



Fondazione Dottori Commercialisti Sicilia

8° CORSO ANNUALE 2009/2010

Responsabile del corso:

Dott. Enrico Licciardello

Gruppo di Studio:

Dott.ssa Monica Coco

Dott.ssa Angela Gallo

Dott. Nicola Marchese

Dott. Gaetano Patti

*Relazione ex art. 161 Legge Fallimentare comma 3°
sulla veridicità delle scritture contabili e la fattibilità
del piano concordato preventivo*

Indice:

1. **Premessa**
2. **La scelta del professionista**
3. **L'attestazione di veridicità dei dati aziendali**
4. **L'attestazione di fattibilità del piano**
5. **La responsabilità del professionista**

1. Premessa

Il nuovo art. 161 L.F., stabilisce che la domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo si propone con ricorso al Tribunale competente rispetto al luogo della sede principale tenendo presente che non influisce sulla determinazione della competenza il trasferimento della sede da meno di un anno. Ciò al fine di evitare trasferimenti "di comodo".

Non è necessario spiegare le ragioni della crisi o dell'insolvenza e le ragioni della proposta concordataria, né depositare le scritture contabili (quindi il concordato può essere richiesto anche da chi non ha tenuto le scritture contabili). Per accedere alla procedura è necessario depositare soltanto:

- a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
- b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;
- d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.

Il piano dell'art. 160 e i documenti dell'art. 161 debbono essere accompagnati da una relazione di un professionista, con i requisiti di cui all'articolo 67 3° c. lett. d, che attesti:

- 1) la veridicità dei dati aziendali, quindi, implicitamente, la corretta tenuta delle scritture contabili ovvero, se la contabilità non è stata tenuta o non è stata aggiornata, attesti la corrispondenza alla realtà delle risultanze rappresentate nel ricorso;
- 2) la fattibilità del piano nel senso che non vi siano ostacoli giuridici e tecnici alla sua realizzazione ed alla sua riuscita.

La previsione della obbligatorietà della relazione redatta da un professionista è un motivo ricorrente nella riforma: in particolare, una relazione di ragionevolezza attestata da un revisore ufficiale dei conti o da una società di revisione, ai sensi dell'art. 2501-bis c.c., deve accompagnare il piano di risanamento e di riequilibrio previsto dall'art. 67, 3° comma lett. d, L.F.; ed ancora, l'accordo di ristrutturazione previsto dall'art. 182-bis L.F. deve essere accompagnato dalla relazione di un esperto che ne attesti l'attuabilità.

Per quanto concerne il concordato preventivo, se da una parte il legislatore si è indubbiamente mosso verso una parziale privatizzazione della procedura, dall'altra ha voluto affidare le imprescindibili esigenze di tutela del ceto creditorio alla relazione di un professionista qualificato, che attesti la veridicità delle informazioni contenute nella proposta concordataria, conferendo con ciò maggiore serietà ed attendibilità al piano presentato dal debitore.

2. La scelta del professionista

Per la nomina del professionista il debitore deve avere riguardo ai requisiti previsti per i curatori dall'art. 28 L.F.

Secondo le previsioni della riforma, il professionista può essere un avvocato, un commercialista, un ragioniere, uno studio professionale associato o una società tra professionisti (nel qual caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura).

La norma considera tra i legittimati alla nomina di curatore anche “coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di fallimento”. Si ritiene, però, che tali soggetti non possano svolgere le funzioni previste dall'art. 161 in commento, in quanto questo prevede che la relazione sia redatta da un “professionista”, ovvero da un soggetto iscritto in un albo professionale.

Inoltre, conformemente alla previsione dell'art. 28, il professionista deve avere i seguenti requisiti personali:

- a) non deve essere stato interdetto, inabilitato, dichiarato fallito o condannato ad una pena che importa la interdizione anche temporanea dai pubblici uffici;
- b) non deve essere parente o affine entro il quarto grado del debitore, né il

coniuge del debitore né un creditore di questi;

c) non deve aver prestato la sua attività professionale a favore

dell'imprenditore;

d) non deve in qualsiasi modo essersi ingerito nella impresa durante i due anni anteriori alla presentazione della domanda.

Il primo gruppo di soggetti è escluso per evidenti situazioni di incapacità, mentre le altre limitazioni sono poste dalla necessità che non vi siano condizionamenti nella esecuzione del mandato.

Tale circostanza evidenzia ancor di più la particolare rilevanza data dal legislatore alla relazione, che non solo deve essere redatta da un soggetto che si presume esperto in materia, ma per di più da un soggetto sostanzialmente estraneo alla vicenda imprenditoriale sotto qualsiasi veste.

3. L'attestazione di veridicità dei dati aziendali.

La nuova formulazione dell'art. 161 non specifica – neanche in modo sintetico – quali siano i contenuti minimali che deve possedere la relazione di accompagnamento al piano. Né parimenti sono indicati i principi che devono guidare il professionista nella predisposizione di tale relazione.

Il 3° comma dell'articolo in argomento si limita a stabilire che la relazione deve:

a) attestare la veridicità dei dati aziendali

b) attestare la fattibilità del piano

In ordine al punto sub a), occorre innanzi tutto comprendere quale sia il corretto significato da attribuire alla espressione “attestare la veridicità”.

Due le possibili interpretazioni: la prima è quella che il compito del professionista sia di asseverare la corrispondenza formale dei dati contabili a quelli utilizzati nel piano predisposto dal debitore. In sostanza, in base a questa lettura della norma, il professionista dovrebbe limitarsi a verificare e riferire che i dati aziendali sui quali si fonda il piano sono stati recepiti dalla contabilità dell'impresa.

Una seconda interpretazione, invece, porterebbe a ritenere che l'attestazione di veridicità sia una vera e propria certificazione, mediante la quale il professionista dia atto della conformità sostanziale dei dati aziendali contenuti nel piano con gli elementi desunti dalle scritture contabili e dalla ulteriore documentazione oggetto di verifica. In sostanza, il professionista dovrebbe attestare che i dati del piano sono effettivamente reali, fornendo, quindi, una valutazione di attendibilità dei medesimi che, ovviamente, non potrebbe che scaturire da un'analisi approfondita e completa delle poste contabili e della relativa documentazione di supporto.

In tale direzione, parte della giurisprudenza si è addirittura spinta sino a ritenere assimilabile l'attestazione di cui si discute al giudizio richiesto al revisore contabile delle società per azioni ai sensi dell'art. 2409 ter, lett. b e c.

Tenuto conto che dalla veridicità dei dati aziendali

posti a sostegno del piano discende la fattibilità dello stesso, fattibilità sulla quale il professionista è tenuto ad esprimersi, non vi è dubbio che l'attestazione non possa limitarsi ad un mero controllo formale in ordine alla corrispondenza fra gli elementi utilizzati per la predisposizione del piano e quelli desumibili dalla contabilità. Ciò, peraltro, svuoterebbe di significato l'intera relazione e ne vanificherebbe le finalità di tutela di cui si è discusso nel paragrafo precedente.

L'attestazione di veridicità, al contrario, deve scaturire da un'indagine sostanziale dei dati aziendali contenuti nel piano, che presuppone la visione e l'esame dettagliato dei libri e delle scritture contabili del debitore, il quale dovrà mettere a disposizione del certificatore anche gli eventuali dati extracontabili che sono stati necessari per l'elaborazione della proposta concordataria.

Ciò posto, occorre in secondo luogo chiedersi quale sia il limite all'interno del quale debba essere circoscritta l'attestazione di veridicità dei dati aziendali, e cioè comprendere cosa si intenda per dati aziendali. In particolare, ci si è chiesti se nell'indagine svolta dal professionista vadano ricompresi tutti gli elementi contabili dell'impresa o solo quelli rilevanti ai fini dell'attendibilità del piano.

In questa seconda direzione si è espresso uno dei primi commentatori della riforma (Dott. Vito Misino), il quale ha ritenuto che "l'attestazione in ordine alla veridicità dei dati aziendali avrà ad oggetto i beni funzionalmente destinati dal piano alla liquidazione e, in termini generali, i beni aziendali che patiscono per un verso la diversa organizzazione finalistica imposta dalla crisi e, per altro, pure appartengono ed incidono sul piano determinandone i risultati attesi".

In sostanza, il citato commentatore ritiene che il professionista dovrebbe volgere le sue indagini solo su quei beni direttamente influenzati dallo stato di crisi in cui versa l'impresa e interessati dal piano proposto dal debitore. Ad esempio, in tale ottica nessuna attestazione di veridicità andrebbe espressa sulla situazione passiva dell'impresa e sui valori numerari certi, in quanto gli stessi non risentono del diverso assetto organizzativo generato dallo stato di crisi dell'impresa.

Tale interpretazione, per la verità molto ben argomentata appare un po' troppo restrittiva. Ed invero, se da una parte sarebbe eccessivo ritenere che l'attestazione di veridicità debba investire tutte le poste contabili dell'impresa (ciò, peraltro, comporterebbe tempi e costi proibitivi per la gran parte delle piccole e medie imprese che volessero accedere alla nuova procedura), dall'altra, però, è indubbio che per fornire una valutazione di veridicità dei dati aziendali contenuti nel piano non può non aversi riguardo all'attendibilità dell'intero impianto contabile posto in essere dall'azienda, al fine di poter formulare un giudizio sulla effettiva situazione patrimoniale, finanziaria ed economica del debitore.

In conclusione, si ritiene che in relazione allo specifico piano predisposto dal debitore starà alla "sensibilità" del professionista stabilire il livello di approfondimento necessario per poter responsabilmente emettere il giudizio di veridicità. Appare, però, indispensabile che nella relazione si dia conto della metodologia seguita e degli specifici controlli effettuati, in modo tale che – in

qualunque fase della procedura – sia ricostruibile l’iter logico seguito dal professionista.

4. L’attestazione di fattibilità del piano

Strettamente connessa alla prima parte della relazione sopra illustrata, è la seconda avente ad oggetto il giudizio di fattibilità del piano.

In sostanza il professionista, partendo dalla veridicità dei dati aziendali di cui ha riferito, deve esprimere un giudizio sulla concreta riuscita della proposta di concordato.

E’ di tutta evidenza come tale giudizio sarà tanto attendibile quanto più completo ed analitico sarà stato l’esame dei dati aziendali su cui il piano si fonda.

La valutazione del professionista deve basarsi su ipotesi realistiche e giustificabili, e non frutto di mere congetture. Occorrerà, quindi, tener conto delle risorse presenti nel patrimonio aziendale e di quelle concretamente ed effettivamente realizzabili con un certo grado di ragionevolezza.

Inoltre, bisognerà prendere in considerazione il possibile venir meno di alcuni presupposti su cui il piano si fonda, l’esistenza di errori di valutazione o di probabili ritardi nell’attuazione e nell’esecuzione delle diverse fasi del piano medesimo.

Il professionista, in sostanza, dovrà valutare il piano predisposto dall’imprenditore in maniera critica, in modo da individuarne i possibili punti

deboli, e così permettere ai destinatari finali della sua relazione di conoscere e valutare i rischi connessi alla fattibilità del piano.

Egli potrebbe anche indicare possibili strategie alternative, da utilizzarsi nel caso in cui dovessero verificarsi differenze sostanziali rispetto alle ipotesi su cui il piano si fonda.

Ovviamente il tipo di percorso logico-giuridico che il professionista dovrà percorrere per giungere alla formulazione di idoneità del piano al raggiungimento dei risultati proposti dal debitore, varierà in base alla tipologia del piano stesso.

In un piano di tipo liquidatorio, ad esempio, la relazione del professionista dovrà accertare la mancanza di ostacoli alla alienabilità dei beni del debitore (libera disponibilità degli stessi, conformità dei beni alle leggi, alla sicurezza o salubrità, mancanza di ostacoli di ordine amministrativo ecc...), la titolarità dei crediti commerciali e la loro prudente e corretta valutazione (esistenza di crediti incagliati, in contestazione o, comunque, di difficile realizzo), l'esistenza fisica delle scorte di magazzino e la concreta possibilità di collocazione sul libero mercato. Da tutto ciò scaturirà il giudizio prognostico sulla fattibilità del piano.

In un piano di risanamento, invece, la relazione del professionista dovrebbe esprimersi sulle scelte strategiche che l'impresa dovrà adottare, sui cambiamenti da apportare al management, sui beni strumentali che l'azienda intende dismettere, non tralasciando anche l'analisi dei fattori esterni che potrebbero in qualche modo influenzare la regolare attuazione del piano.

Quanto sin qui illustrato fa comprendere che al professionista viene

richiesta una prognosi che, pur essendo espressa sulla base di specifiche competenze in materia e con senso di responsabilità, rimane pur sempre una congettura in ordine alla attuabilità del piano. Non può, infatti, disconoscersi che la fattibilità risente di molte variabili (dinamiche di settore, situazione competitiva dell'impresa, risorse finanziarie, andamento del mercato ecc...), la cui valutazione non è sempre agevole né tanto meno univoca.

5. La responsabilità del Professionista.

La norma in esame non prevede espressamente alcuna responsabilità né civile né penale per il professionista che redige e sottoscrive la relazione ex art. 161 l.f..

E' evidente, però, che la mancata previsione normativa non può rendere l'attività del professionista immune da ogni responsabilità. Appare, infatti, certa la sua responsabilità per l'adempimento doloso e negligente dell'incarico ricevuto.

Trattasi di responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c. nei confronti di ogni singolo creditore che sia stato leso dalle dichiarazioni infedeli del professionista. Non si tratta, pertanto, di responsabilità verso la "massa" dei creditori, bensì verso i singoli creditori che abbiano subito un danno, ad esempio, per aver deciso favorevolmente rispetto al piano di concordato facendo affidamento sul contenuto della relazione del professionista.

Ovviamente la colpa non è ravvisabile quando l'esperto è stato ingannato dal comportamento omissivo dello stesso debitore, che potrebbe aver nascosto

passività o esposto attività inesistenti, facendole apparire, ad esempio, attraverso falsi documenti come vere.

Più complessa appare, invece, la questione della responsabilità penale.

Sembra potersi escludere il reato di falsa perizia ex art. 373 c.p. e 64 c.p.c. di cui risponde il CTU nominato dal Tribunale, in quanto la giurisprudenza di legittimità ne ha già escluso l'applicabilità al consulente tecnico del P.M. ed ai consulenti nominati dalle parti private.

Parimenti non sembra potersi ravvisare l'ipotesi di cui all'art. 485 c.p. (falsità in scrittura privata), in quanto la giurisprudenza di legittimità esclude il configurarsi della falsità ideologica in scrittura privata, dato che l'art. 485 c.p. punisce solamente la falsità materiale.

Ed ancora, sussistono perplessità anche in ordine alla possibile configurazione del reato di cui all'art. 483 c.p. (falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico: "chiunque attesta falsamente al pubblico ufficiale, in un atto pubblico, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, è punito con la reclusione fino a due anni").

Potrebbe, invece, ipotizzarsi il concorso del professionista agli illeciti stigmatizzati dall'art. 236 L.F. e contestati all'imprenditore.

In merito alla fattibilità del piano l'attestazione del professionista deve estrinsecarsi in una prognosi motivata circa la fattibilità del piano medesimo. Il decreto correttivo (D.Lgs. 169/2007) ha introdotto la previsione che la domanda di c.p. venga solo comunicata al P.M., senza richiesta di suo parere preventivo. Il P.M.

non è parte necessaria ma solo eventuale del procedimento, nel caso ritenga di intervenire.