



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

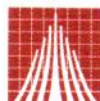
M I L A N O

SAF • SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE LUIGI MARTINO

Il Concordato preventivo: riflessioni teoriche

nr. **57** • Commissione Gestione
Crisi di Impresa e
Procedure Concorsuali

i quaderni



S.A.F. LUIGI MARTINO

Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano



Il Concordato preventivo: riflessioni teoriche

nr. **57** • Commissione Gestione
Crisi di Impresa e
Procedure Concorsuali

I Quaderni della Scuola di Alta Formazione

Comitato Istituzionale:

Vincenzo Delle Femmine, Giuseppe Grechi, Nicola Mastropasqua, Maria Cristina Messa, Lorenzo Ornaghi, Angelo Provasoli, Gianfelice Rocca, Andrea Sironi, Alessandro Solidoro, Eduardo Ursilli.

Comitato Scientifico:

Giuseppe Bernoni, Luigi Carbone, Donato Centrone, Franco Dalla Sega, Sergio Galimberti, Marco Giorgino, Felice Martinelli, Guido Marzorati, Lorenzo Pozza, Patrizia Riva, Massimo Saita, Paola Saracino, Alessandro Solidoro, Antonio Giovanni Pio Tangorra.

Comitato Editoriale:

Claudio Badalotti, Daniele Bernardi, Aldo Camagni, Corrado Colombo, Ciro D'Aries, Francesca Fiecconi, Carlo Garbarino, Francesco Novelli, Patrizia Riva, Alessandro Solidoro, Gian Battista Stoppani, Alessandra Tami, Dario Velo, Cesare Zafarana.

Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali

Delegato del Consiglio: Michaela Marcarini.

Presidente della Commissione: Carlo Bianco.

Componenti: Andrea Acampora, Giuseppe Acciaro, Giuliano Vincenzo Altieri, Chiara Maria Bacci, Luca Marco Bizzozzero, Generoso Bonanno, Valeria Bordino, Micaela Brunamonti, Salvatore Buscemi, Fabio Cesare, Patrizia La Rocca, Vincenzo Agresti, Natascia Alesiani, Ignazio Arcuri, Simona Baldassarre, Giuseppe Balza, Davide Lorenzo Barosi, Paolo Felice Bazzana, Giorgio Betti, Renato Bissi, Beatrice Bompieri, Donatella Beatrice Bonfatti, Lorella Borghetti, Federico Broglia, Gianluca Caimi, Giulia Capetti, Angela Maria Campochiaro, Antonio Caravella, Anna Maria Carletti, Giggio Carrano, Vincenzo Cassaneti, Roberta Caviglia, Mario Claudio Cecchi, Mario Ciampi, Maria Rosaria Cipriano, Francesca Cochetti, Andrea Corti, Carmine Cozzolino, Pio Carlo Curadi, Francesca D'Alessandro, Maddalena Dal Moro, Patrizia D'Adamo, Stefano D'Amora, Enrico De Bono, Silvia De Furia, Corrado De Girolami, Giacomo Antonio Maria Degrassi, Renato Dell'Oca, Paolo Deo', Antonio Di Falco, Bernardo Draghetti, Giuseppe Fedeli, Claudio Ferrario, Laura Filippi, Gabriella Fiordelisi, Alberto Fornari, Enrico Nestore Fregoni, Pierpaolo Giuseppe Galimi, Alberto Garavaglia, Marco Gentile, Paolo Gerini, Tiziana Anna Ghiotto, Cecilia Giacomazzi, Davide Giangreco, Paolo Giovanelli, Carlo Giraud, Roberta Goldoni, Lorenzo Gorgoglione, Paola Maria Grossini, Alfredo Haupt, Stefano Inzoli, Alma Invernizzi, Marziano Francesco Lavizzari, Maurizio Leonardo Lombardi, Davide Maestroni, Antonella Magnani, Antonio Magliona, Alberto Malgeri, Nicola Manusardi, Roberto Marchi, Roberto Marcianesi, Alfonso Mariella, Raffaele Mattolini, Patrizia Meranda, Cesare Giuseppe Meroni, Ermenegildo Minisini, Erik Mira, Giovanni Mirarchi, Marco Misto', Nicola Modugno, Diego Moscato, Sabrina Murri, Giovanni Napodano, Enrico Nicolini, Francesco Nicolini,

Direttore Responsabile:

Patrizia Riva

Segreteria:

Elena Cattaneo
corso Europa, 11 • 20122 Milano
tel: 02 77731121 • fax: 02 77731173



Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali (segue)

Componenti (segue): Letizia Cristina Nociti, Rosangela Notarnicola, Luca Giovanni Novarese, Francesco Novelli, Claudia Clementina Oddi, Cristina Papa, Andrea Arrigo Panato, Paola Parisi, Claudio Pastori, Vincenzo Paturzo, Luigi Perillo, Fabio Pettinato, Diego Pianca, Paolo Marco Piazzalunga, Giuseppina Pizzamiglio, Fulvio Pizzelli, Massimiliano Poppi, Roberta Postiglione, Paolo Oronzo Pulito, Andrea Acampora, Andrea Rosati, Rossana Rizzo, Giovanni Nicola Rocca, Massimo Rodanò, Chiara Rossini, Giovanni Rovelli, Marco Rubino, Fabio Salina, Rita Isabella Sansò, Pietro Santoro, Carmine Sarnataro, Silvia Scarantino, Carlotta Maria Cristina Sculco, Carlo Sergi, Deborah Setola, Luigi Sgariglia, Oscar Sottocornola, Luigi Spagnolo, Massimo Talone, Cristina Tracanella, Luca Tracanella, Paolo Troiano, Daniele Tumietto, Adele Antonia Vasilotta, Federico Vigevani, Taglianti Marco Vigna, Andrea Villa, Italo Vitale, Giorgio Zanetti, Alberto Zappa.

Osservatori: Simona Brambilla, Valeria Cafarelli, Maria Cristina Catalano, Fabio Cesare, Manuela Cochetti, Mattia Corneo, Giorgio Corno, Alberto De Bernardi, Giovanni Garbagnati, Maria Meranda, Stefania Manganati, Anna Paola Negri-Clementi, Patrizia Riva, Laura Salamone, Tommaso Senni, Fabio Signorelli, Alessandro Sommariva, Marco Alfonso Terenghi, Massimo Tucci.

INDICE

Prefazione (<i>Alessandro Solidoro</i>)	7
1. Introduzione (<i>Giannicola Rocca</i>)	9
2. Il concordato preventivo ante-riforma: un'analisi empirica sull'efficienza della procedura (<i>Alessandro Danovi, Giacomo Brettoni</i>) ..	11
2.1. Premessa	11
2.2. Il campione di ricerca	13
2.3. Tipologia di domande presentate	16
2.4. Esiti delle procedure e durata	17
2.5. La durata della procedura	20
2.6. Le perdite subite dai creditori	22
2.7. Conclusioni	24
2.8. Bibliografia	25
3. Le diverse declinazioni del concordato con continuità aziendale e la difficile convivenza con la domanda "con riserva" (<i>Fabio Marelli</i>)	27
3.1. Continuità aziendale "diretta" e "indiretta"	27
3.2. La disciplina applicabile	28
3.3. La definizione e la fattispecie	29
3.4. Affitto di azienda e continuità aziendale "temporanea" o "parziale"	32
3.5. Concordato con continuità aziendale e concordato con cessione dei beni	35
3.6. Domanda di concordato "con riserva" ai sensi dell'art. 161, sesto comma, l.fall.	37
3.6.1. Il pagamento di fornitori strategici e l'attestazione del professionista	37

3.6.2.	La pianificazione della continuità di impresa e l'attestazione del professionista	40
3.6.3.	La tutela dei creditori	44
3.6.4.	La continuità contrattuale	45
4.	Concordato preventivo e bancarotta: incertezze applicative del precetto penale (<i>Gianluca Minniti</i>)	49
4.1.	L'immunità del liquidatore giudiziale	51
4.2.	I tentativi di escludere l'applicabilità dei reati di bancarotta al "nuovo" concordato preventivo	53
4.3.	Bancarotta, concordato preventivo, imprenditore individuale e società di persone: gli incerti confini del precetto penale	54
4.4.	Consecutio tra concordato preventivo e fallimento in ambito penale	55
4.5.	Concordato preventivo e sequestro preventivo	57
5.	Prima analisi dei "Principi di attestazione dei piani di risanamento" approvati dal CNDCEC nel settembre 2014. Gli elementi a tutela dell'indipendenza dell'attestatore (<i>Patrizia Riva</i>)	61
5.1.	I "Principi di attestazione dei piani di risanamento"	61
5.2.	La natura dell'incarico all'Attestatore: un mandato "senza <i>principal</i> "	63
5.3.	I fattori a tutela della indipendenza formale e apparente dell'Attestatore previsti dalla legge fallimentare	65
5.4.	I fattori a tutela della indipendenza sostanziale dell'Attestatore introdotti dai Principi	66
5.4.1.	La gradazione del giudizio e l'equo compenso per il "fatto del controllo"	67
5.4.2.	I vincoli alla libertà di sostituzione dell'Attestatore da parte dell'azienda	70
5.4.3.	L'obbligatorietà e il contenuto minimo del mandato professionale (Engagement Letter e Attestazioni della direzione)	72

5. PRIMA ANALISI DEI “PRINCIPI DI ATTESTAZIONE DEI PIANI DI RISANAMENTO” APPROVATI DAL CNDCEC NEL SETTEMBRE 2014. GLI ELEMENTI A TUTELA DELL’INDIPENDENZA DELL’ATTESTATORE⁽⁶²⁾

5.1. I “Principi di attestazione dei piani di risanamento”

Nel settembre 2014 sono stati approvati e pubblicati sul sito del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e hanno avuto rapida diffusione i “Principi di attestazione dei piani di risanamento” (redatti nella loro versione definitiva del 6 giugno del medesimo anno). Gli stessi sono stati elaborati, grazie a un lungo e laborioso processo di confronto interno e di referaggio esterno da parte di referenti istituzionali tra i quali in primo luogo esponenti della magistratura, da un Gruppo di lavoro composito in cui hanno trovato rappresentazione più istituzioni di rilievo nazionale ed in particolare:

- Irdcec (Istituto di ricerca dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili),
- Aidea (Accademia Italiana Di Economia Aziendale),
- Andaf (Associazione Nazionale Direttori Amministrativi e Finanziari),
- Apri (Associazione Professionisti Risanamento Imprese),
- Ocri (Osservatorio Crisi e Risanamento delle Imprese).

Il documento è estremamente focalizzato ed affronta a tutto tondo il solo tema delle modalità di redazione delle relazioni di attestazione. La finalità dichiarata è letteralmente “formulare principi e soprattutto proporre modelli comportamentali condivisi ed accettati riguardanti le

⁽⁶²⁾ A cura di Patrizia Riva, Professore Aggregato Università del Piemonte Orientale, Dottore Commercialista e Revisore Contabile in Monza, Responsabile S.A.F. ODCEC Milano.

attività che l'Attestatore deve svolgere, sia per verificare la veridicità dei dati, sia relativamente al giudizio di fattibilità del piano e al fatto che l'impresa possa riacquistare l'equilibrio economico-finanziario e patrimoniale desiderato. I principi, applicandosi ai vari contesti gestionali e dimensionali dell'impresa, se correttamente applicati, possono offrire ai professionisti la possibilità di individuare standard comuni pur in presenza di situazioni di forte incertezza e di carenza di fonti informative. In questo senso i Principi cercano di ridurre le difficoltà che gli Attestatori incontrano ed aumentare le certezze sulle modalità operative da adottare e sui risultati da esporre". Ancorché siano dedicati ad una specifica materia, essi sono volutamente destinati ad una pluralità di operatori: a) ai professionisti Attestatori, per fornire un quadro di riferimento in analogia con i principi contabili e i principi di revisione ovvero le norme di comportamento emanate dal CNDCEC; b) al debitore, per fornire un'indicazione della tipologia di lavori che l'Attestatore deve svolgere e consentire quindi un costruttivo confronto; c) ai creditori e ai terzi, per consentire l'affermarsi di *good practices* che permettano di applicare correttamente la *ratio* della legge; d) agli *advisor* e ai professionisti in genere che redigono il piano perché tengano conto delle esigenze di tempo e si verifichi dell'attestatore e non ne interpretino il ruolo in modo inadeguato e inappropriato; e) agli organi giudicanti, perché mediante la fissazione delle regole di riferimento di condotta professionale possano valutare in modo più oggettivo il lavoro degli operatori.

Più in particolare si legge nel documento che i "Principi", intendono proporre modelli condivisi di alta qualità professionale delle attestazioni, ottenibili con l'impiego dei più elevati standard di diligenza professionale, da declinare in funzione delle specificità del caso concreto. Tali Principi, inoltre, assumono utilità anche nei casi in cui l'operato dell'Attestatore debba essere oggetto di valutazione *ex post* nell'ambito di un eventuale procedimento aperto a suo carico ex art. 236-bis l.fall. o per risarcimento dei danni. Si è già evidenziato infatti che l'introduzione nella legge fallimentare del nuovo art. 236-bis ("Falso in attestazioni e relazioni") previsto dall'art. 33 del D.lgs. 83/2012, l'Attestatore assume, nuove responsabilità, tanto più che il legislatore non ha precisato cosa si intenda per informazione "false" e "informazioni rilevanti", la cui esposizione od omissione rilevano penalmente. Si rende perciò necessario, oggi più che in precedenza, permettere agli Attestatori di svolgere il proprio incarico con una certa sicurezza e tranquillità, ai creditori di esprimere il proprio voto con cognizione di causa e con convinzione e agli organi giudiziari di fare affidamento su norme di comportamento e procedure precise che non si

prestino a varie interpretazioni. Il documento, inoltre, prende spunto dalla diffusa esigenza di rispondere a problematiche sorte in sede di applicazione della normativa anche a causa della carenza di precise indicazioni da parte del legislatore su aspetti fondanti gli istituti in esame che potranno comunque essere in futuro oggetto di rivisitazione da parte del legislatore o di indicazioni giurisprudenziali.

Ci si propone di analizzare alcune delle criticità affrontate in modo sistemico nei **Principi**. In taluni casi i **Principi** si limitano ad approfondire e a meglio specificare conclusioni già diffuse e condivise, in altri numerosi casi - ed è su questi che si cercherà di focalizzare l'attenzione in questa sede - prendono precisa posizione introducendo rilevanti elementi di novità.

5.2. La natura dell'incarico all'Attestatore: un mandato "senza *principal*"

La volontà di qualificare l'operato del revisore che attesta il piano ha guidato i redattori dei **Principi** i quali si sono proposti di ottenere per il professionista che bene opera la giusta legittimazione e il giusto ruolo.

I **Principi** rifuggono pertanto l'atteggiamento di coloro che, a parere di chi scrive partendo più o meno consciamente da un *bias* culturale negativo, considerano l'Attestatore un controllore "senz'altro" incapace di indipendenza professionale e del tutto asservito all'imprenditore e alla volontà dell'*advisor* che redige il piano, in questo modo denigrandone la professionalità e facendone il "capro espiatorio" cui attribuire la colpa dell'insuccesso delle operazioni di risanamento. È in particolare rifiutata la definizione riscontrata in giurisprudenza secondo cui l'Attestatore sarebbe "praticamente un consulente dell'impresa in quanto nominato dall'azienda". Questa impostazione è da considerarsi errata in quanto non tiene conto delle specificità e della unicità della struttura del mandato professionale conferito dal controllato al proprio controllore.

Nei casi, per altro molto comuni nella prassi nazionale ed internazionale, in cui un soggetto controllato debba individuare e incaricare il proprio controllore, si è in presenza di un **mandato senza *principal*** in cui cioè il firmatario del contratto con il professionista ossia appunto il soggetto controllato non è il cliente del professionista. Il soggetto a servizio del quale il professionista opera è infatti "altro" rispetto al controllato. Nel caso delle società quotate è unanimemente individuato nel "mercato" e nel caso delle società non quotate è da

identificarsi nell'insieme dei soggetti terzi a tutela del quale le verifiche sono poste.

Al firmatario del contratto è sottratto:

1. sia il potere di definire l'oggetto del mandato, che è individuato dalla normativa di riferimento;
2. sia il potere di dare indicazioni sulle modalità di conduzione delle verifiche e dei controlli, che sono codificate nei principi professionali di generale accettazione emanati dalle Istituzioni di riferimento cui il controllore si deve scrupolosamente attenere.

Sottrarre la nomina alla sfera privatistica per attribuirla all'autorità giudiziaria aiuterebbe certamente l'Attestatore nello svolgimento del proprio compito in quanto gli attribuirebbe il potere posizionale rilevantissimo derivante dalla qualificazione di pubblico ufficiale. Il legislatore fallimentare non ha però operato questa scelta, ma ha al contrario valutato che l'Attestatore potesse operare efficacemente anche se armato esclusivamente della propria professionalità, del proprio senso etico e dei Principi di riferimento che gli forniscono gli standard cui uniformare i propri comportamenti. Vale solo la pena di ricordare che è comune sia nella normativa nazionale sia in quella internazionale individuare ancorché in altri ambiti figure di controllo indipendente di emanazione privatistica. Sono infatti queste le modalità di nomina delle stesse società di revisione⁽⁶³⁾ o del collegio sindacale o ancora degli organismi di vigilanza previsti dal D.lgs. 231/2001. Naturalmente anche in questi casi le *fees* sono poste a carico del soggetto controllato e il mandato si configura *senza principal*.

Va per altro riconosciuto il fatto che, come sintetizzato nei paragrafi precedenti, l'introduzione della nuova figura professionale dell'Attestatore non è stata accompagnata dalla tempestiva introduzione di articolati principi nazionali di riferimento. Il processo di progressiva e dialettica

⁽⁶³⁾ “Un aspetto ampiamente dibattuto riguarda la circostanza che l'incarico sia conferito dall'assemblea dell'impresa da sottoporre a revisione (previo parere del collegio sindacale) su proposta degli amministratori: in sostanza vi è chi si interroga in merito all'opportunità che “il controllore sia scelto dal controllato”. In proposito, occorre preliminarmente considerare che il conferimento dell'incarico da parte dell'assemblea è la soluzione unanimamente adottata in campo internazionale fra i Paesi a più progredita cultura. Ciò premesso, occorre valutare se, in relazione all'indipendenza dei revisioni, sia preferibile il conferimento dell'incarico da parte di un soggetto terzo. Ad evidenza, la risposta a questo interrogativo non è facile né univoca”, così Livatino M., Pecchiari N., Pogliani G, in “*Principi e metodologie di auditing*”, EGEA, 2007, pag. 99.

elaborazione dei documenti di riferimento ha richiesto alcuni anni. La mancanza di condivisi *standards* di riferimento ha pertanto reso inevitabile nelle prime fasi di applicazione della nuova norma il disorientamento dei professionisti che si sono cimentati con il nuovo incarico, portando alla registrazione nella prassi di una sensibile difformità dei comportamenti. La recente diffusione dei “Principi” da parte del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti dovrebbe pertanto sortire il positivo effetto di uniformare le procedure applicate e quindi le condotte poste in essere dai singoli.

5.3. I fattori a tutela della indipendenza formale e apparente dell'Attestatore previsti dalla legge fallimentare

L'Attestatore è designato dal debitore per esplicita previsione normativa e deve essere indipendente. La presenza di quest'ultima caratteristica è qualificata dalla norma che prevede, come noto, tre elementi concorrenti tra di loro:

- deve possedere i requisiti *ex* art. 2399 c.c.⁽⁶⁴⁾,
- non deve essere legato al debitore e a coloro che hanno interesse al risanamento, da rapporti personali o professionali che possano compromettere l'indipendenza del giudizio,
- negli ultimi cinque anni non deve avere lavorato per il debitore o svolto consulenza anche tramite colleghi con cui è associato, o assunto carica di amministratore o sindaco.

Si tratta di regole molto più stringenti rispetto a quelle prospettate in altre situazioni di nomina di un controllore. Se correttamente applicate conducono forzatamente l'azienda in crisi a ricercare soggetti estranei alla storia e alle relazioni aziendali. Ciò significa che si è considerato

⁽⁶⁴⁾ L'art. 2399 c.c. stabilisce le cause di ineleggibilità e di decadenza dei sindaci nelle società di capitale stabilendo che non possono essere ricoprire l'incarico: a) l'interdetto, l'inabilitato, il fallito e i condannati a pene di interdizione dai pubblici uffici (art 2383 cc); b) il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado di amministratori nonché degli amministratori delle controllate e controllanti; c) i soggetti legati all'impresa oppure a una sua controllata o controllante da un rapporto di lavoro subordinato o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza.

necessario implementare un presidio importante *ex ante* sia della caratteristica di indipendenza in senso **formale** (non sussistono determinate situazioni oggettive e individuabili che si presume *ex lege* non compatibili) - sia della caratteristica di indipendenza cosiddetta **apparente** (non sussistono situazioni che possano sollevare nei terzi il fondato dubbio della mancanza di indipendenza ancorché il revisore stesso si consideri indipendente). La valutazione della inesistenza di legami personali o professionali e la estraneità all'azienda mediante la determinazione di un *cooling off* periodo di ben cinque anni rientrano infatti in questa seconda categoria di tutele.

5.4. I fattori a tutela della indipendenza sostanziale dell'Attestatore introdotti dai Principi

La norma si preoccupa da un lato di normare *ex ante* il momento dell'individuazione del soggetto e dall'altro lato di punire *ex post* i comportamenti giudicati scorretti mediante l'introduzione di relevantissime sanzioni penali. È opportuno però riflettere sul fatto che il legislatore non pare avere posto sufficiente attenzione alle tutele indispensabili per rendere possibile strutturalmente un sereno svolgimento del proprio operato da parte del revisore chiamato ad operare.

Non si rintracciano infatti nella normativa gli indispensabili meccanismi solitamente posti a tutela dell'indipendenza sostanziale del soggetto preposto all'attività di controllo che in questo contesto è denominato "Attestatore".

Le conseguenze sono state ad oggi rilevanti. Ad avviso di chi scrive infatti sono ravvisabili alcuni fattori critici che hanno seriamente influenzato l'efficacia dell'operato dell'Attestatore, per la risoluzione dei quali sarebbe stato auspicabile un maggiore presidio normativo e che i **Principi** pongono finalmente nella giusta luce.

Si tratta tra gli altri dei seguenti:

1. La scontata dicotomia "giudizio positivo vs non giudizio", quasi che in caso di non fattibilità si prospettasse una fuga dell'Attestatore e non, al contrario, la coscienziosa espressione di un serio e provato giudizio negativo sul piano;

2. La insindacabile sostituibilità del controllore, che si scopre sgradito, da parte dell'azienda controllata nel momento in cui il primo consideri il piano non fattibile;

3. La mancanza della garanzia della previsione di un equo compenso al controllore per il “fatto del controllo”;

4. La previsione, purtroppo avallata anche da parte della giurisprudenza, di un compenso per il controllore solo nel caso di rilascio del giudizio di “attestazione positivo” o addirittura, non solo il rilascio di un “giudizio positivo”, ma anche il rilascio di un “giudizio di successo”. Si è infatti avuto modo di leggere che il compenso è stato nei fatti in molte fattispecie qualificato come “eventuale” in quanto da riconoscere, da un punto di vista sostanziale e temporale, alla chiusura della procedura e solo in caso di omologa del concordato. In questo caso arrivando quindi nei fatti a prevedere, contro ogni logica, il pagamento del controllore indipendente a “success fee”: da un lato pretendendone l’alienità assoluta dalla realtà oggetto di verifica e dall’altro lato prevedendo però strutturalmente la sua partecipazione al rischio di successo dell’intrapresa aziendale.

I Principi intervengono con attenzione su questi punti e forniscono precise indicazioni utili per la ridefinizione e corretta qualificazione dei ruoli da un lato del controllore e dall’altro del soggetto controllato a tutela dell’indipendenza sostanziale e non solamente apparente dell’Attestatore.

5.4.1. La gradazione del giudizio e l’equo compenso per il “fatto del controllo”

Un primo importante elemento di novità chiarito dai principi è rappresentato dalla esistenza di una gamma di possibili giudizi di attestazione. Si tratta di un passo avanti rilevante destinato a modificare i comportamenti.

Pare a chi scrive, infatti, che si sia assistito nei primi anni di applicazione - e che forse purtroppo ancora si assista - al sistematico manifestarsi di un grave e pericoloso equivoco. Sino ad ora il professionista era chiamato dall’azienda ad “attestare il piano” con ciò implicitamente rinviando ad un concetto univoco di giudizio positivo di attestazione. Nel caso in cui perciò il revisore non condividesse il piano proposto dall’azienda, sembrava escludersi la possibilità che il medesimo si esprimesse formalmente con un giudizio difforme dalla positività. Ci si aspettava semplicemente che lo stesso si facesse da parte in quanto in un certo senso “non in grado” di apprezzare quanto pensato dall’azienda.

Non erano affatto rare le situazioni in cui tanto più diligente era il comportamento del professionista quanto più spesso il medesimo si trovava nella situazione da un lato di avere lavorato intensamente

svolgendo impegnative verifiche per periodi non brevi – solitamente impegnando una squadra di colleghi e collaboratori – e dall’altro lato di doversi fare carico di tutti gli oneri delle verifiche svolte venendo nei fatti negata – in caso di giudizio difforme dalla positività – qualsiasi dignità o merito al lavoro svolto.

Paradossalmente veniva in questi casi sistematicamente negata all’Attestatore, proprio a causa della mancata formalizzazione di una relazione “di attestazione (positiva)”, anche la possibilità di una insinuazione al passivo prevedibile o quantomeno privilegiato nel caso in cui – come da lui stesso correttamente previsto e provato con il proprio lavoro – il piano non fosse in effetti fattibile e di conseguenza la società fosse poi dichiarata fallita.

Questa criticità non risulta essere stata affrontata prima della composizione dei **Principi** né con un approccio di tipo economico aziendale, né con la giusta enfasi. Costituisce per altro tema di grande momento e dalle implicazioni tanto gravi, quanto in molte occasioni colpevolmente ignorate. Il *focus* del dibattito si è concentrato infatti in generale sul tema dei compensi ai professionisti “nominati dall’azienda” e sulla potenziale dispersione delle risorse attive per il perseguimento di finalità di postposizione del fallimento. Spesso si è considerata l’eliminazione della diretta menzione della prevedibilità del compenso dell’Attestatore come la volontà del legislatore di equiparare l’Attestatore agli altri consulenti aziendali, nei fatti commettendo l’errore di porre sullo stesso piano la posizione del controllore e quella del consulente del controllato. Per altro il medesimo era considerato erroneamente assumere la qualifica di Attestatore, lo si ribadisce in quanto è elemento discriminante, solo nel caso in cui avesse rilasciato una “attestazione”, con ciò intendendo non solo il rilascio di un giudizio positivo, ma anche come si è già accennato *supra* di un giudizio “di successo”, essendo il compenso riconosciuto, da un punto di vista sostanziale e temporale, alla chiusura della procedura e solo in caso di omologa del concordato. La situazione descritta è un esempio di palese negazione del principio fondamentale – e sia concesso dirlo del tutto elementare – in base al quale il controllore per essere indipendente non deve assolutamente essere remunerato a *success fee* ossia solamente in caso di esito positivo del controllo, ma deve essere remunerato per “il fatto del controllo” ossia perché svolge le attività di verifica, indipendentemente dal risultato cui le medesime verifiche conducono. Ciò è evidente in tutti i casi previsti dalla normativa vigente nazionale, ma anche internazionale, in cui è richiesto *ex lege* l’intervento di un revisore con finalità di controllo indipendente.

I Principi intervengono in modo deciso sul punto stabilendo che il compenso del controllore deve, a pena di inaccettabilità dell'incarico, essere determinato *ex ante* e “deve essere adeguato all'incarico da svolgere, al rischio da assumere, alla responsabilità connessa e conseguentemente all'importanza della prestazione, dell'azienda interessata e del Piano oggetto di attestazione” e ancora che il pagamento deve essere dovuto incondizionatamente “al successo del Piano o al rilascio del favorevole giudizio di attestazione; diversamente sarebbe pregiudicata l'indipendenza dell'attestatore”. Se non fosse così il controllore si troverebbe ad operare in contesto in cui sarebbe inevitabilmente e ingiustamente soggetto a pressioni.

I Principi chiariscono, inoltre a chiare lettere, che il ruolo dell'esperto deve essere riconosciuto non solamente quando egli si pone a favore dell'azienda, ma anche e - forse si dovrebbe dire soprattutto - quando egli alla luce delle verifiche svolte in coerenza con le indicazioni del documento e quindi a seguito di precise e documentate indagini, prende le distanze dall'azienda esprimendosi sfavorevolmente sul piano o dichiarando che non è stato messo nelle condizioni di svolgere adeguate indagini. Il giudizio dell'Attestatore può infatti essere:

- positivo,
- negativo,
- impossibile.

In tutti e tre i casi egli formalizzerà la propria relazione e darà visibilità al proprio lavoro rendicontando sulle attività di controllo poste in essere per apprezzare la veridicità della base dati iniziale e la fattibilità del piano proposto dall'azienda.

È rilevante evidenziare che è stata prevista anche la possibilità, sia ora nei Principi, sia già da tempo nelle Linee Guida, di esprimere il giudizio positivo, ma di condizionarlo qualora la fattibilità del piano dipenda da specifici eventi futuri circoscritti nel tempo quali a titolo esemplificativo la firma di accordi esaminati dall'Attestatore in bozza, l'esecuzione di un determinato contratto entro un certo termine. Gli eventi devono essere specificamente individuati ed esplicitati nella relazione e deve essere anche indicato l'orizzonte temporale, che dovrà essere breve, entro il quale i medesimi si devono verificare. I Principi e l'ultima versione delle Linee Guida specificano però che in questi casi però l'attestazione sarà immediatamente efficace solo se l'Attestatore dichiara che sussiste una elevata probabilità che essi si verifichino, mentre è sospensivamente condizionata negli altri casi. Nel secondo caso perchè l'attestazione produca i propri effetti la condizione deve verificarsi.

5.4.2. I vincoli alla libertà di sostituzione dell'Attestatore da parte dell'azienda

Un primo importante elemento posto indirettamente dalla stessa norma a presidio dell'operato dell'Attestatore onesto è stata l'introduzione della figura del Pre-Commissario che nell'ambito della Sua vigilanza è chiamato a verificare lo stato di avanzamento della predisposizione del piano⁽⁶⁵⁾. Il Pre-Commissario dovrà in primo luogo verificare se l'Attestatore scelto possieda i requisiti di indipendenza previsti dalla norma, intervenendo qualora giudichi che i medesimi non sussistano e segnalando le eventuali anomalie riscontrate in primo luogo all'Attestatore stesso, quindi all'azienda e al Tribunale. Pare però a chi scrive che nell'interesse del successo delle operazioni di ristrutturazione il compito del Pre-Commissario non possa e non debba essere relegato a quello svolto da un osservatore "fuori-campo" che si limiti a valutare la corretta identità degli attori in scena. La presenza del Pre-Commissario, quando si instauri con l'Attestatore, un rapporto ispirato alla trasparenza, alla deontologia professionale e a rispetto reciproco dei ruoli, rafforza notevolmente le potenzialità di azione dell'Attestatore. Si è già ricordato in questa sede che, in passato, l'Attestatore scomodo che fosse giunto a conclusioni non condivise dall'azienda poteva essere – e spesso era – semplicemente sostituito⁽⁶⁶⁾. La società poteva recedere dal mandato, o indurre l'Attestatore al recesso, senza che il lavoro di revisione da questi svolto lasciasse tracce rilevanti se non in sede di eventuale successiva insinuazione al fallimento del professionista.

Una tale scelta dell'azienda resta naturalmente ancora possibile, ma comporta la necessità di fornire dei chiarimenti nell'ambito delle informative al Tribunale e quindi, se nominato e attento alle dinamiche in corso, anche al Pre-Commissario.

Tale comportamento dell'azienda risulta ancor più distonico qualora, come pare auspicabile a chi scrive e pur nella consapevolezza che non si tratti di un orientamento condiviso, il citato Attestatore si sia confrontato

⁽⁶⁵⁾ Si veda per approfondimenti Riva P., "Il delicato rapporto Attestatore/Pre-Commissario nel Concordato Preventivo: tra deontologia professionale e rischio di auto-riesame", Press, CNDCEC, maggio 2014.

⁽⁶⁶⁾ Riva P., *op.cit.*, in *Il Fallimentarista*, Giuffrè, 2012.

con il Pre-Commissario al momento dell'assunzione del proprio incarico o al momento della nomina di quest'ultimo se successiva, illustrando al medesimo l'impostazione delle proprie verifiche nel rispetto del riferimento ai Principi per lo svolgimento del lavoro. Pare a chi scrive che le due figure – Attestatore e Pre-Commissario - certamente non debbano essere considerate sovrapponibili e che, al contrario, la coesistenza delle stesse non possa che portare benefici effetti. Perché ciò sia possibile è però indispensabile il raggiungimento di un complesso punto di equilibrio: i) in primo luogo avendo presente che la condivisione dei principi di riferimento e dei criteri di impostazione delle verifiche deve rappresentare l'opportunità di un migliore presidio *ex ante* delle situazioni, ma non deve essere portata al punto di divenire co-determinazione delle scelte operative così da evitare ogni "rischio di auto-riesame"; ii) in secondo luogo impostando i rapporti al sostanziale rispetto dei differenti ruoli assunti nella specifica situazione; iii) infine rifiutando la logica del conflitto strutturale e della contrapposizione tra professionisti indipendenti, sia pure di differente emanazione, non ultimo anche in nome delle norme professionali e deontologiche che vincolano entrambi i soggetti a comportamenti ispirati alla correttezza.

Un secondo presidio è introdotto a livello operativo dal paragrafo 2.6.6 dei Principi nel quale, preso atto della possibilità che l'azienda opti per la sostituzione dell'Attestatore, sono dettate regole comportamentali rilevanti per la gestione attiva di quella che si potrebbe chiamare *successione tra Attestatori*. Si prevede infatti che "nei casi in cui, a seguito del recesso dal mandato da parte dell'Attestatore, l'azienda individui un nuovo Attestatore, quest'ultimo debba:

- i. chiedere se vi siano e chi siano i colleghi che in precedenza sono stati incaricati e si sono occupati dell'attestazione;
- ii. contattare il precedente Attestatore per capire quali ragioni lo abbiano portato a non concludere il proprio lavoro e, se esistente, acquisire copia della relazione del precedente Attestatore;
- iii. assicurarsi che l'impresa abbia proceduto al pagamento del compenso del precedente Attestatore e in caso ciò non sia avvenuto tenerne conto nella ricostruzione della situazione debitoria".

Obiettivo evidente è evitare che l'azienda possa silenziosamente rivolgersi, dopo avere incassato un giudizio negativo sul proprio piano di risanamento, ad altro revisore omettendo di indicare a quest'ultimo che il medesimo piano è già stato oggetto di esame. L'applicazione compiuta della regola di comportamento richiede, coerentemente con lo spirito del documento e con i contenuti già commentati *supra*, che il primo revisore

abbia formalizzato il risultato delle proprie verifiche in una relazione di attestazione negativa. Il secondo revisore, dovrà mettersi nelle condizioni di comprendere se la sua individuazione costituisca un “primo incarico” di controllo del piano prospettato oppure se si tratti di un incarico di riesame di un piano già bocciato da altri. A tale fine dovrà introdurre probabilmente una esplicita richiesta all’azienda di rilasciare una dichiarazione - cui sarà opportuno dare data certa - nella quale sia data evidenza della situazione. Nel caso in cui verifichi che si tratta di un “secondo incarico” dovrà assumere a tutela della propria posizione professionale adeguati comportamenti, potendo naturalmente accettare l’incarico nel caso in cui non condivida l’approccio utilizzato dal primo revisore nel primo esame. I **Principi** non si esprimono infatti con un alcun divieto, ma dettano modalità operative per permettere che il secondo revisore non operi in condizioni di asimmetria informativa rispetto alla reale situazione a causa di comportamenti omissivi dell’azienda.

5.4.3. L’obbligatorietà e il contenuto minimo del mandato professionale (Engagement Letter e Attestazioni della direzione)

I **Principi** prevedono l’obbligatorietà dell’*engagement letter* prevedendo esplicitamente, al paragrafo 2.2.5 che “una volta valutato di poter svolgere l’incarico, l’Attestatore deve farsi sottoscrivere un mandato”. È rilevante in questa sede evidenziare che il documento specifica a chiare lettere che “oggetto dell’incarico deve essere l’attività di analisi e verifica del piano finalizzata all’attestazione e non già l’attestazione stessa. Ciò in quanto non necessariamente l’attività dell’Attestatore conduce all’attestazione del piano, considerato che essa può concludersi anche con esito negativo”.

La lettera di incarico **deve** evidenziare chiaramente alcuni elementi che si riportano di seguito⁽⁶⁷⁾:

⁽⁶⁷⁾ I **Principi** prevedono poi ulteriori elementi che possono essere inseriti nel mandato professionale. Si tratta dei seguenti: il periodo coperto dal Piano; una indicazione delle principali tipologie di verifiche che saranno svolte e del team di lavoro; la data orientativa di previsto rilascio del giudizio finale e di eventuali giudizi intermedi se richiesti; l’indicazione degli estremi della polizza assicurativa per la responsabilità civile professionale dell’Attestatore.

1. “la portata dell’attestazione;
2. l’assunzione di responsabilità da parte del management circa i dati contenuti nel Piano e quindi nella base dati iniziale mediante sottoscrizione di una *Lettera di attestazione della direzione* (da fare riconfermare prima del rilascio del giudizio di attestazione finale da parte dell’Attestatore);
3. l’esplicitazione da parte del management delle ipotesi contenute nel Piano e l’impegno a trasferire all’Attestatore tutte le informazioni rilevanti per la veridicità della base dati e la fattibilità del Piano;
4. i poteri di acquisizione di informazioni integrative o supplementari rispetto a quelle contenute nel Piano;
5. il compenso derivante dall’attestazione e le relative modalità di pagamento in relazione all’avanzamento lavori;
6. l’ipotesi di recesso dall’incarico per mancata consegna delle attestazioni e/o documentazioni e/o collaborazioni necessarie da parte dell’imprenditore e/o del management, dei professionisti dell’impresa;
7. l’ipotesi di recesso in caso in cui durante l’incarico emergano elementi precedentemente inesistenti e/o non noti che facciano venire meno l’indipendenza dell’Attestatore prima dell’emissione del giudizio finale;
8. l’ipotesi di recesso nel caso di mancato pagamento delle prestazioni o in altre ipotesi, tali da fare venire meno l’indipendenza dell’Attestatore;
9. nel caso di accettazione dell’incarico anteriormente alla consegna della versione definitiva del Piano, il tempo minimo che deve decorrere tra la consegna del Piano e il rilascio dell’attestazione”.

Ciascun elemento costituisce uno specifico presidio a tutela della professionalità del revisore che deve essere posto dall’azienda nelle condizioni di operare realmente in modo indipendente e quindi con adeguati poteri di indagine e svolgendo le proprie verifiche su di una base dati la cui completezza è dichiarata sussistere dai responsabili aziendali.

Conviene enfatizzare il fatto che i *Principi* correttamente distinguono i ruoli e le responsabilità dell’Attestatore da un parte e della direzione aziendale dall’altra parte. È quest’ultima infatti, ossia sono i vertici aziendali (la direzione e, ove appropriato, dai responsabili delle attività di *governance*), a doversi assumere la responsabilità dei dati contenuti nel piano mediante il rilascio di apposita dichiarazione di completezza a tale fine ricorrendo esplicitamente, con la richiesta di cui al secondo e al terzo punto, al noto strumento della sottoscrizione della *Lettera di attestazione della direzione*. Sono pertanto implicitamente richiamati i contenuti sia dei

principi di revisione che dedicano a questo tema un intero documento, l'ISA 580 ("Attestazioni scritte"), sia della prassi professionale, in particolare il documento di ricerca 167 di Assirevi ("Attestazioni della direzione"). L'ISA 580 definisce le attestazioni scritte della direzione come "informazioni necessarie che il revisore richiede con riferimento alla revisione contabile del bilancio dell'impresa" che "analogamente alle risposte ottenute a seguito delle indagini, rappresentano elementi probativi". Specificando che "gli elementi probativi sono le informazioni utilizzate dal revisore per giungere alle conclusioni su cui egli basa il proprio giudizio". Il documento 167 di Assirevi specifica che "le attestazioni della direzione sono tra l'altro volte a fornire al revisore conferma, (...) della completezza, autenticità e attendibilità della documentazione messa a disposizione (...) ai fini dell'espletamento della attività e per la correttezza ed esattezza delle informazioni ivi contenute e di quelle comunicate verbalmente e riepilogate nella lettera di attestazione".

Vale solo la pena di ricordare che la lettera di attestazione della direzione, sia pure richiamata nel mandato sottoscritto all'inizio delle attività e possibilmente allegata al medesimo, non dovrà essere sottoscritta all'inizio delle operazioni, ma al termine delle stesse in modo tale da garantire la completa assunzione di responsabilità per tutte le dichiarazioni rese durante il periodo di svolgimento delle verifiche.

Un ulteriore elemento che richiama coerentemente i contenuti espressi nei precedenti paragrafi è l'esplicita previsione nel mandato dell'ipotesi di recesso dall'incarico per mancata consegna delle attestazioni e/o documentazioni e/o collaborazioni necessarie da parte dell'imprenditore e/o del management, dei professionisti dell'impresa. La lettura sistemica del documento porta a concludere che anche in questi casi l'Attestatore è chiamato a redigere la propria relazione descrivendo l'attività che è stato in grado di svolgere, rendicontando sulle difficoltà incontrate e concludendo con l'espressione di un giudizio di "impossibilità" per cause legate alla situazione aziendale riscontrata.