

Quali rischi penali in capo all'esperto della "Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa"?

di **Corrado Ferriani** e **Alessandro Viglione**

Sommario. **1.** Premessa - **2.** Il ruolo dell'esperto tra indipendenza e "ampia" professionalità - **3.** I (possibili) rischi penali in capo all'esperto - **4.** Conclusioni

1. Premessa

Con queste brevi note si vorrebbe tratteggiare la nuova figura dell'esperto, voluto dal d.l. 118/2021, evidenziando i profili critici connessi al suo ruolo ed i rischi, anche penali, in cui potrebbe incorrere nell'esercizio delle sue funzioni al fianco dell'imprenditore in difficoltà.

Senza naturalmente voler pensare a condotte dolosamente preordinate, potrebbero, tuttavia, verificarsi casi e circostanze nelle quali il professionista, nello svolgimento dell'incarico ricevuto, si trovi a dover adottare decisioni e a compiere manovre valutabili *ex post* rientranti nel paradigma penale fallimentare, il più delle volte in concorso con chi è il beneficiario della prestazione: l'imprenditore in difficoltà che ha deciso di avviare il procedimento di composizione negoziata per la soluzione della crisi.

Si tratta, quindi, di analizzare se e quando l'esperto rischi di essere chiamato sul banco degli imputati per aver posto in essere operazioni o fornito consigli che, sebbene formalmente lecite e coerenti con il suo intervento, vengano rivalutate in caso di insuccesso della manovra di risanamento aziendale attuata dall'imprenditore, con conseguente assoggettamento a procedura concorsuale rilevante ex artt. 217, 216, 223, 2224 e 236 l. fall.

In assenza di una specifica e sostanziale regolamentazione concernente le responsabilità dell'esperto per specifici atti compiuti nella fase endoprocedimentale della gestione della crisi, occorre valutare se e in quale misura il professionista, nell'espletamento dell'incarico conferitogli, abbia o meno fornito un contributo materiale o morale alla produzione dell'evento, piuttosto che, essendone venuto a conoscenza, non ne abbia impedito la consumazione, tenendo però presente quello che è il compito ed il ruolo che gli viene assegnato, ossia quello di facilitare il superamento della crisi offrendo perciò – al di là delle generiche indicazioni normative – un contributo qualificato al soggetto in difficoltà, attuando scelte, anche di natura tecnica, che l'imprenditore, da solo, non sarebbe stato in grado di ponderare e correttamente congegnare.



2. Il ruolo dell'esperto tra indipendenza e "ampia" professionalità.

Secondo quanto dispone l'art. 4 del d.l. n. 118/2021, l'esperto non solo deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 c.c., ma ha altresì l'obbligo di operare in modo professionale, riservato, imparziale ed indipendente. E' previsto inoltre uno specifico dovere di indipendenza: l'esperto non può essere infatti legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale e neppure professionale.

Allo stesso modo i soggetti con i quali sia eventualmente unito in associazione professionale, non devono aver svolto nell'ultimo quinquennio attività di lavoro subordinato o autonomo a favore dell'imprenditore richiedente, e neppure essere stati componenti dell'organo di amministrazione o controllo dell'impresa né aver posseduto partecipazioni in essa.

Nello svolgimento dell'incarico l'esperto, pur non rivestendo la qualifica di pubblico ufficiale, è legittimato a richiedere senza alcun limite all'imprenditore, nonché ai creditori (di qualunque rango e categoria), le informazioni utili o necessarie per lo svolgimento del proprio incarico e può avvalersi dell'opera di altri professionisti nel caso in cui siano necessarie specifiche ed ulteriori competenze rispetto alle proprie (un esperto, circostanza singolare, che può anche non esser tale, o non esserlo del tutto). L'esperto è scelto a norma dell'art. 3 del d.l. 181/2021 tra i professionisti indicati nel relativo e, on particolare:

- gli iscritti da almeno cinque anni all'albo dei dottori commercialisti ed esperti contabili;
- gli iscritti da almeno cinque anni all'albo degli avvocati, a condizione che documentino 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 documentino 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, dimostrino 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.

Sono, invece, esclusi, a sorpresa, i soggetti in possesso della sola qualifica di revisori legali. Sennonché, gli stessi, possono però essere incaricati (senza

particolari formalità) dall'esperto, a norma dell'art. 4 comma 2, come collaboratori dotati di specifica competenza.

L'iscrizione all'elenco è comunque subordinata al possesso di una specifica formazione prevista con il decreto dirigenziale del Ministero della giustizia di cui al comma 2 del citato art. 3.

Nei primi commenti al D.L. 118/2021 l'esperto è stato definito "*tutor*" o "*amministratore di sostegno*" con un ruolo di facilitatore e negoziatore tra debitore e creditori.

A prescindere da come lo si voglia definire, un punto resta fermo: il mandato conferito all'esperto ha maglie molto ampie e si conclude senza la necessità di certificare il suo operato attraverso una relazione di attestazione che, secondo le intenzioni del legislatore, dovrebbe garantire la bontà dei dati contabili e aziendali utilizzati come punto di innesco della manovra di risanamento aziendale. Sorgono non pochi interrogativi sull'utilità e affidabilità della relazione finale che, a norma dall'art. 5 comma 8, è tenuto a trasmettere all'imprenditore e depositare nella piattaforma all'esito del procedimento.

Pur in assenza di "certificazione" sul suo operato, il Governo attribuisce all'esperto l'onere di attuare verifiche ed attività ad ampio spettro e di grande rilevanza per le sorti dell'impresa che, in caso di insuccesso, difficilmente potranno essere reversibili che possono così essere sintetizzate:

- valutazione della situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa alla data di riferimento della presentazione dell'istanza per la negoziazione assistita presso la Camera di Commercio;
- prognosi sulle effettive possibilità di risanamento;
- individuazione degli eventuali atti di straordinaria amministrazione che l'imprenditore intende compiere durante il periodo della negoziazione assistita e conseguente capacità di apprezzarne la ragionevolezza piuttosto che l'illiceità (esprimendo il proprio dissenso a norma dell'art. 9;
- analisi, anche di natura giuridica, dei contratti pendenti e di quelli che l'imprenditore intende stipulare;
- individuazione delle soluzioni più opportune per mediare il rapporto tra debitore e creditori;
- supporto all'imprenditore nelle trattative con i creditori.

Una considerazione: posto che la riforma si rivolge a tutti gli imprenditori commerciali e agricoli – e, quindi, senza limiti dimensionali e con le incognite che gravitano attorno agli assetti organizzativi di una piccola media impresa - è evidente che un ruolo così ampio e senza un perimetro definitivo esporrà l'esperto ad una mole di lavoro (e di responsabilità) che ben difficilmente si tradurrà in un accordo con i creditori che sia in grado di assicurare la continuità aziendale all'impresa in difficoltà.

Se dunque è vero che l'esperto non dovrà sostituirsi all'imprenditore, è altrettanto vero che per i creditori, e più in generale per gli *stakeholders*, l'esperto - oltre a garantire la massima trasparenza nella fase - rappresenta una figura centrale, colui che ha consigliato e validato il percorso di risanamento con una prevedibile conseguenza: onori in caso di successo, oneri in caso di fallimento della manovra di ristrutturazione.

Quella dell'esperto è, quindi, una figura assolutamente non paragonabile né al commissario giudiziale, né al consulente tecnico di ufficio e neppure all'attestatore. A ben vedere, infatti, il suo ruolo è molto più simile a quello dell'*advisor* finanziario, figura professionale non formalmente riconosciuta a livello ordinamentale, ma che ormai da molti anni è di fatto riconosciuta nel panorama delle procedure di risanamento aziendale e a cui è affidato il delicato compito di redigere, su incarico dell'imprenditore, il piano industriale finanziario a sostegno di un concordato preventivo in continuità aziendale ai sensi dell'art. 186-*bis* l. fall., di un accordo ristrutturazione del debito ai sensi dell'art. 182-*bis* l. fall. o di un piano attestato ai sensi dell'art. 67 comma 2, lett. d) l. fall.

3. I (possibili) rischi penali in capo all'esperto.

La riforma appena varata, per come strutturata, pone più di un dubbio circa le possibili responsabilità ed i rischi penali cui è esposto l'esperto nominato per la gestione della crisi di impresa.

Ed invero, il d.l. 118/2021, come accennato, assegna al professionista un consistente ventaglio di poteri e di facoltà che, a partire dall'art. 2, co. 2, laddove si fa riferimento all'agevolazione delle trattative fra l'imprenditore (che, si badi, conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa senza spossessamento patrimoniale alcuno) e i creditori o gli altri soggetti interessati ed al trasferimento dell'azienda o di rami di essa, sono declinate ad ampio raggio. Con un ruolo da co-protagonista nella gestione della crisi, al fianco dell'imprenditore, l'esperto rischia di trovarsi esposto a non secondari rischi di carattere penale, rispetto ai quali non parrebbe godere di alcuna sostanziale garanzia, se non quelle dell'art. 12 co. 5 (che riproduce il dettato dell'art. 217 *bis* l.f.) e dell'art. 4 co. 3 che sembrerebbero avvalorare i dubbi piuttosto che sgombrarli dal tavolo.

La norma fa riferimento, infatti, ai soli casi di bancarotta preferenziale e bancarotta semplice, limitatamente ai pagamenti e alle operazioni compiute nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto in coerenza con l'andamento delle trattative e nella prospettiva di risanamento dell'impresa valutata dall'esperto ai sensi dell'articolo 5, co. 5, nonché ai pagamenti e alle operazioni autorizzati dal tribunale a norma dell'articolo 10, con una formulazione talmente generica e vaga da non avere né alcuna efficacia deterrente né tale da offrire serie e concrete garanzie per le parti coinvolte. Peraltro, al di fuori del fallimento, non vi è traccia di effettive misure

di contrasto degli eventuali illeciti del debitore, non potendosi considerare apprezzabile l'obbligo di informare l'esperto, incumbente sul soggetto assistito, in ordine alla sua intenzione di compiere pagamenti ed atti di straordinaria amministrazione; obbligo che sussiste solo quando lo stesso debitore ritenga che tali atti e pagamenti siano non coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento. Peraltro, se e qualora il debitore si determinerà in tal senso, l'esperto potrà solo segnalarlo a quest'ultimo per poi eventualmente iscrivere il suo dissenso nel registro delle imprese; misura che, a sua volta, acquisterà efficacia solo in via postuma.

Insomma, un plesso di norme caratterizzato da abbondante approssimazione e scarsa visione di insieme.

Merita, sul punto, considerare poi come la riforma tratteggi una figura ibrida che, al di là della generica definizione lessicale, si fatica a comprendere in cosa sia precisamente "esperto", considerando, come si è visto, che qualora tale non sia o, meglio, tale non si ritenga, potrà avvalersi del supporto di soggetti esterni dotati di specifiche competenze, così incentivando l'intervento di soggetti terzi che si andranno ad inserire nella catena decisionale e nel processo (delicatissimo) di gestione della crisi al fianco dell'imprenditore.

Al di là dell'ipotesi in cui sia l'imprenditore, in violazione dell'obbligo di trasparenza e veridicità nelle comunicazioni all'esperto sancito all'art. 4, co. 5, d.l. 118/2021, a fornire una rappresentazione mendace, l'esperto rischia concretamente di essere chiamato, nel caso in cui la composizione negoziata fallisca, a rispondere in concorso con il soggetto assistito anche per reati concorsuali, rispetto ai quali potrebbe addirittura essere individuato come il soggetto ideatore, proprio in ragione del possesso delle specifiche competenze tecniche.

A ciò si aggiunga che, a propria discolpa, l'esperto non potrà neppure invocare di non avere avuto conoscenza dello stato di difficoltà in cui versava l'impresa al momento del compimento dell'atto successivamente contestato come penalmente rilevante (a riguardo senza evocare un atto distrattivo, che ragionevolmente l'esperto non solo non suggerirebbe ma tenterebbe di impedire, si pensi all'ipotesi perniciosa delle operazioni dolose rilevanti ex art. 223 comma 2 nr. 2 l. fall.).

Nei confronti dell'esperto esiste, dunque, una sorta di "presunzione di conoscenza" dello stato patrimoniale, economico e finanziario dell'impresa, oltre che delle effettive future *chances* di risanamento, difficilmente superabile attraverso il richiamo all'applicazione del principio sopra richiamato. Pertanto, all'esperto, potrà certamente essere contestata la circostanza che egli "non poteva non sapere" dello stato di salute in cui versava l'imprenditore e del rischio che il compimento di determinati atti dallo stesso suggeriti o anche solo assecondati possa intaccare il patrimonio aziendale e pregiudicare gli interessi del ceto creditorio.

Insomma, ci pare, da una prima lettura del testo del d.l. 118/2021, che i profili critici ed i rischi non siano per nulla trascurabili. Di fatto, la “nuova” figura, che sembra sostanzialmente equiparabile a quella “vecchia” del consulente (sia pure individuato secondo un’articolata e macchinosa procedura) e che come tale, verosimilmente, verrà trattato, applicando cioè gli schemi sul concorso del professionista da tempo enucleati e ben definiti dalla giurisprudenza penale fallimentare.

4. Conclusioni.

La nebulosa formulazione normativa lascia scoperto più di un nervo rispetto agli esiti delle decisioni assunte dall’imprenditore su consiglio e con l’aiuto dell’esperto. Detto altrimenti, in caso di insuccesso della procedura di composizione negoziata cui consegua il fallimento, non è possibile escludere la responsabilità penale (anche) dell’esperto, in concorso con l’imprenditore, per aver indicato a costui una soluzione ritenuta successivamente pregiudizievole; con il rischio, tutt’altro che remoto, che l’esperto, per evitare di incappare in successive contestazioni per reati concorsuali, molto probabilmente finirà col non apportare un contributo decisivo alla gestione della fase critica della crisi, di fatto vanificando i propositi della riforma e finendo per “appesantire” (anche in termini economici e di tempi) una già difficile situazione.

La speranza è riposta in una presa di coscienza del problema da parte del legislatore che potrà certamente intervenire in sede di conversione a “tutela” dell’esperto.