

Alessandro Solidoro - Monica Bruno

**IL PROFESSIONISTA
INDIPENDENTE NEL CCII: I NUOVI
REQUISITI E LE NUOVE FUNZIONI
NELLE PROCEDURE DI ALLERTA E
NELL ESECUZIONE DEGLI
STRUMENTI NEGOZIALI
STRAGIUDIZIALI OMOLOGATI
(E NON) - PARTE I**

Estratto

 **GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE**



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

**IL PROFESSIONISTA INDIPENDENTE NEL CCII:
I NUOVI REQUISITI E LE NUOVE FUNZIONI NELLE PROCEDURE
DI ALLERTA E NELL'ESECUZIONE DEGLI STRUMENTI NEGOZIALI
STRAGIUDIZIALI OMOLOGATI (E NON)**

PARTE I

di ALESSANDRO SOLIDORO e MONICA BRUNO

1. Introduzione.

Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza conferma, diversamente dalle prime riflessioni della Commissione Rordorf⁽¹⁾, il ruolo centrale assunto dal professionista indipendente nelle procedure di regolazione della crisi e introduce delle ipotesi ulteriori previste dall'*iter* dei c.d. strumenti di allerta: l'attestazione dell'adeguatezza degli indici, a far ragionevolmente presumere la sussistenza dello stato di crisi, in rapporto alla specificità dell'impresa — art. 13, comma 3, del CCII⁽²⁾ —; l'attestazione finalizzata all'archiviazione delle segnalazioni ricevute dai creditori qualificati quando non corrispondono ad un reale stato di crisi, *ex art.* 18, comma 3, del CCII⁽³⁾.

⁽¹⁾ La Commissione di riforma delle procedure concorsuali, nella “*Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*”, ha, infatti, affermato che: “*È dubbio se, nel rinnovato quadro normativo che s'intende disegnare, conservi reale utilità la figura del professionista indipendente — ma pur sempre designato dallo stesso debitore — chiamato ad attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano concordatario (oltre alle altre numerose, ma eventuali, funzioni attribuitegli nell'ambito della procedura di concordato dalla normativa vigente)*”. Ritenendo anche che le attestazioni, in virtù delle modifiche dell'art. 161 della legge fallimentare che consentono la nomina del commissario giudiziale anche nella fase di presentazione della domanda di concordato con riserva, siano quasi sempre destinate a successiva revisione ad opera del commissario giudiziale, col concreto rischio di una sostanziale duplicazione di attività e di conseguente spreco di tempo ed aumento finale dei costi per l'impresa. Tali argomentazioni evidentemente, per quanto detto nell'*incipit*, non sono state affermate nella stesura definitiva del CCII.

⁽²⁾ L'art. 13, terzo comma, recita che: *L'impresa che non ritenga adeguati, in considerazione delle proprie caratteristiche, gli indici elaborati a norma del comma 2 ne specifica le ragioni nella nota integrativa al bilancio di esercizio e indica, nella medesima nota, gli indici idonei a far ragionevolmente presumere la sussistenza del suo stato di crisi. Un professionista indipendente attesta l'adeguatezza di tali indici in rapporto alla specificità dell'impresa. L'attestazione è allegata alla nota integrativa al bilancio di esercizio e ne costituisce parte integrante. La dichiarazione, attestata in conformità al secondo periodo, produce effetti per l'esercizio successivo.*

⁽³⁾ L'art. 13, terzo comma, recita che: *l collegio, sentito il debitore e tenuto conto degli elementi di valutazione da questi forniti nonché dei dati e delle informazioni assunte, quando ritiene che non sussista la crisi o che si tratti di imprenditore al quale non si applicano gli*

Scopo del lavoro è, pertanto, l'esame della disciplina contenuta nel CCII per individuare le eventuali criticità e l'evoluzione della funzione affidata al professionista indipendente.

2. Dalla prima riforma fallimentare del 2006 al CCII.

La disciplina relativa al professionista indipendente, *ex art. 67, lett. d)*, della riforma fallimentare del 2006, ha sollevato non poche discussioni dottrinali in tema di requisiti tecnici, di indipendenza e di competenza alla nomina ⁽⁴⁾.

Diciamo subito che, riguardo al profilo inerente ai requisiti tecnici, con il decreto n. 169 del 2007, correttivo di una prima disciplina difforme, le diverse figure di professionista indipendente introdotte per i diversi istituti relativi al fallimento e alla soluzione della crisi, sono state uniformate in considerazione delle competenze tecnico contabili: così, il professionista incaricato, oltre ai requisiti indicati all'art. 28, lettere a) e b), della legge fallimentare, deve essere iscritto nel registro dei revisori contabili ⁽⁵⁾.

strumenti di allerta, dispone l'archiviazione delle segnalazioni ricevute. Il collegio dispone in ogni caso l'archiviazione quando l'organo di controllo societario, se esistente o, in sua mancanza, un professionista indipendente, attesta l'esistenza di crediti di imposta o di altri crediti verso pubbliche amministrazioni per i quali sono decorsi novanta giorni dalla messa in mora, per un ammontare complessivo che, portato in compensazione con i debiti, determina il mancato superamento delle soglie di cui all'articolo 15, comma 2, lettere a), b) e c). All'attestazione devono essere allegati i documenti relativi ai crediti. L'attestazione ed i documenti allegati sono utilizzabili solo nel procedimento dinanzi all'OCRI. Il referente comunica l'archiviazione al debitore ed ai soggetti che hanno effettuato la segnalazione.

⁽⁴⁾ Si v. S. FORTUNATO, "La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione della crisi d'impresa", in *Fall.*, 2009, 889.

⁽⁵⁾ Sul punto si v. P. BOSTICCO, *Incertezze e soluzioni « di buon senso » in tema di nomina del professionista ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d), legge fallim.*, in *Fall.*, 2009, 469 e M. BRUNO, *Gli accordi di salvataggio nella riforma del diritto fallimentare e la responsabilità per concessione abusiva del credito*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 258 ss.: "È allora evidente che la « terzietà » dell'esperto non riposa tanto nella nomina da parte del tribunale (come vorrebbe certa giurisprudenza minoritaria), secondo cui il ricorso per la nomina di un professionista chiamato ad attestare la fattibilità di un piano di risanamento ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d), legge fallim., stante il ruolo fidefaciente dell'esperto, che impone modalità di designazione che ne garantiscano la terzietà, va proposto al tribunale, quanto piuttosto nel possesso dei requisiti prescritti dalla legge; sicché la serietà e la certezza dell'attestazione sono assicurate sufficientemente dal fatto che l'esperto, oltre ai requisiti *ex art. 28, lett. a) e b)* deve essere designato fra i revisori contabili e dal fatto che è allo stesso certamente estensibile la responsabilità prevista dall'art. 64 cod. proc. civ. richiamato dall'art. 2501 quinquies comma 6, cod. civ.". Con il decreto 169/2007 la disposizione all'art. 67, comma 3, cod. civ. è divenuta la disciplina di riferimento: « un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'art. 28, lett. a) e b) ai sensi dell'art. 2501 bis, comma 4, cod. civ. ». Tribunale di Vicenza, 4 giugno 2009, in www.unijuris.it: « Ritenuto che dopo la riforma attuata con il decreto correttivo 169/07 dell'art. 67, comma 3, lett. d) legge fallim. è venuto meno il dubbio in precedenza esistente circa la competenza alla nomina dell'esperto con riferimento ad un piano presentato da una soc. per az., in quanto il nuovo riferimento esplicito all'art. 28 lett. a) e b) ha chiaramente escluso che trovi in qualche modo applicazione l'art. 2501 sexies, comma terzo cod. civ.; che, pertanto, a parere di questo Giudice compete all'imprenditore e non al Presidente né, più in generale al Tribunale, dichiara la propria incompetenza alla nomina

In relazione, invece, ai dubbi interpretativi in tema di procedimento di nomina se di competenza (o meno) dell'Autorità Giudiziaria, è intervenuto il decreto sviluppo. Le perplessità generate dal silenzio normativo, unite al rinvio contenuto all'art. 67, comma 3, lett. d), legge fallimentare — all'art. 2501 *bis*, comma 4, del codice civile, che disciplina i compiti dell'esperto nell'operazione di fusione e rimanda all'art. 2501 *sexies*, cod. civ., che (a sua volta) investe per la nomina ⁽⁶⁾ il Tribunale — aveva fatto sorgere (in dottrina) il dubbio se il dispositivo fosse riferito al solo contenuto della relazione o se avesse dovuto prevedere anche le modalità di nomina dell'esperto. Tali profili problematici, come preannunciato, sono stati risolti dall'art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 che, ridisegnando la lettera *d*) dell'art. 67 legge fallimentare, ha stabilito la designazione dell'esperto attestatore da parte del debitore.

Il decreto sviluppo è intervenuto anche sul requisito dell'indipendenza: l'art. 33 ha stabilito che: “... *il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e 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'articolo 2399 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.*”. A sua volta, l'art. 2399 c.c. dispone che non possono essere eletti alla carica di sindaco: “a) *coloro che si trovano nelle condizioni previste dall'articolo 2382*” (ovvero *l'interdetto, l'inabilitato, il fallito o chi è stato condannato ad una pena che prevede anche solo temporaneamente l'interdizione dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi*); “b) *il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, gli amministratori, il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo*”; “c) *coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro 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*” ⁽⁷⁾. A tale elenco vanno aggiunte le altre ipotesi previste dalla

dell'esperto che deve attestare il piano di risanamento di cui all'art. 67 comma 3 lett. d) legge fallim., essendo la scelta rimessa all'imprenditore». Tribunale di Bologna, 15 aprile 2009; Tribunale di Treviso - decreto del 20 aprile 2009; Tribunale di Milano - 10 marzo 2009; Tribunale di Mantova 31 marzo 2009, in *www.unijuris.it*. Sulla terzietà si v. E. STASI, *La terzietà dell'attestatore*, in *www.ilfallimentarista.it*.

⁽⁶⁾ Nelle sole ipotesi in cui la società prodotta della fusione sia una società per azioni o accomandita per azioni.

⁽⁷⁾ Si v. F. LAMANNA, *Il c.d. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in *www.ilfallimentarista.it*.

circolare CNDCEC n. 30/IR-2013 e dai Principi di attestazione, riferite tanto ai rapporti personali quanto a quelli di natura professionale e le indicazioni delle Linee guida per il finanziamento alle imprese e dei Principi di attestazione ⁽⁸⁾.

Tuttavia e nonostante i vari interventi, molte sono ancora le ombre sulle ipotesi di incompatibilità soprattutto sotto il profilo dell'attività prestata e con particolare riferimento alla consulenza anche occasionale.

È opportuno, allora, esaminare l'attuale figura del professionista indipendente con il fine di verificare se le problematiche, sorte all'indomani della sua introduzione, possono dirsi oggi risolte.

3. Le novità in tema di requisiti.

Il CCII aggiunge, tra i requisiti, l'iscrizione all'albo dei gestori della crisi e dell'insolvenza delle imprese che richiede dei precisi e gravosi obblighi formativi ⁽⁹⁾.

3.1. I requisiti di professionalità e gli obblighi formativi ex art. 356 CCII.

L'art. 2, comma 1, lett. o), del CCII, introduce la definizione di professionista indipendente, qualificato come *il professionista incaricato dal debitore nell'ambito di una delle procedure di regolazione della crisi di impresa che soddisfi congiuntamente i seguenti requisiti: a) essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché nel registro dei revisori legali; ...*

Si osserva, immediatamente, che, rispetto al passato, ove si faceva riferimento ai requisiti del curatore fallimentare, l'attuale impianto normativo si riferisce all'iscrizione all'albo dei gestori della crisi, nonché al registro dei revisori legali.

A norma dell'art. 356 del CCII, possono ottenere l'iscrizione (all'albo dei gestori della crisi) i soggetti che — in possesso dei requisiti di cui all'articolo

⁽⁸⁾ F. SALVARDI, *I requisiti dell'attestatore alla luce della L. 134/12 e della circolare dell'IRDCEC dell'11.02.13: Focus sull'indipendenza*, 29 settembre 2013; A. Rossi, *I requisiti di professionalità ed indipendenza del professionista attestatore*, *Euroconference News*, 28 settembre 2013. Si v. no: Università degli Studi di Firenze, CNDCEC e Assonime "Linee - guida per il finanziamento alle imprese in crisi. Ultima edizione"; COMMISSIONE DEL COMITATO SCIENTIFICO DELLA FONDAZIONE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI ED ESPERTI CONTABILI DI FIRENZE - Area Procedure Concorsuali: "Guida operativa per la redazione delle relazioni art. 161, comma 3, L.F. e art. 160, comma 2, L.F."; CNDCEC, CIRCOLARE N. 30/IR DELL'11 FEBBRAIO 2013: "Il ruolo del professionista attestatore nella composizione negoziale della crisi: requisiti di professionalità e indipendenza e contenuto delle relazioni".

⁽⁹⁾ Si v. G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza - d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 -*, Torino, 2019; *La riforma del fallimento: Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, (a cura di) M. Pollio e M. Longoni, Milano, 2019.

358, comma 1, lettere a), b) e c) — dimostrano di aver assolto gli obblighi di formazione di cui all'articolo 4, comma 5, lettere b), c) e d) del decreto del Ministro della giustizia 24 settembre 2014, n. 202 e successive modificazioni ⁽¹⁰⁾.

L'art. 358, comma 1, lettera a), b) e c), si riferisce agli avvocati, ai dottori commercialisti e agli esperti contabili e ai consulenti del lavoro ⁽¹¹⁾.

L'art. 4, comma 5, lettere b), c) e d) — del decreto del Ministro della Giustizia n.202/2014 — prevede ulteriori requisiti che consistono: “... b) *nel possesso di una specifica formazione acquisita tramite la partecipazione a corsi di perfezionamento istituiti a norma dell'articolo 16 del decreto del Presidente della Repubblica 10 marzo 1982, n. 162, di durata non inferiore a duecento ore nell'ambito disciplinare della crisi dell'impresa e di sovra indebitamento, anche del consumatore*” ⁽¹²⁾.

Il successivo comma 6, stabilisce che per avvocati, commercialisti ed esperti contabili e notai, la durata dei corsi è di quaranta ore.

Chiarito il combinato disposto relativo ai requisiti formativi, sorge il dubbio se il professionista indipendente, investito in un incarico previsto dalle

⁽¹⁰⁾ L'art. 358 CCII continua prevedendo che “*Ai fini del primo popolamento dell'albo, possono ottenere l'iscrizione anche i soggetti in possesso dei requisiti di cui all'articolo 358, comma 1, lettere a), b) e c) che documentano di essere stati nominati, alla data di entrata in vigore del presente articolo, in almeno quattro procedure negli ultimi quattro anni, curatori fallimentari, commissari o liquidatori giudiziali. Costituisce condizione per il mantenimento dell'iscrizione l'acquisizione di uno specifico aggiornamento biennale, ai sensi del predetto decreto. La Scuola superiore della magistratura elabora le linee guida generali per la definizione dei programmi dei corsi di formazione e di aggiornamento. I requisiti di cui all'articolo 358, comma 1, lettera b), devono essere in possesso della persona fisica responsabile della procedura, nonché del legale rappresentante della società tra professionisti o di tutti i componenti dello studio professionale associato*”.

⁽¹¹⁾ La norma continua e individua altre due categorie: b) gli studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse siano in possesso dei requisiti professionali di cui alla lettera a), e, in tal caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura; c) coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società di capitali o società cooperative, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

⁽¹²⁾ E continua stabilendo che I corsi di perfezionamento sono costituiti con gli insegnamenti concernenti almeno i seguenti settori disciplinari: diritto civile e commerciale, diritto fallimentare e dell'esecuzione civile, economia aziendale, diritto tributario e previdenziale. La specifica formazione di cui alla presente lettera può essere acquisita anche mediante la partecipazione ad analoghi corsi organizzati dai soggetti indicati al comma 2, dell'articolo, in convenzione con università pubbliche o private; c) nello svolgimento presso uno o più organismi, curatori fallimentari, commissari giudiziali, professionisti indipendenti ai sensi del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, professionisti delegati per le operazioni di vendita nelle procedure esecutive immobiliari ovvero nominati per svolgere i compiti e le funzioni dell'organismo o del liquidatore a norma dell'articolo 15 della legge, di un periodo di tirocinio, anche in concomitanza con la partecipazione ai corsi di cui alla lettera b), di durata non inferiore a mesi sei che abbia consentito l'acquisizione di competenze mediante la partecipazione alle fasi di elaborazione ed attestazione di accordi e piani omologati di composizione della crisi da sovra indebitamento, di accordi omologati di ristrutturazione dei debiti, di piani di concordato preventivo e di proposte di concordato fallimentare omologati, di verifica dei crediti e di accertamento del passivo, di amministrazione e di liquidazione dei beni; d) nell'acquisizione di uno specifico aggiornamento biennale, di durata complessiva non inferiore a quaranta ore, nell'ambito disciplinare della crisi dell'impresa e di sovraindebitamento, anche del consumatore, acquisito presso uno degli ordini professionali di cui al predetto comma 2 ovvero presso un'università pubblica o privata.

norme del CCII e diverso da quello di curatore o di commissario giudiziale o di liquidatore, debba, oltre all'albo dei revisori legali, essere iscritto all'albo dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria, ex art. 356 CCII, previo assolvimento degli obblighi formativi sopra indicati.

La risposta non può che essere positiva: se l'art. 2, comma 1, lett. o), del CCII, definisce la figura del professionista indipendente, con generico riferimento alle norme contenute nel codice⁽¹³⁾, non è peregrino pensare che tutte le volte in cui egli è coinvolto, anche nel ruolo di attestatore, debba essere accertato il possesso dei requisiti formativi emergenti dal combinato disposto dell'art. 356 CCII con l'art. 4, comma 5, lettere b), c) e d) e comma 6 del decreto del Ministro della Giustizia n. 202/2014.

Contra si potrebbe argomentare che, per la nomina a curatore, gli artt. 356 e 358 del CCII sono espressamente richiamati dall'art. 125, che non vi è alcun richiamo per la nomina del commissario giudiziale nel concordato preventivo e che l'art. 114, per la nomina a liquidatore, rinvia solo all'art. 358 sempre del CCII.

In altri termini, si potrebbe ipotizzare che il mancato rinvio all'art. 2, comma 1, lett. o), dell'art. 356 del CCII, escluderebbe il professionista indipendente dall'applicazione della relativa disciplina in ordine agli obblighi formativi.

In realtà, però, l'applicazione al professionista indipendente delle norme contenute all'art. 356 CCII rinviene proprio dalla lettera dell'art. 2, comma 1, lett. o) che richiede, in capo al professionista, oltre l'iscrizione al registro dei revisori legali, l'iscrizione all'albo dei gestori della crisi e insolvenza che, conseguentemente, impone, ai fini della stessa iscrizione, il soddisfacimento degli obblighi formativi.

È chiaro che la richiesta di un'ulteriore e gravosa formazione — anche in diritto civile, tributario o previdenziale, così come richiede la norma — può sembrare eccessiva rispetto alle reali e necessarie competenze, specie se si considerano gli incarichi strettamente tecnici. Tuttavia, è probabile che la *ratio* vada ricercata nei nuovi compiti che il professionista oggi è chiamato ad assolvere e che richiedono ulteriori e aggiornate conoscenze: si pensi, p.e., all'ipotesi dell'attestazione circa la fattibilità giuridica o a quella richiesta dall'art. 18, terzo comma, del CCII.

⁽¹³⁾ L'art. 2 del CCII, rubricato "Definizioni", al primo comma chiarisce: ai fini del presente codice si intende per: ... "professionista indipendente": il professionista incaricato dal debitore nell'ambito di una delle procedure di regolazione della crisi di impresa che soddisfi congiuntamente i seguenti requisiti: 1. essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché nel registro dei revisori legali; 2. essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399, cod. civ.; 3. non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; il professionista e i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi 5 anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa".

3.2. I requisiti d'indipendenza.

L'art. 2, comma 1, lett. o), del CCII, fissa i c.d. requisiti di onorabilità e d'indipendenza, rispettivamente alla lett. b) e c): “b) essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile; c) non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; in particolare, il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa”.

Dalla mera lettura della norma, emerge che il requisito dell'indipendenza, non risulta sostanzialmente modificato e continua a rispondere alle esigenze di terzietà e imparzialità per la funzione che il professionista svolge e che, per determinati istituti, spetterebbe normalmente al Tribunale, ma anche di attendibilità delle proprie attestazioni/affermazioni che interessano coloro che a vario titolo sono coinvolti nel risanamento. In particolare, pare riaffermarsi il principio della c.d. “autovalutazione” che tante critiche ha suscitato in passato e che pare mutuato dalla disciplina della revisione legale: art. 10 comma 2 d.lgs. 39/2010: “Il revisore legale e la società di revisione legale non effettuano la revisione legale dei conti di una società qualora tra tale società e il revisore legale o la società di revisione legale o la rete sussistano relazioni finanziarie, d'affari, di lavoro o di altro genere, dirette o indirette, comprese quelle derivanti dalla prestazione di servizi diversi dalla revisione contabile, dalle quali un terzo informato, obiettivo e ragionevole trarrebbe la conclusione che l'indipendenza del revisore legale o della società di revisione legale risulta compromessa”.

Tanto pare, ulteriormente, confermato anche dalla competenza alla nomina dell'imprenditore e che, evidentemente, fissa il principio che la « terzietà » dell'esperto non si cristallizza nella nomina da parte del Tribunale⁽¹⁴⁾, quanto piuttosto nel possesso dei requisiti prescritti dalla legge; sicché la serietà e la puntualità dell'attestazione sono assicurate sufficientemente dal fatto che il professionista, oltre agli altri requisiti, deve essere designato fra i revisori contabili e fra gli iscritti all'albo dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria, ex art. 356 CCII.

A tal proposito, considerato che l'art. 13, al terzo comma, affida al professionista indipendente l'attestazione dell'adeguatezza degli indici costruiti in *house* e che la stessa attestazione è parte integrante del bilancio,

⁽¹⁴⁾ Così come sostenuto dalla giurisprudenza minoritaria, secondo cui il ricorso per la nomina di un professionista chiamato ad attestare la fattibilità di un piano di risanamento ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d), legge fallimentare, stante il ruolo dell'esperto ne impone modalità di designazione che ne garantiscano la terzietà va proposto al Tribunale. Si v. M. BRUNO, *op. cit.*, p. 264.

viene da domandarsi se la verifica del bilancio da parte dell'organo di controllo debba investire anche la sussistenza del requisito d'indipendenza.

Per quanto detto è evidente che il possesso dei requisiti del professionista, richiesti dalla norma, deve trasparire dalle dichiarazioni/certificazioni, dallo stesso rese, e che devono essere tali da garantire ed affermare il convincimento nei terzi, coinvolti, che non vi siano elementi tali da compromettere l'indipendenza di giudizio; sul punto è utile richiamare il Principio di Attestazione 2.5.4.: *“Occorre ricordare che l'indipendenza è, innanzitutto, uno status mentale, per cui alle limitazioni specificate dalla legge fallimentare si deve aggiungere, ai fini di una corretta valutazione, sempre e comunque, pur in presenza dei requisiti di indipendenza di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), l.f., l'autocensura a cui il revisore legale deve sottoporsi qualora consideri compromessa la sua obiettività di giudizio in ragione di particolari rapporti con il ricorrente ovvero con un terzo soggetto interessato all'operazione.”*

In altri termini, come affermato nei commenti alla riforma del 2006, il ruolo centrale affidato al professionista è dovuto a quelle particolari competenze tecniche e qualità deontologiche che lo pongono in un rapporto di indipendenza tra gli interessi dell'imprenditore e quello dei terzi coinvolti a vario titolo. Conseguentemente, il giudizio da parte dell'organo di controllo, in assenza di particolari elementi, non dovrebbe spingersi fino ad indagare/accertare la sussistenza del requisito dell'indipendenza, fermandosi, invece, alle informazioni/dichiarazioni contenute nell'attestazione ⁽¹⁵⁾.

4. Il ruolo del professionista indipendente.

L'intervento del professionista indipendente si può racchiudere in due macro ambiti: (1) nelle procedure di allerta e (2) nell'adozione dei c.d. strumenti negoziali stragiudiziali e in quelli soggetti a omologazione ⁽¹⁶⁾.

4.1. Il ruolo del professionista nelle procedure di allerta.

Il professionista indipendente interviene nelle procedure c.d. di allerta ai sensi dell'artt. 13 e 18 del CCII: l'art. 13, al terzo comma, richiede l'attestazione circa l'adeguatezza degli indici predisposti dalla società, a far ragionevolmente presumere la sussistenza del suo stato di crisi, in rapporto alla specificità dell'impresa; l'art. 18, terzo comma, dispone l'archiviazione da parte del collegio — ex art. 17 CCII — quando l'organo di controllo societario, se esistente, o, in sua mancanza, un professionista indipendente, attesta l'esistenza di crediti di imposta o di altri crediti verso le pubbliche ammini-

⁽¹⁵⁾ V. LENOCI, *Ruolo e responsabilità dell'esperto. L'indipendenza e il richiamo alla disciplina sui sindaci*, in www.ilfallimemarista.it.

⁽¹⁶⁾ A. SOLIDORO, *Gli strumenti stragiudiziali: piani attestati e accordi di ristrutturazione nella riforma del Codice della crisi*, in *Crisi e Risanamento*, 33, Milano, 2019, p. 17 ss.

strazioni per i quali decorsi novanta giorni dalla messa in mora, per un ammontare complessivo che, portato in compensazione con i debiti, determina il mancato superamento delle soglie di cui all'art. 15, comma 2, lett. a), b) e c).

4.1.1. L'attestazione ex art. 13, terzo comma, CCII.

Riguardo all'attestazione ex art. 13, terzo comma, CCII, è chiaro che il professionista deve: *in primis*, effettuare un'attenta analisi del bilancio diretta anche alla verifica dell'attendibilità della situazione patrimoniale, finanziaria ed economica al fine di assicurarsi che offra un "quadro fedele"; *in secundis*, deve esaminare le ragioni che hanno condotto a scartare i c.d. indicatori *ex lege* e, *in tertiis*, deve tener conto delle indicazioni introdotte dal legislatore al primo comma dell'art. 13, CCII: *costituiscono indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, per i sei mesi successivi. A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24.*"

La norma che sembra, a prima vista, fare riferimento ai tipici indici di bilancio introduce dei criteri di adattamento alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore che, indubbiamente, non sono di facile determinazione. Occorre, infatti, sottolineare che l'avvalersi di mere statistiche, che riportano i dati di settore e/o di mercato, potrebbe incidere sulla determinazione del reale stato in cui l'impresa versa, ex art. 2, primo comma, lett. a), con diverse implicazioni, anche di natura penale — ex art. 323, lett. d), del CCII⁽¹⁷⁾ —.

Oltretutto, l'analisi per risultati statici potrebbe far perdere di vista quell'esame dinamico della gestione che è necessario rilevare per dare *evi-*

(17) "La relazione dell'esperto dovrà pertanto riportare: l'attività svolta dall'impresa ed il contesto del mercato merceologico di riferimento, le verifiche svolte in merito alla composizione delle singole voci che compongono il bilancio, le ragioni che suggeriscono l'adozione di indici diversi rispetto a quelli elaborati dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e, infine, la tipologia degli indici scelti ed il risultato della loro analisi; a tal proposito è stato rilevato che risulta assai complicato per il professionista motivare un'inidoneità riferita, così come richiesto dalla norma, alla specificità delle caratteristiche dell'impresa", così A. I. BARATTA, *La nuova tipologia di attestazione prevista dall'art. 13 del Codice della crisi e dell'insolvenza*, in www.ilfallimentarista.it che riprende R. RANALLI, *Il codice della crisi gli "indicatori significativi": la pericolosa conseguenza di un equivoco al quale occorre porre rimedio*, in *Il caso*.

denza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale, così come richiesto dalla norma.

In sostanza, il cruscotto di indicatori non può condurre ad un'indagine quantitativa statica, ma dev'essere predittiva e segnaletica, atta ad intercettare tempestivamente i sintomi della crisi, e scevra da profili di valutazione soggettiva.

In questo senso l'art. 13 individua come indici significativi quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi e rinvia espressamente al successivo art. 24, rubricato "*Tempestività dell'iniziativa*" che, ai fini dell'applicazione delle misure premiali, considera altri indicatori, che sono: — l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; — l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; — il superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici elaborati ai sensi del citato articolo 13.

È chiaro che la costruzione degli indici è di competenza dell'organo amministrativo, che, oltretutto, può avvalersi dell'elaborazione delle *soft rules* — dall'ISA 570 all'OIC 9 o alle elaborazioni dell'ODCEC in tema di Sistema di allerta interna — ed è altrettanto chiaro che l'attestatore non può tralasciare, nell'esame dell'adeguatezza, di valutare l'idoneità degli indicatori a individuare la "*twilight zone*", che è alla base degli strumenti di allerta, e la loro congruità con le specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, ma ancor più chiaro è che il professionista, nel valutare l'idoneità degli indicatori, deve escludere l'inserimento di misurazioni che possono prestarsi a valutazioni soggettive che svilirebbero l'intento del legislatore di definire la zona d'ombra attraverso determinazioni quantitative ⁽¹⁸⁾.

4.1.2. L'attestazione ex art. 18, terzo comma, CCII.

L'attestazione, del professionista indipendente, è richiesta anche nelle ipotesi in cui l'imprenditore voglia richiedere l'archiviazione delle segnalazioni ricevute quando non corrispondono ad un reale stato di crisi. Tale

⁽¹⁸⁾ R. RANALLI, *Gli indicatori della crisi driver per le segnalazioni all'OCRI*, in *La riforma del fallimento: Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, (a cura di M. Pollio e M. Longoni, Milano, 2019, p. 74: "*Mentre, in astratto, gli indicatori possono avere anche solo natura quantitativa, gli indici appartengono invece al più ristretto ambito degli elementi quantitativi. Ed è solo a questi ultimi che il legislatore ha inteso fare riferimento nel momento stesso in cui, nell'incipit della norma, delinea gli indicatori della crisi negli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario. Il concetto di equilibrio, infatti, presuppone necessariamente la comparazione di grandezze quantitative*".

opportunità è stata, probabilmente, introdotta dal legislatore quale argine ai possibili “falsi positivi”.

L’art. 18, terzo comma, in una prima parte, prevede l’archiviazione su iniziativa del collegio (*ex art. 17 CCII*) e, in una seconda, dispone l’archiviazione sulla base di un’attestazione da parte del professionista indipendente (se manca l’organo di controllo) che attesti l’esistenza e il *quantum* dei crediti d’imposta o di crediti scaduti verso la pubblica amministrazione e che sia tale da comportare, se portata in compensazione con le posizioni debitorie pendenti, il mancato superamento delle soglie rilevanti ai fini delle segnalazioni ricevute da parte dei creditori pubblici qualificati — Agenzia delle Entrate, INPS, Agente della riscossione —.

La *ratio* della norma, così come indicato nella Relazione illustrativa, va ricercata nella volontà del legislatore di evitare che imprese in (apparente) difficoltà per carenza di liquidità, a causa del mancato pagamento da parte di debitori pubblici, debbano subire conseguenze pregiudizievoli ulteriori a causa dei tempi delle procedure di liquidazione e di pagamento.

È particolare, però, notare che il legislatore ha investito il professionista, dell’onere di definire la sostanza della posizione creditoria, quando avrebbe potuto coinvolgere direttamente l’imprenditore. Oltretutto, la norma non richiede che i crediti da portare in compensazione siano stati accertati definitivamente e che si riferiscano a periodi di imposta definiti. Da ciò ne deriva una forte criticità per il professionista, anche in termini di assunzione di responsabilità, che deve attestare quanto meno la sussistenza del credito stesso⁽¹⁹⁾. Chiaramente, egli dovrà basarsi sulla documentazione ricevuta dall’imprenditore — sulla quale probabilmente conviene effettuare una verifica (su delega dello stesso imprenditore?) presso i creditori “segnalatori” — e che deve essere allegata all’attestazione. Diversamente, onde mitigare la responsabilità che non può comunque essere esclusa, dovrà farsi rilasciare dall’imprenditore una dichiarazione di veridicità della situazione vantata nei confronti dei creditori qualificati.

4.2. Il professionista attestatore in esecuzione degli strumenti negoziali stragiudiziali.

Il CCII conferma il ruolo di attestatore del professionista indipendente nella disciplina degli strumenti negoziali stragiudiziali soggetti (o meno) ad omologa e introduce, tra le altre, una novità: è previsto che, il professionista indipendente, deve attestare, oltre che la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica del piano, anche la fattibilità giuridica.

Riguardo al giudizio sulla veridicità dei dati è, oramai noto, che l’espres-

⁽¹⁹⁾ Si v. L. GAMBÌ, *Il ruolo dei creditori pubblici qualificati nell’allerta*, in *www.fpcu.it*; F. PONGIGLIONE, *L’attestatore e le attestazioni conquistano nuovo risalto e dignità*, in *La riforma del fallimento: Il nuovo codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, (a cura di) M. Pollio e M. Longoni, Milano, 2019, p. 107 ss.

sione non può essere intesa quale “veridicità oggettiva”, quanto invece riferita al processo di rilevazione dell’informazione economico-finanziaria che provenga da un sistema amministrativo-contabile adeguato⁽²⁰⁾, ossia idoneo a minimizzare il rischio di errori rilevanti. Il principio cardine è quello fissato per la redazione del bilancio, ex art. 2423 c.c., e che deve corrispondere ad un’attestazione che tenga conto, da un lato, della reale esistenza e valore dei beni e delle attività e, dall’altro, delle passività. Oltretutto, la verifica non deve riguardare solo l’esame della mera corrispondenza tra i valori del piano e quelli rappresentati in contabilità, ma deve consistere in un’attività di revisione vera e propria che sia condotta in conformità ai relativi principi⁽²¹⁾.

Sul punto la Raccomandazione n. 11 delle Linee guida⁽²²⁾ interviene specificando che: *“Data l’impossibilità, specialmente nelle imprese di dimensioni medio-grandi, di eseguire una completa verifica di tutti i dati aziendali in tempi ragionevoli e con costi non esorbitanti, il professionista dovrà porre particolare attenzione: (a) agli elementi di maggiore importanza in termini quantitativi, con particolare riferimento, in considerazione dell’importanza dei flussi di cassa attesi, alle componenti del capitale circolante; (b) all’insussistenza di elementi che destino sospetti circa la correttezza e l’affidabilità delle rappresentazioni contabili dei fatti di gestione. Lo standard di diligenza nell’esecuzione di tali verifiche dipende dalle circostanze concrete. All’uopo potranno essere utilizzati anche i principi e le prassi di revisione consolidati, declinati tuttavia in base alle caratteristiche dell’impresa e alle sue dimensioni. Ne consegue che: (1) in presenza di dati forniti unicamente dal debitore, senza precise assunzioni di responsabilità da parte di soggetti indipendenti e qualificati (quale il soggetto eventualmente incaricato della revisione legale o esperti nominati ad hoc per la valutazione di specifici cespiti), il professionista si assume l’integrale responsabilità della veridicità dei dati aziendali; (2) in presenza di dati recenti verificati da un revisore, è legittimo per il professionista fare un sia pur non completo e incondizionato affidamento sul lavoro già svolto. Lo stesso può dirsi, limitatamente ai dati che ne sono oggetto, in presenza di perizie, verifiche e pareri di congruità provenienti da soggetti qualificati in relazione all’indagine concretamente effettuata. Anche in presenza di verifiche fatte da altri, tuttavia, qualora emergano elementi di*

⁽²⁰⁾ La norma 4.2.1. dei Principi di Attestazione dei piani di risanamento, a cura del CNDCEC ha chiarito che *“L’espressione “veridicità” utilizzata nella legge fallimentare non può essere intesa nel senso di “verità oggettiva”, quanto piuttosto nel senso che il processo di produzione dell’informazione economico-finanziaria si basi su un sistema amministrativo-contabile adeguato (cioè idoneo a contenere il rischio di errori rilevanti) e che i redattori dell’informazione operino le stime in modo corretto, pervenendo a un’informazione attendibile e imparziale”*.

⁽²¹⁾ Si v. la Circolare n. 30/IR dell’11 febbraio 2013, *cit.*; Cassazione civile, sez. I, 4 maggio 2018, n. 10752, in *www.ilcaso.it*. Per la Cassazione civile sez. I, 31 gennaio 2014, n. 2130: *“il presupposto indispensabile per consentire ai creditori di valutare sulla base di dati reali la convenienza della proposta e la fattibilità economica del piano”*.

⁽²²⁾ Raccomandazione 11 delle Linee Guida, *cit.*, p. 35 e ss.

anomalia (c.d. “red flags”), il professionista deve indagare al fine di giungere al giudizio di veridicità dei dati.”

Il giudizio sulla fattibilità economica, che consiste in una verifica *ex ante* di idoneità del piano a superare la crisi d'impresa, al pari di quello di veridicità, non può consistere in mere affermazioni apodittiche, ma implica una dichiarazione che consiste in una previsione circa la realizzabilità dei risultati indicati nel piano, in ragione dei dati e delle informazioni disponibili al momento del rilascio dell'attestazione; per i principi di attestazione, norma 6.7.1, *“il giudizio di fattibilità si sostanzia in una valutazione prognostica circa la realizzabilità dei risultati attesi riportati nel piano in ragione dei dati e delle informazioni disponibili al momento del rilascio dell'attestazione”*.

È chiaro che la necessità di verificare la coerenza delle scelte di risanamento con la situazione effettiva dell'impresa deve tener presente, oltre che il fattore tempo, gli eventuali aggiustamenti a seguito dell'avverarsi delle variabili previste o meno dal piano⁽²³⁾.

Tuttavia, mentre il sindacato del giudice, nel verificare la fattibilità giuridica intesa come riscontro della compatibilità del piano con le norme inderogabili, non ha particolari margini, il giudizio sulla fattibilità economica, intesa come realizzabilità degli obiettivi rappresentati, può incontrare il limite della verifica della sussistenza o meno di una assoluta manifesta inettitudine del piano presentato a realizzare gli obiettivi prefissati. Sul punto la Cassazione si è espressa *sulla fattibilità in termini non già di certezza, ma di mera probabilità, comunque inferiore ai rischi ai quali i creditori sarebbero rimasti esposti per effetto della dichiarazione di fallimento*⁽²⁴⁾.

Accanto al giudizio di veridicità e di fattibilità economica, introdotti con la riforma della legge fallimentare del 2006, l'attuale impianto normativo del CCII affida al professionista indipendente anche il giudizio relativo alla fattibilità giuridica, sino ad oggi, reputato di competenza del Tribunale.

4.2.1. L'attestazione della fattibilità giuridica.

Il CCII richiama, nell'ambito delle soluzioni negoziali stragiudiziali omologabili (e non), il giudizio di fattibilità giuridica agli artt.:

— l'art. 56, rubricato *“Accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento”* prevede, al quarto comma, che *“un professionista indipendente deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica e giuridica del piano”*;

— l'art. 57, rubricato *“Accordi di ristrutturazione dei debiti”*, stabilisce al quarto comma che *“un professionista indipendente deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica e giuridica del piano. L'attesta-*

⁽²³⁾ Si v. la Raccomandazione 2.1 delle Linee Guida, cit., p. 10.

⁽²⁴⁾ Cass. 9 maggio 2013, n. 11014 in *www.ilcaso.it*.

zione deve specificare l'idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei termini di cui al comma 3.".

In tema di concordato l'art. 87, al secondo comma, continua (invece) a richiedere la sola fattibilità economica: *Il debitore deve depositare, con la domanda, la relazione di un professionista indipendente, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano.*

Per la giurisprudenza, intervenuta in passato sul significato del nuovo termine "fattibilità" e sul limite al principio dell'insindacabilità della « fattibilità economica » da parte del giudice, il controllo sulla « fattibilità giuridica » è di stretta competenza del Tribunale che effettua un sindacato di primo livello volto a verificare la compatibilità delle modalità di attuazione della proposta con le norme di legge e la coerenza complessiva del piano stesso ⁽²⁵⁾.

4.2.2. **L'attestazione della fattibilità giuridica ed economica: luci ed ombre.**

La separazione del concetto di fattibilità in giuridica ed economica, così come trasfusa nel codice della crisi, la si deve alla sentenza della Cassazione, Sez. Unite, n. 1521 del 2013 che ha (anche) recepito, nella disciplina del concordato, l'orientamento della "teoria della causa concreta" ⁽²⁶⁾: con riferimento alla dicotomia relativa alla fattibilità, la Suprema Corte ha precisato che: *"Al riguardo va innanzitutto premesso che la fattibilità non va confusa con la convenienza della proposta, vale a dire con il giudizio di merito certamente sottratto al Tribunale (salva l'ipotesi di cui alla L.F., articolo 180, comma 4, come modificato dal Decreto Legge n. 83 del 2012), così come analogamente non può essere identificata con una astratta verifica in ordine agli elementi dell'attivo e del passivo, anche se in qualche misura da questi possa dipendere. È invece più propriamente da ritenere che la fattibilità si traduca in una prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati, il che implica una ulteriore distinzione, nell'ambito del generale concetto di fattibilità, fra la fattibilità giuridica e quella economica. Una prima conclusione che si può trarre da questa premessa può dunque essere individuata nel fatto che certamente il controllo del giudice non è di secondo grado, destinato cioè a realizzarsi soltanto sulla completezza e congruità logica dell'attestato del professionista".*

⁽²⁵⁾ G. CIERVO, *Il giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo nella recente giurisprudenza della Suprema Corte*, in <http://www.nuovodirittodellesocieta.it>; D. GALLETTI, *Il sindacato del giudice nel concordato preventivo un anno dopo: prove tecniche di actio finium regundorum?*, in *ilFallimentarista.it*.

⁽²⁶⁾ Per tutte si v. Cassazione n. 10490/ 2006, secondo cui la causa va intesa come "lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato".

In tema invece di causa concreta il Collegio ha ritenuto che: *“che una corretta configurazione dei margini di intervento del giudice sotto il profilo ora evidenziato presuppone la preventiva individuazione della causa concreta del procedimento di concordato sottoposto al suo esame, il che equivale a dire l'accertamento delle modalità attraverso le quali, per effetto ed in attuazione della proposta del debitore, le parti dovrebbero in via ipotetica realizzare la composizione dei rispettivi interessi”*, da cui ne consegue che *“ il margine di sindacato del giudice sulla fattibilità del piano va stabilito, in via generale, in ragione del contenuto della proposta e quindi della identificazione della causa concreta del procedimento nel senso sopra richiamato”*.

In sostanza, la causa è da intendersi *“come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento, finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro”*.

Successivamente la Cassazione⁽²⁷⁾ ha avuto modo di specificare il principio che *“l'esplicito riferimento alla causa concreta, evocando il richiamo di una prospettiva funzionale, suppone un controllo sul contenuto della proposta finalizzato a stabilirne l'idoneità ad assicurare la rimozione dello stato di crisi mediante il previsto soddisfacimento dei crediti rappresentati”*. Orientamento questo, ormai, consolidato; anche di recente la Cassazione, n. 3863/2019⁽²⁸⁾, ha confermato che al Tribunale spetta non solo giudicare il profilo di stretta legalità della proposta, ma anche di scongiurare *« una manifesta inettitudine di quest'ultimo a raggiungere gli obiettivi prefissati »*.

In sostanza, se la conformità delle previsioni, contenute nel piano, con le norme inderogabili, è di competenza del Tribunale, questi potrà esprimersi

(27) Con la sentenza n. 9061/2017, in *www.sentenze.la leggepertutti.it*, la Cassazione si è espressa ritenendo che: *“È abbastanza evidente che l'esplicito riferimento alla causa concreta, evocando il richiamo di una prospettiva funzionale, suppone un controllo sul contenuto della proposta finalizzato a stabilirne l'idoneità ad assicurare la rimozione dello stato di crisi mediante il previsto soddisfacimento dei crediti rappresentati. Ciò significa che la verifica di fattibilità, proprio in quanto correlata al controllo della causa concreta del concordato, comprende necessariamente anche un giudizio di idoneità, che va svolto rispetto all'assetto di interessi ipotizzato dal proponente in rapporto ai fini pratici che il concordato persegue. Difatti non può esser predicato il primo concetto (il “controllo circa l'effettiva realizzabilità della causa concreta”) se non attraverso l'estensione al di là del mero riscontro di legalità degli atti in cui la procedura si articola, e al di là di quanto attestato da un generico riferimento all'attuabilità del programma. Da questo punto di vista non è esatto porre a base del giudizio una summa divisio tra controllo di fattibilità giuridica astratta (sempre consentito) e un controllo di fattibilità economica (sempre vietato). Il giudice, in verità, è tenuto a una verifica diretta del presupposto di fattibilità del piano per poter ammettere il debitore al concordato, e la differenza (nozionistica) appena richiamata serve semplicemente a questo: che mentre il sindacato del giudice sulla fattibilità giuridica, intesa come verifica della non incompatibilità del piano con norme inderogabili, non incontra particolari limiti, il controllo sulla fattibilità economica, intesa come realizzabilità nei fatti del medesimo, può essere svolto nei limiti nella verifica della sussistenza o meno di una manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi”*.

(28) In *www.unijuris.it*.

sul piano della fattibilità economica solo nel caso di manifesta irrealizzabilità della causa concreta del concordato, interpretata come soddisfazione anche minima dei creditori nel rispetto dei termini indicati nella proposta. Di contro, la c.d. convenienza economica spetta ai creditori.

Se quanto riportato è riferito alle discussioni, dottrinali e giurisprudenziali, che hanno interessato l'istituto del concordato, così come riformato nella legge fallimentare, si osserva che il legislatore, del CCII, non solo recepisce, nella disciplina delle soluzioni negoziali stragiudiziali, la dicotomia tra fattibilità giuridica ed economica, *ex artt.* 56 e 57, ma attribuisce il vaglio dei presupposti giuridici al professionista indipendente a cui, conseguentemente, spetterà la verifica della compatibilità del piano o dell'accordo con le norme inderogabili dell'ordinamento e la sua idoneità a raggiungere gli obiettivi prefissati.

Si ritiene, altresì, che egli debba operare anche una verifica delle singole situazioni giuridiche rappresentate e che potrebbero richiedere l'ausilio di terzi soggetti esterni dei quali ne risponde anche in termini di responsabilità⁽²⁹⁾. Tanto discende dalla considerazione che la fattibilità giuridica può essere, in concreto, ricondotta ad aspetti che esulano dalle competenze del professionista, a meno che non voglia sostenersi che queste possano dirsi acquisite dalla introduzione della specifica formazione richiesta oggi dal CCII e di cui si è detto⁽³⁰⁾.

Vi è, anche, un'ulteriore considerazione che nasce dal contenuto della disciplina degli accordi di ristrutturazione ove permane la previsione dell'omologazione da parte del Tribunale, ai sensi dell'art. 44 CCII, e che pare designare una sovrapposizione di competenze.

In altri termini, pare lecito chiedersi, in considerazione della nuova funzione attribuita al professionista indipendente e relativa al vaglio della fattibilità giuridica, se il potere del giudice si limita alla verifica del contenuto del piano o dell'*iter* procedurale o se, come affermato da tempo dalla dottrina e dalla giurisprudenza formatasi all'indomani della riforma della legge fallimentare, continua ad estendersi (anche) alla verifica degli aspetti di legalità sostanziale e, in particolare, alla verifica del soddisfacimento dei soggetti terzi estranei.

Allo stesso modo, in termini di fattibilità economica, ai fini del piano attestato di risanamento, permane il dubbio, risolto in materia concordataria

⁽²⁹⁾ Si v. A. SOLIDORO, *op. cit.*, p. 19: "Ci si limita qui a osservare che il sindacato di fattibilità giuridica appare estraneo alle competenze professionali proprie richieste all'attestatore/professionista indipendente, obbligando quindi quest'ultimo, non tanto a estendere il proprio range di nozioni, ma ad avvalersi, di pareri di ulteriori esperti legali per pervenire al ragionevole convincimento che il piano non sia incompatibile con norme inderogabili".

⁽³⁰⁾ Ovviamente, il professionista indipendente è anche tenuto ad attestare la idoneità del piano a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria, come richiesto dal primo comma dell'art. 56 del CCII, e l'idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei termini, così come richiesto dall'art. 57, ultimo comma del CCII, e a rinnovare l'attestazione in ipotesi di modifiche sostanziali intervenute prima o dopo l'omologazione.

dalla giurisprudenza oramai consolidata, se l'attestazione corretta è quella che giudica *ex ante* un piano fattibile in quanto “non manifestamente inidoneo” a raggiungere la propria finalità, o al contrario è quella che giudica *ex ante* un piano fattibile solo se “manifestamente idoneo” a raggiungere le finalità prefisse?

È chiaro che, per non svilire la portata (anche) pratica dell'istituto, è bene aderire alla prima interpretazione poiché è (altrettanto) chiaro che la riuscita, degli istituti stragiudiziali, dipende anche dalla collaborazione dei creditori, ai fini del raggiungimento degli obiettivi prefissati, determinati anche dalla esenzione da revocatoria.

La Cassazione, tuttavia, con la sentenza n. 13719 del 5 luglio 2016⁽³¹⁾, chiamata ad esprimersi sulle ipotesi di esenzione da revocatoria, ha ritenuto che il Tribunale possa verificare *ex ante* la « manifesta attitudine all'attuazione del piano di risanamento, del quale l'atto oggetto di revocatoria da parte della curatela costituisce uno strumento attuativo ». In sostanza, occorre verificare se il piano risulti, *ab origine*, attuabile.

Ovviamente, siffatta posizione apre la strada alla preoccupazione che l'attestazione possa essere facilmente, anche nei casi in cui l'ipotesi sia non manifestamente inidonea e salvo dimostrare la sua manifesta idoneità, travolta dal fallimento e che, conseguentemente, gli atti possano essere revocati, rendendo così, oltremodo, complicata la conclusione di quei contratti che permettono l'attuazione del piano stesso⁽³²⁾.

A cascata, il vaglio della “manifesta attitudine”, quale indirizzo giurisprudenziale, si riflette sul contenuto della relazione che deve essere in grado, *ex post* e in caso di liquidazione giudiziale, di reggere e consentire la realizzazione della esenzione da revocatoria.

In termini diversi, al fine di soddisfare l'orientamento della “manifesta attitudine”, appare necessaria un'indagine capillare sui presupposti del piano e sulle prospettive future che devono dirsi già realizzabili *ab origine*.

Tale intento ha, probabilmente, condotto all'analiticità pretesa dall'art. 56, comma secondo del CCII, che stabilisce il c.d. contenuto minimo: “a) la situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa; b) le principali cause della crisi; c) le strategie d'intervento e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria; d) i creditori e dell'ammontare dei

⁽³¹⁾ In www.ilcodicedeconcordati.it.

⁽³²⁾ Non dimentichiamo che: “... nella logica di una valutazione *ex ante* di piani che hanno lo scopo di tranquillizzare i soggetti terzi affinché mantengano relazioni economiche con l'impresa debitrice in crisi, e di consentire nel contempo il riequilibrio finanziario e lo sdebitamento di quest'ultima, confinare lo strumento ai casi di manifesta attitudine, vuol dire azzerarne la portata pratica. La manifesta attitudine appare presupporre la necessaria realizzazione del piano, quando lo strumento esentativo da revocatoria presuppone invece proprio che il piano stesso non sia andato a buon fine e quindi il debitore sia successivamente fallito. Si verrebbe a creare una curiosa tautologia: il debitore è fallito in quanto il piano non era manifestamente idoneo a risolvere la crisi in una in cui versava e conseguentemente l'esenzione della revocatoria non opererebbe mai. Verrebbe quasi da dire che, in termini generali, il manifesto successo non è neppure un requisito richiesto per l'intrapresa legittima di una qualunque iniziativa imprenditoriale”, così A. Solidoro, *op. cit.*, p. 20.

crediti dei quali si propone la rinegoziazione e lo stato delle eventuali trattative; d) gli apporti di finanza nuova; e) i tempi delle azioni da compiersi, che consentono di verificarne la realizzazione, nonché gli strumenti da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto” (33).

Non può, tuttavia, sottacersi che l'adozione di un'interpretazione restrittiva, intesa in senso negativo, dell'orientamento della Suprema Corte, potrebbe condurre all'inutilizzabilità dell'istituto proprio per sistematica disapplicazione del sistema di esenzione e per una non corretta applicazione di una logica di giudizio che si collochi temporalmente *ex-ante* nella valutazione della fattibilità dei piani: se da un lato la manifesta attitudine richiede la necessaria realizzazione del piano, dall'altro l'esenzione da revocatoria presuppone, invece, che il piano stesso non sia andato a buon fine (34). Evidentemente, e in conclusione, per evitare che ciò accada il legislatore, dettando il contenuto seppur minimo ha, probabilmente, voluto indicare, così come fissato dalle linee guida elaborate dal CNDCEC, gli elementi che accanto alle prospettive di risanamento il professionista deve esaminare analiticamente nella propria attestazione.

(33) Al piano devono essere allegati: — le scritture contabili e fiscali obbligatorie, le dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi precedenti, ed i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi; — una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata, uno stato particolareggiato ed estimativo delle attività; — l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; — l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto; — un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi; — una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel quinquennio anteriore.

(34) *Si ribadisce che occorre mantenere alto il livello di attenzione sapendo distinguere da una parte l'assunzione di un ragionevole rischio imprenditoriale da parte dell'imprenditore in crisi e dei soggetti economici che con esso sono chiamati a concludere relazioni commerciali — supportati da un serio strumento di previsione sull'andamento gestionale ed economico finanziario atteso (il piano) — e dall'altra l'aspettativa che il piano stesso assicuri certezza in ordine alle evoluzioni prospettiche in esso previste, così A. SOLIDORO, op. cit., p. 20.*