

Claudio Ceradini su Il Sole 24Ore, per la UE la “Absolute Priority” rule non è più un dogma

Qualche settimana fa ho commentato su “Il Sole 24Ore” una delle novità più interessanti, ma non l’unica, che emerge dalla lettura della Direttiva UE 2019/1023 pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell’Unione europea il ventisei giugno scorso. La novità consiste nel fatto che, quasi a sorpresa, per l’Unione Europea la deroga alla priorità assoluta non è più un tabù insuperabile. Oggi la regola aurea è che la soddisfazione dei creditori derivante dal concorso sull’attivo del debitore avvenga nell’assoluto rispetto della gerarchia delle prelazioni, nel senso che solo l’integrale soddisfazione delle obbligazioni di “grado” superiore consente di assegnare alcunché ai creditori di rango inferiore. La falciatura del credito privilegiato, affidata all’operatività dell’articolo 160, secondo comma, della Legge fallimentare è di fatto possibile quando sia accertata l’incapienza del valore di realizzo del bene su cui la prelazione insiste, valutazione che si estende all’intero patrimonio nel caso di privilegi generali. Per poterne ipotizzare la falciatura, la proposta concordataria deve quindi affidare totalmente la soddisfazione dei crediti postergati rispetto al privilegio falciato a risorse qualificabili come finanza terza, o esterna, e quindi ad apporti che, secondo la definizione della Corte di Cassazione (Sent. 9373/2012) non comportino la maturazione di alcun obbligo restitutorio, sia pure postergato, e non possano essere ricondotti al patrimonio, presente o futuro, del debitore, su cui il concorso si realizza. E’ il principio della priorità assoluta che rende difficile, per esempio, l’utilizzo concreto della transazione fiscale, anche nella nuova formulazione dell’articolo 182-ter della Legge Fallimentare che ammette la falciatura di imposta sul valore aggiunto e di ritenute operate e non versate. Il privilegio generale che l’articolo 2752 del Codice Civile riconosce alle imposte sul reddito e sul valore aggiunto e la graduazione disciplinata dall’articolo 2778 Codice Civile, assorbe nell’attuale regime l’intera capienza del patrimonio prima di subire riduzione alcuna, nulla lasciando ai chirografari che quindi solo dalla finanza terza potrebbero trarre beneficio. Derogare al principio della priorità assoluta (articolo 11, comma primo, lettera c della Direttiva) significa invece poter assegnare ai privilegi soddisfazione parziale, purché superiore rispetto ai crediti di rango inferiore, con il risultato di rendere più flessibili, a parità di disponibilità, piani e proposte perlomeno del quadro delle procedure concorsuali. La Direttiva non impone la deroga, che nella prima versione del 2016 non era nemmeno adombrata, lasciando la valutazione ai singoli stati membri. Tuttavia una riflessione è probabilmente opportuna, tenuto anche conto che il nuovo Codice della Crisi e dell’insolvenza entrerà in vigore a meno di dodici mesi dal termine per l’adozione della Direttiva, stabilito per il 17 luglio 2021.

Ulteriore novità riguarda, nelle ristrutturazioni non “trasversali”, l’obbligo di

formazione delle classi, anche con funzione protettiva dei creditori più vulnerabili, come i piccoli fornitori. L'obbligo, che impone al minimo la distinzione tra privilegio e chirografo, diviene più sfumato per le PMI, che possono derogarvi, ragionevolmente in assenza di divergenze significative in termini di posizione giuridica ed interessi economici dei creditori. Di rilievo la possibilità inoltre di prevedere, tutelato dal procedimento giudiziale di omologa, un trattamento per i creditori dissenzienti diverso dal pagamento integrale, pur nel limite minimo della soddisfazione di cui avrebbero goduto in caso di liquidazione del patrimonio. La novità sarebbe notevole, se incidesse sulla disciplina attuale, ed attesa, dell'accordo di ristrutturazione del debito.

Qualcosa di nuovo anche per le misure protettive. La Direttiva non le estende agli strumenti di allerta, come invece fa il Codice della crisi e dell'insolvenza, e ne consente una perimetrazione flessibile, integrale o limitata ad alcune categorie di crediti o creditori. La sospensione delle azioni esecutive individuali, che può durare da quattro a dodici mesi, includendo le eventuali proroghe, non si applica ai diritti dei lavoratori, a meno che nello strumento di ristrutturazione preventiva adottato dal debitore non godano di analoga tutela.

In sintesi, un quadro delle indicazioni della Direttiva (UE) 2019/1023 del 20 giugno 2019

Argomento	Direttiva 1023/2019	CCI
------------------	--------------------------------	------------

Procedure di
allerta

Il debitore deve disporre di strumenti di allerta trasparenti che gli consentano prevenire l'insolvenza, ed ai quali acceda quando non abbia effettuato determinati tipi di pagamenti. Creditori terzi che dispongano di informazioni specifiche, quali le autorità fiscali e di sicurezza sociale, saranno incentivati a segnalare al debitore i sintomi della crisi. Il debitore potrà beneficiare di servizi di assistenza professionale, e di informativa aggiornata e semplice sigli strumenti di allerta.

Il debitore può richiedere l'accesso alle procedure di composizione assistita della crisi, a seguito della attivazione dell'allerta, anche a cura di creditori qualificati come l'Agenzia delle Entrate e l'INPS, che in caso di inerzia subiscono il degrado del loro credito, o dell'organo di controllo. Un collegio di tre esperti nominati dall'OCRI, che individuano con il debitore le misure da adottare per la soluzione della crisi ed assegnano un termine per la loro attuazione.

Misure protettive

Nell'ambito del quadro di ristrutturazione il debitore può beneficiare della sospensione delle azioni esecutive individuali al fine di agevolare le trattative per la soluzione della crisi. L'autorità giudiziaria può negare il beneficio se non necessario o utile. La sospensione può riguardare tutti i crediti o determinate categorie, e non può applicarsi ai crediti da lavoro a meno che il quadro non ne fornisca una tutela analoga. La durata iniziale della sospensione è di quattro mesi, prorogabile fino a dodici

Le misure protettive necessarie alla conclusione delle trattative possono essere richieste anche nell'ambito della composizione assistita della crisi, con una durata massima di tre mesi, prorogabile di ulteriori tre, in caso di progressi significativi attestati dal collegio nominato dall'OCRI. La sospensione delle procedure esecutive individuali può essere richiesta in pendenza del termine per il deposito della proposta di concordato preventivo e nella fase della trattativa preliminare all'accordo di ristrutturazione.

Classi, adozione ed omologazione dell'accordo

Le parti interessate (creditori e detentori di strumenti di capitale sui cui diritti l'accordo incide) hanno diritto di voto e devono (fatta eccezione per le PMI) essere suddivisi in classi omogenee, con particolare attenzione ai lavoratori ed ai creditori vulnerabili come i piccoli fornitori. Il piano di ristrutturazione è adottato se approvato dalla maggioranza, per ogni classe, non superiore al 75%. Se omologato può incidere sui diritti dei dissenzienti, nel limite della soddisfazione in caso di liquidazione.

I creditori possono essere suddivisi in classi e approvano l'accordo, e nessun ruolo è riservato ai detentori di strumenti di capitale. E' richiesta l'approvazione di almeno il 60% dei creditori, ridotta della metà in assenza di richiesta di moratorie e di misure protettive. L'accordo di ristrutturazione del debito è sempre soggetto ad omologa, e può estendere gli effetti ai dissenzienti solo se non liquidatorio, approvato dal 75% dei creditori della classe e nei limiti della soddisfazione in caso di liquidazione

Absolute priority
rule

Il piano di ristrutturazione approvato dalla sola maggioranza delle classi di parti interessate, purchè una rappresenti creditori garantiti, può essere omologato e divenire vincolante per le classi dissenzienti se assicura loro un trattamento almeno analogo a quello delle classi dello stesso rango e più favorevole rispetto alle classi di rango inferiore, che possono essere destinatarie di una proposta anche in caso di soddisfazione parziale di parti interessate di rango superiore.

Nelle procedure concorsuali, tra cui il concordato preventivo, la gerarchia dei privilegi è secondo l'orientamento prevalente tassativa, cosicchè la possibilità di assegnare ad una classe di creditori qualificata da privilegio di rango inferiore rispetto ad altra non integralmente soddisfatta una anche minima proposta è subordinata alla corrispondente dotazione del piano di finanza di provenienza esterna e che non comporti per il debitore alcun obbligo restitutorio

Esdebitazione

Si applica ad imprenditori, professionisti e artigiani. Deve essere prevista almeno una procedura che consenta l'esdebitazione. Gli stati membri possono prevedere che l'obbligo sia condizionato al pagamento anche minimo dei creditori. L'esdebitazione deve essere concessa al massimo entro tre anni dalla omologazione o dalla apertura della procedura. L'esdebitazione non può essere concessa se l'imprenditore ha agito in modo disonesto o in malafede, ha violato il piano di rimborso o è già stato ammesso al beneficio entro un certo (non precisato) periodo precedente.

Si applica ad imprenditori, professionisti, artigiani e consumatori ed è prevista per tutte le procedure. E' concedibile, ma solo una volta, al debitore che non offra ai creditori alcuna utilità. E' decretata alla chiusura della procedura, o su istanza del debitore, decorsi tre anni dall'apertura. L'esdebitazione non è concessa al debitore condannato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria o il commercio, o ne abbia beneficiato nei cinque anni precedenti