

GLI ORGANI DI CONTROLLO NELLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA PER LA SOLUZIONE DELLA CRISI DI IMPRESA TRA “INDIZI DELLA CRISI”, “TEST DI PRATICABILITÀ” E “LISTA DI CONTROLLO”

THE SUPERVISORY BODIES IN THE NEGOTIATED COMPOSITION FOR THE SOLUTION OF THE BUSINESS CRISIS BETWEEN "CLAIMS OF THE CRISIS", "FEASIBILITY TEST" OF THE PROCEDURE AND THE "CHECKLIST"

SOMMARIO:

1. L’istituto in generale: legislazione emergenziale o regole di sistema? - 2. La natura “concorsuale” dell’istituto. – 3. I presupposti soggettivo e oggettivo. Il perimetro “*ampio*”. – 4. La gestione durante la procedura – 5. La segnalazione ex art. 15 da parte degli organi di controllo - La “sindacabilità” e la verificabilità dell’algoritmo sotteso al “test di praticabilità”. – 6. L’esatta definizione di “*organo di controllo*”; il possibile coinvolgimento di altri “*uffici di controllo*”. – 7. L’attività degli organi di controllo nel corso della procedura; i rapporti con l’Esperto. – 8. Conclusioni.

SUMMARY:

1. The institution in general: emergency legislation or system rules? - 2. The “*insolvency*” nature of the institution. - 3. The subjective and objective presuppositions. The “*broad*” perimeter. - 4. Management during the procedure - 5. Reporting pursuant to art. 15 by the supervisory bodies. The “*questionability*” and verification of the algorithm underlying the “feasability test” – 6. The exact definition of “*supervisory body*”; the possible involvement of other “*control offices*”. - 7. The activity of the supervisory bodies during the procedure; relations with the Expert. – 8. Conclusions.

ABSTRACT:

Attraverso la composizione negoziata l'imprenditore richiede la nomina di un esperto che valuti la possibilità di risanamento, rediga il relativo piano ed avvii con i creditori le necessarie trattative. L'istituto ha una connotazione negoziale, ma rilevanti elementi di carattere pubblicistico, tra cui la nomina di un esperto indipendente e la possibilità di chiedere al giudice delle misure protettive durante la fase di elaborazione ed esecuzione del programma di risanamento. In tale contesto il ruolo dell'organo di controllo è fondamentale sia nella fase prodromica di segnalazione che in quella successiva di elaborazione del piano, rientrando nel più ampio dovere di verifica della continuità aziendale e dell'adeguatezza delle azioni finalizzate a preservarla. Lo scritto si sofferma sui presupposti e le principali caratteristiche del nuovo istituto, sul suo posizionamento nell'ambito delle procedure di ristrutturazione del debito e di gestione della crisi, nonché sulla evoluzione dell'organo di controllo e sul suo rapporto con altre funzioni ed organi societari, ritenendo che l'evoluzione in atto gli attribuisca un ruolo maggiormente incisivo rispetto ai profili gestori.

ABSTRACT:

Through the negotiated settlement, the entrepreneur requests the appointment of an expert who evaluates the possibility of recovery, draws up the related plan and initiates the necessary negotiations with the creditors. The institute has a negotiating connotation but relevant elements of a public nature, including the appointment of an independent expert and the possibility of asking the judge for protective measures during the preparation and execution of the rehabilitation program. In this context, the role of the supervisory body is fundamental both in the prodromal reporting phase and in the subsequent phase of drafting the plan, falling within the broader duty of verifying the business continuity and the adequacy of the actions aimed at preserving it. The paper focuses on the assumptions and main characteristics of the new institution, on its positioning in the context of debt restructuring and crisis management procedures, as well as on the evolution of the control body and on its relationship with other functions and corporate bodies, believing that the

evolution underway gives it a more incisive role than the management profiles.

PAROLE CHIAVE:

1. Composizione negoziata; 2. Crisi; 3. Insolvenza; 4. Organo di controllo. 5. Collegio Sindacale; 6. Pandemia; 7. Esperto della crisi; 8. Procedura concorsuale; 9. Par condicio; 10. Misure protettive; 11. Concordato minore; 12. Segnalazione; 13. Decreto dirigenziale; 14. Allerta; 15. Consiglio di Sorveglianza; 16. Comitato di Controllo; 17. Revisore.

KEYWORDS:

1. Negotiated composition; 2. Crisis; 3. Insolvency; 4. Supervisory body. 5. Board of Statutory Auditors; 6. Pandemic; 7. Crisis expert; 8. Bankruptcy procedure; 9. “*Par condicio*”; 10. Protective measures; 11. Minor Concordat; 12. Report; 13. “*Decreto Dirigenziale*”; 14. Alert; 15. Supervisory Board; 16. Control Committee; 17. Auditor.

1. L’istituto in generale: legislazione emergenziale o regole di sistema?

Da una prima lettura della disciplina della procedura di “*composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa*”, di cui agli artt. 2 ss. del D.L. 24.08.2021, n. 118, è giocoforza ricavare valutazioni ancora molto parziali; sembra utile, tuttavia, fare una breve ricognizione dei principi che informano il nuovo istituto ed individuarne il posizionamento nel più ampio sistema delle procedure di ristrutturazione del debito e di soluzione delle crisi di impresa, per poi affrontare il tema più specificamente oggetto del presente studio, ossia il ruolo degli organi di controllo.

Il secondo ed il terzo capoverso delle premesse, così come la Relazione illustrativa al Decreto *de quo*, sembrerebbero non lasciare dubbi, quantomeno in apparenza, circa la sua vocazione contingente ed

emergenziale¹; si noti peraltro come la norma continui a parlare di “fallimento”, termine bandito dal nuovo CCII, ma in effetti tuttora vigente.

Anche più avanti, in una delle disposizioni più significative della disciplina (art. 10) si prevede un potere eccezionale del giudice di intervenire al fine di «*rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale*», facendo esplicito riferimento alla eccessiva onerosità sopravvenuta, quale conseguenza della pandemia causata dal SARS COV-2.

I riferimenti alla pandemia, tuttavia, si fermano qua e sono probabilmente destinati a rimanere lettera morta, considerando anche la difficoltà, a distanza ormai di oltre due anni dal suo inizio, di stabilire il nesso di causalità tra tale evento e lo stato di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che oramai sempre più connota le PMI italiane. La norma potrebbe, invero, assumere un criterio interpretativo, orientando a ricercare in fattori del tutto eccezionali, e comunque esogeni alla dinamica negoziale delle parti, quelli rilevanti per l'applicazione del regime equitativo.

Non resta che ritenere, concordemente con i primi commentatori, che il nuovo istituto rappresenti piuttosto un'ulteriore evoluzione della disciplina della crisi, introducendo nuovi principi e nuovi interessi, tra cui solo per citarne alcuni: l'obbligo di cooperazione dei creditori, l'indipendenza dell'esperto, la creazione di una piattaforma informatica di raccolta di informazioni e di autovalutazione, l'intervento del giudice, eventuale ma assai penetrante, sia nella fase cautelare, che anche e soprattutto in quella

¹ Nelle premesse è riportato quanto segue: «*Ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di introdurre misure di supporto alle imprese per consentire loro di contenere e superare gli effetti negativi che l'emergenza epidemiologica da SARS-CoV-2 ha prodotto e sta producendo sul tessuto socioeconomico nazionale; Considerata, a tal fine, l'esigenza di introdurre nuovi strumenti che incentivino le imprese ad individuare le alternative percorribili per la ristrutturazione o il risanamento aziendale e di intervenire sugli istituti di soluzione concordata della crisi per agevolare l'accesso alle procedure alternative al fallimento esistenti*»; mentre nella Relazione si sottolinea che il Decreto «*interviene nella attuale situazione di generalizzata crisi economica causata dalla pandemia da SARSCoV-2 per fornire alle imprese in difficoltà nuovi strumenti per prevenire l'insorgenza di situazione di crisi o per affrontare e risolvere tutte quelle situazioni di squilibrio economico-patrimoniale che, pur rivelando l'esistenza di una crisi o di uno stato di insolvenza, appaiono reversibili*».

del concordato semplificato, dove può giungersi ad omologa in assenza del voto dei creditori. Quest'ultima norma tende evidentemente ad incentivare il raggiungimento di intese, rappresentando ai creditori, in loro assenza, un possibile esito unilaterale².

Molte altre disposizioni, ivi comprese quelle in tema di misure cautelari o la sospensione delle deliberazioni sul capitale erano già patrimonio acquisito di altri interventi legislativi e si spiegano in ragione dell'esigenza di attendere gli esiti del programma di risanamento e della rinegoziazione con i creditori, che potrebbero elidere eventuali perdite.

Trascorso ormai qualche anno dal momento in cui è venuto alla luce, senza entrare in vigore, il nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza, con il chiaro intento di realizzare un consolidamento delle diverse procedure esistenti, si assiste dunque all'insorgere di una nuova disciplina speciale, entrata in vigore persino prima del più ampio intervento riformatore³, sull'onda di un'emergenza pandemica che in realtà sembra destinata a restare solo mera petizione di principio, mentre la nuova legislazione sembra piuttosto doversi integrare appieno, e di conseguenza coordinare, con quella di carattere più generale, rispetto alla quale, come si vedrà anche più avanti, vi sono numerosi elementi di sovrapposizione.

2. La natura “concorsuale” dell'istituto.

Un tema che appare utile scrutinare consiste nell'assimilare il nuovo istituto ad un meccanismo di regolazione concorsuale della situazione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, che rende probabile la

² Anche se talune tipologie di ‘creditori istituzionali’, tra cui le banche e gli enti pubblici, potrebbero mal digerire un'attività negoziale nell'ambito delle proprie procedure o delle regole di vigilanza, preferendo piuttosto lasciare che la proposta di composizione trovi uno sbocco vincolante attraverso la procedura di concordato semplificato.

³ Sul punto, si precisa che lo schema di decreto legislativo recante “*modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della direttiva (UE) 2019/1023*”, approvato dal Consiglio dei Ministri del 17.03.2022, già prevede, ancor prima della loro entrata in vigore, modifiche ed abrogazioni alle disposizioni del predetto codice, nonché del D.L. 24.08.2021, n. 118. In particolare, l'intervento riformatore mira ad integrare la disciplina della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa all'interno del CCII, rendendola strutturale, malgrado le ragioni contingenti che hanno condotto alla sua entrata in vigore.

crisi o l'insolvenza dell'impresa ovvero ad una soluzione negoziale, di matrice privatistica, assimilabile a procedure di ADR (*Alternative Dispute Resolution*).

L'indagine deve dunque muovere dai requisiti tradizionalmente intesi della concorsualità, la coattività e la universalità, intese quale soggezione di tutti i creditori e di tutti i beni alla regola dell'esecuzione collettiva, nel tempo oggetto di ampio dibattito. Secondo una prima dottrina l'esecuzione concorsuale sarebbe una specie del più ampio genere dell'espropriazione forzata. L'identità di funzione della procedura concorsuale con l'espropriazione singolare è riscontrabile non solo nei presupposti, ma anche negli effetti prodotti dalla sentenza dichiarativa di fallimento, che coincidono, seppur e in parte, con quelli del pignoramento⁴.

Il dibattito si è successivamente articolato in relazione all'evoluzione legislativa, che ha introdotto nuove procedure concorsuali. Alcuni hanno parlato di un procedimento di giurisdizione volontaria per l'assenza del giudicato⁵; altri di un provvedimento d'urgenza⁶; altri ancora hanno

⁴Così RICCI, *Lezioni sul fallimento*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 128 s.; SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma 1964, p. 4 ss. ALLORIO-COLESANTI, *Esecuzione forzata* (dir. proc. civ.), in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1960, VI, p. 732. Per SEGNI, *La sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1938, p. 236 ss., la procedura concorsuale non è semplicemente il cumulo delle azioni esecutive individuali, ma una "azione collettiva" della quale lo Stato sarebbe l'unico titolare, che consiste nella «surrogazione dell'attività di organi giurisdizionali a quella dell'obbligato e dell'avente diritto». Secondo ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1936, p. 284, la dichiarazione d'insolvenza è un "atto di sequestro esecutivo". CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1929, p. 35, in un primo momento ritenne che la sentenza di fallimento fosse soltanto un "puro provvedimento esecutivo", al pari del pignoramento nell'espropriazione singolare. Successivamente, ID., *Natura del processo di fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1937, I, p. 217, ritenne la sentenza dichiarativa del fallimento come un provvedimento di giurisdizione volontaria, anche se con funzione esecutiva. Nel vigore del codice del 1882, CANDIAN, *Diritto fallimentare italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, p. 399, ricostruiva il fallimento come un processo esecutivo collettivo, mentre BRUNETTI, *Natura giuridica del processo di fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, p. 666, lo definiva un processo di liquidazione. *Contra* BONGIORNO, *La dichiarazione di fallimento*, in *Le procedure concorsuali. – Il Fallimento*, Trattato diretto da Ragusa Maggiore e Costa, Torino, 1997, I, p. 266, sostiene che alcuni fenomeni, tipici del fallimento (spossessamento, amministrazione del patrimonio responsabile, liquidazione dell'attivo) non coincidono esattamente con gli analoghi istituti (pignoramento, custodia, vendita) disciplinati dal codice di rito per l'esecuzione individuale.

⁵CARNELUTTI, *Natura del processo di fallimento*, cit., p. 213; FAZZALARI, *Istituzioni*

ritenuto la procedura concorsuale un procedimento di giurisdizione contenziosa⁷. Infine, vi è chi ritiene che l'impostazione più corretta sia quella di attribuire al fallimento una "peculiarità esclusiva", negando quindi che possa ricondursi ad alcune delle categorie «più generali, come l'esecuzione forzata, la giurisdizione volontaria, il processo di stato, la giurisdizione di diritto oggettivo»⁸.

Non si è mancato di evidenziare come «a differenza dell'espropriazione singolare, quella concorsuale è caratterizzata da un evidente fine pubblicistico, perché diretta ad eliminare i cosiddetti effetti pregiudizievoli dell'insolvenza attraverso due diversi fondamentali principi, ontologicamente connessi, quali: a) l'universalità oggettiva di cui all'art. 42 l. fall.; e b) l'universalità soggettiva ex artt. 51 e 52 l. fall.» La prima costituita dai beni inventariati, ma anche da «quelli non noti e futuri, nonché quelli non ancora realizzati o realizzabili e a quelli fuoriusciti dal patrimonio del fallito», la seconda universalità consente "al concorso dei creditori" di operare in maniera più piena ed incisiva rispetto all'esecuzione singolare⁹.

di diritto processuale, Padova, 1992, p. 558; PICARDI, *La dichiarazione di fallimento dal procedimento al processo*, Milano, 1974, pp. 198-208.

⁶CALAMANDREI, *La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento cautelare*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 279.

⁷BONGIORNO, *Il processo di fallimento come normativa senza giudizio – Premesse per una ricerca sulla natura giuridica del fallimento e sulla struttura dell'istituto –*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, I, Padova, 1982, p. 180 ss.; ID., *I provvedimenti del tribunale fallimentare*, Milano 1979, p. 129 ss.; ID., *La dichiarazione di fallimento*, cit., p. 265, per il quale si tratta di un processo «a cognizione sommaria, teso ad assicurare la realizzazione delle obbligazioni assunte dalle imprese commerciali e caratterizzato in ogni suo episodio [...] dalla continua presenza dei contrapposti interessi dei creditori e del debitore, dei creditori [...]». Così anche N. JAEGER, *Il fallimento e le altre forme di tutela giurisdizionale*, Milano, 1964, p. 118, per il quale il conflitto tra i soggetti interessati è una "lotta di tutti contro tutti"; Sulla stessa posizione SATTA, *Regola giuridica del fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, II, p. 325).

⁸FARINA, *La sentenza dichiarativa di fallimento*, in A. JORIO-B. SASSANI (a cura di), *Trattato delle Procedure Concorsuali*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2014, p. 534 ss.).

⁹FARINA, *op ult. cit.*, p. 534. Sul tema vedi anche ANDRIOLI, *La posizione del creditore nell'esecuzione singolare e nel fallimento*, in *Foro it.*, 1934, IV, p. 159; CANDIAN, *Il processo di fallimento*, Padova, 1934, p. 3 ss.; FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 5 ss.; GARBAGNATI, *Fallimento ed azioni dei creditori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 165 ss.; GUGLIELMUCCI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Torino 2000, p. 5 ss.; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, p. 92 ss. Accede ad una nozione di concorsualità "dinamica", cioè estesa a tutti i beni che possono essere

Si è a lungo dubitato che fossero procedure concorsuali gli accordi *ex art. 182-bis*, l. fall., disputa poi risolta in senso affermativo dalla giurisprudenza di legittimità¹⁰, che invece la nega rispetta ai piani attestati di risanamento¹¹.

Altro connotato distintivo delle procedure concorsuali è stato ritenuto l'interesse pubblico¹², considerando come la tutela dei creditori non assurga sempre a valore fondamentale o prioritario di tutte le procedure concorsuali, come ad esempio l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi¹³, che tende principalmente alla salvaguardia degli assetti

riacquisiti all'attivo fallimentare, anche FABIANI, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2018, p. 3, 285, ivi per ulteriori riferimenti.

¹⁰Cass. Civ. Sez. I sent. 18 gennaio 2018, n. 1182, con nota di FABIANI, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2018, 3, p. 285, il quale evidenzia il rilievo dell'impresa quale organizzazione dei beni: «*In questa cornice, un fattore dominante per inclinare nella direzione della necessità che vi siano le procedure di crisi e di insolvenza è rappresentato, proprio, dal valore dell'impresa come organizzazione. L'espropriazione colpisce singoli beni, eventualmente una pluralità anche articolata di beni, ma pur sempre disaggregati*». In termini più sfumati Cass. Civ. Sez. I sent. n. 9087/2018, sempre in tema di accordi di ristrutturazione, parla di «*sfera della concorsualità*».

¹¹Cass. Civ. Sez. I sent. 1895/2018.

¹²*Ex multis* FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Milano, 2016, 17. MONTALENTI, *Il diritto concorsuale tra passato e futuro*, in MONTALENTI (a cura di) *Le Procedure Concorsuali Verso la Riforma tra Diritto Italiano e Diritto Europeo*, in Atti Convegno Courmayeur 23-24 settembre 2016, collana *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, 2018, evidenzia che: «*La prima contrapposizione di interessi sottesi al problema della soluzione della crisi d'impresa consiste nell'antinomia tra (i) procedure concorsuali mirate all'espulsione dal mercato dell'impresa decotta e (ii) procedure finalizzate al recupero del valore dell'impresa e della continuità aziendale*». Così anche NUZZO G., *Il Conflitto di interessi dei creditori nei concordati*, Giuffrè, Milano, 2019 p. 126 ss.

¹³Alla stregua di quanto accade nella procedura di A.S., dove, nonostante l'art. 2 della legge richiamasse l'interesse dei creditori, si era osservato che tale richiamo aveva carattere meramente rituale, posto che nessuno strumento era previsto per assicurarne il rispetto. La stessa dizione della legge («*tenendo anche conto*») dimostrava a detta dei più che si trattava di un interesse soltanto marginale rispetto ai veri obiettivi della nuova normativa, fatti palesi dal riferimento agli «*indirizzi della politica industriale*» e dall'espressa sollecitazione a che fosse «*preservata l'unità dei complessi operativi*» (art. 2, comma 5). Cfr. RICCI, *La tutela dei creditori dell'imprenditore nell'amministrazione straordinaria: problemi di legittimità costituzionale*, in *Fallimento*, 1984, p. 100 ss., ed APICE, *Amministrazione straordinaria: quale tutela per i creditori anteriori?* cit., p. 190

produttivi e dell'occupazione, anche al fine di evitare crisi sistemiche ¹⁴.

ss. Avverso il provvedimento autorizzativo della prosecuzione dell'esercizio dell'impresa, l'unico rimedio era costituito dall'impugnazione avanti al giudice amministrativo, situazione che aveva fatto affermare che il diritto del creditore concorrente digradava ad interesse legittimo. Cfr. MINERVINI, in *Giur.comm.*, 1981, I, p. 863. Per ulteriori approfondimenti cfr. RORDORF, *Le procedure concorsuali e la "par condicio" fra diritto positivo, usi alternativi e prospettive di riforma*, in *La tutela dei diritti soggettivi nelle procedure concorsuali*, in *Quaderni del C.S.M.*, Roma, 1989, n. 25, p. 15 ss.; ROVELLI, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi – Introduzione*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Panzani, II ed., Torino, 2014, IV, p. 98, 1341 ss. Autorevole orientamento dottrinale (OPPO, *Profilo sistematico dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 233 ss.) affermava la ragionevolezza dal punto di vista costituzionale della disciplina dettata dalla legge Prodi, sostenendo che l'attuazione dell'esperimento risanatorio nel sistema della legge rimaneva condizionato al rispetto del diritto dei creditori, con la conseguenza che il mancato rispetto di tale interesse rendeva impugnabile l'atto amministrativo che aveva disposto l'amministrazione straordinaria avanti al giudice amministrativo per eccesso di potere; in tal senso Cass. 28.11.1990, n. 11445, in *Fallimento*, 1991, p. 562.

¹⁴FABIANI, *op ult. cit.*, che evidenzia come « [...] il soddisfacimento dei creditori è sì una componente essenziale di una procedura di insolvenza ma per scelte di politica economica che assai poco si armonizzano col diritto, può essere fortemente compressa quando l'ordinamento reputa prevalenti interessi diversi (da quelli dei creditori): uno fra tutti, l'interesse alla continuità dell'attività di impresa, a sua volta giustificato, ad esempio, dall'interesse al mantenimento dei livelli occupazionali». Per SAVIOLI, *Crisi e Risanamento d'Impresa*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 196 ss., la rimozione della causa della crisi sconta il "costo del dissesto", individuabile nelle risorse da impiegare per il risanamento dell'impresa. Tale costo è di natura: "sociale" per la perdita di valore aggiunto nella rete economica del territorio e per le conseguenti minori opzioni di sviluppo; "imprenditoriale" per il rischio di contagio ad altre attività imprenditoriali (indotto); "personale" per la distruzione anche del patrimonio personale dell'imprenditore a causa delle sue responsabilità civili e penali. Accertato il dissesto la scelta tra continuità e liquidazione è determinata da una valutazione delle cause, che possono essere reversibili o irreversibili. Il ripristino dei "fisiologici equilibri aziendali" (cause reversibili) o «l'alterazione non sanabile degli equilibri fondamentali» (cause irreversibili) dipende da circostanze: (i) "soggettive", l'indisponibilità di capitali da parte dell'imprenditore; l'inadeguatezza del management, l'impossibilità per l'imprenditore di accedere ai mercati approvvigionamento e di sbocco; ovvero (ii) "oggettive", la tardività degli interventi necessari. Determinante – al fine di valutare la convenienza della "continuità aziendale" – è, quindi, la corretta individuazione della tipologia della causa della crisi e del residuo valore aziendale. Tale valutazione non appartiene solo ai creditori (per il loro voto), ma anche: alla proprietà e al management (ricapitalizzazione), agli stakeholder "esterni" (finanziamenti), ai dipendenti (*Workers Buy out*) e allo Stato. Quest'ultimo dovrà, infatti,

Nel caso in esame è dato rinvenire diversi elementi che portano a ritenere, sia pur in modo diverso, soddisfatti i principali connotati tipici delle procedure concorsuali. Vi è anzitutto un obbligo da parte dell'imprenditore di «*rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente e di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente le ragioni dei creditori*» (art. 4 comma 5°). L'accesso alla procedura è vincolato alla indicazione di una serie di informazioni (art. 5); l'intera procedura è regolata dalla presenza di un soggetto, l'esperto, indipendente e di nomina pubblica; i creditori sono destinatari di regole particolari, sono loro inibite, come nel concordato preventivo, determinate azioni, ancorché tale effetto non sia automatico (come nell'art. 168 L.F.) e generalizzato, potendo riguardare solo alcuni di essi, e sono previste regole che assicurino una parità di trattamento¹⁵. Di recente è stato introdotto persino il dovere di segnalazione ad opera di enti pubblici quali INPS o agenzia delle Entrate (art. 30-*sexies* L. 233 del 29.12.2021), che costituisce una sostanziale anticipazione delle più volte rinviate, ed anche criticate, “*procedure di allerta*”.

Anche la *par condicio* appare garantita, accedendo a regola generale di

considerare i supporti economici da fornire all'impresa in crisi e il futuro incasso di imposte in caso di prosecuzione dell'attività imprenditoriale. Incassi da valutare anche in maniera indiretta per il valore aggiunto creato dalla “*continuità aziendale*” nel territorio di appartenenza. L’ “*eterogeneità*” degli interessi tutelati dalle procedure concorsuali mettono in dialogo più soggetti la cui stessa esistenza può dipendere dalla continuità o dalla liquidazione di una determinata impresa. Appare quindi corretto ritenere superata – anche per la novella normativa – la tesi per la quale la disciplina del “fallimento” è posta a tutela dei soli creditori (NUZZO, *Il Conflitto di interessi dei creditori nei concordati*, Giuffrè, Milano, 2019 p. 126 ss. sub nt. 113 «*Nelle procedure di tipo liquidatorio, in altri termini, al centro dell'attenzione del legislatore restano solo il patrimonio del debitore e i diritti che i creditori vantano su tale patrimonio [...]*»).

¹⁵ TERRANOVA, *I nuovi accordi di ristrutturazione il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa*, in *Dir. fall.*, 2012, 1, 10001, ritiene che: «*Le procedure concorsuali non sono caratterizzate dal fatto che una pluralità di creditori “concorre” nella distribuzione di quanto si ricava dalla vendita coattiva dei beni del debitore (se così fosse, né i concordati, né le amministrazioni straordinarie, né le vecchie amministrazioni controllate avrebbero potuto essere annoverate tra le predette procedure), bensì dal fatto che le iniziative dei singoli creditori vengono impedito, o sospeso, per un lasso di tempo più o meno lungo, al fine di favorire il perseguimento di un interesse collettivo, che poi può essere quello di liquidare in maniera ordinata i beni del debitore, o di trovare soluzioni alternative*».

comportamento nelle ipotesi di squilibrio tra patrimonio e debito, anche solo potenziale e trovando riferimento nell'art. 9, più avanti esaminato. Peraltro, la S.C. ha ritenuto applicabile anche al di fuori dell'ambito delle procedure concorsuali l'obbligo del debitore di garantire la *par condicio*, in fasi che potrebbero preludere a quella più propriamente patologica, come ad esempio la liquidazione¹⁶. Ciò a maggior ragione dovrebbe valere in ipotesi in cui è conclamata l'esigenza di non poter soddisfare interamente e regolarmente le obbligazioni, ed occorre pertanto evitare ingiusti pregiudizi (art. 4 comma 5°).

La possibile critica relativa alla natura solo eventuale dell'intervento degli organi della giurisdizione può essere superata partendo da un triplice ordine di argomentazioni: a) la prima è di rilievo essenzialmente pratico: saranno ben poche le istanze che non contemplino la richiesta di misure protettive o che non implicino l'intervento del Tribunale, sotto forma di autorizzazione, di rinegoziazione ed in ogni altra prevista, anche perché questi sembrano i principali benefici della misura, se non le più impellenti ragioni per cui ricorrervi; b) anche ammettendo che in astratto il giudice possa non intervenire, qualora ciò invece accada, ci si troverebbe comunque in una condizione equiparabile a quella determinata dall'insorgere di una procedura concorsuale; c) lo strumento per la richiesta di misure cautelari (ex art. 7) è il ricorso corredato da un apparato documentale persino superiore a quello previsto in tema di concordato in bianco; è esplicitamente richiamato il rito cautelare ex art. 669-*bis* e seguenti c.p.c.. È dunque innegabile la sua connotazione propriamente giurisdizionale.

D'altra parte, se pur appaia condivisibile che, stante la relatività degli effetti ai soli creditori interessati, solo questi ultimi assumano la qualifica

¹⁶FABIANI, *La regola della par condicio creditorum all'esterno di una procedura di concorso*, in *Fallimento*, 2020, 3, p. 329, ne indaga l'applicazione all'ipotesi di società in liquidazione, come recentemente ritenuto da Cass. Civ. Sez. III Ord. 15.01.2020, n. 521. L'a. illustra la diversità di regole che presiedono l'ordine dei pagamenti nelle condizioni fisiologiche rispetto a quelle di crisi, desumendo che la regola del concorso presupponga l'incapienza del patrimonio del debitore a fare fronte alle pretese creditorie e collegando l'evidenza di ciò all'obbligo di attivarsi tempestivamente al ricorrere di segnali di crisi, salvo concludere che in assenza di segnali in tal senso non debbano modificarsi in ragione dello stato di liquidazione le normali regole e negando quindi l'applicazione generalizzata del principio della *par condicio creditorum* alle procedure di liquidazione.

di parti necessarie del procedimento¹⁷, è pur vero che tutti quanti subiscono gli effetti di misure protettive, quali il divieto della dichiarazione di fallimento, mentre sono legittime le istanze in tal senso, medio tempore sospese, ma non dichiarate inammissibili. Peraltro, a mente dell'art. 7 comma 6°, non sembra di dover limitare ai soli creditori interessati dalle misure l'adozione di eventuali istanze di revoca di queste ultime, considerando anche il rilievo di tale evidenza da parte dell'esperto, espressione di un interesse pubblico¹⁸. L'intervento del giudice segna dunque lo spartiacque tra una fase che potremmo entro certi limiti paragonare ad una sorta di procedimento di mediazione - pur connotata da una fase di "disclosure" sotto un'egida pubblicistica - ed un'altra più propriamente affine ad una procedura concorsuale.

Ciò posto, taluni autori individuano nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa un peculiare meccanismo di mediazione affidato ad esperto indipendente, quale *step* ulteriore nel percorso di privatizzazione delle procedure di gestione della crisi, alla luce della relazione assai complessa e tradizionalmente difficile intercorrente tra autonomia privata ed insolvenza.¹⁹ Un meccanismo, dunque, di matrice

¹⁷ In questo senso Trib. Roma 2 febbraio 2022 G.I Ceccarini, su www.ilcaso.it. Che peraltro evidenzia l'esigenza di specificare le ragioni della richiesta di misure protettive, senza limitarsi ad una generica ed indistinta richiesta di sospensione delle azioni nei confronti del patrimonio del debitore, che in effetti rappresenta un automatismo tipico della domanda di concordato con riserva (art. 168 L.F.) ed è rispetto a tale istituto uno dei principali elementi distintivi. Trib. Firenze 29.12.2021 invece non richiede alcuna specifica indicazione per procedere ad una sospensione generalizzata.

¹⁸ Si noti come l'art. 30-*quinquies* della L. 233/2021 preveda per i debiti complessivamente inferiori a 30.000 euro una procedura di moratoria automatica basata sul principio del silenzio assenso; la richiesta avviene tramite la stessa piattaforma informatica ma è in effetti indipendente dall'avvio di una procedura di composizione della crisi. La comunicazione ai creditori avviene attraverso qualsiasi mezzo. Si tratta di norma apparentemente *extra ordinem* perché prescinde dalla volontà del creditore, ma di effetti limitati per la dimensione quantitativa del debito dilazionabile.

¹⁹ Così MACARIO, *La composizione negoziata della crisi e dell'insolvenza del debitore*, in *Contratti*, 2022, 1, 5, che sul punto afferma: «La novità, consistente nella previsione di un "percorso" di mediazione affidato ad un esperto indipendente e finalizzato alla composizione del debito, se per un verso rivela la sintonia con la disciplina delle ristrutturazioni di matrice europea, per altro verso si svolge e rappresenta un ulteriore passo importante nel solco della filosofia di fondo della riforma, individuata sin dall'inizio nella cosiddetta "privatizzazione" delle procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza. Una sorta di motivo dominante della riforma, quest'ultimo, che ha finito

negoziale, deputato al raggiungimento di una decisione in merito alla composizione del debito rimessa all'accordo dei soggetti coinvolti (imprenditore, creditori ed eventuali terzi interessati) e preceduta da trattative, garantite dalla presenza di un mediatore (l'esperto indipendente)²⁰ e dalla possibilità di avvalersi di uno specifico "statuto di protezione" (art. 4, co. 4 - 7 e art. 9) che lo differenzia dal piano attestato di risanamento (artt. 56 CCII e 67, co. 2, l.fall.), concluso senza l'apporto di alcun facilitatore imparziale e meccanismi preventivi di protezione²¹.

Per altro verso si opina come l'epilogo nel cosiddetto "concordato minore" recepisce gli esiti dell'infruttuoso tentativo negoziale e ne mutua interamente i presupposti e i contenuti; il tribunale omologa quanto i creditori si erano rifiutati di acconsentire; viene superata la fase di ammissibilità, qui sostituita da quella di composizione negoziata, e il voto

*per determinare, sul piano sistematico, un altrettanto inedito rapporto tra i concetti di contratto, quale atto negoziale (impiegato per una finalità certamente estranea alla sua tradizione, ossia la gestione della crisi e dell'insolvenza del debitore) e di impresa, quale attività economica produttiva (anche in questo caso, da salvaguardare, con gli strumenti giuridici più idonei e nel bilanciamento dei diversi diritti e interessi coinvolti, invece di limitarsi a prendere atto della sua crisi, quasi sempre registrata nel momento della sua insanabilità, in termini di definitiva e irreversibile insolvenza)». Escludono dall'alveo della concorsualità la procedura di composizione negoziata per la soluzione della crisi anche AMBROSINI, *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, I, 919, nonché FABIANI – PAGNI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *Diritto della crisi*, 2 novembre 2021, che affermano «Il percorso di composizione negoziata non è una procedura concorsuale, ma esclusivamente un luogo in cui il debitore entra volontariamente, o per spinta "gentile", e nel quale si dipana lo svolgimento di trattative alla presenza di un terzo che, però, non assiste l'imprenditore, ma ha il compito di facilitare e stimolare gli accordi; il terzo, dunque, coadiuva le parti nella comunicazione, nella comprensione dei problemi e degli interessi di ciascuna. Non si è dinanzi ad una procedura concorsuale "vicaria", nonostante la previsione di una protezione del patrimonio, perché non vi è: (i) alcuna apertura di un procedimento di regolazione della crisi; (ii) alcun organo della procedura; (iii) alcun blocco di crediti e debiti; (iv) alcuna previsione di un ordine di distribuzione; (v) alcun, neppur minimo, spossamento (vi); alcuna necessità di coinvolgimento di tutti i creditori (vii) alcuna formazione di una "massa" segregata a favore di taluni creditori».*

²⁰ L'esperto indipendente costituisce il motore di tutto il procedimento, essendogli "affidato il compito" sostanziale «di agevolare le trattative necessarie per il risanamento dell'impresa» (Cosi Relazione allo schema di decreto-legge).

²¹ Cfr. RANA, *Il non facile coordinamento tra composizione negoziata, regolazione concorsuale della crisi e iniziative cautelari*, in *Fallimento*, 2022, 2, 153.

dei creditori. Le fasi propedeutiche all'omologa, dunque, vengono ad integrarsi pienamente nel procedimento giudiziale e ne costituiscono un elemento imprescindibile, data la forte connotazione pubblicistica e il ruolo dell'esperto indipendente, assimilabile ad un ausiliario del giudice²². Così come è accaduto per gli accordi di ristrutturazione, talune peculiari caratteristiche sono dunque riconducibili all'alveo della concorsualità, comportandone, dunque, l'appartenenza al relativo sistema. D'altra parte, essa, come si vedrà nel successivo paragrafo, non soltanto è perfettamente sovrapponibile ad altre procedure per identità di presupposti, ma vieppiù il recente ed ulteriore intervento normativo esaminato in bozza la integra appieno nel sistema del Codice della Crisi, significandone a maggior ragione la connotazione non strettamente privatistica ed in linea con le finalità dell'intervento di armonizzazione delle procedure di ristrutturazione del debito della Direttiva (UE) 2019/1023 (cd. "*Direttiva Insolvency*").

3. I presupposti soggettivo e oggettivo. Il perimetro "ampio".

Sul piano soggettivo, l'accesso alla misura è riservato agli imprenditori, sia agricoli che commerciali. Essendo da tempo ormai superata la tesi dell'esistenza della cd. "*impresa civile*", la disciplina deve ritenersi ampiamente applicabile a tutte le categorie di imprenditori e, si ritiene, anche alle società in mano pubblica, a mente di quanto previsto dall'art. 14 ed anche dall'art. 1, comma 3 del TUSP in forza di cui: *«per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato»*.

Si tratta, in sostanza, della più ampia procedura di ristrutturazione del debito che oggi possa dirsi esistente nel nostro ordinamento, essendo

²² L'art. 18 co. 3 e 4 prevede la nomina di un ausiliario che fornisca un parere al giudice, ma recepisce tra gli altri elementi conoscitivi e valutativi la relazione e il parere dell'esperto, che assumono particolare rilevanza proprio per desumere che i risultati attesi dalla liquidazione siano perseguibili e non deteriori rispetto all'alternativa fallimentare. In effetti dunque, anche l'esperto, pur non essendo nominato dal Giudice (ma da una commissione di cui fa parte il Presidente del Tribunale delle Imprese), svolge attività di ausilio allo svolgimento di una fase giurisdizionale.

sovrapponibile ad ogni altra ed escludendo dal proprio ambito di applicazione solo i privati ²³, cui sono riservate le procedure per la composizione della crisi da sovraindebitamento di cui alla legge n. 3/2012²⁴.

È prevedibile che in conseguenza di una estensione talmente

²³ Potrebbe persino porsi il tema che, accogliendo la visione comunitaria di professionista, cui oggi è riservata la disciplina del sovraindebitamento, anche il nuovo istituto sia esteso a tali categorie.

²⁴ Alla luce di una comparazione tra la disciplina delle procedure in questione e quella della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, oltre alla evidente differenza concernente il presupposto soggettivo sotteso alle predette, viene subito in risalto un'ulteriore peculiare dissomiglianza: la diversa regolamentazione del meccanismo di blocco delle azioni esecutive e cautelari nuove o in corso, esperite dai creditori dell'imprenditore. Le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento soffrono di una disparità di trattamento rispetto alle cc.dd. procedure concorsuali maggiori. Queste ultime, infatti, a differenza delle prime accedono a meccanismi di blocco automatici delle summenzionate azioni esecutive e cautelari (artt. 51, 168, 182 bis l. fall.). Le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, invece, prevedono sì detti meccanismi di blocco, ma ne rimettono l'applicazione al giudice (artt. 10, co. 2, lett. c; 14 quinquies, co. 2, lett. b, legge n. 3/2012). Ciò posto, la disciplina della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, prevede, invero, un particolare meccanismo di blocco delle azioni esecutive e cautelari nuove o in corso, attivabile unicamente su istanza dell'imprenditore. Tale istanza è pubblicata nel registro delle imprese unitamente all'accettazione dell'esperto e, dal giorno della pubblicazione, i creditori non possono acquisire diritti di prelazione, se non concordati con l'imprenditore, né possono *"iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa"* (art. 6, D.L. n. 118/2021). L'accettazione della nomina da parte dell'esperto si pone quale *condicio sine qua non* ai fini dell'attivazione del meccanismo di blocco (cfr. Trib. Brescia 02.12.2021, in *Ilfallimentarista.it*, 9 dicembre 2021; Corte App. Brescia, sez. IV, 02.12.2021, in *Diritto & Giustizia* 2021, 10 dicembre 2021), in assenza della quale, nonostante la presentazione dell'istanza, il predetto non può trovare applicazione (cfr. DE SANTIS, *Le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2021, 12, 1536). Lo stesso giorno della pubblicazione dell'istanza e dell'accettazione, l'imprenditore deve chiedere al tribunale competente ai sensi dell'art. 9 del Regio Decreto 16.03.1942, n. 267 la conferma o la modifica delle misure protettive e, ove occorre, l'adozione dei provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative (cfr. Tribunale Firenze, 29 dicembre 2021, in *Ilfallimentarista.it* 04.02.2022; Tribunale Roma, sez. fall., 24.12.2021, in *Ilfallimentarista.it* 31 dicembre 2021).

²⁵ Così MANSOLDO, *Adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella gestione della crisi di società per azioni*, in *Contratto e Impr.*, 2021, 4, 1288, che richiama GHEDINI - RUSSOTTO, *L'istituto della composizione negoziata della crisi*, in *Dirittodellacrisi*, 19.10. 2019, p. 17.

generalizzata ed altresì dell'esistenza di un dovere di segnalazione anche a carico di enti pubblici, l'istituto possa avere una forte ampiezza applicativa, ancorché la novità ed i suoi prevedibili costi ne stiano frenando, allo stato, l'accesso, come si apprende dai primi dati provenienti dal sistema camerale, che indicano in poche decine le domande pervenute presso il distretto di Roma alla fine del mese di febbraio 2022.

Da un punto di vista oggettivo, invece, la norma parla di «*condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa*» (art. 4). Se confrontata con la nozione di crisi, definita quale «*stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*» (ex art. 2, comma 1, C.C.I.I.), quest'ultima, a differenza della prima, sembra realizzare una crasi tra la nozione tradizionale di insolvenza, intesa quale incapacità patrimoniale dell'imprenditore di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni e quella di derivazione aziendalistica, misurata in termini di flussi e tale da evidenziare una situazione di grave tensione finanziaria che impedisce – nell'unità di tempo presa in considerazione – il soddisfacimento delle obbligazioni in essere. Il legislatore, invero, nella formulazione del presupposto oggettivo della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, sembrerebbe, *prima facie*, aver adottato un parametro parzialmente sovrapponibile a quello richiamato dalla summenzionata definizione di crisi, atteso che anche in tale nozione ritorna il concetto di squilibrio economico-finanziario. Tuttavia, sul punto, occorre tener presente che tale squilibrio patrimoniale o economico-finanziario è prodromico allo stato di crisi e di insolvenza e, pertanto, può considerarsi quale situazione anteriore alla crisi stessa (una sorta di precrisi)²⁵, da interpretarsi alla luce dei principi e dei criteri economico-aziendali.

Taluni autori evidenziano che le “*condizioni di squilibrio*” rappresentano un elemento poco utile a fini interpretativi, in quanto ciò che rileva *in specie* è unicamente la situazione di “*probabile crisi o insolvenza*”

²⁵ Così MANSOLDO, *Adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella gestione della crisi di società per azioni*, in *Contratto e Impr.*, 2021, 4, 1288, che richiama GHEDINI - RUSSOTTO, *L'istituto della composizione negoziata della crisi*, in *Dirittodellacrisi*, 19.10. 2019, p. 17.

in cui verte l'imprenditore, in assenza di cui non può ritenersi integrato il presupposto per accedere alla procedura *de qua*²⁶. L'intervento di risanamento auspicato dal legislatore attraverso la composizione negoziata per la soluzione di crisi d'impresa presuppone una precocità dell'intervento stesso rispetto ad una situazione di crisi, in assenza della quale il presupposto oggettivo verrebbe meno, precludendo all'imprenditore in difficoltà l'utilizzo della procedura. Il vero elemento di novità sembra dunque piuttosto risiedere nell'elemento probabilistico, ossia nella ragionevole perseguibilità del risanamento, che implica l'utilizzo di strumenti predittivi, quali analisi di sensitività o gli "stress test", disponibili presso la piattaforma di autovalutazione, nonché di questionari volti a verificare la possibilità di redigere un piano di risanamento, sotto forma di *best practices* mutuata dalla prassi in tema di redazione dei medesimi.

Potrebbe opinarsi che, in assenza di tale elemento probabilistico, non possa darsi accesso alla procedura, ma debba perseguirsi una diversa e più radicale alternativa. Tuttavia, gli artt. 6, 9 e 23 del decreto, suggeriscono come dal perimetro applicativo della norma non debbano escludersi le imprese già in crisi o addirittura insolventi:

- l'art. 6, comma 4, stabilisce che dal giorno della pubblicazione in CCIAA dell'istanza per l'applicazione di misure protettive del patrimonio fino alla conclusione delle trattative ovvero fino al momento dell'archiviazione dell'istanza, ricorrendone i presupposti, la sentenza dichiarativa di fallimento (o di accertamento dello stato di insolvenza) non può essere pronunciata;
- l'art. 9, comma 1, stabilisce che, nel corso della composizione negoziata, quando risulta che l'imprenditore è insolvente, ma

²⁶ Così A. ROSSI, *Il presupposto oggettivo, tra crisi dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, in *Fallimento*, 2021, 12, 1501, il quale ritiene che «occorre quindi interrogarsi sulla misura del segmento della crisi che corrisponda alla probabilità di crisi o di insolvenza evocata dall'art. 2.1, D.L. n. 118/2021, segmento che idealmente muove dalla percezione intima dell'imprenditore circa l'esistenza di difficoltà dell'impresa (normalmente corrispondenti alle condizioni di squilibrio, anche prospettiche, evocate dalla norma), muove lungo una progressiva esternazione delle difficoltà limitata a pochi, attenti creditori (a grandi linee identificabili con il ceto bancario e con i maggiori fornitori) e degenera infine nella massiva incapacità di regolare adempimento che corrisponde ad un vero e proprio stato d'insolvenza».

esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori;

- l'art. 23, comma 2, impedisce la presentazione dell'istanza di accesso alla composizione negoziata, fra le altre ipotesi, quando ci si trovi in pendenza dei procedimenti di omologazione di un accordo di ristrutturazione, per l'ammissione al concordato preventivo o, ancora, per la concessione di un termine ex art. 161, comma 6, l.f.

Sembra dunque che l'accesso alla procedura sia per un verso compatibile, in quanto alternativo, con altri rimedi e dall'altro fungibile con questi ultimi, i cui presupposti sono diversi e postulano una crisi conclamata. In altri termini il legislatore ha consentito l'anticipazione dell'emersione della crisi ma non ha distinto dagli altri lo strumento idoneo a consentirlo in termini di presupposti²⁷. Da ciò può inferirsi come non appaia particolarmente utile distinguere tra "*stato di crisi*" e "*precrisi*", stante che la misura sarebbe ugualmente applicabile in tutti i casi e ben difficilmente un imprenditore vi farà accesso senza averne realmente l'esigenza, salvo che non pensi opportunisticamente di cogliere l'occasione di rinegoziare con i creditori. Tuttavia, pensare che l'esperto o gli organi di giustizia possano prestarsi a tale intento appare sinceramente poco credibile²⁸.

Per altro verso l'accesso alla procedura costituisce anche un ombrello protettivo rispetto alle ipotesi di ritardo nella dichiarazione del dissesto, qualora la situazione sia più grave ed irreversibile; peraltro, ciò è coerente con la tesi, sopra riferita, della natura concorsuale del nuovo istituto, potendo esso applicarsi anche in presenza dei presupposti propri delle procedure concorsuali e ponendosi anche nella logica della cd "*consecutio*"

²⁷ La procedura è dunque compatibile e fungibile sia con tutti i noti istituti di ristrutturazione del debito previsti nell'attuale legge fallimentare e nella legislazione speciale e, una volta in vigore, nel CCII, che anche con quella di sovraindebitamento, laddove passibile di applicarsi all'imprenditore agricolo, senza che peraltro, in quest'ultimo caso, possa presentarsi una netta linea di demarcazione tra i presupposti dell'una e dell'altra. Peraltro, molto simili appaiono anche i possibili esiti, sia in termini di accordo che di omologazione del piano in assenza di consenso dei creditori.

²⁸ Volgendo lo sguardo alla controparte, è prevedibile che l'accettazione di una significativa rinuncia alle proprie ragioni creditorie possa comportare, specie per gli enti o le società particolarmente strutturate o dotate di processi decisionali complessi, l'esigenza di valutare attentamente possibili profili di responsabilità interna, non avendo intuitivamente rilievo esimente in tal senso il parere dell'esperto.

con esse (con l'applicazione delle relative regole tra cui quella dell'art. 111 L.F.), ove durante il procedimento emergano elementi che sfocino in una diversa direzione.

4. La gestione durante la procedura.

Il primo comma dell'articolo 9 recita: *«l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa»*. Stante la difficoltà di distinguere tra l'ordinario e lo straordinario in una fase particolarmente delicata quale quella in esame, il Decreto Dirigenziale del 28 settembre 2021 contiene al punto 7.3 della Sezione III *“Protocollo di conduzione della composizione negoziata”* una *check list* di atti ascrivibili alla straordinaria amministrazione. Si tratta di elenco esemplificativo e non vincolante, ma tuttavia utile, che, a quanto consta, rappresenta anche il primo esempio contenuto in una fonte comunque integrativa della legge (cui il diritto concorsuale è avvezzo a partire dal CCII), che qualifichi la categoria degli atti di straordinaria amministrazione; ciò potrebbe persino assumere rilievo più ampio²⁹.

Apparentemente pleonastici i successivi periodi, a partire da quello che fa obbligo di gestire l'impresa *«in modo da evitare pregiudizio alla*

²⁹ Una fonte integrativa simile, deputata alla qualificazione degli “atti eccedenti l'ordinaria amministrazione”, non è rinvenibile in relazione alle “altre” procedure concorsuali. In particolare, la giurisprudenza, stante il precipitato normativo di cui all'art. 161, co. 6, l. fall., si è interrogata a lungo sul criterio da utilizzare ai fini della distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione in riferimento al concordato preventivo. La Suprema Corte, di recente, innovando rispetto al passato, ha precisato che: *«in relazione alla qualificazione dell'atto compiuto dopo la presentazione della domanda di ammissione al concordato, occorre pur sempre valutare la particolare situazione in cui versa il debitore, e quindi considerare l'ordinarietà dell'atto anche in base al criterio di funzionalità che lo stesso finisce per avere in base alle finalità ricercate, vale a dire il raggiungimento della composizione della crisi attraverso un (benchè successivo) piano di concordato, liquidatorio o con continuità (o misto), che in ogni caso tuteli la migliore soddisfazione dei creditori»* (Cass. civ. Sez. I Sent., 29.05.2019, n. 14713). Ne deriva che, il criterio distintivo resta incentrato sulla idoneità dell'atto a pregiudicare i valori dell'attivo, compromettendone la capacità di soddisfare le ragioni dei creditori, tenuto conto del loro esclusivo interesse e non di quello dell'imprenditore in crisi. È evidente quindi che atti qualificabili, sul piano civilistico, quali atti di ordinaria amministrazione, possano assumere una qualificazione differente nell'ambito della procedura concorsuale *de qua*.

sostenibilità economico finanziaria dell'attività», stante che ciò dovrebbe configurare un fondamentale dovere dell'imprenditore o dell'amministratore in tutti i casi. Altrettanto per il successivo, dove è contemplato l'obbligo di gestire l'impresa nel prevalente interesse dei creditori quando *«l'imprenditore è insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento»*. Entrambe le espressioni sono state lette dai primi commentatori come un riferimento al concetto di *“continuità aziendale”*, il cui venir meno segna l'avvio di una gestione liquidatoria e finalizzata alla conservazione dei valori di realizzo³⁰. La *“continuità aziendale”* rappresenta il vero obiettivo della composizione negoziata per la soluzione della crisi - perseguibile sia, in via diretta, attraverso la prosecuzione dell'attività d'impresa, da parte dell'imprenditore, che in via indiretta, tramite la cessione dell'azienda da parte di quest'ultimo - che risponde all'esigenza di *“risanamento dell'impresa”* evocata dal D.L. n. 118/2021³¹. L'art. 9 presenta anche una chiara finalità deterrente, tanto è vero che si conclude affermando la permanenza delle *“responsabilità dell'imprenditore”*, declinate al plurale, evidentemente immaginando che le stesse trascendano il solo ambito della procedura.

Fanno capolino delle terminologie che evocano giudizi di merito o persino di opportunità, quali ad esempio la *“coerenza”* dei pagamenti

³⁰ Sul tema, autorevole dottrina rileva come la *«continuità aziendale è espressione evocativa del going concern con le relative prospettive di reddito di un'impresa destinata a permanere con efficacia ed efficienza sul mercato. Diversamente c'è il break up. In questo caso le aspettative di reddito dell'impresa svaniscono. Ed allora ecco che il presupposto della continuità aziendale va messo in discussione e verificato in maniera attenta, con tempi prudentemente cadenzati»* (VIVALDI, *La continuità aziendale al tempo dell'emergenza: un'illusione o una sfida?* in *Fallimento*, 2020, 10, 1215).

³¹ In tema di continuità aziendale indiretta, il Decreto Dirigenziale del 28 settembre 2021, al punto 8 della Sezione I, *“Test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento disponibile online”*, chiarisce *«se la continuità aziendale può essere perseguita solo in via indiretta, occorre 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»*, precisando al punto 2.7 della Sezione III, *“Protocollo di conduzione della composizione negoziata”* che *«in ogni caso, qualora l'esperto reputi che il risanamento possa avere luogo in via indiretta attraverso la cessione dell'azienda o di rami di essa, dovrà tener conto delle concrete manifestazioni di interesse eventualmente ricevute dall'imprenditore o da terzi, delle ragionevoli stime delle risorse realizzabili pur in assenza degli effetti dell'articolo 2560, secondo comma, del codice civile, e della loro adeguatezza a consentire il raggiungimento di un accordo con i creditori»*.

rispetto alle trattative e alle prospettive del piano, elemento che l'esperto deve verificare ed in caso negativo segnalare sia all'imprenditore che all'organo di controllo, dovendovisi opporre formalmente (con iscrizione del dissenso nel registro delle imprese) in caso di adozione, anche al fine di evitare eventuali addebiti a proprio carico.

Il regime delle autorizzazioni appare correlato al riconoscimento del beneficio della prededuzione, esattamente come nelle altre ipotesi di procedure concorsuali, ed è un altro segnale della appartenenza dell'istituto a tale contesto, così come il rimedio della rideterminazione equitativa del contratto, sia pur eccezionale, trova in realtà un riferimento nell'art. 169 bis della L.F. laddove è prevista la facoltà di sospensione ovvero di scioglimento del rapporto contrattuale, previo riconoscimento di un indennizzo. Non si tratta, dunque, di norma del tutto eccentrica rispetto al sistema delle procedure concorsuali, ancorché costituisca una evidente ingerenza del giudice nei rapporti privatistici.

5. La segnalazione da parte degli organi di controllo ex art. 15. La "sindacabilità" e la verificabilità dell'algoritmo sotteso al "test di praticabilità".

La norma, che fa obbligo all'organo di controllo di segnalare a quello amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza, si inquadra in un filone di doveri proattivi ed anticipatori, di cui è espressione l'art. 14 CCII il quale prevede: «*gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi*»³².

³² D'altra parte, il CCII introduce anche ulteriori flussi informativi a favore del collegio sindacale (cfr. CASTELLI - MONTI, *I sindaci e il Codice della Crisi: nuovi doveri e responsabilità*, in Società, 2020, 1015). Si pensi ad esempio ad esempio alle disposizioni

È stata evidenziata in dottrina la particolare rilevanza di tale dovere di segnalazione³³, specie considerando il provvisorio accantonamento delle procedure di allerta, ancorché, come evidenziato, l'art. 30-*sexies* della L. 233 del 29 dicembre 2021 abbia introdotto un potere di segnalazione anche in capo ad enti pubblici quali INPS o Agenzia delle Entrate. In tal senso vi è condivisione circa il fatto che la segnalazione rientra nel più ampio dovere di verificare l'adeguatezza degli assetti e prevenire, ovvero risolvere, eventuali sintomi di crisi. Si tratta, peraltro, di un potere "interorganico", apparentemente destinato ad esaurirsi nell'ambito della società³⁴, tema sul quale, tuttavia, è bene svolgere qualche riflessione sia rispetto all'ipotesi che l'organo amministrativo non recepisca la segnalazione, sia all'ipotesi contraria. Nel primo caso, infatti, proprio la più ampia portata degli obblighi facenti carico all'organo di controllo postula l'esigenza di un intervento che travalichi i confini endo-societari, attivando le procedure di cui agli articoli 2408 e 2409³⁵. Nel secondo

dell'art. 14, comma 4, CCII secondo cui «*le banche e gli altri intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del testo unico bancario, nel momento in cui comunicano al cliente variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti, ne danno notizia anche agli organi di controllo societari*».

³³ N. ABRIANI, N. CAVALLUZZO, *Sindaci attivi per prevenire la crisi già dai primi segnali di squilibrio*, il Sole 24 Ore, 3 novembre 2021, Focus norme e tributi, p. 10.

³⁴ ABRIANI - CAVALLUZZO *Gli accordi, Banche e intermediari finanziari tenuti a partecipare alle trattative*, in *Crisi d'impresa, le nuove misure, I focus del Sole 24 Ore*, n. 24, 9 settembre 2021, p. 3: «*Se i doveri di amministratori e sindaci sono non meno rigorosi, resta un elemento differenziale: la sollecitazione dell'organo di controllo si esaurisce nella sfera interorganica della società, essendo stato superato l'eccentrico ruolo di attivatore della procedura di composizione della crisi innanzi agli Ocric, che invece assegnava loro la riforma e che viene ora disinnescato insieme alla ancor più peculiare iniziativa dei creditori pubblici qualificati di cui all'articolo 15 del Codice della crisi. Pur senza prevedere questo approdo finale, non meno incisiva e proattiva dovrà essere la vigilanza e l'interlocuzione sull'adeguatezza degli assetti a percepire i segnali di (probabile) crisi, prima, e sulla tempestività degli interventi da assumere, dopo. Del resto, nell'ambito della composizione negoziata, il collegio sindacale chiamato a monitorare una gestione sulla quale l'autorità giudiziaria avrà modesti margini di intervento e solo indirettamente influenzata dall'esperto, di cui l'organo di controllo sarà comunque un referente privilegiato, instaurandosi un flusso informativo biunivoco (si vedano i commi 5 e 9, e 3 dell'articolo 5)*».

³⁵ CIMOLAI, *L'autosospensione dagli obblighi di conservazione del capitale e i nuovi quadri di responsabilità degli organi sociali*, in *Diritto della Crisi*, 2022, p. 7: «*La seconda prescrizione di cui è onerato l'organo di controllo concerne l'esito della segnalazione, ossia la valutazione delle iniziative intraprese. Iniziative intraprese, e non*

appare ineludibile una dialettica diretta tra l'esperto e l'organo di controllo³⁶.

Tema strettamente connesso all'attivazione del dovere di segnalazione è quello della verifica delle condizioni che rendono attuale tale esigenza. Alla tesi che proponeva l'applicazione degli indici di allerta emanati dal

iniziative da intraprendere (o soluzioni individuate, come prevedeva il Codice della crisi), pone l'accento sull'atteggiamento proattivo che l'imprenditore è tenuto ad adottare immediatamente dopo aver ricevuto la segnalazione; il riscontro dell'organo amministrativo dovrà infatti consistere o nella ricevuta di presentazione dell'istanza di composizione unitamente ad una prima strutturazione del piano (quantomeno nei suoi quadri generali) ovvero in una altrettanto motivata contestazione in ordine alle analisi o alle conclusioni della segnalazione. E se la contestazione non convincerà l'organo di controllo, come nel caso di mancato riscontro, ad esso non resterà altro che avviare i procedimenti legali posti a presidio delle irregolarità di gestione». In tal senso anche BAUCO, Il D.L. n. 118/2021, misure urgenti in materia di crisi di impresa e di risanamento aziendale. Il ruolo dell'organo di controllo, Documento di ricerca fondazione nazionale dei commercialisti, 2021, p. 25: «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. [...]».

³⁶ SAGARAMELLA, CARMINATI, ANDREANI, *Il ruolo dell'Organo di controllo nella composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa*, in *Amministrazione e finanza*, n. 1, 2022, p. 25: «Oltre alla disposizione di cui all'art. 5, comma 1, del Decreto (secondo cui l'analisi da parte dell'esperto circa la valutazione sulla perseguibilità del risanamento si basa anche sulle informazioni raccolte sia dal Collegio sindacale e/o sindaco unico che dal revisore legale, quando in carica) depongono in tal senso alcune previsioni contenute nel documento allegato al Decreto dirigenziale su menzionato. Si vedano, in via esemplificativa: a) il par. 3.2 della Sezione I laddove, nella attività di verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento da parte dell'esperto, impone a quest'ultimo di verificare se i sindaci e il revisore, quando in carica, dispongano o meno di informazioni in base alle quali la situazione contabile della impresa risulti affidabile o adeguata alla redazione del piano di risanamento; b) il par. 3.3 della medesima Sezione I laddove, nella attività a carico dell'esperto di individuazione delle strategie di intervento atte a rimuovere le cause della crisi, impone allo stesso di domandarsi se "l'Organo di controllo ed il revisore, quando in carica, ritengono che il quadro fornito dall'imprenditore sia completo e adeguato"; c) il par. 4.2 della Sezione III che, con riferimento alla analisi da parte dell'esperto di coerenza del piano di risanamento con i dati forniti dall'imprenditore attraverso la nota check list di cui alla piattaforma disciplinata dal medesimo Decreto dirigenziale, prevede che il medesimo esperto possa chiedere all'imprenditore, al suo Organo di controllo e al revisore legale, quando in carica, "ogni informazione utile e necessaria"».

Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, in ossequio all'articolo 13 del D.lgs 14/2019³⁷, è stato opinato che ciò rischierebbe di determinare una segnalazione tardiva, in quanto gli indici delimitano la soglia del *fumus decoctionis*, mentre l'articolo 15 del D.L. n.118/2021 richiede una segnalazione preventiva rispetto al momento in cui gli equilibri economico finanziari sono stati intaccati³⁸. Occorre, pertanto, valutare se e come l'organo di controllo possa verificare in maniera efficace le condizioni che rendono necessaria la segnalazione preventiva ex art. 15 del D.L. n.118/2021. A tal fine, è necessario che l'organo di controllo sia in possesso di adeguati strumenti per rilevare gli "indizi della crisi" e questi strumenti siano in linea con le metodologie utilizzate dal regolatore per l'accesso alla procedura di negoziazione assistita. Quindi, per l'organo di controllo sarebbe opportuno prendere come riferimento i criteri adottati per elaborare il "test di praticabilità" della procedura e la "lista di controllo" (*check-list*) utile a sviluppare il piano di risanamento. Eppure, il "test di praticabilità" della procedura, volto a consentire una disamina critica della situazione aziendale, ai fini di un possibile percorso di riabilitazione imprenditoriale³⁹, adotta una metodologia "di calcolo dei flussi al servizio del debito e del debito da

³⁷ SOTTORIVA, CERRI, *L'istituto della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, in *il Societario*, 2021: «Si osserva che appare funzionale alla verifica da parte dell'imprenditore e da parte dell'organo di controllo (collegio sindacale e sindaco unico) delle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario il calcolo degli indicatori e degli indici di cui all'art. 13 C.C.I. [...]»; indicatori ed indici in relazione ai quali alcuni autori si sono interrogati relativamente alla capacità degli stessi di valutare le performance delle PMI in termini di sostenibilità e adeguatezza degli assetti organizzativi nel periodo post-Covid (cfr. VIRGILLITO, *Crisi d'impresa: indicatori e indici dell'allerta alla base delle scelte strategiche aziendali*, in *Fallimento e procedure concorsuali*, 21 ottobre 2020). Per un approfondimento sul tema del coordinamento delle previsioni di cui all'art. 13 del D.Lgs. n. 14/2019 con il documento redatto dal C.N.D.C.E.C. (reso pubblico in data 20 ottobre 2019), concernente l'elaborazione degli indici di allerta, cfr. SUPERTI FURGA – SOTTORIVA, *Riflessioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Società*, 2020, 1, 7.

³⁸ S. BRANCOZZI, *L'organo di controllo, sindaci e revisori devono segnalare se è bene nominare un risanatore*, in *Crisi d'impresa, le nuove misure*, I focus del Sole 24 Ore, n. 24, 9 settembre 2021, p. 12.

³⁹ Decreto dirigenziale direttore generale degli affari interni 28 settembre 2021, si veda allegato.

servire”⁴⁰ diversa rispetto alla “*lista di controllo*” del piano di risanamento, poiché diverse sono le finalità dei rispettivi calcoli: la prima di autodiagnosi dell’azienda, la seconda di sostenibilità del piano ⁴¹. E, infatti, il “*piano di risanamento*” - a differenza del “*test di praticabilità*” - è un processo che, partendo dallo stato dell’impresa, individua le iniziative necessarie a ripristinarne l’equilibrio economico-finanziario. Il piano per essere elaborato necessita di una “*lista di controllo*” (c.d. *check list*), mediante la quale è possibile valutarne il grado di appropriatezza e di affidabilità in un’ottica prognostica. La “*lista di controllo*” (c.d. *check list*) definisce, quindi, il piano mediante: un’autovalutazione dell’esistenza dei requisiti di organizzazione interna; l’analisi dell’attuale situazione contabile e dell’andamento economico-finanziario; l’individuazione delle strategie di intervento per rimuovere le difficoltà; la proiezione dei dati finanziari e la misurazione dei flussi; il risanamento dell’esposizione debitoria.

Questi strumenti, di analisi prodromica all’avvio della procedura o di sviluppo del vero e proprio piano di risanamento, sono basati su “*algoritmi*”⁴² elaborati dallo studio delle *best practise* delle scienze aziendalistiche. L’algoritmo, a seguito dell’inserimento di un *input*, restituisce al termine della procedura un determinato risultato (*output*): una

⁴⁰ C. BAUCO, op. ult. cit. p.79

⁴¹ C. BAUCO, op. ult. cit. p.79: «*stime dei flussi delle singole annualità nel piano [di risanamento] e stima dei flussi a regime nel caso di test di praticabilità*»

⁴² N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione. sconcerto e stilemi (sul controllo giudiziario delle “decisioni algoritmiche”)*, *Dir. Amm.*, fasc.4, 1.12. 2021, pag. 813: «*La nozione di algoritmo, per dir così, “semplice”, o “tradizionale” (cui conseguirebbe il potere vincolato), per dirla con il Consiglio di Stato [Cons. Stato. Sez. VI, 13.04.2019, n. 8472], concerne la relazione “causa - effetto”, ossia il risultato della connessione tra input ed output, diversamente dal c.d. algoritmo di apprendimento — quello caratterizzato dal machine learning o anche dal deep learning — che si connota per una capacità predittiva dipendente non solo da “regole logico- informatiche e dalla scelta delle variabili, ossia delle classi di input, ma anche e soprattutto dalla qualità e dalla quantità del bacino di dati su cui l’algoritmo lavora”. Uno dei pilastri di questa realtà è quindi data dall’ampiezza del bacino di dati (datalake) utilizzati dalla macchina, che si discosta dal modello input - output, dando luogo a quella opacità, o invisibilità, o imperscrutabilità del processo logico-deduttivo di cui tanto si parla in letteratura. Il che, a mio avviso, non esclude affatto che un modello decisionale umano possa essere anch’esso predittivo; anzi: di certo non sarà facile utilizzare tutti i dati che il deep learning riesce ad immagazzinare anche grazie alle reti neurali artificiali, ma si tratta di calcoli che l’essere umano può utilizzare e, in verità, da sempre utilizza».*

valutazione automatizzata espressa con dei punteggi predefiniti in scala. Si tratta di “*decisioni algoritmiche*”, che seppur non vincolanti per l’imprenditore, costituiscono valutazioni dello stato di salute dell’impresa, dalle quali non è possibile prescindere, se non assumendosi una responsabilità (*comply or explain*). Sulle procedure di “*autodiagnosi*” o di “*sviluppo*” del piano di risanamento l’organo di controllo non è in grado di intervenire e di vigilare, perché gli algoritmi adottano soluzioni standardizzate e predefinite. Si pone, quindi, il tema della verifica delle “*decisioni algoritmiche*” e di un loro sindacato da parte dell’organo di controllo.

L’algoritmo che governa la decisione discrezionale, seppur in questo caso in funzione servente all’attività di gestione dell’impresa, può, essere valutato nei risultati che produce soltanto quando può essere analizzato nella sua formulazione matematica. Tuttavia, gli algoritmi utilizzati per assegnare i punteggi finali del “*test di praticabilità*” della procedura o di sostenibilità del piano di risanamento non sono stati resi pubblici e, pertanto, l’organo di controllo non è in grado di monitorare se la volontà dell’amministratore di discostarsi o meno dalla decisione algoritmica sia foriera o meno di una sua errata, imperita o negligente valutazione. Nondimeno, il sindacato su una decisione algoritmica come quella del “*test di praticabilità*” o della “*lista di controllo*” (c.d. *check list*) sarebbe, comunque, possibile, seppure in forma parziale, se l’organo di controllo fosse in possesso dei criteri mediante i quali sono stati scelti i dati di *input* da inserire nell’algoritmo⁴³. In mancanza di queste informazioni l’organo di controllo non possiede gli elementi minimi per sindacare sulle metodologie adottate per valutare la situazione aziendale e, quindi, per vigilare sull’operato dell’amministratore. Il regolatore non ha, infatti, neanche comunicato la selezione delle *best practise* di riferimento per la procedura.

Diverso sarebbe il caso in cui la decisione algoritmica fosse addirittura basata su un sistema di intelligenza artificiale, ossia su c.d. algoritmo di apprendimento, le cui regole logico-matematiche consentono, sulla base di dati strutturati e dell’applicazione di un determinato numero di variabili, di adattarsi agli *input* che gli vengono forniti dall’uomo (*Machine Learning*).

⁴³ CONDELLO, *Il "non-dato" e il dato. Riflessioni su uno «scarto» fra esperienza giuridica e intelligenza artificiale*, in *Ars Interpretandi*, 2021, fasc. 1, pp. 97-112

In questo senso l'algoritmo si sviluppa sulla base delle informazioni fornite e dei *feedback* ricevuti ai suoi risultati. Quindi, se il “*test di praticabilità*” o la “*lista di controllo*” fossero implementati con questa tecnologia i risultati delle *check list* non sarebbero predefiniti, ma muterebbero rispetto agli “*indici di crisi*” del mercato che sono rilevati di volta in volta dai dati inseriti nelle varie procedure presenti nella piattaforma della Camera di Commercio. In questo caso, senza la comunicazione al pubblico di come i dati sono stati strutturati per essere analizzati dal sistema di *Machine Learning*, l'organo di controllo non sarebbe ancora una volta in grado di comprendere il processo di valutazione che svolgono gli algoritmi variabili dei *test*. In mancanza delle informazioni necessarie, l'organo di controllo potrebbe infine giungere a fare affidamento al sistema basato su intelligenza artificiale, al punto di ritenere che l'amministratore non dovrebbe discostarsi dal risultato dei test, perché la decisione matematica è astrattamente più corretta e sempre dimostrabile ⁴⁴.

⁴⁴ ABRIANI, SCHNEIDER, “Diritto delle imprese e intelligenza artificiale” Il Mulino 2021: «L'identificazione del soggetto al quale imputare la responsabilità – tanto nel contesto di un'informatizzazione dell'organo amministrativo “forte”, vale a dire totale, quanto nell'ipotesi di ricorso più “debole” all'intelligenza artificiale, utilizzata quale mero supporto dell'agire umano – andrà dunque operata alla luce della fattispecie concreta, in relazione all'eziologia del danno e alla riferibilità dell'illecito a un errore nell'interazione e/o interpretazione delle indicazioni dello strumento di intelligenza artificiale, oppure a un difetto di progettazione e costruzione. Per condurre tale valutazione è essenziale esaminare la macchina per individuare il parametro che ha determinato la decisione dalla quale è scaturito il danno. In questa prospettiva, l'accessibilità ai criteri strutturali e decisionali, e dunque la trasparenza dei sistemi informatici utilizzati, richieste dalla richiamata disciplina in materia di protezione dei dati personali, assurgono a precondizione necessaria per l'allocazione e la definizione delle aree di responsabilità dei soggetti coinvolti nella progettazione, prima, e nell'utilizzo, poi, dei sistemi di intelligenza artificiale a fini di governo dell'impresa». TOMBARI, *Intelligenza artificiale e corporate governance nella società quotata*, *Rivista delle Società*, fasc.5-6, 2021, pag. 1431: « In una prospettiva più generale, la potenziale disponibilità di strumenti di IA pone poi un tema di vasta portata, dovendosi chiedere quali contenuti possano assumere i “doveri di organizzazione” (*Organisationspflichten*) degli amministratori in una società per azioni [...] In questo contesto ci si è chiesti, inoltre, se sia possibile affidare a strumenti di intelligenza artificiale la soluzione in merito alla “inestricabile questione” di come effettuare il bilanciamento di interessi, evitando scelte discrezionali del singolo CEO. Al riguardo, una prima questione è se sia possibile incorporare e specificare gli interessi multipli nei relativi algoritmi. All'interrogativo si deve dare una risposta certamente positiva, nella consapevolezza, peraltro, che il problema è tutt'altro che risolto. In altri termini e riprendendo quanto già sottolineato in precedenza, il tema non è se gli algoritmi siano permeabili alle istanze sociali, ma su quali obiettivi impostarli ed in particolare se devono essere programmati per tenere conto anche degli interessi degli altri stakeholders e di esigenze di

Il condizionamento cui sarebbe sottoposto l'organo di controllo nella sua attività di vigilanza sarebbe maggiore se il “*test di praticabilità*” o la “*lista di controllo*” fossero implementati con un sistema basato sulla più evoluta intelligenza artificiale: il *deep learning*. Si tratta di un sistema di autoapprendimento basato su una rete “*neurale*” di algoritmi che riesce a svolgere calcoli complessi⁴⁵. È quanto di più vicino alla mente umana. In questo ulteriore caso, l'organo di controllo, ma anche lo stesso amministratore, si troverebbero condizionati a adottare la decisione algoritmica perché semplicemente matematica e quindi “*intelligente*”. Si pone, quindi, il tema dell'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale a supporto dell'organo di gestione (*AI assisted* e *AI augmented Board*) e alla depauperata funzione che avrebbe l'organo di controllo.

Nella situazione attuale l'organo di controllo ai fini della segnalazione *ex art. 15* dovrebbe dunque anzitutto valutare l'esistenza degli “*indizi di crisi*” sia alla luce delle metodologie relative al “*test di praticabilità*”, che a quelle del “*piano di risanamento*”, secondo quanto è dato sapere sulla tipologia di dati di *input* richiesti e di *output* restituiti accedendo alla piattaforma ufficiale⁴⁶ della Camera di Commercio, ancorché ciò non sia

contemperamento dei vari interessi in gioco. Ed ovviamente queste considerazioni presuppongono la soluzione del grande dilemma a monte: quale è oggi, per diritto vigente, il corporate purpose e quale potrebbe essere domani, anche in seguito ad un intervento del legislatore, italiano o auspicabilmente europeo?». ARMOUR - EIDENMÜLLER, *Self-driving corporations?* in *Harv. Bus. Law Rev.*, 2020, 93 ss.; MONTAGNANI, *Il ruolo dell'intelligenza artificiale nel funzionamento del consiglio di amministrazione delle società per azioni*, Milano, 2021, 15 ss.; FENWICK - MCCAHERY - VERMEULEN, *The End of “Corporate” Governance: Hello “Platform” Governance*, in *Eur. Bus. Organ. Law Rev.*, 2019, 171 ss.; MOEREL, *Reflections on the Impact of the Digital Revolution on Corporate Governance of Listed Companies*, 2019; MOSCO, *RoboBoard, L'intelligenza artificiale nei consigli di amministrazione*, in *AGE*, 2019, 247 ss.; ENRIQUES, *Responsabilità degli amministratori e ruolo degli algoritmi: brevi annotazioni sul senno di poi 4.0*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di Ruffolo, Milano, 2020, 295 ss.; AGOSTINO, *Intelligenza artificiale e processi decisionali. La responsabilità degli amministratori di società*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2020, 371 ss.; ABRIANI - SCHNEIDER; MONTAGNANI; MONTAGNANI - PASSADOR, *Il consiglio di amministrazione nell'era dell'intelligenza artificiale: tra corporate reporting, composizione e responsabilità*, *Rivista delle società*, 2021, 121 ss.

⁴⁵ CASONATO - MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento della Commissione Ue in materia di intelligenza artificiale* in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2021, fasc. 3, pp. 415-437.

⁴⁶ Piattaforma ufficiale nella quale sono presenti: una “*lista di controllo*” con le indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento; un “*test praticabilità*” (test pratico) per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento; il protocollo di conduzione della

previsto esplicitamente. In effetti, in presenza di un più generale dovere di monitoraggio⁴⁷ in capo all'organo di controllo, appare un limite superabile in via interpretativa quello che contempla l'accessibilità alla piattaforma «*da parte dell'imprenditore e dei professionisti dallo stesso incaricati*» (art. 3 comma 2°), dovendosi a maggior ragione ritenere di per sé autorizzati anche coloro che esercitano istituzionalmente attività di controllo. Tema diverso è se ciò sia sufficiente al corretto adempimento dei propri doveri ovvero se sia richiesto all'organo di controllo di andare oltre tali risultati, come si è visto niente affatto oggettivi e neppure verificabili. È infatti prevedibile che, specie laddove gli amministratori decidano di non seguire i risultati del test (ma anche in caso contrario), sorgano rilevanti problemi in capo all'organo di controllo circa l'esigenza o meno di attivarsi autonomamente.

6. *L'esatta definizione di "organo di controllo"; il possibile coinvolgimento di altri "uffici di controllo".*

La norma contiene un riferimento all'organo di controllo, che tuttavia, a tenore del successivo riferimento agli articoli 2403 e 2407 dovrebbe intendersi riferito letteralmente al Collegio Sindacale ed agli organi ad esso equiparati dalla legge qualora non si adotti il modello tradizionale, mentre in assenza di un organo equipollente non vi sono specifiche indicazioni.

Nel modello dualistico non sembra dubbio che tale dovere incomba sul Consiglio di Sorveglianza; peraltro, in tale ipotesi l'art. 2409-terdecies fa salva l'applicazione dell'art. 2403, ma non richiama l'art. 2407, individuando un diverso regime di responsabilità, analogo a quello degli amministratori⁴⁸. Si pone dunque la questione se prevalga, in ragione del

composizione negoziata (inseito in sede di conversione del D.L. n. 118/2021).

⁴⁷ BAUCO, op. ult. cit. p. 25: «*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. [...]*».

⁴⁸ Invero, sul punto, CARIELLO, *Sulle responsabilità del consiglio di sorveglianza*, in *Rivista di Diritto Societario*, n. 1/2011, 55, sostiene che: «*l'art. 2407 c.c. è una delle poche disposizioni del collegio sindacale che sfugge all'applicazione per rinvio prevista dall'art. 2409-quaterdecies, 1° comma, c.c. Ma, [...], s'intuisce subito che di questo rinvio non vi era bisogno, in quanto l'art. 2409-terdecies, 3° comma, c.c., tranne che la*

riferimento contenuto nella disciplina speciale, il richiamo all'art. 2407, attribuendo ai componenti del consiglio di sorveglianza una responsabilità di carattere professionale equiparabile a quella dei sindaci in questa specifica materia, ovvero si applichi la disciplina generale, come appare preferibile.

D'altra parte, è difficilmente eludibile il rilievo per cui non è previsto, tranne che per un componente, il possesso di specifici requisiti professionali (art. 2409-*duodecies*), ancorché il mancato riferimento ad una responsabilità professionale in capo ai consiglieri di sorveglianza sia stata oggetto di critiche. Per quanto il Consiglio di Sorveglianza ai sensi dell'art. 2409-*terdecies* abbia poteri più penetranti ed incisivi rispetto a quelli del Collegio Sindacale, tanto da assumere vere e proprie scelte di merito, tra cui l'approvazione di piani strategici o la sostituzione degli amministratori⁴⁹, vi è da notare come i componenti non abbiano l'obbligo, ma solo la facoltà, di partecipare alle riunioni del consiglio di gestione, a differenza dei sindaci che vi sono tenuti ex art. 2405; così come non sono applicabili una serie di altre previsioni, che evidenziano la natura professionale dei sindaci rispetto ai membri del consiglio di sorveglianza. Né si tratta di lacuna che può essere colmata mediante il rinvio operato dall'art. 223-*septies* disp. att. c.c., alle norme relative al collegio sindacale, essendo la norma in tema di responsabilità esplicitamente formulata in maniera diversa⁵⁰.

Considerazioni affini per quanto attiene al Comitato per il controllo della gestione del modello monistico che, tuttavia, non ha tecnicamente la

mancata menzione della professionalità, opta per riformulare quanto scritto già nello stesso art. 2407 c.c., e sembrando volere rendere, con questa scelta formale di autonomia, la definizione della responsabilità autonoma, da interpretare in quel contesto disciplinare specifico nel quale si trova collocata; e non rivelandosi allora l'eliminazione del riferimento alla professionalità scelta di poco conto, se si considera che, al di là del riferimento, esplicativo e di presentazione (nella Relazione di accompagnamento), al consiglio di sorveglianza come organo professionale, proprio la professionalità è uno dei profili di divaricazione della disciplina legale tra i due organi [...]».

⁴⁹ CARIELLO, *Il sistema dualistico*, in *Diritto dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, a cura di ABRIANI, CARIELLO, Torino, 2012 p. 361 sottolinea l'affinità tra l'attività del consiglio di sorveglianza e quella degli amministratori non esecutivi nel sistema tradizionale.

⁵⁰ QUARANTA, *I controlli nelle società di capitali*, in *Società di Capitali*, diretto da RORDORF, *Organi sociali, responsabilità e controlli*, Milano, 2019, p. 714.

natura di organo, essendo articolazione del Consiglio d'amministrazione.⁵¹ Non vi è peraltro nell'art. 2409-*noviesdecies* alcun riferimento all'art. 2403 o all'art. 2407, mentre nell'articolo precedente tra i compiti del comitato è indicato quello di vigilare sull'adeguatezza degli assetti organizzativi e sul sistema amministrativo e contabile. Anche in questo caso, pertanto, dovrà concludersi per un regime di responsabilità affine a quello dell'organo amministrativo, di cui peraltro i relativi componenti sono parte e, a differenza di quanto accade per i consiglieri di sorveglianza, sono in quanto tali tenuti a partecipare alle relative riunioni.

Sembrano doversi escludere dal novero degli obbligati in via diretta *ex art. 15* altri soggetti coinvolti in attività di controllo, ancorché l'oggetto della segnalazione possa in astratto rientrare tra le rispettive materie di competenza. I primi commentatori escludono in particolare le società di revisione o il revisore contabile, per quanto siano spesso menzionati nella legge e nel decreto dirigenziale ad esso annesso, quali partecipi di un costante e necessario flusso informativo nel contesto della procedura⁵². In disparte l'assenza di un profilo organico⁵³, l'attività di segnalazione non rientra propriamente tra quelle oggetto di controllo contabile; si segnala tuttavia che ai sensi dell'art. 2409-*septies* il revisore è tenuto ad informare tempestivamente l'organo di controllo di eventuali risultanze utili ai fini della segnalazione in quanto "*rilevanti ai fini dell'espletamento dei relativi compiti*" di quest'ultimo. Pertanto, sia pur non direttamente, può senz'altro farsi carico al revisore di un dovere di attivazione della segnalazione nei confronti dell'organo di controllo, non appena sia venuto a conoscenza di possibili segnali di crisi.

Altra figura che deve essere scrutinata, per quanto limitata alle società quotate (che non appaiono le principali destinatarie dell'intervento normativo, di per sé orientato alle PMI), è il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari introdotto dalla c.d. Legge sulla

⁵¹ ALPA, *Note sulla Corporate Governance e sul sistema monistico*, in *Contratto e Impr.*, 2020, 1, 1.

⁵² In tal senso SAGARAMELLA - CARMINATI - ANDREANI, op ult. cit. p. 25. *Contra* BRANCOZZI, op ult. cit., p. 12, che sostiene l'attribuzione di tale obbligo anche in capo al revisore.

⁵³ BOELLA, *L'attività di revisione esterna e il rapporto con gli organi interni*, in *I controlli societari: molte regole, nessun sistema*, a cura di Bianchini, Di Noia, Milano, 2010, p. 180.

tutela del risparmio⁵⁴, sulla cui natura organica o meno si è in passato discusso, ancorché sia ampiamente prevalente la tesi che lo identifica in una figura già esistente nella prassi dell'organizzazione aziendale, ovvero il CFO (*chief financial officer*)⁵⁵. In particolare, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili si identificano nei dipendenti o consulenti della cui collaborazione gli amministratori, cui compete predisporre le strutture organizzative adeguate dell'ente anche in relazione ai profili contabili, potevano avvalersi ancor prima della legge sulla tutela del risparmio. Occorre tuttavia dare atto che parte della dottrina ha parlato di figura “*semi organica*”⁵⁶, ponendo in evidenza come la disciplina dettata dal t.u.f. doti lo stesso di competenze tipiche nell'assetto organizzativo della società, alcune delle quali attribuite addirittura in via esclusiva.

Ai sensi dell'art. 154-*bis* t.u.f., al dirigente preposto vengono attribuiti compiti di natura organizzativa in materia contabile, consistenti nella predisposizione di adeguate procedure amministrative e contabili per la formazione del bilancio d'esercizio e, ove previsto, del bilancio consolidato, nonché di ogni altra comunicazione di carattere finanziario. Inoltre, ad esso sono assegnati compiti di natura certificativa che si risolvono nel rilascio di attestazioni riguardo ai bilanci e di attestazioni di corrispondenza delle comunicazioni relative all'informazione contabile diffusa con il complesso delle scritture contabili⁵⁷. In connessione con questi compiti, il legislatore ha previsto l'estensione ai dirigenti preposti delle disposizioni che regolano la responsabilità civile degli amministratori⁵⁸. Inoltre, sono state modificate alcune norme in tema di

⁵⁴ Legge 28 dicembre 2005, n. 262, art. 14 che ha introdotto nel Testo Unico della Finanza la sezione V-bis, il cui articolo 154-*bis* disciplina la figura in esame.

⁵⁵ RORDORF, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Le Società*, n. 10, 2007, p. 1205; FORTUNATO, *Il dirigente preposto ai documenti contabili nel sistema dei controlli societari*, in *Le Società*, n. 4, 2008, p. 401.

⁵⁶ SANTOSUSSO, *Raggiunta una governance equilibrata*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 gennaio 2007.

⁵⁷ Il comma 4 dell'art. 154-ter dispone che: «*La relazione intermedia sulla gestione contiene almeno riferimenti agli eventi importanti che si sono verificati nei primi sei mesi dell'esercizio e alla loro incidenza sul bilancio semestrale abbreviato, unitamente a una descrizione dei principali rischi e incertezze per i sei mesi restanti dell'esercizio. Per gli emittenti azioni quotate aventi l'Italia come Stato membro d'origine, la relazione intermedia sulla gestione contiene, altresì, informazioni sulle operazioni rilevanti con parti correlate*».

⁵⁸ MANES, *Prime considerazioni sulla responsabilità del dirigente preposto alla*

reati penali societari, includendo tra i soggetti attivi del reato anche il dirigente preposto⁵⁹. Il fatto che al collegio sindacale debba esprimere il proprio avviso *ex art. 154-bis*, co. 1, t.u.f nella nomina del dirigente preposto ai documenti contabili induce a riconoscere al primo un ruolo gerarchicamente sovraordinato nell'ambito del sistema dei controlli⁶⁰. In secondo luogo, essendo l'attività esercitata dal dirigente preposto collocabile all'interno dell'area gestionale dell'impresa attinente alla contabilità, è immediato concludere che essa forma oggetto del controllo tanto da parte del collegio sindacale quanto del revisore, sicché, come per quanto riguarda quest'ultimo, potrà piuttosto parlarsi di un dovere da parte del dirigente di segnalare sia all'organo di controllo che a quello amministrativo la situazione rilevante ai fini della disciplina in esame.

Diverse conclusioni andranno fatte per l'Organismo di Vigilanza *ex L. 231/2001*, le cui finalità sono limitate alla efficace applicazione del modello 231, ma che, in ragione di tali compiti, riceve dei flussi informativi che potrebbero metterlo nelle condizioni di valutare l'esigenza di attivare la segnalazione della situazione di crisi. L'O.D.V. è senz'altro tenuto ad informare il collegio sindacale qualora scopra delle lacune nella concreta attuazione dei modelli organizzativi previsti dal D. Lgs. 231/2001. Va tuttavia chiarito che le informazioni fornite all'organismo di vigilanza mirano a consentirgli di eseguire le proprie attività istituzionali e non, invece, ad imporgli attività di verifica puntuali e sistematiche di tutti i fenomeni rappresentati, né tanto meno ad interpretarli⁶¹. I suoi compiti si

redazione dei documenti contabili societari, in *Contratto e Impr.*, 2008, 4-5, 1119, precisa che: «*la responsabilità del dirigente preposto, se da un lato è modellata su quella degli amministratori in forza del rinvio dell'art. 154 bis, comma 6, che funge da norma di chiusura del sistema, appare tutt'altro che generica, dato che ben due riferimenti (art. 154 bis, commi 4° e 6°) agli specifici compiti di volta in volta attribuiti al dirigente preposto, intendono modellare la responsabilità sullo specifico ruolo svolto, sulle effettive funzioni attribuite, evitando da un lato di replicare il modello di figure dirigenziali con responsabilità inerenti l'informazione finanziaria e dall'altro di svuotare di fatto di contenuto significativo le attestazioni specifiche del dirigente preposto, riducendole a mere formule di stile.*».

⁵⁹ In particolare, il reato di false comunicazioni sociali *ex artt. 2621 e 2622 c.c.*, di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità *ex art. 2635 c.c.* e di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza *ex art. 2638 c.c.*

⁶⁰ BALZOLA, *I controlli interni nelle società per azioni quotate: il ruolo del collegio sindacale*, in *Giur. Ita.*, 2013, p. 2419.

⁶¹ Ancorché sia stato evidenziato «*che la presenza e l'effettiva operatività di tale soggetto*

sostanziano nella valutazione dell'adeguatezza del modello organizzativo a prevenire i reati, nell'attività di rilevazione di potenziali lacune del modello e di conseguente segnalazione all'organo amministrativo delle correzioni necessarie e, da ultimo, nella vigilanza sulla concreta attuazione del modello⁶². Ne discende che l'O.D.V. deve prevenire le condotte illecite, monitorando il rispetto delle regole e dei protocolli applicativi del modello, svolgendo una vigilanza di tipo precauzionale che, tuttavia, non può implicare alcuna surrogazione nei doveri di altri organi. Va pertanto escluso che all'organismo sia rimesso un dovere generale di verifica dello stato di crisi o tanto meno di sua segnalazione ex art. 15.

7. L'attività degli organi di controllo nel corso della procedura, i rapporti con l'Esperto.

La disciplina contempla espressamente il solo obbligo di segnalazione, mentre al secondo comma prevede che la sua tempestività - da valutarsi in riferimento alle specifiche circostanze del caso e tenuto conto, se effettuate, delle segnalazioni dei creditori pubblici qualificati - ⁶³ in uno

nell'azienda può contribuire ad implementare nella stessa quegli strumenti e quell'approccio – che si potrebbe definire culturale – che consentono di attivare presidi e di attuare concretamente comportamenti atti a far emergere tempestivamente la crisi, per consentire la ristrutturazione delle imprese in difficoltà finanziaria, ma potenzialmente in grado di superarla, al fine di evitare l'insolvenza e proseguire la propria attività». PERUSIA - SANTORIELLO, *Il ruolo dell'Organismo di Vigilanza nell'ambito del Codice della crisi di impresa*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, II, 2020, pag. 305 ss.

⁶² RORDORF, *L'organismo di vigilanza nel quadro del d.lgs. n. 231/2001*, in *Società*, 2022, 1, 5.

⁶³ Così BAUCO, *Il ruolo dell'organo di controllo nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, Scritto destinato all'Opera collettanea, a cura di Fondazione Nazionale Dottori Commercialisti e della rivista *Diritto della Crisi*, dal titolo "Ce lo chiede l'Europa". Dal recupero dell'impresa in difficoltà agli scenari post-pandemia: 15 anni di riforme. Atti del XXVIII Convegno di Alba del 20 novembre 2021, organizzato da Associazione Albese Studi di Diritto commerciale, in *Diritto della Crisi*, 9 marzo 2022, che chiarisce «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

alla vigilanza sull'andamento delle trattative, sono valutate ai fini dell'esonero o dell'attenuazione della responsabilità prevista dall'art. 2407. È previsto che l'esperto debba assumere informazioni dal collegio sindacale (art. 5 comma 5°)⁶⁴ e comunicare il proprio dissenso sugli atti di straordinaria amministrazione compiuti dall'imprenditore anche all'organo di controllo (art. 9 comma 3°).⁶⁵ Non sono previsti altri adempimenti o attività, tra cui ad esempio relazioni, incontri o verifiche sull'attività dell'esperto o valutazioni della bontà del piano e delle soluzioni adottate per risolvere la crisi. Ritenere, tuttavia, che l'organo di controllo debba rimanere estraneo alla elaborazione del programma di risanamento e debba limitare il proprio ruolo alla sola “*vigilanza delle trattative*” per non incorrere in responsabilità appare riduttivo ed in contrasto con i più ampi doveri a suo carico⁶⁶. D'altra parte, anche l'art. 14 CCII prevede che: «*gli*

o economico e finanziario che rende probabile la crisi o l'insolvenza, o dell'insolvenza medesima, ovvero della segnalazione ricevuta dal creditore pubblico qualificato. 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, [...]».

⁶⁴ Nel silenzio della legge, sarebbe opportuno che, nelle ipotesi di mancata risposta dell'organo amministrativo, l'organo di controllo solleciti la risposta degli amministratori, da effettuarsi secondo le stesse modalità della segnalazione (Cfr. C.N.D.C.E.C., Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate, aggiornate al 12 gennaio 2021, norma 5.2).

⁶⁵ Sul punto, è possibile ritenere che l'attuale formulazione dell'art. 9 ponga a favore dell'organo di controllo un termine di dieci giorni ai fini di una graduale attivazione dei poteri di reazione per evitare che l'organo di amministrazione compia l'atto, ferma restando la possibilità per il predetto di ricorrere al tribunale ai sensi e per gli effetti dell'art. 2409 c.c., ove ne ricorrano i presupposti.

⁶⁶ C. BAUCO, *Il D.L. n. 118/2021, misure urgenti in materia di crisi di impresa e di risanamento aziendale. Il ruolo dell'organo di controllo*, Documento di ricerca fondazione na-zionale dei commercialisti, cit. p. 25, «*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. [...] 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. 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*

organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative”, [...] sicché il limitato riferimento alla sola “vigilanza sull'andamento delle trattative» va letto come una mera lacuna, colmabile in via sistematica attraverso il ricorso ai più ampi doveri dell'organo di controllo. Il rapporto tra organo di controllo ed esperto, non può dunque risolversi in una acritica adesione alle soluzioni prospettate da quest'ultimo.⁶⁷ L'organo di controllo, infatti, non può dismettere la propria funzione di verifica dell'adeguatezza del programma predisposto di concerto tra quest'ultimo e l'imprenditore, di cui l'esperto è in effetti un consulente, anche se dotato di caratteristiche di indipendenza e terzietà⁶⁸.

8. Conclusioni.

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 [...]».

⁶⁷ Sul rapporto tra organo di controllo ed esperto, C. BAUCO, *Il ruolo dell'organo di controllo nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, cit. sostiene che: «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» .

⁶⁸ La figura dell'esperto merita uno studio approfondito, non consono a questa sede, anche ai fini qualificatori, poiché esso potrebbe essere accostato a varie figure note al nostro ordinamento, tra cui si citano quella dell'arbitratore, del mediatore, del perito, senza che tuttavia essa si esaurisca o identifichi, apparentemente, in nessuna di esse, tanto è vero che nella prassi vengono spesso usati dei neologismi per descriverne il ruolo, tra cui il termine “facilitatore” ovvero “chi facilita, rende agevole il conseguimento di qualcosa” Enc. Treccani on line.

La disciplina settoriale non va dunque avulsa da quella generale, che oggi vede la crisi quale elemento della gestione e l'organo di controllo partecipe delle scelte di carattere organizzativo che tendano a prevenire, ovvero a segnalare tempestivamente, il suo insorgere.

È ormai acquisito che il sistema dei controlli interni sia diventato un elemento imprescindibile dell'organizzazione aziendale⁶⁹. Accanto al proliferare dei sistemi di controllo specialistici e settoriali, il legislatore sembra aver recepito quanto opinato da autorevole dottrina⁷⁰ circa la necessità di rivalutare il ruolo dell'organo sindacale in una prospettiva imprenditoriale e di riconsiderare il controllo quale elemento coesistente all'attività d'impresa così da arrivare ad un'idea dello stesso che non abbia natura esclusivamente censoria e sanzionatoria, ma assuma il carattere dell'opportunità. In questa prospettiva, l'organo di controllo dovrebbe formulare proposte all'organo amministrativo e, nel caso in cui esso sia inerte, assumere l'iniziativa senza alterare la rispettiva ripartizione di competenze.

Appare evidente che in una visione di questo genere, che pone l'organo di controllo in una posizione di impulso rispetto alla segnalazione della crisi ed in generale al suo governo, diventi maggiormente complesso distinguere secondo le regole della *business judgment rule* i profili di insindacabilità dell'azione gestoria, considerando come sia inevitabile un maggiore coinvolgimento nelle dinamiche dei processi decisionali e nell'attività della società. La disciplina in commento si inquadra perfettamente in questo filone e come ritenuto da autorevole dottrina, tende piuttosto ad aumentare la responsabilità degli organi sociali rispetto alla prognosi ed alla corretta gestione dei rischi aziendali⁷¹.

⁶⁹ L'art. 6 del nuovo codice di Autodisciplina delle Società Quotate di Borsa Italiana definisce il sistema di controllo interno come «*l'insieme delle regole, procedure e strutture organizzative finalizzate ad una effettiva ed efficace identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, al fine di contribuire al successo sostenibile della società*».

⁷⁰ MONTALENTI, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi*: appunti, in *Giur. Comm.*, fasc. 1, 2018, p. 75

⁷¹ ABRIANI, CAVALLUZZO, *Composizione negoziata e stop all'allerta esterna*, in *il Sole 24 Ore*, 9 settembre 2021, Focus norme e tributi, p. 2: «*pare semplicistico ricavarne un'attenuazione dei doveri in capo agli organi sociali. Gli obblighi di monitoraggio per la rilevazione tempestiva della crisi e la rapida attivazione degli strumenti per farvi fronte trovano ormai la fonte nelle regole generali del Codice civile (in vigore sin da marzo*

Si sono evidenziati, tuttavia, i numerosi limiti che la piattaforma informatica contempla sia rispetto alle finalità di analisi che quale strumento di raccolta dinamica e flessibile di dati ed informazioni utili ad un autoaggiornamento del sistema; limiti che si traducono, come esaminato, nella sostanziale impossibilità di verificare i processi logici sottesi all'algoritmo impiegato e nella difficile scelta, per l'organo di controllo, di recepirne acriticamente i risultati ovvero di discostarsi, assumendo su di sé un rischio non calcolabile nel decidere se avallare o meno le decisioni degli amministratori, ovvero nella scelta di procedere o meno alla segnalazione. In una prossima ed auspicabile evoluzione tecnologica, non appare fuor di luogo suggerire un maggiore impiego delle moderne tecniche di intelligenza artificiale o quanto meno di gestione dinamica dei dati raccolti.

Andrea Palazzolo

2019). *I nuovi istituti introdotti dal Dl 118/2021 si collocano in quel solco ideale, richiedendo un ancor più attento monitoraggio delle condizioni di equilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza dell'impresa».*