



CMS Newsletter Italia

Il nuovo “Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza”: questioni penali

in LinkedIn
LN Law-Now
RZ RegZone

[English Version](#)

Il 14 febbraio 2019 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 che, in attuazione della Legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, introduce il nuovo “*Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*”.

In applicazione delle disposizioni transitorie, il provvedimento normativo (di seguito solo “Codice”) entrerà in vigore decorsi 18 mesi della sua pubblicazione fatta eccezione per talune specifiche disposizioni (tra cui le espresse abrogazioni nel settore penale) che, invece, si intenderanno vigenti decorsi 30 giorni dalla pubblicazione del Codice.

Il Codice nasce dall’esigenza di una riforma complessiva della Legge Fallimentare (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267), nonché della disciplina della crisi del sovraindebitamento del 2012. Lo scopo della riforma è, dunque, quello di restituire organicità e sistematicità alle disposizioni in materia di insolvenza, oggetto di diversi interventi di modifica nel corso degli anni, che hanno originato seri problemi di incertezza giuridica nella pratica applicativa.

Tuttavia, una riforma complessiva del diritto penal-fallimentare non è stata presa in considerazione dalla Legge delega n. 155 del 2017 e, conseguentemente, dal Codice.

Di seguito un riepilogo delle principali modifiche di rilevanza penale.

- **Trasferimento della disciplina della bancarotta e degli altri reati fallimentari nel Titolo IX del Codice dedicato alle “Disposizioni penali”** (artt. 322-347 del Codice).

La Legge Fallimentare non viene abrogata, ma continua a trovare applicazione per i fatti di bancarotta commessi antecedentemente alla entrata in vigore del Codice e non ancora definitivamente giudicati. Come specificato anche nella Relazione illustrativa al Decreto Legislativo, nelle intenzioni del Legislatore il Codice non comporterà alcun fenomeno di *abolitio criminis*.

- **Eliminazione dei riferimenti lessicali a “fallimento” e “fallito” nelle disposizioni penali, sostituiti, rispettivamente, con le diverse espressioni “liquidazione giudiziale” e “imprenditore in liquidazione giudiziale”, il tutto “ferma restando la continuità delle fattispecie criminose”** (così come precisato della Legge delega).
- **Introduzione di due nuove “misure premiali penali”.**

L’art. 25 del Codice prevede l’applicazione di misure premiali per gli imprenditori che procedono alla tempestiva segnalazione della crisi:

- la causa di non punibilità del danno per speciale tenuità (speciale rispetta l’analoga causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto prevista dall’art. 131 *bis* cod. pen.) che si applicherà a tutte le ipotesi di bancarotta, a condizione che il debitore abbia tempestivamente attivato le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi;

- la circostanza attenuante con effetto speciale, applicabile anche se la condotta non ha causato un danno di speciale tenuità, quando all'apertura della procedura di crisi o di insolvenza, il valore dei beni offerti ai creditori supera il quinto dell'importo dei debiti.

▪ **Rilevanza dei “vantaggi compensativi di gruppo”.**

In ambito penale, l'esistenza di un gruppo di società collegate pone la questione fondamentale della configurabilità del reato di bancarotta fraudolenta (ex artt. 216 e 223, comma 1, l. fall.) rispetto alle condotte distrattive delle operazioni infragruppo.

Per effetto della Riforma, l'art. 2497 cod. civ. - che prevede l'esenzione della responsabilità nel caso di cd. vantaggi compensativi in ambito di gruppo - si applicherà per espressa previsione legislativa (art. 290 del Codice) anche ai reati fallimentari.

Si tratta di una conclusione alla quale era già approdata la giurisprudenza di legittimità prima della Riforma (si veda ex multis Cass. Pen. sentenza 20 aprile 2017, n. 18987): ciò anche se la normativa attualmente vigente prevede l'esenzione di responsabilità penale in caso di “vantaggi compensativi” solo per il reato di “*Infedeltà patrimoniale*” (cfr. art. 2634 cod. civ., comma III: “*In ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo*”).

▪ **Introduzione di nuovi obblighi per gli amministratori all'art. 2086, comma 2, cod. civ.** (come modificato dall'art. 374 del Codice), che si aggiungono agli altri doveri già previsti all'art. 2392 cod. civ..

L'art. 2086 cod. civ. (come modificato dal Codice) impone agli amministratori di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa. Tale obbligo potrebbe rilevare anche in ottica 231 (cfr. D.lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa da reato dell'ente), poiché l'amministratore potrebbe rispondere per aver omesso di valutare l'opportunità di istituire presidi aziendali diretti a prevenire la commissione dei reati contemplati nel Decreto 231.

Sotto il profilo penale, gli amministratori possono essere perseguiti personalmente in relazione ai reati fallimentari, in caso di negligenza nell'adempimento dei propri doveri fiduciari (ad esempio, qualora essi pur essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, si astengano dall'impedirne il verificarsi o dal ridurne le conseguenze negative). Le nuove disposizioni potrebbero pertanto comportare l'estensione dei casi di responsabilità penale degli amministratori in relazione ai reati di bancarotta, per non aver impedito il verificarsi dell'insolvenza in violazione dei loro doveri (ex art. 40, comma 2, cod. pen.).

▪ **Rafforzamento degli obblighi di legge (e della cd. posizione di garanzia) dei sindaci e dei revisori, mediante l'introduzione di un obbligo di segnalazione nel caso di “fondati indizi di crisi”** come definiti all'art. 13 del Codice (art. 14 del Codice).

La segnalazione (motivata e per iscritto) va trasmessa agli amministratori: essi avranno l'obbligo di riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese per far fronte alla crisi. Nell'ipotesi di omessa o inadeguata risposta da parte degli amministratori, gli organi di controllo e i revisori avranno l'obbligo di informare l'OCRI (“*Organismo di Composizione della Crisi*”, istituito presso ciascuna Camera di Commercio, con il compito di ricevere le segnalazioni di allerta e gestire la fase dell'allerta e la fase di composizione assistita della crisi), fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni, anche in deroga al disposto dell'art. 2407, comma I, cod. civ. quanto all'obbligo di segretezza professionale.

La tempestiva segnalazione (agli amministratori, ovvero, se del caso, all'OCRI) costituisce causa di esonero dalla responsabilità in caso di eventuali contestazioni penali per concorso nei reati di bancarotta.

▪ **Introduzione dei nuovi reati di “Falso nel procedimento della esdebitazione” e di “Falso nelle attestazioni dei componenti dell'OCRI”** (rispettivamente, agli artt. 344 e 345 del Codice).

Il reato di “*Falso nel procedimento della esdebitazione*” punisce:

- i. con la reclusione da 6 mesi a 2 anni e con la multa da 1.000,00 a 50.000,00 euro:
 - a. la condotta di falso commessa dal debitore al fine di ottenere l'accesso alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento o al cd. concordato minore (comma 1);
 - b. la condotta di falso commessa dal debitore nell'ambito del nuovo procedimento di esdebitazione di cui art. 283 del Codice (comma 2);
 - c. il componente dell'organismo di composizione della crisi che cagiona danno ai creditori omettendo o rifiutando senza giustificato motivo un atto del suo ufficio (comma 4);
- ii. con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da 1.000,00 a 50.000,00 euro, la condotta di falso commessa dal componente dell'organismo di composizione della crisi con riguardo alla consistenza del patrimonio del debitore.

Il reato di “*Falso nelle attestazioni dei componenti dell'OCRI*” - sanzionato con la pena della reclusione da 2 a 5 anni e con la multa da 50.000,00 a 100.000,00 euro - punisce il comportamento del componente dell'OCRI che espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti in ordine alla veridicità dei dati aziendali del debitore che intende presentare domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti o di apertura del concordato preventivo.

The new “Code of the business crisis and insolvency”: criminal issues

On 14 February 2019, the Legislative Decree 12 January 2019, n. 14, implementing the Delegated Law 19 October 2017, no. 155 and introducing the new “Code of the business crisis and insolvency” was published in Official Gazette.

In application of the transitional provisions, the regulatory measure (hereinafter only “Code”) will enter into force 18 months after its publication, with the exception of certain provisions (including the express repeals in the criminal sector), which are deemed to be in force, 30 days after the publication of the Code.

The Code arises from the need for a comprehensive reform of the Italian Bankruptcy Act (Royal Decree no. 267 of 16 March 1942) and of the regulation of over-indebtedness crises which is dated 2012. Thus, the purpose of the reform is to ensure the rationality of the provisions on insolvency, affected over the years by various amendments, especially in the civil sector, which involved serious problems of legal uncertainty in its application.

However, the Delegated Law no. 155 of 2017 - and thus the Code - has not taken into account a comprehensive reform of the insolvency law criminal matter.

Below is an overview of the key amendments of criminal relevance.

- **Shifting of bankruptcy and other insolvency offences regulation, to Title IX of the Code, concerning “Criminal provisions”** (Sec. 322-347 of the Code).

The Italian Bankruptcy Act is not repealed, but shall continue to be applied to bankruptcy conducts committed prior to the entry into force of the Code and not yet definitively judged. As also specified in the Decree Explanatory Report, in the lawmaker’s intention the Code will not lead to any *abolitio criminis*.

- **Elimination of textual references to “bankruptcy” and “bankrupt” in criminal provisions**, respectively replaced by the different expressions “*judicial liquidation*” and “*entrepreneur in judicial liquidation*”; all this “*without prejudice for the continuous application of the offence*” (as specified by Delegated Law).

- **Introduction of new “criminal reward measures”.**

Section 25 of the Code provides for the application of “*reward measures*” for entrepreneurs proceeding to the timely reporting of the crisis:

- the cause of impunity when the damage caused is particularly “tenuous” (special form of the similar cause of impunity for triviality for the offence provided for in Section 131 *bis* of the Italian Criminal Code), applying to all cases of bankruptcy, provided that the debtor has promptly activated the warning procedures for the assisted settlement of the crisis);
- the mitigating circumstance with particular effect, which applies even if the conduct does not cause a particularly “tenuous” damage and when at the opening of the crisis or insolvency settlement proceedings, the value of the assets offered to creditors, exceed one fifth of the amount of the debts.

- **Relevance of “group compensatory advantages”.**

In criminal matters, the existence of a group of related companies involves the fundamental issue on configurability of the crime of fraudulent bankruptcy (under Sec. 216 e 223 of the Italian Bankruptcy Act) having regards to the distractive conduct of intra-group transactions.

As a consequence of the Reform Sec. 2497 of the Italian Civil Code - which regulates the exemption of liability in the case of so-called compensatory advantages within the group - shall apply to bankruptcy offences by express legislative provision (Sec. 290 of the Code).

This is a conclusion already stated by Supreme Court case-law prior to the Reform (*ex multiis* see Court of Cassation, decision 20 April 2017, no. 18987). This applies even if the current legislation provides for the exemption of criminal liability in case of “compensatory advantages”, only for the crime of “*Patrimonial infidelity*” (Sec. 2634 of the Italian Civil Code, see 3rd paragraph: “*However, no crime is committed if the prejudice suffered by the company or by the group is offset by other benefits, whether already obtained or reasonably obtainable, that are the result of the company’s participation to the group*”).

- **Introduction of new duties for directors in Sec. 2086, paragraph 2, of the Italian Civil Code** (as amended by Sec. 374 of the Code), additional to the other duties already set forth in Sec. 2392 of the Italian Civil Code.

Sec. 2086 of Italian Civil Code (as amended by the Code) requires directors to establish an appropriate organizational, administrative and accounting structure proportionate to the nature and size of the company. This obligation could be also relevant from the perspective of Legislative Decree no.231/2001 (concerning the administrative liability of companies resulting from offence), since the director may be liable for having failed to evaluate the need of setting up company controls aimed at preventing the commission of the crimes also provided for by the Decree.

On the criminal side, directors may be personally prosecuted for bankruptcy crimes, in case of negligence in fulfilling their fiduciary duties (e.g. if being aware of prejudicial acts, they refrain from preventing them or from acting in order to reduce their negative consequences).

Therefore, the new provisions could result in the extension of the cases of criminal liability of directors in relation to the offences of bankruptcy, for having not prevented the event of the insolvency in breach of their duties (under Sec. 40, paragraph 2, of the Italian Criminal Code).

- **Reinforcement of legal duties (and so called “*posizione di garanzia*”) of corporate control bodies and auditors, by introducing a reporting obligation in the event of “*well-founded benchmarks of crisis*” as defined in Sec. 13 of the Code (Sec. 14 of the Code).**

The report (which must be motivated in writing) shall be sent to the directors: they will be required to report on the solutions identified and the initiatives taken in order to resolve the crisis. In the event of omitted or inadequate response from directors, the control bodies and the auditors shall immediately be required to inform the OCRI (“*Organismo di Composizione della Crisi*”, the new body established at each Chamber of Commerce, with the task of receiving alerts and managing the crisis and the relative composition phases), providing all the necessary information for the relevant determinations, also in derogation of the provisions on professional secrecy under Sec. 2407, 1st paragraph, of the Italian Civil Code.

The timely reporting (to the directors or, if any, to OCRI) is a cause for exemption from liability in the event of criminal charges for complicity in bankruptcy offences.

- **Introduction of the new offences “*False disbursement procedures*” and *False statements by the members of OCRI*” (respectively, under Secs. 344 and 345 of the Code).**

The offence of “*False disbursement procedures*” is punished with:

- i. imprisonment from 5 months to 2 years and a fine ranging from 1.000,00 to 50.000,00 euro, if:
 - a. the false conduct committed by the debtor in order to obtain access to the procedures for the settlement of the over-indebtedness crisis or to the so-called minor composition (paragraph 1);
 - b. the false conduct committed by the debtor is in the context of the new disbursement procedure pursuant to Sec. 283 of the Code (paragraph 2);
 - c. the member of the crisis settlement body who causes damage to creditors by omitting or refusing without justified reason an act of his office (paragraph 4);
- ii. imprisonment from 1 to 3 years and with a fine ranging from 1.000,00 to 50.000,00 euro, if the false declarations are made by a member of the crisis resolution body with regard to the entity of the debtor's assets.

The offence of “*False statements by the members of OCRI*” – sanctioned with imprisonment from 2 to 5 years and a fine ranging from 50.000,00 to 100.000,00 euro – punishes the conduct of OCRI members who make false declarations or omit to report relevant information regarding the truth of the debtor's situation who intends to submit an application for approval of the debt restructuring agreements or for the opening of a “*concordato preventivo*”.

Emilio Battaglia
Partner
emilio.battaglia@cms-aacs.com

Le opinioni ed informazioni contenute nella presente Newsletter hanno carattere esclusivamente divulgativo. Esse pertanto non possono considerarsi sufficienti ad adottare decisioni operative o l'assunzione di impegni di qualsiasi natura, né rappresentano l'espressione di un parere professionale. La Newsletter è proprietà di CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni.

The views and opinions expressed in CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni's Newsletter are meant to stimulate thought and discussion. They relate to circumstances prevailing at the date of its original publication and may not have been updated to reflect subsequent developments. CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni's Newsletter does not intend to constitute legal or professional advice. CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni's Newsletter is CMS property.

CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni è membro di CMS, organizzazione internazionale di studi legali e tributari indipendenti.

Uffici CMS: Aberdeen, Algeri, Amburgo, Amsterdam, Anversa, Barcellona, Belgrado, Berlino, Bogotá, Bratislava, Bristol, Bruxelles, Bucarest, Budapest, Casablanca, Città del Messico, Colonia, Dubai, Düsseldorf, Edimburgo, Francoforte, Funchal, Ginevra, Glasgow, Hong Kong, Istanbul, Kiev, Lima, Lione, Lipsia, Lisbona, Londra, Luanda, Lubiana, Lussemburgo, Madrid, Manchester, Milano, Monaco, Monaco di Baviera, Mosca, Muscat, Parigi, Pechino, Podgorica, Poznan, Praga, Reading, Riad, Rio de Janeiro, Roma, Santiago del Cile, Sarajevo, Shanghai, Sheffield, Singapore, Siviglia, Skopje, Sofia, Stoccarda, Strasburgo, Tirana, Utrecht, Varsavia, Vienna, Zagabria e Zurigo.

cms.law

Se non desiderate ricevere in futuro questa email [Cliccare qui](#)

If you do not wish to receive any future e-mails [Click here](#)

