



Compliance Today

Keep updated for a safe business

Deloitte Legal, October 2021



Da fallimento a crisi. La *governance*, *risk and compliance* come strumento di prevenzione del dissesto

Il **fallimento**, nella sua accezione giuridica, è uno degli eventi connessi al rischio di impresa, sebbene quello meno auspicato e più temuto.

Lo stesso legislatore del 1942 non ha mai dissimulato il proprio intento di emarginare l'imprenditore insolvente, imbrigliandolo nelle strette maglie delle misure previste nella ormai superata Legge Fallimentare (R.D. 267/1942).

Atteso il mutato contesto economico-sociale, il legislatore del 2005 ha normato il concetto di '**crisi**' ancorandolo a nuovi strumenti diversi dal fallimento e volti a preservare la continuità aziendale dando, così, il via a quel processo di totale riassetto della materia conclusosi con il D.Lgs. 14/2019, modificato dal D.Lgs. 147/2020, che ha introdotto il Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza (CCII, per il quale sono intervenute ulteriori modifiche introdotte con il D.L. 24.8.2021 n. 118 in attesa di conversione), con lo scopo di riformare la materia delle procedure concorsuali e della crisi da sovraindebitamento, semplificando le norme attualmente vigenti.

Con la novella è stata confermata la **finalità preventiva e sanzionatoria perseguita dal legislatore**, già palesata con il D.lgs. 231/2001, attraverso la responsabilizzazione degli organi di governo e di controllo cui viene conferito un potere (in realtà un onere, art. 14 CCII) di intercettare la crisi prima che si tramuti in insolvenza, con la previsione di soglie di allerta al superamento delle quali consegue la segnalazione del rischio.

Un forte punto di contatto tra le citate normative: la prima, tracciata dal CCII, valuta il rischio di insolvenza, analizza la crisi, per prevenire il dissesto attivandosi concretamente affinché ciò non accada o accada in un momento utile ad evitare l'aggravarsi dello stesso; la seconda, dettata nel Decreto 231, valuta i processi aziendali, ne analizza i rischi, per scongiurare la commissione dei reati specificamente individuati ai fini della sussistenza della responsabilità amministrativa dell'Ente.

Il legislatore del 2005 ha normato il concetto di 'crisi' ancorandolo a nuovi strumenti diversi dal fallimento e volti a preservare la continuità aziendale dando, così, il via a quel processo di totale riassetto della materia conclusosi con l'introduzione del Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza



CCII e Decreto 231:
due normative
fortemente connesse

Decreto 231... E i reati fallimentari?

Sorprende, in tale prospettiva di riassetto normativo, il **mancato inserimento nel catalogo dei reati presupposto dei reati fallimentari**, sebbene nel contesto del Decreto 231 siano stati inseriti i reati sentinella, prodromici, e per certi versi causa, dello stato di decozione (v. artt. 322 e 323 CCII): si pensi agli artt. 25-ter e 25 *quinqüesdecies*.

E tanto a maggior ragione ove si osservi che, per il principio della esatta corrispondenza tra il reato contestato alla persona fisica e quello chiamato a fungere da presupposto per la responsabilità della persona giuridica, **andrà dichiarata improcedibile l'azione esercitata nei confronti dell'ente ogniqualvolta le condotte singolarmente richiamate**, per esempio nell'art. 25-ter, **“abbiano contribuito a cagionare il dissesto della società” e siano, pertanto, assorbite nel delitto di bancarotta** (Cass. Pen., SS.UU., 25.9.2014, n. 11170; Cass. Pen., Sez. V, 3.12.2020/7.1.2021, n. 323).

L'Ente, dunque, non è chiamato a rispondere dei reati fallimentari ma può essere chiamato a rispondere delle singole condotte delittuose che, potenzialmente, esporrebbero l'impresa ai reati di bancarotta.

E questo anche ove l'Ente venga sottoposto a fallimento, *rectius*, a liquidazione giudiziale, posto che “in tema di responsabilità da reato degli enti, il fallimento della persona giuridica non determina l'estinzione dell'illecito amministrativo” dal momento che “l'instaurazione della procedura concorsuale non integra una situazione assimilabile a quella della morte dell'autore del reato” e “non determina alcun mutamento soggettivo della società, la quale viene sottoposta semplicemente a una procedura di gestione della crisi ad opera di un pubblico ufficiale (il curatore) e sotto il controllo dell'autorità giudiziaria” con la

conseguenza che “durante il fallimento, la società continua ad essere soggetto passivo della sanzione pecuniaria, di cui risponde con il suo patrimonio ai sensi del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, art. 27; e la sanzione irrogata nel corso del fallimento potrà legittimare la pretesa creditoria dello Stato al recupero dell'importo di natura economica mediante la insinuazione al passivo” (cfr., *ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. III, 11.10.2017/9.4.2018, n. 15788).

In questo caso, il mancato inserimento del “fallimento tra le vicende modificative disciplinate dalla sezione 2^a del Capo 2 del D.Lgs. n. 231” risponde ad una ben chiara e ponderata “ragione di politica criminale, connessa alla finalità preventiva e sanzionatoria perseguita dal legislatore con la previsione della responsabilità amministrativa; finalità che impone di scoraggiare soluzioni di calcolo preventivo del costo dell'illecito nella valutazione economica delle conseguenze delle condotte da adottare. In questa prospettiva, si comprende anche la ragione per la quale la sanzione continui a gravare sul patrimonio dell'ente anche quando, per l'incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, sia stato dichiarato il fallimento di quest'ultimo” (id.).

Due rilevanti assenze nel Decreto 231 frutto di una scelta di politica criminale:

- La mancata previsione delle condotte di bancarotta tra i reati presupposto della responsabilità *ex* art. 231;
- La mancata previsione del fallimento tra le vicende modificative dell'ente disciplinate dalla sezione II del capo II del Decreto

I sistemi di *governance, risk and compliance* come strumenti per la prevenzione della crisi di impresa

Ma come si scoraggiano le ‘soluzioni di calcolo preventivo del costo dell’illecito nella valutazione economica delle conseguenze delle condotte da adottare’? Sia in tema di crisi di impresa che in tema di prevenzione dell’illecito amministrativo, tale rischio si scongiura massimizzando e rendendo efficienti ed efficaci i sistemi di *governance, risk and compliance*.

Non è un caso che nel CCII la **prevenzione dell’insolvenza** venga ancorata all’**obbligo di istituire adeguati assetti organizzativi** (art. 375) e di **dotarsi di procedure di allerta finalizzate ad anticipare l’emersione della crisi** (artt. 13, 3, 14), con il precipuo scopo di consentire alle imprese sane in difficoltà di ristrutturarsi in una fase precoce, per evitare il dissesto e proseguire l’attività (come del resto sollecitato con la Raccomandazione n. 2014/135/UE).

Si tratta di un’analisi preventiva ormai entrata a far parte della quotidianità delle società che hanno adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione, gestione e controllo idonei a prevenire i reati indicati nel Decreto 231.

Gli strumenti della *Gap Analysis* e del *Risk Assessment*, dunque, potranno e, anzi, in un’ottica di *compliance* integrata, dovranno essere adoperati per valutare, oltre ai rischi già presi in considerazione per la precoce emersione di condotte potenzialmente passibili di sanzione amministrativa per l’Ente, anche quelli previsti dal CCII quali gli indici di allerta individuati dal CNDCEC (20.10.2019), in particolare:

□ **Art. 13, comma primo. Indizi sintomatici di uno stato di crisi rilevante per la segnalazione ex art. 14**

- non sostenibilità del debito nei successivi sei mesi;
- pregiudizio alla continuità aziendale nell’esercizio in corso o se la durata residua dell’esercizio è inferiore a sei mesi per i successivi sei mesi;
- reiterati e significativi ritardi nei pagamenti.

□ **Art. 13, comma secondo. Indici che fanno ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell’impresa**

- patrimonio netto negativo;
- DSCR a sei mesi inferiore a 1;
- qualora non sia disponibile il DSCR, superamento congiunto delle soglie dei seguenti cinque indici: a) sostenibilità degli oneri finanziari in termini di rapporto tra gli oneri finanziari ed il fatturato; b) adeguatezza patrimoniale, in termini di rapporto tra patrimonio netto e debiti totali; c) indice di ritorno liquido dell’attivo, in termini di rapporto da cash flow e attivo; d) liquidità, in termini di rapporto tra attività a breve termine e passivo a breve termine; e) indebitamento previdenziale e tributario, in termini di rapporto tra l’indebitamento previdenziale e tributario e l’attivo.



□ Minacce alla continuità corredate ad altre tipologie di eventi non connessi alla non sostenibilità dei debiti

- perdite per danni ambientali;
- controversie giudiziarie che coinvolgono i vertici della società;
- profondi dissidi nella proprietà;
- perdita improvvisa di clienti o fornitori fondamentali.

Si tratta, a ben vedere, di una implementazione dell'analisi dei rischi e dei modelli – non inedita, se si ha riguardo, per esempio, all'esperienza di integrazione con il *Tax Control Framework* – che, ove condotta con frequenza, e in maniera efficace ed effettiva, consentirà agli organi di governo e di controllo di usufruire delle misure premiali e dei benefici previsti all'art. 6 D.Lgs. 231/2001 e all'art. 25 CCII.

Al pari dell'esonero di responsabilità previsto dal Decreto 231, anche il neo edito CCII all'art. 25 prevede delle misure premiali, cumulabili tra loro, in favore dell'imprenditore fondate sulla tempestività della individuazione della crisi e della sua segnalazione, in particolare:

- riduzione in misura legale degli interessi che maturano sui debiti tributari dell'impresa;
- riduzione entro la misura minima delle sanzioni tributarie se il termine per il pagamento scade dopo la presentazione dell'istanza di soluzione concordata della crisi dell'impresa, o della domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza;
- riduzione della metà delle sanzioni e degli interessi sui debiti tributari oggetto della procedura di composizione assistita della crisi;
- proroga (raddoppio) del termine fissato dal giudice per il deposito della proposta di concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti;
- prevalenza della proposta di concordato preventivo in continuità aziendale se assicura il soddisfacimento dei creditori chirografari in misura non inferiore al 20% dell'ammontare complessivo dei crediti;
- non punibilità per le condotte di cui agli articoli 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 ove il danno cagionato sia di speciale tenuità e ove sia stata tempestivamente presentata l'istanza all'organismo di composizione assistita della crisi d'impresa ovvero la domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza;

Si tratta di una implementazione dell'analisi dei rischi e dei modelli che, ove condotta con frequenza, nonché in maniera efficace ed effettiva, consentirà agli organi di governo e di controllo di usufruire delle misure premiali e dei benefici previsti all'art. 6 D.Lgs. 231/2001 e all'art. 25 CCII.

- riduzione della pena fino alla metà per le condotte di cui agli articoli 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, quando, alla data di apertura della procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza, il valore dell'attivo inventariato o offerto ai creditori assicura il soddisfacimento di almeno un quinto dell'ammontare dei debiti chirografari e, comunque, il danno complessivo cagionato non supera € 2.000.000.

Contact us:

Josephine Romano
Head of Corporate Compliance
Email: joromano@deloitte.it

Maria Luisa Maggiolino
Email: mmaggiolino@deloitte.it

Claudia C. Corsaro
Email: ccorsaro@deloitte.it

Edoardo D'Innella
Email: edinnella@deloitte.it

Sara Lauriola
Email: slauriola@deloitte.it



Deloitte.

Legal

Deloitte refers to one or more of Deloitte Touche Tohmatsu Limited (“DTTL”), its global network of member firms, and their related entities (collectively, the “Deloitte organization”). DTTL (also referred to as “Deloitte Global”) and each of its member firms and related entities are legally separate and independent entities, which cannot obligate or bind each other in respect of third parties. DTTL and each DTTL member firm and related entity is liable only for its own acts and omissions, and not those of each other. DTTL does not provide services to clients. Please see www.deloitte.com/about to learn more.

© 2021 Deloitte Central Mediterranean. All rights reserved.