

A partire dai primi anni '90, nell'alternativa tra gestione amministrativa e gestione giurisdizionale dell'insolvenza si è affermata una terza via, volta ad esaltare il ruolo e la funzione degli accordi stragiudiziali (privatistici) per la gestione della **crisi** di impresa.

Il fenomeno descritto si inserisce in una corrente di pensiero più vasta, volta a ridimensionare l'accesso libero ed incondizionato ad un processo da parte di chiunque, incentivando, anche in materia concorsuale, l'introduzione di "filtri".

Il fallimento è, sostanzialmente, prima di tutto, una procedura esecutiva, la più importante ed articolata procedura esecutiva disciplinata dal nostro ordinamento, che tutela gli interessi dei creditori (**concorsuali e concorrenti**) dell'imprenditore commerciale.

L'autonomia privata può impedire o ridurre il livello di coinvolgimento dell'autorità giurisdizionale fin quando le difficoltà dell'imprenditore si collocano entro lo stato di **crisi**; il nostro ordinamento, con varie recenti riforme e correzioni che hanno interessato il diritto fallimentare, riconosce cittadinanza giuridica solo a strumenti di **gestione dello stato di crisi**.

Se l'imprenditore è **insolvente** non esistono alternative al fallimento.

Punti di forza della "scelta" privatistica sono rappresentati da:

- . possibilità di non sostenere i rilevanti costi delle procedure concorsuali;
- . maggiore libertà gestionale per l'imprenditore fuori da una procedura concorsuale;
- . maggiori possibilità di negoziazione con il ceto creditorio (creditori privilegiati);
- . maggiori possibilità di ottenere nuova finanza e concedere, allo scopo, nuove garanzie.

Punti di debolezza:

- . maggiore libertà gestionale per l'imprenditore fuori da una procedura concorsuale;
- . conseguenze negative legate all'insuccesso del piano sotto il profilo civile (revocatorie);
- . conseguenze negative **penali** legate all'insuccesso del piano (reati fallimentari).

Il nostro ordinamento fallimentare, dopo diversi decenni di stabilità, negli ultimi 8 anni è stato interessato da diversi interventi normativi, quelli maggiormente significativi sono i seguenti:

- L. 14 maggio 2005 n° 80;
- D.Lgs. 09 gennaio 2006 n° 5;
- D. Lgs. 12 settembre 2007 n° 169;
- L. 07 agosto 2012 n° 134;
- L.17 dicembre 2012 n° 221 e 24 dicembre 2012 n° 228.

Tra l'altro, sono state formalmente introdotte le modalità privatistiche di gestione della crisi di impresa che, soprattutto alla luce del noto, drammatico, quadro congiunturale che stiamo vivendo, sono, nell'attuale strutturazione, caratterizzate da un chiaro intento di fondo: ***'...incentivare l'impresa a denunciare per tempo la propria situazione di crisi, piuttosto che assoggettarla a misure di controllo esterno che la rilevino...'*** (relazione di accompagnamento al c.d. decreto sviluppo).

Statisticamente una procedura fallimentare, pur avendo beneficiato delle modifiche restrittive di accesso alla procedura introdotte dal 2005, **dura, in media, circa 9,5 anni con una soddisfazione dei creditori chirografari inferiore all'8%.**

L'insorgere della **crisi** all'interno di un'impresa viene considerato dalla dottrina un fenomeno fisiologico che caratterizza il ciclo vitale di tutte le imprese operanti in un mercato competitivo.

Salvo i casi in cui la crisi d'impresa deriva da fatti esterni di particolare rilevanza, sui quali lo stesso imprenditore non può intervenire (es. terremoti, attentati alla sicurezza nazionale, inondazioni, etc.) si può affermare che solitamente la crisi d'impresa ha origine da una serie di squilibri ed inefficienze che progressivamente compromettono gli equilibri aziendali e che, se non contrastati adeguatamente, conducono ad una condizione irreversibile.

Secondo L. Guatri 'Crisi e risanamento dell'Impresa – Milano 1986' la crisi corrisponde a '... quel processo degenerativo che rende la gestione aziendale non più in grado di seguire condizioni di economicità a causa di fenomeni di squilibrio o di inefficienza, di origine interna o esterna, che determinano appunto la produzione di perdite di varia entità che, a loro volta, possono determinare l'insolvenza che costituisce più che la causa, l'effetto, la manifestazione ultima del dissesto...'.

Per **gli aziendalisti** si possono distinguere differenti tipologie di crisi aziendale analizzando alternativamente l'intensità (o la gravità), le cause sottostanti, ovvero le reali possibilità di risanamento.

Sotto il profilo della intensità (o gravità) è possibile distinguere, normalmente, quattro stadi del processo degenerativo dell'impresa: **il «declino», la «crisi», l'«insolvenza» ed il «dissesto».**

Il «declino» rappresenta la fase iniziale del fenomeno degenerativo; si registra perdita di capacità reddituale e riduzione di valore del capitale economico dell'impresa. La situazione è potenzialmente risanabile con provvedimenti tempestivi volti a ripristinare l'economicità della gestione prima di compromettere le strutture finanziarie e patrimoniali.

La 'crisi' è prosecuzione del 'declino' (nella attuale congiuntura le due fasi tendono a confondersi): **le perdite alterano gravemente l'equilibrio finanziario** e patrimoniale dell'impresa, generando una condizione di instabilità dell'intero sistema aziendale. In tali casi, in mancanza di interventi, si manifestano i primi segnali di **carenza di liquidità** che alimentano la sfiducia degli stakeholders ed accelerano il processo degenerativo verso l'«insolvenza» e il «dissesto».

L'«insolvenza» consiste nell'incapacità di fronteggiare regolarmente le obbligazioni in scadenza e rappresenta uno stadio in cui **qualsiasi tentativo di risanamento va accompagnato da interventi radicali che interessano management e capitale.** In questa fase, **secondo parte della Dottrina aziendalistica,** il risanamento appare

Ove si abbandoni il criterio della intensità e ci si soffermi, invece, sull'esistenza di eventuali possibilità di risanamento è possibile distinguere tra le crisi aziendali **«reversibili» e quelle «irreversibili»**.

Mentre il «declino» e la «crisi» rappresentano situazioni di temporanea difficoltà, quindi potenzialmente risanabili, incertezze desta, invece, il concetto di «insolvenza».

Una parte della dottrina, **siamo sempre in ambito aziendalistico**, ritiene che si possa distinguere l'insolvenza «reversibile» da quello «irreversibile».

Secondo tale orientamento perchè l'insolvenza possa considerarsi temporanea (reversibile) è necessario **che il capitale netto risulti ancora positivo** e che sussistano ragionevoli prospettive di ripresa della economicità aziendale in virtù di specifici piani di 'turnaround' da applicare tempestivamente.

Viceversa, l'insolvenza è da considerarsi definitiva (irreversibile) allorquando le condizioni di squilibrio sono tali da aver compromesso irrimediabilmente le prospettive reddituali e finanziarie: in tali casi, l'accentuato scetticismo dei creditori (e dei finanziatori) in ordine a fattibilità e convenienza del risanamento comporta che la sola via attuabile sia la cessazione dell'attività con avvio della procedura fallimentare. In sostanza, l'approccio illustrato subordina la reversibilità dell'insolvenza (e del dissesto) alla **fiducia ed al sostegno accordato all'impresa da parte dei vari stakeholders che con essa interagiscono**.

Sotto il profilo giuridico l'orientamento illustrato appare fortemente criticabile: la «reversibilità» dell'insolvenza non sarebbe giudicabile in astratto, ma valutabile di volta in volta, in ragione della **maggiore o minore disponibilità dei creditori** a stipulare accordi negoziali che consentano di posticipare o, addirittura, eliminare le cause (e gli effetti) degli squilibri esistenti.

A ben vedere, in quest'ottica, anche una situazione finanziaria e patrimoniale ampiamente compromessa notrebbe non essere giudicata «irreversibile». nella misura in cui vi fosse ancora la volontà del debitore e dei

Ecco pertanto che, sotto il profilo giuridico, le valutazioni sulla autonoma capacità di recupero dell'impresa diventano più rigorose ed essenziali; esse sono prevalentemente incentrate sul profilo finanziario: in una situazione di crisi la perdita della capacità di programmare e monitorare le dinamiche dei flussi aziendali porta, molto probabilmente, l'impresa in una fase di insolvenza irreversibile.

Δffermare semplicemente che è illiquido quindi

Il primo elemento che colpisce nell'affrontare la tematica dei cosiddetti **piani attestati di risanamento**, è l'assenza di tipizzazione normativa: **piano attestato di risanamento** non è un istituto tipico del diritto civile o concorsuale, non è previsto da alcuna norma, non è definito da alcuna parte.

Stupisce ancora di più che il legislatore, operando come se si trattasse di un istituto tipico, ne ha disciplinato alcuni effetti in caso di fallimento dell'imprenditore, ai fini

Ex articolo 67 della legge fallimentare sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, una serie di atti compiuti nell'anno che precede il fallimento (ad eccezione degli atti di cui al n.4, per cui il periodo si riduce a sei mesi), caratterizzati da elementi di anormalità, nonché altri atti "normali" – se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento - qualora il curatore provi che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore.

L'articolo 67, al terzo comma, introduce una deroga per alcune tipologie di atti, tra cui vi sono *"..d) gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria; un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b) (avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti o studi associati tra soggetti rientranti nelle categorie indicate) deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa o a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 (ineleggibilità e decadenza dei sindaci) del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore;*

La formulazione della norma crea ancora problemi all'interprete ma occorre dare atto al legislatore del notevole contributo apportato grazie alle modifiche introdotte dal D.L. 22 giugno 2012 n. 83 convertito dalla L. 7 agosto 2012 n. 134.

Resta sempre la necessità di dover **operare a ritroso** perché la norma prende in esame il momento finale, cioè il momento in cui l'imprenditore è fallito e vi è il rischio che gli atti compiuti nei sei mesi o nell'anno anteriore siano soggetti ad azione revocatoria.

Il piano attestato di risanamento **non è una procedura concorsuale**, intesa come procedimento fondato su presupposti riconoscibili e accertabili da parte di un'autorità preposta.

Il piano attestato di risanamento **non inaugura alcun procedimento**, è piuttosto un atto interno all'imprenditore, che riceve un'attestazione da parte di un esperto.

Non ha un presupposto oggettivo e soggettivo predefinito, come tale accertabile preventivamente da un'autorità: **ovviamente, sarà utilizzato da parte di soggetti potenzialmente fallibili.**

Non coinvolge, se non indirettamente, **i creditori** e non ne assicura, anzi **può pregiudicarne, la parità di trattamento.**

Il piano attestato di risanamento non è neppure una forma di accordo di ristrutturazione o, più in generale, uno strumento di soluzione concordata della crisi. Esso è, propriamente, atto unilaterale che non vede alcun intervento di uno o più creditori nella sua fase costitutiva e deliberativa.

L'intesa con taluni creditori, o in ipotesi con uno solo o con tutti, di norma è (può essere) un presupposto di fatto del piano, il quale può fondarsi su talune assunzioni economiche, patrimoniali e finanziarie grazie al fatto che tale accordo vi sia.

L'accordo, eventuale, non gioca alcun rilievo giuridico sul piano che è in sé atto sufficiente, in presenza delle altre condizioni di legge, a far scaturire certi effetti per l'ordinamento.

Paradossalmente, il piano attestato di risanamento acquista rilevanza, sul piano giuridico, soltanto quando ha fallito il proprio obiettivo; quando il curatore fallimentare esercita l'azione revocatoria che la sua esistenza e la sua attestazione da parte di un esperto producono i soli effetti che l'ordinamento gli riconosce: **la stabilizzazione degli atti posti in essere in sua esecuzione e la preclusione della loro revoca e da conseguenze di carattere penale.**

Prima di esaminare i presupposti di operatività dell'esenzione dobbiamo capire **perché** il legislatore abbia previsto questa esenzione da revocatoria e **quale interesse possa avere l'imprenditore alla tutela dei terzi** nei confronti dei quali pone in essere determinati atti: in fondo, se l'impresa fallisce, l'imprenditore potrebbe rimanere indifferente di fronte alla sorte degli atti compiuti in precedenza e, anzi, potrebbe avere anch'egli interesse al proficuo esperimento dell'azione revocatoria, perché attraverso di essa si recupera attivo fallimentare e quindi si ottiene un maggior soddisfacimento dei creditori concorsuali.

Allora, quale è la logica?

L'interesse protetto dalla norma è quello di **agevolare progetti industriali o finanziari di ristrutturazione delle aziende**, al fine di salvaguardare le potenzialità e le risorse economiche e occupazionali dell'azienda.

Da questo punto di vista la paura di incorrere nella revocatoria dell'atto potrebbe essere di ostacolo, per i creditori dell'azienda, alla necessaria collaborazione nella realizzazione del progetto di ristrutturazione. Pertanto, l'imprenditore, nel predisporre le condizioni per l'operatività dell'esenzione da revocatoria, mira ad ottenere la collaborazione dei terzi creditori alla realizzazione del suo piano di ristrutturazione, proteggendoli dal rischio di revocatoria degli atti che si andranno a compiere.

In ambito societario l'adozione del piano rientra nei poteri **dell'organo amministrativo** (cfr. art. 2381 cc 3° co); in caso di delega di gestione l'operazione deve avvenire sotto il controllo dei deleganti.

Lo statuto può prevedere, ex art. 2364 1° co n°5 che l'approvazione del piano sia sottoposta all'autorizzazione dell'assemblea, ferma restando la responsabilità degli amministratori.

In presenza di Società per azioni che abbiano adottato il **sistema dualistico**, ove ciò sia previsto dallo statuto, **il piano deve essere approvato dal consiglio di Sorveglianza** (2409 terdecies f-bis), ferma in ogni caso la responsabilità del consiglio di gestione che lo ha predisposto.

Ovviamente la competenza per l'approvazione del piano va tenuta distinta da quella per gli atti esecutivi del piano medesimo (ad. esempio se il piano prevede, tra l'altro, un aumento di capitale sociale la competenza di tale atto resta in capo all'assemblea).

Anche nelle Srl la competenza è affidata a chi ha l'amministrazione della società che, ex art. 2475, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, spetta ad uno o più soci.

La maggior flessibilità normativamente prevista per le Srl permette in ogni caso diverse combinazioni nell'attribuzione dei poteri gestori ai singoli amministratori o all'assemblea.

Nelle società di persone la competenza spetta ai soci a cui, secondo le previsioni dell'atto costitutivo, viene demandato il potere gestorio; la decisione va adottata nelle forme e con le maggioranze previste nelle norme statutarie in tema di amministrazione straordinaria.

Il primo e fondamentale presupposto di operatività dell'esenzione da revocatoria è rappresentato dal piano di risanamento; **la norma non richiede alcuna formalità**, fatta salva la facoltà per l'imprenditore di pubblicare il piano nel registro delle imprese; **non esiste ormai alcun dubbio sulla necessità di adozione della forma scritta.**

E' impensabile che un piano industriale o finanziario di risanamento sia pensato ed attuato senza essere scritto, sia per la complessità che normalmente deve rivestire, sia perché alla sua esecuzione sono normalmente chiamate, nell'organigramma aziendale, più persone, che pertanto devono conoscerlo e poterlo verificare in base ad un documento certo. Il piano, poi, deve essere oggetto dell'attestazione del professionista, anche se questa obiezione può essere superata considerando che la struttura del piano può essere illustrata nella relazione di attestazione.

Altro problema da affrontare è se la formazione del piano **debba necessariamente precedere gli atti che l'imprenditore vuole "proteggere"**.

La risposta è affermativa, perché **la norma dice che deve trattarsi di atti esecutivi del piano stesso** (*"..posti in essere in esecuzione del piano.."*). Non bisogna però confondere la sostanza con la forma, nel senso che l'atto **deve essere esecutivo del piano**, ma potrebbe **precederne la sua formalizzazione** (ad esempio per l'urgenza dell'atto da compiere, che non può attendere il deposito dell'attestazione da parte del professionista incaricato).

Qui il discorso si fa molto delicato perché si può sconfinare nella sanatoria di atti realizzati in mancanza di piano o nella **protezione retroattiva di atti compiuti da azienda insolvente**, non esecutivi del piano: attenzione, **il piano deve essere oggettivamente idoneo a consentire il risanamento, l'azienda insolvente, in genere, non può essere sanata ;**

Il piano è oggettivamente idoneo al risanamento solo se l'azienda non si trova in stato di insolvenza, il che significa che **gli atti compiuti prima sono a loro volta realizzati in una situazione aziendale di crisi, sì, ma non di insolvenza il che dovrebbe già escluderne la revocabilità secondo le regole generali.**

E' fondamentale assegnare al piano una **data certa**.

Assolutamente consigliabile l'utilizzo della (facoltà di) pubblicazione nel registro delle imprese che, tra l'altro, permette a tutti gli interessati di conoscere la situazione dell'impresa interessata dal piano.

Le due cautele sopra indicate permettono di valutare quali atti siano compiuti dopo ed in esecuzione del piano e possano dunque avvantaggiarsi dell'esenzione da revocatoria, nell'eventualità che il piano fallisca e **sopraggiunga una situazione di insolvenza**, con conseguente dichiarazione di fallimento.

Tra gli aziendalisti esistono due correnti di pensiero sul tema della **pubblicazione o segretezza** del piano: alcuni ritengono che la possibile riuscita del piano sia legata alla sua "segretezza", perché la denuncia della crisi, implicitamente contenuta nel piano di risanamento, può interferire negativamente con le normali relazioni d'impresa; altri ritengono invece che la trasparenza sia sempre un valore, soprattutto nelle situazioni di crisi.

Personalmente ritengo che un piano industriale e/o finanziario di risanamento, correttamente attestato, dovrebbe essere sì la presa d'atto di una situazione di difficoltà dell'impresa, ma anche la migliore garanzia per tutti coloro che hanno rapporti con l'azienda (in ordine alla serietà e fattibilità del risanamento, con conseguente superamento delle criticità del momento).

Sotto il profilo pratico il piano andrà tempestivamente illustrato a tutti i principali attori coinvolti (banche, fornitori, altri creditori), meglio se congiuntamente.

Quando l'imprenditore in crisi va a compiere un pagamento nei confronti di un creditore, quest'ultimo deve sapere che c'è un piano di risanamento regolarmente formato ed attestato e può avere il comprensibile interesse a verificarne personalmente l'idoneità, ben sapendo che, in caso di fallimento, l'atto può essere rimesso in discussione nell'eventuale azione revocatoria promossa dal curatore.

La norma, tra l'altro, richiede due requisiti fondamentali del piano: l'**idoneità** (apparente) a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la **fattibilità**.

L'idoneità è l'**astratta potenzialità**, sotto un profilo tecnico, del piano a raggiungere l'obiettivo indicato.

La fattibilità, da dichiarare unitamente alla verifica **della veridicità dei dati aziendali**, rappresenta il giudizio espresso dall'attestatore, al termine di un percorso logico argomentativo, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, sulla **concreta** capacità del piano di **poter essere realizzato nelle condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie esistenti.**

Le maggiori perplessità nell'interprete sono rappresentate dell'utilizzo del verbo "apparire", che va a qualificare il giudizio di idoneità; il piano, allora, **deve apparire idoneo o deve esserlo**? In realtà la formula dubitativa deriva dalla molto realistica presa di coscienza, da parte del legislatore, **che il piano assume una qualche rilevanza** (in quanto può comportare l'esenzione da revocatoria) **solo quando l'imprenditore fallisce, dimostrandosi dunque oggettivamente non idoneo al risanamento dell'azienda.**

Pertanto, siccome il punto di vista dell'articolo 67 è quello di una situazione in cui l'impresa è fallita (dunque, di un piano oggettivamente non idoneo, con valutazione *ex post*), il legislatore si è premurato di precisare che il piano **deve apparire idoneo nel momento in cui viene formato.** Si tratta di valutazione prognostica che può essere sconfessata dai fatti, ma che rileva in quanto condotta secondo **criteri oggettivi di analisi da parte del professionista attestatore.**

E' bene rammentare che la tenuta di tali argomentazioni verrà valutata ex post dal Giudice.

Altro profilo non banale è costituito dalla risposta alla seguente domanda: il piano deve necessariamente portare alla **continuazione dell'attività di impresa, oppure può avere contenuto liquidatorio?**

Va detto, innanzitutto, che **la parziale liquidazione**, attraverso la vendita dei beni o la cessione di rami aziendali **può rientrare a pieno diritto nelle modalità di ristrutturazione a fini conservativi**: una strada frequentemente utilizzata per il risanamento è la riduzione del campo di attività dell'impresa ed il reperimento di risorse finanziarie attraverso la cessione di settori interi di produzione.

Il problema vero, dunque, **è rappresentato dalla liquidazione integrale dell'impresa**: qualche autore ha obiettato che la norma contenuta nell'art. 67 della legge fallimentare accorda un privilegio ad alcuni terzi solo in virtù della finalità conservativa del piano, con la salvaguardia dei regimi occupazionali e la non dispersione dei valori aziendali; in realtà l'analisi della norma ci deve portare a conclusioni diverse.

L'art. 67 funzionalizza il piano al raggiungimento *del risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e del riequilibrio della sua situazione finanziaria*: è evidente che **tali obiettivi si collocano normalmente in un'ottica conservativa e di continuazione dell'impresa**; nulla vieta, tuttavia, che la finalità di risanamento sia quella di portare i conti in pareggio per **poi procedere** ad una liquidazione soddisfattiva di tutto il ceto creditorio.

Vediamo i requisiti di indipendenza ed il procedimento di nomina del professionista; quanto al secondo aspetto, è ovvio che, per espressa previsione normativa, **la scelta del professionista spetta all'imprenditore.**

E' bene avere la consapevolezza che si parte da una prima fondamentale contraddizione: derivando l'incarico dal debitore, l'indipendenza sostanziale potrebbe rappresentare un miraggio.

Sotto il profilo formale, il professionista deve essere iscritto all'albo dei revisori legali (contabili) ed in possesso dei requisiti 'professionali' per la nomina a curatore fallimentare;

La nuova formulazione della norma precisa che il professionista:

non può essere legato all'impresa né a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale;

Deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 c.c. per essere nominato sindaco (incompatibilità derivanti dalla sussistenza di rapporti coniugali, parentali o di affinità) che nel caso di specie si applicheranno **sia riguardo all'esistenza di vincoli con l'imprenditore che con gli amministratori della società o dell'eventuale gruppo di appartenenza;**

Non deve, neanche tramite i soggetti con i quali è unito in associazione professionale, aver prestato negli ultimi 5 anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore;

Non deve, negli ultimi 5 anni, aver partecipato agli Organi di amministrazione e controllo dell'impresa debitrice.

Auspicabile la creazione di un 'albo speciale' degli attestatori.

Quali sono le conseguenze del mancato rispetto dei requisiti appena illustrati?

Prima di tutto occorre affermare che la norma, art. 67 L.F. **non prevede alcuna specifica sanzione per il professionista** che decida comunque di dar corso all'incarico di attestazione nonostante un difetto di indipendenza o la ricorrenza di una condizione di incompatibilità e che non preveda nemmeno **alcuna conseguenza in termini di inefficacia o invalidità dell'atto in cui si sostanzia la prestazione**;

E' certo che un comportamento poco indipendente e poco professionale dell'esperto asseveratore possa pesare, anche molto, in caso di azioni per responsabilità risarcitoria proposte sia dall'imprenditore che dai suoi creditori;

Sin qui la dottrina è sempre stata concorde nel ritenere che l'esperto attestatore – fermo restando l'eventuale responsabilità penale – possa incorrere in una responsabilità civile per i danni causati dalla non veridicità della sua attestazione;

La responsabilità sarà di tipo contrattuale nei confronti dell'imprenditore che lo nomina, di tipo aquiliano verso i creditori del medesimo;

La giurisprudenza sin qui elaborata in materia di decadenza dei sindaci ha sempre ritenuto che la relativa pronuncia sia associata **alla decadenza automatica dall'incarico con conseguente risarcimento del danno e perdita del diritto al compenso**;

Fornire indicazioni sulla **tenuta dell'attestazione**; è senz'altro più complesso: non ci sono dubbi che l'attestazione rilasciata da un **esperto non in possesso dei requisiti professionali sia nulla**; più difficile classificare la relazione rilasciata da un esperto non indipendente in quanto – almeno in linea teorica – **non è detto che mancanza di indipendenza significhi di mancanza di imparzialità**;

La soluzione migliore appare quella che il Tribunale, ove rilevi un difetto di indipendenza, dichiara la relazione **non utilizzabile** in quanto **non conforme al modello legale**: ciò comporta che tutti gli atti del piano sono stati condotti fuori dalle tutele, seppur potenzialmente sottili, collegabili allo strumento e quindi, in caso di insuccesso, totalmente rilevanti sia riguardo ai rimedi civilistici (revocatorie) che per i profili penalistici (responsabilità per la consumazione di reati fallimentari).

E' bene sottolineare che il piano non può comportare, senza consenso, il pregiudizio di alcuno.

Il piano **è un atto gestionale** che deve perseguire il risanamento dell'impresa senza alcuna possibilità di incidere unilateralmente sui diritti dei creditori e dei terzi.

Ogni eventuale sacrificio dei creditori avviene su base volontaria, per cui non c'è l'esigenza, che si avverte invece nelle procedure concorsuali, di protezione dei creditori, che devono sopportare delle limitazioni ai propri diritti imposte dalla maggioranza.

L'eventuale violazione dei doveri di verità e diligenza da parte del professionista, oltre a comportare la sua personale responsabilità sotto il profilo penale (art. 236 bis L.F.), provoca il venir meno dell'ombrello protettivo collegabile allo strumento, dato che in sede di azione revocatoria il giudice può senza dubbio verificare – con **prognosi postuma** – l'inosservanza dei requisiti di verità, idoneità e fattibilità del piano.

Le conseguenze di un vizio relativo all'attestazione del professionista si ripercuotono sull'impresa, sul professionista e su tutti i soggetti che si relazionano con l'impresa con conseguenze sotto il profilo civilistico (revocatoria fallimentare) ma anche potenzialmente rilevanti sotto il profilo penale (responsabilità per concorso nei reati di bancarotta semplice, fraudolenta, preferenziale).

Il piano cambia status **da atto gestionale interno ad atto sindacabile dall'autorità giudiziaria** a seguito della dichiarazione di fallimento dell'impresa interessata.

Ci si chiesti se **l'insolvenza rappresenti una condizione di operatività del piano**, agli effetti della protezione accordata ai terzi in relazione alle possibili future azioni revocatorie fallimentari.

Il problema, tuttavia, è mal posto e, a ben vedere, privo di rilievo pratico.

Attività	Condizioni dell'impresa
Redazione piano	Crisi
Atto esecutivo del piano, pot. Revocabile	Insolvenza
Dichiarazione di fallimento	Insolvenza
Revocatoria fallimentare	Insolvenza

L'art. 67, lettera d), individua l'oggetto dell'esenzione con riferimento ad **atti, pagamenti e garanzie concesse su beni del debitore**; dalla precisazione relativa alle garanzie, qualche autore ha dedotto che si tratti di una limitazione, che intende escludere le garanzie concesse su beni di terzi, le quali, pertanto, sarebbero soggette all'applicazione dell'articolo 67.

Siamo, ancora una volta, in presenza di un equivoco di fondo, causato da una non felice formulazione normativa, che si dilunga in una precisazione del tutto pleonastica.

Non si può dimenticare, infatti, che sono oggetto di revocatoria **gli atti dell'imprenditore che causano una diminuzione dell'attivo a beneficio esclusivo di qualche creditore**, con conseguente detrimento della posizione di altri e, in definitiva, violazione della *par condicio*. Bisogna rilevare, però, **che le garanzie concesse su beni di terzi (e dunque concesse da terzi), in primo luogo non sono atti dell'imprenditore, ma atti di terzi (per ciò stesso soggettivamente non revocabili)**; in secondo luogo, **si tratta di atti che non diminuiscono la massa attiva da distribuire all'interno del fallimento** – perché prevedono una soddisfazione maggiore di alcuni creditori, ma su beni estranei al fallimento – e quindi non alterano la *par condicio creditorum*, la quale deve essere assicurata solo con riferimento ai beni del fallito.

Ne consegue che le garanzie concesse su beni di terzi sono escluse dall'esenzione non per una limitazione di operatività di quest'ultima, ma **per il semplice fatto che esse non sono soggette ad azione revocatoria**.

Ciò detto, è opportuno fare un ultimo breve cenno alla concreta individuazione dell'atto coperto da esenzione; mentre non vi sono dubbi per gli atti espressamente indicati, bisogna considerare che nei piani particolarmente complessi delle grandi imprese societarie **vi saranno inevitabilmente molti piccoli atti** che, pur esecutivi del progetto di risanamento, **non saranno stati espressamente e singolarmente indicati**; non mi pare dubbio, tuttavia, che anche questi piccoli atti possano essere oggetto di "protezione" laddove vi sia una **riconciliabilità causale dell'atto al programma**, ossia un legame di strumentalità tra l'atto e il programma, sulla base di criteri logico-deduttivi.

Il Tribunale, adito in sede di revocatoria, controlla *ex post* – sebbene con un criterio di prognosi postuma, ossia un giudizio effettuato sulla base della situazione conoscibile al momento della redazione del piano – **la astratta idoneità del piano a consentire il risanamento dell'azienda e la sua fattibilità**, sotto un profilo di concreta realizzabilità (nonché anche la veridicità dei dati aziendali).

Non è possibile, invece, una contestazione preventiva ed autonoma della fattibilità ed idoneità del piano, giacché manca l'interesse attuale dei creditori in tal senso; l'unico effetto del piano di risanamento è quello di produrre l'esenzione da revocatoria, per il resto si tratta di un **autonomo atto gestionale ed organizzativo**, non sindacabile.

L'effetto prospettato, derogatorio della normativa funzionale al ripristino della *par condicio creditorum*, **si realizza solo in caso di fallimento** e, quindi, **solo in tale momento i creditori possono avere interesse alla pronuncia di inidoneità del piano o di non fattibilità dello stesso (o della falsità dell'attestazione, ...)**.

Prima di questo momento non c'è interesse a far dichiarare l'inidoneità del piano, perché questo è l'espressione di un potere gestorio dell'imprenditore, quale soggetto privato che esercita la propria autonomia; si tratta, pertanto, di atto non sindacabile.

L'eventuale effetto pregiudizievole per i creditori, cioè, si manifesta solo in caso di successivo fallimento; si tratta di un evento meramente ipotetico, che costituisce una condizione dell'azione revocatoria, nell'ambito della quale, poi, si porrà un problema di verifica *ex post* (ma con giudizio *ex ante*) della idoneità del piano e della sua ragionevolezza.

Profili penalistici

Le novità «procedurali» sopra descritte **non sono state accompagnate** da una modifica altrettanto profonda del quadro penalistico che caratterizza il diritto fallimentare.

Per tentare di fare ordine sulle possibili intersezioni tra la disciplina penal-fallimentare e gli istituti concorsuali rimodellati (quando non creati ex novo) nell'ambito della riforma – il legislatore ha ritenuto di intervenire nuovamente, introducendo nella L.F. - d.l. 31 maggio 2010, convertito con modificazioni in l. 30 luglio 2010 n. 122, l'art. 217 bis, rubricato «Esenzione dai reati di bancarotta»; la norma si propone di disciplinare la possibile rilevanza penale (in termini di bancarotta preferenziale o di bancarotta semplice) di pagamenti o altre operazioni poste in essere in esecuzione di un concordato preventivo (art. 160 l.fall.), di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato (art. 182 bis l.fall.) oppure di un piano ex art. 67, comma 3, lett. d), L.F.

Con tale norma il legislatore avrebbe voluto chiarire che le operazioni compiute nell'ambito dei nuovi strumenti di composizione della crisi d'impresa alternativi al fallimento non possono integrare, nell'ipotesi in cui l'opera di risanamento non vada a buon fine e l'imprenditore sia successivamente dichiarato fallito, i reati di bancarotta preferenziale o semplice.

Le ragioni di tale scelta sono facilmente comprensibili: il rischio di ricadute penali, nell'eventualità dell'insuccesso delle attività finalizzate al salvataggio dell'impresa, era ed è avvertito dagli operatori come un forte deterrente all'adozione dei nuovi strumenti normativi.

E' utile rammentare al riguardo **che i reati fallimentari rientrano nella categoria dei c.d. reati «propri»** o a soggettività ristretta (si tratta di reati con la cui previsione si è inteso rafforzare l'imposizione di particolari doveri posti a carico di imprenditori, soci illimitatamente responsabili di snc o sas, institori, amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società) ma possono **comunque sempre costituire fonte di responsabilità «per concorso» (in alcuni particolari casi anche diretta)** in capo ai diversi attori che, a vario titolo, si relazionano con un impresa nella situazione di crisi e quindi insolvenza che precede il fallimento (esponenti bancari, creditori, professionisti etc.).

Lo scarno dettato dell'art. 217-*bis* l.fall. pone un primo interrogativo, la cui soluzione presenta conseguenze importanti: nella rubrica il legislatore fa uso di una terminologia del tutto ignota all'esperienza penalistica, nominando come **esenzioni dai reati** l'effetto conseguente all'applicazione della disposizione in discorso rispetto alle incriminazioni richiamate.

Pur considerando non vincolante il contenuto della rubrica sul versante esegetico, l'esigenza di superare l'atecnicità del termine impiegato risulta fondamentale al fine di "collocare" la figura giuridica di nuovo conio all'interno di riconosciute categorie penalistiche: causa di giustificazione, scusante, causa di esclusione della colpevolezza, causa di esclusione della punibilità in senso stretto, ovvero, infine, modalità descrittiva - in senso limitativo - del fatto tipico.

L'art. 217-*bis* l.fall. stabilisce che determinati comportamenti (*pagamenti e operazioni*), qualora tipici rispetto ai delitti degli artt. 216, comma 3, e 217 l.fall, non rientrano nell'ambito di operatività di dette figure di reato se posti in essere in una condizione predefinita (*in esecuzione* di una delle procedure per la soluzione della crisi d'impresa).

Sicché il complesso delle condotte che rientrano negli insiemi disegnati dalle incriminazioni viene a essere ridotto: vengono sottratti quei contegni connotati dall'essere realizzati *in esecuzione* di una delle procedure. Attraverso l'inserzione di tale nota specializzante (**appunto l'essere realizzati in esecuzione**), il perimetro ed il contenuto dei delitti di bancarotta preferenziale e bancarotta semplice **vengono modificati in senso limitativo sul versante della tipicità**.

L'aver agito (*in esecuzione*) può essere inteso come elemento costitutivo **negativo del fatto**; ne segue che tali elementi descrittivi delle fattispecie (inseriti per il tramite della nuova norma) dovranno essere considerati a tutti gli effetti come elementi del fatto tipico, **soggetti quindi ai vincoli interpretativi propri delle norme penali d'incriminazione**.

La lettera dell'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall. esclude dal raggio di azione della revocatoria «gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire **il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria ... la cui fattibilità sia attestata da un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ...**».

Com'è ovvio, affinché possa operare la «esenzione» introdotta dall'art. 217 bis l.fall. - con la conseguente irrilevanza penale in termini di bancarotta preferenziale, ove successivamente intervenga la dichiarazione di fallimento - è necessario che gli atti compiuti dall'imprenditore presentino le caratteristiche espressamente richieste dall'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall., cioè che li si possa iscrivere nell'ambito di un piano di risanamento **«idoneo» e fattibile**, attestato da un professionista qualificato.

Il giudice, infatti, sarà chiamato a verificare – **ex post** - se il «piano» si presentava oggettivamente fattibile, potendo solo in questa ipotesi rientrare effettivamente nella previsione dell'art. 67, comma 3, lett. d) e, quindi, nell'esenzione di cui all'art. 217 bis l.fall.

Il giudice penale dovrà effettuare tale valutazione solo nelle ipotesi in cui il «piano», pur attuato, non abbia avuto successo e sia perciò intervenuta, in un primo tempo, la dichiarazione di fallimento, alla quale abbia fatto seguito, successivamente, l'avvio di un procedimento per bancarotta preferenziale: non è difficile, allora, ipotizzare che **proprio l'insuccesso del «piano» possa finire col riverberarsi impropriamente sul giudizio circa l'idoneità e la fattibilità dello stesso** e condurre - sulla base di una sostanziale equiparazione tra il «piano non andato a buon fine» e il «piano inidoneo o non fattibile» - all'esclusione delle operazioni in questione dalla salvaguardia fornita, in tema di revocatoria e di possibili ricadute a titolo di responsabilità penale, dagli artt. 67, comma 3, lett. d) e 217 bis l.fall.

Qui preme ribadire, allora, come l'indagine postuma debba guardare esclusivamente alla **«coerenza metodologica rispetto alle condizioni presenti all'epoca della redazione del piano medesimo»**; ove, sulla scorta di tale valutazione, il «piano» sia da valutare come fattibile, nulla quaestio: i pagamenti e le garanzie concesse non potranno essere revocati, nè potranno dar vita a responsabilità penali a titolo di bancarotta preferenziale.

Quid iuris, invece, nell'ipotesi di un «piano» che debba essere valutato come non fattibile? Viene qui in esame, ovviamente il ruolo da attribuire, nella valutazione giudiziale, all'attestazione fornita a suo tempo dal professionista qualificato. **E' difficile immaginare, sul punto, che possa in ogni caso operare l'esenzione prevista dall'art. 217 bis l.fall.**

Il presupposto di liceità individuato dal legislatore consiste proprio **nell'oggettiva congruità del «piano» rispetto allo scopo di risanamento perseguito**, sicché solo le operazioni compiute in esecuzione di un «piano» che presenti tale caratteristica resteranno penalmente irrilevanti, sfuggendo all'applicazione degli artt. 216, co.3 e 217 L.F.

Diverso il caso del professionista che autonomamente si lasci andare a giudizi oltremodo compiacenti, magari mosso dall'obiettivo di ottenere un determinato incarico. In questa situazione l'imprenditore potrebbe invocare l'applicazione dell'art. 217 bis l.fall.,: i pagamenti sono stati eseguiti nell'esecuzione di un piano nel quale effettivamente confidava; si potrebbe delineare, pertanto, un'ipotesi di errore dell'agente, rilevante ai sensi dell'art. 59, comma 4, c.p. Senza contare, poi, che il giudizio positivo fornito da un professionista tecnicamente qualificato potrebbe pur sempre valere - anche in presenza di un piano oggettivamente azzardato - a escludere, in capo all'imprenditore in buona fede, il dolo del reato di cui all'art. 216, comma 3, l.fall.; **ovviamente solo l'analisi del caso concreto potrà dire quanto sia 'difendibile' la posizione dell'imprenditore;**

Permangono le perplessità nei confronti di un sistema che affida la concreta operatività di un importante limite alla sanzione penale esclusivamente alla professionalità di un soggetto privato, per di più scelto e retribuito dall'imprenditore in crisi.

Per prevenire asseverazioni eccessivamente generose e garantire la scrupolosità del professionista nell'emettere un giudizio discrezionale capace, molto spesso, di chiudere la porta a future incriminazioni era necessario prevedere un apposito sistema di responsabilizzazione del professionista, anche mediante il ricorso a sanzioni specifiche: la scelta del legislatore è ricaduta esclusivamente su sanzioni di matrice penalistica.

Restano i dubbi circa l'applicabilità di sanzioni non penali: l'applicazione dell'art. 64 cpc (responsabilità del consulente) vede la dottrina divisa: da un lato il lavoro dell'attestatore viene assimilato ad una consulenza tecnica mentre dall'altro si sostiene che l'attestatore non è un consulente tecnico d'ufficio (non essendo nominato dal giudice) e neppure un consulente tecnico di parte (avendo un obbligo di fedele rappresentazione).

Il regime di responsabilità **specifica dell'attestatore** è stato introdotto dal D.L. 22 giugno 2012 n° 83 convertito, con modifiche, dalla L. 07 agosto 2012 n° 134, che ha introdotto l'art. 236 – bis della L.F. (Falso in attestazioni e relazioni)

Viene sanzionato con una pena severa (fino a cinque anni e con l'aggravante fino a sette anni e sei mesi) l'attestatore che renda **un'attestazione falsa ovvero che ometta informazioni rilevanti.**

Che i tempi fossero maturi per prevedere una sanzione penale era abbastanza evidente, sia perché già la l. 3/2012 (art. 19) aveva istituito il nuovo reato di falso (in attestazione) a carico dei soggetti componenti l'Organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento, sia perché **nella giurisprudenza di merito** avevano iniziato a far breccia decisioni nelle quali si era **ritenuto l'attestatore responsabile del reato di cui all'art. 481 c.p.** (Falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità) in quanto persona esercente un servizio di pubblica utilità.

Ma se l'ipotesi di reato per falsa attestazione non può sorprendere e non deve essere censurata per il fatto che l'attestatore è una parte privata che non assume la veste di pubblico ufficiale, devono essere mossi importanti rilievi alla formulazione della fattispecie di reato fondata **sull'omessa informazione di fatti rilevanti.**

Dal punto di vista pratico, nel tentativo di ricondurre ad ordine il modo di procedere dell'attestatore, si può immaginare che la relazione sia accompagnata da una descrizione analitica dei documenti esaminati e delle informazioni ricevute dall'imprenditore (con sottoscrizione del debitore), **ma che ciò sia sufficiente a scriminare il reato è tutto da vedere.**

Le tappe fondamentali del procedimento di attestazione:

Verifica dei dati contabili dell'impresa: il riferimento è alle 'Osservazioni sul contenuto delle relazioni del professionista nella composizione negoziale della crisi di Impresa' si tratta di un documento del Consiglio nazionale dei Dottori Commercialisti ed

Esperti Contabili che sottolinea che il livello di accertamento richiesto al professionista deve essere **necessariamente analitico e rigoroso.**

Le verifiche di cui sopra presentano un grado di complessità inversamente proporzionale alle dimensioni dell'impresa (si pensi a solo titolo di esempio alla verifica dei debiti, dei crediti, della corretta contabilizzazione dei rapporti bancari etc);

Verifica delle cause della crisi, anche analizzando la storia dell'impresa;

Verifica della situazione di mercato e del posizionamento competitivo dell'impresa;

Analisi della situazione finanziaria dell'impresa con evidenza dei flussi necessari al superamento della **fase transitoria** e di quelli

necessari per la fase di recupero;

Illustrazioni della strategia del piano e delle relative tempistiche di realizzazione;

Piani di cassa dettagliati con evidenza dei flussi disponibili, della gestione / reperimento dei fabbisogni, delle eventuali rimodulazioni e della capacità di tenuta in presenza di eventuali imprevisti (analisi di sensitività – capacità di reazione tra best e worst case);

Consigliabile la predisposizione di una 'convenzione' che illustri tutte le fasi del piano e che sia sottoscritta dai tutti i creditori interessati.

Il piano deve essere formato da una serie di documenti tra loro coordinati e collegati; secondo la migliore dottrina (Cavallini, Mandrioli) pietre angolari sono:

- il piano industriale;
- il piano economico,
- il piano finanziario;
- il prospetto dei flussi totali di cassa.

Tali documenti vanno predisposti dopo aver verificato ed attestato la '...veridicità dei dati aziendali ...' quindi facendo sempre riferimento alla serie storica dei bilanci dell'impresa e, se necessario, ad un bilancio straordinario.

Alla serie storica dei bilanci vanno aggiunti dei bilanci pro-forma capaci di illustrare la situazione attesa alla fine del piano.

E' del tutto condivisibile la considerazione che il piano e quindi la sua struttura, più o meno complessa, risentono delle dimensioni dell'impresa interessata; in ogni caso sarà sempre necessario predisporre un documento di sintesi capace di riassumere le linee guida dell'intervento di risanamento.

Questo documento di sintesi dovrà essere completo ed autosufficiente nel senso che '.... da esso e soltanto da esso dovrà essere tratto quel giudizio di idoneità che giustifica l'esenzione da revocatoria...' (così Commentario alla legge fallimentare diretto da G. Cavallini – Milano 2010).

Per garantire l'esenzione da revocatoria il piano dovrà anche essere analitico ma al tempo stesso di facile lettura; tutti gli approfondimenti, prioritariamente rappresentati dai documenti sopra esposti, potranno essere 'esplosi' e consultabili in presenza delle necessità del caso.