CAMERA CIVILE DEL PIEMONTE E DELLA VALLE D'AOSTA

Tribunale di Torino
Ministero della Giustizia

ORDINE DEGLI AVVOCATI DI TORINO

Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Torino

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

LE PROCEDURE CONCORSUALI ALLA LUCE DEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

Che cosa cambia dopo la riforma delle procedure concorsuali di cui al DLgs 12/1/2019 n.14

La rilevazione tempestiva della crisi di impresa e responsabilità penali

Prof. Avv. Maurizio Riverditi

22 maggio 2019

La rilevazione tempestiva della crisi:
a) gli assetti organizzativi

Art. 3. Doveri del debitore

1. L'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte.
2. L'imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative.

Tempestività
- Della rilevazione
- Della reazione

Idoneità/ adeguatezza
- Delle misure e dell'assetto organizzativo
- Delle iniziative di reazione

La rilevazione tempestiva della crisi:
a) gli assetti organizzativi

Art. 3. Doveri del debitore

c.c. art. 2086. Gestione dell'impresa.
[…].
L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il **dovere** di istituire un **assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa**, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.(3)

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**, […]

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 infortuni ex D.Lgs. 81/2008: autonormazione del DVR**

- **Gestione del rischio reato ex D. Lgs. 231/2001: specificità del modello organizzativo**

L'AUTONORMAZIONE PORTA ALLA AUTORESPONSABILITÀ NELLA GESTIONE DEL RISCHIO

La rilevazione tempestiva della crisi: a) gli assetti organizzativi

AUTORESPONSABILITÀ NELLA GESTIONE DEL RISCHIO

Art. 13 Indicatori della crisi

[…]

3. L'impresa che **non ritenga adeguati**, **in considerazione delle proprie caratteristiche**, gli indici elaborati a norma del comma 2 ne specifica le ragioni nella nota integrativa al bilancio di esercizio e 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**. L'attestazione è allegata alla nota integrativa al bilancio di esercizio e ne costituisce parte integrante. La dichiarazione, attestata in conformità al secondo periodo, produce effetti per l'esercizio successivo.

La rilevazione tempestiva della crisi:
a) gli assetti organizzativi

Art. 3. Doveri del debitore

Adottare un assetto organizzativo:

- **nel rispetto del principio di proporzionalità e adeguatezza**
- **nel rispetto del principio di autoresponsabilità**

La crisi come «risck governance»

La crisi si inserisce nella cultura del rischio che presuppone l'acquisizione di una capacità di valutare come questo rischio si inserisce/reagisce nelle scelte decisionali/strategiche ed operative

La rilevazione tempestiva della crisi: a) gli assetti organizzativi

c.c. art. 2086. Gestione dell'impresa.
[…]
2. L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche **in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale**, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e

Art. 2. Definizioni

a) **«crisi»: lo stato di difficoltà economico-finanziaria 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;**

La rilevazione tempestiva della crisi: a) gli assetti organizzativi

Art. 2. Definizioni

a) **«crisi»: lo stato di difficoltà economico-finanziaria 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;**

Quaderno 71 Commissione Controllo Societario CNDEC Milano (2017).

«**la probabilità di insolvenza** è la misura quantitativa […]del rischio di insolvenza. Essa esprime, sulla base di un'ordinata e sistematica analisi e valutazione di tutte le informazioni disponibili in un dato istante, la ragionevole convinzione del soggetto valutatore […] circa la possibilità che l'impresa diventi insolvente»

La rilevazione tempestiva della crisi: a) gli assetti organizzativi

Quaderno 71 Commissione Controllo Societario CNDEC Milano
Evoluzione della crisi:

INCUBAZIONE
(fase ordinaria e fisiologica di declino → Si manifestano fenomeni iniziali di inefficienza

MATURAZIONE
(fase straordinaria di declino, fisiologica) → Si cominciano ad intaccare le risorse aziendali

CRISI CONCLAMATA
(fase straordinaria, reversibile) → Si osservano gravi squilibri finanziari, ripercussioni sulla fiducia degli stakeholders. Coincide con questa fase anche la difficoltà finanziaria conclamata

La rilevazione tempestiva della crisi:
a) gli assetti organizzativi

Quaderno 71 Commissione Controllo Societario CNDEC Milano.

1.6. Si può osservare altresì come, mentre le fasi d'insolvenza irreversibile o conclamata siano progressivamente e facilmente rilevabili *ex post* anche dell'esterno, l'individuazione e la valutazione della gravità dello stato di "crisi", non ancora sfociato in insolvenza conclamata, presuppone l'accesso a un set informativo non disponibile all'esterno dell'azienda e una visione diversa da quella soltanto storica (basata su analisi statiche di grandezze patrimoniali e indici di bilancio), bensì anche prospettica e quindi tesa a individuare l'incapacità in futuro di adempiere non solo le obbligazioni già assunte, ma anche quelle prevedibili nel corso della gestione attesa, sia sotto il profilo inerziale sia se corretta da iniziative della direzione.

La rilevazione tempestiva della crisi: a) gli assetti organizzativi

Relazione sul governo societario contenente programma di valutazione del rischio di crisi aziendale (ex art. 6, co. 2 e 4, D.Lgs. 175/2016) del CNDCEC e della FNC (marzo 2019)

L'organo di governo è quindi chiamato ad assumere anche un'ottica prospettica e di programmazione, poiché solo una programmazione a medio termine può rilevare in modo efficace uno stato di crisi, così confermandone la definitività o anticipandone gli esiti; e deve adottare strumenti di pianificazione e controllo adeguati rispetto a dimensioni, complessità e contesto aziendale, tali da consentire, appunto in ottica prospettica, di monitorare l'andamento e di prevenire situazioni di crisi e/o di insolvenza.

In tal senso, vanno privilegiati *business plan* costituiti con rigore, in modo da rispondere ai principi di sistematicità, affidabilità, coerenza, chiarezza e controllabilità[15].

La rilevazione tempestiva della crisi: a) gli assetti organizzativi

Relazione sul governo societario contenente programma di valutazione del rischio di crisi aziendale (ex art. 6, co. 2 e 4, D.Lgs. 175/2016) del CNDCEC e della FNC (marzo 2019)

Il presupposto per intercettare con efficacia e tempestività la crisi è privilegiare le prospettive aziendali e pertanto la disponibilità di dati prognostici: disporre di un piano è il primo requisito della diligente conduzione dell'impresa poiché:

- solo dal piano emerge in modo inequivocabile la continuità aziendale;
- è solo il piano che permette di individuare con ragionevole certezza la sostenibilità del debito;
- è il piano che fornisce all'organo amministrativo le informazioni che consentono ex ante di misurare il fabbisogno finanziario e le risorse disponibili per la sua copertura;
- è solo il piano che consente di individuare le azioni da adottare per correggere tempestivamente la rotta.

La rilevazione tempestiva della crisi: a) gli assetti organizzativi

Relazione sul governo societario contenente programma di valutazione del rischio di crisi aziendale (ex art. 6, co. 2 e 4, D.Lgs. 175/2016) del CNDCEC e della FNC (marzo 2019)

Il piano costituisce insomma il più efficace assetto organizzativo di governo finanziario dell'impresa e di tempestiva rilevazione del rischio di crisi aziendale. Di modo che è opportuna l'introduzione di un controllo di gestione atto a consentire un ordinato ed efficace processo di redazione del piano per il monitoraggio dell'andamento aziendale e dei flussi finanziari; mentre per il monitoraggio degli aspetti finanziari (rendiconto) e dei flussi di cassa di breve periodo è utile l'impiego di *budget* con orizzonte temporale annuale e piani di tesoreria.

La rilevazione tempestiva della crisi: a) gli assetti organizzativi

<u>Principi desumibili</u>:

1. Autonomia e autoresponsabilità nella predisposizione degli «adeguati assetti» per la rilevazione della crisi
2. Visione prospettica
3. Essenzialità dell'adozione di un *bunsiness plan*
4. Centralità del controllo di gestione funzionale al monitoraggio costante dell'andamento aziendale e dei flussi finanziari

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

Organo amministrativo: A) gli obblighi preesistenti

Art. 2381 c.c.

Il consiglio di amministrazione

- **valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società**;
- **esamina** i piani strategici, industriali e finanziari della società;
- **valuta**, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione.

Gli organi delegati:

- **curano** che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia **adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa**
- **riferiscono** al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso **almeno ogni sei mesi**, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione […].

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

Organo amministrativo: B) 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: A) gli obblighi preesistenti il Collegio Sindacale

c.c. art. 2403. Doveri del collegio sindacale.

Il collegio sindacale **vigila**:

- sull'osservanza della legge e dello statuto
- sul rispetto dei princìpi di corretta amministrazione
- sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento.

Norme di comportamento del Collegio Sindacale – ***Principi di comportamento nelle società non quotate*** **(settembre 2015)**

Guida operativa – ***Attività di vigilanza del Collegio Sindacale delle Società non quotate nell'ambito dei controlli sull'assetto organizzativo*** **(maggio 2015)**

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

Organi di controllo: A) gli obblighi preesistenti il Collegio Sindacale

Norme di comportamento del Collegio Sindacale – *Principi di comportamento nelle società non quotate* (settembre 2015)

Norma 11.1. Prevenzione ed emersione della crisi

Principi

Il collegio sindacale, nello svolgimento della funzione riconosciutagli dalla legge, vigila che il sistema di controllo e gli assetti organizzativi adottati dalla società risultino adeguati a rilevare tempestivamente segnali che facciano emergere dubbi significativi sulla capacità dell'impresa di continuare ad operare come una entità in funzionamento.

Il collegio sindacale può chiedere chiarimenti all'organo di amministrazione e, se del caso, sollecitare lo stesso ad adottare opportuni provvedimenti.

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

Organi di controllo: B) gli obblighi preesistenti la revisione legale

D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39

Art. 11 (Principi di revisione)

1. La revisione legale è svolta in conformità ai principi di revisione internazionali adottati dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 26, paragrafo 3, della direttiva 2006/43/CE, come modificata dalla direttiva 2014/56/UE.

[…]

Art. 14 (Relazione di revisione e giudizio sul bilancio)

[…]

2. La relazione, redatta in conformità ai principi di revisione di cui all'articolo 11, comprende:

[…[

f) **una dichiarazione su eventuali incertezze significative relative a eventi o a circostanze che potrebbero sollevare dubbi significativi sulla capacità della società sottoposta a revisione di mantenere la continuità aziendale**;

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

Organi di controllo: B) gli obblighi preesistenti la revisione legale

Principio di revisione internazionale ISA Italia 570
Continuità aziendale

5. La valutazione della capacità dell'impresa di continuare ad operare come un'entità in funzionamento effettuata dalla direzione comporta una valutazione, in un dato momento, sull'esito futuro di eventi o circostanze per loro natura incerti. Ai fini di tale valutazione rilevano i seguenti fattori:

- il grado di incertezza associato all'esito di un evento o di una circostanza aumenta significativamente quanto più l'evento, la circostanza ovvero l'esito si collocano in un futuro lontano. Per questo motivo, la maggior parte dei quadri normativi sull'informazione finanziaria che richiedono esplicitamente una valutazione da parte della direzione specificano anche il periodo in relazione al quale essa deve prendere in considerazione tutte le informazioni disponibili;
- le dimensioni e la complessità dell'impresa, la natura e le circostanze della sua attività e la misura in cui è soggetta all'influenza di fattori esterni, sono elementi che influiscono sulla valutazione circa l'esito di eventi o circostanze;
- qualsiasi valutazione sul futuro si basa sulle informazioni disponibili nel momento in cui viene formulata. Eventi successivi possono dar luogo a esiti non coerenti con valutazioni che erano invece ragionevoli al momento della loro formulazione.

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

Organi di controllo: C) 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) Il ruolo degli indicatori

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) Il ruolo degli indicatori

La rilevanza della visione prospettica

Dall'approccio «statico» a quello «dinamico» della visione prospettica

L'approccio prospettico diventa parte integrante del sistema di gestione e degli adeguati assetti organizzativi, superando la tradizionale rilevanza in sede di redazione del bilancio, dove era imposta da alcune previsioni normative e di comportamento, quali:

- art. 2423 *bis*, co. 1, n. 1: la valutazione delle voci di bilancio deve essere effettuata nella prospettiva della continuità aziendale;
- OIC 11 prevede che «nella fase di preparazione del bilancio, la direzione aziendale deve effettuare una valutazione prospettica della capacità dell'azienda di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito per un prevedibile arco temporale futuro, relativo a un periodo di almeno dodici mesi dalla data di riferimento del bilancio»
- ISA Italia 570 «il bilancio è redatto assumendo che l'impresa operi e continui ad operare nel prevedibile futuro come un'entità in funzionamento».

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

La rilevanza della visione prospettica

Punti fermi

A. Qualsiasi *business plan* è caratterizzato da **intrinseca incertezza** legata ai flussi futuri;
B. La semplice attualizzazione dei flussi futuri non elide il rischio intrinseco delle informazioni acquisite connesso alla variabilità dei valori assunti.

Corollari

A. Centralità del requisito di **proporzione e adeguatezza e ragionevolezza della scelta organizzativa adottata** (art. 2086 c.c.; 3 e 13 Codice) in ordine:

1. al **contesto storico** in cui viene realizzato il *business plan*;

2. alla **selezione degli indici quali-quantitativi a cui fare affidamento per l'intercettazione della crisi nel quadro della visione prospettica che ne caratterizza l'essenza** [Aronne-Frascinelli]

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

La rilevanza della visione prospettica e il ruolo degli indicatori della crisi

Art. 13 Indicatori della crisi

Oggetto di attenzione: «gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario»

Finalità: devono **dare** «**evidenza della 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»

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

La rilevanza della visione prospettica e il ruolo degli indicatori della crisi

Art. 13

Sono indici significativi: quelli che **misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa** che l'impresa è in grado di generare e **l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi**. Costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24.

Art. 24 Tempestività dell'iniziativa

Quando si verificano alternativamente:

a) l'esistenza di **debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni** per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;

b) l'esistenza di **debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni** per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;

c) il superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici elaborati ai sensi dell'articolo 13, commi 2 e 3.

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

La rilevanza della visione prospettica e il ruolo degli indicatori della crisi

Punto fermo

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) Il ruolo degli indicatori

La rilevanza della visione prospettica e il ruolo degli indicatori della crisi

1ª Conseguenza operativa.

Tali indici dovranno essere letti come **semplici indizi «comunque da suffragare con la valutazione della sostenibilità del debito a 6 mesi o la presenza di reiterati e significativi ritardi nei pagamenti**» [Nota del CNDEC – Il Sole 24 Ore 18 maggio 2019, p. 18].

Il CNDEC: «**qualsiasi indice**, comunque costruito, **comporta inevitabilmente un certo numero di falsi positivi**, in assenza di uno stato di crisi che presenti la rilevanza di cui al comma 1 dell'art. 13, **sia negativi**, in termini di incapacità di intercettare uno stato di crisi rilevante».

Fondarsi su un 'semplice indicatore' **senza adeguata valutazione e contestualizzazione** potrebbe essere a sua volta **sintomatico di negligenza e imperizia**, sia nella prospettiva dell'avvio delle procedure di gestione della crisi, sia nella prospettiva dell'omesso avvio delle stesse.

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

La rilevanza della visione prospettica e il ruolo degli indicatori della crisi

2ª Conseguenza operativa.
La necessaria valutazione e contestualizzazione degli indici della crisi

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

- 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** (v. **principio di autoresponsabilità in fase di adozione degli adeguati assetti**).
- 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 (**principio di autoresponsabilità nella fase operativa e di valutazione della crisi**)

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

La rilevanza della visione prospettica e 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

La rilevanza della visione prospettica e il ruolo degli indicatori della crisi

3ª Conseguenza operativa

Paiono destinati ad assumere 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

Ambito «elettivo di rilevanza»: A) la definizione del c.d. «rischio consentito»

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.) ;
- la dimostrazione dell'**assenza di consapevolezza del significato assunto, *ex post*, rispetto alla determinazione/anticipazione del dissesto**;

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

Possibili spunti di riflessione.

La giurisprudenza sulla responsabilità degli amministratori privi di delega e dei membri del collegio sindacale: i «**campanelli di allarme**»

Una premessa:

a) il Codice della Crisi chiede un intervento continuo e anticipato per intercettare ed eventualmente correggere i fattori che determinano l'insorgenza dello stato di crisi;
b) l'adempimento a questo dovere di corretta amministrazione e di controllo impone di valutare continuamente l'adeguatezza dell'assetto organizzativo;
c) il comportamento atteso dall'organo amministrativo e dagli organi di controllo è una continua attività di monitoraggio/valutazione-reazione degli **indicatori della crisi che, di per sé, possono essere ritenuti** «**segnali d'allarme**» anticipatori dell'eventuale stato di crisi.

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 spunti di riflessione.

Cass. pen. S.U. 24 aprile 2014, n. 38343
Per la sussistenza del dolo eventuale è di decisivo rilievo che nella scelta d'azione sia ravvisabile una **consapevole presa di posizione di adesione all'evento**, che consenta di scorgervi un atteggiamento ragionevolmente assimilabile alla volontà, sebbene da essa distinto: una volontà, può dirsi, indiretta o per analogia. Muovendosi nella sfera interiore, entra in gioco il paradigma indiziario, **dovendosi individuare nel fatto concreto i segni dai quali inferire la sicura accettazione degli effetti collaterali della propria condotta**. […]. Occorrerà comprendere se l'agente si sia **lucidamente raffigurata la realistica prospettiva della possibile verificazione dell'evento concreto** costituente effetto collaterale della sua condotta, si sia per così dire confrontato con esso ed, infine, dopo aver tutto soppesato, dopo aver considerato il fine perseguito e l'eventuale prezzo da pagare, si sia **consapevolmente determinato ad agire comunque, ad accettare l'eventualità della causazione dell'offesa**».

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

Possibili spunti di riflessione.

Cass. pen. S.U. 24 aprile 2014, n. 38343 (segue)
[…] occorre la **rigorosa dimostrazione** che l'agente si sia confrontato con la specifica categoria di evento che si è verificata nella fattispecie concreta aderendo psicologicamente ad essa e a tal fine l'indagine giudiziaria, volta a ricostruire l'"iter" e l'esito del processo decisionale, può fondarsi su una serie di indicatori quali: a) **la lontananza della condotta tenuta da quella doverosa**; b) la personalità e le pregresse esperienze dell'agente; c) la durata e la ripetizione dell'azione; d) il comportamento successivo al fatto; e) il fine della condotta e la compatibilità con esso delle conseguenze collaterali; f) **la probabilità di verificazione dell'evento**; g) le conseguenze negative anche per l'autore in caso di sua verificazione; h) **il contesto lecito o illecito in cui si è svolta l'azione** nonché la possibilità di ritenere, alla stregua delle concrete acquisizioni probatorie, che **l'agente non si sarebbe trattenuto dalla condotta illecita neppure se avesse avuto contezza della sicura verificazione dell'evento** (cosiddetta prima formula di Frank).

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

Possibili spunti di riflessione.

Richiamando gli insegnamenti della giurisprudenza (soprattutto) civilistica, è doveroso rammentare che **un conto è il sindacato sulla scelta "in quanto tale", altro è il sindacato sul *modus decidendi* dell'organo gestorio e sul *modus vigilandi* dell'organo di controllo:** «*è solo l'eventuale omissione, da parte dell'amministratore, di quelle cautele, di quelle verifiche o di quelle informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel genere che può configurare la violazione dell'obbligo di adempiere con diligenza il mandato di amministratore e può quindi generare una responsabilità contrattuale dell'amministratore verso la società*» (c.d. *business judgment rule*).
Cass. civ., Sez. I, 28 aprile 1997, n. 3652, in *Rivista delle società*, 1997, 1389.

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

Ambito «elettivo di rilevanza»: b) le ipotesi «scusanti» e «premiali»

La **tempestiva segnalazione** costituisce:

- causa di esonero dalla responsabilità solidale per gli **organi di controllo societari** (**art. 14, co. 3**);
- causa di non punibilità 322, 323, 325, 328, 329, 330, 331, 333 e 341, comma 2, lettere a) e b), limitatamente alle condotte poste in essere prima dell'apertura della procedura, se il danno cagionato è di speciale tenuità, nei confronti di chi ha **tempestivamente presentato**: a) **istanza** all'organismo di composizione della crisi, ovvero b) **domanda di accesso** a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza di cui al presente codice se, a seguito delle stesse, viene aperta una procedura di liquidazione giudiziale o di concordato preventivo ovvero viene omologato un accordo di ristrutturazione dei debiti.

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

Ambito «elettivo di rilevanza»: b) le 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.