

# *il* FALLIMENTARISTA

Interazione tra commissario e altri professionisti del risanamento. Le criticità in caso di proposte concorrenti: una “metamorfosi giuridica”?

di **Patrizia Riva**

*Blog del 24 giugno 2021*

**L'Autrice si propone di fornire alcune riflessioni utili a caratterizzare il ruolo del pre-commissario, dell'attestatore, degli advisors e del commissario, ponendo in luce anche un tema nuovo, quello della metamorfosi cui è chiamato quest'ultimo soggetto in caso di proposizione di offerte concorrenti ex art. 163, comma. 4, L.F.**

Il successo di una operazione di risanamento mediante il ricorso al concordato preventivo è frutto di una molteplicità di fattori, tra questi assume una particolare criticità un aspetto di processo ossia **l'impostazione di rapporti corretti e chiari tra i professionisti coinvolti a vario titolo e con differenti compiti**. In questa sede ci si propone di fornire qualche riflessione utile a caratterizzare il ruolo e quindi il comportamento del pre-commissario, dell'attestatore, degli *advisors* e del commissario, ponendo in luce anche un tema nuovo, quello della metamorfosi cui è chiamato quest'ultimo soggetto in caso di proposizione di offerte concorrenti ai sensi dell'[art. 163, comma. 4, L.F.](#)

Il **pre-commissario** è chiamato a verificare se l'attestatore sia stato individuato dall'azienda, ne verifica l'indipendenza e interviene in modo deciso nel caso in cui vi sia ancora una situazione di indeterminatezza segnalando al Tribunale eventuali anomalie. Questo intervento rappresenta una **garanzia ex ante per i creditori**, per i quali la qualità del lavoro dell'Attestatore in questa fase costituisce un relevantissimo presidio. È pertanto senz'altro opportuno che il pre-commissario incontri l'attestatore designato e condivida con il medesimo i criteri di svolgimento della *due diligence* verificando che siano ispirati ai principi di attestazione condivisi dalla prassi e dalla giurisprudenza.

**Nei confronti degli advisors** l'intervento del pre-commissario potrà consistere in incontri volti a comprendere - ancorché in prima approssimazione - la situazione cui si è innanzi fatto cenno, svolgendo anche i primi indispensabili sopralluoghi in azienda. Dovrà poi essere analizzata l'informativa periodica fornita dagli stessi e sarà svolta una attività di vigilanza sui lavori di preparazione del piano e della domanda, anche qui verificando che siano considerati i principi di redazione dei piani disponibili da qualche tempo in bozza. Come previsto dalla norma, il Pre-Commissario si esprime sulle sole operazioni qualificate come straordinarie, ossia sugli atti considerati idonei a depauperare il patrimonio, condividendo possibilmente in via preventiva con l'azienda la qualificazione stessa di tale categoria logico-giuridica.

La **presenza del pre-commissario è rilevante per l'attestatore** perché gli permette di svolgere le proprie verifiche con maggiore serenità, potendo contare sul fatto che esiste un soggetto che ha il potere e il dovere di verificare il corretto operato dell'azienda nel periodo bianco.

A parere di chi scrive, **l'attestatore deve inoltre poter contare sull'intervento del commissario coinvolgendolo** - se lo considera necessario - **nell'analisi delle criticità** ed eventualmente nell'individuazione dei periti per poste specifiche in modo tale da ridurre le duplicazioni di costo per l'azienda.

**Per evitare il rischio di riesame** è evidente però che l'intervento del commissario dovrà essere equilibrato e sostanzialmente volto ad anticipare - qualora utile - un giudizio che verrebbe espresso in ogni caso in un secondo momento in sede di redazione del parere sull'ammissione.

Il **pre-commissario rappresenterà anche un utile presidio nel caso in cui l'azienda esprima la necessità di sostituire l'attestatore**, potendo egli in quel caso indagare mediante un confronto con il diretto interessato sulle reali motivazioni alla base del cambiamento annunciatogli. La **corretta interazione tra i due professionisti** - entrambi indipendenti e operanti con ruoli di controllo ancorché nominati da soggetti differenti - **è estremamente utile per l'azienda**, ma è possibile solo se il rapporto è improntato alla massima trasparenza e serietà, se si opera nel pieno rispetto dei ruoli di ciascuno e si tengono ben presenti le regole di condotta sancite dalla deontologia professionale cui entrambi i soggetti sono tenuti.

Una tale impostazione dei rapporti facilita in linea di principio il compito del commissario nella **fase successiva intercorrente tra l'ammissione e l'omologa**. Infatti, alcune procedure di verifica, qualora poste in essere dall'attestatore a regola d'arte, potrebbero essere ragionevolmente ripetute con campionature più limitate o essere del tutto omesse. Quando siano stati condivisi *ex ante* i criteri e le modalità implementative, il commissario potrebbe infatti svolgere buona parte dei propri controlli sulle evidenze provenienti da terzi già raccolte e convenientemente classificate dall'Attestatore e saggiare l'attendibilità dei documenti da questo prodotti con verifiche a campione. In altri termini il **commissario in questi casi potrebbe lecitamente pianificare la propria revisione** come una *walk-through analysis* in coerenza con quanto da sempre previsto e regolato dai principi di revisione per tutti i casi in cui ci si trovi innanzi ad un sistema di controllo robusto. Ciò potrebbe capitare ad esempio con le circolarizzazioni dei clienti, dei fornitori, delle banche e degli altri creditori e, da un punto di vista operativo, anche con gli inventari cespiti e magazzino, anche se in

questo caso è opportuno tenere conto del fatto che l'[art. 172, comma 1, l.f.](#) impone uno specifico obbligo di redazione dell'inventario a carico del Commissario.

Conviene infine ricordare che, vigente la legge fallimentare e in attesa dell'entrata in vigore del testo definitivo del codice della crisi e dell'insolvenza che, come noto, prevede per la sola fattispecie del concordato preventivo l'introduzione di importanti modifiche sul punto, **una buona parte dei contenuti della relazione del commissario sono specifici** e non rintracciabili nella relazione dell'attestatore, in quanto derivanti da indagini non poste a carico dell'attestatore, ma del Commissario. Prevedono, infatti, i principi di attestazione vigenti, che **l'attestatore sia chiamato ad esprimere esclusivamente un giudizio sulle prospettive future dell'azienda instante**, ossia sulla fattibilità del piano e sui dati di partenza del piano, mentre il commissario, stante il suo differente ruolo e i suoi differenti poteri di indagine, debba svolgere le sue verifiche su un arco temporale più esteso. Più in particolare, il **commissario si deve spingere a verificare i dati storici** non solo al fine di svolgere considerazioni sulla ragionevolezza delle proiezioni future, ma **per verificare se negli anni precedenti la domanda di concordato preventivo siano stati posti in essere comportamenti riconoscibili come atti di frode**. Nella propria relazione, infatti, deve riferire tra l'altro sulla condotta del debitore, sulle cause del dissesto e sulle utilità che, in caso di fallimento, possono essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che potrebbero essere promosse nei confronti di terzi.

Conviene infine riflettere su un tema attenzionato con minore frequenza dai commentatori, anche per la scarsa numerosità di fattispecie riscontrate nella pratica: quello delle **proposte concorrenti**.

L'indagine posta in essere dall'Attestatore del proponente e le verifiche svolte dopo l'ammissione dal Commissario assumono in questo contesto grande rilevanza.

Si assiste ad un'evidente **metamorfosi del ruolo del Commissario**, il quale è chiamato a fornire ai creditori che ne facciano richiesta una **vera e propria attestazione di veridicità dei dati**. L'[art. 163, comma 4](#), prevede infatti che la relazione di cui al [comma 3 dell'art. 161](#), presentata dall'Attestatore di chi propone un piano concorrente - che ad evidenza sarà soggetto differente rispetto al professionista che ha attestato il piano proposto dalla azienda - possa essere limitata alla fattibilità del piano per gli aspetti che non siano già stati oggetto di verifica da parte del Commissario e, addirittura, che la relazione stessa possa essere omessa qualora non ve ne siano. La portata della norma sembra a chi scrive di estremo rilievo per le **implicazioni sistemiche** e per gli **effetti operativi e comportamentali** che ne conseguono. Le ragioni della previsione normativa, la cui portata è stata finora sottovalutata, sono ragionevoli e possono essere ravviate: i) da un lato, nella necessità di imporre economie di tempo, imponendo comportamenti efficienti agli operatori; ii) dall'altro, nella valutazione della situazione di asimmetria informativa in cui il creditore si troverebbe senz'altro ad operare qualora dovesse svolgere una *due diligence* sulla base dati in evidente conflitto con i rappresentanti dell'azienda che hanno presentato la proposta originale.

L'[art. 165, comma 3](#), aggiunge in merito che, valutata la congruità della richiesta medesima e previa assunzione di opportuni obblighi di riservatezza, il **commissario deve interfacciarsi con il creditore** fornendogli tutte le informazioni utili per la presentazione della propria proposta concorrente, sulla base delle scritture contabili e fiscali obbligatorie del debitore, nonché ogni altra informazione rilevante in suo possesso. Conviene evidenziare che mentre l'[art. 165](#) sembra richiamare l'obbligo minimo del commissario di allestire una *data room* a servizio del terzo concorrente, la lettera dell'[art. 163](#) richiama, al contrario, a chiare lettere, **la possibilità che il terzo richieda al Commissario**, che difficilmente potrà sottrarsi, **una vera e propria rendicontazione sulle verifiche dal medesimo svolte e sulla attendibilità dei dati forniti**.

Nei fatti quindi il terzo ha diritto di richiedere al commissario di sostituirsi al proprio attestatore nella valutazione della veridicità dei dati di partenza del piano che si accinge a sviluppare.

**In caso di diniego**, il commissario dovrà, a parere di chi scrive, giustificarsi, il che implica che dovrà affermare di non avere ancora posto in essere o di non avere ancora concluso, a seconda del momento in cui vengono formulate le richieste, le verifiche che la legge gli impone di svolgere.

**Il diniego potrebbe però rendere più complesso l'accesso ai dati da parte del terzo**, con il rischio che,

qualora il Commissario non argomentasse in modo puntuale le proprie ragioni, il primo potrebbe ravvisare nel comportamento del secondo una criticità ostativa all'esercizio dei propri diritti.

D'altra parte, qualora il commissario rilasciasse la propria attestazione di veridicità dei dati e il terzo basasse su questa attestazione la redazione del proprio piano alternativo aggiudicandosi la preferenza dei creditori, le eventuali discrasie rilevate in fase esecutiva tra quanto attestato dal commissario e quanto poi effettivamente rinvenuto potrebbero far ravvisare al terzo una potenziale responsabilità del commissario nei propri confronti.

Non ci si può che chiedere se il commissario possa in questi casi appellarsi ai principi di attestazione per argomentare la bontà dell'impostazione delle proprie verifiche.

Pare a chi scrive che il commissario potrebbe in alternativa comunicare formalmente e in forma scritta all'attestatore del piano concorrente **di condividere e di avere fatto propri i contenuti della relazione di attestazione del piano** principale mettendo conseguentemente a disposizione del medesimo la relazione stessa, tutti i files sulla base dei quali la stessa è stata elaborata e naturalmente il piano principale (e in particolare la base dati) oggetto di controllo. Agendo in questo modo da un lato il Commissario potrebbe semplificare il proprio compito e dall'altro lato nei fatti metterebbe in sicurezza l'attestatore del piano concorrente dall'eventuale rilevazione postuma di criticità legate al contenuto della attestazione principale perché la propria "**dichiarazione di condivisione**" costituirebbe nei fatti una "**attestazione de plano**" della bontà dei dati trasmessi su cui il professionista incaricato dal terzo e il terzo stesso devono - per legge - fare affidamento.

E' infine opportuna un'ulteriore riflessione. Ci si deve chiedere quale sia il soggetto demandato, nel contesto dell'attestazione concorrente, al rilascio della cosiddetta **Representation letter o Attestazione di completezza**. Come noto l'acquisizione di questo documento dal rappresentante legale della società che redige il piano e che quindi fornisce i dati e le informazioni oggetto di controllo è indispensabile all'attestatore, al punto che l'assenza del medesimo è, secondo i principi di attestazione, motivo sufficiente per l'espressione di un giudizio impossibile. Nel caso qui esaminato il rapporto con l'azienda risulta, però, diluito. Interlocutore e fornitore di dati e di informazioni risulta essere *ex lege* il Commissario. Pertanto in linea di principio dovrebbe essere quest'ultimo a sottoscrivere la *Representation letter* eventualmente formulata come dichiarazione di scienza.