

Norme & Tributi Diritto dell'economia

Creditori con meno tutele per favorire la continuità

Aziende in crisi

La riforma del Codice supera il principio della gerarchia assoluta delle prelazioni

Distribuzione più flessibile per le risorse provenienti dalla prosecuzione dell'attività

Giuseppe Acciaro
Alessandro Danovi

Le risorse finanziarie ricavate dalla continuità aziendale possono essere distribuite con la regola della priorità relativa, prevedendo pagamenti anche non integrali ma almeno di ugual misura per le classi di pari rango e maggiori rispetto alle classi di creditori di rango inferiore. È l'innovativo principio introdotto nel diritto della crisi con il decreto legislativo di modifica del Dlgs 14/2019 che recepisce la direttiva Insolvency (2019/1023). Il Dlgs ha ricevuto i pareri parlamentari (si veda l'articolo a fianco) e, deve essere approvato in via definitiva dal Consiglio dei ministri. Le novità dovrebbero entrare in vigore il 15 luglio, non preminente rispetto al passato.

Il Dlgs, al fine di favorire la continuità aziendale, pone l'interesse dei creditori al miglior soddisfacimento, attuale stella polare del diritto concorsuale, in una posizione meno preminente rispetto alla salvaguardia dell'impresa e chiude l'annoso dibattito sull'applicabilità della regola della *Absolute priority rule* o di quella della *Relative priority rule*.

L'*Absolute priority rule*, preferita dai giudici perché ritenuta più coerente con il sistema delle prelazioni e delle regole sulla responsabilità e garanzia patrimoniale, impone che tutte le risorse concordatarie interne appartenenti al patrimonio del debitore unitamente alle risorse generate dalla continuità debbano essere distribuite nel rigoroso rispetto della graduazione delle prelazioni.

Nessuna risorsa diversa da apporti neutri di terzi estranei (finanza esterna) può essere distribuita al creditore di rango successivo senza aver soddisfatto integralmente il creditore di rango più alto. Questo comporta però che, se il patrimonio del debitore è incapiente la crisi diventa irrisolvibile poiché non è possibile assicurare soddisfazione al ceto chirografario.

La *Relative priority rule*, invece, prevede che le risorse concordatarie - eccedenti il valore di liquidazione del patrimonio - possano essere distribuite non garantendo una soddisfazione integrale del creditore più tutelato purché gli sia garantito un trattamento non peggiore rispetto a quello dei creditori di rango successivo. Un'interpretazione molto meno rigida che rischiava di essere incoerente con il nostro ordinamento che non prevede un'esplicita deroga alle norme sulla garanzia patrimoniale.

Le nuove regole

Le modifiche al Codice della crisi, sanciscono due principi da osservare nella ripartizione dell'attivo nei concordati in continuità:

- il valore di liquidazione dell'impresa deve essere distribuito nel pieno rispetto delle cause legittime di prelazione (priorità assoluta);
- per il valore derivante dalla pro-

seguenza dell'impresa è sufficiente che i creditori di pari rango ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello dei creditori aventi stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di rango inferiore (priorità relativa).

La scelta di prevedere espressamente la regola della priorità relativa per la distribuzione del ricavato dalla continuità nasce da un importante cambio di passo con il quale, in recepimento delle istanze europee, viene maggiormente tutelata ed incentivata la salvaguardia della continuità aziendale.

Tipologie di risorse e utilizzo

Figlio del nuovo equilibrio tra interesse dei creditori e salvaguardia dell'impresa, il nuovo articolo 84 del Codice della crisi, individua tre tipologie di risorse concordatarie cui applicare diverse regole nella distribuzione ai creditori.

La prima consiste nel valore di liquidazione dei beni e diritti che possono essere distribuiti assicurando il pagamento integrale dei creditori di rango superiore prima di soddisfare quelli di rango successivo, conservando così l'impostazione tradizionale (priorità assoluta).

La seconda attiene alle risorse derivanti dalla continuità di impresa, alle quali si applicano le nuove regole e il principio della priorità relativa.

La terza species riguarda la nuova finanza (ossia le risorse erogate da un terzo) e segue la regola figlia del recepimento della giurisprudenza di legittimità oramai unanime, dell'utilizzo senza il vincolo del divieto di inversione delle cause legittime di prelazione.

RIPRODUZIONE RISERVATA



BANCAROTTA PREFERENZIALE
La Corte di cassazione, con la sentenza n.20356 del 25 maggio scorso in tema di bancarotta preferenziale ha chiarito che il reato

scatta anche in caso di restituzioni delle quote ai soci in conto capitale in quanto non sono liquidabili durante la vita della società

Il Senato propone «l'insolvenza incolpevole»

La riforma

Le indicazioni parlamentari per la riforma del Codice della crisi

Claudio Ceradini

Introduzione del concetto di insolvenza incolpevole, verifica di convenienza solo in caso di opposizione del creditore, maggioranze calcolate sul totale dei crediti e non solo sui votanti nell'approvazione di accordi e concordati. Sono alcune tra le osservazioni che le commissioni permanenti di Camera e Senato hanno evidenziato nei pareri espressi sullo schema di decreto legislativo di modifica del Codice della crisi e dell'insolvenza, in recepimento della direttiva Insolvency (direttiva Ue 1023/2019).

La seconda commissione Giustizia del Senato, in vista della annunciata riscrittura delle norme penali fallimentari, ha invitato il Governo a valutare l'introduzione del principio di insolvenza incolpevole, quando l'insolvenza sia originata da condizioni economiche generali straordinarie.

La finalità è distinguere l'imprenditore solo sfortunato da quello negligente, in modo da evitare che le scelte anche correttamente operate per risolvere la crisi, ma rimaste senza successo, possano essere sindacate in un momento successivo e produrre per il debitore potenziali responsabilità, anche penali.

Un'ulteriore osservazione riguarda la verifica di convenienza, richiesta in sede di omologa di accordi di ristrutturazione e concordati preventivi, della soddisfazione del credito dell'amministrazione finanziaria e degli enti gestori della previdenza che non abbiano approvato la proposta.

Lo schema di decreto, che introduce il comma 2-bis nell'articolo 63 del Codice della crisi, prevede la verifica d'ufficio, cosicché quando l'adesione è determinante per l'approvazione della proposta o dell'accordo il tribunale omologa solo dopo aver verificato che il soddisfacimento di amministrazione finanziaria e gestore della previdenza dissenzienti sia migliore rispetto alle alternative liquidatorie.

In effetti la direttiva parrebbe meno rigorosa dello schema di decreto. L'articolo 109, quinto comma, del Codice della crisi, richiederebbe sulla base dello schema di decreto la maggioranza dei crediti ammessi al voto per ciascuna classe o, in mancanza, il quorum di due terzi dei crediti votanti, se superiori alla metà della classe.

I pareri delle commissioni intervengono anche sull'approvazione del concordato preventivo in continuità. L'articolo 109, quinto comma, del Codice della crisi, richiederebbe sulla base dello schema di decreto la maggioranza dei crediti ammessi al voto per ciascuna classe o, in mancanza, il quorum di due terzi dei crediti votanti, se superiori alla metà della classe.

La commissione raccomanda la verifica di coerenza con la previsione dell'articolo 9, paragrafo 6, della direttiva, che pare richiedere, per l'approvazione della proposta concordataria, la maggioranza dei crediti, e non della sola quota, per quanto qualificata, dei votanti.

RIPRODUZIONE RISERVATA

Come funziona

La proprietà

I beni affidati in gestione alla società fiduciaria rimangono di proprietà del fiduciante e la società fiduciaria ne assume l'amministrazione per conto di terzi, che comprende il potere di rappresentanza nel caso di partecipazione ad adunanze di organi sociali poiché il mandato fiduciario ha per oggetto azioni od obbligazioni)

L'attività

L'attività tipica della società fiduciaria è riassumibile nel concetto di amministrazione di elementi patrimoniali altrui, mediante mandati che legittimano la società fiduciaria a operare in nome proprio sui capitali affidati secondo lo schema del mandato senza rappresentanza

Se la fiduciaria non rende il capitale risarcisce i danni da cattiva gestione

Società

Secondo la Cassazione si tratta di un'obbligazione da inadempimento

Angelo Busani

Qualora un soggetto (detto fiduciante) affidi un dato capitale a una società fiduciaria con l'incarico di amministrarlo, tecnicamente si configura un mandato senza rappresentanza mediante il quale la fiduciaria amministra un capitale la cui proprietà effettiva rimane in capo al fiduciante. Conseguentemente la società fiduciaria che abbia mal gestito il capitale conferito dal fiduciante e che non sia quindi in grado di restituirlo al fiduciante perché divenuta insolvente, risponde del danno correlato all'inadempimento del mandato e alla violazione del patto fiduciario.

In altre parole, si tratta di un'obbligazione risarcitoria da inadempimento del mandato fiduciario conferito dal fiduciante alla fiduciaria. È quanto deciso dalla Cassazione nella sentenza n. 13143 del 27 aprile 2022, emanata a Sezioni Unite.

Le società fiduciarie agiscono in Italia secondo lo schema della cosiddetta "fiducia germanistica": i beni affidati in gestione alla società fiduciaria rimangono di proprietà del fiduciante e la società fiduciaria ne assume l'amministrazione per conto di terzi (comprensiva del potere di rappresentanza). In sostanza, il patrimonio fiduciario non subisce alcun trasferimento di proprietà e la società fiduciaria è destinataria della sola legittimazione all'esercizio dei diritti relativi ai beni o ai capitali a essa affidati dal fiduciante.

Osservando l'operatività tipica di una società fiduciaria, le Sezioni Unite sostengono dunque che i fiduciari devono essere identificati come gli effettivi proprietari dei beni da essi affidati alla società fiduciaria e a questa strumentalmente intestati: il mandato dei fiduciari a investire danaro, anche quando rimetta alla discrezione professionale della società fiduciaria l'opzione tra diverse ipotesi di investimento, è preordinato, pertanto, a costituire tanti patrimoni separati da quello della società fiduciaria stessa quanti sono i mandati fiduciari da essa ricevuti.

Detta separazione ha l'effetto di rendere intangibile ai creditori della società fiduciaria il patrimonio affidato dai fiduciari alla società fiduciaria, con la conseguenza che l'eventuale cattiva gestione, da parte degli amministratori della fiduciaria, dei beni affidati alla società fiduciaria, non comporta una lesione all'integrità del patrimonio sociale della società stessa. Con la conseguenza che, per esempio, i

commissari liquidatori (i quali siano nominati nel caso del default della fiduciaria) sono ritenuti privi di legittimazione ad agire per far valere la responsabilità degli amministratori e dei sindaci della fiduciaria verso i fiduciari, visto che si tratta di una responsabilità che si origina non nei confronti della generalità dei creditori (per avere compromesso la funzione di generica garanzia del patrimonio sociale, ledendone l'integrità), ma nei confronti dei fiduciari medesimi. A costoro, dunque, come terzi danneggiati, spetta la legittimazione in ordine all'azione individuale di responsabilità.

Se ne deriva, quindi, che la società fiduciaria, la quale abbia malamente gestito il capitale conferito dai fiduciari, e che non sia in grado di restituirlo a essi, perché divenuta insolvente, risponde essa stessa del danno correlato all'inadempimento del mandato e alla violazione del patto fiduciario. Così, la relativa obbligazione, quando azionata mediante l'insinuazione concorsuale, se anche parametrata all'ammontare del capitale conferito e perduto, è pur sempre un'obbligazione risarcitoria da inadempimento del mandato conferito alla società fiduciaria dal proprio fiduciante.

RIPRODUZIONE RISERVATA

NT+DIRITTO

Decadenza dall'incarico del sindaco assente

Tempi duri per i sindaci che non partecipano alle riunioni degli organi sociali: secondo la Corte d'Appello di Napoli (sentenza n. 973 dell'11 marzo 2022, che ha confermato la sentenza del Tribunale di Napoli 1356/2019), decade dall'incarico il sindaco che, senza un giustificato motivo, durante un esercizio sociale, non partecipi a un'assemblea dei soci o a due adunanze consecutive del consiglio d'amministrazione; e non è un giustificato motivo il fatto che un sindaco, in ragione della pluralità dei suoi incarichi, abbia preso parte a una concomitante riunione di un organo di un'altra società. La decadenza del sindaco è dettata nel Codice civile in due casi:

- l'assenza, senza giustificato motivo, a due riunioni del collegio sindacale (articolo 2404, comma 2);
- e l'assenza, senza giustificato motivo, a un'assemblea oppure a due adunanze consecutive del consiglio d'amministrazione o del comitato esecutivo (articolo 2505, comma 2) unq).

di Angelo Busani

NT+DIRITTO
La versione integrale dell'articolo su: ntplusdiritto.ilsole24ore.com

Montessori: un mondo di conquiste

Il Sole 24 ORE

DIVENTARE GRANDI GIOCANDO.

La collana Montessori ospita due nuovissimi volumi che hanno come protagonisti il mondo del giardino e della fattoria. Le attività presenti, come forme da riconoscere e colorare, disegni da ritagliare, labirinti e tanto altro, sono utili ai bambini per apprendere tutte le caratteristiche di piante e animali. Come gli altri volumi della collana Montessori anche questi sono pensati per stimolare lo sviluppo delle abilità cognitive dei bambini attraverso la creatività. Tutte le attività coinvolgenti proposte si ispirano ai principi del Metodo Montessori, che prevede di insegnare ai bambini come familiarizzare con i numeri, i colori, le forme, il tempo e la natura, come riconoscere gli animali e l'ambiente in cui vivono, sviluppando allo stesso tempo il proprio potenziale creativo.

IN EDICOLA CON IL SOLE 24 ORE DAL 3 MAGGIO GIARDINO E DAL 10 MAGGIO FATTORIA A € 6,90*

*Oltre al prezzo del quotidiano. Offerta valida in edicola fino al 10/06/2022.

NON PERDERE LE USCITE GIÀ IN EDICOLA!

1A Ordina la tua copia su Primaedicola.it e ritira, senza costi aggiuntivi né pagamento anticipato, in edicola.

Per maggiori informazioni chiama il Servizio Clienti del Sole 24 Ore **02 30300600**

Shopping **24** In vendita su Shopping24.offerte.ilsole24ore.com/montessori

© RIPRODUZIONE RISERVATA