

## LE PROCEDURE CONCORSUALI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO ED IL PROGETTO DI RIFORMA

LINO GUGLIELMUCCI\*

Ordinario di Diritto fallimentare nell'Università di Trieste

SOMMARIO: 1. Le leggi vigenti ed il progetto di riforma.- 2. Le procedure concorsuali: premessa.- 3. L'amministrazione controllata.- 4. Il concordato preventivo.- 5. Il fallimento.- 6. La liquidazione coatta amministrativa.- 7. La tendenza verso una procedura concorsuale unitaria.- 8. L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi.- 9. Il progetto di riforma delle procedure concorsuali.

**1. Le leggi vigenti ed il progetto di riforma.-** Nell'ordinamento italiano le procedure concorsuali sono disciplinate principalmente nel r.d. 16 marzo 1942, n. 267 ("legge fallimentare"), che prevede tre procedure giudiziali (fallimento, concordato preventivo, amministrazione controllata) ed una procedura amministrativa (liquidazione coatta amministrativa).

Più di recente, con d.l. 30 gennaio 1979, n. 26 convertito in l. 3 aprile 1979, n. 95 (cosiddetta "legge Prodi") è stata introdotta una nuova procedura concorsuale amministrativa (amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi), la cui disciplina è stata radicalmente modificata con d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi).

La disciplina generale delle procedure concorsuali, risalente al 1942 è destinata – in tempi presumibilmente non molto lunghi - ad essere sostituita con una nuova legge sulle procedure concorsuali che prevederà una procedura di crisi anticipatoria di quella d'insolvenza ed una procedura unitaria di insolvenza. Il Ministero di Grazia e Giustizia a tal fine ha presentato lo scorso anno al Parlamento un disegno di legge delega, che non è stato approvato prima delle elezioni svoltesi nella primavera del 2001 ed è possibile che il nuovo Governo presenti al nuovo Parlamento un altro progetto di legge, che, nelle sue linee essenziali è probabile ricalcherà quello precedente.

---

\* El Prof. Guglielmucci ha realizado, en el curso académico 2000-2001 y dentro del programa SOCRATES-ERASMUS, una misión docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia. Reflejo parcial de esa actividad es la presente publicación.

**2. Le procedure concorsuali: premessa.-** Di particolare interesse sono la nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi ed il progetto di riforma delle procedure concorsuali. Pertanto su di esse si soffermerà in particolare l'attenzione.

Sembra, tuttavia, opportuno un quadro sintetico della normativa, ancora vigente, introdotta con la "legge fallimentare" del 1942.

Va chiarito, in premessa, che nell'ordinamento italiano sono soggette a procedure concorsuali soltanto le imprese commerciali (qualunque sia la loro forma giuridica: imprese individuali, società di persone, società di capitali, società cooperative), escluse quelle di piccole dimensioni. Questa limitazione si spiega perché: (a) nell'ordinamento italiano il principio della *par condicio creditorum* si applica, in linea di massima, anche all'esecuzione individuale: a differenza di quanto avviene, ad esempio, nell'ordinamento tedesco, nel quale nell'esecuzione individuale opera il principio *prior in tempore potior in iure* ed unico strumento di tutela della *par condicio creditorum* sono le procedure concorsuali; (b) solo nelle imprese commerciali di non piccole dimensioni la crisi può avere ripercussioni nell'economia generale e la crisi va pertanto, regolata in una procedura concorsuale al fine di evitare un aggravamento del dissesto ed il coinvolgimento nella crisi un numero crescente di soggetti.

La ragione da ultimo illustrata sta, poi, a fondamento del potere, attribuito al Tribunale, di dichiarare *ex officio* il fallimento (art. 6 legge fall.): quindi anche quando il fallimento non sia stato chiesto da uno o più creditori o dal debitore o dal pubblico ministero.

**3. L'amministrazione controllata.-** Nella "legge fallimentare" del 1942 sono previste –come si è detto– tre procedure concorsuali giudiziali:

La prima di esse è l'amministrazione controllata che può essere aperta a richiesta del debitore che "si trova in temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni", quando "vi siano comprovate possibilità di risanare l'impresa" (art. 187 legge fall.), cioè, secondo quando afferma la giurisprudenza, in presenza di una insolvenza reversibile (Cass. 29 settembre 1999, n. 10792).

Se l'insolvenza è reversibile e l'impresa è vitale, cioè può essere risanata, l'imprenditore può chiedere che la sua impresa venga sottoposta a controllo giudiziale per un periodo massimo di due anni, durante i quali i creditori anteriori non possono esercitare azioni esecutive sul patrimonio del debitore, consentendo così la prosecuzione dell'attività di impresa e l'attuazione del piano di risanamento.

L'amministrazione controllata è quindi sostanzialmente una moratoria sotto controllo giudiziario (del commissario giudiziale, del giudice delegato e del tribunale fallimentare).

Dopo l'ammissione alla procedura di amministrazione controllata i creditori chirografari sono chiamati a deliberare a maggioranza (maggioranza dei creditori, che rappresenti la maggioranza del crediti –art. 177 l. fall.) in una adunanza che deve tenersi entro trenta giorni dall'apertura del procedimento. Se non si raggiunge

la maggioranza il debitore può proporre un concordato preventivo e, in difetto, viene dichiarato fallito.

Il risanamento può essere attuato sfruttando le forze intrinseche dell'impresa od anche con interventi esterni, ad esempio apporto di capitale fresco.

Alla scadenza dell'amministrazione controllata il debitore deve essere in grado di adempiere tutte le obbligazioni scadute, ivi compresi gli interessi sui debiti anteriori maturati nel corso della procedura. Non sono previsti accordi con i creditori –e quindi la concessione di riduzioni dei crediti o di dilazioni di pagamento– possibili soltanto con quei creditori che, in conformità al principio della libera disponibilità dei diritti soggettivi, individualmente vi consentano.

Se alla scadenza il debitore “è in grado di pagare tutti i debiti scaduti ovvero abbia ottenuto di differire nel tempo il proprio adempimento a seguito di accordi con i creditori ed abbia la possibilità di offrire sufficienti garanzie di pagamento di quelli non ancora scaduti” (Cass. 25 luglio 1996, n. 6715) la procedura cessa. Se l'impresa non è in condizioni di adempiere regolarmente viene dichiarato il fallimento, salva la facoltà del debitore di evitare il fallimento chiedendo un concordato preventivo (art. 193, 2° comma, legge fall.).

La procedura di amministrazione controllata presenta due inconvenienti:

(a) Il debitore può essere ammesso alla procedura solo se “meritevole del beneficio” (art. 188 l. fall.) L'interesse alla conservazione dell'impresa è quindi subordinato all'esigenza di tutelare solo il debitore “onesto e sfortunato”, consentendogli di evitare il fallimento: manca cioè quella *distinction de l'homme et de l'entreprise* che caratterizza, invece, la legislazione francese. La giurisprudenza, tuttavia, tende a svalutare il requisito della meritevolezza, in particolare per le società di capitali, affermando che il giudizio di meritevolezza “non può essere condotto ... in relazione alla finalità generale di preservare da imprenditori disonesti e incapaci ... ma si impone una valutazione ristretta a dati gestionali connessi al piano di risanamento e alle prospettive di concreta attuazione dello stesso, rispetto alle quali possono assumere rilevanza esclusivamente le esperienze tecnologiche e professionali idonee al soddisfacimento dello scopo primario della procedura, consistente nella realizzazione di tale risanamento” (Cass. 10 gennaio 1991, n. 180; v. anche Cass. 7 maggio 1998, n. 4601).

(b) Poiché l'iniziativa di richiedere l'amministrazione controllata spetta soltanto al debitore e questi teme di perdere il libero controllo della propria impresa, per cui tenta di superare la crisi senza richiedere l'apertura di una procedura concorsuale, l'amministrazione controllata viene spesso richiesta quando è ormai troppo tardi, quando cioè l'impresa è irrimediabilmente rovinata e non ha più alcuna vitalità. Se al primo inconveniente (requisito della meritevolezza) è stato possibile ovviare con una interpretazione giurisprudenziale, al secondo inconveniente (mancanza di tempestività della richiesta di amministrazione controllata) si potrebbe ovviare soltanto con una modifica legislativa, che riconoscesse anche ai creditori la legittimazione a chiedere l'apertura della procedura. Ma, in genere, i

creditori si preoccupano di riscuotere i loro crediti, più che del risanamento dell'impresa, sicché una modifica in questo senso della disciplina legislativa sarebbe probabilmente di scarsa efficacia e, comunque, le proposte di riforma non vanno in questa direzione: come si vedrà più avanti la procedura di crisi anticipatoria di quella di insolvenza si prevede possa essere aperta esclusivamente ad iniziativa del debitore.

**4. Il concordato preventivo.-** Se il risanamento non riesce o se –sin dall'inizio ovvero nel corso della procedura di amministrazione controllata– non risulta possibile, il debitore può proporre ai suoi creditori un concordato preventivo.

Nell'ordinamento italiano sono previste due forme di concordato preventivo fra di loro profondamente diverse:

(a) il concordato *con garanzia*, quando il debitore si obbliga a pagare integralmente e senza dilazione i creditori con diritto di prelazione (privilegiati, ipotecari, pignoratizi) ed il pagamento, anche dilazionato, di una percentuale ai creditori chirografari, che non può comunque essere inferiore al 40%: l'adempimento deve essere assicurato da "serie garanzie reali o personali" (art. 160, 2° comma, n.1, l. fall.);

(b) il concordato *con cessione dei beni ai creditori*, quando il debitore si obbliga a cedere ai creditori tutti i suoi beni, affinché il patrimonio venga liquidato ed il ricavato ripartito fra i creditori: questa forma di concordato preventivo è ammissibile quando la valutazione dei beni ceduti "faccia fondatamente ritenere" che possano essere integralmente soddisfatti i creditori con diritto di prelazione e almeno al 40 % i creditori chirografari (art. 160, 2° comma, n. 2, l. fall.).

La proposta di concordato deve essere approvata dai creditori chirografari a maggioranza (maggioranza dei creditori votanti, che rappresenti i due terzi dei crediti e, successivamente, omologata dal tribunale.

A differenza dell'amministrazione controllata, che è diretta alla conservazione dell'impresa, il concordato preventivo è diretto unicamente a soddisfare i creditori i misura apprezzabile: cioè, oltre che in modo più vantaggioso che nel fallimento (perciò il concordato deve essere conveniente per i creditori) in misura non inferiore, per i creditori chirografari, al 40%. Tuttavia la conservazione dell'impresa è possibile: nel concordato con garanzia, infatti, la riduzione dei debiti può consentire il recupero dell'equilibrio patrimoniale e finanziario, anche se ciò assai spesso non avviene; nel concordato con cessione dei beni è possibile vendere l'azienda in blocco, consentendo la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dell'acquirente: a tal fine talvolta con la proposta di concordato viene presentata un'offerta da parte di terzi di acquisto dell'azienda.

La soluzione concordataria comunque non è facile. Il concordato con garanzia, infatti, è possibile soltanto se il debitore è in grado di offrire serie garanzie reali o personali e l'imprenditore in crisi difficilmente dispone di credito sufficiente per ottenere garanzie; per lo più ciò è possibile quando l'impresa fa parte di un gruppo, nel quale vi sono imprese sane che sono in grado di offrire o procurare le necessarie

garanzie. Il concordato con cessione dei beni, poi, è rischioso per i creditori: poiché infatti il debitore non si obbliga a pagare, ma solo a cedere i suoi beni perché vengano liquidati, egli non è inadempiente se il ricavato della liquidazione non risulta sufficiente a soddisfare i creditori chirografari al 40%; perciò –ferma restando l'esigenza di pagamento integrale dei creditori con diritto di prelazione, che non sono chiamati a votare sulla proposta e sono quindi estranei all'accordo concordatario– il concordato, una volta che sia stato omologato dal Tribunale, “non si risolve se nella liquidazione dei beni si sia ricavata una percentuale inferiore al quaranta per cento” (art. 186, 2° comma, legge fall.).

Se al momento dell'ammissione del debitore alla procedura di concordato preventivo e, successivamente, al momento dell'omologazione, la valutazione dei beni ceduti viene fatta sulla base di stime nelle quali viene indicato il valore teorico, il ricavato della liquidazione può risultare inferiore alle previsioni per svariate ragioni: può, infatti, verificarsi un mutamento della situazione di mercato, può essere difficile trovare compratori disposti a pagare il giusto prezzo, per alcuni beni può addirittura essere difficile trovare un compratore, i crediti facenti parte del patrimonio ceduto possono essere di difficile riscossione. Accade così non di rado che il ricavato della liquidazione consente il pagamento ai creditori chirografari di una percentuale anche sensibilmente inferiore al 40%.

Poiché il concordato con cessione dei beni è ammissibile quando la valutazione dei beni “faccia fondatamente prevedere” che il ricavato della liquidazione consentirà il pagamento ai creditori nella misura voluta dalla legge, la giurisprudenza prevede per la valutazione criteri particolarmente rigorosi ed afferma che essa “non deve muovere da mere congetture o da ipotesi arbitrarie più o meno ottimistiche, ma deve poggiare su elementi seri e concreti capaci di far sorgere la fondata opinione, intesa come quasi certezza, che, sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, la liquidazione dei beni fornirà i mezzi necessari al predetto soddisfacimento” (Cass. 21 gennaio 1999, n. 351). La “quasi certezza” del realizzo dei beni al valore previsto è possibile sulla base delle stime solo quando si tratta di beni facilmente vendibili (ad esempio case di abitazione di medie dimensioni in zone in cui vi è una forte richiesta); in caso contrario la sicurezza del realizzo si può avere solo se vengono presentate proposte irrevocabili di acquisto; talvolta, poi, si richiede vengano date garanzie del realizzo di determinati cespiti dell'attivo, come ad esempio una fideiussione che serva a coprire la differenza fra l'importo stimato dei crediti e quello della loro effettiva riscossione.

**5- Il fallimento.-** Se non è possibile risolvere la crisi nemmeno con un concordato preventivo si deve aprire una procedura di fallimento.

A differenza delle procedure di amministrazione controllata e di concordato preventivo, nelle quali l'esercizio dell'impresa continua, nel fallimento di regola l'impresa cessa e si procede alla liquidazione del patrimonio del debitore ed alla ripartizione del ricavato fra i creditori.

Nella procedura di fallimento ai creditori è riservato un ruolo marginale. Infatti:

(a) La verifica dello stato passivo viene effettuata in una adunanza dei creditori, ma tutte le decisioni vengono prese dal giudice delegato, il quale deve decidere sulle domande di ammissione a stato passivo presentate dai singoli creditori rilevando *ex officio* gli eventuali fatti estintivi (ad esempio la prescrizione o il pagamento del credito) od impeditivi (ad esempio la revocabilità del titolo del credito o della prelazione).

Nel termine di 15 giorni i creditori non ammessi possono proporre opposizione ed i creditori ammessi possono impugnare l'ammissione di creditori concorrenti. Con l'opposizione e l'impugnazione si apre un ordinario giudizio civile contenzioso, che viene deciso con sentenza del Tribunale fallimentare.

La disciplina risulta così differente da quella di altre legislazioni, come ad esempio quella tedesca, nella quale il giudice delle insolvenze non decide sulle domande di ammissione a stato passivo e si limita a prendere atto delle contestazioni del Curatore, dei creditori concorrenti e del debitore. In presenza di contestazioni l'accertamento viene svolto nelle forme del giudizio contenzioso ordinario.

(b) Le scelte sulle modalità della liquidazione dell'attivo non sono affidate ai creditori e vengono, invece proposte dal curatore ed autorizzate dal giudice delegato. Le vendite di beni immobili devono essere effettuate nelle forme previste dal codice di procedura civile relative alle vendite nell'esecuzione individuale.

I creditori –attraverso un organo (il comitato dei creditori) nominato dal giudice delegato– sono chiamati soltanto ad esprimere un parere, che però non è vincolante. L'unico caso in cui il parere del comitato dei creditori è vincolante – se negativo – è quello dell'esercizio provvisorio dell'impresa.

I creditori *uti singuli* possono inoltre proporre reclamo al Tribunale contro i provvedimenti del giudice delegato.

Non viene, quindi, seguita la soluzione preveduta in altri ordinamenti, come quello tedesco, nel quale le decisioni sulla liquidazione dell'attivo vengono prese dall'assemblea dei creditori.

Il fallimento si può chiudere anche con un concordato (concordato fallimentare), con il quale può essere previsto il pagamento ai creditori chirografari di una percentuale anche molto bassa, purché conveniente per i creditori. Il concordato è conveniente quando prevede per i creditori il pagamento di una percentuale maggiore di quella che potrebbero ottenere nel fallimento od anche quando ottengono il pagamento prima che nel fallimento.

Nel fallimento, di regola, non è possibile la conservazione dell'impresa. Può tuttavia, essere eccezionalmente autorizzato l'esercizio provvisorio dell'impresa (art. 90 legge fall.), ad esempio per completare immobili in corso di costruzione o per la lavorazione di materie prime e la loro trasformazione in prodotti finiti o, ancora e soprattutto, per evitare la disgregazione dell'azienda e procedere poi alle vendite non dei singoli beni aziendali, ma dell'azienda in blocco. L'esercizio provvisorio dell'impresa è però un evento molto raro e, più spesso, la conservazione

dell'impresa può essere ottenuta con un affitto d'azienda cui segue poi la vendita dell'azienda. Quando l'azienda conserva un valore e vi è la possibilità della vendita in blocco del complesso aziendale, subito dopo la dichiarazione di fallimento si procede ad affittare l'azienda a chi sia interessato e si impegni ad acquistare l'azienda in un secondo momento. Si parla, allora, di “fallimento pilotato”.

Nella maggior parte dei casi, tuttavia, non è possibile conservare l'attività di impresa e si vendono i singoli beni compresi nel patrimonio del debitore (e quelli recuperati con le azioni revocatorie) con risultati molto spesso assai modesti. Non è raro il caso in cui non si riescono a pagare integralmente i creditori con diritto di prelazione e nulla viene pagato ai creditori chirografari.

Nell'ordinamento italiano, per consentire un migliore soddisfacimento dei creditori e per attuare il principio della *par condicio creditorum* è preveduta una disciplina particolarmente rigorosa dalle azioni revocatorie. Possono essere revocati, se compiuti in un certo periodo anteriore al fallimento (un anno e, talora, due anni) non solo gli atti anormali (vendita a prezzo inferiore a quello giusto, pagamenti con mezzi anormali, garanzie costituite dopo che era stato accordato credito allo scoperto), ma anche gli atti normali (vendite al giusto prezzo, pagamenti con mezzi normali, garanzie concesse nel momento in cui viene accordato credito), purché il terzo conoscesse lo stato di insolvenza.

**6. La liquidazione coatta amministrativa.-** Nella legislazione del 1942 è, infine, preveduta una disciplina generale della procedura di liquidazione coatta amministrativa preveduta per imprese soggette a controllo pubblico (banche, assicurazioni, società di investimento), nelle quali la crisi dell'impresa coinvolge un numero assai rilevante di soggetti (risparmiatori, assicurati, investitori).

La liquidazione coatta amministrativa è sostanzialmente un fallimento, al quale è preposta non l'autorità giudiziaria, ma l'autorità amministrativa cui è affidato il controllo delle imprese (Banca d'Italia, Istituto di Vigilanza sulle imprese di assicurazione, ecc). E' preveduta per favorire un intervento più tempestivo e può essere aperta anche quando l'insolvenza non si è ancora manifestata: di fatto, tuttavia, quasi sempre la procedura viene aperta quando la crisi si è già manifestata e risulta addirittura irreversibile.

Accanto alle norme generali contenute nella “legge fallimentare” del 1942 (artt. 194 e segg.), si applicano le norme che riguardano le imprese operanti nell'uno o nell'altro settore (ad esempio, per le banche, la legge bancaria – d. lgs. 1 settembre 1993 n. 385, artt. 80 – 95), che prevedono, tra l'altro, particolari modalità di liquidazione dell'attivo (ad esempio, per le banche, la cessione delle attività e passività e di rapporti giuridici individuabili in blocco - art. 90, 2° comma, d. lgs. n. 385/1993).

**7. La tendenza verso una procedura concorsuale unitaria.-** Nei più moderni ordinamenti giuridici si tende a prevedere non una pluralità di procedure concorsuali, ma una procedura concorsuale unitaria, che può essere indirizzata alla conservazione dell'impresa –in capo al debitore o attraverso la cessione a terzi

dell'azienda— o, in alternativa, alla liquidazione del patrimonio del debitore attraverso la vendita dei singoli beni che ne fanno parte. Così nell'ordinamento tedesco, nel quale è prevista una procedura di insolvenza “diretta a soddisfare concorsualmente i creditori attraverso la liquidazione del patrimonio del debitore e la ripartizione del ricavato ovvero attraverso una differente disciplina predisposta in un piano di regolazione dell'insolvenza in particolare per la conservazione dell'impresa” (§ 1 *Insolvenzordnung* del 5 ottobre 1994); così anche nell'ordinamento francese, nel quale è prevista una procedura di *redressement et liquidation judiciaire des entreprises*, che prevede una prima fase di osservazione, caratterizzata dalla continuazione dell'attività d'impresa, dopo la quale il tribunale può omologare un piano di risanamento o, in alternativa, disporre la liquidazione dei beni. In Francia, tuttavia, è prevista anche una procedura preventiva che può essere aperta, su richiesta del debitore, prima che si sia venuto a trovare in stato di insolvenza.

La tendenza a prevedere una procedura concorsuale unitaria si sta manifestando anche in Italia. Una procedura concorsuale sostanzialmente unitaria è quella di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi. Una procedura unitaria di insolvenza è, poi, prevista nel progetto governativo di riforma delle procedure concorsuali.

**8. L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi.**— La procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese è stata introdotta nell'ordinamento italiano — come si è già ricordato — con d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito in l. 3 aprile 1979, n. 95, più volte modificato negli anni successivi. A seguito della crisi economica e sociale degli anni '70 era emersa la preoccupazione che la dichiarazione di fallimento delle grandi imprese e la conseguente cessazione dell'attività potesse mettere in pericolo l'ordine pubblico: nella relazione al decreto legge si era scritto che “sempre maggiormente si accentua la crisi economica e cresce a dismisura l'indebitamento di taluni settori industriali, con riflessi particolari sia per il mantenimento dei livelli occupazionali sia per lo stesso ordine pubblico”. A quei tempi, infatti, alla crisi delle grandi imprese seguivano l'occupazione delle fabbriche, l'interruzione del traffico con blocchi stradali, scontri con la Polizia. Si era così addivenuti alla decisione di sottrarre la gestione della crisi delle imprese all'autorità giudiziaria e di affidarla ad un commissario “nominato, con piena assunzione di responsabilità, dal potere politico”.

Veniva, così, prevista la continuazione dell'attività di impresa, anche per molti anni, favorita dalla concessione di aiuti di Stato: la garanzia dello Stato per i debiti contratti per l'esercizio dell'impresa nel corso della procedura, l'applicazione di una imposta ridotta per le cessioni delle aziende, un'esenzione dell'obbligo al pagamento di sanzioni pecuniarie, una rinuncia totale o parziale ai crediti pubblici.

Questa disciplina era, peraltro, incompatibile con le norme dell'art. 4, lett. c.), del trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio e dell'art.

92 del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea. Perciò la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, con sentenze 1 dicembre 1998 e 17 giugno 1999 ha dichiarato che il regime preveduto dalla legge sull'amministrazione straordinaria non poteva essere attuato in mancanza di notificazione alla Commissione della Comunità Europea e prima di una decisione della Commissione che riconoscesse la compatibilità del progetto di aiuto con il mercato comune.

Lo Stato italiano è stato così costretto a modificare radicalmente la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese e lo ha fatto con il d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270. Si è approfittato dell'occasione per prevedere una procedura concorsuale unitaria, destinata a sfociare nella conservazione dell'impresa o, in alternativa, nella liquidazione: disciplina che è destinata a costituire il modello per la riforma generale delle procedure concorsuali.

Gli aspetti più importanti della disciplina introdotta con il d. lgs. n. 270/1999 sono i seguenti:

(a) La procedura di amministrazione straordinaria – alla quale sono assoggettate le imprese che hanno almeno 200 dipendenti (e che, quindi, da un punto di vista economico, sono non solo le grandi ma anche le medie imprese) – può essere aperta soltanto quando esistono “concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali” (art. 27).

(b) A stabilire se esistono “concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali” è chiamato il Tribunale. Mentre secondo la precedente normativa il Tribunale doveva soltanto accertare lo stato di insolvenza dell'impresa che, per le sue dimensioni, rientrava fra quelle sottoposte ad amministrazione straordinaria, dopo di che veniva in ogni caso aperta la procedura di amministrazione straordinaria, ora con l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza viene aperta una fase di osservazione di breve durata durante la quale l'attività di impresa continua: un commissario giudiziale –nominato da Tribunale, ma su indicazione vincolante del Ministro dell'Industria– deve redigere entro 30 giorni una relazione esponendo i motivi per i quali, a suo giudizio, esistono o non esistono le prospettive di risanamento; nei 30 giorni successivi il Tribunale – tenuto conto della relazione del commissario giudiziale, del parere del Ministro e delle osservazioni presentate dagli interessati – deve decidere se dichiarare aperto il procedimento di amministrazione straordinaria ovvero se dichiarare il fallimento.

Tra la fase di osservazione e l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria (cui è preposto il Ministro dell'Industria ed un commissario straordinario) o di fallimento (cui è preposto il Tribunale ed un curatore) non vi è soluzione di continuità. Pertanto anche se la procedura concorsuale può diventare amministrativa (con l'apertura dell'amministrazione straordinaria) o rimanere giudiziale (con la dichiarazione di fallimento) si può affermare che si è in presenza di una procedura concorsuale sostanzialmente unitaria: destinata a essere indirizzata verso il risanamento (con l'amministrazione straordinaria) o la liquidazione (con il fallimento).

(c) Il risanamento può richiedere il ricorso a finanziamenti ed agevolazioni pubbliche. Ma in tal caso è necessaria l'autorizzazione della Comunità Europea, che può essere accordata in base alle disposizioni e agli orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per la ristrutturazione delle imprese in difficoltà.

Il risanamento può essere programmato –in conformità a quanto preveduto dalle più recenti legislazioni concorsuali– come quella tedesca e quella francese – in due differenti modi:

(1) Tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni (*programma di ristrutturazione*). Questo programma consente la conservazione dell'impresa in capo al debitore, ma la ristrutturazione può prevedere anche la "ricapitalizzazione dell'impresa" ed il "mutamento degli assetti imprenditoriali" e, pertanto, se si tratta di società di capitali, l'impresa rimane in capo alla società, ma i "proprietari" della società mutano.

(2) Tramite la cessione dei complessi aziendali, sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno (*programma di cessione dei complessi aziendali*). Questo programma comporta la conservazione dell'impresa in capo al terzo o ai terzi acquirenti dei complessi aziendali.

In entrambi i programmi è possibile conseguire il risanamento dell'impresa anche attraverso un concordato con i creditori. Se è adottato l'indirizzo della ristrutturazione il programma può prevedere "piani di modifica convenzionale dei debiti o di definizione mediante concordato" (art. 56, 3° comma, d. lgs. n. 270/1999). L'art. 78 prevede, però, che il concordato può essere proposto anche da un terzo ed è evidente che, in tal caso, il terzo assume il concordato contro cessione dei beni (in particolare contro cessione dei complessi aziendali): il concordato si può quindi inserire anche in un programma di cessione dei complessi aziendali.

(d) Durante la fase di osservazione e nel corso della procedura di amministrazione straordinaria i creditori anteriori non possono esercitare azioni esecutive sul patrimonio dell'imprenditore e –ove si tratti di società di tipo personale– nemmeno sul patrimonio dei soci illimitatamente responsabili.

I contratti in corso continuano ad avere esecuzione, ma il commissario straordinario può esercitare la facoltà di scioglimento da qualunque contratto (art. 50), esclusi i contratti di lavoro (che possono cessare solo ove sussistano i presupposti per un licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo) ed i contratti di locazione di immobili, se è assoggettato a procedura il locatore (per un'esigenza di tutela del diritto di godimento del conduttore). Lo scioglimento di determinati contratti, come ad esempio un appalto assunto a condizioni gravose, può agevolare il risanamento dell'impresa.

Il commissario straordinario può esercitare le azioni revocatorie soltanto se viene autorizzato un programma di cessione dei complessi aziendali (art. 49). La limitazione si spiega in considerazione del carattere liquidativo che assume la

procedura, nella quale i creditori vengono soddisfatti con il ricavato della vendita dei complessi aziendali e degli altri beni dell'imprenditore, risultando evidente, in tal caso, l'esigenza di tutela della *par condicio creditorum*. L'esclusione delle azioni revocatorie se viene autorizzato un programma di ristrutturazione si spiega perché con l'attuazione del programma viene ripristinata la solvibilità del debitore. Ove si consideri che nell'ambito di un programma di ristrutturazione può essere preveduto un concordato, l'esclusione delle azioni revocatorie non sembra, tuttavia, giustificata: infatti se fosse preveduta la possibilità di revocare le ipoteche (in particolare le ipoteche giudiziali) e di revocare i pagamenti, la *par condicio creditorum* in caso di concordato potrebbe essere salvaguardata.

(e) Nel corso dell'esecuzione del programma è attribuito all'autorità giudiziaria il compito di disporre la conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento quando "in qualsiasi momento (...) essa [cioè la procedura di amministrazione straordinaria] non può essere utilmente proseguita" (art. 69). La conversione in fallimento va, inoltre, disposta dal tribunale al termine della procedura se il programma non è stato eseguito con la cessione dei complessi aziendali e con il recupero della solvibilità da parte del debitore (art. 70).

Il tribunale ha, quindi, un ruolo decisivo sia nella fase di apertura (*supra, sub b*), sia nel corso della procedura, sia alla fine della procedura. Si è perciò parlato di una "procedura concorsuale amministrativa sotto controllo giudiziario". E' tuttavia probabile che nel valutare i presupposti per l'apertura della procedura il tribunale si attenga principalmente alle valutazioni del commissario giudiziale e, successivamente, nel corso della procedura si attenga principalmente alle valutazioni del commissario straordinario sulla possibilità di utile prosecuzione.

All'autorità giudiziaria è attribuito, inoltre, il compito di risolvere controversie relative a diritti soggettivi. Spetta infatti al giudice l'accertamento dello stato passivo, che avviene nelle stesse forme previste per il fallimento (art. 53), la decisione sui ricorsi contro gli atti di liquidazione dell'attivo (art. 65) e sulle controversie insorte nella fase di ripartizione dell'attivo (art. 67): ripartizione dell'attivo che ha luogo soltanto quando viene approvato ed eseguito un programma di cessione dei complessi aziendali, non quando viene approvato ed eseguito un programma di ristrutturazione. In quest'ultimo caso, superata l'insolvenza, sarà il debitore a pagare i creditori.

Poiché le "grandi imprese" spesso fanno parte di un gruppo e l'appartenenza di più imprese ad un gruppo influenza le scelte gestionali (spesso riconducibili ad una "direzione unitaria") e implica l'instaurazione di stretti rapporti, anche attraverso finanziamenti o concessione di garanzie, la legge sull'amministrazione straordinaria contiene alcune norme dirette a consentire una gestione unitaria della crisi. Prevede in particolare, che: (a) quando una impresa è assoggettata ad amministrazione straordinaria se la crisi investe altre imprese del gruppo che, per le loro dimensioni, sarebbero assoggettabili a fallimento, sono anch'esse assoggettate ad amministrazione straordinaria, se sono risanabili od anche se "risultati comunque

opportuna la gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo, in quanto idonea ad agevolare, per i collegamenti di natura economica o produttiva esistenti fra le singole imprese, il raggiungimento degli obiettivi della procedura" (art. 81); (b) in caso di "direzione unitaria" gli amministratori delle altre società che hanno abusato della direzione unitaria sono responsabili dei danni cagionati alla società in amministrazione straordinaria in conseguenza delle direttive impartite (art. 90).

**9. Il progetto di riforma delle procedure concorsuali.**- Il progetto governativo di riforma delle procedure concorsuali presentato al Parlamento nel 2000 prevede una disciplina destinata a sostituire quella di tutte le procedure concorsuali esistenti, ivi compresa quella di amministrazione straordinaria delle grandi imprese entrata in vigore nel 1999. Se il progetto verrà approvato la nuova disciplina si applicherà quindi a tutte le imprese (comprese quelle agricole alle quali, in base alla disciplina ora vigente, non si applicano le procedure concorsuali), qualunque sia il tipo e la dimensione: con esclusione soltanto degli enti pubblici, dei piccoli imprenditori e delle imprese bancarie.

Il progetto prevede una **procedura di crisi anticipatoria di quella di insolvenza**, che può essere aperta, solo su istanza del debitore, "in presenza di sintomi di squilibrio patrimoniale, economico e finanziario, tali da determinare un *pericolo di insolvenza*".

E' evidente l'intendimento di consentire l'apertura tempestiva di una procedura, al fine di prevenire l'insolvenza. La preoccupazione di evitare che ad assumere l'iniziativa siano soggetti diversi dall'imprenditore quando l'insolvenza non si è ancora manifestata trova riscontro anche in altri ordinamenti, come quello tedesco, che attribuisce al solo debitore la facoltà di chiedere l'apertura della procedura concorsuale quando non vi è ancora insolvenza, ma soltanto un rischio di insolvenza; e quello francese, nel quale, in presenza di difficoltà economica o finanziaria, il debitore può proporre un *règlement amiable*. Ma in mancanza di un efficace sistema di allerta l'iniziativa del debitore non ancora insolvente sembra poco probabile.

Con l'istanza di apertura della procedura di crisi anticipatoria di quella di insolvenza il debitore deve proporre un programma di risanamento dell'impresa e di estinzione delle obbligazioni, anche mediante pagamento dilazionato e percentuale dei creditori. Il pagamento dilazionato e in percentuale è preveduto possa riguardare anche i creditori privilegiati. Il programma dev'essere vagliato sommariamente dal tribunale al momento dell'apertura del procedimento; successivamente dev'essere approvato dai creditori a maggioranza; infine dev'essere omologato dal Tribunale.

Nel corso della procedura in crisi è preveduta la prosecuzione dell'attività d'impresa sotto il controllo degli organi della procedura, il divieto di azioni esecutive da parte dei creditori, la possibilità di scioglimento dei contratti in corso. La procedura di crisi può essere convertita in procedura di insolvenza in qualsiasi momento se non è utilmente perseguibile ed inoltre quando i creditori non

approvano il piano di risanamento dell'impresa e di estinzioni delle obbligazioni o il tribunale non omologa il piano o il piano non viene eseguito nel termine di due anni.

Il progetto prevede poi una **procedura unitaria di insolvenza** che dev'essere aperta per conversione della procedura di crisi od autonomamente su istanza del debitore, dei creditori, del pubblico ministero o d'ufficio.

La procedura di insolvenza si svolge normalmente in due fasi: (a) la fase di osservazione, della durata massima di 90 giorni, diretta a verificare le prospettive di risanamento; (b) una seconda fase, che può, in alternativa, essere diretta al risanamento o alla liquidazione. Quando al momento dell'apertura del procedimento risulta evidente l'inesistenza di prospettive di risanamento può essere disposta l'immediata apertura della fase di liquidazione; sul punto viene seguito, quindi, il modello adottato in Francia con la riforma del 1994.

Nel corso della fase di osservazione si procede all'accertamento della consistenza dell'impresa e del patrimonio del debitore. Se vi sono prospettive di risanamento, il programma può essere presentato dal debitore o "da qualsiasi terzo": ad esempio i principali creditori che siano disposti a concedere dilazioni o riduzione dei crediti o la concessione di crediti in capitale; o un terzo che sia interessato ad acquistare l'azienda.

Può essere preveduta: (a) la conservazione dell'impresa in capo al debitore; (b) la cessione dell'azienda a terzi. In ogni caso è possibile prevedere un concordato con i creditori. Il programma di risanamento e di estinzione delle obbligazioni deve essere approvato dai creditori a maggioranza e omologato. La sua esecuzione dev'essere preveduta entro due anni.

Gli effetti dell'apertura della procedura di insolvenza sono in parte uguali a quelli degli effetti del fallimento regolati dalla disciplina vigente. In particolare è preveduto lo spossessamento del debitore, il divieto di azioni esecutive per i creditori, la sospensione o limitazione del decorso degli interessi sui crediti.

Per altri aspetti è preveduta, invece, una disciplina diversa. In particolare:

(1) E' profondamente modificata la disciplina delle *azioni revocatorie*. Secondo la disciplina vigente (artt. 64 e segg. legge fallimentare): (a) sono inefficaci *ex lege* gli atti a titolo gratuito ed i pagamenti dei debiti che scadono il giorno della dichiarazione di fallimento o successivamente, se compiuti nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento; (b) Sono revocabili gli atti anormali (atti a titolo oneroso con prestazioni sproporzionate, pagamenti con mezzi anormali, costituzione di garanzie reali sui beni del debitore per debiti anteriormente contratti) se compiuti nei due anni – e in un caso nell'anno – anteriore al fallimento e se il terzo non prova che non conosceva lo stato di insolvenza del debitore; (c) gli atti normali (a titolo oneroso con prestazioni proporzionate, pagamenti con mezzi normali, costituzione di garanzie reali sui beni del debitore per debiti contestualmente assunti), se compiuti nell'anno anteriore al fallimento e se il curatore prova che il terzo conosceva lo stato di insolvenza; (d) è inoltre applicabile la disciplina

dell'azione revocatoria ordinaria dettata dal codice civile.

Il progetto di riforma prevede il mantenimento dell'inefficacia *ex lege* degli atti sopra elencati *sub (a)* in conformità alla disciplina oggi vigente; l'esperibilità dell'azione revocatoria ordinaria in conformità alla disciplina oggi vigente. Per gli atti anormali, sopra elencati *sub (b)* la revocatoria concorsuale è preveduta in conformità alla disciplina vigente, ma con riduzione a metà del periodo sospetto. La revocatoria concorsuale è invece esclusa per gli atti normali sopra elencati *sub (c)*. E' preveduta, infine, la revocatoria concorsuale dei "negozi posti in essere al fine di favorire alcuni creditori in danno di altri".

Con riguardo alla programmata nuova disciplina dell'azione revocatoria si osserva che:

- La riduzione del periodo sospetto legale corrisponde ad un orientamento espresso anche in altri ordinamenti, come quello tedesco, nel quale anzi è limitato a tre mesi. Nell'ordinamento tedesco, peraltro, il periodo sospetto legale decorre non dalla data di apertura del procedimento, ma da quello della domanda di apertura del procedimento: si tratta di soluzione preferibile perché consente di evitare decisioni affrettate sulla domanda di apertura del procedimento, determinate dalla preoccupazione che, in caso di ritardo, alcuni atti non siano più revocabili.

- La possibilità di promuovere l'azione revocatoria ordinaria consente la revoca degli atti a titolo oneroso anche quando non vi è sproporzione fra prestazione e controprestazione e consente inoltre la revoca degli atti di costituzione di garanzie reali. Non consente, invece, di revocare i pagamenti eseguiti con mezzi normali che è possibile, in base alla disciplina vigente, soltanto con la revocatoria fallimentare. L'esclusione della revoca dei pagamenti con mezzi normali non appare coerente con la finalità di favorire la conservazione dell'impresa: infatti la certezza di sfuggire alla revocatoria dei pagamenti può indurre chi concede credito (in particolare le banche) a revocare le concessioni di credito ed a chiedere il pagamento, anziché sostenere l'impresa per favorire il superamento della crisi.

(2) Viene preveduta poi la modifica della disciplina dei contratti in corso di esecuzione. La sospensione dell'esecuzione dei contratti in corso e la facoltà del curatore di scegliere fra subentro e scioglimento - preveduta nella disciplina come principio generale, ma con alcune eccezioni - viene estesa a "tutti" i rapporti, ivi compreso quello di locazione che, secondo la disciplina vigente, in caso di fallimento del locatore non può essere sciolto dal curatore. La deroga al principio della facoltà del curatore di scegliere fra subentro e scioglimento si giustifica, nel diritto vigente, per l'opponibilità ai terzi del diritto del conduttore: il principio *emptio non tollit locatum* si applica infatti non soltanto in caso di vendita volontaria della cosa locata (art. 1599 cod. civ.), ma anche in caso di vendita coattiva (art. 2923 cod. civ.) e la destinazione alla vendita coattiva dei beni compresi nel fallimento è incompatibile con lo scioglimento del contratto di locazione per fallimento del locatore.

La previsione, nel progetto di riforma, della facoltà di sciogliere la locazione

in caso di apertura del procedimento concorsuale contro il locatore, verrebbe quindi a porsi in contrasto con un principio generale; determinerebbe, inoltre, da un punto di vista pratico, un gravissimo inconveniente, in quanto chi avesse preso un immobile in locazione (ad esempio un appartamento) potrebbe essere privato del diritto di godere dell'immobile sino alla scadenza della locazione.

Va infine segnalata una importante innovazione contenuta nel progetto di riforma, consistente nella soppressione della competenza del tribunale fallimentare, fissata dal vigente art. 24 legge fall., per tutte le azioni che derivano da fallimento. Fra le azioni che derivano dal fallimento assumono una particolare rilevanza le azioni revocatorie fallimentari e l'attribuzione della competenza al tribunale fallimentare – investito di attribuzioni di giurisdizione volontaria relative all'amministrazione del patrimonio del debitore e nel contempo di attribuzioni di giurisdizione contenziosa relative alle controversie che derivano dal fallimento – si è affermato possa comportare una attenuazione della garanzia di imparzialità del giudice. Perciò nel progetto di riforma si prevede per queste controversie una “competenza funzionale inderogabile delle sezioni specializzate da istituire presso i tribunali delle città sede di corte d'appello”.

Rimane invece, nel progetto di riforma, la competenza del tribunale fallimentare per le controversie relative all'accertamento dello stato passivo; ed anzi si prevede che contro le decisioni del giudice delegato sulle domande di ammissione a stato passivo non sia più data – come accade invece nella vigente legge fallimentare – la possibilità di aprire un giudizio contenzioso ordinario destinato a svolgersi in tre gradi di giudizio (primo grado, appello, cassazione), ma soltanto la possibilità di proporre, nelle forme del procedimento di volontaria giurisdizione, un reclamo al tribunale e contro la decisione del tribunale un ricorso avanti alla Corte di cassazione. Questa scelta viene giustificata perché le decisioni sullo stato passivo hanno efficacia soltanto nel procedimento fallimentare, potendosi riproporre la questione da parte del debitore o del creditore, dopo la chiusura del procedimento concorsuale. La scelta appare però criticabile perché la possibilità, per i creditori, di ottenere un soddisfacimento, sia pure parziale, del loro credito, nella maggior parte dei casi c'è solo nella procedura concorsuale; e dopo la chiusura del fallimento nel patrimonio del debitore non ci sono più beni sui quali ottenere un soddisfacimento.

La disciplina programmata nel progetto di riforma va dunque valutata positivamente per molti aspetti; ma per altri aspetti è criticabile. Si può comunque sperare che, quando il progetto verrà esaminato dal Parlamento –o quando verrà predisposto un nuovo progetto– si tenga conto dell'opportunità di qualche modifica.

**BIBLIOGRAFÍA:**

G.U. TEDESCHI, *Manuale di diritto fallimentare*, ed. CEDAM, Padova, 2001; L. GUGLIELMUCCI, *Lezioni di diritto fallimentare*, ed. Giappichelli, Torino, 2000; A. JORIO, *La crisi d'impresa. Il fallimento*, ed. Giuffré, Milano, 2000; G. ALESSI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, ed. Giuffré, Milano, 2000; G. LO CASCIO, *Commentario alla legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, ed. IPSOA, Milano, 2000; *La riforma dell'amministrazione straordinaria* a cura di S. BONFATTI e G. FALCONE, Bancaria Editrice, Roma, 2000; *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza* a cura di A.CASTAGNOLA e R. SACCHI, ed. Giappichelli, Torino, 2000.