

RIVERDITI & ASSOCIATI

AVVOCATI PENALISTI

Prof. Avv. Maurizio Riverditi

*Professore Associato di diritto penale
Università degli Studi di Torino
Patrocinante in Cassazione*
maurizioriverditi@riverditi.it

Of Counsel

Prof. Davide Petrini

*Già Professore Ordinario di Diritto Penale
Università degli Studi di Torino*

Avv. Lucilla Amerio

lucillaamerio@riverditi.it

Avv. Emanuele Cavallo

emanuelecavallo@riverditi.it

Avv. Giacomo Cossavella

giacomo.cossavella@riverditi.it

Avv. Giulia Fea

giuliafea@riverditi.it

Spunti di riflessione per la *Tavola rotonda*

COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI

– Riflessioni alla luce delle prime esperienze operative –

16 novembre 2022

*Via Pietro Micca n. 4 - 10122 Torino
Tel. 011 5660015 - Fax 011 5660214 - C.F. e P.IVA 12304680015
www.riverditi.it - segreteria@riverditi.it*

Aspetti legali riferiti alle Responsabilità nella composizione negoziata della crisi – Aspetti penali.

Maurizio Riverditi

Il connubio banca/impresa nell'ottica del CCII (anche) in vista degli obbiettivi perseguiti dalla Composizione negoziata della crisi.

1- Il punto di partenza della riflessione: l'art. 25 decies – obblighi di comunicazione per banche e intermediari finanziari. Inquadramento della natura, del ruolo e dello scopo della segnalazione.

«Le banche e gli altri intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del testo unico bancario, nel momento in cui comunicano al cliente variazioni, revisioni o revoche degli affidamenti, ne danno notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti».

Nell'attuale scenario normativo e culturale, la segnalazione è il **punto di arrivo** (non di partenza) del coinvolgimento delle banche nella **gestione del rischio** connesso all'erogazione del credito (anzitutto) all'impresa:

- Se fosse il punto di partenza dovremmo dire che solo a partire dall'introduzione dell'obbligo di segnalazione e solo dal momento in cui la segnalazione è stata effettuata le banche e gli intermediari finanziari si assumono l'onere di un coinvolgimento nelle strategie disegnate dal legislatore – nazionale e sovranazionale – per la gestione dei rischi d'insolvenza delle imprese e che, adempiendovi, assolvono ad un onere propulsivo ma, di per sé, circoscritto alla mera segnalazione.

- Inoltre, se fosse inteso come il punto di partenza, la segnalazione assumerebbe (anche o prevalentemente) il ruolo di “scarico di responsabilità” per il segnalante.

- Se, invece, lo consideriamo un punto di arrivo, valorizziamo i **presupposti** che – all'esito di un **percorso già compiuto con** (non contro) **l'impresa** – consentono di giungere ad una segnalazione ponderata e consapevole e

orientata agli stessi principi di salvaguardia del valore impresa (anche le banche e gli intermediari finanziari lo sono) a cui è ispirata tutta la filosofia che anima e giustifica l'introduzione del codice della crisi.

- Nel primo caso – punto di partenza – la banca/gli intermediari finanziari assumono il ruolo di “meri” guardiani di un sistema (ma, attenzione, anche i guardiani hanno le loro responsabilità per la segnalazione effettuata eventualmente in modo intempestivo);

- Nel secondo caso, banca/intermediari assumo la veste ed il ruolo di coautori/corresponsabili nella gestione di un **rischio di rilevanza collettiva/sociale**, connesso alla salvaguardia del valore impresa.

La scelta non è rimessa alle singole preferenze/sensibilità di ciascuno, ma discende dall'impostazione seguita a livello normativo, nazionale e, soprattutto, sovranazionale.

2- Una premessa fondamentale: il cambio di prospettiva in un contesto (normativo e operativo) “preparato” a farsi carico del nuovo paradigma.

Occorre valorizzare il cambio di prospettiva funzionale alla salvaguardia della continuità d'impresa.

Tutto il codice della crisi è orientato a garantire l'emersione precoce della “crisi”, sin dalle manifestazioni “più anticipate”: la **continuità aziendale** è un **valore sociale**, addirittura riconducibile all'art. 2 Cost.

In quest'ottica, un ruolo fondamentale è assunto dal principio di buona fede imposto a tutti gli attori della procedura (art. 4) nell'avvicinarsi a questo valore e nell'assolvere, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze, i compiti che l'ordinamento assegna.

In questo cambio di paradigma, peraltro, tutti gli attori – impresa, banche e consulenti – hanno a disposizione un bagaglio di “strumenti” (e di obbiettivi da

perseguire) ormai noto, introdotto sia dalle disposizioni sovranazionali, sia da quelle nazionali che ne sono attuazione.

Il *fil rouge* è rappresentato dall'assunzione della responsabilità nella gestione del rischio e dalla leale collaborazione tra tutti gli attori coinvolti.

La composizione negoziata rappresenta il *luogo* privilegiato di manifestazione di questo *fil rouge*, ma non ne esaurisce il significato.

Naturalmente, sullo sfondo, si pongono delle responsabilità (sia sul fronte delle comunicazioni sociali veicolate in relazione agli aspetti connessi alla gestione – attiva e passiva – del credito; sia sulle dinamiche di accesso e di concessione del credito; sia sul fronte dei pagamenti preferenziali; sia, infine, sulla causazione e sull'aggravamento del dissesto, v. *infra*). Ma queste responsabilità rappresentano, semmai, lo spunto per interpretare quel *fil rouge* che culmina con lo strumento della composizione negoziata della crisi.

Un esempio per tutti: la partecipazione consapevole e responsabile alle trattative instaurate sotto “l'ombrello” della mediazione dell'esperto – a cui compete, anzitutto, la selezione delle imprese per cui sussistono prospettive concrete di risanamento – consente, di per sé, di beneficiare di un ragionevole “scudo”, in termini di esonero da responsabilità:

- sia per le responsabilità connesse alla gestione/erogazione del credito anche in periodi di “tensione”, in presenza di un'apposita autorizzazione del Tribunale (art. 22);
- sia per la conclusione delle trattative inerenti la gestione delle posizioni “in sofferenza” (art. 23).

Evidentemente, queste soluzioni non sono percorribili se la banca/ente finanziario si sottraggono al confronto con l'esperto; e ciò può essere fonte di responsabilità (oltre che sintomo di impreparazione) ove il confronto non sia ragionevolmente motivato.

3- Dal lato dell'impresa.

Un assunto imprescindibile: l'impresa, beneficiaria della tutela, è il primo garante del bene tutelato.

A tal riguardo occorre considerare che:

i. tale approccio è fondamentale, anzitutto, in ossequio al dovere di gestire l'impresa nel rispetto dell'art. 2086 c.c. e, dunque, di rispondere in modo adeguato alla necessità di considerare il rischio-crisi come parte integrante dell'attività d'impresa.

In quest'ottica, **la correttezza del dato contabile** – da intendersi come sintesi dell'adeguatezza dell'assetto amministrativo e contabile e della conseguente capacità di rilevare in modo corretto e tempestivo i fatti da tradurre in contabilità e, quindi, la correttezza del dato contabile in sé – e dell'informativa di bilancio che ne consegue **è indispensabile per potersi avvalere, in modo adeguato e tempestivo, della composizione negoziata della crisi** (di per sé, nel rispetto dell'art. 2086 c.c.);

ii. è centrale la capacità di far fronte all'approccio *forward looking* e, dunque, sono determinanti il *business plan* (affidabile) ed il controllo di gestione;

iii. i p.ti. (i) e (ii), a loro volta, sono essenziali:

○ nel corso della gestione “ordinaria” dell'impresa, per rapportarsi in modo consapevole con il ceto bancario e, soprattutto, per valutare la **sostenibilità del debito** anche – ed è fondamentale – nell'ottica del mantenimento dell'equilibrio finanziario coerente con il mantenimento del principio di continuità aziendale;

○ per intercettare i segnali di crisi previsti dall'art. 3;

○ per potersi confrontare in modo adeguato/coerente/tempestivo con le scelte prodromiche e funzionali all'accesso alla composizione negoziata della crisi (squilibrio patrimoniale o economico-finanziario e ragionevoli prospettive di risanamento, art. 12);

○ per continuare a gestire l'impresa **in pendenza della composizione negoziata** (art. 21).

In tal contesto, occorre considerare il ruolo determinante dello **scambio informativo** – previsto dall'**art. 2409-septies** c.c. tra **sindaci** (a cui compete la valutazione dell'adeguatezza degli adeguati assetti) e **revisori**, ai quali ultimi

competete la valutazione circa la permanenza del principio di continuità aziendale (cfr. ISA 570).

Per l'imprenditore, dunque, è fondamentale un approccio informativo fondato sulla correttezza dei dati contabili trasfusi nei bilanci e sull'adeguatezza degli assunti prospettici circa la capacità di continuare a mantenere le condizioni di equilibrio necessarie per il mantenimento della continuità d'impresa, secondo l'approccio *forward looking* codificato nell'art. 2086 c.c.

Discostarsi da questa prospettiva e da questo approccio metodologico e culturale significa esporsi ai rischi previsti (anche) dai vari reati di bancarotta (oggi trasfusi nel CCII dagli artt. 322 ss. ma che hanno mantenuto pressoché invariato il loro volto apparente, pur se, , proprio per il mutamento di contesto, possono assumere sfumature operative conseguenti all'approccio complessivamente disegnato dal nuovo codice) ed anche dal reato di ricorso abusivo al credito (325 ccii).

4- Dal lato della banca e degli enti finanziari.

Il contesto in cui s'inserisce l'art. 25-*decies* CCII è particolarmente ricco di spunti di riflessione ed è segnato da un progressivo mutamento di paradigma: dall'acquisizione del dato "indicatore della crisi", all'approccio fondato sulla **gestione proattiva e preventiva del rischio d'insolvenza**.

A livello eurounitario, questo mutamento è segnato dalle tappe fondamentali scandite dall'approvazione del Regolamento UE 575/2013, dalla pubblicazione delle Linee Guida BCE per la gestione dei crediti deteriorati e, infine, dall'approvazione delle *Guidelines on loan origination and monitoring*.

In quest'ottica è fondamentale richiamare l'art. 79 della Direttiva 2013/36/UE che, sotto la rubrica *Rischio di credito e di controparte*, prevede, tra l'altro, che le Autorità competenti debbano assicurare: "***l'amministrazione e il monitoraggio continui dei portafogli e delle esposizioni soggetti al rischio di credito degli enti, anche al fine di identificare e gestire i crediti problematici e di effettuare rettifiche di valore e accantonamenti adeguati, siano eseguiti tramite sistemi efficaci***".

Le *Guidelines* LOM prevedono, tra l'altro, al p.to 5.5, con particolare riferimento alle piccole imprese, che “*gli enti dovrebbero valutare la capacità attuale e futura del cliente di adempiere alle obbligazioni derivanti dal contratto di prestito... nel valutare il merito creditizio del cliente, gli enti dovrebbero porre enfasi su una **stima realistica e sostenibile del reddito e del flusso di cassa futuro del cliente e non sulla garanzia reale disponibile***”.

Sempre le *Guidelines* hanno previsto “*la fornitura di un **parere indipendente/secondo parere sulla valutazione del merito creditizio e sull'analisi del rischio di credito** ai fini dell'assunzione di decisioni sul credito, indicando in quali circostanze, considerate le specificità della linea di credito, la sua entità e il profilo di rischio del cliente, tale parere indipendente/secondo parere è rilevante* (p.to 4.5).

Come ha ricordato il CNDCEC, si è passati da un *shareholder model*, basato sul primato dei portatori di capitale di rischio e sulla insidicabilità della *corporate judgmental rule*, alla *stakeholders model*, basato sulla prevalente tutela delle terze parti portatrici di interessi presenti all'interno e all'esterno dell'ambito aziendale.

Senza contare che banche/enti finanziari sono essi stessi imprese, con il conseguente assoggettamento all'art. 2086 c.c.

L'approccio “prudenziiale” nella valutazione dei crediti e, dunque, dei rapporti con le imprese a vario titolo affidate, è, inoltre (e di conseguenza), imposto dal **principio contabile IFRS 9**, che, sostituendo il principio IAS 39, impone il passaggio da un criterio di valutazione dei crediti finanziari basato sul *trigger event* ad uno basato sulla valutazione delle **perdite attese**.

Dunque, le perdite attese dovranno essere sempre calcolate e gli accantonamenti dovranno essere periodicamente aggiornati per riflettere le **variazioni nel rischio di credito**.

Con l'applicazione dello IFRS 9, pertanto, diventa fondamentale l'approccio basato sull'*expected loss*, anziché quello fondato sull'*incurred loss*, caratterizzante lo IAS 39.

Dunque la banca/ente finanziario:

- non è più (solo) il fornitore di un servizio di credito, ma

- è un osservatore – necessario e qualificato – del destinatario del servizio;
- è necessariamente il primo “consulente” del cliente nel valutarne le capacità di far fronte all’esposizione finanziaria; tenendo conto che, secondo la normativa citata, nel rendere questa consulenza adempie ad un proprio onere;
- è necessariamente vincolata ad un approccio *forward looking*.

In questa prospettiva, pertanto, l’art. 25-*decies* non è (e non può essere) considerato un punto di partenza.

Se fosse considerato tale:

- rappresenterebbe “la prova” della presa d’atto del venir meno dell’approccio indicato/codificato dalla normativa di riferimento;
- esporrebbe la banca/ente finanziario al rischio (non solo di valutazioni errate dell’esposizione del credito, ma anche) al rischio di **segnalazioni intempestive**.

Anche su questo fronte ci possono essere responsabilità, non solo risarcitorie, ma anche di rilevanza penale. Al riguardo possono assumere rilievo:

- i delitti di false comunicazioni sociali, per la mancata corretta valutazione dei crediti finanziari, secondo le logiche dell’IRFS 9; a cui è connessa la responsabilità da reato *ex art. 25-ter D.lgs. 231/2001*;
- il delitto di falso interno bancario, *ex art. 137 TUB*, a carico dei funzionari della banca per il caso in cui omettessero, consapevolmente, di segnalare dati o notizie di cui fossero a conoscenza e che sarebbero di ostacolo alla concessione del credito;
- le ipotesi di concorso (art. 110 c.p.) nei delitti di bancarotta, anzitutto preferenziale, per pagamenti ricevuti e sollecitati in periodi suscettibili di rilevanza per effetto della presenza di indici di decozione/crisi;
- le ipotesi di concorso (art. 110 c.p.) nei delitti di bancarotta variamente collegati all’aggravamento del dissesto e al ritardato ricorso alla liquidazione giudiziale, nelle stesse condizioni.

5- Il punto di raccordo: lo scambio informativo continuo.

In questo contesto, in linea con le indicazioni normative, assume rilevanza centrale l’approccio condiviso di leale e reciproca collaborazione.

Il percorso è significativamente già tracciato:

- *Guidelines LOM*, p.to 4.5: necessità/opportunità del parere dell'esperto indipendente sulla *valutazione del merito creditizio e sull'analisi del rischio di credito*;

- Linee guida del CNDEC dell'aprile 2021, per il rilascio del visto di conformità e del visto di congruità sull'informativa finanziaria aziendale.

Si tratta di un percorso "minimo", che può essere sicuramente ampliato/adattato in ragione del contesto e delle esigenze operative, ma che valorizza l'essenzialità della "leale collaborazione" che, da ultimo, è stata codificata (o, forse, solo ribadita ed enfatizzata) dall'art. 4 CCII.

6- Il punto di arrivo.

In questo contesto, la segnalazione prevista dall'art. 25-*decies*:

- Richiede di essere effettuata in modo consapevole all'esito del percorso tracciato dalla normativa di riferimento sin qui richiamata;

- Al di fuori di questa cornice operativa, può essere sintomatico di un approccio che esula dalle finalità della composizione negoziata della crisi e della mancanza e dell'approccio "proattivo" valorizzato dalle disposizioni richiamate;

- È prodromica e funzionale alla (e comunque deve essere coerente con la) partecipazione collaborativa alle trattative instaurate con l'avvallo dell'esperto.

In questo scenario, inoltre, è importante sottolineare che l'intervento dell'esperto fornisce una ragionevole copertura, in termini di "scudo" dalle responsabilità connesse, per:

- La rimodulazione del credito all'esito delle trattative: se precedute da un'attività di monitoraggio coerente con le modalità e gli obiettivi indicati dalla normativa di riferimento, non è, di per sé, sintomatica di carenze valutative/operative precedenti; sia in chiave di scarico di responsabilità (di fronte all'Autorità di Vigilanza ed alla Magistratura), sia in ottica di "giustificazione" – anche interna agli *shareholder* della banca – delle scelte compiute in sede di trattativa con il debitore.

- L'erogazione del credito prededucibile ai sensi dell'art. 22;

- In generale, per supportare l'attuazione del *business plan* funzionale a garantire gli obiettivi di perseguimento/mantenimento della continuità aziendale.

Una chiosa: è inevitabile considerare che l'azzeramento del rischio (anche in questo caso) è un obiettivo non perseguibile. Ciò che può (deve) essere perseguito è l'approccio ragionevolmente consapevole alla gestione del rischio.

È, dunque, fondamentale, non solo la formazione di un atteggiamento culturale adeguato e attrezzato a tale obiettivo, ma anche l'adozione di metodiche operative in grado di dimostrare (ora per allora) la ragionevolezza delle scelte compiute.

* * *