

Gli obiettivi della due diligence

Quasi sempre ci si rivolge al **penalista** dopo aver attuato una strategia di investimento, chiedendogli di approfondire alcuni aspetti di un'acquisizione recentemente conclusa (post-acquisition due diligence).

A volte ciò avviene dopo che l'Autorità Giudiziaria ha già adottato provvedimenti cautelari recanti conseguenze pregiudizievoli per il Cliente.

Alla luce della mia esperienza professionale, posso dire che, in molti casi, sarebbe stato possibile intervenire in via preventiva, evitando sgradite sorprese a valle dell'operazione.

Il penalista molto spesso può essere decisivo prima dell'investimento, perché può fornire una valutazione preventiva del rischio penale legato all'operazione commerciale che vuole porre in essere.



I fattori di rischio penale

- **Rischi legati alle caratteristiche della controparte contrattuale:** è importantissimo sapere se il contraente è un soggetto a rischio penale. In particolare, va valutata la sua storia ed è indispensabile sapere se è davvero quello che appare o se, invece, rappresenta uno schermo fittizio (ad es.: uno dei contraenti potrebbe essere sottoposto, all'insaputa dell'altro, a misure di prevenzione antimafia o a procedimenti penali per riciclaggio o reimpiego; il contraente potrebbe essere un semplice prestanome e avere collegamenti illeciti con soggetti considerati socialmente pericolosi o gravati da precedenti penali).

- **Rischi di bancarotta:** è essenziale conoscere lo "stato di salute" dell'impresa. Persino una società apparentemente sana potrebbe presentare forti esposizioni debitorie (celate nelle pieghe del bilancio) od essere a grave rischio di insolvenza e fallimento (ad es.: i precedenti amministratori potrebbero aver falsificato i bilanci per occultare distrazioni e/o dissipazioni

dei beni sociali). Inoltre, è fondamentale evitare che un'operazione apparentemente vantaggiosa si trasformi per l'acquirente in un *boomerang*: a volte non si percepisce come anche la cessione di un ramo d'azienda ad un corrispettivo inferiore al valore reale possa integrare un fatto di bancarotta fraudolenta.

- **Rischi di confisca:** un provvedimento di sequestro preventivo sui beni dell'ente rappresenta un segnale di allarme che va tenuto in massima considerazione, specialmente se è funzionale alla confisca per equivalente. Nel nostro sistema, qualora il profitto illecito non sia direttamente apprensibile, è previsto che lo Stato possa rivalersi sulle somme di denaro o su altre utilità di valore equivalente al profitto del reato medesimo (art. 19 d.lgs. n. 231/2001; artt. 322 *ter* e 640 *quater* c.p.; art. 1, comma 143, l. n. 244/2007; art. 11 legge n. 146/2006). A volte l'ente può assumere una posizione di terzietà rispetto ai fatti. Ma anche in questi casi non si può escludere il rischio confisca sul bene (ad es. quando rappresenti il "prodotto" dell'altrui reato), se l'ente non è in grado di dimostrare: la totale estraneità al reato, la mancata percezione di qualsiasi profitto derivante dal fatto penalmente sanzionato e la piena buona fede, intesa come assenza di condizioni in grado di configurare un qualsivoglia addebito di negligenza da cui sia derivata la disponibilità della *res*.

- **Rischi penali legati alle autorizzazioni:** non è sempre facile stabilire se l'attività di impresa sia completamente lecita, il che è tanto più vero quando sia sottoposta a regime autorizzatorio: in tal caso, è fondamentale sapere se e come il nullaosta sia stato ottenuto (ad es.: l'autorizzazione all'esercizio di un impianto

eolico potrebbe essere frutto di tangenti; il terreno su cui sorge uno stabilimento potrebbe risultare non edificabile o vincolato dal punto di vista ambientale o paesaggistico). In molti casi basta una anomalia verificatasi nell'ambito della procedura di autorizzazione per far scattare gli accertamenti dell'A.G. volti ad appurare se vi siano state collusioni con i pubblici amministratori.



- **Rischi legati a comportamenti del management:** la società oggetto di acquisizione può andare incontro a conseguenze rilevanti a causa di condotte illecite poste in essere dai precedenti amministratori. Il rischio più evidente è legato alla **corruzione tra privati** (ad es.: gli amministratori della società α - oggetto di acquisizione - potrebbero aver corrotto i dirigenti della società β per ottenere un vantaggio concorrenziale). Ma il ventaglio dei reati che possono dar luogo a “231” è oggi sufficientemente esteso e comprende diversi illeciti prima esclusi: ad es. i reati informatici e di trattamento illecito dei dati, quelli di criminalità organizzata, l'induzione indebita a dare o a promettere utilità, determinati delitti di falso, i delitti contro l'industria e il commercio, gli abusi di mercato, le violazioni del diritto d'autore, l'impiego di lavoratori irregolari, ecc. In tali evenienze, deve essere valutata la gravità del fatto contestato e va accertato se, prima del reato, siano stati adottati modelli organizzativi

idonei ad escludere la responsabilità dell'ente (verificando se le persone fisiche abbiano eluso tali modelli, agendo nell'interesse esclusivo proprio o di terzi).

- **Rischi tributari:** le problematiche di tipo fiscale costituiscono un'importantissima voce di rischio a carico dell'acquirente, specie se a carico della società acquisita siano state elevate contestazioni tributarie di una certa rilevanza. Altre volte, pur in assenza di rilievi della Guardia di Finanza, occorre stabilire se siano leciti i sistemi impiegati dall'impresa per abbattere i costi fiscali ovvero se essi comportino un rischio di sanzioni penali. Per esempio, la presenza di sedi societarie in Paesi a fiscalità privilegiata può essere sintomatica di frodi ai danni dell'Erario, quando l'attività sia svolta sostanzialmente nel nostro Paese e in territorio estero sia presente una sede solo apparentemente operativa. Si consideri poi come negli ultimi anni si sia fatta più frequente la contestazione dell'associazione a delinquere (aggravata dalla transnazionalità) finalizzata alla frode fiscale: l'Autorità Giudiziaria tende così ad aggirare il vuoto normativo esistente a livello di “231” attraverso il grimaldello della fattispecie associativa.

- **Rischi legati a particolari settori d'impresa:** è necessario chiarire se il contraente operi in settori in cui, nel medesimo territorio, la competente Procura della Repubblica abbia già aperto indagini su analoghe attività imprenditoriali (ad es., se la società opera nel settore dell'energia, occorre chiedersi se l'A.G. abbia aperto fascicoli d'indagine sull'illecito ottenimento degli incentivi per il fotovoltaico o per l'eolico).

- **“Rischi geografici”:** sono legati al particolare territorio in cui l'azienda viene ad operare. Possono scaturire dalla forte presenza della criminalità organizzata in una data area geografica oppure dall'esistenza di radicati sistemi corruttivi capaci di inquinare i processi decisionali (autorizzazioni, licenze, permessi); possono anche discendere dalle locali inefficienze della Pubblica Amministrazione o da altri fenomeni sociali che meritano attenzione.

- **Rischi ambientali:** è indispensabile sapere se l'azienda oggetto di acquisizione rispetti la normativa ambientale e se in passato siano stati commessi reati legati allo smaltimento dei rifiuti o vi siano state immissioni di inquinanti nell'ambiente (ad es: il Cliente potrebbe ignorare che la società ha avvelenato per anni il territorio circostante, provocando infiltrazioni irreversibili nel terreno o nelle falde acquifere; ed ancora, i precedenti amministratori potrebbero aver smaltito illegalmente scorie nocive incorrendo nei reati legati al traffico illecito di rifiuti; il contraente potrebbe ignorare che al di sotto del terreno sul quale sorge lo stabilimento è presente una discarica di materiali tossici).

- **Rischi legati alla sicurezza e alla salubrità dei luoghi di lavoro:** l'impresa potrebbe non essere in regola con la normativa in materia di sicurezza ed igiene sul lavoro e in passato potrebbero essersi verificati gravissimi infortuni in azienda (i reati di lesioni e omicidio colposi connessi alla violazione della normativa antinfortunistica costituiscono, infatti, reati presupposto che possono dar luogo a responsabilità ai sensi del decreto legislativo n. 231/2001).

- **Rischi finanziari legati al tipo di operazione posta in essere in Italia:** è fondamentale sapere in anticipo se lo strumento utilizzato per realizzare un determinato tipo di investimento sia considerato lecito dal nostro ordinamento (ad es.: il Cliente potrebbe operare un finanziamento dall'estero in favore di aziende italiane, senza sapere di incorrere nel reato di abusivismo; l'Acquirente potrebbe omettere di fornire le informazioni dovute all'Autorità di vigilanza; il Cliente potrebbe non sapere di incorrere nel reato di *insider trading* oppure fornire notizie alla stampa suscettibili di integrare il delitto di manipolazione del mercato; ed ancora, presentando prospetti incompleti nell'offerta al pubblico di prodotti finanziari o nell'ammissione alla quotazione nei mercati regolamentati o in occasione delle offerte pubbliche di acquisto o di scambio, l'investitore rischierebbe di incorrere nel delitto di falso in prospetto).



L'apparente assenza di segnali di rischio non è sempre risolutiva

In Italia le indagini sono frequentemente coperte da segreto e possono perfino durare anni. In tutto questo tempo, l'indagato potrebbe non ricevere alcun avviso.

Il che significa che la società potrebbe non sapere di essere sotto la lente di ingrandimento della Magistratura.

La mancata conoscenza di questo dato costituisce un danno economico per l'acquirente, perché si potrebbe trovare a gestire le conseguenze di azioni altrui.

Per questo è fondamentale affidarsi a professionisti esperti nella raccolta, nella selezione e nell'analisi di informazioni complesse, spesso eterogenee, ma capaci di rivelare la pregressa commissione di illeciti penali.

In cosa consiste la *due diligence* penale preventiva

L'analisi del rischio avviene attraverso molteplici attività che comprendono, tra l'altro: la consultazione della documentazione contabile e fiscale, le interviste al *management*, l'analisi dei rilievi dei revisori, gli incontri con i consulenti esterni del venditore, l'esame dei *report* di *due diligence* già esistenti, le discussioni e gli approfondimenti con il *team* legale della società oggetto di acquisizione, i colloqui preventivi con l'Autorità Giudiziaria.

Dopo aver raccolto informazioni basilari sulla società e aver verificato l'esatta composizione della compagine sociale, lo Studio focalizza l'attenzione sui procedimenti penali pendenti e sui provvedimenti di sequestro, analizzando le conseguenze per il singolo ente o per il gruppo di appartenenza.

L'esame della documentazione e dei *report* è fondamentale anche per far emergere violazioni della legge penale, di cui ancora non si sia avuta notizia.



Lo screening delle aree "sensibili"

Per le ragioni sopra esposte, è vitale procedere ad un completo *screening* della società oggetto di acquisizione, tenendo conto delle seguenti problematiche:

- **contabili e di bilancio** (chiarezza del bilancio; reale situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società; eventuali sintomi di crisi di liquidità non ancora manifeste; individuazione di fatti materiali non rispondenti al vero e di valutazioni non corrette, atte ad alterare il quadro di verità legale; eventuali omissioni nelle comunicazioni delle informazioni imposte dalla legge sulla situazione della società o del gruppo; verifica dell'eventuale superamento delle soglie quantitative di rilevanza del falso);

- **gestionali** (adeguatezza delle procedure interne; esame della contrattualistica e verifica di congruità delle principali operazioni di vendita/acquisto; situazione del patrimonio societario; individuazione di potenziali conflitti di interessi in capo ai precedenti detentori del

potere gestorio; individuazione di operazioni sospette e di condotte distrattive o dissipatorie; valutazione del rischio di insolvenza);

- **latu sensu legali** (analisi dei livelli di *compliance* aziendale; esame dei rapporti con la Pubblica Amministrazione; rischi legati ai beni aziendali, ai prodotti o alla distribuzione; esame delle relazioni commerciali con i clienti e con i fornitori al fine di individuare prassi non corrette; profili di rischio nel rapporto con i concorrenti; analisi dei processi informatici e dei livelli di riservatezza. Una particolare attenzione va, poi, riservata alla *due diligence* in tema di salute e sicurezza dei lavoratori;

- **finanziarie** (adeguatezza delle principali operazioni di finanziamento; prevenzione dei fenomeni di riciclaggio o reimpiego di somme di provenienza illecita);

- **fiscali** (accertamenti volti alla emersione di rilievi tributari di una certa importanza che possano portare all'abbandono della trattativa).

- **ambientali** (emersione di illeciti legati all'inquinamento e ai rifiuti). La *due diligence* ambientale è estremamente utile in caso di operazioni di acquisizione o concessione d'uso di aree industriali, consentendo di isolare i rischi connessi alle attività pregresse. Si articola in una serie di verifiche comportanti: l'esame della documentazione ambientale e la conformità alla normativa; l'individuazione dei possibili costi ambientali e l'incidenza di eventuali violazioni penali.

I risultati della *due diligence*

Dopo aver eseguito una capillare mappatura delle aree sensibili, avvalendosi anche di esperti

di settore, lo Studio fornisce al Cliente – anche in raccordo con altri studi legali civilistici – una obiettiva valutazione del rischio di investimento, ponendo in rilievo i punti di forza e di debolezza della realtà societaria, segnalando le possibili iniziative volte al contenimento del contenzioso penale.

Sulla base delle informazioni acquisite nel corso della verifica e alla luce degli orientamenti giurisprudenziali più recenti, il penalista esprime il suo punto di vista sulla affidabilità e sulla legalità dell'operazione di acquisizione o di investimento.



Conclusioni

L'attività di consulenza permette al Cliente di orientare – da lì in avanti – le proprie scelte in modo pienamente consapevole: confermando l'operazione già programmata; ottenendo dalla controparte una riduzione sul prezzo; decidendo di non concludere il contratto, di chiederne la risoluzione oppure di denunciare la frode nelle trattative contrattuali.

Le competenze dello Studio Legale Bongiorno

Lo Studio dell'Avvocato Giulia Bongiorno è particolarmente focalizzato sull'attività di consulenza stragiudiziale in materia di diritto penale c.d. preventivo e di criminalità economica.

Per questo, il *team* legale è in grado di assistere importanti gruppi nazionali ed internazionali, mettendo a disposizione una *task force* di avvocati esperti, qualificati in tutte branche del diritto penale d'impresa (reati societari, tributari, fallimentari, finanziari, bancari, urbanistici, del settore energetico, in tema di privacy, ecc.), nonché con numerose pubblicazioni all'attivo.

All'*équipe* di penalisti, vengono affiancati i migliori consulenti tecnici che il mercato offra nei settori nevralgici dell'indagine preventiva.

Lo Studio fornisce assistenza in tutte le fasi prodromiche all'acquisizione dei nuovi *assets* o all'ingresso sul mercato di riferimento (valutazione preliminare, trattative, processi di ristrutturazione aziendale, rapporti con le Autorità di vigilanza e con gli Uffici Giudiziari), garantendo massima riservatezza ed indiscussa professionalità.