dubbio se, nel rinnovato quadro normativo che s'intende disegnare, conservi reale utilità la figura del professionista indipendente – ma pur sempre designato dallo stesso debitore – chiamato ad attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano

concordatario (oltre alle altre numerose, ma eventuali, funzioni attribuitegli nell'ambito della procedura di concordato dalla normativa vigente)».

Si tratta pertanto di comprendere le ragioni di questo mutamento di prospettiva, e, soprattutto, nello spirito costruttivo che caratterizza questa occasione di dialogo, come tutte quelle che l'hanno preceduta, cercare di capire se la posizione assunta sia integralmente condivisibile o se al contrario non si riveli paradossalmente controproducente per la tutela di quegli stessi interessi ed obiettivi il cui conseguimento ispira il complessivo disegno di legge-delega.

Innanzitutto occorre sgombrare il campo da un possibile equivoco: potrebbe erroneamente sembrare che il progetto di riforma non persegua sul punto un obiettivo realmente innovativo, ma si limiti a far proprie e a portare a compimento istanze già presenti nell'ultimo intervento legislativo in materia concorsuale.

Potrebbe infatti legittimamente opinarsi che già il d.l. n. 83/2015, convertito in legge n. 132/2015, abbia segnato l'inizio di un processo di ridimensionamento dei compiti attribuiti al professionista attestatore, e, in questa prospettiva, potrebbe citarsi a riprova il nuovo terzo comma dell'art. 182-quinquies l. fall., relativo ai finanziamenti funzionali a urgenti necessità dell'azienda, che si caratterizza appunto per l'assenza della figura dell'attestatore.

In realtà, l'opzione dell'ultima novella si spiega agevolmente sol che si consideri l'urgenza che caratterizza la situazione tipizzata dalla norma: dal momento che l'assunto di partenza è la ricorrenza del presupposto dell'imminenza e dell'irreparabilità del pregiudizio che l'azienda potrebbe subire dalla mancanza dei finanziamenti in questione³ è chiaro che ciò sarebbe incompatibile con i tempi tecnici dell'intervento dell'attestatore; quindi, in tale fattispecie la mancata previsione dell'incombente non sembra affatto indicativa di un ripensamento del legislatore sull'utilità del professionista attestatore. Anzi, a ben vedere, il nuovo impianto normativo accresce ulteriormente i

_

³ E v. infatti S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015* cit., p. 34.

compiti dell'attestatore⁴, o perlomeno ne conferma il rilievo prevedendone la presenza nell'accordo di ristrutturazione con istituti finanziari.

Si può pertanto ritenere che anche l'ultima novella si ponga in linea di continuità con le precedenti riforme, nel senso che alla figura del professionista si attribuisce un ruolo sicuramente centrale nel sistema delle soluzioni negoziate della crisi, in virtù del fatto che rimane titolare delle prerogative attribuitegli in occasione degli ultimi interventi riformatori e continua a essere espressione di una scelta del debitore⁵.

Come accennavo, un ripensamento, anzi un vero e proprio "mutamento di rotta", connota invece il progetto di riforma.

A ben guardare, le ragioni addotte a sostegno della necessità di un netto ridimensionamento, se non addirittura della abolizione, della figura del professionista attestatore, non sembrano pienamente convincenti ed anzi non appaiono scevre da taluni pregiudizi ideologici.

Procedendo con ordine, il "giudizio di sfiducia" che, nel progetto di riforma, circonda la figura dell'attestatore poggia su una serie di assunti che vale la pena passare in rassegna e su cui svolgere una meditata riflessione.

In primo luogo si sottolinea che «quanto meno nelle ipotesi in cui la domanda di concordato sia lo sbocco di una precedente procedura stragiudiziale di composizione assistita della crisi, è ragionevole ipotizzare che la funzione attestatrice [della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano concordatario] possa essere stata già adeguatamente assolta dal professionista designato a seguire tale procedura»; in secondo luogo si aggiunge, più in generale, che «l'esperienza di questi ultimi anni sembra suggerire che le attestazioni del professionista [siano] quasi sempre destinate a successiva revisione ad opera del commissario giudiziale, col concreto rischio di una sostanziale duplicazione di attività e di conseguente spreco di tempo ed aumento finale

⁵ Ibidem.

⁴ Si può citare, limitandoci ad un solo esempio, l'art. 182-*septies*, 5° comma, l. fall., in tema di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria: la legge subordina l'estensione degli effetti di tale convenzione ai creditori bancari non aderenti, tra gli altri presupposti, al fatto che «un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesti l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria». Scrutinio, questo, afferente in realtà più ad aspetti giuridici che non propriamente aziendalistici (S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015* cit., p. 34).

dei costi per l'impresa». Infine si fa leva sulla «necessità di controllare l'abnorme incremento delle prededuzioni fatto registrare negli ultimi anni, che hanno non poco compromesso le prospettive di recupero dei creditori nell'ambito delle procedure concorsuali»: ciò che giustificherebbe *de iure condendo*, oltre che una riduzione dei compiti dei professionisti, la necessità di fissare «la misura massima entro cui è consentito riconoscere il diritto al compenso per i professionisti designati dal debitore» (p. 20 della Relazione).

A mio avviso, si tratta di comprendere innanzitutto se le ragioni che avevano indotto il legislatore ad istituire una nuova figura, nell'ambito di una (pur vasta) cerchia di organi e soggetti coinvolti a vario titolo nelle procedure concorsuali, siano venute completamente meno e, in secondo luogo, se sul piano pratico sia davvero dimostrata la pessimistica conclusione della Relazione.

Sotto il primo profilo, va adeguatamente sottolineato come l'emergere della figura del professionista attestatore sia indubbiamente da ricollegare al mutato quadro normativo che dalla riforma in tre tempi ha mostrato di privilegiare le soluzioni negoziate della crisi rispetto alla centralità del fallimento che caratterizzava invece la legge fallimentare del 1942.

In altri termini, la dottrina ha evidenziato un collegamento indiscutibile tra la privatizzazione delle procedure concorsuali e l'emersione di questa figura e anzi la sua acquisita centralità. Al riguardo, poiché il progetto di riforma non sembra rinnegare affatto le scelte compiute, ma anzi confermare e rafforzare (pur mirando ad espungere il discredito ancora oggi associato al fallimento) la preferenza verso le soluzioni concordate della crisi, ci si avvede che la diversa prospettiva in ordine al ruolo del professionista attestatore, lungi dall'essere giustificata dalla possibilità che la funzione attestatrice sia già stata assolta nell'ambito della procedura stragiudiziale di composizione assistita della crisi, sembra in realtà indotta da un "pre-giudizio di disvalore" nei confronti dell'operato di questa figura.

La dottrina prevalente ha mostrato infatti di ritenere eccessive le critiche rivolte al ruolo assegnato al professionista⁶.

Sotto il secondo profilo, una analisi empirica che ambisca ad essere obiettiva ed attendibile, dovrebbe tener conto anche della circostanza che una serie di possibili domande e, soprattutto, molte proposte di concordato non sono mai state presentate o sono state presentate in termini più seri e ragionevoli di quanto altrimenti sarebbe avvenuto, con evidenti e benèfici riflessi (anche) sul lavoro del giudice, proprio grazie al filtro ed ai controlli esercitati dai professionisti⁷. Né può assegnarsi eccessivo rilievo alla considerazione che talvolta accade il contrario, e il commissario giudiziale deve procedere a una revisione delle attestazioni: si tratta, evidentemente, della patologia e non della "normalità dei casi".

Né possono avallarsi preconcetti ideologici secondo i quali il controllo pubblico sarebbe il solo affidabile, mentre quello rimesso ad un professionista privato, sicuramente inadeguato: pregiudizi smentiti ampiamente dalla storia e purtroppo anche dalla cronaca recente.

Infine, procedendo sempre in una direzione critica nei confronti di questi aspetti del progetto di riforma, che sotto tanti altri appare invece rigoroso e auspicabile, è doveroso sottolineare come sembri ottimistica la considerazione che, per conseguire l'obiettivo di riduzione dell'abnorme incremento delle prededuzioni che spesso hanno compromesso le prospettive di recupero dei creditori nell'ambito delle procedure concorsuali, occorra fissare «la misura massima entro cui è consentito riconoscere il diritto al compenso per i professionisti designati dal debitore».

In altri termini: il problema che si vuole affrontare è indubbiamente reale e delicato, ma la soluzione non può certo essere quella del "risparmio forzoso" sulle parcelle dei professionisti, laddove le attività professionali prestate siano (realmente) necessarie e svolte con rigore e competenza.

⁷ E v. infatti A. PISANI MASSAMORMILE, *I professionisti nelle procedure di risoluzione concordata della crisi d'impresa* cit., p. 3091.

6

⁶ E v. infatti S. Ambrosini, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015* cit., p. 34, e A. Pisani Massamormile, *I professionisti nelle procedure di risoluzione concordata della crisi d'impresa*, in M. Campobasso *et al.* (diretto da), Liber amicorum *Pietro Abbadessa. Società, banche e crisi d'impresa*, vol. III, Torino, 2014, pp. 3085 ss.

Il problema si colloca su un piano logico più generale: se le prededuzioni talvolta hanno compromesso le ragioni dei creditori, ciò è avvenuto a causa di tentativi di conservazione dell'impresa del tutto inopportuni ed inadeguati, che generano, questi sì, la gran mole di crediti prededucibili cui la Relazione allude; sotto questo profilo la soluzione sembrerebbe potersi piuttosto ravvisare nell'introdurre meccanismi più rigorosi volti ad impedire siffatti tentativi anche in assenza dei presupposti e a limitare l'intervento di ristrutturazione e di salvataggio alle sole aziende che davvero si prestino ad essere ristrutturate⁸. In breve: è ardito, se non meramente demagogico, ritenere che sia il pagamento dei crediti prededucibili riguardanti i compensi dei professionisti «ad assorbire in misura rilevante l'attivo delle procedure».

Poiché questo convegno rappresenta in sostanza un ulteriore e costruttivo momento di confronto, vorrei attribuire al mio intervento un contributo propositivo.

Per le caratteristiche assunte dalle nuove procedure concorsuali e confermate, ed anzi implementate, dal progetto di riforma, la figura del professionista attestatore sembra irrinunciabile, e il ruolo affidatogli senz'altro positivo.

Dovrebbe potersi pianamente concordarsi sulla indefettibilità della figura dell'attestatore perché coerente e funzionale con la connotazione privatistica delle procedure concorsuali, e cioè con la collocazione del baricentro della disciplina delle crisi d'impresa nella valutazione informata da parte degli stessi creditori: ciò che in sede di riforma si intende, peraltro, confermare e finalmente rendere effettivo.

Ed è chiaro che lo spostamento dall'eterotutela del giudice all'autotutela dei creditori, se ambisce a costituire una innovazione feconda, implica un'attenzione maggiore al problema della formazione di una piena consapevolezza del ceto creditorio. E il problema dell'acquisizione di una informazione attenta e completa, ben percepito dallo schema del disegno di legge-delega, non può essere affidato unicamente alle cure del commissario giudiziale, ma richiede il coinvolgimento, anche (e forse soprattutto)

⁸ Cfr. G. Terranova, *Il concordato «con continuità aziendale» e i costi dell'intermediazione giuridica, Dir. fall.*, I, 2013, p. 25.

nello svolgimento della procedura, di professionisti indipendenti. La stessa Relazione⁹ non può non riconoscere la complessità e la delicatezza dell'attività richiesta, che implica peraltro assunzione di rilevanti responsabilità. Tutto ciò non consente affatto di ritenere possibile la concentrazione in un solo professionista, e nel commissario giudiziale in particolare, del compimento di tutte queste attività senza al contempo indebolire l'efficienza del ruolo propriamente assegnato al commissario giudiziale stesso (i cui incombenti, come risultanti dalla recentissima "mini-riforma" attuata con il d.l. n. 83/2015, sono stati ampliati in maniera rilevante).

Da quanto finora osservato, la diversa prospettiva del progetto di riforma pare, in definitiva, indulgere a pregiudizi ideologici (come quello che vorrebbe la serietà del controllo dipendente dalla natura pubblica, o almeno di pubblico ufficiale, e non meramente privata del controllore); e al riguardo sembra abbiano avuto una influenza decisiva nell'orientare verso queste rigide affermazioni le ricorrenti preoccupazioni in ordine alla indipendenza del professionista che è (come si legge nella Relazione) «pur sempre designato dallo stesso debitore».

Anche a non voler far proprie le considerazioni di quella consistente parte della dottrina che ritiene la nomina da parte del debitore ormai adeguatamente controbilanciata dalle rigorose previsioni in tema di indipendenza e di responsabilità penale¹⁰, e quindi anche a voler ritenere necessaria una maggiore indipendenza del professionista dal debitore, si tratta semplicemente di intervenire su questo aspetto particolare, non già di negare *tout court* l'utilità stessa della funzione assolta dal professionista attestatore.

-

⁹ Sotto questo aspetto il progetto di riforma prevede espressamente non solo di «istituire presso il Ministero della giustizia un albo dei soggetti destinati a svolgere, su incarico del tribunale, funzioni di gestione o di controllo nell'ambito delle procedure concorsuali, con indicazione dei requisiti di professionalità, indipendenza ed esperienza richiesti per l'iscrizione»: e ciò perché si è pienamente consapevoli «che la gestione delle procedure di crisi e di insolvenza è oggi quanto mai delicata e complessa, imponendo la soluzione di problemi al tempo stesso economico-aziendali, giuridici e fiscali» (corsivo aggiunto); ma ritiene addirittura necessario anche «assicurare la specializzazione dei giudici addetti alla materia concorsuale, con adeguamento degli organici degli uffici giudiziari la cui competenza risulti ampliata» (art. 2, lett. k ed l). Il progetto di riforma riconosce l'elevata professionalità richiesta e la complessità delle operazioni e/o valutazioni richieste nell'ambito delle crisi d'impresa anche quando a proposito degli Organismi di composizione della crisi, si sottolinea che «condizione essenziale per il loro successo è, però, che detti organismi siano adeguatamente rafforzati e resi idonei all'espletamento di questo nuovo impegno, garantendo un elevato livello di professionalità di coloro ai quali saranno demandati i delicati compiti cui s'è fatto cenno» (corsivo aggiunto).

¹⁰ S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015* cit., pp. 34-35.

Al riguardo si sottolinea che la soluzione, pure proposta in dottrina, di lasciare al tribunale il compito di scegliere un tecnico di propria fiducia¹¹, non pare meno problematica sia sotto il profilo della tempistica (laddove invece sono richiesti accertamenti adeguati e tempestivi) sia, e soprattutto, sotto il profilo del rischio, insito nella nomina giudiziale, di alterare surrettiziamente i confini tracciati dalla nota sentenza della Suprema Corte n. 1521 del 2013, in ordine alla distinzione tra fattibilità economica e fattibilità giuridica, che pure s'intendono far propri nel progetto di riforma.

In conclusione, si può forse discutere in ordine al raggiunto grado di indipendenza del professionista, e allora ritenere, se del caso, di intervenire in sede di riforma: d'altra parte, spesso si dimentica, nell'eccesso di critica, che il controllo rigoroso dei requisiti soggettivi dei professionisti è comunque già adesso rimesso al controllo di legalità del giudice, il quale ha certamente i mezzi per svolgerlo approfonditamente; ma nessuno in dottrina ha finora seriamente dubitato del ruolo e della funzione assolti dal professionista attestatore: una figura, questa, irrinunciabile in un sistema avente al proprio centro le soluzioni negoziate della crisi.

D'altra parte, il progetto di riforma mostra di presupporre (e vuole contribuire a dar vita a) un cambiamento della mentalità dei soggetti coinvolti nelle procedure concorsuali, in primo luogo dell'imprenditore (in questo senso può essere letto il sistema di incentivi volto a favorire il ricorso alla procedura extragiudiziale di allerta e di composizione assistita della crisi). Non si può sottovalutare il contributo in questa direzione già svolto in passato dalla disciplina del professionista attestatore, il cui mantenimento sarebbe un ulteriore ed importante segnale inviato al variopinto mondo che si agita intorno alle crisi di impresa ed alle procedure concorsuali: gli imprenditori in crisi comprenderebbero che, nonostante le aperture e l'indulgenza del legislatore, conviene investire sulla serietà dei professionisti, anziché su altri loro «meriti», e questi ultimi sarebbero spinti a valutare con attenzione se accettare l'incarico, perché il rischio potrebbe essere quello di sentirsi dire che si è privi di professionalità o, peggio, di

_

¹¹ G. TERRANOVA, *Il concordato «con continuità aziendale»* cit., p. 24.

indipendenza (se non di onorabilità). Con evidenti benefici per tutti, in termini etici e economici¹².

Marco Costantini

-

 $^{^{12}}$ Cfr. A. PISANI MASSAMORMILE, I professionisti nelle procedure di risoluzione concordata della crisi d'impresa cit., p. 3111