

GIURETA

Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente

Vol. VII
Anno 2009

Ettore Fieramosca

**Il ruolo del professionista
nelle nuove procedure concordatarie**

Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente

Università degli studi di Palermo

© Ettore Fieramosca 2009

ettorefieramosca@alice.it

Data di pubblicazione: 24 ottobre 2009

ISSN 1724-7322

Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente

Viale delle Scienze, ed. 13 - 90138 Palermo (Italia)

Tel: (+39) 0916626220 – Fax: (+39) 091596506

giureta@unipa.it

www.giureta.unipa.it

IL RUOLO DEL PROFESSIONISTA NELLE NUOVE PROCEDURE CONCORDATARIE*

*Ettore Fieramosca***

SOMMARIO: 1. Gli obiettivi della riforma del diritto fallimentare – 2. Il ruolo affidato al professionista – 3. A chi compete la scelta del professionista – 4. Il contenuto della relazione professionale – 5. I poteri del Tribunale in sede di ammissione alla procedura – 6. I requisiti di professionalità dell'esperto attestatore – 7. Profili di responsabilità per il professionista – 8. Considerazioni conclusive

1. - Con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, recante la “riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell’art. 1, comma quinto, della legge 14 maggio 2005, n. 80”¹, sembrava fosse stato finalmente portato a compimento l’*iter* di riforma del diritto fallimentare; l’esigenza era quella di rinnovare una normativa che, in effetti, a detta di tanti, non era più consona a garantire gli interessi

* Il presente lavoro riproduce, con i dovuti aggiornamenti, la relazione tenuta il 12 giugno 2009 nell’ambito degli incontri, organizzati dal Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Marsala in collaborazione con il Dipartimento di Diritto dell’economia, dei trasporti e dell’ambiente dell’Università degli studi di Palermo, dedicati ad un percorso formativo finalizzato all’approfondimento della materia societaria e fallimentare

** Dottorando di ricerca in “Diritto dell’Economia, dei Trasporti e dell’Ambiente” presso l’Università degli Studi di Palermo.

¹ Pubblicato nel S.O. n. 13 alla G.U. n. 12 del 16 gennaio 2006.

dell'economia e del mercato attuale. Oggi, difatti, l'attenzione del legislatore non è più rivolta all'eliminazione civile ed economica dell'imprenditore "incapace", ma all'impresa stessa che non può essere considerata soltanto come una diretta proiezione dell'imprenditore, ma va vista come una realtà oggettivamente rilevante cui l'ordinamento deve necessariamente accordare tutela. Essa infatti costituisce il punto in cui confluiscono gli interessi di tutti coloro che si muovono nel suo ambito: l'imprenditore ("ovviamente"), i lavoratori, i creditori e più in generale i c.d. *stakeholder*².

Ma nonostante le buone intenzioni, il provvedimento di riforma non si caratterizzò positivamente per la sua organicità e sin dai primi dibattiti sull'argomento gli interpreti avvertirono come quello non poteva essere l'intervento definitivo e soprattutto risolutorio. Molti erano infatti le "sviste" e le incongruenze presenti nella nuova disciplina con il risultato che le novità che segnavano in positivo la riforma rischiavano di essere messe seriamente in crisi³.

² F. Fimmanò, *Le prospettive di riforma del diritto delle imprese in crisi tra informazione, mercato e riallocazione dei valori aziendali*, in *Fall.*, 2004, 459. L'autore sottolinea anche come "il corpus delle norme del 1942, create in funzione del solo imprenditore ed adatto ad una realtà economica paleocapitalistica è straordinariamente inadeguato in un contesto mutato, specie negli ultimi anni, con una velocità impressionante e sconvolto da eventi politici e sociali senza precedenti, definiti convenzionalmente e complessivamente globalizzazione".

³ Per fare qualche esempio: l'art. 162 l.f. usciva inalterato dal decreto di riforma e rappresentava per questo motivo "una spina nel fianco" nella disciplina del concordato preventivo; la disposizione, infatti, prevedeva la declaratoria automatica di fallimento nei casi in cui non ricorrevano le condizioni previste dall'art. 160 l.f.; e qui veniva fuori il nodo interpretativo: si osservava, infatti, come il richiamo all'art. 160 non era più pertinente, poiché nella nuova formulazione non trattava più delle condizioni di ammissibilità al concordato. Inoltre, nel previgente ordinamento (pre-

Si rese allora necessario un ulteriore intervento integrativo e «correttivo»; parlo, appunto, del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, che in alcuni casi ha inciso in modo considerevole sull'assetto della legge fallimentare (si pensi alla ridefinizione dell'area di fallibilità), in altri si limita ad apportare modifiche stilistiche (vedi ad esempio l'intervento sulla rubrica dell'art. 160 che sostituisce la parola "condizioni" con quella più appropriata "presupposti") tese ad un mero coordinamento formale tra le norme della legge medesima. Se non altro quest'ultimo provvedimento si può vantare oggi di essere l'ultimo di un lungo percorso di riforma avviato ormai da troppo tempo⁴.

vigente alla riforma organica del 2006) la declaratoria automatica di fallimento si giustificava in ragione del fatto che vi era coincidenza di presupposti tra la procedura del concordato preventivo e quella del fallimento, entrambe basate sulla sussistenza dello stato d'insolvenza dell'impresa. Nella vigente disciplina, invece, la situazione di crisi (pur se comprensiva dello stato d'insolvenza) non coincide perfettamente con il presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento. Quindi, qualora ricorrevva semplicemente lo stato di crisi (equivalente alla temporanea difficoltà ad adempiere) ma non l'insolvenza irreversibile di cui all'art. 5 l.f., come doveva procedere il Tribunale? Peraltro, l'art. 162, secondo comma, l.f. ("declaratoria automatica di fallimento") contenendo riferimenti ad articoli della stessa legge che hanno mutato contenuto, poneva un altro serio problema interpretativo: l'art. 6 l.f. non prevede più il fallimento dichiarato d'ufficio e, in relazione a tale modifica, ci si chiedeva se tale potere del Tribunale fosse rimasto; per tutte queste ragioni si era affermata la tesi della tacita abrogazione dell'art. 162.

⁴ Il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, recante la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali costituisce l'atto finale di una lunga serie di progetti redatti da commissioni che di volta in volta si sono alternate. Tra le varie proposte, si segnala lo schema di disegno di legge di riforma delle procedure concorsuali redatto dalla commissione Trevisanato, istituita con decreto ministeriale 27 febbraio 2004 dal ministro della giustizia, con il quale veniva totalmente sostituita la legge fallimentare introducendo istituti nuovi quali quelli di "allerta e prevenzione" che poteva-

Il percorso che ha condotto al risultato finale è stato particolarmente complesso e tormentato in quanto, al legislatore è stato affidato il difficile compito di sostituire il vecchio e rigido sistema normativo con una nuova disciplina concorsuale allo scopo di semplificare le procedure ed offrire utili strumenti per la conservazione dell'impresa e la tutela dei creditori. L'obiettivo può essere ricondotto alla volontà di deflazionare, per quanto possibile, l'apertura del fallimento, ispirato a finalità prevalentemente liquidatorie, incentivando il ricorso a procedure di risanamento, quale quella di concordato preventivo.

In tale ottica, le modifiche apportate al r.d. del '42 (r.d. 16 marzo 1942, n. 267, c.d. legge fallimentare) segnano l'ingresso di una nuova visione delle procedure concorsuali, adesso ispirate alla conservazione delle componenti positive dell'impresa (beni produttivi e livelli occupazionali), nelle quali – possiamo leggere nella relazione governativa – “non è più individuabile un esclusivo interesse dell'imprenditore, secondo la ristretta concezione del legislatore del '42, ma confluiscono interessi economici e sociali più

no sfociare nella procedura di composizione concordata della crisi o, nei casi di insolvenza, approdare alla procedura di liquidazione concorsuale dell'impresa. Il progetto – di ispirazione francese ed a tratti tedesca e anglosassone – ha poi lasciato il posto al maxi emendamento al disegno di legge recante le modifiche al diritto concorsuale, presentato il 23 dicembre 2004 dal consiglio dei ministri. Anche quest'ultimo schema, destinato a risolvere soprattutto problemi di ordine pratico, è stato successivamente abbandonato e solo in parte trasfuso nel decreto competitività, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito dalla legge 14 maggio 2005 n. 80 che ha, tra l'altro, conferito la delega al governo per la “riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali”.

ampi che privilegiano il ricorso alla via del risanamento e del superamento della crisi aziendale”.

2. – Il tema del ruolo del professionista nelle procedure concordatarie è estremamente interessante in quanto questi nel nuovo sistema di norme ha rilievo in diversi momenti della procedura; avrà un ruolo importante come *advisor* dell'imprenditore, ossia come esperto a cui il legislatore affida il compito di prospettare una soluzione di risanamento all'impresa in crisi attraverso la relazione di un apposito piano; ma avrà anche l'importantissimo compito di attestare il piano con una relazione che, vedremo, costituirà l'unico documento sul quale i creditori potranno attenersi per formare una propria convinzione in merito alla fattibilità e convenienza della proposta concordataria, ciò in vista della votazione-approvazione del piano stesso.

Si nota dunque come il filo conduttore comune a tutte le modifiche normative apportate alle procedure concordatarie (concordato preventivo *ex art. 160 l.f.*; accordi di ristrutturazione del debito *ex art. 182-bis l.f.*; piani di risanamento attestati *ex art. 67, comma terzo, lett. d) l.f.*), consista in una evidente privatizzazione dell'insolvenza, con una riduzione del ruolo e del potere di intervento del giudice e con l'introduzione di una nuova figura di esperto (un professionista scelto dall'imprenditore⁵), che deve intervenire obbligatoriamente al fine di attestare la “bontà” del piano. La scelta del termine (bontà) è volutamente imprecisi-

⁵ Sulla questione assai dibattuta in dottrina della competenza della scelta dell'esperto attestatore si rinvia al paragrafo seguente.

sa e vaga in quanto sul contenuto dell'attestazione si ritornerà al § 4.

3. - Sulla scelta del professionista deputato ad attestare il piano è ormai cosa certa che questa spetti all'imprenditore; vedi sul punto la decisione del Tribunale di Brescia del 3 agosto 2007⁶, primo intervento giurisprudenziale sul tema, e quella del Tribunale di Milano del 16 luglio 2008⁷, pronunce che attengono al piano di risanamento *ex art. 67*, comma 3, lett. *d*), ma che servono a chiarire ogni dubbio anche per il concordato preventivo e per gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in quanto le stesse, sul piano sostanziale, affermano che “non avrebbe alcun senso logico-giuridico che la nomina dell'esperto competa tribunale, poste che la stessa legge fallimentare, come riformata, in tutti gli altri casi analoghi rimette al debitore la scelta dell'esperto, sia nel caso del concordato preventivo (cfr. art. 161 l.f.) sia nel caso degli accordi di ristrutturazione dei debiti (cfr. art. 182-*bis* l.f.)”.

Inoltre sul concetto di indipendenza dell'esperto si è pronunciata per la prima volta anche la Corte di Cassazione⁸: nella pronuncia la Corte ritiene che il professionista attestatore (colui che attesta la veridicità dei dati e la fattibilità del piano), pur dovendo godere della fiducia del de-

⁶ Trib. Brescia 3-8-2007, in *Dir. fall.*, 2009, 360 s., con nota di A. Jorio, *I piani di risanamento: chi nomina l'esperto?*

⁷ Trib. Milano 16-7-2008, in *Dir. fall.*, 2009, 360 s., con nota di Jorio, cit..

⁸ Cass. 4-2-2009, n. 2706, in *Mass. Giur. it.*, 2009.

bitore si pone comunque in una necessaria posizione di terzieta. A tale scopo, si ritiene che il consulente dell'imprenditore non si trovi in una posizione di incompatibilita rispetto al ruolo di esperto attestatore, in quanto e la legge stessa a non prevedere espressamente tale incompatibilita; La figura del consulente dell'imprenditore puo quindi coincidere con quella dell'attestatore. Visto il silenzio del legislatore, parimenti non mancano soluzioni piu prudenti: sul punto, il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili (CNDCEC) nelle "Linee Guida per il finanziamento delle imprese in crisi" elaborate nel maggio del 2008, sostiene che "pur non vigendo un divieto espresso a che il consulente, avendone i requisiti, possa svolgere anche la funzione di attestatore, una distinzione soggettiva tra i due sia auspicabile"; sempre secondo le Linee Guida "se le due figure si connotano per avere ruoli diversi, funzioni differenti e dissimili conseguenti responsabilita, e pur vero che tale dualismo crea un aggravio dei costi nella gestione della crisi imprenditoriale. L'incremento dei costi potrebbe comunque essere giustificato dai benefici derivanti dall'avvalersi della professionalita di due soggetti dotati di capacita differenti. Nella scelta dei soggetti di cui avvalersi l'imprenditore dovrebbe comunque considerare che, qualora si propenda per un consulente-attestatore, dovrebbe essere corrisposto a tale soggetto un compenso maggiore, in ragione del doppio ruolo svolto nell'ambito del progetto di risanamento dell'impresa".

4. - Si ritorna ora sulla questione sospesa al § 2 del contenuto della relazione professionale. Dico subito che il contenuto delle attestazioni degli esperti è definito in modo diverso per ciascun istituto; ad esempio si parla di “veridicità dei dati aziendali e fattibilità del piano” per la proposta di concordato preventivo (*ex art. 161 l.f.*); di “attuabilità” dell’accordo, per gli accordi di ristrutturazione dei debiti (*ex art. 182-bis l.f.*); di “ragionevolezza” del piano per i piani attestati esenti da revocatoria (*ex art. 67, comma 3, lett. d), l.f.*). Nonostante l’eterogeneità di tali definizioni, l’attività che sostanzialmente è chiamato a svolgere l’esperto attestatore appare comunque la medesima. Ovvero quella di considerare legittimi, e dunque attestare, solo piani effettivi, fondati su dati reali e veritieri e volti ad un risanamento reale dell’impresa.

Ritengo poi che l’attestazione debba essere supportata da considerazioni che risultino tali da consentire ai creditori di potersi formare una ragionata opinione circa la portata e la convenienza della proposta di concordato (che poi dovranno votare). Il professionista è dunque chiamato ad effettuare valutazioni sulla concreta possibilità di esecuzione del piano sottoposto ai creditori. Trattasi pertanto di una vera e propria “certificazione”, caratterizzata dal riscontro della conformità sostanziale dei dati contenuti nel piano concordatario rispetto agli elementi desunti dalle scritture contabili del debitore⁹.

⁹ Cfr. S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2008, passim; A. Guiotto, *Il compenso del professionista attestatore nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, 224-226.

Si ritiene quindi che la relazione debba avere un duplice contenuto: uno di controllo di veridicità dei dati aziendali; l'altro "prognostico" della fattibilità, ossia un giudizio risultante da un raffronto logico-contabile fra le componenti essenziali del programma e la situazione economico-patrimoniale accertata.

5. - Abbiamo visto come l'attestazione del piano da parte di un esperto sia una costante che caratterizza l'intera riforma, ispirata alla logica privatistica del superamento delle difficoltà d'impresa.

In particolare, nel concordato preventivo, tale relazione è destinata a rappresentare il perno attorno al quale ruota l'intero procedimento; al professionista, infatti, in sede di ammissione del debitore alla procedura, viene rimesso il giudizio di merito in ordine alla fattibilità della proposta concordataria presentata dall'imprenditore in crisi, giudizio che, mentre nel previgente ordinamento (previgente al d.lgs. 9 gennaio del 2006, n. 5) era riservato all'Autorità giudiziaria, nel nuovo regime, stando alle disposizioni dell'art. 163 l.f. (nella versione anteriore al decreto correttivo, d.lgs. 169/2007), è sindacabile dal tribunale "solo" sotto il profilo della completezza ed esaustività del contenuto dell'attestazione. E ciò nonostante il legislatore del «correttivo» abbia abrogato l'inciso rinveniente nella previgente disposizione normativa dell'art. 163 "verificata la completezza e la regolarità della documentazione", in quanto tale correzione rientra semplicemente nel generale intento del legislatore di ridare organicità all'impianto normativo della

procedura e non nel nostalgico tentativo da parte di alcuni di affidare al Tribunale un potere che oramai non gli compete. Così solo, quindi, si può spiegare la correzione dell'art. 163, ossia nella necessità di coordinarlo al riscritto art. 162 che come ho già detto trattava della declaratoria automatica di fallimento (ricordiamo ancora che la dichiarazione d'ufficio non è più prevista) ed in quanto tale si riteneva tacitamente abrogato; La nuova formulazione dell'art. 163 come risultante dal «orrettivo», invece, sembrerebbe per certuni¹⁰ abilitare il Tribunale in sede di ammissione al concordato preventivo, ad un controllo di merito sulla veridicità dei dati esposti e soprattutto sulla fattibilità del piano. Tesi che personalmente non condivido in quanto ritengo che da una complessiva lettura dell'impianto normativo del concordato preventivo non può che ricavarsi un ruolo diverso, rispetto al passato, dell'Autorità giudiziaria, ruolo che invece i giudici capitolini amano interpretare in senso forte ed invasivo.

Altri Tribunali, infatti, correttamente ritengono che in sede di ammissibilità non può svolgersi alcun sindacato nel merito della fattibilità del piano concordatario, posto che

¹⁰ Trib. Roma 24-4-2008, in *Dir. fall.*, 2008, 573, con nota di G. Fauceglia, *Ancora sui poteri del Tribunale per l'ammissibilità del concordato preventivo: errare è umano, perseverare diabolico*. Nella nota l'autore fa notare come già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 169/2007, il Tribunale di Roma (8-3-2006, in *Dir. prat. fall.*, 2006, 54 s.; 20-12-2005, in *Merito*, 2006, 22) nonostante il disposto normativo, aveva ritenuto, sbagliando, che il controllo assegnato all'Autorità giudiziaria dovesse riguardare il merito della fattibilità del piano attestato dal professionista ex art. 161, trattandosi pertanto di una vera e propria invasione valutativa.

ciò compete esclusivamente al professionista incaricato a redigerlo¹¹.

6. - Il ruolo centrale che le nuove regole assegnano al professionista ha reso necessario selezionare i soggetti in grado di svolgere tale funzione: qui il decreto correttivo è stato quanto mai puntuale in quanto pur non essendo intervenuto sulla eterogeneità, invero solo nelle definizioni delle attività svolte dall'esperto nelle tre procedure, ha avuto il merito di aver uniformato per tutte le ipotesi i requisiti di professionalità, richiedendo in tutti i casi il possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. *d*) l.f.; ossia di quelli previsti dall'art. 28, lett. *a*) e *b*) l.f., con la contemporanea iscrizione nel registro dei revisori contabili: quindi un soggetto iscritto all'albo dei dottori commercialisti ed esperti contabili o degli avvocati¹², nonché all'albo dei revisori contabili¹³.

¹¹ Tra i tanti, Trib. Milano, 9-2-2007, in *Fall.*, 2007, 1218.

¹² La relazione attestativa potrà altresì, in forza del richiamo all'art. 28, primo comma, lett. *b*), essere predisposta da uno studio associato o una società professionale costituita dai medesimi professionisti di cui alla lett. *a*) del medesimo articolo. La carenza di una disciplina, ad oggi, delle società professionali e la necessità di designare specificamente l'associato responsabile della relazione rende, peraltro, poco praticata questa possibilità nella prassi professionale.

¹³ Così, senza incertezze, L. Mandrioli, *La relazione del professionista (la ricostruzione giuridico-contabile)*, in *La legge fallimentare – Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 2008, 304-305. Già prima del decreto correttivo alle stesse conclusioni era giunto tra gli altri G.U. Tedeschi, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 540-541.

Con tale rinvio il legislatore ha inteso garantire la massima professionalità dell'esperto, al quale la legge rimette la valutazione di merito del piano, che i creditori sono poi chiamati a valutare economicamente in sede di approvazione.

Non escludo poi che in relazione alla complessità che può assumere il piano, in particolare quando questo si estende alla ristrutturazione aziendale, possa essere richiesta una competenza diversa da quella necessaria per l'attestazione della veridicità dei dati aziendali e possa esservi perfino la necessità della cooperazione di più professionisti.

7. - Sui profili di responsabilità cui può incorrere il professionista nell'ambito della sua attestazione il legislatore si è mostrato alquanto lacunoso. Nel silenzio della legge, non si può negare che egli possa essere chiamato a rispondere verso i creditori ed i terzi danneggiati dei comportamenti dolosi e colposi posti eventualmente in essere. Si immagini ad esempio l'ipotesi di successivo fallimento (ossia quando la procedura concordataria viene interrotta venendo così disattese le speranze dei creditori).

A favore della tesi secondo la quale il professionista possa rispondere a titolo di responsabilità extracontrattuale nel caso di interruzione della procedura concordataria si potrebbe affermare che la relazione che questi ha predisposto è, alla luce delle novità apportate dalla riforma, l'unico documento sul quale i creditori potranno attenersi per formare una propria convinzione in merito alla fattibilità e

convenienza della proposta concordataria. Una errata attestazione (anche in buona fede) del professionista potrebbe indurre i creditori anche ad approvare un concordato palesemente non sostenibile destinato sicuramente al fallimento.

Il professionista potrebbe rispondere inoltre a titolo di responsabilità contrattuale nei confronti dell'imprenditore che lo abbia incaricato, con eventuale applicazione dell'art. 2236 c.c.¹⁴.

8. - Per concludere, dalla riforma emerge una nuova e più moderna disciplina delle procedure concorsuali con finalità risanatorie, disciplina mutata in modo significativo nella sua fisionomia e nei suoi tratti essenziali.

Si evidenzia il dato sicuramente positivo della esaltazione dell'elemento negoziale.

La tendenza sembra essere quella di attribuire alle parti interessate maggiori poteri nella gestione della crisi limitando l'intervento dell'Autorità giudiziaria, in quanto soggetto *super partes*, alla risoluzione di controversie.

In particolare, il nuovo concordato preventivo dovrebbe costituire una procedura più appetibile di quanto non lo fosse in passato, anche se ad oggi il ricorso allo stesso non sembra così frequente.

¹⁴ Art. 2236 c.c.: *Responsabilità del prestatore d'opera* – Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave.

Questo è quanto di positivo la nuova riforma ha apportato alla disciplina. Sullo sfondo, però, restano delle perplessità: pare sussistere il rischio che la sensibile riduzione dei poteri di controllo del Giudice comporti una diminuzione delle garanzie del ceto creditorio. Di fatto, la serietà, la fattibilità del piano e la tutela dei creditori sono rimessi alla relazione del professionista. Quest'ultimo, in verità, attenendosi al dato letterale, non sa bene cosa deve (e può) attestare e soprattutto quali responsabilità assumere.

Restano poi delle perplessità anche in merito all'opportunità di procedere di fretta ad una riforma parziale e frammentaria, nonché alle incongruenze e ai difetti di coordinamento che ne derivano.

Sebbene risalente ed obsoleta per vari aspetti, la legge fallimentare aveva infatti una sua coerenza ed organicità, mentre interventi legislativi isolati ed affrettati rischiano di costituire la fonte di nuovi contrasti e di inefficienze.