

## ACCERTAMENTI FISCALI, GESTIONE DELL'IMPRESA IN CRISI E ATTESTAZIONI DEL PROFESSIONISTA <sup>(1)</sup>

di SANTE CASONATO

**SOMMARIO:** 1. La crisi dell'impresa a seguito di accertamenti fiscali. – 2. Sul comportamento dell'impresa in crisi in presenza di avvisi di accertamento. – 3. La scelta dello strumento deflattivo della crisi ed il comportamento in buona fede e correttezza da essa derivante. – 4. Le criticità delle attestazioni in presenza di debiti potenziali per accertamenti fiscali.

*1. La crisi dell'impresa a seguito di accertamenti fiscali.* – È indubbio che la crisi di un'impresa possa manifestarsi anche a seguito di rilevanti accertamenti fiscali.

L'esperienza comune ci insegna, ormai drammaticamente, che negli ultimi periodi aziende di discrete dimensioni non hanno saputo gestire in modo efficiente la crisi conseguente a rilevanti richieste tributarie, naufragando verso il fallimento e trascinando nella medesima condizione anche quelle società che, nell'illusione di una continuità aziendale, erano sorte dalle ceneri della prima.

Tralasciando per il momento di approfondire se il fattore tributario che ha generato la crisi sia ascrivibile o meno ai comportamenti di coloro che avevano la gestione dell'impresa, concorrendo così a cagionarla o ad aggravarla <sup>(2)</sup>, preme in questa sede sottolineare come, per effetti dinamici del fenomeno imprenditoriale, il concetto di "crisi" si rivolga più all'impresa che all'imprenditore <sup>(3)</sup>, così che, più che su un piano di

---

<sup>(1)</sup> Il presente contributo trova spunto dalla relazione dell'autore al Convegno "La salvaguardia dell'impresa in crisi: procedure concorsuali e problemi fiscali", tenutosi in Treviso in data 06.02.2015.

<sup>(2)</sup> Per un approfondimento sulle responsabilità per aver causato (o concorso a causare) la crisi v. R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Soc.* 6/2013, p. 669, il quale, richiamando gli insegnamenti del Supremo Collegio (Cass. 12 febbraio 2013, n. 3409 e Cass. 28 aprile 1997, n. 3652) fa notare come occorra sempre tenere ben distinte la *business judgment rule* e la *rule of law*, in quanto solo la violazione di quest'ultima, cioè di doveri derivanti da vere e proprie regole di diritto, sarebbe idonea a generare responsabilità giuridica, mentre le ragioni di opportunità imprenditoriale e la valutazione del buono o cattivo esito dell'attività d'impresa restano estranee a questo ambito, potendo semmai assumere rilievo soltanto nella dinamica del rapporto di fiducia che deve esistere, ove titolarità e gestione del capitale impiegato facciano capo a soggetti distinti, tra i soci e chi amministra la società.

<sup>(3)</sup> Non esiste una definizione legislativa del concetto di "crisi". Il progetto di legge fallimentare della Commissione istituita con D.M. 27.02.2004 definiva lo stato di crisi come "la situazione patrimoniale, economica o finanziaria in cui si trova l'impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza"; pertanto, i concetti di "crisi" e di "insolvenza" non coincidono, ma si sovrappongono, così che la crisi precede di solito l'insolvenza (e

natura giuridico-tributaria, la problematica necessita di un inquadramento di carattere prettamente aziendalistico, in grado cioè di monitorare la prevedibilità e la progressività della crisi stessa <sup>(4)</sup>, implicando, il più delle volte, un approccio con sensibilità in campo fallimentare al fine di poter individuare le migliori soluzioni da adottare.

Nella maggior parte dei casi, le maggiori pretese tributarie che scaturiscono da verifiche, verbali di constatazione o accertamenti fiscali, qualora di entità rilevante, non necessariamente convogliano verso una crisi di natura squisitamente finanziaria, da intendersi cioè nella sua forma “pura” di insufficienza di flussi finanziari positivi a sostegno del maggior debito erariale, ma, con molta probabilità, dovranno fare i conti con una crisi di tipo congiunturale o strutturale del sistema aziendale, in un meccanismo capace di condurre, in tempi più o meno brevi, a crescenti tensioni finanziarie che potrebbero sfociare nell’insolvenza.

Il sorgere di debiti rilevanti, che l’imprenditore non aveva preventivato, ma che incidono nel patrimonio aziendale in modo tale da far registrare uno stato di crisi aziendale, obbliga a due doverose considerazioni: a) l’apertura di un fronte di responsabilità per gli organi sociali, non solo con riferimento al precedente comportamento antiggiuridico che, a causa dei rilievi fiscali, assurgerebbe a causa della crisi stessa, ma anche in riferimento al comportamento caratterizzato da una tardiva percezione e/o da una inadeguata reazione all’evento, causato da una inadeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società, ovvero da un comportamento caratterizzato dall’aver malamente adoperato quegli strumenti che l’ordinamento mette a disposizione degli amministratori in tali situazioni <sup>(5)</sup>.

In quest’ottica, se all’organo gestorio competono le responsabilità ricollegabili ad un errato comportamento in termini previsionali, è

---

non viceversa), come una situazione nella quale il debitore è in grado di adempiere ai debiti scaduti ma è probabile che non sia in grado di adempiere a quelli che scadranno, così che la “crisi” rappresenta un elemento che preannuncia l’insolvenza, ma può accadere anche che vi sia insolvenza senza crisi; il concetto di “crisi” è pertanto più ampio di quello di “insolvenza”.

Cercando una definizione in positivo, la dottrina e la giurisprudenza hanno fatto a volte riferimento ai concetti di “difficoltà”, di “malessere economico-finanziario dell’imprenditore”, di “contenitore di situazioni eterogenee, senza nessuna specifica patologica dell’impresa”, ovvero ad “avvenimenti di breve periodo che rappresentano cause contingenti meno gravi dell’insolvenza” o “alterazioni del suo equilibrio economico, e/o finanziario e/o patrimoniale.

<sup>(4)</sup> Che va quindi a maturare nei suoi vari gradi di intensità; a differenza dell’insolvenza, la crisi può infatti anche non esteriorizzarsi e può sussistere anche se si gode di credito; ciò non di meno, in tali casi è obbligo degli amministratori avviare un processo di riequilibrio e di ristrutturazione che può transitare anche attraverso il ricorso a procedure concorsuali o ad istituti deflattivi della crisi stessa, come i piani di risanamento ex art. 67, lett. d), o gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall., mirati a ridurre il maggior indebitamento, la rinegoziazione e il consolidamento del debito (comprese le maggiori pretese tributarie) e il mantenimento di un ritmo di sviluppo “sostenibile”, anche mediante una ricapitalizzazione della società.

<sup>(5)</sup> R. Rordorf, *cit.*

evidente che il debito erariale, nella sua intera entità potenziale, qualora non possa essere integralmente assorbito dall'imprenditore, implica necessariamente l'adozione di immediate strategie decisionali, con la necessità di un immediato confronto sulla migliore soluzione, non solo con l'Agenzia delle Entrate e gli Enti previdenziali coinvolti, ma anche (e soprattutto) con gli altri creditori, in una dinamica governata dai principi delle prelazioni e della *par condicio*, con una visione di sistema che trascende la norma tributaria speciale.

Il debito tributario potenziale apre infatti il fronte della verifica sulla sussistenza della continuità aziendale, con il conseguente problema socio-economico che va a coinvolgere non solo l'Amministrazione finanziaria e gli *stakeholders* diretti, ma anche quelli indiretti, poiché le aziende di una certa dimensione sono in genere inserite in una filiera e l'effetto domino può trascinare nella crisi anche i fornitori del debitore, con il conseguente contagio a livello di indotto dall'impatto non indifferente <sup>(6)</sup>.

Ne consegue che nel momento in cui la crisi si manifesta, l'organo gestorio ha l'obbligo (e non la facoltà) di trovare la migliore soluzione possibile per i creditori, da intendersi nella loro massa complessiva e non meramente individuale, che potrebbe implicare anche una continuità aziendale attraverso accordi di ristrutturazione o concordati preventivi in continuità, nell'ambito dei quali istituti il debito tributario potrebbe trovare definizione anche mediante una transazione fiscale ex art. 182-ter l. fall. <sup>(7)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> L'arresto della continuità aziendale provocherà inoltre una minor capacità di reddito dei dipendenti licenziati (anche dalle altre aziende collegate alla filiera), impatterebbe anche sulle imposte indirette (Iva) collegate ai minori consumi connessi alla minore capacità di spesa, non creerebbe nuove entrate per versamenti tributari e contributivi riferiti agli stipendi ed appesantirebbe l'economia per le uscite conseguenti agli ammortizzatori sociali.

Verrebbe anche assestato un ulteriore non indifferente colpo al sistema bancario, verso il quale la società in crisi è verosimilmente indebitata; le banche subirebbero così le conseguenze dirette di un fallimento e quelle indirette per mancati pagamenti dei mutui contratti dai dipendenti licenziati, nonché per il mancato incasso dei pagamenti da parte dei fornitori dell'impresa insolvente, a loro volta indebitati con il sistema bancario che ha anticipato i crediti vs. la società in crisi. Tenuto conto del ruolo centrale del sistema bancario in tali particolari contingenze, si ricava un ulteriore impatto negativo in termini economici per la collettività.

<sup>(7)</sup> Sotto questo profilo una possibilità offerta alle imprese in stato di crisi per assolvere le obbligazioni di rispettiva pertinenza, tanto sotto il profilo fallimentare quanto sotto quello tributario, è rappresentato dall'istituto della transazione fiscale ex art. 182-ter l. fall., con il quale, in deroga del principio della indisponibilità della pretesa tributaria, il debitore può proporre all'Amministrazione finanziaria il pagamento anche parziale di alcuni tributi e dei relativi accessori, ancorchè già iscritti a ruolo.

Sul concetto che la transazione fiscale rappresenti un istituto in deroga del principio della indisponibilità della pretesa tributaria nell'ambito dell'interesse pubblico perseguito. v. G.D. TOMA, *La discrezionalità dell'azione amministrativa in ambito tributario*, 2012, p. 344 ss. gg. - L. TOSI, *La transazione fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2006, p. 1071 - A. VISCONTI, *Riflessioni sull'impiego della transazione fiscale nella nuova disciplina del concordato fallimentare*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2006, p. 456.

Negli accordi di ristrutturazione i creditori c.d. “aderenti” potrebbero essere rappresentati anche solo dall’Agenzia delle Entrate, dal Concessionario per la riscossione, dagli Enti previdenziali ed assistenziali, permettendo così di programmare entrate certe da parte dello Stato, di salvaguardare le altre potenziali non indifferenti entrate collegate al sistema filiera e di favorire una ripresa dell’equilibrio nel sistema bancario, oggi fortemente compromesso e non sempre in grado di supportare la società in crisi <sup>(8)</sup>.

Nei casi di particolare rilevanza, lo spirito della legge e la volontà del legislatore prevedono infatti un approccio diverso alla regolazione del debito tributario; approccio che deve essere basato sui c.d. “*vantaggi compensativi*”, raggiungibili solo attraverso un “*equo*” accordo che favorisca da un lato l’interesse tutelato dello Stato (nella sua visione ampia) e, dall’altro lato, una tutela dell’intero ceto creditorio e del bene-impresa.

Così impostato il problema, il corollario derivabile è quello che la via contenziosa, quale soluzione delle pretese tributarie, rappresenterebbe solo una delle diverse soluzioni attuabili dall’impresa in crisi, giustificabile a posteriori solo a condizione che i risultati attesi al termine dei vari gradi di giudizio, seppur inevitabilmente incerti, possano rappresentare la coerente conseguenza della scelta basata nel ponderato giudizio (*ex ante*) della migliore soluzione attuabile per i creditori.

---

<sup>(8)</sup> La soluzione al problema mediante un accordo, che vede nella transazione fiscale una delle componenti del piano ristabilizzatore del soggetto economico sul mercato, non è quindi solo un problema socio/economico (comunque non indifferente), ma anche di vera convenienza per lo Stato, attese le entrate che si realizzerebbero con il salvataggio aziendale.

In tutti quei casi in cui, ad esempio, l’accertamento derivasse da entrate c.d. “in nero”, la ripresa dell’attività con equilibrio economico e finanziario avrebbe anche il beneficio di regolarizzare in modo etico l’impresa, sì che da allora in avanti nessuna operazione “fuori bilancio” dovrebbe essere più attuata, comportando un effetto risanatorio di tutto l’indotto e del distretto, obbligando i terzi ad adeguarsi ad un più corretto modo di agire economico, realizzando così le finalità di politica economica volute in questi ultimi anni al fine di porre l’Italia in modo competitivo nei confronti degli altri Paesi europei ed extraeuropei.

Anche sotto un profilo della gestione della crisi del sistema socio/economico, le novità legislative in materia fallimentare trovano infatti fondamento anche nelle Direttive comunitarie nn. 102/1987 e 90/1988, finalizzate alla salvaguardia dei complessi aziendali e dei posti di lavoro, per cui si delinea un nuovo inquadramento dell’economia in generale da intendersi quale strumento di conservazione e risanamento dell’impresa in crisi.

La stessa Relazione ministeriale al d.l. n. 35/2005 concepisce gli strumenti alternativi al fallimento come uno “strumento attraverso il quale la crisi dell’impresa può essere risolta anche attraverso accordi stragiudiziali (e quindi anche quelli ex art. 182-ter l. fall.) che abbiano ad oggetto la ristrutturazione dell’impresa”.

In tal senso, sono stati recepiti gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza circa una interpretazione c.d. “evolutiva”, che vede la necessità di conseguire finalità conservative e non esclusivamente liquidatorie dell’impresa in crisi, attraverso un accordo e un regolamento amichevole del dissesto, suscettibile eventualmente di conseguire la conservazione dell’impresa e il suo risanamento, avvicinando così la soluzione della crisi all’istituto dell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, quale procedura snella e meno costosa per dissesti aziendali.

Qualora i risultati attesi al termine dell'iter contenzioso fossero invece verosimilmente tali da rendere in futuro insostenibile il pagamento della pretesa erariale, comportando il fallimento della società, la mancata attivazione in via anticipata di una soluzione concordata sul debito esporrebbe gli amministratori ad elevati rischi di responsabilità.

Quanto sopra in linea di principio, poiché è indubbia la volontà del legislatore delle crisi di mettere a disposizione strumenti che evitino, alla fine, l'incapacità per l'Erario di incassare le somme pretese e, soprattutto, l'incapacità di valutare in termini di equità e di ripresa economica i veri interessi tutelati dello Stato, così da rendere preferibile il conseguimento di un più proficuo introito negoziato rispetto a quello ottenibile dallo sviluppo delle procedure esecutive <sup>(9)</sup>.

Ma è anche vero che la teoria si scontra necessariamente con la prassi, per cui l'istituto della transazione fiscale ex art. 182-ter l. fall., che in poco più di due anni ha subito ben sette interventi legislativi e che ben si presterebbe a dare un prezioso contributo nel contesto della profonda crisi economica in atto, non ha avuto quell'applicazione diffusa che si sperava, in quanto la volontà del legislatore di lasciare ampia autonomia alle parti mal si è scontrata con una Pubblica Amministrazione, rigida ed adotta agli schemi <sup>(10)</sup>; è stato infatti osservato come l'impostazione

---

<sup>(9)</sup> In questo senso, con Circolare AE n. 20/E del 16 aprile 2010, la stessa Agenzia delle Entrate ha richiamato l'attenzione sull'opportunità di addivenire, qualora ne ricorrano i presupposti, alle transazioni fiscali disciplinate dall'art. 182-ter l. fall.

In particolare, è stato sottolineato che in presenza di situazioni di crisi aziendale, sia prodromiche alla dichiarazione di fallimento, sia evidenziate in una proposta di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione, lo strumento transattivo può rilevarsi decisivo per garantire l'effettivo introito di somme dovute all'Erario in misura certamente superiore (e in tempi certamente più rapidi) rispetto a quanto potrebbe avvenire, con le ordinarie modalità di riscossione, in caso di fallimento del contribuente e che gli Uffici devono evidenziare, senza indugio, la presentazione di istanze di transazione, informando tempestivamente la competente Direzione regionale e la Direzione centrale.

Nello stesso senso anche l'interpretazione fornita dell'Agenzia delle Entrate con Circolare AE n. 40/E del 18 aprile 2008, in cui si esortano le agenzie territoriali a considerare nelle decisioni gli *“obiettivi sottesi alla riforma organica delle procedure concorsuali e, di conseguenza, all'istituto della transazione fiscale”* e a valutare la proposta del contribuente anche alla luce *“degli altri interessi coinvolti nella gestione della crisi, quali, ad esempio, la difesa dell'occupazione, la continuità dell'attività produttiva, la complessiva esposizione debitoria dell'impresa, oltre alla sua generale situazione finanziaria e patrimoniale (ad esempio, la tipologia dell'attività svolta, le diverse componenti positive di bilancio, la consistenza immobiliare e la presenza di eventuali garanzie)”*.

<sup>(10)</sup> G. D'ANTONIO, *Art. 182? Opportunità sprecata*, in *Fiscal Focus*, 2013, il quale ha fatto notare come un momento particolarmente delicato è rappresentato proprio dalla formazione della volontà dell'Amministrazione finanziaria, che attraverso l'istituto della transazione fiscale e su istanza del contribuente, deve dare o negare il consenso alla proposta transattiva ricevuta.

Il rischio è quello di riconoscere alla discrezionalità amministrativa il potere di disporre dei crediti tributari, per cui si verifica che il potere di disporre delle entrate tributarie, che deve modellarsi caso per caso, in quanto non può esistere una soluzione unica per risolvere distinte crisi di impresa di diversa specie, sia proprio fonte di problematica per

dell'Agazia delle Entrate non consideri le innovazioni introdotte con la riforma <sup>(11)</sup>.

Ma anche quando il potenziale debito erariale non è così invasivo, tale cioè da non erodere immediatamente il capitale sociale e, soprattutto, da far pensare che possa essere gestito in una sorta di crisi attenuata e non pericolosa (anche attraverso l'utilizzo della dilazione temporale dell'emissione degli avvisi di accertamento), gli amministratori non possono esimersi dal valutare la continuità secondo una prospettiva di futura dinamica temporale; nell'ottica, cioè, di una previsione dell'insolvenza che potrebbe a medio/lungo venirsi a creare.

Tali situazioni sono forse quelle più difficili da gestire, in quanto, mentre nell'irreversibilità definitiva (cioè nell'insolvenza immediata) il ricorso a procedure concorsuali invasive, come il fallimento o il concordato preventivo liquidatorio, risultano pressoché obbligatorie (implicando tuttavia la morte dell'azienda stessa), quelle in cui l'insolvenza è solo potenziale implicano il tentativo di salvaguardare il bene sociale impresa, anche mediante istituti giudiziari in continuità aziendale.

Ciò non significa che tutte le aziende siano meritevoli di essere salvate; lo saranno solo quelle in cui l'imprenditore saprà dimostrare di poter stare in futuro sul mercato; si tratta allora di capire quali lo siano e quali no.

A tal fine, è necessario un approccio scientifico di valutazione della fattibilità della conservazione dell'impresa, secondo un processo di "diagnosi della crisi d'azienda" che comporterà un approccio non univoco, bensì bipartito <sup>(12)</sup>, che vede da una parte la *diagnosi di stato*, che può essere affidata ad analisti esterni e, dall'altra, una *diagnosi di*

---

la stessa Amministrazione, che si trova a dover rendere soggettivo un modus operandi di cui si è sempre prediletto l'oggettività.

<sup>(11)</sup> M. CARDILLO, *La transazione fiscale: problemi e possibili soluzioni*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2012, p. 5, richiamato anche da G. DISEGNI (a cura di), *L'impresa in crisi: soluzioni offerte dal nuovo diritto fallimentare*, p. 373. Nello stesso senso anche A. TAGLIONI, *La transazione fiscale in sede fallimentare*, in *Boll. Trib.* il quale fa notare come la mancanza di una direttiva uniforme ed inequivocabile da adottare in sede di transazione fiscale rende pressoché inutilizzabile tale istituto o quantomeno di difficile applicazione, vanificandone conseguentemente i sottesi principi e finalità a cui la novella normativa è ispirata, visto e considerato che l'art. 182-ter l. fall. regolamenta principalmente gli aspetti procedurali, lasciando in sospenso tutta una serie di problematiche oltre che di natura interpretativa anche di coordinamento con le norme che l'istituto coinvolge.

<sup>(12)</sup> Per un approfondimento sulle metodologie e i modelli finalizzati al monitoraggio e una prevenzione della crisi v. anche G. CESTARI, *La diagnosi precoce della crisi aziendale*, Giuffrè, 2009 e F. PODOGLIE e S. MADONNA, *I modelli di previsione delle crisi aziendali: possibilità e limiti*, Giuffrè, 2006.

Il malessere aziendale non può avere un'unica modalità di realizzazione ed un solo obiettivo, essendo influenzato dalla posizione e dagli interessi dei soggetti che lo compiono, ed acquisisce peculiarità differenti in forza delle specifiche finalità perseguite

*funzione*, che dovrebbe invece essere svolta soggetti interni all'azienda; il tutto sulla base di modelli all'uopo preposti <sup>(13)</sup>.

Tra questi si segnala il semplice modello *Z-score* di Altman <sup>(14)</sup>, utilizzato sia da Moody's che da Standard & Poor's per il calcolo del c.d. *rating*; tale modello può essere efficacemente utilizzato anche in sede di attestazione ex art. 161, co. 3, l. fall., nonché in sede di proposta di transazione fiscale, al fine di poter esprimere un giudizio di fattibilità su piani in continuità, nei quali la redditività futura a servizio del debito concorsuale non può prescindere da una sopravvivenza dell'azienda per tutto il periodo previsto dal piano e/o dall'accordo con l'Amministrazione <sup>(15)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> Tra i vari modelli si ricordano: il "Modello di Scott", il "Modello di Altman", il "Modello di Alberici" e il "Modello di Appetiti", che valorizza, quest'ultimo, il trend aziendale.

Il modello *Z-score* di Altman si inserisce nel filone delle analisi discriminanti che, a partire dagli anni '60, rappresenta la tecnica maggiormente utilizzata nella stima delle insolvenze. È il più significativo strumento elaborato con la metodica discriminante multidimensionale ed è finalizzato all'accertamento precoce dei sintomi di squilibrio aziendali sfruttando l'analisi di bilancio per indici.

Presenta dei limiti: *a)* presuppone la correttezza dei dati contabili di partenza, spesso alterati in situazioni di crisi e di declino, in quanto influenzati da politiche di bilancio volte ad occultare o attenuare i segni di deterioramento delle condizioni di salute; *b)* la funzione discriminante è stata originariamente sviluppata per aziende quotate, per cui va quindi tradotta e ridisegnata in ipotesi di società non quotate; *c)* il modello può essere applicato a società manifatturiere, poiché una variabile è esplicativa della produttività aziendale, perdendo quindi di significato per le aziende commerciali e non manifatturiere ed anche all'interno di società manifatturiere va oggi tradotto con modelli produttivi decentrati; *d)* il modello è stato sviluppato nel particolare contesto geografico e storico per cui la sua validità nel tempo e nell'area di applicazione non può assurgere a certezza. Il modello *Z-score* di Altman è stato elaborato anche per il modello italiano da uno studio di BOTTANI, CIPRIANI e SERAO con esiti pubblicati nel 2004.

<sup>(14)</sup> A conferma v. ad esempio A. CZOMBERA, *Altman Z-score: credit ratings and equity investing in a high-quality environment*, in [www.academia.edu](http://www.academia.edu), maggio 2014

<sup>(15)</sup> E.I. ALTMAN – A. DANOVÌ – A. FALINI, in *La previsione dell'insolvenza: l'applicazione dello Z Score alle imprese in amministrazione straordinaria*, in [www.people.stern.nyu.edu](http://www.people.stern.nyu.edu), 06.4.2013, fanno notare come il tema della previsione dell'insolvenza ha continuato a essere oggetto del dibattito internazionale anche negli anni '90, quando ai lavori basati sull'analisi discriminante (prevalenti fino al decennio precedente) si sono affiancati quelli caratterizzati da *Probit Analysis* o dall'utilizzo di reti *Neurali* o altre metodologie innovative.

Anche negli ultimi anni, nell'ottica previsiva dei sistemi bancari e delle regole di rating introdotte dagli accordi di Basilea, prevalgono metodologie basate su modelli di regressione in uso nella prassi bancaria (ad esempio logistica), ancorché molti di questi presentino difficoltà applicative; tra questi il più noto è quello *Z-score* di Altman che dovrebbe essere in grado di prevedere l'insolvenza tre anni prima che questa si verifichi. Nel contributo citato viene dato atto che le elaborazioni dello *Z-score* per le imprese manifatturiere ammesse ad Amministrazione Straordinaria nel periodo 2000-2010 evidenziano come la maggioranza delle società venga classificata all'interno della zona di insolvenza. In particolare, all'approssimarsi della procedura la percentuale cresce notevolmente: se nel quintultimo bilancio d'esercizio il 68% delle imprese era classificato tra quelle "incerte", nell'ultimo bilancio disponibile la percentuale crolla al 13%.

2. *Sul comportamento dell'impresa in crisi in presenza di avvisi di accertamento.* – Quando l'azienda entra in crisi, si forma un *humus* fertilissimo per la rivitalizzazione immediata di tutta una serie di fattori e di comportamenti, fino a prima sopiti e tra loro in equilibrio, che diventano improvvisamente contrapposti e/o contrastanti <sup>(16)</sup> e che rendono necessario un lucido coordinamento e numerose scelte che siano al contempo corrette, legali e tempestive.

Nella prassi, si assisterà infatti: *a)* ad una necessaria tensione con gli istituti di credito e con i fornitori, con il sorgere di una lite reale tra gli stessi creditori e tra questi e la società, in quanto il rapporto tra i creditori è regolato dal canone *homo homini lupus*, non essendovi alcun interesse comune dei creditori ed essendo essi antagonistici per definizione; *b)* ad un immediato agire diretto a tutela del credito da parte degli stessi creditori, compreso l'Erario, senza un coordinamento verso soluzioni di maggior interesse, proprio perché non è nella disponibilità del creditore un'informativa completa sulle risorse disponibili per la migliore soluzione; *c)* al sorgere di rischi di compiere atti preferenziali o comunque revocabili, con una reazione di prudenza da parte dei terzi che non facilita la continuità aziendale; *d)* l'affiorare del problema collegato alle responsabilità patrimoniali per gli atti compiuti dagli amministratori, ricollegabile alla loro impreparazione sulla gestione della crisi; *e)* il manifestarsi del pericolo di compiere reati penali fallimentari qualora la società approdi poi al fallimento o anche solo al concordato preventivo; *f)* il rischio del blocco aziendale per eventuali tensioni con i lavoratori dipendenti e con i fornitori e, infine; *g)* proprio nei momenti in cui la liquidità è più importante, un probabile comportamento del sistema bancario finalizzato al rientro delle loro esposizioni.

In questa situazione di tempesta, gli amministratori (e gli organi di controllo) troveranno un'evidente difficoltà ad orientarsi, con un comprensibile istinto ad abbandonare il campo; ma se l'azienda è meritevole di salvataggio, è bene invece che rimangano nel loro ruolo, perché, in uno stato di crisi, gli stessi non sono facoltizzati, bensì obbligati ad agire, con una corrispondente responsabilità a loro carico in caso di inadempimento.

Quando l'azienda è in crisi, gli amministratori non sono più gestori dell'interesse dei soci, dovendo diventare invece gestori dell'interesse dei creditori, esplicando quindi la loro attività, quanto più possibile, verso la conservazione delle pretese creditorie; nei momenti di crisi, la gestione va

---

All'anno x-2 il 64% delle società veniva classificato tra quelle "insolventi", il 32% tra quelle "incerte" e solo il 4% tra quelle sane.

<sup>(16)</sup> C. TRENTINI, in *I concordati preventivi*, 2014, p. 413 ss., fa notare che "le procedure concorsuali sono, per antonomasia, il campo di battaglia in cui si scontrano gli interessi individuali, il *bellum omium contra omnes*: e questo è indiscutibile se si considera che la prospettive di soddisfazione del singolo creditore sono inversamente proporzionali al riconoscimento dei diritti degli altri creditori".

infatti orientata in modo coerente al contesto, cercando cioè il risanamento o la soluzione della crisi in tempi ancora utili per evitare il dissesto definitivo.

Si impone pertanto una presa di posizione da parte loro sul corretto comportamento da adottare, sia nel momento in cui la crisi si manifesta, sia nell'eventuale periodo immediatamente successivo, atteso che la crisi va necessariamente a minare la continuità aziendale; in questi casi il ricorso agli strumenti prenotativi previsti dai rispettivi commi 6 degli artt. 161 e 182-bis l. fall. può invece rappresentare un'efficace soluzione, proprio perché gli effetti che si producono con la pubblicazione del ricorso possono assicurare la miglior salvaguardia dell'integrità e del valore del patrimonio sociale.

Norma illuminante per comprendere il comportamento da adottare alla vigilia della presentazione del ricorso di cui all'art. 161, comma 6, l. fall. è quella prevista dall'art. 182-sexies l. fall., la quale prevede che per il periodo anteriore alla presentazione della domanda si applica l'art. 2486 cod. civ. <sup>(17)</sup>.

Si impone così agli amministratori un comportamento gestorio non facile, ma che deve essere comunque percorso e che va basato su una diligente programmazione, con un prudente, professionale ed informato *business judgment*, soprattutto in ipotesi di continuità aziendale, con scelte finalizzate alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, tese ad assicurare il *migliore soddisfacimento per i creditori* <sup>(18)</sup>.

---

<sup>(17)</sup> In caso di rilevante debito tributario sopravvenuto la scelta non sarà facile, poiché se da un lato il ritardato o mancato deposito del ricorso preconcordatario può costituire una fonte di responsabilità, secondo il modello della causalità "adeguata" che caratterizza l'applicazione giurisprudenziale dell'art. 1223 cod. civ, perché oggettivamente dimostrabile che avrebbe potuto impedire un danno per la società, dall'altro lato l'accanimento nel suo utilizzo potrebbe però anche aggravare ulteriormente il dissesto, in misura ben più consistente rispetto ad un puro e semplice ritardo nel richiedere il proprio fallimento A. DI PASQUALE, *Consiglio di amministrazione: i doveri di comportamento verso soci e creditori*. In atti del convegno "Le novità in materia di concordato preventivo", I-5, organizzato dall'Università degli studi di Firenze, 22 gennaio – 6 febbraio 2014.

<sup>(18)</sup> Poiché in questa fase della vita aziendale i creditori fanno affidamento sulla garanzia patrimoniale rappresentata da tutti i beni presenti e futuri del debitore, la conservazione del valore degli stessi appare atto dovuto ed ispiratore delle scelte da operarsi, anche se, per l'ampia libertà di tipologia di piano che è oggi possibile presentare.

Per un approfondimento sul concetto di miglior soddisfacimento dei creditori si è espresso in modo esaustivo A. PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo*, in *Fall*, 9/20013, 1099 ss. gg., il quale fa notare come nella legge di riforma, e segnatamente nell'istituto di preconcordato "ricorre infatti, come una sorta di stella polare cui orientare le scelte di gestione, il criterio del miglior soddisfacimento dei creditori. E questo all'interno di un'opzione legislativa che incentiva le imprese ad una tempestiva denuncia della situazione di crisi, nella chiara preferenza di soluzioni di conservazione dei valori aziendali rispetto a quelle liquidatorie: secondo una moderna concezione dinamica della responsabilità patrimoniale, incentrata sulla gestione produttiva, per cui i creditori paiono maggiormente consapevoli del rischio di impresa, così legittimandosi a governarla". L'autore si domanda anche "se la nozione di soddisfazione equivalga a quella di semplice pagamento ovvero se possa comprendere anche altre utilità, economicamente

Assume così un significato centrale l'esperienza sulle situazioni di crisi, con l'onesta presa di coscienza, da parte degli organi sociali, del sistema organizzativo aziendale, imponendo loro di valutarlo nella sua adeguatezza ed affidabilità, come in grado cioè di elaborare piani industriali e documenti programmatici (anche strategici) che siano attendibili sugli sviluppi futuri, essendo tali documenti la fonte informativa principale sulla quale gli amministratori potranno formulare le loro scelte in esenzione da danno.

In assenza di una struttura interna adeguata, gli amministratori dovranno necessariamente rivolgersi ad esperti in grado di aiutarli in tale visione, permettendo loro di poter scegliere la migliore soluzione possibile per i creditori; l'assenza di un piano strategico o la sua inattendibilità renderanno infatti evidente un'organizzazione "inadeguata", determinando così un andamento della gestione del tipo "navigazione a vista", che non può sicuramente soddisfare i requisiti di cui agli artt. 2381 e 2392 cod. civ. <sup>(19)</sup>.

In presenza di indici di crisi preoccupanti e percepibili dagli amministratori, quest'ultimi devono quindi immediatamente "informarsi" non solo presso il proprio consulente tributario, ma anche presso esperti della crisi aziendale, poiché la situazione di crisi/insolvenza impone anche un diverso arbitraggio nel trattamento degli interessi di coloro che sono o saranno coinvolti in rapporti con l'impresa, valutando l'adeguatezza delle informazioni ricevute; sotto il profilo dell'eventuale omessa attivazione, l'assenza informativa o un'inerte valutazione del sistema organizzativo potrà certamente essere *ex post* sindacabile nel merito, generando fonte di responsabilità <sup>(20)</sup>.

---

determinabili ma non consistenti in attribuzioni di beni o di denaro, quanto piuttosto in diversi vantaggi per il creditore: come pare possibile, nella debita valutazione selettiva nella concreta determinazione di ogni proposta, alla luce della previsione di 'soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma' (art. 160, primo comma, lett. a). Ed ancora, come e da chi la valutazione di miglior soddisfacimento deve essere fatta?"

<sup>(19)</sup> D. GALLETI, *op. cit.* F. DI MARZIO, *Insolvenza di società pubbliche e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2012, 772, il quale ricorda il piano di azione del 21.5.2003 redatto dalla Commissione delle Comunità Europee per la modernizzazione del diritto societario (in [www.europa.ue.int/com/internal\\_market](http://www.europa.ue.int/com/internal_market)), laddove dichiara la necessità di una maggiore responsabilizzazione degli amministratori per i danni derivati dalla negligente gestione della crisi d'impresa. In quel documento è raccomandata la estensione del regime designato nell'art. 214 dell'*Insolvency Act* del 1987, riassunto nell'istituto del c.d. *wroful trading*.

Già prima dell'insorgere della crisi cosciente e con riferimento alle lacune dell'organizzazione, gli amministratori, siano essi delegati o meno (così come i sindaci), non possono quindi disinteressarsi, perché la situazione che conseguirebbe non può costituire per loro un alibi, essendo sanzionabile la condotta amministrativa di indifferenza e l'inefficiente gestione della crisi d'impresa poi trasmodata nel fallimento, in quanto tale condotta è dannosa soprattutto per i creditori dell'impresa medesima

<sup>(20)</sup> P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2011, 828, fa notare come il paradigma di condotta e il criterio di imputazione di responsabilità degli amministratori, rappresentato dalla correttezza nella gestione, dall'adeguatezza degli assetti organizzativi

Dopo tale approfondito processo, gli amministratori procederanno così nella scelta di chiedere una soluzione giudiziale della crisi se (e solo se), nella situazione data, questa è la scelta che può consentire la migliore conservazione del patrimonio sociale, in alternativa alla prosecuzione dell'attività gestendo i contenziosi tributari.

Corre pertanto l'obbligo di una particolare “*cautela gestionale*”, perché la responsabilità per le potenziali “*nuove*” perdite è infatti derivabile non tanto (o non solo) dalla situazione patrimoniale in cui si trova la società, quanto, soprattutto, in connessione ai singoli atti gestori da cui le stesse derivino <sup>(21)</sup>.

Il riferimento all'art. 2497 cod. civ., quale principio generale del sistema sui corretti principi di gestione societaria ed imprenditoriale, nonché di buona fede e di diligenza, sembra in questi casi doveroso, sicché è d'obbligo assumere solo iniziative, decisioni e delibere che preservino il patrimonio aziendale, conformemente ad una corretta gestione imprenditoriale; l'unica, cioè, che secondo una valutazione di ragionevolezza controllabile solo *ex post*, risulti essere stata presa in coerenza con l'obiettivo di cui al ricorso della procedura.

Ciò che il nostro ordinamento prescrive è infatti non tanto l'obbligo o il dovere di esercitare l'impresa nell'interesse di altri, bensì quello di gestirla non a danno di altri; in altre parole, la gestione aziendale nel periodo di crisi è condizione di legittimità dell'esercizio o della continuazione dell'esercizio per il tempo necessario a traghettare la soluzione della crisi stessa, ma l'utilizzo del tempo e delle risorse ancora a disposizione non può tuttavia essere indeterminato né, soprattutto, utilizzato per raggiungere obiettivi irrealizzabili in un generale concetto di “buon senso” e di concreta fattibilità della soluzione che si vuole intraprendere, in quanto i danni che si creerebbero potrebbero essere di entità importante e direttamente riferibili ai soggetti coinvolti e a chi ne abbia tratto beneficio.

---

e dall'agire informato si declina in regole più puntuali, correlate alla progressiva complessità sia dell'impresa che delle tecniche gestionali.

<sup>(21)</sup> Sebbene nell'ordinamento italiano non esista una specifica norma civilistica che stabilisca l'obbligo di richiedere il fallimento in proprio (cfr. HIRTE-VICARI, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali verso i creditori in caso di omessa o ritardata presentazione della richiesta di fallimento al Tribunale, nel diritto tedesco ed italiano*, in *Giur. Comm.* 1996, II, 377 ss.), in una situazione di crisi gli amministratori devono principalmente preoccuparsi di non avventurarsi in operazioni rischiose, di adottare tutte le misure necessarie a contenere il più possibile le perdite, nonché rispettare appieno i provvedimenti imposti dalla legge (*rules*) in siffatte situazioni; il tutto con l'ovvio fine di evitare la formazione di nuovo passivo e di non disperdere le risorse sociali. Nel suo stato di crisi, l'azienda è principalmente un fatto sociale, coinvolgente una pluralità di interessi differenziati ma tutti fortemente dipendenti, per la propria soddisfazione, dalla capacità di sopravvivenza dell'impresa medesima; da valutarci, cioè, come qualcosa di più e di diverso dalle mere conseguenze in capo ai suoi soci e/o amministratori, implicando comportamenti ed iniziative coerenti all'interesse sociale e alla sopravvivenza dell'impresa nel tessuto sociale e territoriale, indipendentemente dal destino della società.

3. *La scelta dello strumento deflattivo della crisi ed il comportamento in buona fede e correttezza da essa derivante.* – La scelta di tentare il risanamento *in bonis*, coltivando i contenziosi tributari e/o aderendo ad altri istituti deflattivi in campo fiscale, ovvero quella di procedere alla liquidazione fallimentare o a soluzioni fallimentari più strutturate<sup>(22)</sup>, non è affidata alla discrezionalità insindacabile dell'imprenditore, bensì unicamente alla sua discrezionalità tecnica, assistita dalla valutazione di qualificati professionisti.

Le diverse soluzioni operative non potranno essere pertanto del tutto discrezionali, ma restano sempre scrutinabili secondo i parametri di *correttezza*, fondati sulla *ragionevolezza* e *fattibilità* del piano e sulla *attuabilità* dell'accordo con i creditori; il tutto presidiato dalla regola secondo la quale l'operato dei *directors* deve essere intrapreso nel *miglior interesse dei creditori sociali*.

L'organo gestorio dovrà infatti poter dimostrare la sua buona fede sul fatto che la scelta è stata fatta, nella situazione allora contingente e nella gamma delle diverse scelte praticabili, quale migliore soluzione possibile per i creditori, tenendo conto di tutti i rischi che tale scelta avrebbe potuto comportare, tra i quali anche il rischio della causa tributaria e la possibilità di ricorrere ad un accordo con l'Amministrazione finanziaria.

Il principio del *miglior soddisfacimento dei creditori* va infatti adottato anche quale criterio di discriminare per l'accertamento della responsabilità degli amministratori nella gestione ordinaria successiva alla presentazione della domanda di concordato preventivo con riserva o di un preaccordo di ristrutturazione<sup>(23)</sup>.

Poiché in tali fasi prenotative va esclusa qualsiasi automaticità di individuazione degli atti di ordinaria amministrazione, si pone anche il

---

<sup>(22)</sup> Già a suo tempo A. PATTI, *La procedura di crisi: la prosecuzione dell'attività di impresa nel tradizionale sistema di graduazione dei crediti*, in *Il Fallimento.it*, 2000 faceva notare che “quando si affronta il tema della crisi di impresa, due sono le principali angolazioni prospettive da cui esso può essere riguardato, che sottendono la tutela di interessi tendenzialmente confliggenti, almeno nel breve periodo: quella del risanamento dell'impresa e quella della tutela del credito. La prima si pone, infatti, nella prospettiva della conservazione dell'attività imprenditoriale e (quanto meno, a medio termine) del suo recupero a condizioni di efficienza, nel ripristino di un'economicità di gestione, per una rinnovata collocazione competitiva sul mercato; la seconda si pone, invece, nella prospettiva (immediata) della liquidazione dell'impresa, per la realizzazione del valore di scambio dei beni organizzati per il suo esercizio, in vista dell'estinzione delle passività (in una visuale *ex parte debitoris*) accumulate.

Si tratta allora di verificare se davvero le due prospettive delineate siano irrimediabilmente inconciliabili o se non sia possibile recuperare, in una più ampia regolazione della gestione della crisi dell'impresa, un terreno comune di convergenza di interessi, rappresentato verosimilmente dal mantenimento in vita della stessa, con le debite garanzie di controllo, in vista (anche) della soddisfazione, in via dilazionata ed in misura (eventualmente) percentuale, dei diritti dei creditori”.

<sup>(23)</sup> A. PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fall.* 9/2013, 1106, il quale richiama, in chiave di più dubbia problematicità, R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Soc.*, 2013, 673.

problema se un accertamento con adesione, stipulato in tale fase, rappresenti, per la sua legittimità, un atto urgente di straordinaria amministrazione e, come tale, da dover essere autorizzato dal tribunale, il quale ancora non dispone del piano e della proposta quali elementi indispensabili per la relativa decisione.

Mi pare che sotto questo profilo occorra fare ricorso ai principi elaborati dalla recente giurisprudenza di legittimità<sup>(24)</sup>, in base ai quali debbono ritenersi atti di ordinaria amministrazione quelli di una gestione pertinente (anche se di costo elevato) che abbiano il solo scopo di conservare e/o risanare l'impresa, strettamente aderenti e funzionalmente adeguati alle necessità risanatorie dell'impresa in relazione alle dimensioni del patrimonio, mentre ricadono nell'area della straordinaria amministrazione gli atti suscettibili di ridurlo o gravarlo di pesi o vincoli cui non corrispondano acquisizioni di utilità reali su di essi prevalenti<sup>(25)</sup>.

Nel dubbio, che impone il ricorso in via prudenziale al tribunale fallimentare, si ricorda che quest'ultimo può assumere "sommarie informazioni", giustificando così, in ipotesi di particolare complessità, non solo il rilascio di un parere da parte del commissario eventualmente nominato, ma anche di quello di un ausiliario (con competenze tributarie) appositamente coinvolto per assisterlo sotto il profilo tecnico nell'opera di una costruttiva valutazione<sup>(26)</sup>.

---

<sup>(24)</sup> *Ex multis* Cass. 21924/2011 in *Fall.* 2012, 298 – Cass. 21925/2011 e 21926/2011, in *Fall.* 2011, 1395.

<sup>(25)</sup> Così, di recente, anche Trib. Padova 21.2.2014, il quale ha affermato che "*nel corso di una procedura concordataria, devono essere considerati come atti di straordinaria amministrazione, e quindi soggetti ad autorizzazione del tribunale ex art. 161, comma 7, l. fall., quelli potenzialmente idonei ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, all'esito di una valutazione in concreto, da compiersi caso per caso*".

Il Trib. Terni 12.10.2012, richiamando Cass. Sez. I, 20291/2005, ha specificato come il carattere di atto di straordinaria amministrazione dipende "*dalla sua idoneità ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore pregiudicandone la consistenza e compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori in quanto ne determina la riduzione ovvero lo grava di veicoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti su questi ultimi*".

Anche Trib. Pinerolo, 9.1.2013, ai fini della suddetta distinzione, richiama Cass. 7546/2003, secondo cui vanno considerati di ordinaria amministrazione gli atti che siano oggettivamente utili alla conservazione del valore e dei caratteri oggettivi essenziali del patrimonio, che abbiano di per sé un valore economico non particolarmente elevato in senso assoluto (e soprattutto in relazione al valore totale del patrimonio medesimo), e che comportino un margine di rischio modesto in relazione alle caratteristiche del patrimonio predetto, ritenendosi di straordinaria amministrazione gli atti che non presentino tutte e tre queste caratteristiche.

<sup>(26)</sup> Trib. La Spezia, decreto 25.9.2012, in *www.ilcaso.it*. E. GAI, *op. cit.*, richiama Trib. Arezzo 3.10.2012, il quale ha sancito che il Tribunale dovrà svolgere un'indagine rigorosa, a tutela dei creditori, accertando anzitutto l'urgenza dell'atto, condizione questa imprescindibile ai fini autorizzatori, essendo autorizzabili in tale fase solamente gli atti di straordinaria amministrazione che siano urgenti. Il collegio dovrà poi valutare la funzionalità e compatibilità dell'atto rispetto al piano e alla proposta concordataria, potendo a tal fine anche acquisire informazioni. Circostanze queste che non saranno in alcun modo riscontrabili in presenza di una domanda "in bianco", o del tutto generica.

Contrariamente ad alcune rispettabili posizioni dottrinali <sup>(27)</sup>, che vedono, tra le varie alternative oggi possibili, la scelta dello strumento atto al risanamento dell'azienda basata sull'entità crescente dello stato di crisi, pare invece condivisibile la visione di coloro <sup>(28)</sup> che ritengono che non sia la *quantità* della crisi, bensì la sua *qualità* ad orientare alla scelta dello strumento deflattivo.

Può infatti capitare che l'emersione di potenziali rischi tributari faccia lievitare il debito ad entità tale da qualificare la crisi in termini di insolvenza, tale cioè da sembrare risolvibile solo con il ricorso agli istituti del concordato preventivo o del fallimento, anche nella loro declinazione meramente liquidativa.

Ma se il debito tributario complessivo supera la soglia critica del 60% dell'intero indebitamento, l'insolvenza potrebbe in questi casi essere superata anche con lo strumento dell'accordo ex art. 182-bis l. fall., stipulato l'unico creditore (rappresentato dall'Amministrazione finanziaria) ed eventualmente supportato od affiancato da una preliminare transazione fiscale.

Una delle caratteristiche principali della transazione fiscale è infatti non solo quella di poter ridurre il debito erariale consolidato, ma anche quello di poter soddisfare la parte non falciata, o non falciabile, in tempi molto più lunghi di quelli previsti da altri strumenti tributari, vincolando i futuri flussi finanziari provenienti dalla gestione dell'impresa così risanata.

In tal modo si supererebbe anche il problema della fattibilità dei piani concordatari, ovvero dell'autorizzabilità da parte del giudice delegato degli atti previsti dal curatore nel programma di liquidazione fallimentare ex art. 104-ter l. fall., evidenziato dalla recente Cassazione <sup>(29)</sup> in

---

<sup>(27)</sup> G. LOMBARDI – P.D. BELTRAMI, *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, in *Giur. Comm.*, I/2011, p. 713 ss. gg., richiamando MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. Soc.*, 2008, p. 102 ss., hanno evidenziato come sia "opinione pressoché unanime che, in linea di massima, piano attestato di risanamento, accordi di ristrutturazione dei debiti e concordato preventivo siano rispettivamente utilizzabili a seconda dell'entità crescente dello stato di crisi".

<sup>(28)</sup> Così, ad esempio, M. FABIANI, al Convegno "La gestione della crisi d'impresa: scelta dello strumento, tecniche, responsabilità", tenutosi a Firenze in data 29.1.2015 e 11.2.2015.

<sup>(29)</sup> Cass. 1521/2013, la quale è intervenuta in merito all'estensione dei poteri del tribunale nell'esame di un piano concordatario, per dirimere i contrasti emersi sul punto fra i giudici di merito ed enucleare, nell'ambito del generale concetto di fattibilità, l'ulteriore distinzione fra la fattibilità giuridica e quella economica, affermando che "non è dubbio che spetti al giudice verificare la fattibilità giuridica del concordato e quindi esprimere un giudizio negativo in ordine all'ammissibilità quando le modalità attuative risultino incompatibili con norme inderogabili e, tra queste, il tempo massimo fissato dal legislatore nella c.d. "Legge Pinto", che secondo lo standard ricavato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, recepito nelle sentenze Cass. 7 giugno 2012 n. 9254 e Cass. 28 maggio 2012 n. 8468, prevede in sette anni i tempi di durata di una procedura fallimentare complessa e in cinque anni quelli di una procedura di media complessità.

riferimento al vincolo temporale imposto dalla c.d. legge Pinto sulla irragionevole durata della procedura.

Quando l'impresa è in crisi a seguito di rilevanti (anche potenziali) pretese tributarie, l'imprenditore è necessariamente costretto ad aprire una dialettica con l'Amministrazione finanziaria<sup>(30)</sup>, poiché il suo interesse non coincide necessariamente né con l'interesse del creditore erariale (teso alla massima soddisfazione possibile del proprio credito), né con quello alla conservazione del bene aziendale in quanto tale, proprio perché tale dialettica deve essere opportunamente documentabile, nel giudizio di buona fede che si può aprire a posteriori, al fine di convincere sulla corretta scelta dello strumento risanatore adottato.

In presenza di interessi superindividuali o semplicemente diversi e plurimi, la mancanza di una documentata dialettica, da formalizzarsi in atti e delibere, rischia infatti di essere letta, dal futuro curatore, come un'inerte ed irresponsabile comportamento, teso solo ad allungare la data dell'epilogo finale in danno al ceto creditorio.

Può infatti verificarsi che, contrariamente ad una decisione che preveda il ricorso all'istituto del concordato preventivo<sup>(31)</sup>, la migliore

---

Sull'argomento v. anche Trib. Modena 13.6.2013, in *Il Fallimentarista*, con nota di M.A. RUSSO, *Concordato preventivo: inammissibilità per irragionevole durata della liquidazione*, ove viene evidenziato che il concordato preventivo deve concludersi in un termine ragionevolmente contenuto che, per il concordato avente natura liquidatoria, comparabile al procedimento di esecuzione forzata, è inferiore al termine indicato dal legislatore per il concordato in continuità aziendale, per il quale occorre far riferimento, in termini temporali, alla procedura fallimentare.

Ad analoghe conclusioni, anche Trib. Monza 11.6.2013, in *Il Fallimentarista*, con nota di JEANTET-COVINO, *Il concordato con continuità aziendale: compatibilità con l'affitto d'azienda e durata poliennale del piano*, il quale tribunale, relativamente ad un concordato con continuità aziendale, ha dichiarato l'inammissibilità di una proposta concordataria che prevedeva la realizzazione di un piano industriale avente la finalità di preservare il valore dell'azienda ed il soddisfacimento dei creditori in un arco temporale compreso tra dieci e vent'anni dall'omologa.

<sup>(30)</sup> M. POLLIO, in *Il ruolo del professionista nei risanamenti aziendali*, a cura di M. FABIANI - A. GUIOTTO, 2012, p. 389, fa notare che nei processi di risanamento di tipo concordatario, la ristrutturazione del debito tributario e contributivo è operazione assai complessa, stante la natura (quasi sempre privilegiata) dell'obbligazione pubblicistica e dunque la necessità di prevedere un trattamento che sia *compliant* con quello riservato agli altri creditori privilegiati dell'imprenditore in crisi.

<sup>(31)</sup> Inteso quale procedura concorsuale deliberativa nell'ambito di un ben disegnato iter procedimentale, quale contratto a formazione progressiva e in parte giurisdizionalizzata tra il debitore e la massa dei creditori, F. DI MARZIO, *Introduzione al concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, 2011, p. 221.

Nella diatriba se il concordato sia un contratto tra il debitore e la massa dei creditori (c.d. teoria contrattualistica, o privatistica) o se sia un procedimento diretto a consentire la sistemazione dell'esposizione debitoria mediante il controllo esercitato dall'autorità giurisdizionale (teoria processualistica, o pubblicistica), tenuto conto degli attuali più ridotti poteri del tribunale (tuttavia in corso di progressiva ricostruzione, come emergerebbe dalle nuove disposizioni del "Decreto Sviluppo") sembrerebbe oggi preferibile l'orientamento verso la prima delle due tesi, anche per l'esplicito richiamo che la normativa opera ai principi civilistici dettati nella materia delle obbligazioni da contratto.

soluzione adottabile consista invece nella conservazione *in bonis* dell'azienda, utilizzando solo gli strumenti e gli istituti previsti dall'ordinamento tributario; ma poiché l'esito di un contenzioso può essere, per sua natura, altamente incerto, è opportuno che una tale (pericolosa) scelta sia preceduta da una consistente dialettica, coinvolgente soggetti sia interni che esterni al centro decisionale aziendale, con giudizi indipendenti che garantiscano l'orientamento decisionale verso l'interesse dei creditori e non verso quello dell'imprenditore.

In caso di adesione fiscale concordata, la scelta va anche supportata da un piano di fattibilità sui pagamenti delle pretese tributarie, che preveda non solo la definizione di quanto accertato, ma anche di quanto potenzialmente accertabile a seguito di verifiche, ispezioni, ecc.

In questi casi, sia che si ricorra all'istituto del concordato preventivo, sia che si ricorra ad altre soluzioni composite e pluridisciplinari, i principi di diritto privato trovano senz'altro enfasi, poiché si assiste sempre più spesso alla necessità di interpretare le problematiche collegate alla crisi con i principi generali dell'ordinamento, con conseguente valorizzazione del disposto dell'art. 1337 cod. civ. <sup>(32)</sup>, poiché è indubbio l'obbligo del debitore di doversi comportare secondo il principio, ampio ed articolato, della c.d. "buona fede oggettiva" <sup>(33)</sup>.

---

Per App. Firenze 14.6.2012, inoltre, l'accordo tra il debitore ed i suoi creditori ha ad oggetto esclusivamente la proposta e non il piano, la fattibilità del quale non potrà dal tribunale essere valutata in sede di omologazione del concordato ma esclusivamente nell'eventuale giudizio di risoluzione.

<sup>(32)</sup> Così, ad esempio, G. PRESTI, *Società in crisi: una terza via fra gestione lucrativa e gestione conservativa?*, in atti del convegno "Le novità in materia di concordato preventivo", I-5, organizzato dall'Università degli studi di Firenze, 22 gennaio – 6 febbraio 2014.

<sup>(33)</sup> In modo lucido G. LO CASCIO, *op. cit.*, il quale evidenzia come "tutto ciò spiega la rigidità del sistema normativo che in passato aveva pervaso i nostri rapporti e la tendenza attuale a liberalizzare i comportamenti e le prospettive socio economiche. Tuttavia un sistema concorsuale con cui si vogliono trovare nuove soluzioni per superare la crisi imprenditoriale senza regole e con il mero consenso delle parti interessate esige autodisciplina, rispetto dei diritti degli altri, correttezza e buona fede senza le quali si operano trasgressioni ed abusi. Allora, il precetto e la sanzione diventano inevitabili e si tende a tornare agli schemi pubblicistici del passato".

Secondo Cass. 20106/2009 in *I Contratti*, I/2010, 5, "Il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve accompagnare il contratto nel suo svolgimento, dalla formazione all'esecuzione, ed, essendo espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire nell'ottica di un bilanciamento degli interessi vicendevoli, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di norme specifiche. La sua violazione, pertanto, costituisce di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato (v. anche S.U. 15 novembre 2007 n.23726; Cass. 22 gennaio 2009 n. 1618; Cass. 6 giugno 2008 n. 21250; Cass. 27 ottobre 2006 n. 23273; Cass. 7 giugno 2006 n. 13345; Cass. 11 gennaio 2006 n. 264). Il criterio della buona fede costituisce, quindi, uno strumento, per il giudice, finalizzato al controllo - anche in senso modificativo o integrativo - dello statuto negoziale; e ciò quale garanzia di contemperamento degli opposti interessi. Il giudice, quindi, nell'interpretazione secondo buona fede del contratto, deve operare nell'ottica dell'equilibrio fra i detti interessi".

È stato ben osservato che i creditori (e quindi anche l'Amministrazione) hanno diritto di ottenere il massimo di quanto possibile, con la conseguenza che il criterio di correttezza e di buona fede, che costituisce un fondamentale dovere di comportamento del debitore e del creditore (art. 1175 cod. civ.), stabilisce il comportamento da tenere nelle trattative durante la fase precontrattuale (art. 1337 cod. civ.) e nella pendenza della condizione (art. 1358 cod. civ.), contribuendo a determinare il contenuto o gli effetti del contratto integrandolo (art. 1374 cod. civ.), orientandone l'interpretazione (art. 1366 cod. civ.) e l'esecuzione (art. 1375 cod. civ.), assurgendo così a nuova clausola generale<sup>(34)</sup>, poiché le tutele contrattuali muovono dalla consapevolezza che il nuovo sistema delle fonti ha modificato la disciplina del contratto in ogni settore e la crisi d'impresa è un tipico esempio di un intreccio di interessi, così che per regolare i fenomeni nuovi occorre individuare tutele più efficienti sul piano dell'atto e del rapporto<sup>(35)</sup>.

Tale principio reca con sé anche l'importante corollario dell'*exceptio doli*, quale strumento di tutela avverso condotte anche solo sleali e non per forza fraudolente, rappresentando un rimedio avente natura oggettiva<sup>(36)</sup>.

---

G. D'AMICO, *Buona fede in contrahendo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 335 ss., si interroga sulla stessa opportunità di trattare la buona fede ex art. 1337 cod. civ. come una clausola generale.

Per G. D'ATTORRE, *Il voto nei concordati ed il conflitto d'interessi fra creditori*, in *Fall.*, 2012, p. 762, tale principio troverebbe già una sua collocazione nello stesso istituto del concordato preventivo, laddove da alcuni si è sostenuta la possibilità di neutralizzare il voto del creditore in conflitto di interessi applicandosi per analogia i principi generali di correttezza. Cfr. anche B. PIAZZOLA, *Il voto dei soci della Srl nel concordato preventivo*, in *Crisi e Risanamento*, 1/2013, 8, secondo il quale, ora che il Tribunale può essere chiamato a valutare non la convenienza per il singolo creditore, ma la convenienza per i creditori in generale, fa riprendere forza la configurabilità di un interesse comune tra creditori, che trova tutela nel concordato e che va quindi rispettato, ed a cui deve quindi conformarsi il voto, potendo essere rimeditati i principi recisamente affermati dalla Cass. 3274/11 che ha escluso la configurabilità di un conflitto d'interesse nel voto del creditore

<sup>(34)</sup> A. PATTI, *op. cit.*, 1107.

<sup>(35)</sup> G. VETTORI, *Fattibilità giuridica e causa concreta nel concordato preventivo*, in *Contr. Imp.*, 2013, 1203 ss. gg., fa notare come nei contratti finanziari, ad esempio, la fattispecie si sia via via ampliata sino ad ammettere un risarcimento in presenza di fatti illeciti commessi prima della conclusione del contratto o nel corso delle trattative, così come la legislazione interna e comunitaria è già oltre la figura del consumatore e dell'impresa debole e che, sempre più spesso, la condotta posta in essere dal soggetto è potenzialmente idonea a ledere interessi protetti da diverse norme giuridiche, tale per cui i fatti debbano essere confrontati con diverse fattispecie astratte che valutano aspetti diversi, imponendo al giudice di valutare illeciti pluri offensivi.

<sup>(36)</sup> G. MERUZZI, *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, in *Contratto e Impresa*, 1380, e G.B. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, 2001, 156, per il quale l'*exceptio doli* può essere opposta pure in base a sole circostanze oggettive, dalle quali risulta che nel concreto l'esercizio del diritto dà luogo a situazioni contrastanti con l'equità, a prescindere da qualsiasi elemento soggettivo.

Avviene così che se la scelta va verso una soluzione tutelata in via giudiziale (preconcordato, preaccordo ex art. 182-bis, co. 6, l. fall., transazione fiscale, ecc.), qualsiasi scelta o atto compiuto dal debitore altro non è che una prima fase di quell'unico complesso procedimento che porta alla negoziazione non solo con l'Erario, ma anche con gli altri creditori, diventando evidente che lo stesso non possa che rappresentare quella (anche lunga) preliminare attività finalizzata all'omologa dell'accordo invocato, implicando così un comportamento in buona fede oggettiva nei confronti di tutti gli altri creditori, soprattutto perché le prestazioni del debitore non sono tipizzate e gli atti compiuti in questa fase non sono svolti in contraddittorio diretto con gli stessi.

In buona sostanza, le trattative e le scelte, che sono portate avanti in modo libero ed unilaterale da parte del debitore concordatario, verranno solo successivamente formalizzate nella proposta e nel piano depositato nei termini concessi dal tribunale; per quanto la stesura della proposta e del piano siano in stato avanzato al momento del compimento degli atti, la loro esistenza non potrà vincolare in nessun modo il debitore a concludere il contratto (fatto questo che si avrà solo con l'omologazione), né potrà vincolarlo il proseguimento delle trattative, nemmeno dopo l'approvazione dei creditori (essendo la proposta sempre ritirabile fino all'omologa), ma, non per questo, potrà esimere il debitore dall'ispirarsi fin dall'inizio ai precetti del diritto precontrattuale.

In ipotesi di concordato preventivo e nel divenire quotidiano dell'azienda in crisi, il singolo creditore (e quindi anche l'Amministrazione finanziaria) è infatti passivo, nel senso che potrebbe essere comunque obbligato alla conclusione del concordato se la maggioranza (e il tribunale) così disponesse; né può sottrarsi al vincolo di proseguimento del procedimento avviato dal debitore.

Non vi è dubbio, così impostata la situazione, che il ricorso da parte del debitore ad una procedura giudiziale per la soluzione della crisi dia l'avvio ad una importante e pubblica stimolazione dalla controparte creditoria (massa) <sup>(37)</sup>, per cui la regola sancita in questo caso è ricollegabile all'obbligo di comportarsi in modo leale e sincero da parte non solo del debitore stesso, ma anche da chi con lo stesso sta trattando a spese dell'intera massa, favorendo il reale interesse al raggiungimento dell'accordo, in modo tale che i termini della trattativa risultino trasparenti e non siano viziati da slealtà precontrattuali o personali.

Se da un lato la parte creditrice è, per così dire, sterilizzata dagli effetti dell'art. 168 l. fall., rimanendo quindi inerte e in attesa della proposta che potrebbe anche coinvolgere scelte concordate con l'Amministrazione, dall'altro il debitore e la stessa Amministrazione mantengono più stringenti obblighi di lealtà e correttezza del loro comportamento nei

---

<sup>(37)</sup> In tal senso Trib. Firenze 15 aprile 1992, secondo il quale il dovere di lealtà e correttezza nelle trattative impone comportamenti tali da evitare l'ingiusto danneggiamento degli interessi della controparte; tra tali doveri deve comprendersi quello di informazione e di manifestazione ragionevolmente sollecita dei giudizi e delle deliberazioni di volontà, specie quando queste abbiano ricevuto congrua stimolazione dalla controparte.

confronti della massa dei creditori, il cui venir meno (come ad esempio un'ingiustificata proroga della soluzione fallimentare, o il supporto ad alcuni interessi non immediatamente evincibili, oppure il silenzio o il mascheramento di alcune criticità della futura proposta senza una reale intenzione di pervenire ad un accordo) potrebbe comportare la responsabilità della stessa parte debitrice per violazione dell'art. 1337 cod. civ. (v. anche Unidroit 2:301).

Sia in caso di omologa che in caso di arresto della procedura, gli atti compiuti dagli amministratori in tali condizioni risultano infatti vincolare i creditori (siano essi consenzienti od opposenti rispetto alla proposta), per cui, secondo i principi della giurisprudenza di legittimità, gli stessi singoli creditori assumerebbero già in questa fase la qualifica di parte nel processo negoziale del concordato<sup>(38)</sup>, atteso che, seppur passivi, in quanto chiamati ad esprimersi solo in un secondo momento, parteciperanno in concreto alle trattative attraverso l'esercizio del voto a loro riservato, essendo così destinati a divenire parte<sup>(39)</sup>.

La violazione del principio di buona fede conseguente a comportamenti non coerenti può pertanto essere sanzionato, con il corollario che incorrerebbero nella stessa forma di responsabilità anche coloro i quali non diano notizia di una conosciuta o conoscibile causa di invalidità del contratto, oppure facciano concludere all'altra parte un contratto sgradito in conseguenza della sua scorrettezza.

Per la dinamica della proposta concordataria, le cui condizioni rimangono chiuse nella sfera personale del debitore concordatario fino alla sua presentazione in sede di ammissione, assume così particolare significato anche l'art. 1338 cod. civ., poiché non sarebbe possibile invocare in negativo<sup>(40)</sup> che i creditori dell'impresa in crisi, ingannati o fuorviati dal debitore concordatario, avrebbero potuto, con l'ordinaria diligenza, venire a conoscenza della reale situazione, in quanto l'ignoranza non è loro attribuibile, non essendo nei loro poteri conoscere quanto diventerà pubblico solo in seguito.

Sul principio del *migliore soddisfacimento per i creditori*<sup>(41)</sup>, la quantificazione del danno sembrerebbe così generata, in termini differenziali, dal minor soddisfacimento che i creditori subiscono nel successivo fallimento in forza dell'abuso e degli atti allo stesso collegati,

---

<sup>(38)</sup> Cass. 3642/74.

<sup>(39)</sup> Cfr. in tal senso Cass. 6386/83.

<sup>(40)</sup> Cass. 32472/01.

<sup>(41)</sup> S. AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in *Dir. Fall.*, 2012, I, 478, ha puntualmente rilevato che "la terminologia usata dalla legge non sembra consentire di prefigurare operazioni che risultino semplicemente neutre (o a somma zero) per la massa dei creditori: il requisito della loro 'migliore' soddisfazione sta a significare che [...] le prospettive di soddisfacimento del ceto creditorio risultano inferiori, il che val quanto dire che il sacrificio connesso all'assunzione di un ulteriore debito è giustificato in quanto gli effetti positivi scaturenti dalla disponibilità delle nuove risorse sopravanzino gli oneri che ne derivano".

rispetto al soddisfacimento che gli stessi creditori avrebbero ottenuto in ipotesi di un tempestivo e più conveniente ricorso al fallimento in proprio, con una ricostruzione a posteriori e con criteri *ex ante* <sup>(42)</sup>; il tutto al netto delle azioni revocatorie e di eventuali declaratorie di inefficacia esperibili anche nei confronti di creditori privilegiati.

*4. Le criticità delle attestazioni in presenza di debiti potenziali per accertamenti fiscali.* – È oramai esperienza comune che, qualora la soluzione risanatoria implichi una procedura concorsuale, si pone nella gran parte dei casi un serio problema di giudizio di fattibilità da parte dell'esperto nominato ad attestare il piano, talché da più parti si parla di probabilità nel giudizio di fattibilità <sup>(43)</sup>; la casistica delle passività potenziali <sup>(44)</sup> che possono presentarsi in sede di redazione della proposta concordataria è infatti praticamente illimitata.

Nella vita operativa di una società possono sorgere situazioni in cui la medesima si trovi coinvolta in situazioni di controversia giudiziaria e, più in particolare, in contestazioni di natura tributaria; la problematica delle passività potenziali diventa quindi fattore certamente rilevante ai fini della relazione del professionista incaricato, proprio per le conseguenze, talora estremamente significative, che gli eventi in questione possono generare per la fattibilità del piano.

In presenza di rilevanti passività di natura tributaria, riferibili a verifiche sopravvenute, contenzioni prevedibili o potenziali, l'impresa dell'attestatore diventa veramente ardua ed eroica, proprio per la presenza

---

<sup>(42)</sup> P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2011, 828, per il quale la valutazione di adeguatezza, se effettuata *ex-post* in termini di responsabilità degli organi, deve essere effettuata con la ragionevolezza del giudizio *ex-ante*, tenuto conto dei margini di imprevedibilità dei fenomeni economico-finanziari: diversamente il declivio verso la responsabilità oggettiva, cioè verso l'imputabile inadeguatezza, indotta dall'insuccesso del risanamento, si impenna pericolosamente. E il divario tra l'area del "to big to fail" e l'area dell'imprenditore "*decoctor ergo fraudator*" rischia di riaprirsi, con effetti non solo iniqui ma anche inefficienti.

<sup>(43)</sup> Sull'argomento cfr. anche F. BATTAGLIA, *Il concetto di probabilità nel giudizio di fattibilità nelle attestazioni per il concordato preventivo*, in *Crisi e Risanamento*, 5/2014, p. 42.

<sup>(44)</sup> Una passività potenziale può essere definita come una condizione, una situazione o una circostanza caratterizzata da uno stato di incertezza, la quale, al verificarsi o meno di uno o più eventi futuri, potrà concretizzarsi in una perdita per l'impresa. La condizione, situazione o circostanza con esito pendente è già esistente alla data di bilancio ma solo gli eventi futuri potranno confermare il sorgere di una passività o la perdita, parziale o totale, di un'attività.

Lo stato di incertezza connesso ad una passività potenziale è direttamente correlato alla probabilità che l'evento futuro confermi la perdita e il grado di probabilità che l'evento futuro generi la perdita è, evidentemente, un elemento variabile. A questo riguardo la migliore dottrina contabile italiana ed internazionale hanno ritenuto di suddividere il campo di variabilità in tre aree, che vengono identificate con i termini convenzionali di probabile, ragionevolmente possibile e remoto.

di una oggettiva incapacità di quantificare con precisione la maggior parte del debito, con il rischio di commettere un reato per falsa attestazione (art. 236-*bis* l. fall.) e di sottoporsi alle responsabilità civili, sia di natura aquiliana che contrattuale <sup>(45)</sup>, qualora accusato dal curatore del fallimento succeduto all'insuccesso del piano.

Tale genere di passività rappresenta evidentemente un debito potenziale, che l'esperto nominato deve affrontare secondo i principi contabili e di revisione <sup>(46)</sup>; in tali circostanze, nel caso in cui un esito sfavorevole del contenzioso sia ritenuto probabile, è doveroso appostare dei fondi perché è ragionevole prevedere che si debbano sostenere costi ed oneri, anche per definizioni transattive <sup>(47)</sup>.

---

<sup>(45)</sup> A. TENCATI, in *La responsabilità civile nelle procedure concorsuali*, 2013, p. 26, evidenzia come nei confronti dei finanziatori professionali (istituti di credito, società di leasing, ecc.) resta intatta la responsabilità aquiliana degli esperti, mentre quest'ultimi rispondono ex art. 1218 cod. civ. verso i creditori non professionali (fornitori e lavoratori).

Per G. MEO, *I piani di risanamento previsti dall'art. 67, l. fall.*, in *Giur. Comm.* I/2011, p. 30, l'esperto che attesta i piani non è organo societario, non ha competenza deliberativa e non svolge funzioni gestionali e, conseguentemente, il curatore del fallimento, seguito dall'insuccesso del piano, non è legittimato ad esperire l'azione di responsabilità ex art. 146, co. 2, lett. a), l. fall. contro l'esperto medesimo, reo di aver attestato un piano in forza del quale si siano prodotti atti depauperativi o lesivi.

La responsabilità verso la società di tutti i professionisti coinvolti nelle soluzioni stragiudiziali dell'insolvenza è invece sostenuta da D. GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Dir. e Proc. civ.*, 2006, p. 1195 e da M. FERRO, in *La legge fallimentare - Commentario teorico pratico*, 2007, p. 476.

Al di fuori dall'ambito delle procedure concorsuali cfr. anche Cass. 16947/2003 in *Foro It.*, I/2004 p. 427, la quale ha sancito sia una responsabilità da inadempimento sia una responsabilità da fatto illecito, perché le conseguenze sono risentite in un bene protetto non solo dal dovere generale di non fare danno ad altri, ma dal diritto di credito, che corrisponde ad una obbligazione specificatamente assunta dalla controparte verso chi subisce il danno.

<sup>(46)</sup> L. ZOCCA, *La relazione del professionista e le sue responsabilità*, in (a cura di L. GHIA – C. PICCININI – F. SEVERINI) *Trattato delle procedure concorsuali*, 2011, p. 337, rileva come la valutazione debba essere conforme a corretti principi contabili o comunque alle finalità del piano.

<sup>(47)</sup> Al riguardo, l'art. 2424-bis, comma 3, c.c., detta i requisiti ed i limiti entro cui sono rilevati in bilancio i fondi per passività potenziali, specificando che “gli accantonamenti per rischi ed oneri sono destinati soltanto a coprire perdite o debiti di natura determinata, di esistenza certa o probabile, dei quali tuttavia alla chiusura dell'esercizio sono indeterminati o l'ammontare o la data della sopravvenienza”, per cui pare necessario un congruo accantonamento al passivo che l'attestatore dovrà verificare. D. FICO, *Previsione di un fondo rischi generico nella proposta di concordato preventivo*, in *Il Fallimentarista*, pubbl. 2.9.2014. I fondi per rischi ed oneri accolgono, infatti gli accantonamenti destinati a coprire perdite o debiti aventi natura determinata; esistenza certa o probabile ed ammontare o data di sopravvenienza della passività indeterminati ed ammontare della passività attendibilmente stimabile. Sull'argomento, cfr. anche principio OIC 19 e IAS 37.

Per il CNDCEC, Commissione di studio crisi e risanamento di impresa, *Osservazioni sul contenuto delle relazioni del professionista nella composizione negoziale della crisi d'impresa*, il sistema di valutazione delle passività potenziali è fortemente condizionato dalla “discrezionalità tecnica” del redattore del bilancio.

Si apre così un duplice fronte: quello della sua corretta determinazione in termini quantitativi e quello del “peso” percentuale in termini di ammissione al voto (nel caso di concordato preventivo) o di consenso all’accordo (nel caso di negoziazione ex art. 182-bis l. fall.).

Sotto quest’ultimo aspetto, mentre nel caso di concordato preventivo viene a supporto il disposto dell’art. 176, comma 1, l. fall., in forza del quale il giudice delegato ammette o meno al voto i crediti contestati o potenziali all’esito di una valutazione sommaria degli elementi emersi dalla discussione e dai documenti acquisiti <sup>(48)</sup>, nel caso di accordi di ristrutturazione va distinta la posizione in cui l’Erario appartenga alla categoria dei creditori aderenti, da quella in cui, invece, si trova ad essere creditore estraneo all’accordo.

Mentre nel primo caso pare giocoforza un consolidamento del debito (sia per adesione che per transazione fiscale ex art. 182-ter l. fall.), non capendo come possa l’Amministrazione aderire all’accordo in assenza di una certezza del suo credito, nell’altro, più delicato caso, si pone invece il problema dell’entità complessiva del debito sul quale commisurare la percentuale del 60% prevista dal primo comma dell’art. 182-bis l. fall., alla cui formazione contribuisce il rischio collegato all’accertamento o al contenzioso in essere.

Si ritiene che l’entità complessiva del debito non possa prescindere dall’includere anche il debito potenziale da accertamento, non nella sua interezza, ma per la probabilità di impatto in capo all’azienda ad esito definitivo della controversia in essere; si reputa infatti che i crediti contestati debbano essere, in linea generale, esclusi dal computo, purchè la contestazione non appaia manifestamente infondata <sup>(49)</sup>.

Poiché spetterà al professionista attestatore accertare il raggiungimento della soglia del 60% dei crediti <sup>(50)</sup> e, quindi, l’entità totale del debito, sorge la necessità di una corretta ponderazione del rischio collegato alle pretese tributarie, anche al fine di non subire la censura da parte del tribunale, il quale manterrebbe pur sempre il potere di verificare il raggiungimento della soglia percentuale, non dovendo

---

<sup>(48)</sup> Trib. Ancona 8.11.2007, in *Fall.* 2008, p. 347 e App. Milano 22.4.2010 in *Fall.* 2010, p. 1287. Secondo la Commissione di studio in materia fallimentare e concorsuale ODCEC di Lecco, *Il Concordato Preventivo*, marzo 2012, p. 8, si deve fare riferimento non solo alle poste liquide ed esigibili, ma anche a quelle potenziali, legate ad esempio a giudizi in corso o ad accertamenti fiscali.

<sup>(49)</sup> G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione (art. 182 bis, legge fallim.)*, in *Dir. Fall.* I/2007, p. 942 ss. gg., il quale ha fatto notare come vada analizzata la natura della contestazione, nel senso che se essa è chiaramente infondata, o peggio ancora mossa dal debitore solo per raggiungere la percentuale, l’importo del credito dovrà essere computato, e tale controllo è compito del professionista che ne darà atto nella sua relazione accompagnatoria.

<sup>(50)</sup> A. MAFFEI ALBERTI, in *Comm.*, 2013, p. 1246 e E. FRASCAROLI SANTI, in *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2009, p. 145.

l'organo collegiale limitarsi al semplice raffronto fra le risultanze dell'elenco dei creditori e quelle dell'accordo<sup>(51)</sup>.

L'attestatore non potrà così assumere posizioni né troppo prudenziali (prendendo a riferimento l'integrale esposizione del debito potenziale), né troppo permissive (sottovalutando così il rischio connesso alla pretesa tributaria e il suo impatto nella futura fase esecutiva del piano); né potrà limitarsi ad un mero raffronto sulla corrispondenza tra i dati utilizzati per la costruzione del piano e i dati desumibili dalla contabilità generale, né potrà eseguire un controllo semplicemente basato su un'analisi formale della documentazione disponibile, pena l'inammissibilità della proposta<sup>(52)</sup>.

Nell'ipotesi in cui la pretesa tributaria non sia stata espressamente considerata come estremamente probabile e il suo verificarsi determini l'impossibilità o l'inadempimento della proposta, pare possano configurarsi delle responsabilità in capo all'attestatore, perché la prevedibilità in astratto di un determinato fatto non fa venir meno l'esimente prevista dall'art. 1218 cod. civ.<sup>(53)</sup>; vanno perciò assunti criteri di prudenza assumendo, nel dubbio, il valore più alto delle passività accertate<sup>(54)</sup>.

Cero è che se l'evento non è certo, l'attestazione diventerà sempre una valutazione probabilistica; nel caso di accertamenti fiscali, di contenziosi tributari o, peggio, di soli verbali di constatazione pendenti, l'aspetto si fa ancora più problematico, perché in tali situazioni il giudizio non potrà basarsi su ricostruzioni previsionale di natura matematica o statistica.

In conformità al Principio di revisione n. 500<sup>(55)</sup>, l'unico approccio possibile per non incorrere in responsabilità è pertanto quello rappresentato dalla c.d. *probabilità soggettiva*<sup>(56)</sup>, cioè dalla probabilità

---

<sup>(51)</sup> M. FERRO, in *L'accordo di ristrutturazione dei debiti nell'art. 182 bis, l.f. I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, 2005 in [www.cndc.it](http://www.cndc.it), p. 65.

Contra L. GUGLIELMUCCI, il quale sostiene la sufficienza di un tale riscontro, richiamato da A. MAFFEI ALBERTI, in *Comm.*, p. 1253.

<sup>(52)</sup> G. DISEGNI (a cura di), *L'impresa in crisi*, 2014, p. 312, che richiama CNDC, *Osservazioni sul contenuto delle relazioni del professionista nella composizione negoziale della crisi d'impresa*, 2009, in [www.cndcec.it](http://www.cndcec.it), p. 6, G. SCHIAVON, *La riforma del concordato preventivo*, in *Il nuovo diritto delle crisi d'impresa e del fallimento*, a cura di F. DI MARZIO, 2006, p. 276 e G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, 2011, p. 232.

<sup>(53)</sup> Cass. 5035/1983.

<sup>(54)</sup> Trib. Mantova 28.5.2012

<sup>(55)</sup> Il PRINCIPIO DI REVISIONE N. 500 prevede la "circolarizzazione dei consulenti dell'impresa debitrice al fine di conoscere l'esistenza di contenziosi di natura tributaria e di poterne valutare i relativi effetti rispetto al piano.

<sup>(56)</sup> F. BATTAGLIA, *op. cit.*, p. 43.

che, in base ad informazioni ed opinioni, l'evento si verifichi con una determinata entità economica nell'ambito del piano stesso.

La valutazione è intuitivamente di natura altamente soggettiva, ma è anche vero che quanto più la situazione specifica sarà valutata e supportata da soggetti dotati di particolare qualità professionali e portatori di conoscenze in campo tributario, tanto più alta sarà la probabilità che si verifichi quanto previsto; in questo contesto, quindi, il ruolo dei consulenti esterni indipendenti, esperti in materia tributaria e di contenzioso, a supporto dell'attività dell'attestatore, pare obbligatorio, quantomeno in tutti quei casi in cui tali qualità non siano presenti nello stesso professionista incaricato <sup>(57)</sup>.

Nell'analisi della quantificazione probabilistica delle passività potenziali che si vengono a generare, il professionista dovrà prendere in considerazione anche le spese legali, le sanzioni e gli interessi che verranno a maturare, non essendo sufficiente l'indicazione generica di tali passività in appositi fondi rischi i quali, non consentendo in alcun modo di individuare con precisione i creditori a cui si riferiscono, fanno sì che il prospetto contenente l'elenco nominativo dei creditori (con l'indicazione dei rispettivi crediti), risulti incompleto ed irregolare finendo per indicare importi di crediti che in determinati casi sono, per l'appunto, inferiori a quelli effettivi.

Vi è poi l'ulteriore filone che va a coinvolgere il professionista chiamato ad esprimere un giudizio di ragionevolezza su un piano in continuità diretta, che vede al passivo debiti potenziali di natura tributaria.

In tali casi sorge il problema di capire se i flussi di cassa disponibili, cioè quelli residuali rispetto al fabbisogno della gestione ordinaria e straordinaria della fase esecutiva del piano, siano sufficienti a soddisfare il debito tributario secondo le modalità e le tempistiche previste nel piano stesso.

A tal riguardo, poiché la colposa (o peggio dolosa) attestazione di ragionevolezza, attuabilità o fattibilità del piano può determinare danni anche a carico dei creditori e, quindi, dell'Erario che ha fatto affidamento sul giudizio del professionista, al fine di non incorrere in responsabilità conseguenti alla risoluzione degli accordi raggiunti, pare necessario fare puntuale riferimento ai principi di revisione internazionali in materia di verifica dei dati prospettici, ed in particolare all'ISAE 3400, che fornisce un quadro procedurale di riferimento <sup>(58)</sup>.

---

<sup>(57)</sup> P. G. DEMARCHI – C. GIACOMAZZI, *Le procedure concorsuali, guida operativa interdisciplinare*, p. 425 fa notare come le passività potenziali nell'ambito dei piani deflattivi della crisi non possono infatti prescindere da una ponderata loro determinazione in termini di *enterprise value*.

<sup>(58)</sup> Conviene in proposito ricordare che a livello europeo i principi di revisione vigenti sono quelli emanati dalla commissione dell'IFAC (*International Federation of Accountants*) denominata IAASB (*International Auditing and Assurance Standard Board*).

Questa commissione ha svolto negli ultimi anni (e svolge tuttora) una importante attività di rivisitazione e rifacimento dei principi di auditing al fine di migliorare sempre più la qualità della revisione stessa e ottenere il conseguente riconoscimento da parte dei vari organismi europei e internazionali. È altresì opportuno ricordare che l'applicazione degli

Il ricorso all'impiego dei criteri ISAE 3400 risulta condiviso dalla dottrina<sup>(59)</sup> e pare conforme anche agli indirizzi della magistratura<sup>(60)</sup>, in quanto la diligenza specifica del revisore professionale troverebbe un sicuro supporto normativo anche nel richiamo della legge fallimentare all'art. 2501-*bis*, co. 4, cod. civ. e da questo all'art. 2501-*sexies*.

Per le aziende in crisi, il rinvio ai principi di revisione non deve essere integrale (essendo sufficiente un riscontro dell'attendibilità delle informazioni aziendali in termini sostanziali e non formali), ma non è ancora sufficiente<sup>(61)</sup>, in quanto il professionista non deve redigere una mera attestazione, ma una vera e propria articolata relazione di controllo<sup>(62)</sup> che si conclude poi con l'attestazione richiesta<sup>(63)</sup>.

---

International Standards on Auditing è divenuta obbligatoria dal 2008 come previsto dalla direttiva 2006/43/CE del 17 maggio 2006.

Tra i documenti emanati e raccomandati dall'IAASB vi sono gli ISAE (*International Standards on Assurance Engagements*) che costituiscono i principi di revisione applicabili negli incarichi di "assurance", ossia di "attestazione"; più in particolare troverebbe applicazione alla fattispecie il documento ISAE 3400, che ha sostituito il precedente ISA 810, il quale tratta il tema "The examination of prospective financial information", stabilendo gli standard di riferimento per il processo di verifica delle informazioni prospettive finanziarie.

In particolare, l'ISAE 3400 distingue tra: a) informazioni prospettive basate su *best estimate assumption*, ossia assunzioni normali relative a eventi futuri ragionevoli e desunti dall'analisi di elementi oggettivi quali gli ordini in portafoglio o proiezioni di dati consuntivi aziendali giudicati attendibili; b) informazioni basate su *hypotetical assumption*, ossia assunzioni ipotetiche in genere connesse con l'avvio di nuove attività o nuovi prodotti/servizi solitamente non supportati da dati storici dell'azienda e "which are not necessarily expected to take place".

<sup>(59)</sup> P. RIVA, *La revisione dei dati prospettivi secondo l'ISAE 3400. L'applicazione del principio internazionale di auditing alle attestazioni del professionista previste dalla legge fallimentare*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2/2012, p. 427 ss. gg.

<sup>(60)</sup> Si confronti in tal senso il documento elaborato dal CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, W. MAPELLI (a cura di) sul tema "La riforma del diritto societario e fallimentare nella prospettiva interdisciplinare" Roma 14-16 luglio 2008.

<sup>(61)</sup> Per un approfondimento sul contenuto della relazione attestatrice e degli standard comportamentali da adottare v. anche N. BERTOLINI CLERICI – L.A. BOTTAI – C. PAGLIUGHI, *Il professionista attestatore: relazioni e responsabilità*, 2014, p. 125 ss. gg.

<sup>(62)</sup> C. LUISI, *Le attestazioni del professionista nei procedimenti di composizione della crisi d'impresa*, in (a cura di) A. CAIAFA – S. ROMEO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2014, vol. III, p. 213, fa notare come la tipologia del controllo del professionista non può prescindere dalle caratteristiche del piano.

Anche G. SAVIOLI, *La redazione e l'attestazione del piano di risanamento nelle procedure di soluzione negoziale delle crisi d'impresa*, in (a cura di) M. VIETTI – F. MAROTTA – F. DI MARZIO) *The Italian chance for restructuring. Un diritto per le imprese in crisi*, 2014, p. 116 ss. gg., sottolinea la necessità di verifiche sulle condizioni di equilibrio economico aziendale sia nell'ambito di una coerenza interna che esterna.

<sup>(63)</sup> S. FORTUNATO, in *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d'impresa*, in *Fall.* 8/2009, p. 889. Analogamente D. GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 2006, p. 1195.

Le assunzioni per tutti gli esercizi previsti dal piano difficilmente rappresenteranno infatti *the best estimate assumption*, ossia le assunzioni relative ad eventi futuri ragionevolmente certi e desunti dall'analisi di elementi oggettivi o da proiezioni di dati consuntivi giudicati attendibili dagli stessi amministratori, potendo più verosimilmente rappresentare assunzioni ipotetiche, per cui l'inerente verifica risulterà, per la natura stessa delle assunzioni, non scevra da rischi.

Nello specifico, anche al fine di favorire le decisioni che l'Amministrazione finanziaria dovrà adottare sulla proposta del contribuente in crisi, in conformità a quanto previsto dal succitato principio internazionale, l'attestazione comporterà necessariamente un'analisi ponderata dei dati statistici storici a disposizione del *database* aziendale e dovrà considerare criticamente anche la durata del periodo coperto dall'informativa prospettica finanziaria del periodo considerato, poiché interventi intempestivi e non mirati potrebbero causare la riduzione della funzionalità aziendali, con l'insorgere di difficoltà a sviluppare il fatturato, quale elemento chiave di un giudizio di sostenibilità delle assunzioni lungo tutto l'arco temporale del piano.

Meno problematica appare invece l'analisi dei flussi di cassa a sostegno del debito tributario, poiché questi deriverebbero, in misura quasi automatica, sulla base delle assunzioni economiche.

Il giudizio andrà quindi basato sul fatto che l'informativa finanziaria prospettica sia stata preparata in modo appropriato, sulla base delle assunzioni formulate dall'organo gestorio; in questi casi, il professionista non dovrà entrare in alcun modo in una dialettica con debitore per valutare eventuali modifiche al piano, nè partecipare alla redazione di parte o di tutto il piano oggetto di valutazione <sup>(64)</sup>.

Tutto quanto sopra non deve spaventare, perché la sostenibilità delle assunzioni lungo tutto l'arco temporale prospettato non significa che l'attestatore debba "garantire" la realizzazione delle previsioni indicate nel *business plan*: il termine "attestare" non significa, infatti, garantire la veridicità dei risultati futuri indicati dalla società, in quanto una proiezione dei ricavi futuri può risultare più o meno corretta a seconda del verificarsi di eventi estranei (o imprevedibili) all'attività sociale, con la conseguenza che non potranno essere imputate al professionista responsabilità nel caso in cui subentrino elementi nuovi, non conosciuti, non prevedibili, ovvero non rappresentati dagli amministratori durante i lavori di attestazione.

---

<sup>(64)</sup> Quest'ultimo, costruito dal debitore con l'aiuto dei propri professionisti e solo successivamente consegnato all'attestatore per la verifica di fattibilità, è una previsione sull'andamento atteso formulata dall'organo amministrativo che fa leva su una serie di elementi quantitativi e qualitativi dai quali l'attestatore dovrà rimare estraneo, con particolare riferimento non tanto alla strategia e alle azioni che il debitore intende promuovere nel periodo (non difformi da una normale attività), quanto ai dati quantitativi relativi all'evoluzione del mercato e del settore.