Il ruolo dell'Ausiliario del Giudice e dell'Esperto nella CNC (parte prima)

INQUADRAMENTO GIURIDICO

Il **D.L. 118/2021**, in vigore dal 15 novembre 2021, ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico la **Composizione negoziata della crisi – CNC**, ossia un percorso negoziale, riservato ed extra giudiziale attraverso il quale il Legislatore ha inteso offrire agli imprenditori uno strumento per affrontare tempestivamente la crisi d'impresa, senza l'intervento del Tribunale.

Con il **D.Lgs. 83/2022**, l'istituto della composizione negoziata della crisi è stato "calato" nel Titolo II, del **Codice della Crisi d'impresa e dell'Insolvenza – CCII**, con alcune modifiche, rispetto alla disciplina originaria, alcune anche rilevanti.

Si tratta di una "misura", che non rientra nella definizione di "strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza" di natura concorsuale di cui alla nuova lettera m-bis), articolo 2 del CCII, nella quale un ruolo centrale è rivestito dalla figura dell'**esperto**, il cui compito è quello di agevolare le trattative tra imprenditore e creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione, negoziale o concorsuale, che consenta il superamento della condizione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario in cui si trova l'imprenditore, che rende probabile la **crisi** o **l'insolvenza**.

Il presupposto indefettibile, lasciato alla valutazione necessaria dell'esperto ed eventuale del Tribunale, per

l’avvio della composizione negoziata e la sua prosecuzione, è rappresentato dall’ulteriore condizione che il risanamento dell’impresa sia ragionevolmente perseguibile.

Nel corpo normativo della composizione negoziata sono molteplici le disposizioni che disciplinano la figura dell’esperto quanto a requisiti, nomina, funzioni, poteri e doveri; mentre sono poche le norme dedicate alla figura dell’**ausiliario del giudice**, che può ricorrere sia nella composizione negoziata, sia nel **concordato semplificato**.

Mentre l’esperto occupa una posizione centrale nella composizione negoziata, l’ausiliario viene in risalto tutte le volte che la composizione negoziata “interseca” la competenza del giudice, il cui intervento è solo eventuale; la nomina di un ausiliario potrà ricorrere tutte le volte che l’imprenditore richiederà il vaglio del Tribunale per ottenere che qualificati atti (finanziamenti e cessione d’azienda) producano determinati effetti in grado di incidere in modo rilevante sugli interessi dei creditori e dei terzi (prededuzione, esclusione responsabilità cessionario d’azienda per debiti pregressi, esclusione da revocatoria).

Si tratta di atti che non rilevano per la loro natura straordinaria, visto che nella composizione negoziata l’imprenditore conserva, ai sensi dell’**articolo 21 CCII**, l’amministrazione del suo patrimonio e la gestione, ordinaria e straordinaria, della sua impresa – atti che l’esperto ha valutato preliminarmente con la lente della coerenza rispetto all’andamento delle trattative, al piano di risanamento e agli interessi dei creditori – quanto per gli effetti che l’imprenditore vuole che tali atti producano nei confronti dei creditori e dei terzi.

Si tratta, dunque, di atti che per la loro significativa capacità di incidere sui diritti di creditori e terzi richiedono un preliminare vaglio del Tribunale, il quale potrà ritenere opportuno di avvalersi della competenza tecnica di un

esperto.

L’ausiliario, pertanto, è chiamato a formulare dei pareri per rispondere ai quesiti del giudice la cui ampiezza dipenderà dalla profondità delle verifiche che lo stesso riterrà di svolgere.

L’esperto, attraverso il dialogo costante con l’imprenditore, i suoi advisors, gli organi di controllo, i creditori, gli altri soggetti interessati (ad esempio, garanti dell’imprenditore, parti correlate, etc.), con i potenziali acquirenti interessati a rilevare l’azienda o un suo ramo o specifici beni, nonché attraverso l’accesso alla piattaforma telematica nazionale e alle banche dati interconnesse previste dall’**articolo 14 CCII** ha acquisito nel corso delle trattative una conoscenza approfondita dello stato di crisi in cui si trova l’imprenditore, ha maturato il convincimento che esiste una ragionevole e concreta possibilità che l’impresa possa essere risanata e ritiene che gli interventi programmati dall’imprenditore nel **piano di risanamento** (o nel **progetto di piano**) lasciano ragionevolmente ritenere che la situazione di crisi in cui si trova l’impresa possa essere superata, anche mediante il trasferimento dell’azienda o di uno o più dei suoi rami a terzi.

L’ausiliario, a differenza dell’esperto, ha meno tempo per formarsi un proprio convincimento su questi aspetti e pur avendo accesso alla piattaforma telematica sconterà un gap conoscitivo importante, che potrà colmare sottoponendo ad analisi critica la documentazione contabile versata nella piattaforma telematica dall’imprenditore o da questi allegata alla domanda, nonché i pareri dell’esperto, previsti dalla legge o richiesti dal giudice nel corso dell’istruttoria.

Di seguito daremo conto delle 2 figure che, in determinate circostanze, possono esprimere pareri contrastanti su aspetti critici della composizione negoziata.

I REQUISITI SOGGETTIVI DELL'ESPERTO

La figura dell'esperto è definita dalla lettera o) -bis, articolo 2, Codice, come: "*il soggetto* ***terzo*** *e* ***indipendente****,* ***iscritto*** *nell'elenco di cui all'****articolo 13****, comma 3 e nominato dalla commissione di cui al comma 6 del medesimo articolo 13, che facilita le trattative nell'ambito della composizione negoziata*".

Terzietà

Il **Decreto dirigenziale 28 settembre 2021** definisce la terzietà dell'esperto indicando che "*l'esperto è terzo rispetto a tutte le parti, imprenditore compreso. Non lo assiste, né si sostituisce alle parti nell'esercizio dell'autonomia privata ma ha il compito di facilitare le trattative e stimolare gli accordi. Coadiuva le parti nella comprensione dei problemi e degli interessi di ciascuna* (Sezione III, articolo 8, § 8.2).

Pertanto, l'esperto deve essere equidistante rispetto a tutti gli attori della CNC evitando di portare gli interessi che lo possano porre in conflitto con l'imprenditore, i creditori o una delle parti interessate.

L'**articolo 16 CCII** indica che l'esperto debba essere terzo rispetto a tutte le parti e operare in modo professionale, riservato, imparziale e indipendente.

Indipendenza

Il comma 1, articolo 16, Codice definisce il requisito dell'indipendenza prevedendo che l'esperto oltre a essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399, cod. civ., non deve essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale.

Inoltre, il professionista e i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi 5 anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore dell'imprenditore né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa né aver posseduto partecipazioni in essa. È, infine, richiesto che il requisito dell'indipendenza venga mantenuto anche successivamente alla conclusione della CNC, infatti: *chi ha svolto l'incarico di esperto non può intrattenere rapporti professionali con l'imprenditore se non sono decorsi almeno 2 anni dall'archiviazione della composizione negoziata*.

Il requisito dell'indipendenza così fortemente definito rischia però di essere un terreno scivoloso in cui incertezze e potenziali contenziosi potrebbero generare insidie difficilmente superabili in un sistema economico in cui i professionisti dotati dell'esperienza richiesta per ricoprire il ruolo dell'esperto sono per forza di cose entrati in contatto con una vasta platea di soggetti economici coinvolti o potenzialmente coinvolgibili nella CNC.

Nel caso in cui l'esperto incaricato rilevi che uno o più soggetti coinvolti sia in grado di condizionarlo nella formulazione di giudizi e valutazioni, dovrà prendere atto della perdita dell'indipendenza ma, laddove possibile, potrà *avvalersi di soggetti dotati di specifica competenza, anche nel settore economico in cui opera l'imprenditore, e di un revisore legale, non legati all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale*, come previsto dal comma 3, articolo 16 CCII.

A differenza di quanto previsto dall'**articolo 356 CCII** per i soggetti incaricati dall'Autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure di cui al Codice non è previsto per l'esperto alcun vincolo in relazione al requisito di onorabilità.

Iscrizione

L’esperto deve essere iscritto nell’apposito elenco istituito presso la CCIAA del proprio capoluogo di Regione e per poterlo fare è necessario sia in possesso della specifica formazione prevista con il Decreto dirigenziale del Ministero della giustizia 28 settembre 2021 e:

- sia iscritto da almeno 5 anni all’albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e all’albo degli avvocati e documenti di avere maturato precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi d’impresa;
- sia iscritto da almeno 5 anni all’albo dei consulenti del lavoro e documenti di avere concorso, almeno in 3 casi, alla conclusione di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o di accordi sottostanti a piani attestati o di avere concorso alla presentazione di concordati con continuità aziendale omologati;
- pur non iscritto in albi professionali, documenti di avere svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in imprese coinvolte in operazioni di ristrutturazione.

IL RUOLO DELL’ESPERTO NELLE 4 FASI DELLA CNC

La CNC consente all’imprenditore che si trovi in una condizione di squilibrio patrimoniale economico o finanziario, che ne rende probabile la crisi o l’insolvenza, di richiedere la nomina di un professionista esperto nella ristrutturazione che lo affianchi nelle trattative con i creditori e nella rinegoziazione dei contratti, individuando idonee soluzioni per superare la situazione di difficoltà.

Le 4 fasi principali della composizione negoziata della crisi sono la presentazione dell’istanza di accesso alla CNC, la

nomina dell'esperto, l'avvio e lo svolgimento delle trattative e la conclusione della procedura:



FASE 1 – L'ISTANZA DI NOMINA DELL'ESPERTO

L'istanza di nomina dell'esperto di cui all'**articolo 17 CCII** è presentata volontariamente dal debitore (anche su impulso dell'organo di controllo) attraverso una piattaforma telematica nazionale accessibile dal sito istituzionale di ciascuna CCIAA, su cui sono altresì disponibili strumenti di autodiagnosi circa lo stato di difficoltà in cui si trova l'impresa, oltre a una serie di indicazioni utili per guidare il debitore e i suoi advisors nella predisposizione di un piano di risanamento.

Pertanto, l'imprenditore che si trovi in una condizione di squilibrio patrimoniale economico o finanziario, che ne rende probabile la crisi o l'insolvenza può valutare la propria situazione e le chance di risanamento, anche usando il test di autovalutazione presente nella piattaforma telematica creata ad hoc dalla CCIAA, e in base a questa valutazione può:

- decidere di non utilizzare la procedura, al debitore rimane disponibile l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi previsti dal Codice (ad esempio, concordato preventivo, accordi di ristrutturazione, liquidazione giudiziale);
- decidere di utilizzare la procedura, e presentare istanza per la CNC e la nomina dell'esperto tramite la piattaforma allegando i documenti necessari tra cui gli ultimi 3 bilanci, la situazione finanziaria aggiornata, l'elenco dei creditori e dei crediti, la situazione debitoria complessiva, un progetto di piano di risanamento e un piano finanziario a 6 mesi.

FASE 2 – LA NOMINA DELL'ESPERTO

La nomina dell'esperto avviene a opera di una commissione costituita presso le CCIAA ai sensi del comma 6, articolo 13 CCII. L'iter di nomina prevede che il segretario generale della CCIAA, ricevuta l'istanza di cui all'articolo 17 CCII nei successivi 2 giorni lavorativi, la comunica alla commissione unitamente a una nota sintetica contenente l'indicazione del volume d'affari, del numero dei dipendenti e del settore in cui opera l'impresa istante.

Entro i 5 giorni lavorativi successivi al ricevimento dell'istanza la commissione nomina a maggioranza l'esperto tra gli iscritti nell'elenco secondo criteri che assicurano la rotazione e la trasparenza e avendo cura che ciascun esperto non riceva più di 2 incarichi contemporaneamente. La commissione tiene conto della complessiva esperienza formativa risultante dalla scheda sintetica contenente le informazioni del profilo, il curriculum vitae, e le attività prestate come esperto nell'ambito di precedenti composizioni negoziate.

Non appena nominato l'esperto, verificata la propria indipendenza e il possesso delle competenze e della disponibilità di tempo necessarie per lo svolgimento dell'incarico, entro 2 giorni lavorativi dalla ricezione della nomina, comunica all'imprenditore l'accettazione e contestualmente inserisce nella piattaforma la dichiarazione di accettazione e una dichiarazione sul possesso dei requisiti di indipendenza di cui all'articolo 16, comma 1 CCII.

Una volta accettato l'incarico, l'esperto ai sensi del comma 5, articolo 17 CCII: *convoca senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, anche alla luce delle informazioni assunte dall'organo di controllo e dal revisore legale, ove in carica*.

Il ruolo dell'esperto è in questa fase particolarmente

delicato in quanto viene di fatto richiesto al professionista nominato di individuare fin da subito e con un bagaglio informativo limitato la sussistenza di concrete prospettive di risanamento, nel presupposto che egli abbia sufficienti competenze consulenziali.

Qualora non ravvisasse la sussistenza delle prospettive di risanamento, egli ha l'obbligo di notiziarne l'imprenditore e il segretario generale della CCIAA ai fini dell'archiviazione dell'istanza contribuendo nella pratica a contrastare utilizzi distorti dello strumento.

La responsabilità potenziale dell'esperto appare evidente nel caso in cui a una errata valutazione della non sussistenza delle concrete prospettive di risanamento possa conseguire un aggravio dello stato d'insolvenza dell'imprenditore, da qui la necessaria attenzione che il professionista incaricato deve porre nella valutazione della concretezza e della ragionevolezza delle possibilità del risanamento prospettato.

FASE 3 – LE TRATTATIVE E IL PIANO

Se l'esperto ritiene che le prospettive di risanamento siano concrete incontra le altre parti interessate al processo di risanamento e prospetta le possibili strategie di intervento fissando i successivi incontri con cadenza periodica ravvicinata.

In considerazione delle previsioni di cui all'**articolo 12 CCII**, possono essere perseguite sia ipotesi di risanamento endogene sia eventuali operazioni di trasferimento dell'impresa, o di rami di essa a terzi per le quali è necessario che l'esperto incontri e coinvolga nelle trattative non solo i creditori, ma anche altri soggetti interessati.

L'esperto sembrerebbe investito di un ruolo che possa contribuire non solo a gestire e moderare le trattative con le parti interessate ma anche supporto nell'individuazione delle

soluzioni da adottare, non ultima quella della dismissione dell'azienda quale unica prospettiva d'intervento.

Benché il comma 3, articolo 17 CCII preveda specificatamente che l'imprenditore, al momento della presentazione dell'istanza, inserisca nella piattaforma telematica *un progetto di piano di risanamento redatto secondo le indicazioni della lista di controllo di cui all'articolo 13, comma 2, e una relazione chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata recante un piano finanziario per i successivi 6 mesi e le iniziative che intende adottare*, l'esperto dovrà assumere un ruolo non di mero supporto alle linee già indicate dall'imprenditore ma, ove possibile, propositivo cercando di indirizzare la negoziazione verso soluzioni certe e rapide compresa l'eventuale ipotesi di cessione a terzi dell'azienda.

La pianificazione di incontri sistematici ravvicinati con le parti interessate e l'opportunità di richiedere all'imprenditore di fornire rendiconti periodici da cui desumere eventuali peggioramenti della situazione patrimoniale di partenza e il rispetto delle previsioni del piano finanziario, consente all'esperto di verificare il permanere delle ragionevoli e concrete prospettive di risanamento. Infatti, anche nel corso delle trattative qualora l'esperto non ravvisasse più concrete prospettive di risanamento, ne deve dare notizia all'imprenditore e al segretario generale della CCIAA che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata entro i successivi 5 giorni lavorativi.

Nel corso delle trattative l'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero, a esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute. Le parti sono tenute a collaborare tra loro per rideterminare il contenuto del contratto o

adeguare le prestazioni alle mutate condizioni.

Durante lo svolgimento della CNC l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa e deve informare preventivamente l'esperto del compimento di atti di straordinaria amministrazione nonché dell'esecuzione di pagamenti che non sono coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento. Qualora l'esperto valuti che l'atto comunicatogli possa arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento, deve segnalarlo per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo, e nella denegata ipotesi il cui l'atto venga comunque compiuto, l'imprenditore deve informarne l'esperto il quale, nei successivi 10 giorni, può iscrivere il proprio dissenso nel Registro Imprese.

Quando l'atto compiuto pregiudica gli interessi dei creditori, l'iscrizione del dissenso dell'esperto è obbligatoria e l'annotazione deve essere adeguatamente motivata in quanto potrebbe determinare la revoca, o l'abbreviazione temporale delle misure protettive concesse dal giudice.

Il parere dell'esperto appare particolarmente significativo in quanto contribuisce a fornire al Tribunale un bagaglio informativo fondamentale per supportare le decisioni in merito alla funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori che quest'ultimo monocraticamente deve assumere nei casi di autorizzazione dei finanziamenti prededucibili e della cessione dell'azienda, o rami di essa (in deroga all'articolo 2560, cod. civ.).

Infine, relativamente al procedimento concernente le misure protettive e cautelari, il comma 4, **articolo 19 CCII**, prevede che all'udienza l'esperto esprima "il proprio parere sulla funzionalità delle misure richieste ad assicurare il buon esito delle trattative". Il Tribunale provvede con ordinanza con la quale stabilisce la durata, non inferiore a 30 e non

superiore a 120 giorni, delle misure protettive e, se occorre, dei provvedimenti cautelari disposti e, sentito l'esperto: *può limitare le misure a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori.*

FASE 4 – LA CONCLUSIONE DELLA CNC

Quando viene individuata una soluzione idonea al superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario dell'impresa, le parti possono, alternativamente:

1. concludere un contratto, con uno o più creditori, che produca gli effetti di cui all'articolo 25-bis, comma 1 CCII, se, secondo la relazione finale dell'esperto sia idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a 2 anni;
2. concludere una convenzione di moratoria ex articolo 62 CCII;
3. concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produca gli effetti di cui agli articoli 166, comma 3, lettera d), e 324 CCII. Con la sottoscrizione dell'accordo l'esperto dà atto che il piano di risanamento appare coerente con la regolazione della crisi o dell'insolvenza, senza necessità dell'attestazione del professionista indipendente.

Qualora invece all'esito delle trattative non sia stata individuata una soluzione tra quelle di cui al comma 1, **articolo 23 CCII**, l'imprenditore può, in alternativa:

1. predisporre un piano attestato di risanamento ex articolo 56 CCII;
2. domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli articoli 57, 60 e 61 CCII. La percentuale di cui all'articolo 61, comma 2, lettera c) CCII, è ridotta al 60% se il

raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto;
3. proporre una domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio ex articolo 25-sexies CCII;
4. accedere a uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza disciplinati dal CCII.

Le variegate tipologie di conclusioni della CNC evidenziano la centralità della relazione finale dell'esperto il cui contenuto minimo non risulta regolamentato dalla norma ma esplicitato solo nel Decreto dirigenziale 28 settembre 21 (Sezione III, articolo 14), il quale prevede che tale relazione indichi un serie di informazioni, tra cui le principali risultano essere:

- la descrizione dell'attività svolta, con l'allegazione dei verbali o delle audio e videoregistrazioni, se l'allegazione è consentita dalle parti che li hanno sottoscritti;
- se l'imprenditore si sia avvalso delle misure protettive e cautelari e il termine delle misure concesse;
- le autorizzazioni richieste e quelle concesse relativamente agli atti di straordinaria amministrazione;
- le considerazioni sulla perseguibilità del risanamento e sulla idoneità della soluzione individuata;
- quando siano stati stipulati con le parti interessate uno o più contratti, che producono gli effetti di cui all'articolo 25-bis, comma 1 CCII, l'indicazione di un parere motivato circa l'idoneità del contratto ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a 2 anni;
- qualora la soluzione idonea al superamento delle crisi sia l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o una procedura di concordato preventivo, l'indicazione se l'accordo sia stato definito nell'ambito della CNC in quanto la percentuale minima di

adesione nel caso di accordo ex articolo 61, Codice è ridotta al 60% ai sensi dell'articolo 23 CCII.

L'ESPERTO NEL CONCORDATO SEMPLIFICATO

L'imprenditore può presentare, nei 60 giorni successivi al termine della CNC e dal deposito della relazione finale dell'esperto, una proposta di concordato per cessione dei beni unitamente al piano di liquidazione e ai documenti indicati nell'**articolo 39 CCII**, solo la relazione depositata indica esplicitamente che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede, che non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate ai sensi dell'articolo 23, commi 1 e 2, lettera b), Codice non sono praticabili.

Il Tribunale, una volta ricevuta l'istanza di concordato semplificato, valutata la ritualità della proposta, acquisisce la relazione finale e il parere dell'esperto con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte. Tale ulteriore parere richiesto all'esperto implica che il suo ruolo non sempre termina con il deposito della relazione finale predisposta alla chiusura della CNC, ma può protrarsi al fine di orientare il Tribunale nella delibera in ordine alla fattibilità del piano di liquidazione presentato dall'imprenditore, nonché a formarsi un giudizio comparativo fra il piano e l'alternativa della liquidazione giudiziale.

Nella seconda parte dell'articolo approfondiremo specificatamente il ruolo dell'ausiliario nominato dal giudice nelle diverse fasi della CNC.

Francesco Carnevali (Senior Partner **CA Restructuring**)