

**DOCUMENTO DI RICERCA**

---

**IL D.L. N. 118/2021  
MISURE URGENTI IN MATERIA  
DI CRISI DI IMPRESA E DI  
RISANAMENTO AZIENDALE.  
IL RUOLO DELL'ORGANO DI  
CONTROLLO**

*Cristina Baucò*

4 NOVEMBRE 2021

## SOMMARIO

1. PREMESSA .....	2
2. IL DECRETO DIRIGENZIALE DEL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA DEL 28 SETTEMBRE 2021 .....	4
3. LE DISPOSIZIONI VIGENTI A SEGUITO DELL'ENTRATA IN VIGORE DEL D.L. N. 118/2021 .....	4
4. LA COMPOSIZIONE NEGOZIATA: CENNI .....	8
4.1. Gli ausiliari dell'esperto .....	13
4.2. Il requisito soggettivo per accedere alla composizione negoziata .....	13
4.2.1. <i>Il test pratico e la lista di controllo nel decreto dirigenziale del 28 settembre 2021</i> .....	15
4.3. Il presupposto oggettivo e le condizioni per poter accedere alla composizione negoziata .....	17
5. LA GESTIONE DELL'IMPRESA IN PENDENZA DELLE TRATTATIVE .....	19
6. LA CONCLUSIONE DELLE TRATTATIVE .....	23
7. IL RUOLO DELL'ORGANO DI CONTROLLO NELLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA .....	25
7.1. I doveri declinati nell'art. 15 d.l. n. 118/2021 .....	29
7.2. La prevenzione e l'emersione tempestiva .....	29
7.3. La segnalazione dell'organo di controllo .....	31
7.4. L'accesso alle trattative per la composizione negoziata: la funzione consultiva dell'organo di controllo .....	33
7.5. Ruolo dell'organo di controllo durante le trattative .....	37
7.6. Lo scambio di informazioni tra organo di controllo ed esperto durante le trattative .....	40
7.7. La vigilanza dell'organo di controllo a seguito della composizione negoziata .....	46
8. LE RESPONSABILITÀ DELL'ORGANO DI CONTROLLO .....	47
9. CONCLUSIONI .....	51
ALLEGATI .....	53
Legge 21 ottobre 2021, n. 147 .....	54
Il decreto dirigenziale del ministero della giustizia del 28 settembre 2021 .....	66
V.17. Verbale relativo all'attività di verifica della situazione patrimoniale-finanziaria ed economica ....	113

## 1. Premessa

Publicato sulla Gazzetta Ufficiale del 24 agosto 2021, dal 25 agosto scorso è entrato in vigore il decreto-legge 24 agosto 2021, n. 118<sup>1</sup> (d'ora in avanti, d.l. n. 118/2021); il 23 ottobre 2021 è stata pubblicata la legge 21 ottobre 2021, n. 147 che lo ha convertito con modificazioni<sup>2</sup>.

Il d.l. n. 118/2021 si compone di tre Capi. Il Capo I reca la disciplina relativa alle Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, mentre il Capo II contiene le Ulteriori misure urgenti in materia di giustizia; il capo III, infine, consta di tre articoli inerenti al regime transitorio ed alle disposizioni finanziarie.

Non tutte le disposizioni del decreto sono applicabili dal giorno della sua entrata in vigore. L'art. 27 del d.l. 118/2021, nel definire il regime transitorio, dispone, infatti, che troveranno applicazione a partire dal 15 novembre 2021:

- l'art. 2, relativo alla Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa;
- l'art. 3, relativo alla istituzione della piattaforma telematica nazionale e nomina dell'esperto, limitatamente ai commi 6, 7, 8 e 9<sup>3</sup>;
- l'art. 4, relativo alla disciplina sui requisiti di indipendenza e i doveri dell'esperto e delle parti durante la composizione negoziata;
- l'art. 5, relativo alla modalità per accedere alla composizione negoziata e al funzionamento della medesima;
- l'art. 6, sull'istanza per l'applicazione di misure protettive;
- l'art. 7, sul procedimento relativo alle misure protettive e cautelari;
- l'art. 8, sulla sospensione degli obblighi di cui agli artt. 2446, secondo e terzo comma, 2447, 2482-*bis*, quarto, quinto e sesto comma, e 2482-*ter* c.c. e della causa di scioglimento per riduzione o perdita del capitale;
- l'art. 9, sulla gestione dell'impresa in pendenza delle trattative per la composizione negoziata;
- l'art. 10, relativo all'autorizzazione del tribunale per contrarre finanziamenti prededucibili, il trasferimento dell'azienda e la rinegoziazione dei contratti a esecuzione continuata o periodica o a esecuzione differita quando la prestazione sia diventata eccessivamente onerosa per effetto della pandemia;
- l'art. 11, sulla conclusione delle trattative;
- l'art. 12, relativo alla conservazione degli effetti degli atti autorizzati dal tribunale nelle successive procedure;

---

<sup>1</sup> Il decreto-legge recante "*Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia*" è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 24 agosto 2021, serie generale n. 202.

<sup>2</sup> La legge 21 ottobre 2021, n. 147 "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 agosto 2021, n. 118, recante misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia*" è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 23 ottobre 2021, Serie generale n. 254.

<sup>3</sup> Si tratta delle previsioni relative alla istituzione di una commissione incaricata di nominare l'esperto indipendente per la negoziazione nella composizione negoziata e alle modalità di nomina dello stesso.

- l'art. 13, sulla disciplina della composizione negoziata del gruppo di imprese;
- l'art. 14, sulla disciplina delle misure premiali;
- l'art. 15, sulla segnalazione dell'organo di controllo;
- l'art. 16, sul compenso dell'esperto;
- l'art. 17, relativo alla disciplina della composizione negoziata delle imprese commerciali e agricole sottosoglia;
- l'art. 18, relativo alla nuova disciplina del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio;
- l'art. 19, sulla disciplina della liquidazione del patrimonio.

Di contro, e restando alla materia fallimentare e della crisi di impresa, a far data dal 25 agosto 2021, sono vigenti tutte le altre disposizioni del Capo I del d.l. n. 118/2021, vale a dire, in sintesi:

- le disposizioni, che rinviando l'entrata in vigore del Codice della crisi e della procedura di allerta, contenute nell'art. 1;
- le modifiche urgenti alla legge fallimentare contenute nell'art. 20;
- le modifiche urgenti al decreto-legge 8 aprile 2020 n. 23, convertito con modificazioni dalla legge 5 giugno 2020, n. 40, contenute nell'art. 21;
- l'estensione del termine di cui all'art. 161, decimo comma, della legge fallimentare disciplinato nell'art. 22;
- le disposizioni in ordine all'improcedibilità dei ricorsi per la risoluzione del concordato preventivo e per la dichiarazione di fallimento dipendente da procedure di concordato omologato e alle limitazioni per l'accesso alla composizione negoziata, disciplinati nell'art. 23.

Dal 24 ottobre, data di entrata in vigore della legge di conversione<sup>4</sup>, inoltre, è vigente l'art. 23-bis recante *"Disposizioni in materia di specifiche tecniche sui rapporti riepilogativi nelle procedure esecutive e concorsuali"*: tale disposizione modifica l'art. 20, quinto comma, del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, confermando l'applicabilità delle disposizioni relative ai rapporti riepilogativi, alle procedure concorsuali ed esecutive pendenti.

Ciò posto, il provvedimento, con l'intento di introdurre misure di supporto alle imprese per consentire loro di contenere e superare gli effetti negativi che l'emergenza sanitaria e sociale, provocata dalla pandemia, ha prodotto sul tessuto economico, per un verso, sviluppa le scelte effettuate dalla decretazione emergenziale varata nel corso degli ultimi due anni e, per altro verso, conclude il processo di anticipazione dell'entrata in vigore di alcuni istituti disciplinati nel Codice della crisi, già iniziato con le novelle di fine 2020<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Fissata al giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale dall'art. 1, secondo comma, della stessa legge n. 147/2021.

<sup>5</sup> Si tratta delle modifiche apportate alla legge n. 3/2012 in materia di crisi da sovraindebitamento dal d.l. 28 ottobre 2020 n. 137, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, e delle modifiche degli artt. 180, 182-bis e 182-ter

La disciplina è stata completata dalla pubblicazione, avvenuta il 28 settembre 2021, del Decreto dirigenziale del Ministero della giustizia, adottato ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 3, d.l. n. 118/2021.

Il presente documento effettua un generale inquadramento degli istituti disciplinati nel d.l. n. 118/2021; particolare attenzione viene dedicata al ruolo e alle responsabilità dell'organo di controllo declinati nell'art. 15, anche alla luce dell'ennesima proroga del termine, fissato per le prime nomine nelle s.r.l. e nelle società cooperative, recata dall'art. 1-bis.

## **2. Il decreto dirigenziale del ministero della giustizia del 28 settembre 2021**

L'art. 3, secondo comma, d.l. n. 118/2021 prevede che con decreto dirigenziale del Ministero della giustizia, da adottare entro 30 giorni dall'entrata in vigore del medesimo d.l. n.118/2021, si definisca il contenuto della piattaforma telematica nazionale, la lista di controllo particolareggiata, le indicazioni per la redazione del piano di risanamento e le modalità di esecuzione del test pratico (su cui *infra* par. 4.2.1.).

Il successivo quarto comma, attribuisce allo stesso decreto dirigenziale l'individuazione dei percorsi di specifica formazione a cui risulta subordinata l'iscrizione nell'elenco degli esperti indipendenti che assumeranno l'incarico di facilitatore delle trattative, mentre l'art. 5, secondo comma, d.l. n. 118/2021, demanda allo stesso decreto dirigenziale l'individuazione del modello per la presentazione dell'istanza da parte dell'impresa per la nomina dell'esperto. La documentazione a corredo è completata con le indicazioni, individuate in via meramente esemplificativa, a uso dell'impresa per la formulazione delle proposte alle parti - e con un modello per la dichiarazione di accettazione dell'incarico da parte dell'esperto.

## **3. Le disposizioni vigenti a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 118/2021**

L'art. 1 d.l. n. 118/2021 rinvia l'entrata in vigore del Codice della crisi dal 1° settembre 2021<sup>6</sup> al 16 maggio 2022<sup>7</sup>.

La relazione illustrativa allo schema del citato d.l. n. 118/2021 spiega che le difficoltà in cui le imprese sono venute a trovarsi a causa dell'emergenza sanitaria e l'effetto di contenimento prodotto dalle misure di sostegno e dai ristori varati dal governo nella fase pandemica ormai prossimi a cessare, rendono necessaria una revisione delle previsioni fortemente innovative contenute nel Codice della crisi, in considerazione della reale situazione sociale ed economica, nella prospettiva di garantire una gestione graduale delle crisi che l'attuale fase di pandemia necessariamente impone. Il Codice della

---

della legge fallimentare effettuate tramite il d.l. 7 ottobre 2020, n.125, convertito con modificazioni dalla legge 27 novembre 2020, n. 159, con riferimento al trattamento dei debiti tributari e previdenziali.

<sup>6</sup> Come è noto l'originaria data di entrata in vigore, fissata dall'art. 389 del Codice della crisi al 15 settembre 2020, era stata rinviata al 1° settembre 2021 dall'art. 5, comma 1, del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla legge 5 giugno 2020, n. 40.

<sup>7</sup> È quanto prevede l'art. 1, primo comma, lett. a), d.l. n. 118/2021 che ha modificato l'art. 389, primo comma, del Codice della crisi.

crisi, inoltre, necessita di essere coordinato con le previsioni della Direttiva (UE) 1023/2019<sup>8</sup> il cui termine di recepimento per l'Italia scade il 17 luglio 2022<sup>9</sup> e di una completa integrazione con le previsioni della legge fallimentare che hanno conosciuto significative riformulazioni durante la pandemia<sup>10</sup>.

Per quanto attiene alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi disciplinate nel Titolo II del Codice della crisi, l'art. 1 del d.l. n. 118/2021 ne prevede l'entrata in vigore il 31 dicembre 2023<sup>11</sup>. Al riguardo, è doveroso segnalare come l'applicabilità della procedura di allerta c.d. esterna, attivabile dai creditori pubblici qualificati ex art. 15 del Codice della crisi, già con la pubblicazione del decreto legge 22 marzo 2021, n. 41, convertito con modificazioni dalla legge 21 maggio 2021, n. 69, era stata rinviata al 2023 per quel che concerne la segnalazione dell'Agenzia delle Entrate<sup>12</sup>, mentre la procedura di allerta c.d. interna, attivabile ex art. 14 del Codice della crisi dall'organo di controllo della società o dal soggetto incaricato della revisione legale, era stata rinviata al 1° settembre 2021<sup>13</sup>. Oltre alla necessità di allineare la tempistica delle due procedure di allerta, stando alle precisazioni fornite dalla relazione illustrativa allo schema di decreto, il rinvio al 31 dicembre 2023 consente di rivedere i meccanismi della procedura di allerta, la procedura di composizione assistita presso l'OCRI e il rigido meccanismo di emersione basato sugli indici, scarsamente flessibile e inadeguato per sostenere il

---

<sup>8</sup> Si tratta della Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (Direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza).

<sup>9</sup> L'Italia è tra i Paesi – tra cui Irlanda, Cipro, Finlandia, Danimarca, Repubblica Ceca, Lettonia, Lussemburgo, Slovenia – che hanno chiesto alla Commissione Europea il differimento di un anno del termine entro cui recepire la Direttiva (UE) 2019/1023 originariamente fissato dall'art. 34, par. 1, al 17 luglio 2021.

Fruendo della possibilità di deroga concessa dallo stesso art. 34, par. 2, che, come è noto, prevede che gli Stati membri che incontrano particolari difficoltà nell'attuazione della Direttiva hanno la possibilità di beneficiare di una proroga di massimo un anno per il recepimento, l'Italia ha notificato alla Commissione di voler avvalersi di tale opzione, formulando la richiesta entro il 17 gennaio 2021 come stabilito dalla Direttiva medesima. La Direttiva 1023/2019 deve essere recepita nel nostro ordinamento entro il 17 luglio 2022.

<sup>10</sup> Ad un parziale adeguamento alle previsioni della Direttiva (UE) 2019/1023 ha provveduto il d.lgs. 20 ottobre 2020, n. 147, recante "Disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma 1, della legge 8 marzo 2019, n. 20, al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, recante codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155".

<sup>11</sup> È quanto prevede il comma 1-bis, aggiunto dall'art. 1 d.l. n. 118/2021 nell'art. 389 del Codice della crisi.

<sup>12</sup> Per effetto delle modifiche apportate dall'art. 5 del d.l. n. 41/2021, il comma 7 dell'art. 15 del Codice della crisi prevede che per "l'Agenzia delle entrate, l'obbligo di cui al comma 1 decorre dalle comunicazioni della liquidazione periodica IVA di cui all'articolo 21-bis del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, relative al primo trimestre del secondo anno d'imposta successivo all'entrata in vigore del presente codice. Per l'Istituto nazionale della previdenza sociale e per l'agente della riscossione, l'obbligo di cui al comma 1 decorre dall'anno successivo a quello di entrata in vigore del presente codice".

<sup>13</sup> L'articolo 5 del d.l. n. 23/2020 ha disposto il rinvio dell'entrata in vigore a partire dal 1° settembre 2021. In quell'occasione, la relazione illustrativa del d.l. n. 23/2020 chiariva come fosse ipotizzabile che, alla data del 1° settembre 2021, la forte crisi dell'economia legata alla pandemia si sarebbe esaurita e che dunque sarebbe consentito attuare tutte le misure di potenziamento delle imprese che possano evitare di rendere vano il profondo mutamento di prospettiva imposto dal Codice della crisi medesimo circa la salvaguardia e il risanamento delle imprese in crisi, nella proclamata ottica di intervento tempestivo volto a scongiurare l'insolvenza. A ben vedere, le negative ricadute provocate dalla pandemia sul tessuto economico produrranno effetto anche negli anni a seguire; pertanto, si è reso necessario sterilizzare gli effetti della procedura di allerta e della composizione assistita che, divenendo applicabili nell'immediato, vedrebbero vanificare il proprio ruolo di individuazione della crisi e di anticipazione dei negativi risvolti. In una situazione in cui l'intero tessuto economico mondiale risulta colpito dalla crisi gli indicatori non potrebbero svolgere alcun concreto ruolo selettivo, finendo di fatto per mancare quello che è il proprio obiettivo ed anzi generando effetti potenzialmente sfavorevoli.

pericolo di un numero esponenziale di segnalazioni di imprese in crisi provocata dalla pandemia. Inoltre, il rinvio è propedeutico al test di efficacia ed efficienza cui sarà sottoposta, nei prossimi due anni, la composizione negoziata, istituito di nuovo conio del d.l. n. 118/2021, ideato per fornire a tutte le imprese strumenti idonei per prevenire la crisi aziendale, ovvero per individuare valide soluzioni per il risanamento aziendale in presenza di situazioni di crisi o di insolvenza reversibile<sup>14</sup>.

Ciò detto, oltre al rinvio dell'entrata in vigore del Codice della crisi, non pochi sono gli istituti disciplinati nel Codice della crisi che, in forza delle previsioni contenute nel d.l. n. 118/2021 e per agevolare le imprese nella ricerca di soluzioni di composizione negoziata delle crisi provocate anche dalla pandemia, sono divenuti immediatamente operativi.

In proposito, senza pretesa di esaustività nell'analisi, occorre segnalare come l'art. 20 d.l. n. 118/2021 apporti modifiche urgenti alla disciplina della legge fallimentare. In argomento, oltre alle importanti precisazioni inserite nell'art. 180, quarto comma, l.f. e nell'art. 182-*bis*, quarto comma, l.f., per definire con maggior precisione l'ambito applicativo delle integrazioni effettuate lo scorso anno con l'art. 3, comma 1-*bis*, lett. a), d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, convertito con modificazioni dalla legge 27 novembre 2020, n. 159<sup>15</sup>, si segnala l'intervento di sostituzione dell'ottavo comma dell'art. 182-*bis* l.f. Tale ultima disposizione, anticipando la previsione dell'art. 58 del Codice della crisi, dispone il rinnovo dell'attestazione del professionista indipendente ex art. 67, terzo comma, lett. d), nei casi in cui prima dell'omologazione dell'accordo intervengano modifiche sostanziali del piano, obbligando il debitore a chiedere il rinnovo delle manifestazioni di consenso ai creditori parti degli accordi. Inoltre, la disposizione sancisce il rinnovo dell'attestazione anche nei casi in cui: *i)* gli accordi vengano sostanzialmente modificati; *ii)* dopo l'omologazione si rendano necessarie modifiche sostanziali del piano. Nell'ipotesi da ultimo considerata, la norma prevede che il piano modificato e l'attestazione siano pubblicati nel registro delle imprese e della pubblicazione sia dato avviso ai creditori a mezzo di lettera raccomandata o posta elettronica certificata, per consentire l'opposizione davanti al tribunale nei successivi trenta giorni.

Di rilevante impatto pratico e finalizzate a facilitare la ristrutturazione<sup>16</sup>, si mostrano anche le anticipazioni dell'entrata in vigore degli istituti disciplinati negli artt. 60 e ss. del Codice della crisi. In

---

<sup>14</sup> Al riguardo, corre l'obbligo di menzionare come, ai sensi dell'art. 3, par. 1 Direttiva (UE) 2019/1023, gli Stati membri sono tenuti a provvedere affinché i debitori abbiano accesso a uno o più strumenti di allerta precoce chiari e trasparenti in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza e di segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio.

<sup>15</sup> L'art. 20, primo comma, lett. a) e b), d.l. n. 118/2021 prevede espressamente che:

“a) all'articolo 180, quarto comma, all'ultimo periodo, le parole «Il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di voto» sono sostituite dalle seguenti: «Il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di adesione»;

b) all'articolo 182-*bis*, quarto comma, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Ai fini di cui al periodo che precede, l'eventuale adesione deve intervenire entro novanta giorni dal deposito della proposta di soddisfacimento.»”.

<sup>16</sup> L'art. 20 modifica altresì l'art. 182-*quinquies*, quinto comma, l.f., prevedendo che nel concordato con continuità aziendale, il tribunale possa autorizzare il pagamento delle retribuzioni dovute per le mensilità antecedenti al deposito del ricorso ai lavoratori addetti all'attività di cui sia prevista la continuazione. La disposizione integra, inoltre, l'art. 182-*quinquies* di un ulteriore comma, in forza del quale, sempre nei casi di continuazione dell'attività aziendale, la disciplina di cui al quinto comma dell'art. 182-*quinquies* l.f. si applica, in deroga alle disposizioni dell'art. 55, secondo comma, l.f., al rimborso, alla scadenza convenuta, delle rate a scadere del contratto di mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio dell'impresa, se il debitore, alla data della presentazione della domanda di ammissione al concordato, abbia adempiuto le

tal modo, a seguito delle modifiche apportate dall'art. 20, lett. e) e f), d.l. n. 118/2021, l'art. 182-*septies* l.f. reca la disciplina degli accordi di ristrutturazione a efficacia estesa; l'art. 182-*octies* l.f. contiene la disciplina della convenzione di moratoria e l'art. 182-*novies* l.f. regola gli accordi di ristrutturazione agevolati<sup>17</sup>. Trovano anticipazione anche le previsioni dell'art. 59 del Codice della crisi che, *inter alia*, estendono l'efficacia degli accordi di ristrutturazione ai soci illimitatamente responsabili di società<sup>18</sup>.

In aggiunta, l'art. 20, lett. g), d.l. n. 118/2021, novellando la disciplina del concordato con continuità aziendale estende da un anno a due anni dall'omologazione il termine della moratoria concessa per il pagamento dei crediti muniti di privilegio, pegno e ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione.

Quanto all'applicazione delle richiamate modifiche urgenti alla legge fallimentare, l'art. 20, secondo comma, d.l. n. 118/2021 dispone che la disciplina degli accordi di ristrutturazione a efficacia estesa, della convenzione di moratoria e degli accordi di ristrutturazione agevolati, così come l'estensione degli effetti degli accordi ai soci illimitatamente responsabili, trovino applicazione ai procedimenti per l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti introdotti successivamente al 25 agosto 2021 – data di entrata in vigore del d.l. n. 118/2021 – nonché alle comunicazioni di convenzione di moratoria successive alla stessa data<sup>19</sup>. Le disposizioni relative al nuovo termine della moratoria *ex art. 186-bis* l.f. si applicano ai piani di concordato presentati successivamente al 25 agosto 2021. Viene altresì modificato l'art. 236, terzo comma, l.f., ricomprendendo anche gli illeciti posti in essere per l'accesso ai nuovi istituti.

Volgendo l'attenzione alle modifiche urgenti apportate alla decretazione emergenziale emanata per fronteggiare le difficoltà delle imprese durante la pandemia<sup>20</sup>, gli artt. 21 e 22 d.l. n. 118/2021 dispongono:

- la proroga di un anno, vale a dire fino al 31 dicembre 2022, delle previsioni contenute nell'art. 9, comma 5-*bis*, d.l. n. 23/2020, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 giugno 2020, n. 40: si tratta della possibilità accordata al debitore che, entro la data del 31 dicembre 2022, avrà ottenuto la concessione dei termini di cui all'articolo 161, sesto comma, o all'articolo 182-*bis*,

---

proprie obbligazioni o se il tribunale lo autorizzi al pagamento del debito per capitale ed interessi scaduto a tale data. In tali evenienze, il professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesta anche che il credito garantito potrebbe essere soddisfatto integralmente con il ricavato della liquidazione del bene effettuata a valore di mercato e che il rimborso delle rate a scadere non lede i diritti degli altri creditori.

<sup>17</sup> L'istituto è stato leggermente modificato rispetto a quello tratteggiato nell'art. 60 del Codice della crisi in quanto la trattativa agevolata con i creditori che rappresentino almeno il 30% dei crediti è concessa quando il debitore, oltre alla rinuncia della moratoria di cui all'art. 182-*bis*, primo comma, lett. a) e lett. b), non abbia presentato domanda prenotativa *ex art. 161*, comma sesto, l.f. e non abbia richiesto la sospensione delle azioni cautelari ed esecutive durante le trattative *ex art. 182-bis*, sesto comma, l.f.

<sup>18</sup> L'art. 20, primo comma, lett. f), d.l. n. 118/2021 inserisce nella legge fallimentare l'art. 182-*decies* "Coobbligati e soci illimitatamente responsabili".

<sup>19</sup> Le modifiche apportate in sede di conversione hanno efficacia dal giorno successivo a quello di pubblicazione della legge di conversione ai sensi e per gli effetti dell'art. 15, quinto comma, della legge 23 agosto 1988, n. 400.

<sup>20</sup> Nella prospettiva della comparazione tra ordinamenti, sulla legislazione emergenziale varata durante la pandemia, cfr. L. Panzani - G. Corno, *La disciplina dell'insolvenza durante la pandemia da Covid-19. Spunti di diritto comparato, con qualche riflessione sulla possibile evoluzione della normativa italiana*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 27 aprile 2020.



settimo comma, l.f. di depositare, entro i suddetti termini, un atto di rinuncia alla procedura, dichiarando di avere predisposto un piano di risanamento ai sensi dell'art. 67, terzo comma, lett. d), l.f. pubblicato nel registro delle imprese, e depositando la documentazione relativa alla pubblicazione medesima. In tale ipotesi, previa verifica della completezza e della regolarità della documentazione, il Tribunale dichiara l'improcedibilità del ricorso presentato ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, o dell'articolo 182-*bis*, settimo comma, l.f.;

- l'estensione del termine fissato nell'art. 161, decimo comma, l.f., anche nei casi in cui risulti pendente il procedimento di fallimento: pertanto, a seguito della novella, l'originario termine di sessanta giorni prorogabile di non oltre sessanta giorni in presenza di giustificati motivi, è ricompreso tra i sessanta e i centoventi giorni ed è prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni. La modifica trova applicazione dal 25 agosto fino alla scadenza prevista dall'art. 1 d.l. n. 19/2020, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, vale a dire fino al termine dello stato di emergenza fissato per il 31 dicembre 2021<sup>21</sup>.

Non è tutto.

Nella stessa prospettiva di "soccorso" alle imprese in difficoltà che non riescano a far fronte agli obblighi assunti col piano di concordato proprio a causa della situazione emergenziale provocata dalla pandemia, degna di nota è la previsione recata dall'art. 23, d.l. n. 118/2021. Il primo comma di questa disposizione stabilisce che, fino alla data del 31 dicembre 2021, siano improcedibili i ricorsi per la risoluzione del concordato preventivo e i ricorsi per la dichiarazione di fallimento proposti nei confronti di imprese che hanno presentato domanda di concordato in continuità *ex art. 186-bis* l.f. omologato in data successiva a 1° gennaio 2019.

Il secondo comma sempre dell'art. 23 invece, con il precipuo obiettivo di evitare abusi prevedendo una condizione di "improcedibilità", impedisce l'accesso alla composizione negoziata nei casi in cui sia pendente un procedimento introdotto con domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione ovvero con ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, anche ai sensi dell'art. 161, sesto comma, l.f. con ricorso depositato ai sensi dell'art. 182-*bis*, sesto comma, l.f. ovvero con ricorso per l'accesso alle procedure di accordo di ristrutturazione dei debiti o di liquidazione dei beni di cui agli artt. 7 e 14-*ter* della legge n. 3/2012 (nei casi di imprese sotto soglia).

#### **4. La composizione negoziata: cenni**

La novità di maggior interesse riguarda, senza alcun dubbio, l'introduzione nel diritto della crisi dell'istituto della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, i cui tratti caratteristici sono individuati negli articoli iniziali del Capo I del d.l. n. 118/2021, con l'obiettivo di sostituire, *pro tempore*, gli istituti disciplinati nel titolo II del Codice della crisi, dai quali, peraltro, si differenzia notevolmente.

---

<sup>21</sup> In realtà già l'art. 9, comma 5-*ter* d.l. n. 23/2020, come convertito dalla legge n. 40/2020, prevedeva che le disposizioni dell'articolo 161, decimo comma, l.f., non trovavano applicazione alle domande prenotative depositate entro il 31 dicembre 2020.

Il nuovo strumento di ausilio alle imprese in difficoltà, di tipo volontario, negoziale e stragiudiziale, pur prevedendo un percorso strutturato, risulta all'evidenza semplificato se posto a confronto con la procedura di composizione assistita condotta dinanzi all'OCRI ed è finalizzato, come spiega la relazione illustrativa allo schema di decreto legge, ad *“agevolare il risanamento di quelle imprese che, pur trovandosi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario tali da rendere probabile la crisi o l'insolvenza, hanno le potenzialità necessarie per restare sul mercato, anche mediante la cessione dell'azienda o di un ramo di essa”*.

La composizione negoziata è gestita da un esperto indipendente<sup>22</sup> – nominato da una commissione costituita presso la CCIAA del capoluogo della regione e delle province autonome di Trento e Bolzano, previa istanza dell'impresa rivolta al segretario generale della CCIAA nel cui ambito territoriale è posta la sede legale dell'impresa – che agirà con la diligenza professionale richiesta dalla natura dell'incarico e con riservatezza, imparzialità, terzietà rispetto a tutte le parti<sup>23</sup>. Stando alle prerogative che gli vengono riconosciute dal provvedimento in commento, l'esperto non è un attestatore, né un curatore o un commissario. Le sue funzioni richiamano, sotto alcuni profili, quelle del mediatore e in ciò il d.l. n. 118/2021 si dimostra coerente e perfettamente in linea con le più moderne evoluzioni del diritto processuale incentrate sulla valorizzazione della mediazione e degli altri istituti di ADR<sup>24</sup>. È il caso di precisare, peraltro, come in sede di conversione del d.l. n. 118/2021 si sia avvertita la necessità di precisare che il bagaglio delle esperienze formative nella materia della ristrutturazione, così come nelle tecniche di facilitazione e mediazione, possa essere valutato all'atto di nomina dell'esperto come titolo di preferenza<sup>25</sup>.

La disciplina delle funzioni e delle correlate responsabilità dell'esperto sono aspetti principali e non trascurabili nella ricognizione degli istituti del d.l. n. 118/2021, anche per delineare con maggior

---

<sup>22</sup> E non da un collegio di tre esperti designati da soggetti differenti, come stabilisce l'art. 17 del Codice della crisi, con notevole semplificazione degli adempimenti e riduzione dei costi.

<sup>23</sup> L'esperto è scelto tra quanti, in possesso di specifica formazione (55 ore) di cui alla sezione IV del decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, risulteranno iscritti nell'elenco tenuto presso la CCIAA al quale potranno accedere sia i professionisti iscritti da almeno 5 anni agli Albi professionali dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili, degli Avvocati e dei Consulenti del lavoro in possesso di specifiche (e differenziate) competenze ed esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi di impresa, sia coloro che pur non essendo iscritti ai menzionati albi professionali documentino di aver svolto funzioni di amministrazione 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 dei quali non sia stata successivamente pronunciata sentenza dichiarativa di fallimento o sentenza di accertamento dello stato di insolvenza. Gli ordini professionali raccolgono le domande di iscrizione all'Elenco presentate dai propri iscritti, ne verificano la regolarità e la completezza della documentazione allegata e comunicano i nominativi dei professionisti in possesso dei requisiti richiesti alla CCIAA per l'inserimento nell'elenco (art. 3, quinto comma, d.l. n. 118/2021).

<sup>24</sup> Come osserva S. Pacchi, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (Ovvero: I cambi di cultura sono sempre difficili)*, in *www.ilcaso.it – ristrutturazioni aziendali*, 9 agosto 2021, 10, la composizione negoziata si snoda, sostanzialmente, su una sorta di mediazione volontaria e riservata.

Alla mediazione e alla sua rivalutazione quale percorso di gestione dei conflitti e delle controversie stragiudiziale è dedicato ampio spazio nella riforma del processo civile tratteggiata nel Disegno di legge Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata. Nella stessa direzione, M. Arato, *La scelta dell'istituto più adeguato per superare la crisi*, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it), 2 agosto 2021, 4.

<sup>25</sup> Sulle esperienze e gli ordinamenti stranieri nei quali la figura di esperti facilitatori è stata introdotta a seguito della pandemia, o in sede di recepimento della Direttiva (UE)2019/1023, si veda CNDCEC-FNC, *Osservatorio internazionale della crisi di impresa*, Bollettino n. 4, luglio 2021.

precisione i compiti degli organi societari – in particolare quelli dell’organo di controllo – durante le trattative e nel corso della successiva esecuzione dei contratti o degli accordi sottoscritti a seguito della composizione: seppur con necessità di ulteriore approfondimento, la responsabilità di quest’ultimo dovrebbe essere limitata al pregiudizio arrecato per non aver svolto diligentemente il proprio incarico professionale, mancando disposizioni che ne equiparino il regime di responsabilità a quello del professionista attestatore della legge fallimentare<sup>26</sup>.

Pur prevedendo nelle società di capitali la possibilità che l’organo di controllo si attivi presso l’organo di amministrazione, l’accesso alle trattative per la composizione negoziata è lasciato all’iniziativa dell’imprenditore e in ciò risiede una delle significative differenze con l’accesso alla procedura di composizione assistita descritta nel Codice della crisi che, diversamente, è gestita obbligatoriamente dall’OCRI su segnalazione dell’organo di controllo, del revisore legale o dei creditori pubblici qualificati<sup>27</sup>.

In quanto percorso che si apre esclusivamente su iniziativa dell’impresa, la composizione negoziata è gestita con l’ausilio dell’esperto indipendente, in modo riservato e l’intervento dell’autorità giudiziaria è limitato ai casi in cui l’impresa intenda fruire di misure protettive<sup>28</sup>, ottenere autorizzazione per contrarre finanziamenti prededucibili in caso di procedure concorsuali aperte successivamente alla composizione, ex art. 12 d.l. n. 118/2021<sup>29</sup>, trasferire l’azienda o uno o più dei suoi rami, senza che si verifichino gli effetti di cui all’art. 2560, secondo comma, c.c., o fare istanza per l’equa rideterminazione del contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia<sup>30</sup>. La Relazione illustrativa pone nella dovuta evidenza questa caratteristica del nuovo istituto, visto che diversamente dalla procedura di allerta e di composizione assistita presso l’OCRI disciplinata nel Codice della crisi, essa *“è e resta, per tutta la durata del percorso, una prerogativa dell’imprenditore che porta avanti le trattative personalmente con l’eventuale ausilio dei propri consulenti”*.

Il ruolo dell’esperto indipendente è dunque essenzialmente un ruolo di facilitatore<sup>31</sup> per l’individuazione delle soluzioni maggiormente idonee per superare la situazione che ha originato il

---

<sup>26</sup> È doveroso segnalare la previsione di cui all’art. 11, primo comma, lett. c), in forza della quale le parti possono concludere un accordo sottoscritto dall’imprenditore, dai creditori e dall’esperto che produce gli effetti di cui all’art. 67, terzo comma, lettera d), l.f. senza che occorra l’attestazione del professionista indipendente. In questa ipotesi o la sottoscrizione dell’esperto unitamente a quella delle parti consente che si producano gli effetti di un piano attestato e l’adesione dell’esperto conseguentemente dovrebbe avere stesso valore dell’attestazione, ovvero, molto più ragionevolmente, si tratta di una forma semplificata di piano ex art. 67, comma terzo, lett. d) l.f., privo di attestazione in merito alla fattibilità del piano e alla veridicità dei dati e nel quale la sottoscrizione dell’esperto garantisce che le parti hanno partecipato alle trattative secondo buona fede e correttezza, coerentemente a quanto previsto nel d.l. n. 118/2021. In tal senso L. Panzani, *cit.*, 34.

<sup>27</sup> Cfr. artt. 14 e 15 del Codice della crisi.

<sup>28</sup> Art. 6 d.l. n. 118/2021.

<sup>29</sup> Ai sensi dell’art. 12, primo comma, d.l. n. 118/2021, gli atti autorizzati dal tribunale ai sensi dell’art. 10 conservano i propri effetti se successivamente intervengono un accordo di ristrutturazione omologato, un concordato preventivo omologato, il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa e l’amministrazione straordinaria o il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all’art. 18.

<sup>30</sup> Art. 10 d.l. n. 118/2021. Anche la residualità dell’intervento dell’autorità giudiziaria rappresenta una significativa differenza con il Codice della crisi dove il ruolo del giudice è fortemente valorizzato. Su tale aspetto, M. Fabiani, *La proposta della commissione Pagni all’esame del Governo: valori, obiettivi, strumenti*, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it), 2 agosto 2021, 2.

<sup>31</sup> Secondo I. Pagni, *Crisi d’impresa e crisi del contratto al tempo dell’emergenza sanitaria, tra autonomia negoziale e intervento del giudice*, in *Riv. Trim. diritto e procedura civile*, 2, 2021, 349 e ss., si tratta di un tavolo di facilitazione pensato a

ricorso alla composizione negoziata, agevolando le trattative tra imprenditore, creditori ed eventuali soggetti interessati (soci, finanziatori): pur onerandolo il d.l. n. 118/2021 di altre specifiche funzioni, esse appaiono in posizione strumentale, se non ancillare, rispetto alla primaria funzione di agevolare le trattative tra le parti come un mediatore. L'attività dell'esperto è esaminata nella sezione III del decreto dirigenziale che reca il protocollo di conduzione della composizione negoziata, con la declinazione operativa delle prescrizioni normative contenute nel decreto legge, recependo le migliori pratiche per una soluzione concordata della crisi, nella prospettiva di agevolare le trattative, come sancisce l'art. 2, secondo comma, d.l. n. 118/2021.

Che l'intervento dell'esperto sia, in primo luogo, di facilitare la composizione è confermato, oltre che dalla formulazione letterale di alcune previsioni del d.l. n. 118/2021, dalla sequenza degli adempimenti che egli deve porre in essere successivamente all'accettazione dell'incarico. L'esperto è tenuto a convocare 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. Ovviamente, l'esperto in possesso di specifiche competenze aziendalistiche sarà agevolato nell'effettuare l'analisi della situazione di partenza e dell'attendibilità e della coerenza del piano di risanamento predisposto dall'impresa, ancorché la preventiva interlocuzione con l'organo di controllo e il revisore legale, quest'ultimo se nominato dalla società, da un lato, e le indicazioni fornite dal *test* patito caricato on line sulla piattaforma telematica, dall'altro lato, possono ragionevolmente contribuire alla formazione del suo convincimento.

L'esperto è tenuto a svolgere anche un vero e proprio ruolo consulenziale per l'imprenditore. Come stabilisce il protocollo di conduzione della composizione negoziata cui sopra si è fatto cenno, nei casi in cui l'impresa non abbia allegato alla domanda il test online, l'esperto provvede direttamente alla compilazione insieme all'imprenditore, attività quest'ultima che potrebbe essere di particolare aiuto per le imprese di minori dimensioni, poco strutturate, che tentano il risanamento.

La funzione consulenziale viene svolta anche in altre occasioni: a titolo d'esempio, se, a seguito delle trattative e nella fase della formalizzazione delle proposte ai creditori e agli altri soggetti interessati da parte della società, l'esperto ritenga che per assicurare la continuità aziendale e il miglior soddisfacimento dei creditori sia prospettabile unicamente la cessione dell'azienda o di rami di essa, è tenuto a ricordare alle parti la possibilità di derogare agli effetti dell'articolo 2560, secondo comma, c.c. previa autorizzazione del giudice, come dispone l'art. 10, primo comma, lett. d) d.l. n. 118/2021<sup>32</sup>. Qualora all'esito delle trattative la composizione negoziata sia raggiunta tramite un contratto

---

misura dell'imprenditore in crisi, profondamente differente dalla procedura di composizione assistita gestita dall'OCRI che non ha le caratteristiche proprie del negoziatore. Del resto, l'Autrice mette in evidenza come la circostanza per cui il procedimento di composizione assistita gestito dall'OCRI possa concludersi con la notizia al PM rende il meccanismo ideato nel Codice della crisi meno attrattivo di quanto potrebbe essere per un imprenditore che vorrebbe rivolgersi allo stesso OCRI per avvalersi delle competenze e professionalità dei componenti del collegio.

<sup>32</sup> Più nello specifico, in mancanza di offerte vincolanti a importo predefinito, il decreto dirigenziale suggerisce l'opportunità che l'imprenditore, nel formulare le proposte ai creditori, preveda clausole di salvaguardia (ad esempio, clausole di *earn-in*, regole di *waterfall*, clausole di infallibilità o *pactum de non petendo*) per fronteggiare il rischio che i valori effettivamente realizzati siano inferiori a quelli attesi. Stando alle indicazioni del decreto dirigenziale, per la cessione dell'azienda o di rami di azienda è preferibile dar corso a procedure competitive, anche attraverso il ricorso ad appositi strumenti (ad esempio, *data room* virtuale e raccolta delle offerte su sezione secretata) previsti dalla piattaforma telematica.

sottoscritto con uno o più creditori che produca le misure premiali previste dalla normativa a favore della società, la relazione finale, redatta dall'esperto che attesta che il contratto è idoneo ad assicurare la continuità aziendale, includerà il parere motivato del professionista circa l'idoneità del contratto ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni. A tal fine, sarà opportuno tenere conto anche della sostenibilità del debito da parte dell'impresa per il periodo di due anni dalla data di conclusione del contratto<sup>33</sup>. In proposito, il decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, in conformità alle previsioni contenute nell'art. 14 d.l. n. 118/2021, obbliga l'esperto a ricordare alle parti la necessità della pubblicazione nel registro delle imprese del contratto e dell'accordo di cui all'articolo 11, comma 1, lettere a) e c), per consentire la fruizione dei benefici di cui all'articolo 101, comma 5, del Testo Unico delle imposte sui redditi e all'articolo 88, comma 4-ter, del Testo Unico delle imposte sui redditi<sup>34</sup>.

Allo stesso modo, sussistono indizi normativi per poter connotare, in alcune evenienze, l'attività demandata all'esperto in funzione collaborativa con il Tribunale, per le verifiche da svolgere in occasione del procedimento relativo alla conferma o alla modifica delle misure protettive e per l'adozione di misure cautelari necessarie per condurre a termine le trattative. Viene previsto, difatti, che l'esperto sia sentito ai fini della concessione delle misure così come sulla limitazione delle medesime a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori<sup>35</sup>: in tal caso, il parere rilasciato dall'esperto illustra lo stato delle trattative, l'attività svolta e l'esito delle indagini preliminari in ordine alla concreta prospettiva di risanamento e delle verifiche di idoneità e coerenza del piano<sup>36</sup>.

Come prevede l'art. 7, quinto comma, d.l. n. 118/2021, su istanza delle parti, il tribunale può prorogare la durata delle misure – che non può essere inferiore a trenta giorni e superiore a centoventi giorni – per il tempo necessario ad assicurare il buon esito delle trattative e in modo tale che la durata complessiva non superi i duecentoquaranta giorni. Il parere dell'esperto è rivolto a segnalare al tribunale che ha emesso i provvedimenti ogni elemento di utile convincimento circa la praticabilità del risanamento, anche in via indiretta, e l'esigenza di prorogare le misure protettive per salvaguardare le trattative in corso<sup>37</sup>. L'esperto, infine, può segnalare al tribunale la necessità di revocare le misure accordate o di abbreviarne la durata: la segnalazione deve necessariamente indicare al giudice ogni elemento rilevante per l'emissione dei detti provvedimenti alla luce della concreta impossibilità di soddisfare l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o della circostanza che le misure accordate appaiano sproporzionate rispetto al pregiudizio sofferto dai creditori<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> Cfr. Art. 11, primo comma, lett. a), d.l. n. 118/2021.

<sup>34</sup> Art. 14, quarto comma, d.l. n. 118/2021; decreto dirigenziale del Ministero della giustizia 28 settembre 2021, sezione III, par. 9.7.

<sup>35</sup> Art. 6, terzo comma, d.l. n. 118/2021.

<sup>36</sup> Decreto dirigenziale del Ministero della giustizia del 28 settembre 2021, sez. III, par. 6.3.

<sup>37</sup> Decreto dirigenziale del Ministero della giustizia del 28 settembre 2021, sez. III, par. 6.4.

<sup>38</sup> Decreto dirigenziale del Ministero della giustizia del 28 settembre 2021, sez. III, par. 6.5.

#### 4.1. *Gli ausiliari dell'esperto*

L'art. 4, secondo comma, d.l. n. 118/2021, prevede che l'esperto possa chiedere all'imprenditore e ai creditori tutte le informazioni che si rendano necessarie o di utilità e avvalersi di soggetti dotati di specifica competenza, anche nel settore economico in cui opera l'imprenditore e di un revisore legale. L'ultimo periodo della disposizione precisa che questi soggetti non devono essere legati all'impresa o alle altre parti interessate all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale<sup>39</sup>.

Pur nel silenzio del d.l. n. 118/2021, questi ultimi operano sotto la responsabilità dell'esperto, vista la regola generale declinata nell'art. 2232 c.c.<sup>40</sup>, e l'esperto, come aggiunge il decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, è tenuto a retribuirli<sup>41</sup>.

#### 4.2. *Il requisito soggettivo per accedere alla composizione negoziata*

La necessità di intervenire d'urgenza per arginare i negativi effetti della pandemia e di fornire a tutte le imprese strumenti efficaci per aiutare le imprese nella diagnosi precoce della crisi, quando essa non si sia ancora manifestata, ovvero per rintracciare soluzioni che possano facilitare il superamento della crisi o dell'insolvenza quando esse si siano palesate, ha fatto sì che l'accesso alla composizione negoziata sia riservato a tutti gli imprenditori.

Ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 2 e 3, d.l. n. 118/2021, possono accedere alla composizione negoziata sia gli imprenditori commerciali che gli imprenditori agricoli che risultino iscritti nel Registro delle imprese. Non sono fissati requisiti dimensionali per l'accesso alla composizione negoziata, dal momento che, come dispone l'art. 17 d.l. n. 118/2021, anche l'imprenditore commerciale o agricolo che possiede congiuntamente i requisiti di cui all'art. 1, secondo comma, l.f., il c.d. imprenditore sotto soglia – qualora ricorrano le condizioni oggettive previste dalla normativa – possa fare istanza di nomina dell'esperto indipendente. In tale ultima ipotesi – vale a dire solo se l'impresa, esercente un'attività agricola o commerciale, sia sotto soglia – l'istanza potrà essere fatta pervenire all'Organismo di composizione della crisi (OCC), oppure al segretario generale della CCIAA, nel cui ambito si trova la sede legale dell'impresa, con le modalità previste nell'art. 5, comma 1, del d.l. n. 118/2021.

L'OCC, tramite il suo Referente<sup>42</sup>, o, in alternativa, la commissione costituita presso la CCIAA del capoluogo di regione o della provincia autonoma di Trento e Bolzano, nomina l'esperto, come stabilisce l'ultimo periodo dell'art. 17, secondo comma, d.l. n. 118/2021<sup>43</sup>. Per procedere con la nomina, l'OCC dovrebbe aver accesso all'elenco tenuto presso la CCIAA di ciascun capoluogo di

---

<sup>39</sup> Per l'assunzione dell'incarico di revisione nella società a seguito del risanamento, l'espletamento dell'attività effettuata ai sensi dell'art. 4, secondo comma, d.l. n. 118/2021, potrà essere valutata ai sensi dell'art. 10 d.lgs. n. 39/2010.

<sup>40</sup> Cfr. art. 379, secondo comma, c.c.; art. 32 l.f.

<sup>41</sup> Come prevede il par. 8.11. della sezione III, l'esperto, per lo svolgimento della propria attività, ove lo ritenga utile o necessario, può avvalersi, a proprie spese, di soggetti dotati di specifica competenza, anche nel settore economico in cui opera l'imprenditore, e di un revisore legale.

<sup>42</sup> L'art. 17, ottavo comma, dispone che il compenso dell'esperto è liquidato dal responsabile dell'OCC o dal segretario generale della CCIAA che lo ha nominato.

<sup>43</sup> La disposizione prevede, infatti, che la nomina dell'esperto avviene a cura del soggetto al quale è presentata l'istanza.

regione; se l'OCC è articolazione interna dell'Ordine professionale<sup>44</sup>, sembrerebbe consentito istituire un proprio elenco con i nominativi dei professionisti, in possesso dei requisiti richiesti dalla normativa per poter assumere l'incarico di esperto nella composizione negoziata, comunicati dal rispettivo Ordine<sup>45</sup>: l'aspetto non sembra essere indagato nel d.l. n. 118/2021 che, in generale, dispone l'applicazione dell'art. 3, commi terzo e quarto, in quanto compatibili<sup>46</sup>; mentre il decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 accenna alla possibilità di estendere all'OCC la disponibilità della piattaforma tramite apposite convenzioni<sup>47</sup>. Corre l'obbligo di segnalare, inoltre, che, in occasione della conversione in legge del d.l. n. 118/2021, il sesto comma dell'art. 17 è stato modificato prevedendo che, qualora all'esito delle trattative non sia possibile raggiungere un accordo, l'imprenditore sotto soglia può accedere a una delle procedure disciplinate nella legge n. 3/2012, senza introdurre, peraltro, alcun meccanismo di continuazione tra composizione negoziata e procedure di sovraindebitamento<sup>48</sup>.

Con intenti meramente ricognitivi della normativa, occorre segnalare che, per la composizione negoziata delle imprese sotto soglia, in ossequio al criterio della proporzionalità alla natura e alla dimensione dell'impresa, la documentazione da inserire nella piattaforma telematica unitamente all'istanza è semplificata rispetto a quella richiesta alle imprese sopra soglia. L'imprenditore sotto soglia, infatti, è tenuto a inserire: i bilanci degli ultimi tre esercizi, se non già depositati presso l'ufficio del registro delle imprese, oppure, per gli imprenditori che non sono tenuti al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'IVA degli ultimi tre periodi di imposta, nonché una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre sessanta giorni prima della presentazione dell'istanza; l'elenco dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti scaduti e a scadere e dell'esistenza di diritti reali e personali di garanzia; una dichiarazione sulla pendenza, nei suoi confronti, di ricorsi per la dichiarazione di fallimento o per l'accertamento dello stato di insolvenza e una dichiarazione con cui attesta di non aver depositato ricorsi ai sensi degli artt. 161, 161, sesto comma, 182-*bis* e 182-*bis*, sesto comma, l.f.; il certificato unico dei debiti tributari di cui all'art. 364, primo comma del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14; la situazione debitoria complessiva richiesta all'Agenzia delle entrate-Riscossione; il certificato dei debiti contributivi e dei premi assicurativi di cui all'art. 363, primo comma del decreto legislativo n. 14 del 2019; un estratto delle informazioni presenti nella Centrale dei rischi gestita dalla Banca d'Italia non anteriore di tre mesi rispetto alla presentazione dell'istanza.

Possono accedere alla composizione negoziata anche i debitori per i quali la procedura di allerta è esclusa dall'art. 12 del Codice della crisi (grandi imprese, gruppi di rilevante dimensioni, società con azioni quotate in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione autorizzati dalla

---

<sup>44</sup> Cfr. art. 2, primo comma, lett. d), Decreto del ministero della giustizia 24 settembre 2014, n. 202.

<sup>45</sup> Ai sensi dell'art. 3, quinto comma, d.l. n. 118/2021, spetta agli Ordini professionali effettuare rispetto ai propri iscritti le verifiche dei requisiti fissati per l'iscrizione nell'elenco unico.

<sup>46</sup> L'art. 17, settimo comma, dispone si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 3, commi 3 e 4, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15 e 16. Per quanto di diretto interesse, si evidenzia come il terzo comma dell'art. 3 attenga all'istituzione dell'elenco di esperti presso la CCIAA di ciascun capoluogo di regione e delle province autonome di Trento e Bolzano, mentre il quarto comma attenga al possesso della specifica formazione prevista con il decreto dirigenziale del ministero della giustizia del 28 settembre 2021.

<sup>47</sup> Cfr. sezione III, par. 15.2.

<sup>48</sup> L'originario sesto comma dell'art. 17 prevedeva, infatti, che: " *Se all'esito delle trattative non è possibile raggiungere un accordo, l'esperto, su richiesta dell'imprenditore, svolge i compiti di gestore della crisi di cui alla legge 27 gennaio 2012, n. 3*".

Consob, o diffuse tra il pubblico in misura rilevante secondo i criteri stabiliti da Regolamento Emittenti), trattandosi di iniziativa del tutto discrezionale: è una modifica di un certo rilievo così come lo è l'introduzione nel nostro ordinamento della disciplina unitaria della composizione negoziata per le imprese appartenenti allo stesso gruppo<sup>49</sup>, ancorché risulti evidente come la composizione negoziata si rivelerà strumento particolarmente vantaggioso per le realtà meno strutturate le quali, quando istituita, potranno avvalersi della piattaforma telematica nazionale, altra importante novità introdotta dal d.l. n. 118/2021. L'aspetto è di interesse.

Visto quanto disposto dall'art. 3, d.l. n. 118/2021, sulla piattaforma telematica nazionale sarà disponibile una lista di controllo particolareggiata, adeguata anche alle esigenze delle micro, piccole e medie imprese, che conterrà indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento e un test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento accessibile da parte dell'imprenditore e dei professionisti dallo stesso incaricati<sup>50</sup>. La lista di controllo e il test pratico consentono all'impresa di effettuare un'autodiagnosi precoce anche prima del deposito dell'istanza e di verificare, tramite il nuovo sistema e l'inserimento dei dati secondo le linee guida diffuse dal decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, per tempo, il proprio "stato di salute". Si tratta, dunque, di una misura destinata a facilitare e incentivare l'accesso alla composizione negoziata delle imprese di non rilevanti dimensioni, fornendo loro la possibilità, citando la relazione illustrativa dello schema, "*di comprendere in modo semplice e rapido la sostenibilità del debito accumulato tramite i flussi finanziari futuri e dunque la gravità dello squilibrio esistente e la sua eventuale reversibilità*". L'istituzione della piattaforma, peraltro, rientra tra le nuove misure concepite in funzione di allerta e tramite essa il legislatore interno recepisce il sistema degli *early warning tools* suggerito dalla Direttiva 1023/2019 che annovera, come è noto, "servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private"<sup>51</sup>.

#### 4.2.1. Il test pratico e la lista di controllo nel decreto dirigenziale del 28 settembre 2021

Come si evince dalla sezione I del decreto dirigenziale, il test pratico è volto a consentire una valutazione preliminare della complessità del risanamento attraverso il rapporto tra l'entità del debito che deve essere ristrutturato e quella dei flussi finanziari liberi che possono essere posti annualmente al suo servizio. Il test può essere effettuato anche senza aver predisposto un piano di risanamento: in questa ipotesi, ci si può limitare ad esaminare l'indebitamento e i dati dell'andamento economico attuale, depurando quest'ultimo da eventi non ricorrenti (ad esempio, effetti del *lockdown*, contributi straordinari conseguiti, perdite non ricorrenti, ecc.).

Il test si fonda principalmente sui dati di flusso a regime che, secondo la migliore valutazione dell'imprenditore, possono corrispondere a quelli correnti o derivare dall'esito delle iniziative industriali in corso di attuazione o che l'imprenditore intende adottare. Oggetto di richiesta sarà

---

<sup>49</sup> L'art. 13 d.l. n. 118/2021 reca la disciplina della "Condizione delle trattative in caso di gruppo di imprese".

<sup>50</sup> Cfr. art. 3, secondo comma, d.l. n. 118/2021.

<sup>51</sup> Cfr. art. 3, par. 2, lett. b). Sul punto, L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in [www.dirittodella.crisi.it](http://www.dirittodella.crisi.it), 25 agosto 2021, 14. Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a L. Panzani, *Il preventive restructuring framework nella Direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il Codice della crisi. Assonanze e dissonanze*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 14 ottobre 2019, 3 e ss.; per una prospettiva internazionale, anche U. Ramneskow, *Article 3*, in C.G. Paulus – R. Damman, *European Preventive Restructuring, Directive (EU) 2019/1023, Article - by - Article Commentary*, München - Oxford - Baden Baden, 2021, 78 e ss.



l'entità del debito che deve essere ristrutturato, i flussi annui al servizio del debito che la gestione dell'impresa è mediamente in grado di generare a regime. Se i flussi al servizio del debito generati dalla gestione sono sufficienti a consentirne la sostenibilità, la formulazione delle proposte ai creditori può essere effettuata sulla sola base dell'andamento corrente e la redazione del piano d'impresa riveste minore rilevanza nella vicenda.

Qualora, al contrario, il risanamento dipenda dall'efficacia e dall'esito delle iniziative industriali, è all'evidenza che non si possa prescindere dalla redazione di un piano di risanamento per la cui redazione la *check-list* di cui alla Sezione II del decreto individua le migliori pratiche di redazione dei piani, ferma la necessità che l'esperto, nell'esaminare il piano, tenga sempre conto di tutte le variabili che vi incidono<sup>52</sup>. Nel caso in cui la continuità aziendale possa essere perseguita solo in via indiretta, il decreto dirigenziale mette in evidenza come occorra stimare le risorse realizzabili attraverso la cessione dell'azienda o di rami di essa e compararle con il debito che deve essere servito per comprendere la praticabilità del risanamento.

La sezione II del decreto dirigenziale del 28 settembre contiene la lista di controllo particolareggiata per la redazione del piano di risanamento e per la analisi della sua coerenza, c.d. *check-list*. La premessa del paragrafo ribadisce come sia di utilità, anche se non imprescindibile, che l'impresa, nel momento in cui decide di intraprendere il percorso di risanamento, abbia già redatto un piano. Nel caso in cui la società non vi abbia provveduto, è tenuta a redigere il piano in tempi brevi, nel corso della composizione negoziata per individuare le proposte da formulare alle parti interessate e la soluzione idonea per il superamento della crisi. In questa prospettiva la lista di controllo prevede una serie di domande formulate sulla scorta delle migliori pratiche diffuse per la redazione dei piani d'impresa a cui la società, tramite anche l'apporto dei propri consulenti, deve fornire risposte volte a individuare l'esatto perimetro dei contenuti del piano. Gli effettivi contenuti del singolo piano non sono genericamente individuabili, in quanto, andranno tarati sulla realtà d'impresa a seconda della tipologia dell'attività, della dimensione e della complessità dell'impresa. Di talché, la lista di controllo è articolata in modo da facilitare il "processo" di redazione del piano, individuando la presenza di minimi requisiti organizzativi e la disponibilità di una situazione economico patrimoniale aggiornata. Specifica attenzione è dedicata alla situazione in cui versa l'impresa e alle principali cause (crisi o stato di squilibrio e manifestazione esteriore di tale stato). Del pari, devono essere individuate le strategie di intervento e le iniziative che l'imprenditore intende adottare, funzioni aziendali preposte, tempi e relativi vantaggi in termini di ricavi, eventuali raffronti con piani precedentemente redatti.

Stando alle indicazioni fornite dal decreto dirigenziale, la parte quantitativa del piano consegue alle strategie che si intendono adottare e segue un ordine logico strutturato attraverso valutazioni controllabili. Essa è volta a determinare i flussi finanziari che nelle imprese di minori dimensioni possono essere stimati attraverso un processo semplificato. Il debito esistente che necessita di essere rimborsato viene confrontato con i flussi finanziari derivanti dalla gestione aziendale che possono essere posti a servizio dello stesso, anche al fine di individuare la tipologia delle proposte da formulare

---

<sup>52</sup> Per indicazioni circa la redazione del piano, CNDCEC, *Principi per la redazione di piani di risanamento*, 23 ottobre 2017; ID, *Principi di attestazione dei piani di risanamento*, 7 gennaio 2021.

ai creditori e alle altre parti interessate. Qualora la composizione negoziata attenga al gruppo di imprese, il piano dovrà tenere conto della situazione delle società interessate e delle reciproche interdipendenze tra le imprese del gruppo.

#### *4.3. Il presupposto oggettivo e le condizioni per poter accedere alla composizione negoziata*

Ai sensi dell'art. 2, primo comma, d.l. n. 118/2021, l'imprenditore deve trovarsi in situazioni di squilibrio patrimoniale o economico – finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e l'istanza può essere presentata quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa.

L'istanza può essere presentata sia nella fase pre-crisi, vale a dire quando occorre accertare la probabilità di crisi e prevenirne l'insorgenza<sup>53</sup>, o durante la crisi, vale a dire quando l'impresa versi in uno in uno stato in cui è probabile l'insolvenza. L'istanza, però, può essere presentata anche qualora l'impresa sia già insolvente, purché esistano ragionevoli probabilità di risanarla<sup>54</sup>. È quanto si evince dalla formulazione dell'art. 2 e dal raffronto con altre previsioni del d.l. n. 118/2021. L'art. 6, quarto comma, a titolo d'esempio, stabilisce che dal giorno della pubblicazione dell'istanza per l'applicazione di misure protettive del patrimonio fino alla conclusione delle trattative ovvero fino al momento dell'archiviazione dell'istanza<sup>55</sup>, ricorrendone i presupposti, la sentenza dichiarativa di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata; l'art. 23, come accennato, limita l'accesso alla composizione negoziata nei casi in cui sia pendente un procedimento introdotto con domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione, anche ai sensi dell'art. 182-bis, sesto comma, l.f. ovvero con ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, anche ai sensi dell'art. 161, sesto comma, l.f.; l'art. 11 annovera tra le soluzioni alternative alla composizione negoziata la procedura di fallimento o di amministrazione straordinaria destinate a imprese di cui sia stata dichiarata l'insolvenza.

La condizione per poter accedere ed eventualmente proseguire la composizione negoziata viene ancorata al perseguimento del risanamento dell'impresa: il test pratico accessibile dall'imprenditore e dai suoi professionisti di fiducia all'atto di presentazione dell'istanza è finalizzato a verificare la ragionevole perseguibilità del risanamento; i colloqui successivi all'accettazione dell'incarico che l'esperto conduce con l'imprenditore (*id est* l'organo di amministrazione) e i suoi consulenti sono finalizzati a garantire che esistano concrete prospettive di risanamento, in assenza delle quali l'esperto ne dà notizia all'imprenditore medesimo e al segretario generale della CCIAA che dispone

---

<sup>53</sup> Come osserva S. Leuzzi, *Una rapida lettura dello schema di D.L. recante misure urgenti in materia di crisi di impresa e di risanamento aziendale*, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it), 5 agosto 2021, le crisi vanno affrontate quando ancora non sono in essere perché in quel momento l'impresa dispone ancora di risorse utili per intervenire tempestivamente e prevenirne l'insorgenza.

<sup>54</sup> Si vedano le riflessioni di S. Ambrosini, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it), 23 agosto 2021, 7.

<sup>55</sup> Disposta ai sensi dell'art. 5, sesto comma, d.l. n. 118/2021 quando l'esperto non ravvisi concrete prospettive di risanamento.

l'archiviazione dell'istanza della composizione negoziata. Se l'impresa è insolvente, pertanto, devono potersi ravvisare condizioni di reversibilità.

L'accesso alle trattative non è scontato. L'art. 5, quinto comma, d.l. n. 118/2021 precisa che l'esperto, a seguito del primo incontro con l'imprenditore, o successivamente in un qualsiasi momento durante lo svolgimento del proprio incarico, qualora non ravvisi concrete prospettive di risanamento, ne dà notizia all'imprenditore e al segretario generale della CCIAA che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata. Il par. 2.8. della sezione III del decreto dirigenziale stabilisce che l'esperto è tenuto a predisporre una relazione finale che inserisce nella piattaforma telematica e comunica all'imprenditore. Qualora siano state concesse misure protettive la relazione deve essere trasmessa, sempre a cura dell'esperto, al tribunale mediante accesso al fascicolo telematico, affinché ne venga dichiarata la cessazione. L'inserimento della relazione finale nella piattaforma telematica costituisce titolo per l'archiviazione della composizione negoziata da parte del segretario generale della CCIAA.

Occorre porre nella dovuta evidenza come l'incarico dell'esperto possa cessare anche nel caso in cui l'imprenditore non compaia: trattandosi all'evidenza di ipotesi in cui le concrete prospettive di risanamento non possano essere ravvisate, dovrebbe essere richiesta l'archiviazione dell'istanza. Ad ogni buon conto, l'archiviazione comporta la cessazione anticipata della composizione negoziata e, anche nel caso in cui non esistessero concrete possibilità di risanare l'impresa insolvente, l'esperto non è tenuto a porre in essere ulteriori adempimenti o a effettuare ulteriori segnalazioni<sup>56</sup>.

Anche nei casi di cessazione "ordinaria" della composizione, al termine dell'incarico, l'esperto è tenuto a redigere una relazione finale che inserisce nella piattaforma, comunica all'imprenditore e al giudice in caso di concessione di misure protettive.

Il decreto dirigenziale precisa sul punto che la relazione finale deve essere inserita, a cura dell'esperto, nella piattaforma telematica e comunicata all'imprenditore e, in caso di misure protettive e cautelari, trasmessa al tribunale, mediante accesso al fascicolo telematico, affinché il tribunale possa pronunciarsi sull'efficacia delle misure. Alla relazione hanno accesso, per il tramite della Piattaforma telematica, l'imprenditore, i suoi professionisti e l'organo di controllo ed il revisore legale, se in carica, e, ai soli fini della liquidazione del compenso, il soggetto che ha nominato l'esperto.

Secondo le linee guida diffuse con il decreto dirigenziale, è opportuno che dalla relazione finale dell'esperto risultino quanto meno:

- 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 facoltà di cui agli articoli 6, 7 e 8;
- il deposito del ricorso di cui all'articolo 7, comma 1, e il termine delle misure protettive concesso;
- le informazioni sullo stato delle eventuali misure cautelari o esecutive già disposte e sui ricorsi eventualmente pendenti per la dichiarazione di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza;

---

<sup>56</sup> Diversamente da quanto previsto nell'art. 22 del Codice della crisi in relazione alla segnalazione al pubblico ministero.

- le autorizzazioni richieste e quelle concesse;
- le considerazioni sulla perseguibilità del risanamento e sulla idoneità della soluzione individuata.

Inoltre, quando all'esito positivo delle trattative, siano stati stipulati con le parti interessate uno o più contratti di cui all'art. 11, primo comma, lettera a), l'esperto esprimerà nella relazione finale il proprio parere motivato circa l'idoneità del contratto ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni. A tal fine, sarà anche opportuno tenere conto della sostenibilità del debito da parte dell'impresa per il periodo di due anni dalla data di conclusione del contratto.

Differentemente, qualora la composizione negoziata non sia raggiunta e si rinvengano i presupposti previsti nell'art. 18 per l'accesso al concordato semplificato, l'esperto è tenuto a rilasciare un parere in ordine ai presumibili risultati della liquidazione e sulle garanzie offerte dagli eventuali proponenti l'acquisto dell'azienda, di suoi rami o di singoli cespiti. Qualora durante le trattative, previa indicazione dell'esperto, le parti non abbiano già nominato uno stimatore del patrimonio delle risorse derivanti dalla sua liquidazione<sup>57</sup>, il parere dell'esperto verterà su una stima presentata all'occasione dall'impresa.

## **5. La gestione dell'impresa in pendenza delle trattative**

L'art. 9, primo comma, d.l. n. 118/2021 dispone che durante le trattative l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, assumendosi la relativa responsabilità.

Il legislatore distingue la gestione dell'impresa in crisi dalla gestione dell'impresa insolvente. Nel primo caso, la gestione deve essere condotta in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità finanziaria dell'attività: si impone all'imprenditore, e all'organo di amministrazione delle società, di attivarsi per ricercare soluzioni valide a evitare il pregiudizio alla sostenibilità del ciclo economico – produttivo. Con tal precisazione, la disposizione si inserisce nel perimetro tratteggiato dall'art. 2086, secondo comma, c.c.

Diversamente, quando nel corso della composizione negoziata risulta che l'impresa è insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento, la gestione dell'impresa deve essere orientata nel perseguire il prevalente interesse dei creditori.

L'art. 9, primo comma, riformulato in sede di conversione del d.l. n. 118/2021, è integrato dalle indicazioni fornite dal decreto dirigenziale che, nella prospettiva di individuare buone prassi, raccomandano all'esperto, dinanzi a uno stato di crisi, di ricordare all'imprenditore di gestire l'impresa per evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività. A tal riguardo, il decreto dirigenziale specifica che non vi è di norma pregiudizio per la sostenibilità economico-finanziaria quando nel corso della composizione negoziata ci si attende un margine operativo lordo positivo, al netto delle componenti straordinarie, o quando, in presenza di margine operativo lordo negativo, esso sia compensato dai vantaggi per i creditori, derivanti, secondo una ragionevole valutazione

---

<sup>57</sup> Il costo della stima è da ripartire tra le parti (cfr. sez. III, 13.1, decreto dirigenziale 28 settembre 2021). È doveroso precisare che il decreto dirigenziale segnala l'esigenza di procedere alla stima del patrimonio in qualunque momento risulti utile per le trattative.

prognostica, dalla continuità aziendale (ad esempio, attraverso un miglior realizzo del magazzino o dei crediti, il completamento dei lavori in corso, il maggior valore del compendio aziendale rispetto alla liquidazione atomistica dei beni che lo compongono). Si spiega poi che durante le trattative, se la società è insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento, la sua gestione, dovrà avvenire nel prevalente interesse dei creditori<sup>58</sup>.

Fatte queste premesse, nelle società, gli organi societari permangono nella pienezza delle proprie funzioni esercitando ogni prerogativa che l'ordinamento loro riconosce e assumendo le responsabilità che derivano dallo svolgimento delle proprie funzioni.

Come si avrà modo di approfondire, anche la gestione straordinaria resta all'imprenditore, *rectius* all'organo di amministrazione: l'art. 9, secondo comma, d.l. n. 118/2021 impone all'imprenditore di informare preventivamente l'esperto per iscritto del compimento di atti straordinari di amministrazione nonché dell'esecuzione di pagamenti che non sono coerenti rispetto alle trattative e alle prospettive di risanamento; il terzo comma dell'art. 9 contempla l'ipotesi del compimento di atti di straordinaria amministrazione nonostante l'esperto abbia espresso parere negativo. La segnalazione all'esperto ricade nell'ambito dei doveri di correttezza e buona fede imposti dal d.l. n.118/2021 alle parti durante le trattative ed esplicita, con maggior precisione, l'obbligo imposto all'imprenditore di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente e di gestire il proprio patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori.

Il d.l. n. 118/2021 prevede alcune misure volte a facilitare l'accesso alla composizione negoziata. Oltre alle agevolazioni di tipo fiscale di cui all'art. 14 d.l. n. 118/2021<sup>59</sup>, per proteggere il patrimonio sociale dalle aggressioni dei creditori, l'organo di amministrazione può fare istanza al tribunale per l'applicazione di misure protettive del patrimonio *ex artt. 6 e 7* d.l. n. 118/2021<sup>60</sup>; per agevolare la composizione, l'organo di amministrazione può fare istanza al tribunale per ottenere l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili *ex art. 10* d.lgs. n. 118/2021<sup>61</sup>. Non è tutto. L'organo di amministrazione può fare istanza per ottenere l'autorizzazione al trasferimento in qualunque forma dell'azienda o di singoli rami, consentendo la deroga alla regola generale di cui all'art. 2560, secondo comma, c.c., per la quale l'acquirente risponde dei debiti del cedente quando tali debiti risultino dai libri contabili, ferma restando la disciplina dei rapporti di lavoro e di crediti dei lavoratori come descritta nell'art. 2112 c.c.

---

<sup>58</sup> Decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia del 28 settembre 2021, sez. III, par. 7.5.

<sup>59</sup> Le previsioni dei primi tre commi dell'art. 14 anticipano quanto disposto nell'art. 25 del Codice della crisi.

<sup>60</sup> È doveroso porre in evidenza come l'art.6, quinto comma, d.l. n. 118/2021 stabilisca che i creditori interessati dalle misure protettive non possono unilateralmente rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocare la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento dei loro crediti anteriori rispetto alla pubblicazione dell'istanza.

<sup>61</sup> Le previsioni del d.l. n. 118/2021 garantiscono all'imprenditore di poter accedere alla nuova finanza con maggior facilità; sulle diverse implicazioni nelle ipotesi di finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo o della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-quater* l.f., A. Dentamaro, *La nuova finanza nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa ex D.L. 118/2021*, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it), 2 e ss.

Unitamente alla presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto, o con una dichiarazione presentata successivamente durante le trattative tramite la piattaforma telematica, inoltre, l'organo di amministrazione può dichiarare che sino alla conclusione delle trattative, o sino all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, intende disattivare gli obblighi previsti negli artt. 2446, secondo e terzo comma, 2447, 2482-*bis*, quarto, quinto e sesto comma, e 2482-*ter* del codice civile e la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, n. 4), e 2545-*duodecies* c.c. A tali fini, l'istanza o la successiva dichiarazione sono pubblicati nel registro delle imprese e gli effetti della sospensione dei richiamati obblighi civilistici decorrono dalla pubblicazione. Non è previsto alcun intervento autorizzatorio da parte del tribunale<sup>62</sup>.

Come indica il decreto dirigenziale, enfatizzando con tale precisazione il ruolo consulenziale svolto dall'esperto, la possibilità di fruire delle sospensioni degli obblighi di ripianamento e ricapitalizzazione, può essere ricordata dall'esperto all'imprenditore sin dal primo incontro con l'imprenditore<sup>63</sup>.

Decorsi i termini per le trattative o in caso di archiviazione dell'istanza, qualora le perdite permangano o il capitale sociale non sia riportato al di sopra dei limiti previsti dall'ordinamento, torna ad applicarsi la normativa codicistica dettata per il ripianamento delle perdite, così come quella relativa allo scioglimento della società per la riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale, ovvero per la perdita del capitale sociale trattandosi di società cooperative; l'intento è allora di favorire la realizzazione della composizione e il ripianamento delle perdite, o il riallineamento del capitale al suo esito. Per tal motivo, il decreto dirigenziale si premura di precisare che l'esperto, durante la fase di formulazione delle proposte alle parti interessate da parte della società, è tenuto a ricordare la necessità che le proposte siano idonee al rispetto del minimo legale del capitale sociale al momento della conclusione dell'accordo, fatte salve le disposizioni speciali<sup>64</sup>.

Ciò detto, le previsioni recate dall'art. 8 d.l. n. 118/2021 non sono una novità; esse, pur contemplando misure agevolative che si innestano nell'ambito di un percorso stragiudiziale di risanamento dell'impresa e non nel corso di una procedura concorsuale, richiamano quanto già disposto nell'art. 182-*sexies*, primo comma, l.f. che, come è noto, prevede la sospensione dei descritti rimedi dalla data del deposito della domanda per l'ammissione del concordato preventivo, anche con riserva, della domanda per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione del debito *ex art. 182-bis* l.f. ovvero della proposta di accordo a norma dell'art. 182-*bis*, sesto comma, l.f., sino all'omologazione.

In sede di sintetica ricognizione del testo dell'art. 8 d.l. n. 118/2021, occorre mettere in luce come non venga soppresso l'obbligo di tempestiva convocazione dell'assemblea di s.p.a. *ex art. 2446*, primo comma, c.c., ovvero dei soci di s.r.l. *ex art. 2482-bis*, commi primo, secondo e terzo c.c., per deliberare gli opportuni provvedimenti, tra i quali, oltre alla riduzione delle perdite, alla ricapitalizzazione, alla

---

<sup>62</sup> Con evidente differenza rispetto alle previsioni contenute nell'art. 20 del Codice della crisi.

<sup>63</sup> Sezione III, par. 5.3.

<sup>64</sup> In questa prospettiva, secondo le indicazioni fornite dal decreto dirigenziale, le proposte della società ai creditori potranno prevedere: *i*) la conversione dei crediti in capitale sociale, ricorrendo eventualmente alla assegnazione di una partecipazione al capitale sociale in misura non proporzionale ai conferimenti effettuati; *ii*) nelle s.p.a., la conversione in strumenti finanziari partecipativi, privi di diritti amministrativi, di cui all'articolo 2346 c.c.; *iii*) lo stralcio di una parte del debito.

trasformazione, all'accesso a una delle procedure concorsuali disciplinate nella legge fallimentare, si annovera, oggi, anche la composizione negoziata.

Ne consegue che, stando a quanto si evince dalla normativa e al verificarsi della perdita rilevante, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 8 d.l. n. 118/2021, gli amministratori<sup>65</sup>, o nelle s.p.a. che abbiano adottato il sistema dualistico di amministrazione e controllo, il consiglio di gestione, devono rilevare le perdite e senza indugio convocare l'assemblea dei soci<sup>66</sup>, sottoponendo ai soci la relazione sulla situazione patrimoniale aggiornata, con le osservazioni dell'organo di controllo, e dando conto dei fatti di rilievo intervenuti successivamente alla stesura della relazione. La convocazione dell'assemblea ha quale obiettivo di fornire indicazioni circa la situazione del netto patrimoniale e di spiegare le finalità che si intendono perseguire (anche) con l'accesso alla composizione negoziata. I soci possono adottare tutti i provvedimenti ritenuti opportuni, tra cui l'aumento di capitale<sup>67</sup>, ovvero anche la riduzione, ma quest'ultima in via puramente facoltativa. I soci potranno deliberare un rinvio a nuovo delle perdite accertate qualora si preveda che le perdite possano essere ripianate nell'esercizio successivo – secondo la regola ordinaria declinata nell'art. 2446, secondo comma, c.c. –, ovvero deliberare di accedere al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione, o, anche, di procedere con il deposito dell'istanza ex art. 2 d.l. n. 118/2021, fruendo della sospensione degli obblighi surrichiamati.

Considerato che all'informazione dei soci non può derogarsi, ma che gli amministratori potrebbero attivarsi spinti dall'urgenza di tentare il risanamento attraverso una soluzione individuata nell'ambito del percorso della composizione negoziata, si rende necessario effettuare il coordinamento delle disposizioni di diritto societario con quelle speciali sulla composizione negoziata. Qualora gli amministratori ravvedano esigenze di intervenire tempestivamente senza attendere la riunione dell'assemblea<sup>68</sup> e diano avvio alla richiesta di composizione con il deposito dell'istanza e delle dichiarazioni di cui agli artt. 2 e 8<sup>69</sup>, l'assemblea dovrà essere comunque convocata dopo l'attivazione della composizione negoziata. In questo caso, stante il disposto dell'art. 2403 c.c. e dell'art. 15, secondo comma, d.l. n. 118/2021, l'organo di controllo è chiamato a verificare che l'organo di amministrazione proceda comunque alla convocazione della assemblea, attivandosi, in sostituzione, ai sensi dell'art. 2406, primo comma, c.c.

Le osservazioni del collegio sindacale predisposte ai sensi dell'art. 2446, primo comma, c.c. o dell'art. 2482-bis, secondo comma, c.c. dovranno necessariamente prendere atto delle determinazioni a cui è pervenuto l'organo di amministrazione e valutare che i contenuti della relazione di quest'ultimo risultino sufficientemente adeguati per individuare correttamente le perdite e le motivazioni in base

---

<sup>65</sup> Nelle società che adottano il sistema monistico, la convocazione dell'assemblea dei soci viene effettuata dal consiglio di amministrazione ex art. 2380, terzo comma, c.c.

<sup>66</sup> Stando alle previsioni dell'art. 2631 c.c. la convocazione dell'assemblea dovrebbe essere effettuata entro trenta giorni dal momento in cui gli amministratori siano venuti a conoscenza del presupposto che obbliga alla convocazione dell'assemblea.

<sup>67</sup> L'assemblea potrebbe deliberare la ricapitalizzazione, così come l'adozione di altri provvedimenti utili per sanare la situazione, quali ad esempio operazioni di riorganizzazione (fusioni, scissioni), unitariamente o in alternativa alla riduzione del capitale.

<sup>68</sup> In aderenza alle previsioni di cui all'art. 2086, secondo comma, c.c.

<sup>69</sup> E dunque o con l'istanza con cui la società chiede la nomina dell'esperto o con una dichiarazione presentata in un momento successivo tramite la piattaforma telematica.

alle quali sono addivenuti alla decisione di presentare l'istanza per l'accesso alle trattative per la composizione negoziata, ovvero la dichiarazione di sospensione presentata ai sensi dell'art. 8 nel corso delle trattative.

A tal proposito, corre l'obbligo di segnalare che la società potrebbe aver deliberato in occasione dell'approvazione del bilancio relativo all'esercizio 2020 di avvalersi delle sospensioni previste dall'art. 6 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla legge 5 giugno 2020, n. 40 (c.d. Decreto "Liquidità"), modificato dall'art. 1, comma 266, L. 30 dicembre 2020, n. 178, decidendo il rinvio della copertura delle perdite di 5 anni. Come è noto<sup>70</sup>, tali perdite risultano analiticamente e distintamente indicate nella nota integrativa con specificazione, in appositi prospetti, della loro origine nonché delle movimentazioni intervenute nell'esercizio in corso al 31 dicembre 2020, così da garantire la loro segregazione rispetto a quelle che non siano emerse nell'esercizio in corso al 31 dicembre 2020. In questa particolare ipotesi, pertanto, la relazione degli amministratori e le osservazioni del collegio sindacale dovranno fornire informazioni in ordine delle decisioni già assunte in occasione dell'approvazione del bilancio relativo all'esercizio 2020.

Con l'ulteriore corollario che dinanzi al deposito dell'istanza e della dichiarazione di cui all'art. 8 d.l. n. 118/2021, il Collegio sindacale dovrà vigilare che gli amministratori, fruendo del generale regime di sospensione delle perdite – che differentemente da quanto enuncia l'art. 6 d.l. liquidità ricomprende anche le perdite che non sono emerse nell'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2020 – si attivino per la realizzazione del piano di risanamento predisposto per realizzare la composizione negoziata e, contestualmente, conseguire il ripianamento delle perdite o il riallineamento del capitale al minimo previsto dalla legge.

## **6. La conclusione delle trattative**

A seguito delle trattative, ma anche prima della decorrenza del termine delle medesime<sup>71</sup>, grazie all'opera dell'esperto, le parti possono individuare una soluzione idonea al superamento delle condizioni che hanno determinato lo stato di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario. Le opzioni a cui esse possono accedere sono espressamente individuate nell'art. 11, primo comma, d.l. n. 118/2021, a mente del quale le parti possono alternativamente:

- a) concludere un contratto, con uno o più creditori, che produce gli effetti premiali di cui all'art. 14 d.l. n. 118/2021 se, secondo la relazione finale dell'esperto è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni;
- b) concludere una convenzione di moratoria ai sensi dell'art. 182-*octies* l.f.;

---

<sup>70</sup> Per ulteriori approfondimenti si rinvia a CNDCEC-FNC, *La sospensione degli ammortamenti ai sensi del decreto "Agosto" e la disciplina delle perdite ai sensi del decreto "Liquidità"*, di Raffaele Marcello, Cristina Baucò, Nicola Lucido, Matteo Pozzoli, marzo 2021.

<sup>71</sup> Ai sensi dell'art. 5, settimo comma, d.l. n. 118/2021 le trattative possono durare centottanta giorni, prorogabili per non oltre centottanta giorni su richiesta di tutte le parti ovvero nei casi in cui la prosecuzione dell'incarico si è resa necessaria a seguito del ricorso presentato per la concessione di misure protettive, ex art. 7, ovvero per l'equa rideterminazione delle pattuizioni dei contratti in corso a esecuzione continuata o periodica o a esecuzione differita, ex art. 10.



- c) concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d), l.f. In tal caso non occorre l'attestazione del professionista indipendente, trattandosi di esito concordato tra le parti a seguito della composizione negoziata.

Nelle ipotesi surrichiamate, le parti addivengono alla sottoscrizione di accordi e convenzioni senza necessità di successiva omologazione da parte del giudice.

Ai sensi dell'art. 11, secondo comma, d.l. n. 118/2021, l'imprenditore può domandare, all'esito delle trattative, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli articoli 182-*bis*, 182-*septies* e 182-*novies* l.f. Qualora la scelta ricada sull'accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa, la percentuale dei crediti dei creditori aderenti, appartenenti alla categoria che consente di rendere vincolante l'accordo anche per i creditori non aderenti, è ridotta dal 75% al 60% se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto.

Se la composizione negoziata non sia riuscita, vale a dire alternativamente a quanto stabilisce il primo comma, l'impresa può predisporre un piano attestato di risanamento ai sensi dell'art. 67, terzo comma, lettera d), l.f. ovvero accedere a una delle procedure concorsuali di cui alla legge fallimentare, e dunque, ricorrendone i presupposti, anche al fallimento o all'amministrazione straordinaria. L'impresa agricola può accedere all'accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis* l.f., ovvero alle procedure disciplinate nella legge n. 3/2012 per le imprese non fallibili che versano in situazione di sovraindebitamento<sup>72</sup>, vale a dire all'accordo di ristrutturazione *ex art. 7*, o alla liquidazione del patrimonio *ex art. 14-ter*.

In alternativa, sempre all'esito negativo delle trattative, l'impresa può presentare, nei 60 giorni successivi alla comunicazione della relazione finale dell'esperto, una proposta di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, di cui all'art. 18 d.l. n. 118/2021 (altra interessante novità del d.l. n. 118/2021)<sup>73</sup>.

Occorre precisare che l'accesso al nuovo istituto del concordato semplificato è altresì condizionato dalla dichiarazione dell'esperto, predisposta nella relazione finale, tramite la quale egli attesta che le trattative, pur essendosi svolte con correttezza e buona fede, non hanno avuto esito positivo e che non sono praticabili le soluzioni individuate nell'art. 11, primo e secondo comma, e dal rilascio di un parere, dello stesso esperto, in ordine ai presumibili risultati della liquidazione e delle garanzie offerte.

Il concordato semplificato è sottoposto al vaglio del giudice; il tribunale lo omologa quando sia rispettato l'ordine delle cause di prelazione e il piano di liquidazione risulti fattibile e la proposta non pregiudichi i creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare, purché venga assicurata comunque un'utilità a ciascun creditore: la disciplina del concordato semplificato, particolarmente

---

<sup>72</sup> Ai sensi dell'art. 6, secondo comma, legge n. 3/2012, per "sovraindebitamento" si intende la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente.

<sup>73</sup> Sul nuovo istituto, G. Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n. 118 del 2021*, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it), 5 ottobre 2021.

favorevole per l'impresa, può indurre i creditori a impegnarsi per la riuscita delle trattative senza avanzare richieste eccessivamente pretenziose.

## **7. Il ruolo dell'organo di controllo nella composizione negoziata**

Come accennato, la composizione negoziata si apre su istanza dell'imprenditore.

L'istanza può essere presentata dall'impresa volontariamente, ovvero, nelle società di capitali e nelle cooperative, originare dalla segnalazione dell'organo di controllo, quando nominato. Non è da escludere che una società possa presentare istanza per l'accesso alla composizione negoziata *motu proprio*, vale a dire senza previa segnalazione da parte dell'organo di controllo.

Nelle società di capitali e nelle società cooperative, pertanto, l'istanza verrà presentata dal rappresentante legale della società previa delibera – o determina – dell'organo di amministrazione, fatte salve differenti previsioni dello statuto<sup>74</sup>.

Nelle s.p.a e nelle s.r.l., nelle società cooperative s.p.a. o nelle cooperative s.r.l., in cui risulti nominato, come prevede l'art. 15 d.l. n. 118/2021, l'organo di controllo segnala all'organo di amministrazione la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza<sup>75</sup>.

Occorre effettuare alcune precisazioni sul regime dei controlli delle società destinatarie della previsione.

In generale, nelle s.p.a., tenuti alla segnalazione saranno il collegio sindacale del sistema tradizionale di amministrazione e controllo, ma anche il consiglio di sorveglianza del sistema dualistico di amministrazione e controllo e il comitato per il controllo e la gestione del sistema monistico; nelle s.r.l., il dovere di segnalare ricadrà sull'organo di controllo societario, vale a dire sul collegio sindacale o sull'organo monocratico, il c.d. sindaco unico. È doveroso menzionare come questi ultimi, anche nei casi in cui risultino superati i limiti previsti dall'art. 2477, secondo comma, c.c., che richiedono la nomina obbligatoria di un organo di controllo o in alternativa del revisore legale, potrebbero mancare, in quanto la flessibilità che contraddistingue la disciplina della s.r.l. consente di nominare il solo revisore legale anziché l'organo di controllo<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Cfr. art. 152 l.f.

<sup>75</sup> L'art. 14 del Codice della crisi obbliga l'organo di controllo e il revisore legale (persona fisica o società) a segnalare immediatamente l'esistenza di fondati indizi della crisi. Il secondo comma della disposizione, a seguito della correzione effettuata tramite il d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, prevede un obbligo di informativa reciproca tra organo di controllo e revisore legale in ordine alle rispettive segnalazioni.

<sup>76</sup> Nella s.r.l., l'attuale assetto dei controlli, nelle ipotesi in cui la nomina sia obbligatoria per il superamento dei parametri e delle condizioni elencate nell'art. 2477, comma 2, c.c., o nelle ipotesi in cui sia lo statuto a prevedere la nomina, determinandone poteri e competenze, sembra potersi articolare con:

- la nomina del collegio sindacale incaricato della funzione di vigilanza di cui all'art. 2403 c.c., con conferimento dell'incarico di revisione ex art. 14 del d.lgs. n. 39/2010 a un revisore esterno;
- la nomina del collegio sindacale incaricato della funzione di vigilanza e della revisione legale ex art. 14 del d.lgs. n. 39/2010: ipotesi consentita dal rinvio effettuato alla disciplina dei sindaci di s.p.a. contenuta nell'art. 2477, quarto comma c.c. In tal caso, tutti i sindaci devono essere iscritti nel registro dei revisori legali, mentre, stando al rinvio operato alla disciplina dei sindaci di s.p.a., sembrerebbe precluso al collegio sindacale svolgere la revisione legale, qualora la s.r.l. sia tenuta alla redazione del bilancio consolidato;

Per quanto attiene alle società cooperative, l'art. 2543 c.c. declina il principio per cui la nomina del collegio sindacale si rende obbligatoria in tutte le società cooperative, a prescindere dal tipo sociale adottato, nei casi previsti dal secondo e dal terzo comma dell'art. 2477 c.c., nonché quando la società emetta strumenti finanziari.

Ai sensi dell'art. 2519 c.c., inoltre, l'atto costitutivo può prevedere l'applicazione, in quanto compatibili, delle norme sulla società a responsabilità limitata nelle cooperative con un numero di soci cooperatori inferiore a venti, ovvero con un attivo dello stato patrimoniale non superiore ad un milione di euro. Il superamento di questi parametri comporterà la modifica dell'atto costitutivo e l'adozione delle regole dettate per le cooperative che si siano costituite come s.p.a. Il rinvio alle disposizioni delle s.p.a. o delle s.r.l., pertanto, consente di ritenere applicabili alle cooperative le rispettive discipline in ordine ai requisiti di nomina e composizione dell'organo di controllo<sup>77</sup>. Se la cooperativa di tipo s.p.a. rientra tra le società che superano i parametri di cui all'art. 2477, secondo comma, c.c., in forza del rinvio effettuato dall'art. 2543 c.c., o emetta strumenti finanziari non partecipativi, la nomina del collegio sindacale è obbligatoria, così come obbligatoria è la nomina dell'incaricato della revisione legale, nei casi in cui, al ricorrere dei presupposti previsti dall'art. 2409-bis, secondo comma, c.c., lo stesso collegio sindacale non sia incaricato di effettuare la revisione legale.

Per quanto attiene alle cooperative di tipo s.r.l., il mancato superamento dei parametri di cui all'art. 2477, secondo comma, c.c., rende facoltativa la nomina dell'organo di controllo (monocratico o collegiale) e/o del revisore legale. Al verificarsi dei presupposti individuati nell'art. 2543 c.c., vale a dire al superamento dei parametri di cui all'art. 2477, secondo comma, c.c., la nomina dell'organo di controllo, collegio sindacale o sindaco unico, è obbligatoria. Per converso, la chiara formulazione lessicale dell'art. 2519 c.c. rende obbligatoria l'applicazione delle norme contenute nell'art. 2477 c.c., se compatibili con la disciplina specifica delle società cooperative. Considerato dunque quanto previsto nell'art. 2477, secondo comma, c.c., al superamento dei parametri dimensionali summenzionati, sembrerebbe possibile procedere unicamente alla nomina di un revisore legale e il soggetto sarà incaricato esclusivamente delle funzioni disciplinate nel d.lgs. n. 39/2010.

Alla luce di tanto, nelle ipotesi in cui la società nomini un revisore legale e non l'organo di controllo – nomine peraltro ricorrenti nelle micro e piccole società destinatarie privilegiate delle misure recate dal d.l. n. 118/2021 – l'art. 15 d.l. n. 118/2021 non può trovare applicazione con significativo svuotamento

- 
- la nomina di un organo di controllo monocratico incaricato della funzione di vigilanza di cui all'art. 2403 c.c., con conferimento della revisione legale ex art. 14 del d.lgs. n. 39/2010 a un revisore esterno;
  - la nomina di un organo di controllo monocratico (c.d. sindaco unico) incaricato della funzione di vigilanza e della revisione legale: in tal caso il sindaco unico deve essere iscritto nel registro dei revisori legali e trova applicazione quanto previsto per i sindaci di s.p.a., sempre in virtù del rinvio di cui all'art. 2477, quarto comma, c.c.;
  - la nomina del solo revisore legale, persona fisica o società, incaricato unicamente della revisione legale di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 39/2010.

<sup>77</sup> Le cooperative di tipo s.p.a., qualora non siano superati i parametri di cui all'art. 2477 c.c., sono tenute alla nomina obbligatoria del revisore legale (persona fisica o società), trovando applicazione la disposizione dell'art. 2409-bis, primo comma, c.c., mentre la nomina del collegio sindacale sarà facoltativa: nelle cooperative di tipo s.p.a. la revisione legale è sempre obbligatoria stante il disposto di cui all'art. 2409-bis c.c. e in virtù del rinvio contenuto nell'art. 2519 c.c. e dunque anche le cooperative in regime di s.p.a. che non sono obbligate alla nomina del collegio sindacale, perché non hanno emesso strumenti finanziari non partecipativi o perché non ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 2477, secondo comma, c.c., devono obbligatoriamente procedere alla nomina di un revisore legale (persona fisica o società) iscritto nell'apposito registro.

della filosofia di base che sorregge l'intervento riformatore volta a incentivare l'impresa ad accedere alla composizione negoziata.

Per dotare di maggiore incisività i nuovi istituti, pertanto, in alternativa all'estensione dell'obbligo della segnalazione al revisore legale che, comunque non partecipa all'attività sociale, potrebbe essere opportuno rimeditare una modifica dell'art. 2477 c.c., ampliando i casi di nomina obbligatoria del collegio sindacale (o del sindaco unico) nelle s.r.l. di maggiori dimensioni, le quali, stando all'attuale formulazione dell'art. 2477, secondo comma, c.c., possono sottrarsi all'ambito applicativo dell'art. 15 d.l. n. 118/2021 per aver nominato il solo revisore legale; per altro verso, dovrebbe essere vagliata l'ipotesi di limitare la nomina del revisore esterno ai soli casi in cui risulti già nominato un organo di controllo non incaricato della funzione di revisione, ritenendo, per l'effetto, imprescindibile l'attività di vigilanza sulla gestione esercitata dall'organo di controllo.

Ad ogni buon conto, è opportuno mettere in evidenza come il d.l. n. 118/2021 colga le importanti prerogative dell'iscritto al registro dei revisori legali che originano dalle funzioni e dalle competenze che l'ordinamento gli riconosce, individuandolo tra i soggetti che possono essere di ausilio all'esperto indipendente.

Ciò posto, accantonata la procedura di allerta c.d. interna attivabile dall'organo di controllo ai sensi dell'art. 14 del Codice della crisi e quella della c.d. allerta esterna attivabile dai creditori pubblici qualificati, ai sensi dell'art. 15 del Codice della crisi, con una disposizione destinata a entrare in vigore il 15 novembre 2021, il d.l. n. 118/2021 non rinuncia a riconoscere all'organo di controllo un ruolo proattivo nella emersione della crisi (probabilità di insolvenza), ma anche delle situazione di pre-crisi (probabilità di crisi), ovvero nelle situazioni in cui l'impresa versi in una situazione di insolvenza reversibile (come si evince dalle nuove disposizioni): l'attivazione della composizione negoziata da parte dell'impresa – e dunque nelle società, da parte dell'organo di amministrazione – è subordinata alla ragionevole possibilità di perseguire il risanamento aziendale.

Siffatta constatazione induce a spendere qualche ulteriore considerazione, in chiave critica, circa l'art. 1-bis apportato in sede di conversione in legge del d.l. n. 118/2021.

La disposizione reca la *“Proroga del termine per la la nomina degli organi di controllo nelle società a responsabilità limitata e nelle società cooperative”*. Intervenendo nuovamente sul terzo comma dell'art. 379 del Codice della crisi, il legislatore consente alle s.r.l. e alle società cooperative che non vi abbiano già provveduto sin dal 16 dicembre 2019, di differire la possibilità di nominare obbligatoriamente, per la prima volta, l'organo di controllo, anche monocratico, o il revisore legale (persona fisica o società), alla data di approvazione del bilancio relativo all'esercizio 2022, vale a dire nel corso del 2023.

In tal modo, le società che, in forza di quanto previsto dall'art. 51-bis del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, introdotto dalla legge di conversione 17 luglio 2020 n. 77, al superamento di almeno uno dei parametri di cui all'art. 2477, secondo comma, lett. c), c.c., avrebbero dovuto dotarsi dell'organo di controllo o

del revisore legale in occasione dell'approvazione del bilancio relativo all'esercizio 2021, potranno fruire del maggior termine di un anno<sup>78</sup>.

È doveroso precisare come la nuova previsione, e la riapertura del termine entro cui procedere alla prima nomina dell'organo di controllo o del revisore legale, comporti indirettamente la riconsiderazione degli esercizi di riferimento per il superamento di almeno uno dei parametri di cui all'art. 2477, secondo comma, lett. c), c.c. Basandosi sulle disposizioni dell'art. 379, terzo comma, del Codice della crisi, infatti, ai fini della prima applicazione delle disposizioni di cui all'art. 2477, commi secondo e terzo, c.c., si deve aver riguardo ai due esercizi antecedenti la scadenza indicata nel primo periodo, vale a dire ai due esercizi antecedenti la data di approvazione del bilancio relativo all'esercizio 2022, data da fissare nel 2023.

Di talché, i due esercizi di riferimento per procedere alle prime nomine dell'organo di controllo o del revisore legale nel 2023 diventano il 2021 e il 2022, visto che l'art. 2477, primo comma, lett. c), ne richiede la consecutività. Il primo bilancio da sottoporre a revisione legale, ovvero il primo esercizio in cui l'organo di controllo eserciterà le proprie funzioni, sarà quello relativo all'esercizio 2023.

Nonostante la previsione dell'art. 1-bis d.l. n. 118/2021, per potenziare la funzionalità e l'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili già adottati, o implementati, a seguito delle modifiche apportate all'art. 2086, secondo comma, c.c.<sup>79</sup> e consentire la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità, le società, che non si siano già adeguate all'obbligo di legge, possono volontariamente nominare l'organo di controllo e il revisore legale già nel 2022, in occasione della approvazione del bilancio relativo all'esercizio 2021, laddove negli esercizi 2020 e 2021 almeno uno dei parametri di cui all'art. 2477, secondo comma, c.c., sia stato superato<sup>80</sup>.

A tal proposito, corre l'obbligo di evidenziare da subito come, sebbene la previsione dell'art. 379 del Codice della crisi sia strettamente funzionale a garantire il pieno funzionamento degli organi di controllo alla data di entrata in vigore del Codice e soprattutto della procedura di allerta, attualmente rinviata al 31 dicembre 2023<sup>81</sup>, appare difficilmente confutabile che la segnalazione dell'organo di controllo disciplinata nell'art. 15 d.l. n. 118/2021, attivando il confronto tra organo di controllo e organo di amministrazione, potrebbe favorire – ma anche scongiurare, optando la società per l'adozione di diversi provvedimenti – la presentazione dell'istanza per la nomina dell'esperto.

Si ha l'impressione che, con l'ulteriore riapertura dei termini stabiliti nell'art. 379, terzo comma, del Codice della crisi, gli istituti declinati nel d.l. n. 118/2021 vengano depotenziati poiché, oggi più di ieri,

---

<sup>78</sup> Per quanto attiene alle disposizioni dell'art. 379, terzo comma, del Codice della crisi, le modalità di nomina e la disciplina degli incarichi dell'organo di controllo e del revisore legale a seguito dell'art. 51-bis del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, sia consentito rinviare a FNC, *Sindaci e revisori legali: la nuova disciplina degli incarichi a seguito delle modifiche dell'art. 379 del codice della crisi*, di Cristina Bauco, 15 ottobre 2020.

<sup>79</sup> Sulla vigilanza del collegio sindacale sull'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, a seguito delle modifiche dell'art. 2086 c.c., e sulla legittimazione dell'organo di controllo a denunciare i fatti ex art. 2409 c.c., Trib. Milano, sezione imprese B, 21 ottobre 2019.

<sup>80</sup> Resta ferma la possibilità che lo statuto, anche al di fuori delle ipotesi di nomina obbligatoria, possa prevedere, determinandone le competenze e i poteri, ivi compresa la revisione legale, la nomina di un organo di controllo o di un revisore legale (cfr. art. 2477, primo comma, c.c.).

<sup>81</sup> Come è dato evincere dalla relazione illustrativa dello schema del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

essendo le imprese impegnate nella ricostruzione post pandemica, il valore aggiunto della attività di prevenzione svolta dall'organo di controllo dovrebbe essere riaffermato con vigore.

### 7.1. I doveri declinati nell'art. 15 d.l. n. 118/2021

L'art. 15, d.l. n. 118/2021 disciplina i doveri dell'organo di controllo dell'impresa in crisi (o in pre-crisi)<sup>82</sup>. Con le precisazioni effettuate nel par. 7, per organo di controllo si intende il collegio sindacale o l'organo monocratico – il c.d. sindaco unico – quando nominato in alternativa al collegio.

L'art. 15, d.l. n. 118/2021 prevede differenti livelli di intervento dell'organo di controllo, ciascuno dei quali collegato a fasi temporalmente distinte.

Una prima fase può connotarsi come “emersione tempestiva” delle condizioni individuate nell'art. 2, d.l. n. 118/2021; una seconda fase, diversamente, involge l'attività svolta dall'organo di controllo successivamente all'apertura delle trattative e per tutta la durata delle stesse.

Occorre precisare che, pur in assenza di indicazioni da parte del legislatore, conclusa la procedura di composizione negoziata, l'organo di controllo vigila sull'esecuzione delle misure adottate, esercitando le tradizionali funzioni ex art. 2403 c.c.<sup>83</sup> che l'accesso alle trattative non sospende.

### 7.2. La prevenzione e l'emersione tempestiva

Come dispone l'art. 15, primo comma, primo periodo, d.l. n. 115/2018, “l'organo di controllo societario segnala, per iscritto, all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 2, comma 1”.

I presupposti individuati da tale ultima disposizione sono le condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza della società.

Si è precedentemente chiarito che tra le condizioni di accesso alla composizione negoziata disciplinata nel d.l. n. 118/2021 rientra anche la c.d. pre-crisi, vale a dire una situazione di squilibrio, sovente indicata come *twilight zone*, temporalmente antecedente alla crisi dell'impresa in cui risultino ancora praticabili prospettive di risanamento. In quest'ottica, l'istituzione di procedure, organigrammi e assetti – e dunque di una pianificazione adeguata alla natura e alla dimensione dell'impresa – assurge a valore rilevante per diagnosticare, primariamente e, successivamente, consentire di risolvere, per tempo, lo squilibrio patrimoniale o economico finanziario in cui versa la società.

La segnalazione non rappresenta una novità sistematica dirompente; quanto previsto nell'art. 15, d.l. n. 118/2021 può ascrivere nell'ambito dei tradizionali compiti incombenti sull'organo di controllo, venendosi a collocare nella funzione di vigilanza, in forza del combinato disposto dell'art. 2086, secondo comma, c.c. e dell'art. 2403 c.c.<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> La centralità del ruolo dell'organo di controllo è evidenziata nei primi commenti apparsi sulla stampa specializzata. Su tali aspetti, N. Abriani, N. Cavalluzzo, *Composizione negoziata e stop all'allerta esterna*, in Speciale Sole 24 ore, 9 settembre 2021, 4; L. De Angelis, *Crisi, sindaci in prima linea nelle società medio-grandi*, in Italia Oggi, 13 settembre 2021, 14.

<sup>83</sup> Nelle società con azioni quotate le funzioni sono quelle disciplinate nell'art. 149 TUF.

<sup>84</sup> La relazione illustrativa dello schema di decreto legge chiarisce che la segnalazione degli organi di controllo dell'esistenza dei presupposti per ricorrere alla composizione negoziata, è un dovere che rientra nella previsione di cui all'art. 2403 c.c.

A seguito della riformulazione dell'art. 2086, secondo comma, c.c., dal 16 marzo 2019 è fatto obbligo a tutte le imprese di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi di impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale. Se, come si evince dall'art. 2381 c.c., tali obblighi specifici di adozione, cura e valutazione ricadono sull'organo di amministrazione della società, l'organo di controllo, in forza dell'art. 2403 c.c., è tenuto a vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società: ne consegue, allora, che la vigilanza sull'adeguatezza degli assetti demandata all'organo di controllo sarà necessariamente rivolta a verificare che gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili adottati dalla società risultino adeguati anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità. Sull'organo di amministrazione ricade l'obbligo di istituire procedure che possano garantire l'efficacia e l'efficienza della gestione dei rischi e del sistema di controllo interno, nonché la completezza, la tempestività e l'attendibilità dei flussi informativi tra le funzioni e con le funzioni di altre società del gruppo (se esistenti), nonché di individuare indici e parametri segnaletici che consentano di evidenziare segnali di allarme. Un assetto può considerarsi valido, in relazione alla natura e alla dimensione dell'impresa, se consente di monitorare i principali indicatori patrimoniali, economici e finanziari<sup>85</sup> e di rilevare per tempo profili di rischio.

Per quanto attiene alle funzioni dell'organo di controllo, la normativa presuppone, oggi anche al fine della segnalazione ex art. 15 d.l. n. 118/2021, che l'organo di controllo verifichi che l'organo di amministrazione effettui valutazioni costanti circa l'adeguatezza dell'assetto e che sia in grado di assumere idonee iniziative per garantire tale adeguatezza. L'art. 2403 c.c., infatti, affida al collegio sindacale la vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto e sul suo concreto funzionamento. Di talché, l'organo di controllo è tenuto a valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo rispetto alle dimensioni, alla complessità e alle caratteristiche specifiche della società, con particolare attenzione alla completezza delle funzioni aziendali esistenti, alla separazione e alla contrapposizione di responsabilità nei compiti e nelle funzioni e alla definizione delle deleghe e dei poteri di ciascuna funzione<sup>86</sup>.

Al riguardo, è opportuno mettere in evidenza come, una volta che i sindaci abbiano valutato l'idoneità degli assetti interni anche ai fini preventivi di cui all'art. 2086, secondo comma, c.c., essi debbano poi vigilare con assiduità sulla loro realizzazione e sull'idoneità del sistema adottato a conseguire in concreto i risultati richiesti, segnalando – ed esigendo – che in corso d'opera vengano effettuati opportuni correttivi e adattamenti: si tratta di attività non saltuaria, bensì permanente e svolta

---

<sup>85</sup> Si rinvia a CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, dicembre 2020, Norme 3.5. e 3.7.

<sup>86</sup> CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, cit., Norma 3.5.

continuativamente durante l'incarico, intensificando l'interlocuzione con l'organo di amministrazione e il monitoraggio sulla gestione.

Pertanto, l'adozione di assetti amministrativi, organizzativi e contabili adeguati, svolgendo una funzione preventiva, come stabilisce l'art. 2086, secondo comma, c.c., in situazioni di fisiologica stabilità economica dovrebbe scongiurare l'emersione di situazioni tanto pericolose da richiedere l'ulteriore attivazione dell'organo di controllo ai sensi dell'art. 15, d.l. n. 118/2021. Logicamente, la crisi scatenata dalla pandemia di Covid-19, sfuggendo a qualsiasi probabilità di previsione, ha messo a dura prova la *ratio* su cui si basa il precetto contenuto nell'art. 2086, secondo comma, c.c. e, più che altro, il sistema di allerta disciplinato nel Codice della crisi e imperniato sugli indici, richiedendo un intervento di sostegno caratterizzato da forme semplificate e meno onerose dei servizi, ma non per questo di minor efficacia.

In tale contesto, per quanto sopra detto, l'art. 15 del d.l. n. 118/2021, disciplinando la tempestiva segnalazione dell'organo di controllo della sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza per la composizione negoziata, dispiega la propria efficacia in stretta combinazione con i richiamati artt. 2086 e 2403 c.c. e contribuisce a palesare il ruolo centrale svolto dall'organo di controllo, sia nella prospettiva della prevenzione – vale a dire prima della segnalazione ex art. 15 d.l. n. 118/2021 – con la vigilanza sull'adeguatezza degli assetti e sul loro concreto funzionamento per rilevare tempestivamente la crisi e la perdita della continuità, sia nella prospettiva di emersione, quando nell'esercizio della propria attività di vigilanza dovessero cogliersi sintomi di squilibrio patrimoniale, o economico-finanziario provocati da assetti all'evidenza inadeguati per la tempestiva rilevazione dei rischi e non implementati a tali fini dall'organo di amministrazione.

Alla luce di tanto, consentire alle s.r.l. di prorogare al 2023 le nuove nomine dell'organo di controllo equivale a sterilizzare l'importante attività di prevenzione e di emersione dei segnali di crisi da parte dell'organo di controllo e a indebolire il sistema di rilevazione dei rischi su cui dovrebbe far perno un adeguato assetto amministrativo e contabile.

### *7.3. La segnalazione dell'organo di controllo*

Nell'ambito del d.l. n. 118/2021, il ruolo svolto dai sindaci per la tempestiva emersione e rilevazione della crisi, in maniera condivisibile, esaurisce i propri effetti in ambito societario: l'art. 15 d.l. n. 118/2021, recuperando l'importanza del flusso informativo tra organo di controllo e organo di amministrazione all'interno della società, in funzione di reciproca collaborazione per la ricerca di soluzioni idonee, sopprime la eccentrica segnalazione all'OCRI disciplinata nell'art. 14 del Codice della crisi, privilegiando, differentemente, un percorso caratterizzato dalla volontarietà e dalla riservatezza che situazioni tanto delicate richiedono. Un referente privilegiato dell'organo di controllo sarà il revisore legale, tenuto a monitorare la continuità aziendale, con il quale verranno scambiate importantissime informazioni nei casi in cui il collegio sindacale non eserciti la funzione di revisione legale.

I segnali di crisi potranno essere colti tramite gli indicatori patrimoniali, finanziari ed economici tradizionalmente monitorati dai sindaci nelle loro attività di verifica, tenuto conto delle dimensioni,



dell'attività svolta, della complessità e delle caratteristiche anche organizzative della società<sup>87</sup> (relativi, a titolo d'esempio, alla sostenibilità degli oneri finanziari e dell'indebitamento; al grado di adeguatezza patrimoniale e composizione del passivo per natura delle fonti; all'equilibrio finanziario; alla redditività; a specifici ritardi nei pagamenti), ovvero tramite le indicazioni ricavabili dalla lista di controllo e dai dati che andranno a connotare il test pratico, inserito sulla piattaforma telematica nazionale, volto a verificare la ragionevole perseguibilità del risanamento.

La segnalazione dell'organo di controllo deve essere, in primo luogo, tempestiva.

Non fornendo il legislatore alcuna indicazione atta a integrare tale requisito, la tempestività della segnalazione sarà valutata dall'organo di controllo in relazione alle specifiche circostanze. A tal riguardo, considerato l'obiettivo che il legislatore intende realizzare con la segnalazione, obiettivo che, principalmente, è di attivare l'organo di amministrazione presso la CCIAA per la nomina dell'esperto nella prospettiva di prevenire la crisi o di risanare l'impresa senza aggravarne la crisi in atto, la segnalazione sarà tempestiva se intervenuta a stretto giro rispetto al momento in cui l'organo di controllo sarà venuto a conoscenza della situazione di squilibrio patrimoniale o economico e finanziario che rende probabile la crisi o l'insolvenza, ovvero dell'insolvenza medesima. Per poter soddisfare il requisito della tempestività, si renderà opportuno, pertanto, un costante monitoraggio sulla gestione e un uso appropriato dei poteri strumentali all'esercizio della vigilanza da parte dell'organo di controllo, finanche tramite l'effettuazione di verifiche *ad hoc* svolte per mezzo di richieste di predisposizione di situazioni patrimoniali infrannuali, redatte dagli amministratori con le modalità più appropriate, a seconda dell'organizzazione societaria, e a scadenza ravvicinata rispetto al semestre considerato nell'art. 2381 c.c., per la valutazione e la relativa vigilanza dell'andamento economico e finanziario.

La segnalazione dell'organo di controllo, inoltre, deve:

- essere indirizzata al consiglio di amministrazione o all'amministratore unico;
- essere formulata per iscritto;
- essere trasmessa al consiglio di amministrazione o all'amministratore unico con mezzi che assicurino la prova dell'avvenuta ricezione;
- essere motivata e, dunque, in essa si dovranno riportare le ragioni della segnalazione e descritto il percorso logico compiuto dall'organo di controllo a seguito delle verifiche effettuate e la necessità di intervenire tempestivamente, ponendo in essere provvedimenti idonei, anche accedendo alla nuova composizione negoziata;
- contenere l'indicazione di un congruo termine, in ogni caso non superiore a trenta giorni, entro cui l'organo di amministrazione deve riferire in ordine alle iniziative intraprese per porre rimedio allo squilibrio, integrando in tal modo la richiesta di informazioni che l'organo di controllo avrà modo di formulare contestualmente, ai sensi dell'art. 2403-bis c.c.

---

<sup>87</sup> Di attualità ed estrema utilità possono rivelarsi gli indicatori individuati in CNDCEC, *Verbali del collegio sindacale di società non quotate*, luglio 2021, V.17. Su tali aspetti, N. Abriani, N. Cavalluzzo, *Sindaco o revisore nelle piccole Srl, la miopia del legislatore*, in, *Il Sole 24 ore*, 9 ottobre 2021, 4.

Pur nel silenzio del d.l. n. 118/2021, sarebbe opportuno che l'organo di controllo solleciti che la risposta degli amministratori sia fornita con le stesse modalità con cui l'organo stesso ha effettuato la segnalazione<sup>88</sup>. Corre l'obbligo di segnalare, inoltre, che il d.l. n. 118/2021 non considera la possibilità che l'organo di amministrazione non fornisca chiarimenti in ordine alle iniziative intraprese, oppure che lo stesso riferisca in ordine alle iniziative intraprese ritenendo infondata la segnalazione per assenza dei presupposti che l'hanno originata, mentre stabilisce che la tempestiva segnalazione all'organo di amministrazione è valutata ai fini della responsabilità prevista dall'art. 2407 c.c. Si avrà modo di precisare che, in tal modo, le previsioni sulla responsabilità dell'organo di controllo, contenute nel d.l. n. 118/2021, si pongono nel solco tracciato dai più recenti pronunciamenti della giurisprudenza che ha ripetutamente sancito come, il collegio sindacale, per non incorrere nelle responsabilità descritte nell'art. 2407 c.c., e più partitamente in quelle fissate dal secondo comma della disposizione per concorso nel fatto o nell'omissione dell'organo di amministrazione, deve necessariamente attivare tutti i poteri reattivi che l'ordinamento gli riconosce<sup>89</sup>.

Alla luce di tale importante precisazione, nei casi di comportamento inerte dell'organo di amministrazione, l'esonero della responsabilità dei sindaci per l'omissione degli amministratori si potrà auspicabilmente configurare quando l'organo di controllo, attivando la dialettica societaria, faccia uso dei poteri reattivi disciplinati nell'ordinamento e proceda, in primo luogo, a convocare l'assemblea ai sensi dell'art. 2406, secondo comma, c.c., previa comunicazione all'organo di amministrazione, per informarla sia dell'inerzia degli amministratori, sia delle verifiche e degli accertamenti svolti durante la propria attività di vigilanza, sia dello stato di squilibrio della società, sia della concreta prospettiva di risanamento<sup>90</sup>. Dinanzi a un atteggiamento riottoso dei soci, in ultima istanza, il dissidio tra gli organi dovrebbe essere portato all'attenzione del Tribunale, terzo e indipendente, tramite il ricorso ex art. 2409 c.c.<sup>91</sup>.

#### *7.4. L'accesso alle trattative per la composizione negoziata: la funzione consultiva dell'organo di controllo*

Se a seguito della segnalazione la società presenti istanza per l'accesso alle trattative, l'attività di vigilanza svolta dal collegio sindacale continua secondo i tradizionali canoni dell'art. 2403 c.c.

In particolare, degna di nota è la funzione consultiva che l'organo di controllo assume nella fase immediatamente successiva all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto indipendente, durante la quale quest'ultimo è tenuto a valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento<sup>92</sup>. Per

---

<sup>88</sup> CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, cit., Norma 5.2.

<sup>89</sup> Cfr. par.7.

<sup>90</sup> Sull'obbligo di informazione dei soci ex art. 2406, secondo comma, c.c., in società insolventi, per l'assunzione delle deliberazioni inerenti all'accesso a procedure concorsuali, Trib. Napoli Nord, sez. II, 5 maggio 2016, n. 1143, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>91</sup> O ex art. 152 TUF. Occorre precisare, a tal riguardo, che nelle società con azioni quotate – con esclusione delle società con azioni quotate solo in mercati regolamentati di altri paesi UE – il collegio sindacale comunica alla Consob le irregolarità riscontrate nell'attività di vigilanza e trasmette i relativi verbali delle riunioni e degli accertamenti svolti e ogni altra utile documentazione (art. 149, terzo comma, TUF). La segnalazione alla Consob rientra nel legittimo esercizio dei poteri strumentali spettivi che l'ordinamento attribuisce al collegio sindacale; in termini, Cass. civ., sez. II, 26 gennaio 2021, n. 162, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>92</sup> Sulla funzione consultiva dell'organo di controllo, L. De Angelis, *Nuovo ruolo dei sindaci nella composizione negoziata*, in *La crisi di impresa, Giudia giuridica Italia Oggi*, 10, 25 ottobre 2021.

poter emettere tale giudizio prognostico, l'esperto sarà aiutato dal confronto con l'organo di amministrazione della società tenutosi nel corso del primo incontro, fissato senza indugio dall'esperto stesso dopo l'accettazione dell'incarico<sup>93</sup>, ma anche dalle informazioni fornite dall'organo di controllo e dal revisore legale, ove in carica, precedentemente contattati.

Come dispone l'art. 5, quinto comma, d.l. n. 118/2021, *“l'esperto, accettato l'incarico, 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”*.

Ebbene, mentre la funzione di supporto consulenziale all'esperto da parte del revisore legale appare giustificata dalla funzione di verifica della contabilità e della permanenza della continuità aziendale, quella svolta dall'organo di controllo è, ovviamente, riconducibile agli obblighi individuati nell'art. 2403 c.c., e ascrivibile all'obbligo di vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza degli assetti amministrativi e contabili adottati dalla società e finalizzata a consentire all'esperto l'individuazione di una valida strategia di risanamento, laddove l'organo di amministrazione non vi abbia già provveduto<sup>94</sup>. Indicazioni in tal senso si rinvencono nella sezione II del decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 dedicata alla *check-list* (lista di controllo) particolareggiata per la redazione del piano di risanamento e per l'analisi della sua coerenza. Più partitamente, il par. 2 della sezione II è dedicato alla rilevazione della situazione contabile e dell'andamento corrente della società.

Il decreto dirigenziale impone all'organo di amministrazione di predisporre una situazione contabile, in ossequio al principio contabile OIC 30<sup>95</sup>, quanto più possibile aggiornata e comunque non risalente a oltre centoventi giorni. La situazione contabile è presupposto necessario per la predisposizione del piano. In merito a questa situazione contabile, le notizie richieste dall'esperto e fornite dall'organo di controllo e dal revisore sembrerebbero rivolte ad appurare l'adeguatezza (*rectius*, affidabilità) e il concreto funzionamento del sistema amministrativo e contabile, dal momento che, stando alle indicazioni del decreto dirigenziale, entrambi devono informare l'esperto se dispongono di informazioni in base alle quali la situazione contabile risulti inaffidabile o inadeguata per la redazione di un piano credibile. In caso di risposta affermativa, si richiede che l'imprenditore – o l'organo di amministrazione della società – rimuova le criticità quanto meno con l'appostazione di passività ulteriori o rettificando i flussi economici – finanziari attesi (par. 2.7.).

---

Come accennato, qualora tale concreta prospettiva di risanamento venga a mancare, l'esperto ne dà notizia all'imprenditore e al segretario generale della CCIAA che lo ha nominato che disporrà l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata.

<sup>93</sup> È quanto prevede l'art. 5, quinto comma, d.l. n. 118/2021. Occorre mettere in luce che il quarto comma della stessa disposizione stabilisce che *“L'esperto, verificata la propria indipendenza e il possesso delle competenze e della disponibilità di tempo necessarie per lo svolgimento dell'incarico, entro due giorni lavorativi dalla ricezione della nomina, comunica all'imprenditore l'accettazione e contestualmente inserisce la dichiarazione di accettazione nella piattaforma. In caso contrario ne dà comunicazione riservata al soggetto che l'ha nominato perché provveda alla sua sostituzione. Non possono essere assunti più di due incarichi contemporaneamente”*. Fermo restando che in caso di sostituzione del primo nominato, il d.l. n. 118/2021, non indica i tempi per procedere con la sostituzione, stando alle previsioni di cui all'art. 3, settimo comma, d.l. n. 118/2021, essa dovrebbe avvenire entro i cinque giorni successivi dalla comunicazione del segretario generale della CCIAA competente.

<sup>94</sup> Per queste ragioni, particolarmente proficuo si rivelerà lo scambio di informazioni con il collegio sindacale – o il sindaco unico – incaricato di esercitare anche la revisione legale (*ex artt.* 2403, secondo comma, c.c. e 2409-bis, secondo comma, c.c.).

<sup>95</sup> Principio contabile OIC 30, *I bilanci intermedi*, 2006, disponibile su [www. https://www.fondazioneoic.eu](https://www.fondazioneoic.eu).

Inoltre, l'organo di controllo e il revisore legale, quando in carica, sono tenuti a fornire informazioni anche in ordine all'individuazione delle cause della crisi o dello squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che la rende probabile, nella prospettiva di consentire l'individuazione delle strategie di intervento individuate dall'organo di amministrazione per rimuovere la crisi, esprimendosi sulla completezza e sull'adeguatezza del quadro informativo fornito dall'organo di amministrazione (par. 3.3.) Per procedere con l'analisi della coerenza del piano di risanamento, oltre alle informazioni previste nella lista di controllo, l'esperto può richiedere all'organo di controllo e al revisore legale, quando in carica, ogni ulteriore informazione che ritenga utile o necessaria, sin dalla fase preliminare all'inizio delle trattative per la composizione negoziata (par. 4.2.).

Abbiamo esaminato come l'esperto sia tenuto a convocare senza indugio l'imprenditore (*rectius* l'organo di amministrazione della società) per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento<sup>96</sup>.

Alla riunione partecipa l'organo di amministrazione eventualmente assistito dai propri consulenti, ma non l'organo di controllo che, stando all'art. 15, primo comma, d.l. n. 118/2021 potrebbe aver effettuato la segnalazione. La convocazione dell'organo di amministrazione avendo come finalità la valutazione dell'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, sarà incentrata, tra l'altro, sull'analisi del test pratico, della documentazione inserita dalla società sulla piattaforma unica nazionale al momento della presentazione dell'istanza: bilanci degli ultimi tre esercizi se non depositati presso il registro delle imprese, situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre sessanta giorni prima della presentazione dell'istanza, esposizione debitoria e, in particolare, la relazione chiara e sintetica predisposta dalla società inerente all'attività in concreto esercitata recante un piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative industriali che si intendono adottare<sup>97</sup>. Il decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 si sofferma sulle iniziative intraprese dall'esperto in questa specifica fase nella sezione III (Protocollo di conduzione della composizione negoziata), mettendo nella dovuta evidenza che il primo colloquio informativo con l'imprenditore potrà avere ad oggetto la verifica preliminare di perseguibilità del risanamento anche sulla base del test disponibile online che l'esperto valuta tenendo conto di tutti gli altri elementi informativi. In particolare, quando emerga che il risanamento dipende dall'efficacia e dall'esito delle iniziative che si intendono adottare in discontinuità rispetto alla normale conduzione dell'impresa<sup>98</sup>, l'esperto, prima di procedere con gli ulteriori adempimenti per l'inizio delle trattative tra le parti, compie ulteriori approfondimenti esaminando il piano di risanamento e, se ritiene concrete le prospettive di risanamento, in qualsiasi forma, anche indiretta, l'esperto, con l'imprenditore, individua le parti con cui si renderà necessario impostare le trattative<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> Evidenti gli aspetti di semplificazione rispetto all'audizione del debitore di cui all'art. 18 del Codice della crisi.

<sup>97</sup> Cfr. art. 5, terzo comma, d.l. n. 118/2021.

<sup>98</sup> Decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, Sezione III, par. 2.6. Il decreto dirigenziale annovera, a titolo esemplificativo, tra le iniziative la cessione anche del ramo dell'azienda, modifiche al modello di business, iniziative industriali, aggregazioni con altre imprese.

<sup>99</sup> Decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, Sezione III, par. 5.2.

Si è detto che l'art. 5, quinto comma, d.l. n. 118/2021 stabilisce che la convocazione dell'organo di amministrazione avvenga anche alla luce delle informazioni assunte dall'organo di controllo o del revisore legale, ove in carica, il che lascia intendere che l'esperto, in un breve ma indefinito spazio temporale che il d.l. n.118/2021 gli concede prima della convocazione senza indugio dell'organo di amministrazione, potrà contattare l'organo di controllo e il revisore per reperire le anzidette informazioni e ogni altra notizia inerente che si dovesse rendere necessaria in relazione all'organizzazione, al settore dell'attività della società, al prevedibile andamento della gestione e all'esistenza delle prospettive di recupero della continuità e di risanamento.

La scansione degli adempimenti che ineriscono all'accertamento di una concreta prospettiva di risanamento<sup>100</sup> non include altro coinvolgimento dell'organo di controllo; invero quest'ultimo, nei casi in cui l'istanza per l'accesso alla composizione negoziata avvenga previa sua segnalazione, potrebbe auspicabilmente presenziare al primo incontro tra l'esperto e l'organo di amministrazione<sup>101</sup>. La circostanza che la segnalazione dell'organo di controllo esaurisce i propri effetti in ambito interorganico non renderebbe eccentrica tale possibilità, dal momento che l'esperto, con ogni probabilità, avrà notizia della segnalazione quando, a seguito dell'accettazione dell'incarico, provvederà a contattare l'organo di controllo. La partecipazione dell'organo di controllo, inoltre, non sarebbe finalizzata solo alla sua audizione – la motivata segnalazione resta, infatti, tra la documentazione degli organi societari e i verbali sono trascritti nei rispettivi libri – bensì consentirebbe ai sindaci stessi di venire a conoscenza sia dell'atteggiamento assunto dall'organo di amministrazione in questa preliminare fase, sia dei contenuti degli incontri, in modo da poter esercitare diligentemente la propria attività di vigilanza *ex art.* 2403 c.c. Al riguardo, degna di nota è la considerazione che l'organo di amministrazione potrebbe non comparire dinanzi all'esperto, ovvero che l'esperto, a seguito della valutazione preliminare, potrebbe ravvisare che non ricorrano le concrete prospettive di risanamento, condannando l'istanza alla futura archiviazione e, per l'effetto, alla successiva inammissibilità di una nuova istanza presentata entro l'anno dall'archiviazione<sup>102</sup>.

Una proattiva iniziativa dell'organo di controllo finalizzata a sollecitare per tempo l'organo di amministrazione ad attivarsi con la predisposizione del piano di risanamento o con l'individuazione di

---

<sup>100</sup> Tale accertamento non potrà prescindere dalla predisposizione di un piano di risanamento che possa essere condiviso dai creditori e dai soggetti interessati grazie all'intervento facilitatore dell'esperto indipendente.

<sup>101</sup> Presenza prevista nella procedura di allerta disciplinata nel Codice della crisi dall'art. 18.

<sup>102</sup> Art. 5, comma 8-ter, d.l. n. 118/2021. Stando alle indicazioni contenute nel par. 2.8. della sezione III del decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, l'esperto è tenuto a inserire sulla piattaforma telematica la relazione. L'inserimento sulla piattaforma costituisce titolo per l'archiviazione della composizione negoziata da parte del segretario generale della CCAA competente. Secondo il successivo par. 14.2. della sezione III, alla relazione finale, redatta dall'esperto nelle ipotesi di cessazione dell'incarico, hanno accesso, per tramite della Piattaforma Telematica, l'imprenditore e i suoi consulenti e l'organo di controllo e il revisore legale, se in carica.

Ai sensi dell'art. 5, quinto comma, d.l. n. 118/2021 l'esperto, quando ritiene che le prospettive di risanamento siano concrete dà inizio alle trattative, fissando gli incontri, con cadenza periodica ravvicinata, con le altre parti interessate e prospettando le possibili strategie di intervento. Come prevede il successivo settimo comma, l'incarico cessa se, decorsi centottanta giorni dalla accettazione della nomina, le parti non hanno individuato, anche a seguito della proposta dell'esperto, una soluzione adeguata per il superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario in cui versa la società.

L'incarico può proseguire quando tutte le parti lo richiedono e l'esperto vi acconsente, oppure quando la prosecuzione dell'incarico è resa necessaria perché la società abbia formulato la richiesta di misure protettive o abbia richiesto al tribunale le autorizzazioni di cui all'art. 10 d.l. n. 118/2021.

differenti soluzioni tra quelle disciplinate nel nostro ordinamento in alternativa alla composizione negoziata, potrebbe contribuire a risolvere la crisi in modo sollecito e senza ulteriore pregiudizio per la società, i soci e i creditori.

La partecipazione dell'organo di controllo non contrasterebbe in alcun modo con gli obblighi di riservatezza e confidenzialità cui risultano improntati i nuovi istituti e che la disposizione dell'art. 5, quinto comma, sembrerebbe tutelare, considerato che il collegio sindacale è obbligato a conservare il segreto in merito ai fatti e ai documenti di cui egli ha conoscenza in ragione del proprio ufficio<sup>103</sup>. Per altri versi, la presenza all'incontro potrebbe consentire all'organo di controllo di reperire con speditezza e maggior facilità le informazioni necessarie. Pur permanendo l'organo di controllo nella pienezza delle proprie funzioni e potendo formulare specifiche richieste all'organo di amministrazione nell'ambito delle riunioni consiliari, dei comitati esecutivi o anche autonomamente, è d'obbligo evidenziare come nelle realtà italiane, solitamente a proprietà concentrata e di dimensioni minori, l'organo di amministrazione sia frequentemente composto da un solo soggetto che agisce autonomamente senza alcun obbligo di informativa, preventiva o successiva nei riguardi dei sindaci, rendendo, per l'effetto, difficoltoso il reperimento delle informazioni.

Quanto sopra e la circostanza per cui negli istituti di nuovo conio l'intervento dell'autorità giudiziaria è marginale e il ruolo dell'esperto non è equiparabile a quello svolto dall'ausiliario del giudice, dovrebbe perlomeno indurre l'organo di controllo a monitorare con particolare attenzione la situazione a seguito della presentazione dell'istanza da parte della società e a chiedere, con cadenza periodica ravvicinata, notizie all'organo di amministrazione in ordine alla fase preliminare dei primi incontri con l'esperto e, successivamente, qualora ricorrano i presupposti previsti dal d.l. n. 118/2021, in ordine all'andamento delle trattative gestite dall'esperto per facilitare la composizione negoziata.

#### *7.5. Ruolo dell'organo di controllo durante le trattative*

In pendenza delle trattative, l'ultimo periodo dell'art. 15, primo comma, d.l. n. 118/2021, recita espressamente che rimane fermo il dovere di vigilanza dell'organo di controllo di cui all'art. 2403 c.c. Corre l'obbligo di effettuare alcune precisazioni in ordine all'ambito applicativo di tale disposizione nei nuovi istituti del d.l. n. 118/2021.

In caso di allerta, le situazioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario della società sono state tempestivamente portate all'attenzione dell'organo di amministrazione dall'organo di controllo che con la segnalazione esaurisce, dunque, la sua attività di emersione. Il deposito dell'istanza per accedere alla composizione negoziata da parte dell'organo di amministrazione rientra tra gli atti di gestione di cui l'organo di controllo deve essere informato<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> L'obbligo di segretezza contemplato nell'art. 2407, primo comma c.c., è rafforzato dall'aggravante della pena prevista nell'art. 622, secondo comma, c.p., per i sindaci che rivelino un segreto professionale. Cfr. CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, cit., Norma 3.10.

<sup>104</sup> L'organo di amministrazione è tenuto a riferire sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate (cfr. artt. 2381 e 2475 c.c.).

La prima verifica che il collegio sindacale sarà tenuto a porre in essere durante le trattative attiene, conformemente a quanto disposto dall'art. 2403 c.c., all'osservanza della legge. Il decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 spiega che l'esperto inserisce nella piattaforma telematica la comunicazione dell'accettazione dell'incarico e la trasmette all'imprenditore tramite PEC. Di tale accettazione l'organo di controllo deve prendere conoscenza.

In questa prospettiva, è doveroso precisare che, sin dalla fase immediatamente antecedente alla trattative, ma successiva all'accettazione della nomina da parte dell'esperto, l'organo di controllo è tenuto a vigilare che il professionista incaricato di agevolare le future trattative sia in possesso dei requisiti di indipendenza previsti dall'art. 4 d.l. n. 118/2021 e che non cumuli più di due incarichi contemporaneamente<sup>105</sup>, informando l'organo di amministrazione qualora ravvisi motivi ostativi alla nomina. L'assenza di conflitti di interesse ovvero cointeressenze derivanti da interesse personale, eccessiva familiarità, confidenzialità con l'organo di amministrazione possono costituire un significativo rischio per l'indipendenza dell'esperto e comprometterne l'obiettività di giudizio e l'imparzialità che il d.l. n. 118/2021 gli richiede<sup>106</sup>.

Corre l'obbligo di porre in evidenza, infatti, che, stando alle previsioni di cui all'art. 5, sesto comma, d.l. n. 118/2021, entro tre giorni dalla convocazione dell'esperto, le parti possono presentare osservazioni sull'indipendenza dell'esperto<sup>107</sup> al segretario generale della CCIAA che riferisce alla Commissione che ha nominato l'esperto perché, valutate le circostanze esposte e sentito l'esperto, possa provvedere alla sua sostituzione se lo ritenga opportuno. Il d.l. n. 118/2021 affida all'autovalutazione dell'esperto la verifica della propria indipendenza, del possesso delle competenze e della disponibilità di tempo necessarie per lo svolgimento dell'incarico<sup>108</sup>.

Più precisamente, con riferimento al controllo della ricorrenza delle condizioni prescritte dall'ordinamento, l'organo di controllo è chiamato a verificare che l'esperto, sulla base delle informazioni fornite dall'interessato o comunque disponibili:

- sia in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 c.c. circa l'ineleggibilità e la decadenza dei componenti del Collegio sindacale;
- non risulti legato alla società o ad altre parti interessate all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale;

---

<sup>105</sup> Art. 5, quarto comma, d.l. n. 118/2021.

<sup>106</sup> Cfr. art. 4, secondo comma, d.l. n. 118/2021, in forza del quale l'esperto è terzo rispetto a tutte le parti e opera in modo professionale, riservato, imparziale e indipendente.

<sup>107</sup> E non dunque sulla professionalità dell'esperto. Trattandosi di un sistema di selezione pubblico basato su un rigoroso meccanismo di certificazione sia delle esperienze professionali vantate dai candidati, sia degli obblighi formativi richiesti per svolgere tali incarichi, non potranno verificarsi casi in cui la nomina del professionista sia invalida per assenza del requisito di professionalità.

<sup>108</sup> Alla verifica dell'indipendenza dell'esperto è dedicato il par. 1 della sezione III del decreto legislativo del 28 settembre 2021. È doveroso evidenziare come il decreto dirigenziale, ai fini dell'accettazione dell'incarico, inviti l'esperto a tener conto delle specifiche competenze occorrenti, in aggiunta a quella generale, in relazione all'incarico, della disponibilità di tempo, avendo riguardo alla complessità e alle dimensioni dell'impresa e alla propria organizzazione. A garanzia dell'indipendenza nelle trattative, e in caso di archiviazione dell'istanza, il decreto dirigenziale vieta l'assunzione di rapporti professionali con l'impresa se non siano decorsi almeno due anni dall'archiviazione.

- non abbia prestato, neanche per tramite di soggetti con cui è legato in associazione professionale, negli ultimi cinque anni, attività di lavoro subordinato o autonomo in favore della società, né partecipato agli organi di amministrazione o di controllo, né aver posseduto partecipazioni in essa;
- *de futuro*, e dunque non per quel che concerne la prima applicazione delle nuove disposizioni sulla composizione negoziata, se già nominato esperto in una composizione negoziata di cui ha richiesto l'archiviazione, non abbia intrattenuto rapporti professionali con la società prima che siano decorsi almeno due anni dall'archiviazione del primo tentativo di composizione negoziata.

Qualora l'organo di controllo nutra fondati dubbi circa l'indipendenza dell'esperto, può sollecitare l'organo di amministrazione ad attivarsi, prima con l'esperto stesso per ottenere ulteriori informazioni circa la situazione, poi con il segretario generale per provocare l'intervento sostitutivo da parte della Commissione.

Abbiamo già posto in luce come, durante le trattative, la società, pur con le limitazioni derivanti dal suo stato di crisi o di insolvenza, non cessi la propria attività e la gestione della propria impresa e come gli organi societari restino nella pienezza delle proprie funzioni esercitando ogni prerogativa che l'ordinamento loro riconosce. L'esperto è nominato per agevolare le trattative tra società, creditori ed eventuali altri soggetti interessati, allo scopo di individuare soluzioni per il risanamento; esso non può sostituirsi agli organi societari. Depongono in tal senso le precisazioni contenute negli artt. 4, quinto comma, e 9, in forza dei quali, durante le trattative, la gestione ordinaria e straordinaria spetta all'impresa, e dunque, per quanto di diretto interesse, all'organo di amministrazione. Quando sussiste probabilità di insolvenza, inoltre, l'imprenditore gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico – finanziaria dell'attività. In questo contesto esula dalle funzioni dell'esperto occuparsi della gestione della impresa, così come vigilare che tale gestione, al fine di non recare pregiudizio ai creditori, si svolga secondo principi di corretta amministrazione; vigilanza che invece ricade tra i tradizionali compiti dell'organo di controllo.

Nell'ambito del percorso ideato nel d.l. n. 118/2021, così come, a seguito della composizione, durante l'esecuzione dei contratti o degli accordi sottoscritti dalla società per superare la situazione di squilibrio, l'organo di controllo continua a svolgere le proprie funzioni, esercitando tutti i poteri (di intervento, ispettivi, reattivi e di rendicontazione annuale ai soci) previsti dall'ordinamento. Al riguardo, è doveroso segnalare la specifica attenzione dedicata dal d.l. n. 118/2021 a tali aspetti, dal momento che l'art. 15 del d.l. n. 118/2021 dichiara espressamente che, in pendenza delle trattative, rimane fermo il dovere di vigilanza *ex art.* 2403 c.c.<sup>109</sup> e che la vigilanza esercitata dall'organo di controllo sull'andamento delle trattative, oltre alla tempestiva segnalazione all'organo di amministrazione delle condizioni di squilibrio, può essere valutata ai fini della responsabilità prevista dall'art. 2407 c.c. Si tratta, a ben vedere, di previsioni tanto importanti per una puntuale delimitazione delle responsabilità dell'organo di controllo, quanto incentivanti per la riuscita della composizione negoziata.

---

<sup>109</sup> O nelle società con azioni quotate esercitata ai sensi e per gli effetti dell'art. 149 TUF.



Come precisato in occasione della ricognizione delle funzioni svolte in relazione alla adeguatezza degli assetti, l'attività dell'organo di controllo resta sempre un'attività di vigilanza, nel senso che la funzione dei sindaci mai involge il merito delle scelte di gestione effettuate dall'organo di amministrazione. Per tal motivo, l'organo di controllo, durante le trattative, non potrà sindacare le scelte dell'organo di amministrazione, bensì, in aderenza all'obbligo di vigilanza sui principi di corretta amministrazione e sull'osservanza della legge, che l'ordinamento include nel diligente svolgimento dell'incarico, esso dovrà vigilare che l'organo di amministrazione impieghi buona fede e correttezza nell'interlocuzione con l'esperto e le altre parti, contribuendo all'individuazione delle soluzioni che possano apparire idonee e ragionevolmente praticabili per il superamento delle condizioni di partenza che hanno legittimato la presentazione dell'istanza: per far ciò, l'organo di controllo dovrà necessariamente prendere conoscenza dell'andamento delle trattative e della loro evoluzione, intensificando le richieste di informazioni all'organo di amministrazione che, stando al tenore letterale delle disposizioni e con le uniche eccezioni che andremo a esaminare di seguito, è il diretto interlocutore dell'esperto.

#### *7.6. Lo scambio di informazioni tra organo di controllo ed esperto durante le trattative*

Il d.l. n. 118/2021 contempla lo scambio di informazioni tra esperto e organo di controllo durante le trattative nella specifica ipotesi tratteggiata nell'art. 9, secondo comma. Abbiamo visto come la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa spetti all'organo di amministrazione, sebbene con le modalità e nei limiti individuati dal d.l. n. 118/2021.

Al riguardo, l'art. 9, secondo comma, d.l. n. 118/2021 obbliga l'imprenditore a informare l'esperto, preventivamente e per iscritto, del compimento di atti di straordinaria amministrazione nonché dell'esecuzione di pagamenti che non sono coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento. Da quanto può evincersi, l'ambito applicativo della disposizione attiene a tutta la fase delle trattative, dal momento in cui l'esperto, a seguito della prima convocazione dell'organo di amministrazione, avvia i colloqui con le altre parti interessate, fino alla conclusione delle medesime trattative scandita dall'accesso agli istituti individuati nell'art. 11 d.l. n. 118/2021; la previsione, inoltre, si pone in stretta correlazione con il dovere imposto alle parti di comportarsi secondo buona fede e correttezza durante le trattative e, più specificatamente, con il dovere dell'imprenditore di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente<sup>110</sup>.

L'atto di gestione resta nelle competenze dell'organo di amministrazione, motivo per cui l'esperto ne prende conoscenza senza possibilità di sindacare il merito: in effetti, oltre agli atti di straordinaria amministrazione, la norma prende in considerazione l'esecuzione di pagamenti che dovrebbero dimostrarsi non coerenti rispetto alla pianificazione predisposta dall'organo di amministrazione e presentata ai creditori e agli altri soggetti interessati con cui si svolgono le trattative, ma di cui l'organo di amministrazione fornisce adeguate informazioni prima del compimento<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> Art. 4, quarto e quinto comma, d.l. n. 118/2021.

<sup>111</sup> L'organo di amministrazione può eseguire pagamenti spontanei salvo quanto precisato nell'art. 9. Un chiarimento della disposizione potrebbe rinvenirsi nell'art. 12, terzo comma, d.l. n. 118/2021, in forza del quale non sono soggetti all'azione

Diversamente, l'art. 9, terzo comma, d.l. n. 118/2021, precisa che, se dall'atto possano essere pregiudicati gli interessi dei creditori, le trattative o le prospettive di risanamento, l'esperto è obbligato a segnalare tale circostanza per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo.

L'art. 9, quarto comma, d.l. n. 118/2021, infine, contempla l'ipotesi in cui, nonostante la segnalazione dell'esperto, l'organo di amministrazione compia l'atto: l'organo di amministrazione – che assume ogni responsabilità del compimento dell'atto, come peraltro si evince anche dal successivo art. 12, quarto comma, d.l. n. 118/2021 – è tenuto a informarne l'esperto immediatamente e quest'ultimo, nei successivi 10 giorni, può iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese: se l'atto pregiudica gli interessi dei creditori l'iscrizione è obbligatoria e non facoltativa e qualora siano state concesse misure protettive o cautelari l'esperto, a seguito dell'iscrizione nel registro delle imprese del dissenso, effettua la segnalazione al giudice che ha emesso i provvedimenti per un'eventuale revoca o per una riduzione della durata, quando ricorrano i presupposti previsti dall'art. 7, sesto comma, d.l. n. 118/2021<sup>112</sup>.

Le linee guida fornite dal decreto dirigenziale del 28 settembre 2021<sup>113</sup> pongono nella dovuta evidenza una serie di accorgimenti destinati a favorire la diligente conduzione delle trattative da parte dell'esperto che, nella prospettiva del costruttivo dialogo con l'organo di controllo, possono essere di seguito così sintetizzate. Viene raccomandato che l'esperto, nel corso del primo incontro, faccia presente all'imprenditore che, con preavviso adeguato, lo informi preventivamente, per iscritto e tramite la Piattaforma telematica, quando intenda porre in essere atti di straordinaria amministrazione e tutte le volte che i pagamenti che intenda eseguire possano non risultare coerenti con l'andamento delle trattative e le prospettive di risanamento. A tal fine, è opportuno che l'esperto indichi i tempi in cui l'informativa dovrà intervenire. A titolo d'esempio, il decreto individua tra gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione:

- le operazioni sul capitale sociale e sull'azienda;
- la concessione di garanzie;
- i pagamenti anticipati delle forniture;
- la cessione *pro soluto* di crediti;
- l'erogazione di finanziamenti a favore di terzi e di parti correlate;
- la rinuncia alle liti e le transazioni;
- le ricognizioni di diritti di terzi;
- il consenso alla cancellazione di ipoteche e la restituzione di pegni;
- l'effettuazione di significativi investimenti;
- i rimborsi di finanziamenti ai soci o a parti correlate;

---

revocatoria di cui all'articolo 67, secondo comma, l.f., gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere dall'imprenditore nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, purché coerenti con l'andamento e lo stato delle trattative e con le prospettive di risanamento esistenti al momento in cui sono stati compiuti.

<sup>112</sup> Secondo l'art. 7, sesto comma, d.l. n. 118/2021, la revoca delle misure protettive e cautelari o la riduzione della originaria loro durata può essere disposta quando esse non soddisfano l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiono sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori istanti.

<sup>113</sup> Si tratta del par. 7 della sezione III dedicato alla gestione dell'impresa in pendenza della composizione negoziata.

- la creazione di patrimoni destinati e forme di segregazione del patrimonio in generale;
- gli atti dispositivi in genere.

Per quanto attiene, invece, ai pagamenti che potrebbero dimostrarsi privi di coerenza, il decreto dirigenziale ne fornisce un'indiretta individuazione, segnalando quelli che, al contrario, appaiono coerenti. Per tal motivo, si suggerisce di fare particolare attenzione a quelli che non siano:

- pagamenti di retribuzioni a dipendenti;
- pagamenti di provvigioni ad agenti e di compensi a collaboratori coordinati e continuativi;
- pagamenti di debiti fiscali e contributivi;
- pagamenti di debiti commerciali, nei confronti di coloro che non siano parti correlate, e comunque nei termini d'uso o se finalizzati a non pregiudicare il ciclo degli approvvigionamenti di beni o servizi;
- pagamenti di rate di mutuo e canoni di *leasing* alle scadenze contrattuali, quando non sia in essere una moratoria dei pagamenti;
- tutte le ipotesi in cui il mancato pagamento determini la perdita del beneficio del termine in caso di rateazione.

I finanziamenti eseguiti in favore di società controllate oppure sottoposte a comune controllo, in qualsiasi forma pattuiti dopo la presentazione dell'istanza per la nomina dell'esperto, sono esclusi dalla postergazione di cui agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. a condizione che l'imprenditore abbia informato preventivamente l'esperto e questi non abbia iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese, previa segnalazione all'organo di amministrazione<sup>114</sup>.

Per quanto attiene all'iscrizione nel registro delle imprese di questo dissenso, il decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, precisa che non è ravvisabile alcun pregiudizio quando i finanziamenti siano necessari per assicurare la continuità aziendale e l'impresa sia in grado di rimborsare i finanziamenti attraverso i soli flussi derivanti dalla continuità stessa. Differentemente, l'atto è pregiudizievole, in via esemplificativa, quando le utilità per i creditori vengano compromesse, anche solo parzialmente, dalla maggiore esposizione debitoria derivante dal finanziamento.

Quanto disposto dall'art. 9 e le indicazioni fornite dal decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 offrono spunti di interesse ai fini della puntualizzazione del ruolo dell'organo di controllo, quando l'organo di amministrazione, ottemperando all'obbligo di correttezza e buona fede e di corretta gestione declinati nell'art. 5, quinto comma, d.l. n. 118/2021, abbia informato preventivamente l'esperto.

Come chiarito, l'esperto segnala per iscritto e tramite la piattaforma telematica<sup>115</sup>, all'organo di controllo gli atti di straordinaria amministrazione che possono pregiudicare gli interessi dei creditori,

---

<sup>114</sup> Art. 13, nono comma, d.l. n. 118/2021.

<sup>115</sup> Cfr. par. 7.6., sezione III, decreto dirigenziale del 28 settembre 2021.

le trattative o le prospettive di risanamento e della cui esistenza il collegio sindacale, che non partecipa alle trattative, potrebbe non essere stato informato dall'organo di amministrazione.

Se, infatti, l'ordinamento prevede modalità di acquisizione di informazioni da parte dei sindaci direttamente dagli amministratori<sup>116</sup>, ma l'organo di controllo può incontrare notevoli difficoltà nel reperire informazioni, in modo particolare quando l'organo di amministrazione sia formato da un unico componente. In tali ipotesi, come già chiarito, l'amministratore agisce autonomamente e non ha nessun obbligo di informativa, preventiva o successiva, nei riguardi dei sindaci. Anche se le *best practices* raccomandano ai sindaci di intensificare i flussi informativi con l'amministratore unico in queste particolari situazioni, richiedendo notizie in forma scritta, anche con cadenza ravvicinata rispetto al semestre preso a riferimento dall'art. 2381, quinto comma, c.c., la segnalazione dell'esperto delle operazioni potenzialmente pregiudizievoli per l'interesse dei creditori e della riuscita delle trattative si rivela particolarmente proficua per lo svolgimento della vigilanza da parte dell'organo di controllo.

La segnalazione dell'esperto, una volta effettuata, dovrebbe agire da pungolo per i componenti dell'organo di controllo, potendo questi attivarsi spontaneamente presso gli organi di amministrazione esercitando l'ampia gamma di poteri strumentali alla funzione di vigilanza che l'ordinamento loro attribuisce (art. 2403-bis c.c.)<sup>117</sup>. In questa prospettiva, i sindaci, oltre ad acquisire informazioni tramite atti di ispezione e di controllo, possono, in primo luogo, chiedere notizie direttamente agli amministratori, anche con riferimento alle società controllate, su: *i)* andamento delle operazioni sociali; *ii)* scelte di gestione relative a determinati affari, così da poter verificare il rispetto dei principi di corretta amministrazione. L'organo di amministrazione dovrebbe soddisfare le richieste dei sindaci comunicando loro tutte le informazioni richieste, stante quanto disposto dall'art. 2403-bis, quinto comma, c.c.<sup>118</sup> e considerate le responsabilità che possono discendere dall'aver impedito il controllo<sup>119</sup>.

La previsione del d.l. n. 118/2021 appare finalizzata a provocare, primariamente, un costruttivo confronto tra organi societari, al fine di evitare che il compimento dell'atto pregiudizievole per gli

---

<sup>116</sup> L'art. 2381, quinto comma, c.c. attribuisce agli organi delegati l'obbligo di riferire con la periodicità fissata dallo statuto, in ogni caso almeno ogni sei mesi, al collegio sindacale, oltre che al consiglio di amministrazione, sul generale andamento della gestione sociale, nonché sulle operazioni più rilevanti effettuate dalla società e dalla sue controllate. L'art. 150 TUF impone agli amministratori di riferire tempestivamente, secondo le modalità stabilite dallo statuto e con periodicità almeno trimestrale, al collegio sindacale sull'attività svolta e sulle operazioni di maggior rilievo economico, finanziario e patrimoniale effettuate dalla società, o dalle società controllate; in particolare riferiscono sulle operazioni in cui essi abbiano un interesse per conto proprio o di terzi, o che siano influenzate dal soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento. La stessa norma precisa che l'organo di controllo e il soggetto incaricato della revisione legale si scambiano tempestivamente i dati e le informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti; inoltre, i soggetti preposti al controllo interno riferiscono anche al collegio sindacale di propria iniziativa o su richiesta anche di uno solo dei sindaci.

Il collegio sindacale acquisisce informazioni anche attraverso la partecipazione alle riunioni del comitato esecutivo, oltre che dell'assemblea e del consiglio di amministrazione, in modo da poter ottenere informazioni sulle decisioni di gestione assunte dall'organo collegiale delegato.

<sup>117</sup> Ovvero ai sensi dell'art. 151 TUF.

<sup>118</sup> Come si evince dall'art. 2403-bis c.c. al potere – dovere dell'organo di controllo corrisponde un obbligo di informativa da parte degli amministratori che possono rifiutare l'accesso a informazioni riservate unicamente agli ausiliari e ai dipendenti dei sindaci, essendo i componenti del collegio sindacale - e il sindaco unico - tenuti a conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragioni del loro ufficio. Su tali aspetti, G. Cavalli, *I sindaci*, in *Trattato Colombo - Portale*, 5, Torino, 1998, 109.

<sup>119</sup> Come è previsto nell'art. 2625 c.c.

interessi dei creditori, per le trattative e le prospettive di risanamento da parte dell'organo di amministrazione, per un verso, e la cristallizzazione della posizione di dissenso espressa dall'esperto, per altro verso, possano indurre l'esperto stesso a iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese: la funzione notiziatrice per i creditori e gli altri soggetti interessati, derivante dalla pubblicità del dissenso presso il registro delle imprese, infatti, condannerebbe le trattative al fallimento e renderebbe gli atti e i pagamenti suscettibili di revocatoria ordinaria e fallimentare<sup>120</sup>.

Non è tutto. Potrebbe ritenersi che la segnalazione all'organo di controllo da parte dell'esperto sia stata contemplata per avviare una costruttiva interlocuzione tra l'esperto e i sindaci anche al fine della valutazione della generale situazione e della pericolosità dell'atto stesso: considerate le specifiche competenze tecniche che vantano in ordine alle tematiche aziendali del risanamento e alla conoscenza dell'organizzazione e del settore dell'attività in cui opera la società, i sindaci possono rappresentare per l'esperto un fondamentale interlocutore. Degna di nota è la circostanza che, stando alle indicazioni fornite dal decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, l'esperto, nel valutare il pregiudizio dei creditori, verifica la sostenibilità economico-finanziaria dell'attività d'impresa anche con riferimento ai vantaggi per i creditori derivanti, secondo una ragionevole valutazione prognostica, della continuità aziendale (completamento lavori in corso, miglior realizzo del magazzino o dei crediti, il maggior valore del compendio rispetto alla liquidazione atomistica dei beni che lo compongono).

Stando a quanto dispone l'art. 9, quarto comma, l'esperto, dopo essere stato informato dagli amministratori, non procede a iscrivere il dissenso senza indugio, bensì può riservarsi dieci giorni per maturare la decisione; giorni in cui è ipotesi plausibile che egli attiverà un flusso informativo con l'organo di controllo. Quest'ultimo, infatti, può fornire ulteriori informazioni circa la struttura degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili adottati dalla società e, se del caso, evidenziare eventuali criticità riscontrate a seguito dell'attività di vigilanza svolta in esecuzione dell'incarico<sup>121</sup>. Al contempo, l'organo di controllo, sollecitato dalla segnalazione e dall'interlocuzione con l'esperto, qualora dovesse ritenere l'atto pregiudizievole, potrà ricorrere all'ampia gamma di strumenti reattivi di cui dispone. Più partitamente, presentandosi l'occasione, l'organo di controllo potrà esprimere il proprio dissenso in seno al consiglio di amministrazione, esercitando una forma di preventiva vigilanza per scongiurare che dall'esecuzione dell'atto possano derivare effetti negativi per la composizione negoziata; potrà invitare gli amministratori a desistere dal compimento dell'atto o a convocare l'assemblea per informarla dei fatti, sperando in un intervento risolutivo dei soci; potrà, in caso di inerzia degli amministratori, ma anche in via autonoma essendo un potere-doveroso che i sindaci vantano *iure proprio* e non in sostituzione dell'organo di amministrazione<sup>122</sup>, provvedere direttamente alla convocazione dell'assemblea ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2406, secondo comma c.c.<sup>123</sup>, per richiedere un intervento tempestivo finalizzato a scongiurare il compimento dell'atto e il pericolo

---

<sup>120</sup> Secondo quanto è previsto nell'art. 12, terzo comma, d.l. n. 118/2021.

<sup>121</sup> Per l'interlocuzione tra collegio sindacale e attestatore di piani di risanamento, si rinvia a CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, cit., Norma 11.10.

<sup>122</sup> A. Bertolotti, *I controlli nella s.p.a.*, Bologna 2018, 170.

<sup>123</sup> La convocazione dell'assemblea è effettuata previa informazione del presidente del consiglio di amministrazione, a seguito della quale, lo stesso organo di amministrazione potrebbe attivarsi per convocare i soci.

dell'iscrizione del dissenso del registro (strumento quest'ultimo da utilizzare quando, nonostante la segnalazione scritta dell'esperto, l'organo di amministrazione ponga in essere l'atto e non desista dalla condotta antidoverosa). Stante la formulazione della norma in ordine alla convocazione dell'assemblea ex art. 2406, secondo comma, c.c., alla luce di una complessiva valutazione della situazione, sembrerebbero ricorrere i presupposti dei fatti di rilevante gravità e dell'urgente necessità di provvedere fissati dall'ordinamento per procedere<sup>124</sup>, trattandosi di atti contrari ai principi di corretta amministrazione cui l'organo di amministrazione deve adeguarsi durante lo svolgimento delle trattative per non pregiudicare gli interessi che la norma intende tutelare.

Pur prevedendo l'art. 9 a favore dell'organo di controllo il brevissimo termine di dieci giorni per una graduale attivazione dei poteri di reazione a sua disposizione per evitare che l'organo di amministrazione compia l'atto, l'organo stesso, resta, in via di principio, legittimato a ricorrere al tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c., pur con le precisazioni che andremo a effettuare. È opinione maggioritaria che la semplice minaccia di ricorrere all'autorità giudiziaria possa rappresentare un deterrente, sotto il profilo psicologico, al proseguimento delle attività antidoverose<sup>125</sup>.

Tuttavia, considerate le rilevanti ricadute che la denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c. può provocare sull'organizzazione della società, nell'ipotesi oggetto di esame, si è dell'avviso che la presentazione del ricorso richieda un supplemento di indagine da parte dell'organo di controllo volto ad accertare, in modo circostanziato, che il compimento dell'atto prelude o si colleghi ad altre gravi irregolarità nella gestione, dalle quali sia possibile evincere che la condotta dell'organo di amministrazione, complessivamente considerata<sup>126</sup>, si dimostri contraria alla legge e ai principi di corretta amministrazione per la mancata adozione di provvedimenti risolutivi della crisi, e potenzialmente produttiva di danni per la società.

In tale prospettiva, nell'ambito della fattispecie descritta nell'art. 9 d.l. n. 118/2021, la denuncia al tribunale potrebbe essere presentata a seguito dell'iscrizione nel registro delle imprese del dissenso effettuata dall'esperto. Una precisazione appare, però, doverosa. Se è vero che l'iscrizione del dissenso nel registro delle imprese rende probabile il fallimento delle trattative, è altrettanto vero che l'organo di amministrazione, deliberando di accedere alle trattative, si è attivato volontariamente per tentare il superamento della crisi, adempiendo agli obblighi imposti dall'art. 2086, secondo comma, c.c. Il d.l. n. 118/2021, pur approntando una serie di misure incentivanti la composizione negoziata, prevede soluzioni alternative laddove le trattative non dovessero riuscire, consentendo all'organo di amministrazione di accedere a uno degli istituti previsti dalla legge fallimentare, di sottoscrivere un

---

<sup>124</sup> L'art. 2406, secondo comma, c.c. richiede che la convocazione dell'assemblea da parte dei sindaci sia sorretta da valide motivazioni: i sindaci devono ravvisare fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere.

<sup>125</sup> In termini, *ex pluribus* Cass. civ., sez. I, 6 settembre 2021, n. 24045, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it), n. 24045; Cass. civ., sez. I, n. 18770 del 12 luglio 2019, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass. civ., sez. I, 29 dicembre 2012, n. 31204, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>126</sup> Cfr. Trib. Mantova 9.12.2008; Trib. Novara 21.5.2012, in *Banca Dati Eutekne*, secondo il quale ha affermato che le gravi irregolarità "possono consistere nel compimento o nell'omissione di atti che comportino una violazione della norma di legge o dello statuto o delle regole di prudenza e avvedutezza o di corretta amministrazione e conservazione del patrimonio sociale", aggiungendo che "il comportamento denunciato deve, inoltre, essere valutato nell'ambito dell'intera attività della società, essendo priva di rilievo l'eventuale illegittimità dei singoli atti impugnabili anche in via autonoma".

piano attestato ex art. 67, comma terzo, lett. d), l.f., ovvero di presentare istanza per il nuovo concordato semplificato.

Se la denuncia al tribunale, ancorché rimedio estremo, appare esperibile quando alla segnalazione dell'organo di controllo ex art. 15 d.l. n. 118/2021 non faccia seguito l'adozione e l'attuazione di alcun provvedimento da parte dell'organo di amministrazione, omettendo l'amministratore il compimento di atti dovuti ex art. 2086, secondo comma, c.c., altrettanto non può sostenersi con certezza nel caso in cui le trattative, per qualsiasi motivo, dovessero fallire, restando ancora margini per la soluzione della crisi. Il dissenso dell'esperto è per i sindaci un campanello d'allarme; l'iscrizione del dissenso nel registro delle imprese un ammonimento a intervenire ulteriormente per sollecitare l'adozione di rimedi e soluzioni alla crisi da parte dell'organo di amministrazione. Per tali motivi, sembrerebbe che, a seguito dell'iscrizione nel registro delle imprese del dissenso da parte dell'esperto, l'organo di controllo dovrebbe intensificare la propria interazione con l'organo di amministrazione e la propria attività valutativa, anche con ispezioni e controlli mirati, per verificare, per un verso, la fondatezza del sospetto che la condotta dell'organo di amministrazione sia potenzialmente lesiva e che, per altro verso, quest'ultimo non intenda intraprendere uno dei percorsi alternativi alla composizione negoziata, cui accenna l'art. 11 d.l. n. 118/2021: dinanzi all'assenza di programmazione dell'attività di amministrazione finalizzata alla soluzione della crisi e in presenza del compimento di atti pregiudizievoli per la società, o per le controllate, i sindaci potrebbero denunciare i fatti al tribunale ex art. 2409 c.c.<sup>127</sup>.

### 7.7. La vigilanza dell'organo di controllo a seguito della composizione negoziata

Cessate le trattative, l'organo di controllo continua a esercitare la propria vigilanza sull'attuazione da parte dell'organo di amministrazione degli impegni assunti a seguito della composizione.

---

<sup>127</sup> Trib. Roma, spec. Impresa, 15 settembre 2020, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it), secondo il quale " ... dovrà considerarsi responsabile l'amministratore che ometta del tutto di approntare una qualsivoglia struttura organizzativa, rimanendo inerte di fronte ai segnali indicatori di una situazione di crisi o pre-crisi. Per contro, non potrà ritenersi responsabile l'amministratore che abbia predisposto delle misure organizzative che, con una valutazione ex ante, erano adeguate, secondo le sue conoscenze e secondo gli elementi a sua disposizione, a verificare tempestivamente la perdita della continuità aziendale. Parimenti, non potrà ritenersi responsabile l'amministratore che, pur avendo tempestivamente rilevato – grazie alla struttura organizzativa predisposta – il venir meno della continuità aziendale – ponga in essere degli interventi che, successivamente si rivelino inutili ad evitare la degenerazione della crisi (ed eventualmente il fallimento della società), qualora tali interventi – sempre sulla base di una valutazione ex ante- non risultino manifestamente irrazionali ed ingiustificati". La stessa pronuncia in ordine all'ambito applicativo della denuncia al tribunale, rifacendosi anche ai precedenti della giurisprudenza di merito chiarisce che: "la formulazione della norma consente di affermare come non assuma rilievo qualsiasi violazione di doveri gravanti sull'organo amministrativo, ma soltanto la violazione di quei doveri idonei a compromettere il corretto esercizio dell'attività di gestione dell'impresa e a determinare pericolo di danno per la società amministrata o per le società controllate, con esclusione di qualsiasi rilevanza, invece, dei doveri gravanti sugli amministratori per finalità organizzative, amministrative, di corretto esercizio della vita della compagine sociale e di esercizio dei diritti dei soci e dei terzi estranei. Le gravi irregolarità, inoltre, come da giurisprudenza assolutamente prevalente devono – oltre che riguardare la sfera societaria e non quella personale degli amministratori – essere attuali, e pertanto nessun provvedimento potrà essere adottato qualora le stesse abbiano esaurito ogni effetto. Infine, esse devono assumere un carattere dannoso nel senso che deve trattarsi di violazione di norme civili, penali, tributarie o amministrative, capaci di provocare un danno al patrimonio sociale e, di conseguenza, agli interessi dei soci e dei creditori sociali ovvero un grave turbamento dell'attività sociale (cfr. App. Salerno, 19 luglio 2005; App. Venezia, 23 luglio 2014; App. Milano, 29 giugno 2012). Peraltro, pur non potendo il giudizio del tribunale basarsi su mere supposizioni e/o su indimostrati rilevi critici, appare sufficiente che sussistano elementi di sicuro affidamento che, pur non assicurando al livello di prova piena, abbiano tuttavia riscontri obiettivi che vanno al di là del mero sospetto (Trib. Novara, 21 maggio 2012; Trib. Mantova, 9 dicembre 2008)".

Una volta che l'organo di controllo abbia accertato la ricorrenza delle condizioni e dei presupposti fissati dalla legge nel disciplinare gli istituti tratteggiati nell'art. 11<sup>128</sup>, la vigilanza è volta a verificare che l'organo di amministrazione si attenga agli obblighi assunti eseguendo il contratto, la convenzione o l'accordo in modo conforme ai contenuti prefissati. A tal fine, fruendo i sindaci di ampia discrezionalità nelle misure da approntare, sarebbe buona prassi che l'organo di controllo effettuasse un monitoraggio periodico richiedendo informazioni all'organo di amministrazione circa l'esecuzione degli impegni assunti.

L'attività dell'organo di controllo diventerà particolarmente impegnativa se, a seguito delle informazioni acquisite dagli amministratori o nel corso dell'attività di vigilanza, venissero rilevati significativi scostamenti rispetto alle pattuizioni originarie. In tal caso, qualora i chiarimenti forniti non apparissero adeguati e soddisfacenti, l'organo di controllo potrà convocare, ricorrendone i presupposti quale residuale rimedio, l'assemblea dei soci al fine di comunicare tali fatti e chiedere l'adozione di opportuni provvedimenti.

Ulteriori riflessioni possono effettuarsi in ordine all'attività di vigilanza esercitata dall'organo di controllo, qualora la società intenda presentare una proposta di concordato semplificato per la liquidazione dei beni. Si è già detto che i presupposti di accesso sono individuati nell'esito negativo delle trattative – condotte dalle parti secondo canoni di correttezza e buona fede – e nell'impossibilità di praticare le soluzioni di cui all'art. 11, primo e secondo comma, come documentato nella relazione finale dell'esperto che viene pubblicata nella piattaforma nazionale unica; il concordato è semplificato poiché non prevede la fase di delibazione, la votazione dei creditori e la nomina del commissario giudiziale. L'organo di controllo, previamente informato dall'organo di amministrazione, dunque, sarà chiamato a verificare che sia predisposto un piano di liquidazione redatto per tempo dall'organo di amministrazione e a controllare i contenuti della relazione dell'esperto con il parere sui presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte, per valutare preventivamente che la proposta non abbia meri intenti dilatori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare e verificare le prospettive di soddisfacimento dei creditori. Una volta che il concordato semplificato sia omologato, il collegio sindacale, non vanta poteri di vigilanza sull'esecuzione della procedura e sull'operato del liquidatore giudiziale che soggiace al controllo del tribunale.

## **8. Le responsabilità dell'organo di controllo**

L'ultimo comma dell'art. 15 d.l. n. 118/2021 dispone che la tempestiva segnalazione all'organo di amministrazione della sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di accedere alle

---

<sup>128</sup> Se le parti addivengono alla conclusione di una convenzione di moratoria, un primo adempimento da parte dell'organo di controllo consisterà nella verifica che le condizioni previste dall'art. 182-*octies* l.f. siano state rispettate, così come nella verifica dell'attestazione rilasciata da un professionista indipendente ai sensi dell'art. 67, comma terzo, lett. d), l.f. sulla veridicità dei dati aziendali, l'idoneità della convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi e il pregiudizio sopportato dai creditori non aderenti. Qualora ci si orienti verso l'accordo sottoscritto dalla società, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti del piano attestato, l'organo di controllo verificherà, per prima cosa, i contenuti dell'accordo, potendo mancare l'attestazione del professionista, ancorché la sottoscrizione dell'esperto dovrebbe garantire la serietà degli impegni assunti.



trattative e la vigilanza sull'andamento delle trattative sono valutate ai fini della responsabilità prevista dall'art. 2407 c.c.<sup>129</sup>.

La precisazione effettuata dal d.l. n. 118/2021 è un importante indice per individuare canoni interpretativi adeguati nel circoscrivere i confini delle responsabilità dell'organo di controllo che si sia attivato nell'emersione tempestiva delle situazioni in cui la crisi è probabile o già in atto; del pari, la formulazione letterale della norma, rimettendo alla discrezionalità del giudice la valutazione della condotta tenuta dall'organo di controllo in termini di limitazione della responsabilità, fa proprie le conclusioni a cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità nella individuazione dei parametri appropriati per limitare tali responsabilità.

L'art. 15 d.l. n. 118/2021 richiama genericamente la responsabilità prevista dall'art. 2407 c.c. Come è noto, la disposizione, dopo aver enunciato il criterio generale della responsabilità dei sindaci chiamati ad adempiere ai propri doveri con la professionalità e la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico, prevede due distinte ipotesi. La prima ipotesi attiene a quella che viene solitamente indicata come responsabilità esclusiva, in quanto i sindaci rispondono per inadempimenti relativi alle proprie funzioni e agli obblighi di riservatezza correlati all'incarico svolto, a prescindere dall'inadempimento degli amministratori; la seconda ipotesi, invece, attiene alla responsabilità dei sindaci solidale e concorrente con l'illecito degli amministratori, riscontrabile in caso del compimento di atti di *mala gestio* o in caso di omissioni che abbiano comportato un danno per la società, i soci, i creditori, purché il danno non si sarebbe prodotto se i sindaci avessero vigilato, ai sensi dell'art. 2403 c.c., in conformità agli obblighi della loro carica. Tali obblighi vengono individuati in maniera costante dalla giurisprudenza<sup>130</sup> ne: *i*) il controllo dell'amministrazione della società, *ii*) la vigilanza sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo, *iii*) la verifica della regolare tenuta della contabilità sociale, della corrispondenza del bilancio alle risultanze dei libri e delle scritture contabili; *iv*) l'osservanza delle norme stabilite dall'art. 2426 c.c. per la valutazione del patrimonio sociale. In altri termini, la responsabilità è ascrivibile quando i sindaci non abbiano rilevato una macroscopica violazione o non abbiano in alcun modo reagito di fronte ad atti di dubbia legittimità e regolarità poiché, in tal caso, il mantenimento di un comportamento inerte implica che non si sia vigilato adeguatamente sulla condotta degli amministratori pur nella esigibilità di un diligente sforzo per verificare la situazione anomala e porvi rimedio, col fine di prevenire eventuali danni<sup>131</sup>.

Restringendo il campo di indagine alle responsabilità ascrivibili all'organo di controllo nella vicenda dell'emersione della crisi e della conduzione delle trattative disciplinate nel d.l. n. 118/2021, si verte nella fattispecie individuata dall'art. 2407, secondo comma, c.c., dovendosi i sindaci attivare tempestivamente con la segnalazione per evitare l'omissione di un atto dovuto, come prescrive l'art.

---

<sup>129</sup> La norma si differenzia notevolmente dalle previsioni contenute nell'art. 14, terzo comma, Codice della crisi, a mente della quale la tempestiva segnalazione dell'organo di controllo costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione, a condizione che, nei casi previsti dal secondo periodo del comma 2 (omessa, inadeguata risposta ovvero mancata adozione delle misure necessarie nei successivi sessanta giorni), sia stata effettuata tempestiva segnalazione all'OCRI.

<sup>130</sup> Da ultimo, Cass. civ., sez. I, 6 settembre 2021, n. 24045, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>131</sup> In termini, Cass. civ., sez. I, n. 18770, del 12 luglio 2019, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

2086, secondo comma, c.c. o, nel corso delle trattative, per fronteggiare e ostacolare l'attività dell'organo di amministrazione produttiva, anche potenzialmente, di danni per la società, i soci e i creditori.

Per l'addebito delle responsabilità ai componenti dell'organo di controllo, come in tutti i casi di concorso nel fatto illecito altrui, è richiesta la prova degli elementi costitutivi del giudizio di responsabilità e più precisamente: *i)* dell'inerzia del sindaco dinanzi ai fatti o alle omissioni degli amministratori; *ii)* dell'evento produttivo del danno da associare alla condotta degli amministratori; *iv)* del nesso causale, da considerare esistente ove il regolare svolgimento della vigilanza da parte dei sindaci avrebbe potuto limitare o evitare il danno. Con riferimento a tale ultimo aspetto, per costante orientamento dei giudici di legittimità, i componenti del collegio sindacale non rispondono in modo automatico per ogni fatto dannoso che si sia determinato *pendente societate* (e dunque fino alla cancellazione dalla società dal registro delle imprese), come se si trovassero a ricoprire una posizione generale di garanzia; essi incorrono in responsabilità solo nei casi in cui sia possibile sostenere e provare – la prova ricade su chi agisce in responsabilità, nella maggior parte dei casi, sulla curatela – che l'attivazione dei poteri ispettivi e reattivi di questi ultimi, sulla base della comune esperienza, vale a dire dell'*id quod plerumque accidit*, avrebbe potuto evitare o limitare il danno. In questa prospettiva, il sindaco è responsabile, ai sensi dell'art. 2407, secondo comma, c.c., ogni volta in cui non abbia impedito o limitato gli effetti pregiudizievoli dell'attività o dell'omissione dell'organo di amministrazione, fruendo degli importanti strumenti di cui l'ordinamento lo ha dotato. Di talché, non rispondendo il sindaco in modo automatico per ogni fatto dannoso in ragione della mera "posizione di garanzia" assunta all'interno della organizzazione societaria, ai fini dell'esonero dalla responsabilità, è comunque necessario che egli abbia esercitato o tentato di esercitare l'intera gamma dei poteri istruttori ed impeditivi affidatigli dalla legge<sup>132</sup>. A fronte di iniziative anomale da parte dell'organo amministrativo, pur non potendo esprimersi sul merito dell'attività dell'organo di amministrazione, i sindaci hanno l'obbligo di porre in essere tutti gli atti necessari all'assolvimento dell'incarico con diligenza, correttezza e buona fede, attivando ogni loro potere di sollecitazione e denuncia diretta, interna ed esterna, non essendo loro consentito restare acriticamente legati alle scelte effettuate dall'organo di amministrazione quando non siano coerenti con i doveri di legge<sup>133</sup>. Per quanto attiene al c.d. elemento soggettivo, l'onere di provare l'assenza di colpa, nelle due accezioni di colpa nella conoscenza e di colpa per omessa attivazione, grava sull'organo di controllo: la prima si estrinseca nella mancata rappresentazione delle conseguenze illecite dell'evento; la seconda si manifesta nella consapevolezza nel mantenere una condotta inerte senza porre in essere i comportamenti e le azioni utili a impedire i fatti e ostacolare l'attività dell'organo di amministrazione. La combinazione delle due accezioni che integra l'atteggiamento colposo del sindaco e che può qualificarne la responsabilità per non aver adempiuto alle proprie funzioni con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico, impone a quest'ultimo di ricercare informazioni per rilevare i c.d. segnali di allarme e di attivarsi, in subordine e tempestivamente, presso l'organo di amministrazione, con richieste tanto più precise quanto più

---

<sup>132</sup> *Ex multis*, Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2019, n. 18770, cit.; sui doveri dei sindaci del collegio sindacale, Cass. civ., sez. I, in 13 giugno 2014, n. 13517, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass. civ. sez., 3 luglio 2017, n. 16314, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>133</sup> Cass. civ., I sez., 29 dicembre 2017, n. 31204, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

significativi sono tali segnali, per contribuire a evitare il danno, o l'aggravamento dei danni già patiti e, per quanto di immediato interesse, il futuro dissesto della società<sup>134</sup>.

Il giudice sarà chiamato ad accertare, di volta in volta, che i componenti dell'organo di controllo, dinanzi all'atto di *mala gestio* o all'omissione degli amministratori, nell'adempimento dei propri doveri e con la professionalità che ne caratterizza il delicato ufficio, abbiano doverosamente attivato i poteri reattivi che la legge loro attribuisce, privilegiando "*quello più opportuno ed efficace a seconda delle circostanze del singolo caso concreto*"<sup>135</sup>, finanche il ricorso al tribunale ex art. 2409 c.c., quando i rimedi endosocietari si siano rivelati insufficienti.

Alla luce di tanto, la segnalazione effettuata tempestivamente rispetto all'epoca di rilevazione dello squilibrio patrimoniale economico e finanziario che renda probabile la crisi o l'insolvenza, e con le modalità previste dall'art. 15, primo comma, d.l. n. 118/2021, sembrerebbe soddisfare le condizioni per esentare i sindaci dalle responsabilità ex art. 2407 c.c. se gli amministratori abbiano fornito risposta entro trenta giorni, riferendo sulle iniziative intraprese, e dunque si siano attivati per la composizione negoziale ovvero per la ricerca e la successiva attuazione di un altro degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi, non rilevando, in altri termini, l'effettiva capacità risolutiva del rimedio individuato, fatta eccezione per provvedimenti che si dimostrino palesemente irragionevoli o inadeguati.

Occorre, peraltro, prendere in considerazione la diversa ipotesi in cui gli amministratori rispondano nei termini fissati nell'art. 15 d.l. n. 118/2021 senza dare evidenza di iniziative intraprese, ma fornendo spiegazioni per dimostrare l'assenza della situazione di crisi o dello squilibrio patrimoniale o economico e finanziario segnalati<sup>136</sup>. Stando alla formulazione letterale dell'art. 15 d.l. n. 118/2021, anche in tali casi potrebbero ricorrere i presupposti per limitare la responsabilità dell'organo di controllo. Tuttavia, la conclusione non è scontata e quanto accennato in occasione dell'analisi del formante giurisprudenziale dovrebbe indurre l'organo di controllo a non recepire acriticamente le motivazioni adottate dall'organo di amministrazione, bensì a intensificare lo scambio informativo con lo stesso per

---

<sup>134</sup> In termini, Cass. civ., sez. I, 6 settembre 2021, n. 24045. Sul controllo dei sindaci, sia consentito di rinviare a C. Baucò, *Responsabilità dei sindaci per omesso controllo e incompatibile attività di consulenza*, in *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, 10, 2020, 42 e ss. La ricostruzione fattuale originata dalle conclusioni a cui è pervenuta la giurisprudenza, in particolare modo nella declinazione delle responsabilità penali, rende possibile fornire un'elencazione, seppur non esaustiva, dei c.d. segnali di allarme, ravvisati nei *leading cases* di maggior notorietà, a titolo d'esempio, in presenza di:

- informative carenti e/o contraddittorie, gestione personalistica della società, indebitamento irrazionale in presenza di liquidità disponibili;
- compimento di atti estranei all'oggetto sociale;
- irregolare tenuta delle scritture contabili;
- spoliazione di risorse aziendali tramite prelievi dalle casse sociali;
- finanziamenti a favore di società in dissesto;
- formali richiami rivolti all'organo di amministrazione da parte del Collegio sindacale circa le perdite rilevate e l'erosione del capitale sociale a cui non ha fatto seguito alcuna iniziativa da parte dell'organo di amministrazione;
- abusi e carenze nell'esercizio delle prerogative della *holding*.

<sup>135</sup> Così testualmente, Cass. civ. sez. I, 6 settembre 2021, n. 24045, cit.

<sup>136</sup> Ad esempio, la presentazione di un adeguato prospetto di tesoreria che dimostra la sostenibilità dei debiti nei successivi sei mesi potrebbe essere esibito per suffragare le ipotesi di assenza di uno stato di crisi rilevante. Cfr. decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, sez. II, par. 1.5.

valutare la fondatezza della risposta fornita e, in caso di dubbi comprovanti l'irregolarità della gestione, attivare tutti i poteri strumentali di cui può fruire.

Nei casi in cui l'organo di amministrazione non fornisca risposta e non si attivi in alcun modo a seguito della richiesta dell'organo di controllo, la semplice segnalazione, ancorché ritualmente effettuata, non appare in grado di garantire la limitazione della responsabilità. In tali ipotesi, l'assenza di iniziative dell'organo di amministrazione dovrebbe rappresentare per l'organo di controllo un indizio comprovante una gestione gravemente negligente o di dubbia legittimità e regolarità, con il corollario che, per effetto del combinato disposto degli artt. 2086, secondo comma, e 2403 c.c., l'organo di controllo, al fine di evitare ogni (futuro) addebito, non potrà confidare sull'effetto esimente provocato dalla segnalazione, bensì sarà sempre tenuto ad attivare le prerogative e i poteri strumentali al corretto svolgimento della propria attività di vigilanza.

## **9. Conclusioni**

Il d.l. n. 118/2021 convertito dalla legge 21 ottobre 2021, n. 147, con l'obiettivo di introdurre misure di supporto a tutte le imprese, senza effettuare distinzioni in base alle dimensioni o all'attività esercitata, per consentire loro di contenere e superare gli effetti negativi provocati dalla pandemia, introduce nel nostro ordinamento la composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa che sostituisce, *pro tempore*, gli istituti disciplinati nel titolo II del Codice della crisi.

Il nuovo strumento di ausilio alle imprese in difficoltà, di tipo negoziale e stragiudiziale, pur prevedendo un percorso strutturato, risulta all'evidenza semplificato se posto a confronto con la procedura di composizione assistita condotta dinanzi all'OCRI e viene gestito da un esperto indipendente con diligenza, riservatezza, imparzialità e terzietà rispetto alle parti e ai soggetti coinvolti.

L'accesso alla composizione negoziata è volontario, in quanto le trattative iniziano previa istanza dell'imprenditore; nelle società di capitali e nelle cooperative tale istanza può originare dalla segnalazione effettuata dall'organo di controllo, quando nominato, della sussistenza dei presupposti individuati dal d.l. n. 118/2021.

L'intervento dell'organo di controllo, oltre che in funzione di prevenzione, conformemente a quanto stabilisce l'art. 2403 c.c., viene previsto sia nella c.d. fase di "emersione tempestiva" delle situazioni di squilibrio patrimoniale o economico e finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza, sia durante le trattative. In aggiunta, il d.l. n. 118/2021 prevede alcune ipotesi in cui l'organo di controllo scambia rilevanti informazioni con l'esperto indipendente, ai fini del buon esito delle trattative.

Il ruolo proattivo dell'organo di controllo nell'effettuare la segnalazione all'organo di amministrazione e l'adempimento diligente degli obblighi di vigilanza durante le trattative sono valutati ai fini della responsabilità prevista dall'art. 2407 c.c.

Rinviata l'entrata in vigore della procedura di allerta c.d. interna attivabile dall'organo di controllo ai sensi dell'art. 14 del Codice della crisi e quella della c.d. allerta esterna attivabile dai creditori pubblici qualificati, ai sensi dell'art. 15 del Codice della crisi, il d.l. n. 118/2021 ribadisce l'importante ruolo

svolto dall'organo di controllo nella emersione della crisi, così come delle situazione di pre-crisi, ovvero nelle situazioni in cui l'impresa versi in una situazione di insolvenza reversibile.

Singolare, allora, la previsione contenuta nell'art. 1-*bis* apportato in sede di conversione in legge del d.l. n. 118/2021 che, con un'ulteriore modifica dell'art. 379, terzo comma, del Codice della crisi, nei casi di cui all'art. 2477, secondo comma, lettera c), c.c., consente alle s.r.l. e alle società cooperative, che non vi abbiano già provveduto, di differire la possibilità di nominare obbligatoriamente, per la prima volta, l'organo di controllo, anche monocratico, o il revisore legale (persona fisica o società), alla data di approvazione del bilancio relativo all'esercizio 2022, vale a dire nel 2023.

Ancorché la previsione dell'art. 379 del Codice della crisi sia strettamente funzionale a garantire il pieno funzionamento dell'organo di controllo (e del revisore legale) alla data di entrata in vigore del Codice e soprattutto della procedura di allerta, rinviata, come accennato, al 31 dicembre 2023<sup>137</sup>, appare difficilmente confutabile che la segnalazione dell'organo di controllo disciplinata nell'art. 15 d.l. n. 118/2021, attivando il confronto tra sindaci e organo di amministrazione, potrebbe favorire – ma anche scongiurare, potendo gli amministratori attivarsi con l'adozione di differenti provvedimenti – la presentazione dell'istanza per la nomina dell'esperto; il ruolo proattivo svolto dall'organo di controllo nell'emersione delle crisi esplicita, inoltre, l'esigenza di un cambio di mentalità nella gestione dell'organizzazione societaria che, peraltro, la stessa Direttiva (UE)2019/1023 auspica.

Nella nuova prospettiva di intervenire sollecitamente (e precocemente) per la ristrutturazione, l'attività di prevenzione svolta dall'organo di controllo, ancora una volta sacrificata in nome dei maggiori oneri amministrativi per le società, rappresenta per le stesse società un valore aggiunto.

Non è tutto.

Al fine di sgombrare il campo da possibili equivoci interpretativi in ordine alla perentorietà della nomina dell'organo di controllo, occorre precisare, in chiusura, che il menzionato art. 1-*bis* modifica unicamente il terzo comma dell'art. 379 del Codice della crisi e non anche l'art. 2477 c.c. L'art. 379 e la proroga del termine trovano applicazione unicamente ai fini della prima nomina dell'organo di controllo e del revisore legale per le società che non vi abbiano già provveduto successivamente al 16 marzo 2019.

Ne consegue che, effettuata la nomina, le società soggiacciono al regime di nomina e cessazione dell'organo di controllo disciplinato nell'art. 2477 c.c., qualora si tratti di s.r.l., o, con le precisazioni precedentemente effettuate, nell'art. 2543 c.c. qualora si tratti di società cooperativa<sup>138</sup>.

---

<sup>137</sup> In tal senso, si esprime la relazione illustrativa dello schema del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

<sup>138</sup> Ciò comporta che, qualora la società abbia nominato per la prima volta l'organo di controllo nel 2019, alla scadenza del mandato con l'approvazione del bilancio 2021, è tenuta a provvedere alla nuova nomina dell'organo di controllo o al rinnovo dell'incarico dell'organo uscente se ricorrono i presupposti individuati nell'art. 2477 c.c., senza attendere la data di approvazione del bilancio relativo all'esercizio 2022, e dunque il 2023. Ovviamente, l'art. 2477 c.c. e l'art. 2543 c.c. continuano a rappresentare le disposizioni di riferimento per gli organi di controllo (e il revisore legale) già nominati alla data del 16 marzo 2019.