Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Torino

Fondazione Piero Piccatti e Aldo Milanese
ORDINE DOTTORI COMMERCIALISTI ED ESPERTI CONTABILI TORINO

Unione Giovani Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Torino

IL CODICE DELLA CRISI (EX D.LGS. 14/2019)

Obblighi di attivazione tempestiva in caso di crisi e perdita della continuità aziendale: responsabilità penali degli Amministratori e dei Sindaci

Prof. Avv. Maurizio Riverditi

8 novembre 2019

UNA PREMESSA INDISPENSABILE

Il mondo (anche quello penalistico) è cambiato

Oggi/Domani:

Art. 2086 c.c.
Art. 3 CCII

Costituiscono il perno del NUOVO diritto penale della gestione della crisi da cui deriva un ampliamento della portata dei doveri propri degli amministratori e della posizione di garanzia ad essi riferibile, con inevitabile riflesso sulla posizione dei sindaci e degli organi di controllo.

La rilevazione tempestiva della crisi:
a) gli assetti organizzativi

Art. 3. Doveri del debitore

c.c. art. 2086. Gestione dell'impresa.

Dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile ADEGUATO alla natura e alle dimensioni dell'impresa

Art. 13 Indicatori della crisi.

1. Costituiscono indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, **rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività,** […]

3. L'impresa che **non ritenga adeguati**, **in considerazione delle proprie caratteristiche**, gli indici elaborati a norma del comma 2 […] **indica, nella medesima nota, gli indici idonei a far ragionevolmente presumere la sussistenza del suo stato di crisi**. **Un professionista indipendente attesta l'adeguatezza di tali indici in rapporto alla specificità dell'impresa**

CENTRALITA' DEL CONTESTO

La rilevazione tempestiva della crisi:
a) gli assetti organizzativi

PRINCIPIO DI PROPORZIONE E ADEGUATEZZA DELL'ASSETTO ORGANIZZATIVO

SPECIFICITA'
E AUTONORMAZIONE DELL'ASSETTO

Analogia con:

- **Gestione del rischio reato ex D. Lgs. 231/2001: specificità del modello organizzativo**
- **Gestione del rischio infortuni ex D.Lgs. 81/2008: autonormazione del DVR**
- **GDPR: autonormazione delle metodiche e delle procedure**

L'AUTONORMAZIONE PORTA ALLA AUTORESPONSABILITÀ NELLA GESTIONE DEL RISCHIO

La rilevazione tempestiva della crisi:
b) obblighi di amministrazione e di controllo

Organo amministrativo: I NUOVI obblighi previsti dal Codice

- **Monitora** la «sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, per i sei mesi successivi» (**art. 13**);
- **Riferisce** agli organi di controllo (che abbiano effettuato la segnalazione ex **art. 14**) «in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese» per far fronte ai «fondati indizi della crisi» (**art. 14**);
- **Assume le necessarie determinazioni** per l'avvio tempestivo delle procedure di allerta e di composizione della crisi ovvero della liquidazione giudiziale.

La rilevazione tempestiva della crisi:
b) obblighi di amministrazione e di controllo

Organi di controllo: I NUOVI obblighi previsti dal Codice

Art. 14. Obbligo di segnalazione degli organi di controllo societari

1. 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.**

2. [omissis] In caso di omessa o inadeguata risposta, ovvero di mancata adozione **nei successivi sessanta giorni** delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi […] **informano senza indugio l'OCRI, fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni**, anche in deroga al disposto dell'articolo 2407, primo comma, del codice civile quanto all'obbligo di segretezza.

La rilevazione tempestiva della crisi:
c) Approccio e strumenti operativi

I) La rilevanza della visione prospettica

Il mutamento di prospettiva

«***Il tema degli adeguati assetti*** *rappresenta quindi il* link *fra la riforma societaria del 2003 (anche detta Riforma "Vietti") e quella introdotta con il citato Codice della Crisi che* ***apporta significative novità*** *in tema di gestione, vigilanza e controllo delle imprese,* ***richiedendo*** *alle stesse* ***l'effettuazione di un controllo «preventivo» finalizzato all'emersione precoce dello stato di crisi*** *e ad una sua composizione assistita in un'ottica di conservazione dei valori aziendali*» [P. VERNERO – R. FRASCINELLI].

La rilevazione tempestiva della crisi:
c) Approccio e strumenti operativi

II) Il ruolo degli indicatori della crisi

Secondo elemento di attenzione:

Gli indici della crisi **non indicano necessariamente una crisi in atto**

ma

richiamano l'attenzione su **situazioni potenzialmente sintomatiche** della **crisi** che deve essere intercettata e (quindi) **qualificata** e **individuata nella sua fase di sviluppo attuale.**

Di conseguenza sono **sintomi (potenziali)** di una **fase che precede l'insolvenza** e che (come evidenziato – v. Quaderno 71) a sua volta è **caratterizzata da un «divenire dinamico»**

La rilevazione tempestiva della crisi:
c) Approccio e strumenti operativi

II) Il ruolo degli indicatori della crisi

Nota bene:

« Occorre, in particolare, evitare scorciatoie (indebitamente) semplificatrici volte a desumere automaticamente dall'accertamento della sopravvenuta insolvenza la 'prova' dell'originaria inidoneità del modello predisposto dagli organi sociali ai fini della prevenzione»

(Maurizio Meoli, in AA.VV., Indici di allerta della crisi d'impresa, Eutekne, 29 ottobre 2019, 70; Nicolò Abriani, Doveri e responsabilità degli amministratori e dei sindaci, in La riforma del fallimento, Guida giuridica Italia Oggi, 23 gennaio 2019, 53-54)

No al sofisma post hoc propter hoc!

La rilevazione tempestiva della crisi:
c) Approccio e strumenti operativi

II) Il ruolo degli indicatori della crisi

2.3.4 Limiti degli indici - Falsi segnali

Dal punto di vista statistico, secondo il CNDCEC, nella stima di determinati parametri è fisiologica la presenza di errate segnalazioni, correlate anche alle dimensioni dell'intervallo di confidenza[26].
Si definiscono errori di primo tipo i c.d. "falsi positivi" per le imprese di cui è prevista l'insolvenza, ma che, in realtà, non vi incorreranno nell'orizzonte temporale considerato, ed errori di secondo tipo i c.d. "falsi negativi" per le imprese nei cui confronti non è diagnosticata la crisi, ma che, tuttavia, diverranno insolventi.

L'accuratezza di un modello corrisponde alla capacità di massimizzare le previsioni corrette, minimizzando i due tipi di errore. Il CNDCEC è, tuttavia, consapevole della circostanza che i falsi positivi e i falsi negativi non hanno evidentemente lo stesso impatto in termini di conseguenze sul sistema delle imprese.
La scelta di impostare il modello ammettendo un minor numero di errori di primo o secondo tipo, quindi, dipende dagli obiettivi del modello stesso. Nel caso di specie, in vista del possibile impatto di sistema, il CNDCEC ha deciso di privilegiare modelli che minimizzassero il numero di falsi positivi, ammettendo, invece, la possibilità di un maggior numero di falsi negativi.

Stefano De Rosa – Antonio Nicotra, in AA.VV., Indici di allerta della crisi d'impresa, Eutekne, 29 ottobre 2019, 12

La rilevazione tempestiva della crisi:
c) Approccio e strumenti operativi

II) Il ruolo degli indicatori della crisi

La segnalazione all'organo amministrativo da parte degli organi di controllo societari, del revisore contabile e della società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, deve essere compiuta in presenza di "fondati indizi di crisi", ossia in presenza di elementi, che, complessivamente considerati, inducano a ritenere l'esistenza di uno stato di crisi in atto[4].

La fondatezza degli indizi della crisi provenienti dal sistema di indicatori è, in particolare, il risultato della valutazione professionale e unitaria che i soggetti preposti alla segnalazione danno del complesso degli indicatori e degli indici.

Fabrizio Bava, Stefano De Rosa, Alain Devalle, Antonio Nicotra, in AA.VV., Indici di allerta della crisi d'impresa, Eutekne, 29 ottobre 2019, p. 16

La rilevazione tempestiva della crisi:
c) Approccio e strumenti operativi

II) Il ruolo degli indicatori della crisi

Necessaria valutazione e contestualizzazione degli indici della crisi

Gli indici /indizi della crisi costituiscono **indicatori** che, in quanto tali, necessitano:

Principio di AUTORESPONSABILITÀ in fase di adozione degli adeguati assetti.

- di essere **valutati *ex ante*** nella loro capacità di intercettare la crisi e lo stadio di emersione della stessa **rispetto alla specifica impresa a cui fanno riferimento;**
- di essere **valutati nel contesto operativo e prospettico** in cui si trova ogni singola impresa **al momento del loro manifestarsi.**

  A questo fine il *business plan* assume un ruolo fondamentale per valutare l'importanza e l'impatto dell'indice della crisi

La rilevazione tempestiva della crisi:
c) Approccio e strumenti operativi

II) Il ruolo degli indicatori della crisi

Corollari

A. Il **criterio della prevedibilità** (la cui valutazione deve tener conto del contesto in cui opera l'impresa in stretta relazione con l'attività svolta) **diviene un fondamentale parametro dei doveri imposti ad Amministratori e Sindaci** in situazioni di fondati indizi di crisi aziendale, nel cui ambito è necessario comprendere le cause che determinano la crisi onde poter intervenire in modo appropriato e (anche) tempestivo.

B. **Quando il rischio è calcolato e stimato può essere considerato fisiologico e ragionevole**: diversamente il rischio può essere considerato ingiustificato e privo di logica, evidenziando così comportamenti gestori non diligenti e caratterizzati da imperizia.

La rilevazione tempestiva della crisi:
c) Il ruolo degli indicatori

II) Il ruolo degli indicatori della crisi

Assumono importanza esiziale gli **elementi** (es. carte di lavoro, verbali, comunicazioni, relazioni di consulenza, ecc.) **da cui trarre argomento per suffragare e giustificare la ragionevolezza** («in allora»):

1. delle scelte compiute per l'adozione dell'assetto organizzativo idoneo ad intercettare la crisi e le valutazioni «periodicamente» effettuate per saggiarne la perdurante rispondenza ai criteri di proporzione e adeguatezza.
2. della selezione (*ex ante*) degli indicatori della crisi e la loro parametrazione funzionale a segnalare lo stadio della crisi in atto
3. della valutazione (*ex post*) degli indici della crisi ed il loro carattere effettivamente sintomatico della crisi in atto e del suo stadio di gravità.
4. delle determinazioni conseguenti.

La rilevazione tempestiva della crisi:
d) ricadute sulle responsabilità penali: scenari possibili

A) la definizione del c.d. «rischio consentito» per i reati del CCII

Le modalità di «gestione della crisi» potranno rilevare in relazione alle ipotesi di bancarotta variamente incentrate:

- sulla **causazione** o sull'**aggravamento** del dissesto (art. 323, co. 1, lett. d; art. 329, co. 2, lett. a, b; art. 330, lett. b);
- sulla **ritardata/omessa richiesta di apertura della liquidazione giudiziale** (art. 323, co. 1, lett. c)
- Sulla censura mossa in ordine alle **operazioni compiute sul patrimonio dell'imprenditore** (art. 323, co. 1, lett. b).

In ogni caso, il giudizio di adeguatezza circa le modalità di gestione della crisi potrà assumere un ruolo importante anche rispetto agli altri reati previsti dal Codice, quantomeno per contestualizzare le condotte di volta in volta incriminate.

La rilevazione tempestiva della crisi:
d) ricadute sulle responsabilità penali: scenari possibili

Potendo dimostrare la ragionevolezza delle scelte compiute per la valutazione/gestione della crisi

da apprezzare **nello specifico contesto** in cui ogni singola valutazione/determinazione/azione è stata assunta

Che assume le caratteristiche e la funzione di metro di misura del **«rischio consentito»** nella gestione della crisi (non potendosi considerare consentito un rischio non ragionevole)

Ne dovrebbe derivare:

- un **limite all'arretramento del momento a cui far risalire lo stato d'insolvenza** rimproverabile all'imprenditore/ amministratore ecc.;
- un parametro di valutazione (in positivo/in negativo) della **consapevolezza del significato assunto dalle scelte compiute rispetto alla determinazione/anticipazione del dissesto**.

La rilevazione tempestiva della crisi:
d) ricadute sulle responsabilità penali: scenari possibili

Possibili spunti di riflessione.

Cass. pen., sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352

«Ben può rispondere, a titolo di dolo eventuale, in base al disposto di cui all'art. 40 comma 2, c.p, dei reati societari o fallimentari […] l'amministratore privo di delega, quando risulti dimostrata la presenza di **segnali perspicui e peculiari di operazioni anomale**, i quali siano suscettibili, come tali, di assumere la **valenza di indizi gravi, precisi e concordanti della effettiva conoscenza**, da parte sua, della probabile realizzazione di eventi pregiudizievoli, con conseguente obbligo di attivazione, nell'ambito delle sue attribuzioni, di tutte le possibili iniziative atte ad impedirla»

Gli indicatori della crisi non lo sono di per se stessi

La ragionevolezza – in allora – della scelta compiuta può dimostrare che **tale conoscenza non c'era o, comunque, non era sorretta da dolo.**

La rilevazione tempestiva della crisi:
d) ricadute sulle responsabilità penali: scenari possibili

Possibili spunti di riflessione.

Cass. pen., sez. V. 9 ottobre 2018, n. 45324

I segnali d'allarme devono essere «**inequivocabili**» e dagli stessi si deve desumere «**l'accettazione del rischio** secondo i criteri del dolo eventuale **del verificarsi dell'evento illecito** e, dall'altro, **della volontà, in guisa del dolo diretto, di non attivarsi per scongiurare detto evento**»

Cass. pen., sez. V, 28 maggio 2013, n. 23000

«**un conto è, dunque, che l'amministratore** privo di delega **rimanga indifferente dinanzi a un ''segnale d'allarme''** percepito come tale, in quanto decida di non tenere in considerazione alcuna l'interesse dei creditori o il destino stesso della società, **ben altra cosa è che egli [...] per colpevole - ma non dolosa – superficialità venga meno agli obblighi di controllo su di lui effettivamente gravanti**»

La rilevazione tempestiva della crisi:
d) ricadute sulle responsabilità penali: scenari possibili

Possibili scenari.

- centralità della ricostruzione degli elementi di giudizio a disposizione e concretamente valutati nel contesto storico di riferimento
- Essenzialità delle carte di lavoro

↓

- Centralità del paradigma del comportamento atteso (linee guida CNDCEC)

↓

- Progressivo spostamento della responsabilità verso **modelli di valutazione tipici della colpa**, che circoscrivono l'operatività delle ipotesi di bancarotta dolose e preterintenzionali nei confronti delle sole ipotesi di consapevole superamento del «**rischio consentito**» («**ragionevolezza»**).

La rilevazione tempestiva della crisi:
d) ricadute sulle responsabilità penali: scenari possibili

A) «Rischio consentito» e ipotesi «scusanti» e «premiali»

Il giudizio circa la **tempestività** **della segnalazione o della istanza, dovrà essere formulato tenendo conto dell'individuazione della soglia del «rischio consentito» in relazione alla situazione concreta.**

Grazie per l’attenzione.