

Giustizia. La Cassazione sull'applicabilità del principio nel diritto fallimentare - All'amministratore l'onere della prova

Per i gruppi bancarotta con limiti

Il reato è escluso solo se il «vantaggio» non comporta danni per i creditori



Giacomo Lunghini

La sentenza 49787 della quinta sezione penale della Cassazione affronta un tema di notevole interesse in ambito penale fallimentare, quello dell'applicabilità in sede fallimentare dell'articolo 2634, terzo comma del Codice civile; norma introdotta con la riforma dei reati societari del 2002 a proposito dell'infedeltà patrimoniale all'interno di gruppi societari. La norma esclude che qualora il rapporto sia tra due società di uno stesso gruppo, in presenza di vantaggi «conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo», tali vantaggi non siano definibili come «ingiusti» e quindi escludano l'integrazione del reato in oggetto. La norma vale cioè a sanare che i rapporti all'interno dei gruppi societari possono determinare svantaggi apparenti (nel caso in cui contestualmente sulla base di altri rapporti visia una compensazione) o temporanei (qualora dall'appartenenza al gruppo la società "sacrificata" troverà ragionevolmente una compensazione futura rispetto all'odierno danno), senza che questa condotta, ad esempio di un amministratore delegato sia della società sfavorita che di quella avvantaggiata, possa essere sanzionata.

La sentenza, in prima battuta sembra ammettere pacificamente la rilevanza di tale principio in sede fallimentare, affermando che può ammettersi che l'amministratore «deduca e dimostri (invertendo l'onere della prova, ndr) l'esistenza di una realtà di gruppo alla luce della quale anche quell'atto è destinato ad assumere una coloritura diversa».

Tuttavia l'affermazione viene ridimensionata nella sua portata quando si esige che «solo il saldo finale positivo delle operazio-

ni» (quindi in sede di verifica dell'attivo fallimentare) consenta di escludere che l'iniziale svantaggio sia alla fine tale, e quindi escludere la natura distruttiva del fatto.

Mentre, infatti, l'ipotesi in cui lo svantaggio sia immediatamente compensato da altri vantaggi conseguiti contestualmente non crea problemi, è più delicata la situazione qualora il vantaggio compensativo debba essere «fondatamente prevedibile» in quanto derivante dall'appartenenza al gruppo, situazione che aprendosi a un'attività prognostica (pur fondata su dati fattuali), lascia inevitabilmente aperto uno spazio temporale prima che l'appartenenza al gruppo restituisca lo svantaggio pareggiando la partita.

Quid iuris nel caso in cui il fallimento intervenga prima della chiusura della partita? O se il vantaggio di ritorno non si verifici? La sentenza sembra cancellare questa possibilità non considerando la degnità di essere escluse prima di arrivare al rigetto del ricorso.

Sembra invece che l'ipotesi dovrebbe essere vagliata. Infatti, se è vero che con l'approssimarsi della situazione di decozione il patrimonio della società acquisita sempre più la sua funzione quasi esclusiva di garanzia dei creditori, e che quindi il saldo contabile di vantaggi e svantaggi non devono essere proiettati in un arco temporale all'interno del quale possa collocarsi la dichiarazione di insolvenza, è pur vero che se il fallimento non sia prevedibile, allora il singolo atto anche se immediatamente svantaggioso non può a quella data essere qualificato come potenzialmente distruttivo qualora l'imprevedibilità del dissesto e i vantaggi fondatamente prevedibili derivanti dall'appartenenza al gruppo non permettano di qualificare come concretamente pericoloso per le ragioni creditorie alla luce della situazione economica, patrimoniale e finanziaria. E tantomeno può essere considerato sussistere il dolo di bancarotta.

La decisione



01 | LA SENTENZA
L'amministratore di una società che effettua operazioni economicamente svantaggiose si salva dall'accusa di bancarotta se per il gruppo societario di appartenenza si verifica un saldo positivo, dunque un vantaggio. A carico dell'amministratore, però, spetta la prova del vantaggio compensativo

02 | IL PRINCIPIO
La questione riguarda l'applicabilità in sede fallimentare dell'articolo 2634, terzo comma del Codice civile, norma introdotta con la riforma dei reati societari del 2002 a

proposito dell'infedeltà patrimoniale all'interno di gruppi societari. Qualora il rapporto sia tra due società di uno stesso gruppo, in presenza di vantaggi «conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo», la norma esclude l'integrazione del reato. Come a dire: i rapporti all'interno dei gruppi societari possono determinare svantaggi apparenti oppure temporanei, senza che questa condotta, ad esempio di un amministratore delegato, sia della società sfavorita che di quella avvantaggiata, possa essere sanzionata

03 | ESTENSIONE LIMITATA
La sentenza sembra ammettere pacificamente la rilevanza di tale principio in sede fallimentare, affermando che può ammettersi che l'amministratore deduca e dimostri (invertendo l'onere della prova) l'esistenza di una realtà di gruppo alla luce della quale anche l'atto economicamente svantaggioso è destinato ad assumere una coloritura diversa. Con dei limiti, però: la Cassazione spiega infatti che solo il saldo finale positivo delle operazioni (quindi in sede di verifica dell'attivo fallimentare) consente di escludere che l'iniziale svantaggio sia alla fine tale, e quindi escludere la natura distruttiva del fatto

Diritti dei soci. Corte d'appello di Torino

Prelazione violata se le azioni seguono la cessione d'azienda

Angelo Busani

È violato il diritto di prelazione degli altri soci, contenuto in uno statuto di società di capitali (d'ora innanzi, Alfa), con riferimento alla circolazione delle azioni o quote di partecipazione al capitale sociale di detta società, se:
● Beta, socia di Alfa, conferisce a Delta (società già interamente partecipata da Beta) un proprio ramo d'azienda comprendente le proprie azioni di Alfa (con il che Delta diviene socia di Alfa);
● Beta poi ceda a Gamma la propria quota di partecipazione totalitaria in Delta, con l'effetto pratico che, se non fosse affermata la violazione del diritto di prelazione (spettante agli altri soci di Alfa), Gamma alfine diverrebbe socia "indiretta" di Alfa.

È quanto stabilito dalla Corte d'appello di Torino nella sentenza emanata il 1° ottobre 2013 e pubblicata il successivo 14 ottobre (nella causa n. 961 RG del 2012) poiché «appare del tutto evidente come le azioni in oggetto, in virtù di un'operazione complessa, articolata in negozi tra loro funzionalmente collegati... siano state trasferite senza... consentire l'esercizio del diritto di prelazione agli altri soci».

La clausola di prelazione è presente nell'assoluta maggioranza degli statuti delle società di capitali a ristretta base sociale: tale clausola, dettata a presidio dell'interesse di non aprire le porte della società a terzi "estranei", è preordinata a consentire ai soci, nel caso che uno di essi intenda alienare le proprie partecipazioni, di essere preferiti come acquirenti delle quote oggetto di alienazione, a parità di condizioni rispetto a terzi estranei alla compagine sociale.

Ma se è facile, come si è appena fatto, individuare quali sono le finalità di questa clausola, la redazione della clausola di prelazione è oltremodo difficoltosa, in quanto le casistiche che si possono presentare nella prassi sono le più varie e quindi si possono verificare (e in effetti spesso si verificano) situazioni in cui la clausola di prelazione non riesce a raggiungere il suo scopo proprio perché il caso che in concreto si presenta (o che viene "confezionato ad arte" dal socio cedente) fuoriesce dalla previsione statutaria e non si presta a trovare in essa la propria disciplina.

Il principale problema con il quale le clausole di prelazione spesso si "scontrano" nella prassi concreta (come egregiamente testimonia la sentenza della Corte d'appello di Torino) è quello dell'individuazione delle situazioni giuridiche nelle quali la prelazione deve scattare: spesso, infatti, le clausole di prelazione, mal redatte sotto questo profilo, si limitano a prevedere il solo caso della «compravendita» del diritto di «piena pro-

prietà» delle quote di partecipazione al capitale sociale, quando invece la fuoriuscita di un socio dalla società (con il conseguente sorgere dell'interesse degli altri soci all'acquisizione delle sue partecipazioni) può avvenire in una miriade di altri casi. Infatti, si può trattare:

● di una compravendita, ma non del diritto di piena proprietà, bensì del diritto di usufrutto o di nuda proprietà delle quote di partecipazione al capitale sociale;
● di negozi a titolo oneroso, come la compravendita, ma senza la previsione di un corri-

SITUAZIONI A RISCHIO

La clausola è aggirabile con cessioni di usufrutto o nuda proprietà delle quote o con passaggi «indiretti»

spectivo "fungibile" (qual è il denaro nella compravendita medesima): si pensi alla permuta, alla dazione in pagamento, alla costituzione di una rendita, al conferimento delle quote in una società, eccetera;

● di negozi da cui "indirettamente" derivi l'effetto della trasmissione delle quote di partecipazione di una società di capitali: si pensi a una fusione ove la società incorporata detenga quelle partecipazioni, a una cessione d'azienda al cui novero esse appartengono, a una scissione ove alla società "beneficiaria" siano attribuite le quote di partecipazione già di titolarità della società "scissa";

● delle ipotesi in cui, trattandosi di quote di una società possedute da altra, avvenga una cessione delle partecipazioni di controllo di quest'ultima, con il che deriva una indiretta cessione delle quote della prima.

Giustizia alternativa. No alle richieste dell'Oua

Il Tar nega la sospensiva sull'obbligo di conciliazione

Giovanni Negri

Il Tar Lazio ha respinto la richiesta di sospensiva avanzata dall'Oua sulla disciplina applicativa della conciliazione obbligatoria reintrodotta nel settembre scorso con il decreto «del fare». L'ordinanza è stata depositata ieri e ha ritenuto che il regolamento adottato dal ministero della Giustizia con decreto n. 180 del 4 novembre 2010 non abbia caratteristiche tali da provocare un danno con i connotati dell'irreparabilità e della gravità a carico delle associazioni che hanno presentato il ricorso (in primis l'Oua, ma poi anche gli Avvocati romani e i consigli dell'ordine forense di Firenze e Salerno, mentre si sono opposti Adr center, l'Associazione avvo-

cati per la mediazione e l'Associazione italiana dei dottori commercialisti e l'Unione nazionale giovani dottori commercialisti). Unificato a questo il ricorso presentato dall'Unione delle camere civili.

LE INDICAZIONI
Rinvio al giudizio di merito anche l'esame delle questioni di costituzionalità sollevate dagli avvocati

Per il Tar i ricorrenti potranno far valere le loro ragioni nel corso del giudizio di merito dove verranno esaminate anche le questioni di legittimità costituzionale

questi casi, la parte che intende agire in giudizio ha l'onere di tentare la mediazione, con l'assistenza di un avvocato, che deve, chiaramente e per iscritto, informare il proprio assistito, sia della possibilità di procedere alla mediazione e delle relative agevolazioni fiscali che dei casi in cui il procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Il procedimento di mediazione ha una durata massima stabilita dalla legge di tre mesi, trascorsi i quali il processo può iniziare o proseguire. Tutti gli atti relativi al procedimento di mediazione sono esenti da imposte di accordo, mentre il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro sino alla concorrenza del valore di 50 mila euro. In caso di successo della mediazione, le parti avranno diritto a un credito d'imposta fino a un massimo di 500 euro per il pagamento delle indennità complessivamente dovute all'organismo di mediazione.

Tar del Lazio. Sì a limiti alle modalità di esercizio delle funzioni

Non più di due uffici per notaio

Marina Castellaneta

Le attività notarili perseguono obiettivi di interesse generale e, di conseguenza, il legislatore può imporre restrizioni alle modalità di esercizio delle funzioni. Inclusive limitazioni nelle competenze territoriali. Lo ha detto la Corte di giustizia Ue e lo ha confermato il Tar del Lazio, sezione prima, con sentenza 10363 depositata il 2 dicembre.

Al centro dell'attenzione del Tar Lazio l'apertura degli uffici secondari da parte di un notaio. Il Consiglio nazionale del notariato aveva adottato una delibera e ordinato a un notaio, che

aveva aperto più studi, la chiusura di uffici notarili secondari doppi. Questo perché, con le modifiche introdotte con la legge 24 marzo 2012 n. 27, è stato stabilito che il notaio possa aprire un unico ufficio secondario e non possa prestare attività, nei giorni in cui è prevista la sua assistenza obbligatoria nella sede

ASSISTENZA CONTINUA

Per i giudici amministrativi solo così sono assicurate la regolarità della sede, la tutela e le legittime aspettative dei clienti

assegnata, al di fuori di questa. In questo modo, in base all'ordinamento italiano, è assicurata la regolarità e la continuità dell'ufficio, con una tutela dei clienti e delle legittime aspettative di assistenza.

Il notaio destinatario del provvedimento, però, aveva impugnato la delibera dinanzi al Tar che gli ha dato torto. Prima di tutto - hanno chiarito i giudici amministrativi - va respinta la tesi del ricorrente secondo il quale il notaio sarebbe autorizzato ad aprire un numero indeterminato di studi sul territorio del distretto notarile «con l'unica esclusione del Comune in

cui ha sede lo studio principale». Una tesi non fondata. Le modifiche del 2012 - osserva il Tar Lazio - sono chiare nell'ammettere, senza eccezioni, l'apertura di un unico ufficio secondario proprio con l'obiettivo di «evitare che il professionista assista solo simbolicamente l'ufficio principale nei tre giorni settimanali prescritti».

Respinte, poi, le tesi del ricorrente che ha chiamato in causa il diritto dell'Unione europea. Per il Tribunale amministrativo, infatti, la limitazione nell'apertura di un ufficio secondario è del tutto compatibile con il diritto dell'Unione e, in particolare,

con la libertà di stabilimento. È stata la stessa Corte di giustizia Ue, con sentenza del 24 maggio 2011 (causa C-47/08), a precisare che il legislatore nazionale può imporre talune limitazioni nello svolgimento dell'attività notarile, proprio in ragione degli obiettivi di interesse generale perseguiti, «miranti a garantire la legalità e la certezza del diritto degli atti conclusi tra privati». Tali limitazioni, legate alla specificità dell'attività notarile, vanno dalle procedure di selezione, alle limitazioni di numero e nelle competenze territoriali, così come al regime relativo «alla remunerazione, all'indipendenza, all'incompatibilità e all'immovibilità». A patto, però, che le restrizioni siano necessarie e proporzionali rispetto all'obiettivo conseguito. La libertà di operare -

puntualizza il Tar - non comporta che l'attività sia «del tutto svincolata da regole e limiti: così la concorrenza tra notai ben ne può incontrare a tutela dell'ordinato ed efficiente svolgimento della funzione notarile, costituente un interesse pubblico di pregnante rilevanza».

Di conseguenza, il quadro normativo italiano relativo all'ordinamento notarile non è in contrasto con i principi dell'Unione europea in materia di libero stabilimento e concorrenza. Proprio perché è assicurato «un ordinato svolgimento dell'attività professionale» e le restrizioni relative agli uffici notarili secondari sono compensate dalla «contenziale estensione dell'attività professionale all'intero distretto di corte di appello».

DA OGGI PUOI LAVORARE CON PIÙ GUSTO
scegliendo esattamente quello che vuoi.

Nasce TuttoLavoro Suite

L'accesso unico e completo al mondo del lavoro

Punto di accesso unico e completo a tutti i contenuti in materia di lavoro: non solo CCNL, dati retributivi, contributivi e fiscali, ma anche notizie quotidiane, commenti d'autore, casi risolti, disciplina sanzionatoria, previdenziale e sulla privacy...

Completamente personalizzabile in base alle tue esigenze: a partire dalla banca dati sino ai singoli moduli complementari.

Facile e operativo grazie a formule e modelli, procedure di calcolo e di elaborazione del costo del lavoro.

Sempre aggiornato dove e quando vuoi, con Notizie TL, la app per smartphone sulle novità del mondo del lavoro.

TuttoLavoro Suite Indicitalia: da oggi scegli solo quello che vuoi.



Chiedi la prova gratuita per un mese su:
www.indicitalia.it/tuttolavoro

Wolters Kluwer
Italia