

— 2021 —



DIRITTO DELLA
CRISI

www.dirittodellacrisi.it

Albo degli incaricati dall'Autorità Giudiziaria, elenco dei Commissari Straordinari ed elenco degli esperti indipendenti: proposte di unificazione nell'albo ex art. 356 CCII

di Silvia Zenati , Avvocato, Dottore Commercialista e Revisore Legale in Verona - Presidente Associazione Concorsualisti

14 Settembre 2021

Nel declinare dell'estate 2021 stiamo assistendo ad un singolare proliferare di albi ed elenchi destinati ad accogliere i soggetti esperti nella crisi d'impresa che saranno chiamati ad operare, in varie forme e su diversi piani, nell'ambito delle ristrutturazioni aziendali.

Si tratta sempre e comunque di albi composti da professionisti e manager che, sia in virtù della specifica competenza acquisita all'interno di un percorso di studi, sia per l'anzianità di iscrizione agli albi, sia per la pregressa esperienza nel settore aziendale, sono destinati a svolgere un ruolo cruciale nel salvataggio delle piccole e medie imprese, rimaste gravemente colpite dagli effetti della crisi pandemica.

Obiettivo del presente contributo è quello di indagare la possibile unificazione, in capo all'albo degli incaricati dell'autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure di cui al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, istituito dall'art. 356 del D.Lgs. 14/2019 (CCII), dell'elenco degli esperti indipendenti, istituito dall'art.3 del D.L. 24/8/2021 n. 118, e dell'albo dei commissari straordinari, previsto dal progetto di legge di riforma dell'amministrazione straordinaria.

Riproduzione riservata

Sommario:

1. L'albo degli incaricati alla gestione e al controllo nelle procedure ex art. 356 del D.Lgs. 14/2019 (CCII)
2. L'elenco dei commissari straordinari nel progetto di riforma dell'amministrazione straordinaria
3. L'elenco degli esperti indipendenti di cui all'art. 3 del D.L. 24/8/2021 n. 118
4. Le proposte di modifica dell'art. 356 CCII in tema di albo: la ripartizione in due sezioni

1. L'albo degli incaricati alla gestione e al controllo nelle procedure ex art. 356 del D.Lgs. 14/2019 (CCII)

Allo stato risulta compiutamente delineato, dall'art. 356 del CCII, l'albo degli incaricati dall'autorità giudiziaria, norma già in vigore dal 16 marzo 2019, ma la cui effettiva entrata in vigore è paralizzata dalla mancata adozione del decreto del ministero della giustizia nel quale saranno stabilite, tra le altre, le modalità di funzionamento dell'albo stesso, nonché l'importo del contributo da versare in sede di prima iscrizione e periodicamente, ai sensi dell'art.357 CCII.

L'art.358 al comma 1 lettera a) individua negli iscritti negli albi professionali degli avvocati, dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e dei consulenti del lavoro coloro i quali potranno essere incaricati dall'autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure di cui al codice della crisi e dell'insolvenza. L'inserimento degli iscritti all'albo dei consulenti del lavoro, la cui disciplina è contenuta nella l.12/1979, risponde alla possibilità di scelta, rimessa al tribunale, di quale figura tecnica, alla luce del caso concreto, risulti più idonea alla gestione della crisi: prescrive infatti il 3° co., lettera d) dell'art.358 CCII che la nomina del consulente del lavoro potrà avvenire tenuto conto dell'esistenza di rapporti di lavoro subordinato in atto al momento dell'apertura della liquidazione giudiziale, del deposito del decreto di ammissione al concordato preventivo o al momento della sua omologazione. La stessa possibilità di conseguire incarichi giudiziari riservata agli iscritti agli ordini professionali è estesa (art.358 comma 1 lett b) agli studi professionali associati o società tra professionisti sempre che i soci delle stesse

siano avvocati, dottori commercialisti ed esperti contabili e consulenti del lavoro, iscritti ai relativi albi di appartenenza, proprio per consentire che le funzioni giudiziali siano assunte da una struttura dotata già al suo interno di tutte le varie professionalità cui può risultare necessario ricorrere, ciò che può rivelarsi utile soprattutto nei casi di procedure maggiormente complesse.

La possibilità di nominare curatori, commissari giudiziali e liquidatori coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in virtù della loro pregressa e specifica esperienza nella gestione aziendale, purché abbiano dato prova di adeguate capacità imprenditoriali, e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale, è stata modificata dal CCII introducendo la precisazione che le citate funzioni possono essere state svolte in società di capitali o società cooperative, e non solo in s.p.a. (art.358 comma 1 lett c). Per tutte queste categorie di soggetti sono previsti importanti obblighi formativi, in quanto ai sensi dell'art.356, comma 2 CCII, *“possono ottenere l'iscrizione i soggetti che, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 358, comma 1, lettere a), b) e c), dimostrano di aver assolto gli obblighi di formazione di cui all'articolo 4, comma 5, lettere b), c) e d) del decreto del Ministro della giustizia 24 settembre 2014, n. 202 e successive modificazioni”*: il d.m. 202/2014, recante i requisiti di iscrizione nel registro degli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento, all'art.4, comma 5, lettera b) richiede il possesso di una specifica formazione acquisita tramite la partecipazione a corsi di perfezionamento istituiti a norma dell'art. 16 d.p.r. 162/1982, di durata non inferiore a duecento ore nell'ambito disciplinare della crisi dell'impresa e di sovraindebitamento, anche del consumatore. I corsi di perfezionamento sono costituiti con gli insegnamenti concernenti almeno i seguenti settori disciplinari: diritto civile e commerciale, diritto fallimentare e dell'esecuzione civile, economia aziendale, diritto tributario e previdenziale. La specifica formazione di cui alla presente lettera può essere acquisita anche mediante la partecipazione ad analoghi corsi organizzati dai soggetti indicati al comma 2 in convenzione con università pubbliche o private. Con la modifica apportata dall'art.37 del decreto correttivo citato *“per i professionisti iscritti agli ordini professionali degli avvocati, dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, dei consulenti del lavoro la durata dei corsi di cui al predetto articolo 4, comma 5, lettera b) è di quaranta ore”*.

A questa formazione iniziale si deve accompagnare, ai fini del mantenimento dell'iscrizione nell'albo, quanto previsto dall'art.4, comma 5 del d.m. 202/2014 alla

lettera d), e cioè l'acquisizione di uno specifico aggiornamento biennale, di durata complessiva non inferiore a quaranta ore, nell'ambito disciplinare della crisi dell'impresa e di sovraindebitamento, anche del consumatore, acquisito presso uno degli ordini professionali di cui al comma 2 ovvero presso un'università pubblica o privata, in base a programmi le cui linee guida generali saranno dettate dalla Scuola Superiore della magistratura.

Il decreto correttivo approvato con D.Lgs 147/2020 è intervenuto anche sulle modalità di iscrizione nell'albo in sede di primo popolamento, riducendo da quattro a due il numero delle procedure necessarie per poter ottenere l'iscrizione senza dover provare lo svolgimento della formazione professionale obbligatoria: potranno quindi ottenere l'iscrizione nell'albo i professionisti che possano documentare di essere stati nominati, entro il 16 marzo 2019, curatori fallimentari (trattandosi di nomine avvenute prima dell'entrata in vigore del codice della crisi, vale ancora l'aggettivo qualificativo fallimentare), commissari o liquidatori giudiziali in almeno due procedure negli ultimi quattro anni. La riduzione del numero delle procedure richieste giunge a valle delle critiche pervenute dagli ordini professionali, che avevano sottolineato il rischio di ottenere risultati opposti, e cioè che proprio i professionisti di pluriennale esperienza, che la norma voleva privilegiare, in realtà non riuscissero a dimostrare di avere svolto quattro incarichi, e ciò a causa della lunga durata delle procedure, dilatate per la pendenza delle azioni recuperatorie e risarcitorie, nonché per effetto della turnazione degli incarichi, che ha portato alla nomina di molti giovani professionisti. Per quanto concerne l'individuazione delle procedure di riferimento, ai fini della considerazione del pregresso svolgimento degli incarichi, ci si è chiesti il motivo per cui la norma faccia riferimento ai commissari tout court, senza ulteriori precisazioni o aggettivazioni, così consentendo di comprendere ai fini del primo popolamento anche gli incarichi di commissario in procedure di amministrazione straordinaria. La spiegazione può essere rinvenuta nel fatto che l'art.356, 2° co. non precisa, a differenza di quanto riportato testualmente nel 1° co., che il riferimento delle quattro procedure debba essere fatto considerando solo le procedure previste nel presente codice, (il quale, per precisa scelta legislativa, non disciplina le procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese"). Il combinato utilizzo del termine commissari senza ulteriori precisazioni e di *procedure*, senza limitazione a quelle previste dal presente codice, consente di concludere che ai fini del conteggio delle due procedure possono essere considerate, oltre alla liquidazione giudiziale e al

concordato preventivo, anche le procedure di amministrazione straordinaria delle grandi (d.lgs.270/1999) e grandissime (d.l. 347/2003 conv. l.3/2004) imprese in crisi, nelle quali la gestione della procedura è affidata a commissari straordinari. D'altra parte escludere questi commissari dal primo popolamento dell'albo sarebbe iniquo, incongruo e contraddittorio con la finalità di preservare professionalità già acquisite negli anni e sul campo, considerato che la funzione di gestione, affidata a uno o a un collegio di commissari straordinari, di tali procedure, comportando la realizzazione anche del fine del *mantenimento dei livelli occupazionali*, in società o gruppi di rilevanti dimensioni, implica una *professionalità più ampia* e un'*esperienza maggiore* rispetto a quella richiesta per lo svolgimento delle funzioni di curatore, commissario giudiziale e liquidatore in procedure di piccole dimensioni. Si ritiene, quindi, che tra le funzioni svolte, ai fini del primo popolamento dell'albo, rientrino anche quelle di commissario straordinario in procedure di amministrazione straordinaria, tenuto conto che la norma del 2° co., con significativa differenza rispetto al testo del 1° co. ("è istituito presso il Ministero della giustizia un albo dei soggetti, costituiti anche in forma associata o societaria, destinati a svolgere, su incarico del tribunale, le funzioni di curatore, commissario giudiziale o liquidatore"), fa riferimento alla pregressa nomina a curatore fallimentare, commissario (senza più la specificazione di giudiziale) o liquidatore giudiziale, con ciò aprendo testualmente anche alla categoria dei commissari (straordinari) la possibilità di iscrizione in sede di primo popolamento. Nel caso l'iscrizione all'albo sia richiesta da studi professionali associati o società tra professionisti, i requisiti per il primo popolamento dell'albo devono essere in possesso della persona fisica responsabile della procedura, nonché del legale rappresentante della società tra professionisti o di tutti i componenti dello studio professionale associato.

La norma sul primo popolamento dell'albo, pur essendo tra quelle la cui entrata in vigore era prevista al 16 marzo 2019, resta in attesa di attuazione, in quanto l'albo, seppure istituito a partire dalla stessa data, come si diceva in precedenza ha necessità, per il suo funzionamento, di un decreto attuativo che ne disciplini, ai sensi dell'art. 357 del codice della crisi: a) le modalità di iscrizione, b) *le modalità di sospensione e cancellazione, volontaria o disposta dal Ministero della giustizia, anche a seguito del mancato versamento del contributo, (lettera inserita dal decreto correttivo D.Lgs 147/2020)* c) le modalità di esercizio del potere di vigilanza da parte del Ministero della Giustizia, e l'importo del contributo di iscrizione. Tale decreto inizialmente avrebbe dovuto essere adottato entro il 1° marzo 2020, termine

prorogato dall'art.8, comma 4 del DL 162/2019 al 30 giugno 2020 in vista della all'epoca prevista adozione delle disposizioni correttive. Allo stato, e in attesa del decreto attuativo che ne delinea i contenuti e le modalità di istituzione e funzionamento, nessun professionista potrà iscriversi all'albo, nè in sede di primo popolamento, nè a seguito della prova dello svolgimento di specifica formazione iniziale obbligatoria.

Va evidenziato che la circostanza di essere stati inseriti per la prima volta in sede di codice della crisi e dell'insolvenza tra i soggetti possibili incaricati dall'autorità giudiziaria di svolgere le funzioni di curatore, commissario giudiziale e liquidatore non consentirà ai consulenti del lavoro di iscriversi all'albo in sede di primo popolamento, in quanto non vi è alcuna possibilità che i consulenti del lavoro abbiano svolto incarichi in procedure negli ultimi quattro anni, non essendo legittimati alla funzione sino all'entrata in vigore della riforma. I consulenti del lavoro potranno essere iscritti all'albo solo dopo la sua istituzione, in virtù dell'ottenimento dei requisiti di formazione, e comunque solo dopo l'entrata in vigore della norma dell'art. 358. Nel frattempo, restando in vigore l'art. 28 l.f., ai consulenti del lavoro non potranno essere affidati incarichi di gestione e controllo delle procedure da parte dell'autorità giudiziaria.

In ossequio al profilo di specchiata onestà degli iscritti all'albo, sono previsti stringenti requisiti di onorabilità per l'iscrizione all'Albo (su cui cfr amplius il mio focus del 14 luglio 2021 pubblicato su Ifallimentarista.it), nonché specifiche incompatibilità e incapacità, in particolare l'assenza di qualsivoglia conflitto di interesse: tra i criteri per la scelta del nominando, oltre alla diligenza nella redazione dei rapporti riepilogativi, emerge la considerazione degli incarichi in corso, in relazione alla necessità di assicurare l'espletamento diretto, personale, efficiente e tempestivo delle funzioni.

Il comma 3 dell'art.358, alla lettera c) disciplina i criteri seguiti dall'autorità giudiziaria per la nomina dei curatori, commissari giudiziali e liquidatori, stabilendo che l'autorità giudiziaria tiene, tra l'altro, conto delle esigenze di trasparenza e di rotazione nell'assegnazione degli incarichi, anche tenuto conto del numero delle procedure aperte nell'anno precedente, valutata la esperienza richiesta dalla natura e dall'oggetto dello specifico incarico.

Lo schema di decreto legislativo intendeva sopprimere le parole "e di turnazione", soppressione che però si poneva in contrasto con la norma di carattere generale, e inderogabile, dell'art.5, comma 2 del CCII, ai sensi del quale "Tutte le nomine dei

professionisti effettuate dall'autorità giudiziaria e dagli organi da essa nominati devono essere improntate a criteri di trasparenza, rotazione ed efficienza". A seguito dell'approvazione del decreto correttivo, il criterio della rotazione degli incarichi può già costituire criterio generale di indirizzo delle nomine, attesa la portata di principio generale del citato art.5 comma 2 del CCII, che dispone l'obbligo, in capo all'autorità giudiziaria titolare della nomina, del rispetto dei criteri di trasparenza, rotazione ed efficienza.

Il criterio di trasparenza nell'assegnazione degli incarichi è stato invece introdotto su sollecitazione espressa dal Consiglio di Stato nel proprio parere, per soddisfare un'esigenza di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, di cui viene data evidenza attraverso la pubblicità degli incarichi conferiti ad ogni soggetto sul registro nazionale previsto dall'art. 125, comma 4, CCII. Proprio il collegamento dei dati contenuti nell'albo con il registro nazionale, nel quale confluiscono tutti i provvedimenti di nomina dei curatori, dei commissari giudiziali e dei liquidatori giudiziali (e ciò anche se l'art.125 disciplina la sola nomina del curatore), i provvedimenti di chiusura del fallimento e di omologazione del concordato, nonché l'ammontare dell'attivo e del passivo delle procedure chiuse consentirà di dare concreta attuazione alle esigenze di trasparenza e rotazione attraverso la pubblicità di tutti gli incarichi facenti capo al singolo professionista sul territorio nazionale. Al contrario non sembra che la pubblicità sul registro nazionale possa da sola consentire la rotazione degli incarichi, dovendo la stessa passare da un'autoregolamentazione nelle nomine da parte della singola autorità giudiziaria, alla luce delle risultanze del registro nazionale: in tal senso dispone l'art.5, 2° co., per cui tutte le nomine dei professionisti effettuate dall'autorità giudiziaria devono essere improntate a criteri di trasparenza, rotazione ed efficienza, il rispetto dei quali è garantito dalla vigilanza del presidente di tribunale (o di sezione fallimentare, laddove istituita), e la cui concreta attuazione è demandata a protocolli condivisi con i giudici della sezione.

Sul tema si è pronunciato anche il C.S.M. nella delibera 12 ottobre 2016 "Risoluzione generale in tema di poteri di vigilanza dei dirigenti degli uffici giudiziari in ordine ai conferimenti degli incarichi di curatore fallimentare, perito, consulente, custode, amministratore giudiziario e ad altri ausiliari del giudice", precisando che ragioni di trasparenza conducono all'auspicio che il legislatore provveda ad assicurare una omogenea pubblicità per ogni forma di incarico affidato da ciascun magistrato dell'ufficio e dei conseguenti provvedimenti adottati.

La trasparenza e la rotazione degli incarichi sono esigenze che devono essere bilanciate con quella di nominare professionisti dotati delle necessarie, specifiche esperienze richieste dalla natura e dall'oggetto dell'incarico, dovendosi valutare, con giudizio ex ante, che il professionista nominando abbia già maturato esperienze specifiche, documentate o documentabili, che lo rendano particolarmente adatto a rivestire l'incarico, che deve essere stato già analizzato nel suo oggetto e nella sua natura. D'altro canto, tuttavia, non può tacersi che le procedure concorsuali richiedono sempre competenze di tipo giuridico, quasi sempre competenze di tipo economico, e sovente competenze di tipo aziendale, in particolare gestionale: valga per tutti l'esempio delle procedure di concordato preventivo con continuità aziendale (84, 2° e 3° co. CCII), in cui le competenze richieste al commissario giudiziale in tema di valutazione dal punto di vista aziendale ed economico-finanziario delle effettività possibilità di prosecuzione dell'attività da parte del debitore, sulla base di apposito business plan, e della funzionalità della attività stessa ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario, sono sostanzialmente diverse da quelle richieste al commissario giudiziale di un concordato liquidatorio, il quale dovrà, attraverso la liquidazione del patrimonio, valutare la possibilità dello stesso di garantire il soddisfacimento dei creditori. Questa differenza di competenze era stata valutata nel corso dei lavori della Commissione Rordorf, e risolta nella proposta, poi non adottata, di separare le specializzazioni tra i soggetti destinati ad occuparsi di liquidazioni di aziende e patrimoni, e quelli deputati alla valutazione della continuità d'impresa.

2. L'elenco dei commissari straordinari nel progetto di riforma dell'amministrazione straordinaria

Vi è poi l'elenco dei commissari straordinari, che l'art.2 lett.f) del progetto di legge (PDL A.C. 1494 Benamati)) di riforma dell'amministrazione straordinaria prevede di istituire presso il Mi.S.E. per l'amministrazione delle grandi imprese in stato di insolvenza, determinando in particolare i requisiti di indipendenza, professionalità, onorabilità, trasparenza e assenza di conflitti di interesse necessari per l'iscrizione nell'albo stesso, prevedendo, tra i requisiti per l'iscrizione nell'elenco, l'aver svolto funzioni direttive nell'ambito di imprese di notevoli dimensioni o nell'ambito di

procedure concorsuali di natura conservativa e l'aver maturato specifica esperienza e professionalità nel campo della ristrutturazione delle imprese in crisi.

L'elenco dei commissari straordinari, nel PDL, assume una rilevanza centrale, in quanto la sussistenza del requisito della recuperabilità economica dell'impresa in crisi, necessario per accedere alla procedura di amministrazione straordinaria, dovrà essere comprovata sulla base del piano predisposto dal commissario o dell'attestazione di un professionista incaricato dal giudice, entrambi scelti nell'istituendo elenco dei commissari straordinari. Pertanto, appare indispensabile regolamentare i requisiti di indipendenza, professionalità, onorabilità e trasparenza dei soggetti ivi iscritti, nonché imporre criteri di avvicendamento tra i commissari nominati. In questo contesto. Particolare rilevanza assumeranno, oltre la conoscenza delle discipline giuridiche e fiscali, le competenze manageriali, che in molti casi del recente passato si sono rivelate determinanti per il buon esito delle ristrutturazioni. Ciò è chiaramente espresso nella recente direttiva del Ministero dello Sviluppo Economico del 13 aprile 2021 sulla disciplina dei procedimenti di designazione dei commissari giudiziali e di nomina dei commissari straordinari e dei comitati di sorveglianza nelle procedure di amministrazione straordinaria, in sostituzione della precedente direttiva del 2018, secondo la quale, in un'ottica di trasparenza, una commissione nominata da parte del Ministro dello Sviluppo economico, coordinata da un magistrato, sarà deputata a selezionare i commissari iscritti in un elenco di professionisti aggiornato annualmente con avviso pubblico, nel rispetto dei requisiti previsti dal Regolamento recante determinazione dei requisiti di professionalità e onorabilità dei commissari giudiziali e straordinari delle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, di cui al DM n. 60/2013 nonché del criterio della rotazione, prescrivendo che allo stesso soggetto non potranno essere conferiti più incarichi contestuali.

In particolare, l'articolo 2 del Regolamento include tra le persone che possono essere scelte come commissari straordinari coloro che, in possesso di un titolo di studi idoneo, abbiano maturato un'esperienza complessiva di almeno cinque anni, tra le altre, nell'esercizio di: *i)* funzione di amministrazione o di direzione presso imprese pubbliche o private aventi dimensioni comparabili con quelle dell'impresa insolvente; *ii)* funzioni dirigenziali presso enti pubblici o pubbliche amministrazioni aventi attinenza con il settore di attività dell'impresa insolvente e che comportano la gestione di rilevanti risorse economico-finanziarie.

L'elenco dei professionisti idonei a ricoprire la carica di commissario straordinario e di commissario giudiziale è aggiornato annualmente mediante avviso pubblico. La sopra citata commissione selezionerà tra i soggetti iscritti all'elenco una rosa di tre nominativi (ovvero, qualora vi sia la possibilità che l'organo commissariale sia a composizione collegiale, di nove nominativi) giudicati parimenti idonei allo svolgimento dell'incarico e che, per quanto possibile, siano selezionati in maniera tale da salvaguardare il necessario grado di eterogeneità tra i profili professionali di cui all'art. 2, comma 2, lettere a) e b) del Regolamento, applicando, come detto, i criteri della rotazione, in base al quale al medesimo soggetto non potranno essere conferiti più incarichi contestuali, e dell'esperienza professionale maturata nella gestione di incarichi analoghi. Preliminarmente alla nomina dovranno essere acquisite, a cura della commissione, le dichiarazioni previste dalla normativa vigente in ordine alla insussistenza di incompatibilità, situazioni impeditive e conflitti d'interesse, nonché alla disponibilità del professionista prescelto a dedicarsi adeguatamente, anche in termini temporali, allo svolgimento dell'incarico.

Con riferimento alla composizione dell'albo dei commissari straordinari, Confindustria, nelle sue osservazioni al PDL rilasciate nell'aprile 2021, ha sottolineato come *“nella logica della razionalizzazione ed efficienza, occorre valutare un raccordo dell'albo dei commissari straordinari con l'istituendo albo dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure di cui al Codice (artt. 356 - 358)”*.

Va infine sottolineato che la più volte citata direttiva Mise del 13 aprile 2021 prevede una durata in carica limitata dei commissari nelle procedure che adottano il programma di cessione dei complessi aziendali, dovendo gli stessi operare solo nel periodo di esecuzione del programma, *“nel presupposto che nella fase propriamente concorsualista possa essere più opportuno preporre alla procedura professionalità specificamente orientate alle finalità liquidatorie”*.

Questa precisazione è utile nel delineare i profili dei commissari straordinari ai quali fa riferimento la direttiva, profili che si differenziano in base alla specifica professionalità richiesta dalla natura dell'incarico: pertanto, a seconda della fase in cui versa la procedura di amministrazione straordinaria, dovranno essere inizialmente necessari professionisti della ristrutturazione, in grado di dare esecuzione al programma di cessione approvato dal Mise, mentre nella fase successiva, destinata alla chiusura della procedura attraverso l'esecuzione dei riparti

ai creditori, i professionisti dovranno avere profili diversi, con caratteristiche ed esperienze più adatte ad una fase liquidatoria.

Di conseguenza la formazione dei soggetti destinati ad assumere l'incarico di commissario straordinario dovrebbe essere differenziata, per essere adeguata a seconda della fase della procedura, se di ristrutturazione, ovvero liquidatoria, nella quale sarà destinata ad operare.

3. L'elenco degli esperti indipendenti di cui all'art. 3 del D.L. 24/8/2021 n. 118

Vi è poi l'elenco degli esperti indipendenti, previsto dal D.L. 24/8/2021 n.118, istitutivo della nuova procedura di composizione negoziata di cui potrà beneficiare l'imprenditore che versi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza (art.2, c.1)

Il successo della composizione negoziata che dovrà realizzarsi in un contesto di risanamento dell'impresa, in quanto ragionevolmente perseguibile, è affidato al ruolo centrale svolto dall'esperto indipendente, definito dall'art.2 come il soggetto che *“agevola le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di cui al comma 1, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa”*.

L'imprenditore commerciale e agricolo in crisi, per accedere alla procedura di composizione negoziata, può chiedere al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa, la nomina di un esperto indipendente quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa.

L'intervento dell'esperto, quindi, più che essere volto a sostituire l'imprenditore nell'individuare ed adottare il percorso di uscita dalla crisi, sarà diretto, come ben esplicitato nella relazione illustrativa, a *“dare forza e credibilità alla posizione dell'impresa ed a rassicurare i creditori e le altre parti interessate. La figura terza ed indipendente dell'esperto, chiamato a verificare costantemente la funzionalità e utilità delle trattative rispetto al risanamento e l'assenza di atti pregiudizievoli per i creditori, conferisce alle trattative un elevato livello di sicurezza ed elimina il dubbio sull'esistenza di possibili atteggiamenti dilatori o poco trasparenti tenuti dalle parti*

coinvolte. La competenza nelle tecniche di facilitazione richiesta all'esperto agevolerà lo svolgimento di tali funzioni".

Dispone l'art.3 comma 3 del D.L.118/2021 che presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di ciascun capoluogo di regione e delle province autonome di Trento e Bolzano sia formato un elenco di esperti nel quale possono essere inseriti: gli iscritti da almeno cinque anni all'albo dei dottori commercialisti ed esperti contabili; gli iscritti da almeno cinque anni all'albo degli avvocati che documentano di aver maturato precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi d'impresa; gli iscritti da almeno cinque anni all'albo dei consulenti del lavoro che documentano di avere concorso, almeno in tre 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. Possono inoltre essere inseriti nell'elenco coloro che, pur non iscritti in albi professionali, documentano di avere svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in imprese interessate da operazioni di ristrutturazione concluse con piani di risanamento attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti e concordati preventivi con continuità aziendale omologati, nei confronti delle quali non sia stata successivamente pronunciata sentenza dichiarativa di fallimento o sentenza di accertamento dello stato di insolvenza.

L'iscrizione all'elenco di cui all'art.3, c. 3 è altresì subordinata al possesso della specifica formazione prevista con il decreto dirigenziale del Ministero della giustizia, che verrà emanato entro trenta giorni dall'entrata in vigore del D.L.118/2021, e quindi entro il 24 settembre 2021, con il quale si intende garantire l'uniformità a livello nazionale della formazione stessa.

La domanda di iscrizione all'elenco è presentata alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura del capoluogo della regione e delle province autonome di Trento e Bolzano del luogo di residenza o di iscrizione all'ordine professionale del richiedente ed è corredata dalla documentazione comprovante il possesso dei requisiti richiesti, dalla certificazione attestante l'assolvimento degli obblighi formativi di cui al comma 4 e da un *curriculum vitae* oggetto di autocertificazione dal quale risulti ogni altra esperienza formativa in materia, anche nelle tecniche di facilitazione e mediazione. Ciascuna camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura del capoluogo della regione e delle province autonome di Trento e Bolzano designa il soggetto responsabile della formazione, tenuta e aggiornamento

dell'elenco e del trattamento dei dati in esso contenuti nel rispetto del regolamento (UE) n. 679/2016, il quale accerta la veridicità delle dichiarazioni rese dai richiedenti. In ossequio al principio, anche eurocomunitario, di trasparenza, gli incarichi conferiti e il *curriculum vitae* dell'esperto nominato sono pubblicati senza indugio in apposita sezione del sito istituzionale della camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato del luogo di nomina e del luogo dove è tenuto l'elenco presso il quale l'esperto è iscritto.

L'esperto, secondo la prescrizione dell'art.4, deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 c.c. e non deve trovarsi in situazione di conflitto di interesse: non deve, quindi, essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale, e il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore dell'imprenditore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa.

L'esperto opera in modo professionale, riservato, imparziale e indipendente: il rispetto dell'indipendenza è assistito dalla garanzia dell'art.6, c.6, per cui entro tre giorni dalla comunicazione della convocazione le parti possono presentare osservazioni sull'indipendenza dell'esperto al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, il quale riferisce alla commissione perché, valutate le circostanze esposte e sentito l'esperto, se lo ritiene opportuno provveda alla sua sostituzione.

Ciò è coerente con quanto previsto dalla direttiva UE 2019/1023, che all'art.26, lettera d) prevede che *“al fine di evitare qualsiasi conflitto di interessi, i debitori e i creditori abbiano la facoltà di opporsi alla scelta o alla nomina del professionista, o di chiedere la sostituzione del professionista”*; la direttiva lascia agli stati membri la definizione dei modi in cui il debitore e i creditori possono essere coinvolti nel processo di selezione del professionista, in coerenza con il Considerando 88 della Direttiva, che suggerisce di *“prevedere che i professionisti siano scelti da un debitore, dai creditori o da un comitato di creditori da un elenco o da una riserva che siano stati precedentemente approvati da un'autorità giudiziaria o amministrativa. Nella scelta di un professionista, al debitore, ai creditori o al comitato dei creditori potrebbe essere concesso un margine di discrezionalità quanto alle competenze e all'esperienza del professionista in generale e rispetto alle difficoltà del caso.”*

Anche il rispetto della riservatezza, stante la sensibilità delle informazioni acquisibili sullo stato di salute dell'impresa, è tutelato nella sua effettività, prescrivendosi che l'esperto non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nell'esercizio delle sue funzioni, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità [1] .

4 . Le proposte di modifica dell'art. 356 CCII in tema di albo: la ripartizione in due sezioni

A fronte di questa pluralità di offerta di albi ed elenchi, non può non rilevarsi come sia altamente probabile che i soggetti in possesso dei requisiti richiesti chiederanno l'iscrizione a tutti quelli dianzi citati, in quanto professionisti esperti nella materia concorsuale, o manager con significative esperienze nel settore delle ristrutturazioni aziendali, con il risultato di annullare quella differenziazione di esperienze e di competenze che, forse, con la creazione di diversi elenchi per diverse procedure si era cercato di perseguire.

A mio avviso, invece, in ottica semplificatoria e di trasparenza, nonché di più immediata individuazione da parte dei terzi del "vero" albo al quale fare riferimento per verificare caratteristiche e requisiti del soggetto nominato, sarebbe più utile, in questo momento in cui il CCII vede differita l'entrata in vigore al 16 maggio 2022, non è stato istituito l'elenco dei commissari straordinari non essendo stata ancora approvata la legge di riforma dell'amministrazione straordinaria, ed è ancora in fase di costituzione l'elenco degli esperti indipendenti, elaborare una proposta di modifica del codice della crisi in modo da consentire di utilizzare l'albo del CCII per tutte le nomine dianzi esposte, e non solo per quelle operate dall'autorità giudiziaria, come attualmente previsto nel vigente art.356 CCII: ciò consentirebbe di avere un unico organismo preposto alla tenuta dell'albo, al quale si potrà attingere, nelle istituende diverse sezioni, in tutti i casi di necessità di nomina di soggetti esperti, muniti di requisiti di indipendenza, imparzialità, esperienza nel caso specifico e adeguata formazione, cioè di quella professionalità a tutto tondo che sia in grado, con efficacia ed efficienza, di guidare il percorso di ristrutturazione attraverso il risanamento aziendale, e comunque di definizione dello stato di crisi del debitore.

Anche a tal fine l'albo ex art.356 CCII dovrebbe, preliminarmente, essere strutturato in due sezioni, uno dei professionisti della fase liquidatoria, e un altro dei

professionisti con esperienze specifiche di ristrutturazione e continuità aziendale; ciò sarebbe maggiormente coerente con la prospettiva della Direttiva (UE) 2019/1023, che richiede agli stati membri di fare sì i professionisti (artt.26 e 27) siano adeguatamente formati e in possesso delle competenze necessarie per adempiere alle loro responsabilità, tenuto conto del caso specifico di cui entrambi devono occuparsi. In questa ottica anche la formazione, per essere, adeguata, dovrebbe essere differenziata con riferimento alle procedure di ristrutturazione, nelle quali le capacità di affrontare strategicamente la gestione di un'azienda in crisi richiede il possesso di competenze specifiche, rispetto a quelle richieste per la gestione di procedure liquidatorie, finalizzate a realizzare le attività del debitore in vista del riparto del ricavato tra i creditori.

Inoltre il tema della formazione adeguata dovrebbe essere sviluppato congiuntamente dai giudici e dai professionisti destinati a svolgere le rispettive funzioni nell'ambito delle procedure, pena il disallineamento del sistema e lo svilupparsi di procedure a due velocità, o troppo approfondite dal punto di vista della tecnica professionale, ma difficili da comprendere dal punto di vista delle autorità coinvolte, ovvero ad alta complessità giuridica, scenario nel quale l'autorità giudiziaria dispone di competenze più tecniche, ma affidate a professionisti, magari scelti con metodi casuali, non sufficientemente esperti o strutturati per affrontare con tempestività la soluzione di problematiche complesse. La stessa rapidità nell'adozione delle decisioni di ordinaria amministrazione, ma anche di quelle straordinarie, richieste all'autorità giudiziaria in una procedura di ristrutturazione, verrebbe migliorata grazie al possesso di specifica formazione nelle conoscenze tecniche necessarie ad affrontare il percorso di risanamento.

La formazione adeguata dei professionisti nel campo della ristrutturazione consentirà di dare preventiva attuazione a quanto previsto all'art.2 lettera f) della PDL di riforma dell'amministrazione straordinaria che indica, tra i requisiti per l'iscrizione all'albo ivi previsto, l'avere svolto funzioni direttive nell'ambito di imprese di notevoli dimensioni o nell'ambito di procedure concorsuali di natura conservativa *“e l'avere maturato specifica esperienza e professionalità nel campo della ristrutturazione delle imprese in crisi”*: i nominandi commissari straordinari potrebbero così essere scelti dall'albo ex art.356 CCII, in particolare dalla sezione che accoglie i professionisti con specifiche esperienze nel campo della ristrutturazione delle imprese in crisi, per avere ricoperto gli incarichi su nomina dell'autorità giudiziaria di curatore fallimentare, commissario giudiziale, liquidatore giudiziale,

commissario straordinario (precisazione ora mancante nel CCII ma necessaria), ovvero aver svolto il ruolo di attestatore e di advisor, in procedure a carattere conservativo. Sotto questo ultimo profilo sarà necessario prevedere che l'albo ex 356 CCII possa accogliere sin da subito, in sede di primo popolamento, anche i soggetti che hanno svolto la funzione di attestatore e advisor (eliminando l'art.352 CCII in modo da evitare la incomprensibile discriminazione con i componenti OCRI), in quanto questi professionisti più di altri (si pensi ai curatori fallimentari di procedure ad attivo zero) esprimono le competenze e la pregressa esperienza che ne giustificano l'iscrizione anche a prescindere dello svolgimento della formazione iniziale.

Anche per la nomina degli esperti indipendenti di cui al D.L.24/8/2021 n.118 potrebbe essere utilizzato l'albo del CCII, in particolare la sezione degli esperti in ristrutturazione, essendo i requisiti per l'iscrizione quasi perfettamente sovrapponibili, ed essendo la formazione specifica richiesta agli esperti indipendenti incrementata solo per il riferimento alle competenze in tema di negoziazione assistita, inteso come quel processo con il quale due o più parti cercano di raggiungere un accordo su un punto di interesse reciproco, tale da consentire a ciascuno il massimo vantaggio: questo processo comporta la conoscenza e padronanza delle tecniche di composizione del conflitto che vanno dall'assertività, all'ascolto attivo, alla gestione delle obiezioni, alla negoziazione.

Sul punto della formazione si innestano alcune riflessioni di compatibilità con il percorso formativo delineato nell'art.356 del CCII per gli iscritti all'albo, ai quali viene richiesta una formazione iniziale e periodica di almeno 40 ore (200 per i professionisti non ordinistici) ai sensi del DM 202/2014, formazione che dovrebbe verosimilmente essere mantenuta [2] : poiché appare incongruo prevedere per l'esperto una formazione di durata inferiore (anzi, vista la necessità di acquisire formazione specifica anche sulle tecniche di mediazione, la durata della stessa dovrebbe essere di durata superiore rispetto a quella richiesta agli iscritti all'albo ex art.356 CCII), è lecito chiedersi se siano adeguati i tempi, molto ristretti, previsti per la conclusione di questa formazione, che dovrebbe esaurirsi entro la data di entrata in vigore della procedura di composizione negoziata, fissata dall'art.27 al 15 novembre 2021.

La scelta di disporre l'entrata in vigore anticipata, magari al 15 novembre 2021, dell'albo ex art.356 CCII, potrebbe essere anche la soluzione più semplice, che potrebbe realizzarsi anche coordinando tra loro le due discipline, quella dell'albo e

quella dell'elenco, magari adottando in sede di primo popolamento dell'albo i requisiti di anzianità di iscrizione richiesti ai professionisti ordinistici, e i requisiti di pregressa specifica esperienza richiesta ad avvocati, consulenti del lavoro e agli altri soggetti, ai fini dell'iscrizione nell'elenco degli esperti, in luogo di quelli previsti in tema di albo.

Il requisito della formazione specifica nelle tecniche di facilitazione e mediazione, infatti, nulla toglie al fatto che l'esperto dovrà essere un autentico professionista esperto nel settore del risanamento aziendale, secondo il profilo delineato nell'albo ex art.356 CCII, nella istituenda sezione destinata ad accogliere i professionisti con specifiche esperienze nel campo della ristrutturazione delle imprese in crisi possedendone già in partenza, e a prescindere alla citata formazione specifica che gli sarà richiesta, le nozioni aziendalistiche, concorsuali, finanziarie, giuslavoristiche e giuridiche di base, oltre ad una adeguata esperienza acquisita sul campo, sia come incaricato dall'autorità giudiziaria, sia come professionista del debitore, sia come manager.

Queste competenze pregresse sono necessarie per individuare l'esperto ex D.L. 118/2021 adatto a gestire la crisi della specifica impresa istante (concetto eurocomunitario di cui alla direttiva (UE) 2019/1023, che all'art.26, lettera c) prevede che *"ai fini della nomina di un professionista in un caso specifico, anche nei casi che presentano elementi transfrontalieri, si tenga debito conto delle esperienze e competenze del professionista, nonché delle specificità del caso"*), considerato che già al momento del deposito dell'istanza di nomina, l'imprenditore deve allegare una serie di documenti che, sostanzialmente, forniscono un quadro generale della situazione contabile e debitoria dell'impresa. Si tratta di documentazione utile all'esperto nominato, consentendogli la stessa di valutare con sollecitudine, sentito l'imprenditore, la ragionevole perseguibilità del risanamento e di avviare le trattative solo se le ritiene utili rispetto alle condizioni in cui versa l'impresa, ma soprattutto di documentazione utile alla commissione che procede alla nomina dell'esperto, affinché la nomina sia il più possibile 'tarata' sulle specificità dell'impresa in crisi.

Va ricordato che la Commissione europea, già nella Raccomandazione del 12 marzo 2014 aveva previsto che:

"I debitori dovrebbero essere in grado di avviare un processo di ristrutturazione della loro azienda senza la necessità di aprire formalmente un procedimento giudiziario. La nomina di un mediatore o di un supervisore da parte del tribunale non dovrebbe

essere obbligatoria, ma piuttosto essere fatta caso per caso, laddove lo ritenga necessario:

(a) nel caso di un mediatore, al fine di assistere il debitore e i creditori nel positivo svolgimento dei negoziati su un piano di ristrutturazione;

b) nel caso di un supervisore, per sorvegliare l'attività del debitore e dei creditori e adottare le misure necessarie per salvaguardare gli interessi legittimi di uno o più creditori o di un'altra parte interessata”.

Di questo supervisore eurocomunitario è rimasta una traccia isolata nel CCII, che all'art.2 lett.n) prevede, nella definizione di “albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese”, il riferimento agli iscritti all'albo ex art.356 che svolgono, su incarico del giudice, funzioni di gestione, supervisione o controllo nell'ambito delle procedure previste dal CCII: a tale funzione di supervisione, però, non risulta associabile nessuno degli incarichi conferiti dall'autorità giudiziaria di curatore, commissario giudiziale e liquidatore giudiziale.

Potrebbe, quindi, avere un senso di chiusura del sistema delineato dal codice della crisi, e potrebbe dare un senso compiuto alla “profetica” funzione di supervisione, allo stato isolata dal contesto definitorio dell'albo ex art.356 CCII, il mantenimento nell'art.2 lett.n) anche del richiamo alle funzioni di supervisione, ma integrando nel contempo le funzioni citate dall'art.356, nel quale andrebbe ora aggiunta la previsione dell'esperto indipendente, di cui al D.L. 118/2021, come soggetto anch'esso nominabile tra gli iscritti all'albo disciplinato dal CCII, sezione esperti nelle ristrutturazioni, purché in possesso di formazione adeguata anche in ordine alle tecniche di negoziazione assistita.

Note:

[1] Si applicano le disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale e le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 del codice di procedura penale in quanto compatibili.

[2] Precisa infatti la relazione illustrativa che alla formazione specifica andranno “affiancati - quale ulteriore elemento di valutazione delle competenze del singolo professionista, ma senza sostituire la formazione specifica, necessariamente ritagliata sulle caratteristiche dello strumento che si va ad



introdurre - i percorsi formativi già seguiti dai professionisti che presenteranno domanda di iscrizione”.

DIRITTO DELLA CRISI