



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Corso di laurea magistrale a ciclo unico in giurisprudenza

IL CONCORDATO NELL'AMMINISTRAZIONE
STRAORDINARIA

Relatore:

Chiar.mo Prof. Angelo CASTAGNOLA

Correlatore:

Dott. Giuseppe BATTAGLIA

Tesi di Laurea di:
Tommaso EMILIANI
Matricola: 851169

Anno Accademico 2018-2019

*A tutta la mia famiglia,
in particolare ai miei genitori che mi hanno permesso tutto
e alla Nonna Relin, che ha allietato lunghe giornate di studio
con prelibati banchetti.*

A Benedetta.

Agli amici di sempre.

*A Ciascuno dei volti incontrati in questi anni di Università,
perché, chi da più vicino e chi da meno,
sono stati tutti compagni in questo lungo cammino
ricco di gioie, difficoltà e molte scoperte.*

SOMMARIO

CAPITOLO I

EVOLUZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLE C.D. SOLUZIONI NEGOZIALI

1.	Nascita e finalità della procedura, la legge n. 95/1979.....	1
1.1.	Mancata previsione del concordato.....	3
1.2.	Il problema degli aiuti di stato.....	5
2.	La c. d. legge Prodi bis.....	6
2.1	Introduzione del concordato.....	11
3.	La legge Marzano.....	12
3.1	Il concordato.....	17
3.2	Aiuti di Stato: un nuovo intervento delle Corte europea?.....	19
3.3	Decreto Alitalia e modifiche alla disciplina di amministrazione straordinaria	20
4.	Stato di insolvenza: tra la disciplina della legge fallimentare e la finalità di recupero dell'amministrazione straordinaria.....	23
5.	I regolamenti europei 1346/2000 e 848/2015.....	26

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA DEL CONCORDATO STRAORDINARIO

1.	Il concordato straordinario.....	30
2.	Natura del concordato.....	31
3.	Legittimazione.....	33
4.	Rapporto tra concordato e programma.....	36
4.1.	Programma di ristrutturazione.....	37
4.2.	Programma di cessione.....	40
5.	La suddivisione dei creditori in classi.....	43
6.	Contenuto minimo della proposta di concordato.....	45
7.	Termine per la proposta di concordato.....	46
8.	Procedimento di ammissione.....	47
9.	Deposito della domanda, comunicazione ai creditori ed opposizioni. .	50
10.	Impugnazione della sentenza del tribunale.....	54
11.	Esecuzione, risoluzione ed annullamento del concordato.....	55
12.	Concordato di gruppo.....	56
13.	Il concordato particolare del socio.....	57

CAPITOLO III
DISCIPLINA DEL CONCORDATO SPECIALE

1.	Il concordato straordinario speciale.....	59
2.	Legittimazione alla proposta di concordato.....	61
3.	Rapporto con il programma.....	63
4.	Le tipologie di concordato.....	65
5.	Valutazione della proposta di concordato.....	66
6.	Il contenuto del concordato.....	69
6.1.	La divisione dei creditori in classi.....	69
6.2.	Conversione del capitale di debito in capitale di rischio.....	73
6.3.	Le azioni revocatorie.....	74
7.	Accertamento del passivo.....	76
7.1.	I possessori di strumenti finanziari.....	81
8.	Pubblicità della proposta.....	81
9.	Impugnazioni avverso lo stato passivo.....	82
10.	Votazione ed approvazione del concordato.....	82
11.	Mancato raggiungimento delle maggioranze.....	87
12.	Approvazione del concordato da parte del tribunale, pubblicità della sentenza ed effetti.....	87
13.	Impugnazioni, esecuzione e chiusura della procedura.....	88
14.	Risoluzione ed annullamento.....	90
15.	Il concordato di gruppo.....	91

CAPITOLO IV

PRINCIPALI DIFFERENZE TRA LE DISCIPLINE DI AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA
CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLE SOLUZIONI C.D. NEGOZIALI.

1.	Una breve ricostruzione della disciplina di amministrazione straordinaria. 94	
2.	Legittimazione alla proposta concordataria.....	98
3.	L'accertamento del passivo.....	101
3.1.	Distribuzione di acconti parziali.....	106
4.	I gruppi.....	107
5.	Le azioni revocatorie.....	114
6.	L'approvazione del concordato.....	116
	CONCLUSIONI.....	119
	BIBLIOGRAFIA.....	124

CAPITOLO I

EVOLUZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLE C.D. SOLUZIONI NEGOZIALI

SOMMARIO: 1. Nascita e finalità della procedura, la legge n. 95/1979. - 1.1. Mancata previsione del concordato - 1.2. Il problema degli aiuti di stato. - 2. la c.d. legge prodi bis.- 2.1. introduzione del concordato. - 3. il decreto marzano. - 3.1. Il concordato. - 3.2. Aiuti di Stato: un nuovo intervento della Corte Europea? - 3.3. Decreto Alitalia e modifiche alla disciplina di amministrazione straordinaria. - 4. Stato di insolvenza: tra disciplina della legge fallimentare e finalità di recupero dell'amministrazione straordinaria. - 5. I regolamenti europei 1346/2000 e 848/2015.

1. Nascita e finalità della procedura, la legge n. 95/1979

Alla fine degli anni '70 del secolo scorso alcune grandi imprese hanno manifestato delle crisi tali da mettere in pericolo la loro permanenza nel mercato. Le rilevanti dimensioni di tali aziende, l'interesse pubblico dell'economia generale hanno fatto emergere l'esigenza di una procedura che, a differenza della legge fallimentare il cui scopo principale è la dissoluzione – e solo in ipotesi eccezionali la prosecuzione –, mirasse alla conservazione degli organismi produttivi. L'intento del legislatore era di creare una procedura che tenesse conto del carattere strategico di tali imprese sul mercato e dell'impatto che la loro cessazione avrebbe sui livelli occupazionali. Lo strumento su cui tale procedura si basa è la disposizione, in seguito all'apertura della procedura, di continuazione delle attività.

Tentativo di risposta a questi bisogni fu la c.d. legge Prodi, che dà vita alla procedura di amministrazione straordinaria delle imprese in crisi, emanata il 3 aprile del 1979, n. 95, legge di conversione del d.l. 30 gennaio dello stesso anno, che tiene insieme un complesso di norme estrapolate dalle regole del fallimento e della liquidazione coatta amministrativa¹.

L'art. 1 della legge in esame prevede che siano ammesse alla procedura quelle imprese soggette alla legge fallimentare, ma a cui non si applica il fallimento qualora abbiano un'esposizione debitoria verso istituti o aziende di credito o istituti di previdenza

¹ Cfr. M. Sandulli, *Sulle proposte di modifica dell'amministrazione straordinaria*, in Giur. Comm., 1982, 480 ss; A. Caiafa, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali: Dalla legge 12 maggio, n. 80 L D.lgs. 9 gennaio 2006, n.5*, Padova, 2006, 597; entrambi gli autori sottolineano i limiti della prima stesura della norma e la necessità di alcune modifiche. Si veda anche M. Fabiani, *Diritto fallimentare: un profilo organico*, Bologna, 2011, 755; P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, 843.

superiore a cinque volte il capitale versato o esistente risultante dall'ultimo bilancio approvato²; che versino in stato di insolvenza, ovvero abbiano omesso il pagamento di almeno tre mensilità di retribuzione.

L'apertura della procedura avviene tramite una duplice fase. La prima si svolge davanti al tribunale che, nel caso riscontri la presenza dei requisiti di cui agli artt. 5 e 195 l.f., dichiara lo stato di insolvenza. La seconda invece, è di competenza del Ministro dell'Industria – ora dello Sviluppo Economico – che con proprio decreto, dichiara l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria.

L'organo amministrativo svolge una funzione di controllo rispetto alla gestione dell'impresa, che viene affidata ad uno o tre commissari a seconda della complessità delle attività da svolgere. Il commissario, oltre alla funzione di gestione, ha il compito di redigere un programma con lo scopo di dettare le linee guida e gli adempimenti da svolgere per permettere la continuazione delle attività, e nel migliore dei casi il risanamento dell'impresa. Un altro organo della procedura è il comitato di sorveglianza, che ha come compito principale quello di redigere dei pareri sull'operato del commissario per rendere noto ai creditori interessati l'andamento della procedura.

Il modello delineato dalla legge permette alle imprese, nonostante un funzionamento non conforme a criteri di corretta gestione economico finanziaria, di poter recuperare la propria competitività sul mercato. Ciò è facilitato dalla presenza di organi della procedura appositamente nominati, da alcune autorizzazioni ministeriali³, e dalla presenza di un programma con lo scopo di ristrutturare l'attività⁴.

La sottrazione delle imprese che posseggono i predetti requisiti alle disposizioni sul fallimento e la prosecuzione della loro attività anche in presenza di situazioni di crisi comportano una deroga al principio della *par condicio creditorum*. Le sopracitate caratteristiche infatti, attribuiscono priorità alla continuazione dell'attività ed al risanamento dell'impresa. Un esempio di questo si rende evidente nel favore con cui il legislatore tratta alcuni particolari creditori, come i fornitori od i dipendenti, che vengono

² S. Pacchi, *L'amministrazione di imprese di "rilevanti dimensioni"*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, a cura di U. Apice, III, Torino, 2011.

³ Vedi *infra* § 1.3.

⁴ A.Caiafa, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali: Dalla legge 12 maggio, n. 80 L.D.lgs. 9 gennaio 2006*, cit., 597; Documenti Aristeia, *La legge Marzano: disciplina della ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni*, pubblicato dal Consiglio nazionale dei commercialisti, documento n. 53, gennaio 2006, 5.

privilegiati a scapito di altri che subiscono maggiormente il rischio di successive perdite dovute alla prosecuzione delle attività.

Nonostante le numerose critiche e censure⁵ che tale disciplina ha subito fin dalla sua emanazione, non si può non riconoscerle il pregio di aver introdotto elementi innovativi che fino ad allora non erano contemplati all'interno delle procedure concorsuali⁶. In particolare, è stata regolata in modo unitario ed organico la crisi del gruppo insolvente; è stato introdotto uno studio accurato del tipo di crisi che ha colpito l'impresa, e si impone al commissario di provvedere all'emanazione di un programma che permetta la continuazione dell'attività, ed in caso al risanamento; sono state previste per la prima volta le azioni revocatorie infragruppo. Infine, l'ultima novità consiste nella possibilità di esperire azioni di responsabilità nei confronti di chi ha svolto attività di direzione e coordinamento delle più società del gruppo.

1.1. Mancata previsione del concordato

All'interno della procedura della legge Prodi, non è previsto, quale ipotesi di chiusura della procedura, il concordato. Il quesito⁷ che si è posto concerne l'utilizzabilità di tale istituto. Nonostante l'omissione, infatti, la legge opera un generale rinvio alla disciplina della liquidazione coatta amministrativa, nella quale, gli artt. 214 e 215, sono dedicati al concordato. Tra i primi commentatori della legge in esame, c'è chi critica la mancata previsione dell'istituto⁸, e nell'ipotesi di una immediata riforma, ne considera necessario l'inserimento⁹.

Chi invece esclude l'utilizzabilità dello strumento concordatario argomenta che i modi ed i tempi per i pagamenti devono essere dettati esclusivamente dal piano¹⁰

⁵ Vedi *infra* § 1.3.

⁶ G. Alessi, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi: commento sistematico al D.lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, Milano, Giuffrè, 2000, 1-2.

⁷ Tra gli altri: B. Quatraro, *La chiusura dell'amministrazione straordinaria*, in *Dir. Fall* 1998, I, 67 ss; A. Cavalaglio, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Diritto Fallimentare* a cura di Satta, Padova, 1996, 720; F. Luchi, *La chiusura dell'amministrazione straordinaria col concordato*, in *Giur. Comm* 1986, 381 ss; M. Sandulli, *Sulle proposte di modifica dell'amministrazione straordinaria*, cit., 480 ss; P.G Jaeger, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: due anni di esperienze, Relazione al convegno tenuto a Parma l'8 maggio 1981*, in *Giur. Comm*, 1981, 796 ss.

⁸ Cfr. P. G. Jaeger, op. cit., il quale evidenzia la mancata previsione del concordato e i problemi di coordinamento della disciplina di chiusura dell'amministrazione straordinaria.

⁹ Cfr. M. Sandulli, op. cit. 483, analizzando i risultati degli studi della commissione Marchetti evidenzia questo punto.

¹⁰ Cfr. A. Bonsignori, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Padova, 1980, 96 ss.

predisposto dal commissario. Oppure vi è chi sostiene che per poter usufruire del concordato bisogna che prima venga tentato il risanamento, e solo qualora non si riesca, si può optare per la soluzione negoziale liquidatoria¹¹.

Infine, c'è chi avalla la possibilità che la procedura si chiuda con un concordato, purché questo sia contenuto all'interno del piano e non contrasti con le finalità di risanamento della procedura¹² stessa. In tale ipotesi, si giunge a questa conclusione partendo dal rinvio, operato dalla legge Prodi, alla disciplina della liquidazione coatta amministrativa. Quest'ultima procedura ha come fine quello di porre termine all'attività dell'impresa decotta, negandone coattivamente l'ulteriore esercizio; finalità rispecchiate anche dal concordato ex art. 214 l.f.. Allo stesso modo l'autore considera l'amministrazione straordinaria e le sue finalità, che corrispondono alla salvaguardia delle unità produttive e alla garanzia della continuazione dell'attività. Confrontando le finalità delle due procedure, emerge che nella prima, il concordato rispecchia le finalità della procedura; perciò si afferma per analogia che, se il concordato nella seconda procedura rispecchia le finalità di quest'ultima, allora può essere ammesso l'utilizzo del concordato stesso. Da qui la conseguenza che il concordato deve necessariamente essere contenuto all'interno del piano di risanamento e non deve assolutamente essere in contrasto con le finalità della procedura.

Tale ragionamento è da condividere perché, nonostante lo scopo principale di una soluzione negoziale, come il concordato, sia quello di regolare i rapporti con i creditori, essa non snatura né l'istituto, né la procedura al cui interno si pone. Pertanto, se ogni "procedura concorsuale continua solo sino al momento in cui non abbia conseguito le sue finalità proprie"¹³, il concordato all'interno dell'amministrazione straordinaria non deve contrastare con il fine conservativo che essa si pone.

La proposta di concordato può essere presentata solo successivamente al deposito dello stato passivo. Questo permette all'autorità competente di valutare la convenienza

¹¹ Cfr. A. Colesanti, in A. Colesanti, A. Maffei Alberti, P. Schlesinger, *Provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in Nuove leggi civili commentate, 1979, 727 ss.

¹² In questo senso F. Lucchi, 1986, secondo cui "[...] la costruzione del programma prima quale unico strumento in base al quale sia possibile giungere al risanamento, rende inconcepibile l'eventualità di un concordato proposto prima e indipendentemente dall'autorizzazione all'esecuzione del programma da parte dell'autorità di vigilanza. In primo luogo ipotizzare un'alternativa tra piano di risanamento e proposta di concordato significa reputare il concordato stesso come strumento idoneo [...] a far conseguire il risanamento dell'impresa e non come modo di soddisfazione dei creditori".

¹³ Cfr. M. Sandulli, *Sulle proposte di modifica dell'amministrazione straordinaria*, cit., 485.

della proposta in luce della situazione dei creditori. Prima che il tribunale decida con sentenza in camera di consiglio, deve essere emesso parere favorevole del commissario straordinario e del comitato di sorveglianza. La valutazione degli organi amministrativi concerne la tutela offerta dal concordato degli interessi pubblici, in particolar modo dell'occupazione e della continuazione dell'attività. Mentre il tribunale valuta la tutela dei diritti soggettivi dei creditori e l'assenza di un'alternativa praticabile più favorevole ad essi.

Riferendosi al dato normativo dell'art. 214 l.f., legittimato a presentare istanza per la proposta di concordato è solo il debitore. Ma nel tempo, sia in dottrina che in giurisprudenza, si è provato ad attribuire tale possibilità anche al commissario straordinario¹⁴ ed ai terzi (concordato con assuntore).

1.2. Il problema degli aiuti di stato

La norma in esame, nonostante le novità introdotte, è stata oggetto di numerose critiche. In primo luogo, si contestava il procedimento di ammissione perché l'autorizzazione alla prosecuzione dell'attività era diventato un atto automatico nel momento in cui l'impresa era in possesso dei requisiti dimensionali e di indebitamento previsti dall'art. 1. Perdeva così ogni valore la valutazione che spettava al tribunale circa l'opportunità o meno dell'ammissione alla procedura¹⁵.

Inoltre, il legislatore aveva previsto una serie di disposizioni che permettevano alle società di ottenere diversi benefici finanziari¹⁶ che gravavano sui conti pubblici,

¹⁴ M. Sandulli, op. cit., 483, che riportando gli studi della commissione marchetti afferma che l'unico legittimato alla proposta deve essere il commissario straordinario.

¹⁵ Già dei progetti di riforma in quegli anni avevano ipotizzato soluzioni dirette ad evitare ogni automatismo affermando la necessità che l'ammissione alla procedura ci fosse solo nei casi in cui ne ricorressero i requisiti.

¹⁶ P. Farina, *Sulla compatibilità dell'amministrazione straordinaria con il trattato CE*, in Dir. Fall. 2005, la quale riporta quelle norme di favore. "Specificatamente, l'art 1 bis consente l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria di imprese divenute insolventi a causa della restituzione allo Stato di somme percepite quali "aiuti" in violazione degli artt. 92 e 93 del Trattato; l'art 2 bis prevede la concessione di fidejussioni a carico del Tesoro per i debiti che le imprese in amministrazione straordinaria contraggono con istituti di credito per la continuazione dell'attività imprenditoriale, senza coprire i debiti pregressi; l'art. 3 ammette l'esercizio di azioni revocatorie, ai sensi dell'art. 67 legge fallimentare per le imprese in amministrazione straordinaria oltre che per le società controllate, controllanti e garanti, nonostante non sia stata accertata la loro insolvenza, ed il periodo sospetto viene sensibilmente dilatato rispetto a quanto previsto per la revocatoria fallimentare; l'art. 5 bis stabilisce che i trasferimenti di azienda o di rami di azienda appartenenti all'impresa in amministrazione straordinaria possono usufruire del beneficio dell'imposta di registro agevolata pari ad un milione delle vecchie lire, mentre l'imposta di registro ordinaria è pari al tre per cento del valore dei beni ceduti; infine, altri vantaggi in casi di trasferimenti di complessi aziendali, sono previsti dall'art. 6 bis"

essendo questo l'unico modo per permettere a delle imprese gravemente danneggiate di poter proseguire la loro attività¹⁷.

Tutto questo portava però ad un ingiusto trattamento di favore per coloro che venivano ammessi alla procedura a differenza di coloro che invece rimanevano sottoposti alle disposizioni sul fallimento, le attività dei quali venivano immediatamente eliminate dal mercato, procedendo così alla liquidazione dei loro beni.

Per questi motivi e a seguito di alcune richieste di chiarimenti rivolte al Governo italiano, la Commissione Europea ha iniziato una procedura di infrazione ed è giunta alla conclusione di condannare la legge Prodi, sancendo che non solo le disposizioni prima citate, ma l'intera legge costituisce aiuto di stato e pertanto falsa la concorrenza¹⁸. Infatti, le norme di tale legge erano in contrasto con gli artt. 87 del Trattato CE e 4 del Trattato CECA che vietano la presenza di disposizioni, all'interno degli stati membri, che favoriscano selettivamente talune imprese o produzioni e, come tali, falsino o minaccino di falsare la concorrenza. Le norme europee in oggetto in realtà non offrono un'indicazione esaustiva di cosa si definisca come aiuto di stato. La Corte di Giustizia è intervenuta per chiarire tale concetto, affermando che si tratta di una qualsiasi sovvenzione, diretta o indiretta, che riducano i normali oneri di bilancio in capo alle imprese beneficianti delle norme stesse.

Nel tentativo di armonizzare la propria disciplina con le censure imposte dall'ordinamento europeo, il legislatore italiano ha abrogato la legge Prodi con il d.lgs. 270 del 1999 ad eccezione delle procedure già iniziate che, come stabilito dall'art. 106 del decreto n. 270/1999, proseguono secondo la vecchia disciplina. Le critiche a questa disposizione non si sono fatte attendere, in quanto la legge condannata rimane comunque in vigore anche se solo per alcune procedure.

2. La c. d. legge Prodi bis.

Il d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, emanato in esecuzione della legge delega 30 luglio 1998, n. 274, ha come principale funzione quella di riformare la procedura di

¹⁷ Cfr. C. Biscetti di Ruffa, *Compatibilità dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza con l'ordinamento comunitario*, in Dir. Un. Eur., I, 2005, 485 ss.; S. Ambrosini e L. Jeanet, *La revocatoria fallimentare nelle procedure "amministrative" fra diritto concorsuale e diritto della concorrenza: la questione degli aiuti di stato*, in giur. Comm., I, 2002, 192 ss.

¹⁸ Sempre P. Farina, op. cit., 1245, afferma che anche la Corte di Giustizia si è espressa sulla illegittimità della legge Prodi. Rispetto alla sentenza Ecotrade ha affermato che si configura un aiuto di stato ogniqualvolta un'impresa, che dovrebbe essere sottoposta alla procedura fallimentare, prosegue invece la sua attività godendo di benefici statali preclusi invece alle imprese soggette al fallimento.

amministrazione straordinaria a seguito degli interventi della commissione europea sulla precedente disciplina.

Per ovviare al problema dell'eccessiva discrezionalità amministrativa della precedente procedura, il legislatore ha introdotto un sistema a "doppio binario", in quanto, perché si apra la procedura di amministrazione straordinaria, deve esserci una preventiva dichiarazione di insolvenza da parte del tribunale. A tale dichiarazione segue una fase di osservazione nella quale, sempre il tribunale, verifica se effettivamente esistono possibilità di risanabilità dell'impresa decotta. È proprio tale fase di competenza dell'autorità giurisdizionale che opera da bilanciamento agli ampi poteri che nella legge precedente erano lasciati all'autorità amministrativa¹⁹.

La funzione della procedura si ricava dal combinato disposto degli artt. 1 e 27 della legge in esame. La prima norma sancisce che l'amministrazione straordinaria ha "finalità conservative del patrimonio produttivo". Se si osservasse solo questa disposizione, la procedura in esame parrebbe avere solo una funzione conservativa del patrimonio, effetto che potrebbe però aversi con altre procedure aventi carattere prettamente liquidatorio. In dottrina²⁰ si è affermato che ciò che contraddistingue questa procedura dalle altre con finalità conservative è l'art. 27. La norma, che inoltre definisce il presupposto oggettivo della procedura, sancisce che ad essa possono accedervi solo quelle imprese che hanno concrete prospettive di recupero.

È proprio questo elemento che deve essere valutato nella fase di osservazione attraverso un'attenta analisi. È anche la principale differenza con la procedura delineata dalla legge Prodi, nella quale il Ministro sorvolava sullo studio circa le reali condizioni dell'impresa. Questa prassi che si era generata nella precedente disciplina comportava una grande discrezionalità in capo all'autorità amministrativa.

Il secondo comma dell'art. 27 prevede due possibili indirizzi che il commissario può seguire nel redigere il piano. Il primo è l'indirizzo di cessione dei complessi aziendali, mentre il secondo è l'indirizzo di ristrutturazione. Autorevoli giuristi²¹, nel leggere tale disposizione, ne hanno sostenuto l'ambiguità, in quanto non si capisce se il risanamento possa ottenersi solamente con il secondo dei due indirizzi elencati dalla norma. Per quanto

¹⁹ Tali cambiamenti erano già stati oggetto di dibattito già durante la vigenza della legge Prodi, vedi *supra* § 1.3.

²⁰ G. Alessi, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi: commento sistematico al D.lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, Milano, Giuffrè, 2000, pag 8.

²¹ Tesi riportata sempre da G. Alessi, op. cit, 8.

riguarda invece l'indirizzo di cessione, la norma parla solo della necessità che l'attività prosegua, senza nulla dire circa il risanamento dell'impresa²². Questa interpretazione è da respingere²³, anche se si segnala che ha dato luogo alcune critiche alla procedura. Infatti, i dubbi interpretativi emersi, e i primi risultati applicativi hanno messo in luce come l'indirizzo prescelto dai diversi commissari delle procedure sia quello di cessione, che ha ottenuto così il titolo di procedura prettamente liquidatoria²⁴.

Legittimati a richiedere l'apertura della procedura sono il debitore, i creditori oppure il tribunale anche d'ufficio, i quali devono presentare istanza per la dichiarazione di insolvenza al competente organo. Il giudice competente è quello dove si collocano gli interessi principali dell'imprenditore. Il tribunale ha il compito di accertare lo stato di insolvenza della società. Una volta dichiarato lo stato di insolvenza, il tribunale trasmette gli atti al Ministro dello sviluppo economico che a sua volta nomina un commissario straordinario il quale ha il compito di redigere una relazione circa le cause che hanno portato al dissesto. La relazione, il parere del Ministro insieme alle eventuali dichiarazioni dei creditori vengono ritrasmesse al tribunale che, verificata l'esistenza di concrete prospettive di recupero, dichiara con decreto motivato l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria. Se invece dovesse mancare uno dei requisiti, opera la conversione della procedura in fallimento.

L'art. 2 della legge Prodi bis definisce quali sono i presupposti per essere ammessi alla procedura. La norma si riferisce alle imprese sottoposte alla disciplina del fallimento che posseggono congiuntamente due requisiti. Il primo riguarda i lavoratori subordinati

²² Sempre G. Alessi, op. cit., 9, ritiene che l'art. 27 abbia una formulazione ambigua in quanto può, e ha portato alcuni autori, a ritenere che il fine della procedura non sia il risanamento dell'impresa bensì la possibilità di cederla, e che le concrete prospettive di recupero riguardino la cedibilità ai terzi dei complessi aziendali, o che finalità esclusiva della procedura sia la conservazione del patrimonio produttivo da ottenersi mediante la prosecuzione dell'attività anche se questa produce perdite.

²³ G. Alessi, op. cit., 10, argomenta “[...] non può non rilevarsi che, se scopo della procedura nell'indirizzo di cessione a terzi fosse la conservazione a tutti i costi dell'impresa e non il suo risanamento economico verrebbero meno le ragioni essenziali della riforma della procedura, tra cui il principio di selettività, e la riforma stessa si rivelerebbe inutile e regressiva rispetto alla vecchia amministrazione straordinaria, poiché trasformerebbe la procedura stessa in un fallimento con esercizio provvisorio prolungato e predeterminato, e dannosa per i creditori, danneggiati dai debiti di massa non finalizzati al risanamento economico, e per i dipendenti, cui l'impresa non risanata assicura solo fittiziamente e per breve durata posto di lavoro”.

²⁴ Come riporta R. Rossi, *L'amministrazione straordinaria tra Prodi bis, Decreto Marzano e legge 18 febbraio 2004, n. 39*, in dir. Fall., I, 2004, 635, il Ministro nella relazione alla legge n. 347/2003 evidenzia come limite il fatto che la c.d. legge Prodi bis ha una prospettiva essenzialmente liquidatoria. Nello stesso senso anche S. Bonfanti, *La procedura di ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni (legge “Marzano”)*, in Fall., I, 2004, pag. 356.

che non devono essere inferiori a duecento da almeno un anno, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni. Il secondo riguarda l'esposizione debitoria che non deve essere inferiore ai due terzi sia dell'attivo patrimoniale, sia dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio.

Mentre, come accennato prima, i presupposti oggettivi sono lo stato di insolvenza²⁵ e l'utilizzabilità di uno dei due indirizzi di cui all'art. 27 lettera a) - la cessione dei complessi aziendali - o, lettera b) - l'esecuzione di un piano di ristrutturazione - per il risanamento economico finanziario dell'impresa.

Riguardo i requisiti dimensionali e di indebitamento sono state mosse delle critiche da parte della dottrina²⁶. Si è affermato che il numero di dipendenti richiesti non è elevato, con la conseguenza che potrebbero essere ammesse alla procedura anche le c.d. medie imprese e che la norma perderebbe così la sua funzione limitatrice.

Per quanto riguarda invece il requisito patrimoniale, la misura espressa dal rapporto non è di per sé idonea a qualificare l'impresa come grande e soprattutto a far emergere il reale andamento della società. Infatti, potrebbe essere che un'impresa presenti questo requisito ma non sia realmente insolvente. Da questo punto di vista un indebitamento espresso in un valore ha il pregio di limitare, ove tale valore sia particolarmente elevato, l'accesso alla procedura a quelle sole attività che hanno un dissesto rilevante e di interesse pubblico, e soprattutto permette di guardare alla reale situazione finanziaria della società.

La legge inoltre, sulla scia di quanto fatto già dalla precedente legge Prodi, prevede, agli artt. da 80 a 91, una serie di disposizioni dedicate ai gruppi. Esse si occupano, in primo luogo, di indicare i criteri per cui la procedura possa essere estesa ad altre società appartenenti al gruppo. In secondo luogo, definiscono i casi in cui opera la responsabilità di chi esercita l'attività di direzione e coordinamento, e regolano l'utilizzabilità delle azioni revocatorie infragruppo. L'art. 80 dà la definizione di "procedura madre", ossia la prima procedura aperta nei confronti di una delle società del

²⁵ Per un dibattito circa cosa si debba intendere per stato di insolvenza si veda *infra* § 4.

²⁶ Cfr. L. Guglielmucci, *Diritto Fallimentare*, a cura di F. Padovani, con la collaborazione di E. Bran, Torino, 2017, 425; R. Rossi, *L'amministrazione straordinaria tra Prodi bis, Decreto Marzano e legge 18 febbraio 2004, n. 39*, cit., 645; Documenti Aristeia, *La legge Marzano: disciplina della ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni*, cit., 6; M. Fabiani e M. Ferro, *Dai tribunali ai ministeri: prove di degiurisdizionalizzazione della gestione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2004, I, 135 ss.

gruppo, che è in possesso dei requisiti di cui agli artt. 2 e 27 della legge Prodi bis. Il secondo comma dello stesso articolo definisce i requisiti dell'estensione della procedura alle altre società del gruppo, che devono anch'esse trovarsi in stato di insolvenza. Ma non basta, in quanto l'art. 81 prescrive che occorre siano presenti i requisiti dell'art. 27, cioè l'esistenza di concrete prospettive di recupero dell'attività produttiva. Quest'ultimo articolo²⁷ prevede anche una disposizione di chiusura, la quale permette, in tutti i casi in cui ve ne sia necessità, la trattazione unitaria delle cause delle diverse imprese. Il tribunale competente è il medesimo della procedura, riguardante una società del gruppo, che per prima è stata aperta; lo stesso è da dirsi per quanto riguarda gli organi della procedura che non cambiano. È importante ricordare che la trattazione unitaria delle diverse cause, o la riunione davanti al medesimo tribunale, non comporta il venir meno della separazione delle diverse masse attive e passive delle società.

Queste norme, ed in particolare l'art. 81, hanno mosso diversi autori²⁸ a chiedersi se l'introduzione del principio della trattazione unitaria comporti il superamento della gestione autonoma delle crisi delle società appartenenti ad un gruppo. Accogliere una o l'altra impostazione – unisoggettività o unidirezionalità - comporta una diversa valutazione dei requisiti presenti nelle società per l'estensione della procedura. In particolare, se prevale la tesi della unisoggettività dell'impresa, ogni società, per essere ammessa alla procedura, deve essere in possesso di tutti i presupposti richiesti dalla legge. Viceversa, se prevale la tesi della unidirezionalità delle società del gruppo, i requisiti potranno essere calcolati cumulativamente tra le diverse società.

Tale problema interessa questi studi per quanto riguarda l'applicabilità del concordato e l'estendibilità degli effetti di tale istituto alle imprese del gruppo.

²⁷ L'art. 81 d.lgs. 270/1999 così recita: "dalla data del decreto che dichiara aperta la procedura madre, e fino a quando la stessa è in corso, le imprese del gruppo soggette alle disposizioni sul fallimento che si trovano in stato di insolvenza, possono essere ammesse all'amministrazione straordinaria indipendentemente dal possesso dei requisiti previsti nell'articolo 2.

Le imprese del gruppo sono ammesse all'amministrazione straordinaria qualora presentino concrete prospettive di recupero delle attività imprenditoriali, nei modi indicati dall'articolo 27, ovvero quando risulti 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 tra le singole imprese, il raggiungimento degli obiettivi della procedura".

²⁸ Cfr. A. Nigro e D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese: le procedure concorsuali*, Bologna, 2017, 541.

2.1. Introduzione del concordato

A differenza della legge 95/1979, nella c.d. legge Prodi bis è stato espressamente previsto l'istituto del concordato con l'introduzione degli artt. 78 e 79, rispettivamente il concordato delle società e il concordato particolare del socio.

La disciplina in realtà è molto scarna e si rifà per la maggior parte a quella della legge fallimentare. Il primo comma dell'art.78 stabilisce che a seguito del deposito dello stato passivo, previa autorizzazione del Ministro e sentito il tribunale, l'imprenditore o un terzo possono avanzare una proposta di concordato. Ove si tratti di società, devono essere rispettate le disposizioni dell'art. 152 l.f., il quale prevede che, se il proponente è una società, gli organi della stessa devono prestare il consenso.

Il secondo comma introduce i criteri che il Ministro deve vagliare nel valutare l'ammissibilità della proposta di concordato.

Infine, il terzo comma sancisce il rinvio alle disposizioni, in quanto non contrastanti, dell'art. 214 l.f., ossia la norma sul concordato nella liquidazione coatta amministrativa. Tale rinvio crea alcuni problemi di coordinamento in relazione ai diversi fini delle due procedure e per il fatto che l'art. 78 non fa riferimento al primo comma della norma dell'art. 214 l.f.. Tale comma richiama a sua volta l'art. 124 della medesima legge, il quale prevede la possibilità di suddividere i creditori in classi. Come si diceva, il mancato rinvio a questo comma comporta il dubbio della suddivisibilità dei creditori in classi nel concordato dell'amministrazione straordinaria.

È da notare la presenza di due elementi di novità all'interno di tale disciplina. La prima riguarda la possibilità per un terzo di avanzare una proposta di concordato²⁹, argomento già dibattuto in dottrina rispetto alla legge precedente e invece ora espressamente previsto.

²⁹ Cfr. G. Alessi, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi: commento sistematico al D.lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, cit., 282. per il quale "la finalità conservativa dell'impresa, che costituisce un limite all'autorizzazione ministeriale, può essere agevolmente conseguita trasferendo al terzo, a seguito del concordato, la titolarità dell'impresa stessa"; R. Martino, *Ripartizione dell'attivo e chiusura della procedura. Conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento e chiusura per concordato*, in *La riforma dell'amministrazione straordinaria*, S. Bonfanti e G. Falcone (a cura di), Roma, 2000, 257 secondo cui le possibilità dell'istanza concordataria anche da parte di un terzo amplia le possibilità di utilizzazione di questo strumento per il conseguimento dell'obiettivo della ristrutturazione. In senso critico è invece A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare (e alla legge sull'amministrazione straordinaria)*, Padova, 2000, 1083 il quale si chiede come sia ipotizzabile la proponibilità di un concordato da parte di un terzo nel caso in cui il commissario straordinario abbia adottato un piano di ristrutturazione, che presuppone una valutazione positiva in ordine alla restituibilità dell'impresa risanata al suo originario titolare.

La seconda novità invece, è il limite previsto al secondo comma per cui la proposta di concordato deve essere coerente con i fini della procedura. Questa previsione comporta un rilevante limite alla discrezionalità amministrativa³⁰; infatti il Ministro dell'Industria, nel dare il suo giudizio circa l'ammissibilità della proposta, deve tenere conto sia degli interessi dei creditori sia di quelli dell'impresa alla prosecuzione dell'attività.

Sotto il primo profilo, cioè in relazione ai creditori, l'autorizzazione dovrà tenere conto del possibile soddisfacimento che questi potrebbero avere dal riparto dell'attivo realizzato o realizzabile dalla normale continuazione della procedura.

Sotto il secondo profilo, ossia l'interesse dell'impresa, il Ministro potrà concedere l'autorizzazione ove l'imprenditore non abbia come unica intenzione la liquidazione dell'attività; ma, deve sussistere la ragionevole possibilità che questa possa proseguire, considerando le condizioni economico finanziarie in cui essa versa.

3. La legge Marzano

Con il d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 è stata nuovamente riformata la procedura di amministrazione straordinaria, in quanto la disciplina comune allora in vigore è stata ritenuta inadeguata ad affrontare il dissesto di gruppi di grandissime dimensioni. In quelle settimane infatti, si è verificata la crisi di uno dei più grandi gruppi italiani, ossia la società Parmalat. Tralasciando le vicende legate direttamente all'azienda in questione, della disciplina della legge Prodi bis venivano criticati diversi aspetti, che secondo il legislatore la rendevano inadeguata ad affrontare tale crisi.

In particolare, la fase di apertura è eccessivamente complessa ed inappropriata per un immediato intervento; la fase di osservazione crea troppe incertezze riguardo all'apertura; infine, la procedura, come prima ricordato, tende ad avere una funzione maggiormente liquidatoria che di mantenimento degli organismi societari.

La necessità di un intervento urgente ed immediatamente incisivo, nato dalla particolare situazione, ha portato il legislatore a riformare fortemente la procedura, con il fine di "consentire un più rapido avvio e uno svolgimento accelerato delle procedure di gestione dello stato di insolvenza, garantendo la efficace e razionale ristrutturazione dell'impresa e del gruppo in cui essa è inserita"³¹.

³⁰ G. Alessi, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi: commento sistematico al D.lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, cit., 285.

³¹ Relazione di accompagnamento alla legge n. 39/2004.

Le novità introdotte dal legislatore per raggiungere tale scopo riguardano la fase di ammissione alla procedura, in quanto c'è un'inversione tra la fase giudiziale e quella amministrativa, per cui prima interviene il decreto ministeriale che dichiara aperta la procedura, e successivamente la dichiarazione di insolvenza del tribunale. Anche i requisiti dimensionali patrimoniali e di indebitamento vengono cambiati. Inoltre, si introduce la possibilità di utilizzare lo strumento della revocatoria fallimentare³², anche se l'unico indirizzo su cui il commissario può basare il suo piano è quello di ristrutturazione³³. Ma la novità più rilevante è l'introduzione di una nuova ed innovativa figura di concordato, di cui si tratterà approfonditamente in seguito.

Possono essere soggette alla procedura le imprese insolventi che ne facciano richiesta, che intendono avvalersi della ristrutturazione economico e finanziaria di cui alla lettera b) art. 27 della legge Prodi bis, e che hanno contemporaneamente due requisiti, come singola impresa o come gruppo: un numero di dipendenti non inferiore a mille da almeno un anno - anche in cassa integrazione guadagni -, e un indebitamento non inferiore ad un miliardo di euro. Tali requisiti sono stati poi modificati a seguito del dissesto della compagnia aerea Volare³⁴.

Come emerge dalla norma, l'unico legittimato a richiedere l'ingresso alla procedura è l'imprenditore insolvente. Ora, tale disposizione ha destato delle critiche tra i primi commentatori, in quanto non ci si spiega come colui che abbia causato il dissesto sia anche il solo che possa richiedere l'accesso alla procedura. Si fa ancora più fatica a cogliere tale previsione legislativa se si considera il maggior vantaggio che ha un'impresa che viene ammessa alla procedura in esame rispetto ad una sottoposta alla disciplina della legge Prodi bis. Inoltre, è singolare che tale differenza di trattamento dipenda quasi totalmente da una scelta dell'imprenditore. Infatti, egli è legittimato sia a fare istanza al tribunale competente ex art. 1 d. lgs. 270/1999, sia a fare richiesta al Ministro dello sviluppo economico ex art. 2 legge Marzano, e pertanto potrà scegliere a quale procedura sottoporsi. L'unico inconveniente che può accadere all'imprenditore è che un creditore

³² All'interno della legge Prodi bis l'art. 49 impone l'utilizzabilità della revocatoria fallimentare solo nel caso in cui si persegua l'indirizzo di cessione. Per una più approfondita trattazione si rinvia Cap. 3, § 6.3.

³³ In seguito, verranno approfonditi questi aspetti. Occorre iniziare a precisare che a seguito del dissesto del gruppo Alitalia il commissario può, fin dall'apertura della procedura, fondare il suo piano sull'indirizzo di cessione di cui all'art. 27 della legge Prodi bis.

³⁴ Con legge 28 gennaio 2005, n. 6 è stato ridotto il numero di dipendenti da mille a cinquecento, e portando i debiti, comprese le garanzie rilasciate, da un miliardo di euro a trecento milioni.

faccia istanza al tribunale prima di lui e che sia quindi impedito all'imprenditore adire il Ministro.

Altra peculiarità è che possono richiedere l'accesso alla procedura solo coloro che intendono avvalersi dell'indirizzo di ristrutturazione di cui all'art. 27 della legge Prodi bis. Anche tale disposizione è stata oggetto di critiche³⁵. Sembra infatti che un'impresa che intende avvalersi del piano di cessione non possa richiedere l'ammissione alla procedura in esame ma esclusivamente adire il tribunale per applicare la disciplina di cui al d.lgs. 270/1999. È peculiare che sia l'imprenditore – in quanto legittimato all'apertura della procedura – a scegliere quale indirizzo intraprendere.

In realtà non vi è l'eliminazione totale dell'indirizzo di cui alla lettera a) dell'art. 27 della legge Prodi bis, ma la proposizione di un piano basato sulla cessione dei complessi aziendali è subordinata alla mancata approvazione di quello di ristrutturazione. Come riportato in dottrina³⁶ infatti, il legislatore si è reso conto della difficoltà a predisporre in alcune situazioni³⁷, in cui vi sia necessità di agire immediatamente, il suddetto piano di risanamento, permettendo così, in caso di mancata approvazione o del piano stesso o del concordato, di predisporre un piano di cessione dei complessi aziendali³⁸.

Singolare è anche la fase di ammissione che vede modificato radicalmente quello che era stato un processo di giurisdizionalizzazione della procedura intrapreso con la prima riforma dell'amministrazione straordinaria attuata con la legge 270/99. Infatti, viene eliminata la fase di osservazione e, come prima accennato, viene anticipata la fase amministrativa che viene posta prima della dichiarazione del tribunale. Il Ministro, ricevuta dall'imprenditore la richiesta motivata di ammissione alla procedura, decide circa l'apertura di quest'ultima e la contestuale continuazione delle attività. In seguito all'apertura, vengono trasmessi gli atti al tribunale che verifica la sussistenza dello stato di insolvenza. Ciò comporta che l'ammissione alla procedura da parte del Ministro è

³⁵ Cfr. G. Alessi, *L'amministrazione straordinaria accelerata (legge Parmalat)*, in dir. Fall., I, 2004, 23.

³⁶ L. Guglielmucci, *Diritto Fallimentare*, cit., 427.

³⁷ L. Guglielmucci, op. cit., 427, l'autore sottolinea le difficoltà della predisposizione di un piano di risanamento all'interno del caso Parmalat.

³⁸ Si vedrà poi che a seguito del dissesto Alitalia è stata inserita questa possibilità fin dall'inizio della procedura, L. Guglielmucci, op. cit.

“immediata ma provvisoria e condizionata alla emissione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza”³⁹.

Ci si è chiesti in dottrina a chi spetti verificare la presenza dei requisiti dimensionali e le concrete prospettive di recupero dell’impresa facente richiesta. Vi è chi sostiene⁴⁰ che la valutazione deve essere compiuta sia dal Ministro sia dal tribunale, in quanto la prima è più sommaria e permette l’immediata immissione alla procedura. Altri⁴¹ invece ritengono che, siccome è il tribunale a dover accertare lo stato di insolvenza, al Ministro spetti solo la valutazione dei requisiti dimensionali e delle concrete prospettive di recupero. Questo crea comunque dei problemi in quanto si permette la prosecuzione di un’attività, con la corrispondente assunzione di nuovi debiti, senza effettivamente aver accertato la possibilità che tale attività possa proseguire⁴².

In ogni caso il tribunale, una volta emesso il decreto da parte del Ministro, deve accertare che l’impresa si trovi in stato di insolvenza e che sussistano i requisiti di cui all’art. 1 della legge in esame. Ove il tribunale rilevasse la mancanza dello stato di insolvenza, la procedura si chiude; se invece dovesse mancare uno dei requisiti dimensionali, ma sussistesse lo stato di insolvenza, opera la conversione della procedura in fallimento. Quindi dal momento in cui il tribunale dichiara l’insolvenza della società, il decreto ministeriale prima solo provvisorio diventa definitivo.

A causa della preminenza della fase amministrativa nell’apertura della procedura, molti autori⁴³ hanno parlato di un ritorno alla legge Prodi, in quanto viene data molta discrezionalità al Ministro nella fase di apertura della procedura e nella scelta della continuazione dell’attività; queste nuove disposizioni hanno anche destato l’interesse della Commissione Europea⁴⁴. Non solo la disciplina di ammissione, ma anche la

³⁹ Cfr. G. Alessi, *L’amministrazione straordinaria accelerata (legge Parmalat)*, cit., 24.

⁴⁰ Cfr. D. Manente, *Il “decreto Parmalat”: appunti di una prima lettura*, in dir. Fall., I, 2004, 40.

⁴¹ Cfr. M. Fabiani e M. Ferro, *Dai tribunali ai ministeri: prove di degiurisdizionalizzazione della gestione della crisi d’impresa*, cit., 140.

⁴² M. Fabiani e M. Ferro, op. cit., 138, i quali sostengono che lo stesso effetto di immediatezza possa ottenersi anche con la procedura di amministrazione straordinaria comune, applicando gli artt. 5 e 7.

⁴³ Cfr. M. Fabiani e M. Ferro, op. cit., 139; G. Montella e L. Ponti, *Le amministrazioni straordinarie e la normativa europea*, in *Le amministrazioni straordinarie: fra salvaguardia della continuità, tutela dei livelli occupazionali ed efficacia delle azioni di risanamento*, D. Corrado e G. Rocca (a cura di), Quaderno n. 74, ODCEC di Milano, 2017, 49; L. Guglielmucci, *La disciplina speciale dell’amministrazione straordinaria per le situazioni di crisi particolarmente rilevanti*, in Dir.Fall., 2004, I, 1226.

⁴⁴ Così P. Farina, *Sulla compatibilità dell’amministrazione straordinaria con il trattato CE*, cit., 1252, “il dubbio che tale norma possa essere stata emanata in violazione del trattato CE è confermato dal fatto che la continuazione dell’attività dell’impresa non è più subordinata all’accertamento da parte del

possibilità di utilizzare le azioni revocatorie all'interno del piano di risanamento, e non più solo all'interno del piano di cessione, hanno destato dei dubbi di legittimità costituzionale⁴⁵.

Ciò che la critica sostiene è che le sopracitate caratteristiche riportano in capo agli organi dello stato la gestione della procedura non tanto per favorire maggiormente l'autonomia privata ma "per incentivare un nuovo dirigismo statale dell'economia"⁴⁶, visti gli interessi coinvolti. Questa soluzione però non tiene conto delle possibili ricadute sul sistema economico nazionale⁴⁷, in quanto la continua introduzione di procedure speciali nell'ordinamento aumenta il grado di incertezza per chi vuole investire, comportando così un abbassamento della competitività dell'ordinamento stesso.

Altra dottrina⁴⁸, invece, afferma che l'esigenza di celerità, e quindi di eliminazione della fase di osservazione - che durava dai tre a cinque mesi - è dipesa dalle esigenze concrete del caso Parmalat, ossia dal bisogno di evitare che venissero aperte altre procedure a carico della società in altro Stato dell'Unione Europea ai sensi del Regolamento Europeo n. 1346/2000. Infatti, come riportato dalla relazione di accompagnamento alla legge, il Governo voleva evitare "[...] l'avvio di molteplici e non coordinate iniziative dei creditori, in Italia e all'estero"⁴⁹.

La procedura presenta delle novità anche in relazione al fenomeno dei gruppi di società. Non è previsto un corpo di norme consistenti, come invece accade nella disciplina comune di amministrazione straordinaria e a cui si rifà, ma le disposizioni seppur scarse sono degne di nota. A differenza infatti della normativa precedente, l'art. 1 prevede la possibilità di calcolare i presupposti occupazionali e di indebitamento non solo con

tribunale delle fattive capacità di recupero, ma può essere disposta discrezionalmente dal Ministro delle attività produttive. La prosecuzione dell'esercizio dell'impresa comporta, invero, la contrazione di ulteriori debiti che a causa della prededuzione alterano la par condicio creditorum e gravano sull'erario, poiché Stato ed enti pubblici figurano sempre tra i creditori di un'impresa dalle dimensioni considerevoli".

⁴⁵ Cfr. G. Montella e L. Ponti, *Le amministrazioni straordinarie: fra salvaguardia della continuità, tutela dei livelli occupazionali ed efficacia delle azioni di risarcimento*, cit., 50.

⁴⁶ Cfr. M. Fabiani e M. Ferro, *Dai tribunali ai ministeri: prove di degiurisdizionalizzazione della gestione della crisi d'impresa*, in *Fallimento*, cit., 138.

⁴⁷ M. Fabiani e M. Ferro, op. cit., gli autori sottolineano gli effetti negativi dell'introduzione di procedure speciali in quanto creano più sistemi di regole abbassando il livello di competitività del nostro ordinamento.

⁴⁸ Cfr. S. Vincere, *sub art. 1 d.l. 347/2003*, in *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Castagnola-Sacchi (a cura di), Torino, 2006, 45 ss.

⁴⁹ Relazione tenuta alla Camera dei deputati in occasione della presentazione del disegno di legge per la conversione del d.l. n. 347/2003.

riguardo alla singola società, bensì anche in relazione al gruppo, purché sia costituito da almeno un anno. Ciò comporta che società che singolarmente non sarebbero ammesse alla procedura, ma che intrattengono tra loro rapporti che rilevano ai sensi dell'art. 80 d. lgs. 270/1999, possono fare richiesta di ammissione alla procedura.

La seconda norma che rileva ai fini di questa analisi è l'art. 3 c. 3 bis della legge Marzano, che prevede la possibilità di un'attuazione unitaria della procedura e l'applicazione di un unico programma per le diverse società⁵⁰. Anche questa previsione si differenzia dalla legge Prodi bis che invece prevede, nel caso di estensione delle procedure, che il programma già redatto sia integrato a seguito della nuova immissione di una società nella procedura.

Infine, è previsto all'art. 4 bis che la proposta di concordato possa essere unica per più società del gruppo. Questa disposizione presenta diverse analogie con quella disciplinata dal nuovo codice della crisi dell'impresa⁵¹ che si ipotizza ne abbia preso spunto proprio da tale disposizione. Manca un'analogia previsione invece nella disciplina comune di amministrazione straordinaria.

3.1. Il concordato

Come sottolineato in apertura di paragrafo, la maggiore novità consiste nell'introduzione di una nuova figura di concordato, innovativa rispetto ai rispettivi istituti presenti nella legge fallimentare, e che ne ha anticipato la riforma. Tale istituto è stato previsto nella legge di conversione del d.l. n. 347/2003, in quanto inizialmente non era stato inserito.

Sono diverse le caratteristiche che contraddistinguono l'istituto e che lo rendono un *unicum* all'interno del nostro ordinamento. Innanzitutto, si evidenzia la legittimazione esclusiva in capo al commissario straordinario il quale, nella stesura del programma, può inserire la proposta di concordato. Da ciò si ricava anche che la domanda di concordato deve necessariamente essere inserita all'interno del programma, e non può essere fatta in un momento successivo se non attraverso la modifica del programma stesso. Inoltre, viene definitivamente prevista la possibilità di suddividere i creditori in classi e la possibilità di prevedere trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi differenti. Le novità

⁵⁰ Cfr. A. Majo, *Impresa di gruppo e attrazione nell'amministrazione straordinaria*, in Fall., I, 2008, 228.

⁵¹ Vedi *infra* Cap. 4, § 4.

riguardano anche i modi con i quali si può provvedere alla soddisfazione dei creditori; infatti il legislatore prevede un'ampissima gamma di strumenti che il commissario può utilizzare. Anche il sistema di votazione presenta delle novità soprattutto con riferimento al caso in cui vi sia la suddivisione in classi. Infine, è prevista la possibilità di cessione delle azioni revocatorie all'assuntore, purché sia già stato presentato l'atto introduttivo nel momento in cui si apre la procedura di amministrazione straordinaria.

Questi elementi contraddistinguono notevolmente l'istituto soprattutto riguardo all'analogo strumento previsto all'articolo 78 del d.lgs. 270/1999, connotandolo di una maggior elasticità soprattutto per le svariate possibilità con cui possono essere soddisfatti i creditori.

In dottrina⁵² si sono evidenziati due principali vantaggi nell'utilizzo di questo istituto. Il primo è un incentivo per il commissario straordinario a stipulare un accordo che sia conveniente per i creditori, in modo che essi possano votare favorevolmente e in conformità con il fine di risanamento della procedura. Il secondo è una maggior responsabilizzazione dei creditori rispetto alla possibile uscita dell'impresa dalla crisi, in quanto il rifiuto della proposta concordataria porta, nella maggior parte dei casi, al fallimento.

Per evitare che l'ideologia di alcuni creditori contrari all'approvazione del concordato possa intaccare anche la maggioranza dei creditori invece favorevoli, la norma prevede che, in caso vi sia la suddivisione in classi, il concordato si intenda approvato anche se alcune di esse sono dissenzienti e non risulta che verrebbero soddisfatte in maniera maggiore dal normale corso della procedura.

Ulteriore innovazione è la possibilità di presentare un concordato unico per più società dello stesso gruppo, purché si trovino anch'esse in stato di insolvenza. Inizialmente la norma del decreto Marzano, prima della legge di conversione, prevedeva che potessero essere assoggettate alla procedura quelle imprese del gruppo per cui il commissario straordinario ne chiedeva l'ammissione, a prescindere dalla presenza dei requisiti dimensionali e dello stato di insolvenza. Successivamente, con la legge di conversione n. 39/2004 e con la legge n. 166/2004, è stata cambiata la norma, prevedendo che ogni società facente parte del gruppo per essere ammessa alla procedura debba

⁵² Cfr. G. Meo, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli, F. P. Luiso, E. Gabrielli, Torino, 2014, IV, 1134.

trovarsi in stato di insolvenza. Tali considerazioni riguardo i gruppi⁵³ rilevano, in quanto, come si diceva prima, può essere fatta un'unica proposta di concordato per più imprese, rispettando l'autonomia delle masse attive e passive di ciascuna società.

3.2. Aiuti di Stato: un nuovo intervento delle Corte europea?

La nuova procedura⁵⁴, come si diceva, ha riportato a galla diversi aspetti della prima disciplina di amministrazione straordinaria, ossia la legge Prodi emanata nel 1979. Quest'ultima normativa era stata oggetto di censure da parte della Corte di Giustizia europea per alcuni aspetti che falsavano la concorrenza. Esempi di questo sono l'ampia discrezionalità amministrativa in fase di apertura della procedura e l'utilizzo dello strumento della revocatoria fallimentare.

La legge Marzano si presta ad un confronto con la legge Prodi, ponendo il dubbio che possano esserle addebitate le medesime censure. Elementi che sembrano confermare la violazione degli artt. 87 e 88 del trattato CE sono in primo luogo la continuazione delle attività disposta immediatamente dopo l'apertura della procedura da parte del Ministro stesso, ma senza che sia stata accertata la presenza di concrete prospettive di recupero dei complessi produttivi. La continuazione delle attività comporta inoltre, la contrazione di nuovi debiti che causa una lesione del principio della *par condicio creditorum*. Senza contare che con grande probabilità i debiti gravano sui conti pubblici perché nel caso di grandissime imprese, è frequente che lo Stato operi dei finanziamenti figurando così nella lista dei creditori. Desti sospetti anche il fatto che la dichiarazione di insolvenza segua la dichiarazione ministeriale e non accada il contrario come invece avviene nella legge Prodi bis.

Suscita ulteriori perplessità la variazione di indirizzo in tema di azioni revocatorie. Infatti, la disciplina di amministrazione straordinaria comune, in seguito ai dibattiti emersi con la disciplina della legge Prodi, all'art. 49 prevede che lo strumento della revocatoria possa essere utilizzato solo nel caso in cui il commissario elabori il programma sull'indirizzo di cessione dei complessi aziendali. Mentre l'art. 6 del d.l. 347/2003 prescrive l'utilizzabilità di tale strumento indipendentemente dal programma

⁵³ Cfr. S. Tricomi, *Sul concordato nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese: brevi considerazioni alla luce della recente "Legge Marzano"*, in dir. Fall., 2004, pag 1126.

⁵⁴ Cfr. P. Farina, *Sulla compatibilità dell'amministrazione straordinaria con il trattato CE*, cit., 1252; C. Biscetti di Ruffa, *Compatibilità dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza con l'ordinamento comunitario*, in Dir. Un. Eur., I, 2005, 485.

scelto, e pertanto anche nel programma di ristrutturazione⁵⁵. Questa previsione ha fatto insorgere chi sostiene che le disposizioni dell'art 6 permettono che il ricavato delle azioni revocatorie sia utilizzato per finanziare l'attività che altrimenti sarebbe sottoposta alla disciplina fallimentare e quindi eliminata dal mercato. Ciò che manca in questa situazione è il presupposto redistributivo che è proprio delle azioni revocatorie della disciplina fallimentare.

Si possono però trovare degli aspetti della legge in esame che sembrano sfatare la possibilità di una censura da parte degli organi europei. In primo luogo, il d.l. 347/2003 ricalca sotto diversi aspetti la procedura della legge Prodi bis, e ad essa rinvia per quegli aspetti che non disciplina autonomamente⁵⁶. In secondo luogo, se comunque talune tra le disposizioni specifiche della legge Marzano rientrassero nella nozione di aiuto, potrebbero comunque beneficiare della deroga prevista dall'art. 87, par. 3, lett. c), secondo la quale possono essere autorizzati dalla Commissione «gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività (...), sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse»⁵⁷. Inoltre, riguardo al tema delle revocatorie - per cui si rinvia oltre per una più approfondita trattazione - non è dato per assodato che pur mancando, nel caso dell'indirizzo di ristrutturazione, il presupposto redistributivo proprio della disciplina fallimentare, i vantaggi che ne derivano beneficino i creditori.

Infine, si rammenta che la Commissione Europea nel 2004, ha ridefinito la propria politica in materia di aiuti di stato per la salvaguardia e il recupero di imprese in crisi. Con tale comunicazione ha espresso la regolarità di quegli aiuti subordinati alla realizzazione di un piano di ristrutturazione di durata limitata, a patto che siano preventivamente comunicati alla Commissione.

3.3. Decreto Alitalia e modifiche alla disciplina di amministrazione straordinaria

La disciplina di amministrazione straordinaria ha subito ulteriori modifiche a seguito del dissesto del gruppo Alitalia. Tale fatto ha portato all'emanazione del d.l. n. 134/2008, poi convertito con l. n. 166/2008.

⁵⁵ Per una trattazione più approfondita si veda Cap. 3 § 6.3.

⁵⁶ Art. 8 d.l. 347/2003

⁵⁷ A. Blasi - F. Munari, *Artt. 87-89, in Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, A. Tizzano a cura di), Milano, 2004, 592 ss.; G. Tesaro, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, 763 ss.

Le novità hanno lo scopo di garantire la continuazione dello svolgimento dell'attività del gruppo, in quanto esso fornisce servizi pubblici essenziali, il cui arresto comporterebbe un danno per tutta la collettività. È in quest'ottica che vengono ampliati i poteri del commissario straordinario il quale, dopo la dichiarazione dello stato di insolvenza ma prima della predisposizione del programma, ha il potere di autorizzare atti di dismissione per utilizzare il ricavato al fine della continuazione dell'attività⁵⁸. È stato anche ampliato al Presidente del Consiglio dei Ministri, oltre che al Ministro dello Sviluppo Economico come già nella legge Marzano, il potere di disporre l'ammissione alla procedura delle imprese che ne fanno richiesta e soprattutto la possibilità di autorizzare atti, anche prima della predisposizione del programma, che siano in linea con il fine della procedura⁵⁹.

Queste innovazioni fanno propendere parte della dottrina ad affermare che la legge in esame comporti un'ulteriore compressione dei poteri del giudice a favore di sempre maggiori poteri dell'apparato amministrativo⁶⁰. Gli ampi poteri in capo agli organi pubblici creano problemi soprattutto per quegli atti che comportano una lesione della *par condicio creditorum*.

Ci sono altre quattro novità rilevanti a cui occorre accennare. La prima riguarda la possibilità per le società che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali, ancor prima che venga approvato il programma, di procedere a trattativa privata per cercare un acquirente, con il limite che questo sia necessario per “garantire la continuità nel medio periodo del relativo servizio” e la “rapidità dell'intervento”⁶¹. Questa previsione è da considerarsi eccezionale in quanto si pone come alternativa alla normale conclusione della procedura mediante il programma⁶². Nel caso in cui si utilizzi tale soluzione, sarà il commissario straordinario a cercare e trattare con possibili acquirenti. L'azienda o i suoi

⁵⁸ P. Beltrami, “Decreto Alitalia”: un nuovo capitolo nella storia della procedura di amministrazione straordinaria, in giur. Comm., 2009, 606; G. Meo, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, cit., 1139.

⁵⁹ A. M. Leopazza, *Interessi pubblici e amministrazione straordinaria dopo la legge n. 166/2008 (variante Alitalia)*, in giur. Comm., 2009, 617.

⁶⁰ G. Lo Cascio, *Insolvenza Alitalia: una nuova versione dell'amministrazione straordinaria*, in *Fallimento*, 2008, 1118.

⁶¹ Art 4 quater

⁶² In questo senso A. M. Leopazza, op. cit., 627, la quale sostiene “la possibilità, riconosciuta dalla legge n. 166, di ricorrere alla trattativa privata anche prima della presentazione del programma non può che connotarsi come misura eccezionale, che trova spiegazione nell'esigenza di tutelare gli interessi generali connessi con l'erogazione del servizio pubblico”.

rami saranno venduti solo a coloro che potranno garantirne l'immediata continuazione dell'attività, in linea con il fine della procedura e della norma stessa.

La seconda novità riguarda la possibilità di formare il programma anche sull'indirizzo di cessione, di cui all'art. 27, fin da subito, e non più solo nel caso in cui manchi l'approvazione dell'indirizzo di ristrutturazione. Anche qualora venisse scelto questo indirizzo, deve sempre essere garantita la continuità dell'attività. Questa modifica è particolarmente rilevante ai fini del presente elaborato in quanto permette che, anche se viene intrapreso un piano di cessione, la procedura possa chiudersi mediante concordato. La disciplina applicabile però non sarà quella dell'art. 4 bis della legge Marzano, che prevede il concordato solo nel piano di risanamento, bensì quella dell'art. 78 della legge Prodi bis.

Inoltre, è stato aggiunto un ulteriore indirizzo a quelli già previsti dall'art. 27 della legge del '99, rivolto alle imprese che svolgono un servizio pubblico essenziale, previsto dalla lettera b- bis), denominato "indirizzo di cessione di beni e contratti". Una previsione simile era già contenuta all'interno della disciplina della liquidazione coatta amministrativa per le aziende di credito, e porta con sé quel principio già alla base della riforma delle società di capitali per cui vi è un superamento del principio di unicità ed indivisibilità del patrimonio. Questo indirizzo, coerentemente con le finalità della procedura, può essere seguito solo qualora la dismissione sia utile al proseguimento dell'attività e l'acquirente stesso possa garantire che non verrà smantellata.

Infine, c'è un allargamento del novero delle imprese che possono essere considerate facenti parte del gruppo, nei confronti delle quali può essere estesa la procedura. Infatti, vengono ricomprese nella nozione di gruppo anche quelle imprese che intrattengono, in via sostanzialmente esclusiva, rapporti con l'impresa che è ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria speciale, per la fornitura di materiale necessario allo svolgimento dell'attività.

Tutte queste modifiche introdotte da c.d. Decreto Alitalia sono state oggetto di critica⁶³, come già il Decreto Marzano, in quanto sembrano introdurre delle disposizioni

⁶³ M. Fabiani e L. Stanghellini, *La legge Marzano con le ali, ovvero la volatilità dell'amministrazione straordinaria*, in Fallimento, 2008, sostengono che la pluralità di procedure concorsuali presenti nel nostro ordinamento non è articolata su criteri oggettivi. Più netto sul punto, G. Lo Cascio, *Insolvenza Alitalia: una nuova versione dell'amministrazione straordinaria*, in Fallimento, 2008, 1117 ss., che definisce il Decreto Alitalia "un provvedimento legislativo manchevole, non in linea con i principi del nostro ordinamento giuridico, né con le norme dettate in materia di insolvenza e di recupero

prive del carattere di generalità ed astrattezza che una norma dovrebbe avere, ma creerebbero un sistema *ad hoc* per la gestione della crisi di un gruppo particolarmente importante per l'economia nazionale. Non c'è modo di valutare la bontà di tali scelte da parte del legislatore, che pur di tentare di salvare l'impresa insolvente prende posizioni che poco hanno a che fare con le tutele giurisdizionali garantite nel nostro ordinamento.

Ciò che si può dire è che la disciplina ha ottenuto un ulteriore snellimento e ha attribuito maggior potere agli organi amministrativi, i quali hanno modo di gestire la crisi prendendo provvedimenti immediati per il tentativo di salvataggio dell'attività. Se da un lato queste possibilità hanno il pregio di favorire un più rapido intervento, d'altro canto hanno anche il rischio di aggravare il debito della società riducendo, così anche la possibilità che i creditori possano ottenere qualcosa di ciò che gli spetta.

Ad incrementare gli aspetti evidenziati dalla critica, si aggiungono alcuni finanziamenti, c.d. "prestiti ponte", che lo Stato italiano ha fatto alla compagnia aerea di bandiera per permettere di proseguire l'attività in attesa che vi fossero dei compratori. Tali prestiti sono però stati condannati dalla Commissione Europea che li ha considerati come aiuti di stato, pertanto falsanti la concorrenza⁶⁴.

4. Stato di insolvenza: tra la disciplina della legge fallimentare e la finalità di recupero dell'amministrazione straordinaria

Un problema che è bene affrontare ora riguarda la natura del presupposto oggettivo dello stato di insolvenza, ossia se tale definizione sia equiparabile a quella dell'art. 5 legge fallimentare o invece sia da riferire ad un'altra situazione, come lo stato di crisi. Il presupposto dell'insolvenza è tradizionalmente associato a quelle procedure che hanno fine liquidatorio, in quanto, venuta meno la possibilità di proseguire l'attività per l'accumularsi di debiti, i beni vengono venduti ed il ricavato ripartito tra i creditori

delle imprese in crisi, all'insegna di una buona dose di inspiegabile permissivismo e di tutela clientelare." Infine, Manganelli, *Da Parmalat ad Alitalia: strumenti di gestione della crisi d'impresa*, in *Dir. E Prat. Soc.*, 2008, che pur riconoscendo il pregio di aver reso più snella la procedura di amministrazione straordinaria, rimprovera l'utilizzo di antiquati strumenti di controllo politico e ministeriale e di aver sottratto ai creditori qualsiasi tipo di controllo.

⁶⁴ ⁶⁴ Cfr. G. Montella e L. Ponti, *Le amministrazioni straordinarie: fra salvaguardia della continuità, tutela dei livelli occupazionali ed efficacia delle azioni di risarcimento*, cit., 52, i quali in nota 63, riportano che gli interventi dello Stato sono stati oggetto di una sentenza della Corte Costituzionale (22 luglio 2010, n. 270, in *Foro.it.*, 2010, pag. 2901) che, con riferimento alla normativa italiana, ne ha dichiarato la legittimità in ragione delle particolari esigenze collettive e sociali, nonostante un sacrificio per la concorrenza.

nel rispetto dei loro titoli e delle relative garanzie, secondo il principio della *par condicio creditorum*.

Orbene, se il presupposto viene inteso come situazione definitiva ed irreversibile, si crea una situazione di contrasto con la procedura di amministrazione straordinaria. Infatti, come precedentemente ricordato, la procedura ha come fine la conservazione ed il risanamento dei complessi produttivi, e non la liquidazione dei beni che appartengono all'impresa.

Ciò che si indagherà ora è se si possa rinvenire una nozione unitaria di "insolvenza" all'interno dell'ordinamento concorsuale o se tale nozione sia da diversificare a seconda delle procedure⁶⁵. È bene premettere che le diverse risposte che verranno in seguito riportate sono state affrontate con riguardo alla legge 270/99; tuttavia, siccome il presupposto dell'insolvenza è comune a tutte le procedure di amministrazione straordinaria, ed inoltre, in caso di mancanza dei requisiti dimensionali, per entrambe le procedure opera la conversione in fallimento, tale indagine può essere estesa anche alla procedura di cui al d.l. 347/2003.

Una prima tesi afferma la diversità dei due presupposti ed attribuisce a quello della procedura in esame un significato più ampio. Questa posizione si basa sul fatto che l'impossibilità che si verifica nella procedura di amministrazione straordinaria è temporanea e reversibile⁶⁶.

Una seconda teoria considera i due presupposti dal punto di vista qualitativo, ossia dal punto di vista della natura dell'insolvenza. Sostiene che il presupposto dell'amministrazione straordinaria è solo uno squilibrio economico dell'impresa, cioè riguarda la capacità di produrre utili e perdite ed in ciò si differenzia dal fallimento, che invece considera l'incapacità di adempiere da parte dell'imprenditore⁶⁷.

⁶⁵ Sub art. 1 d.l. 347/2003, in *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Castagnola-Sacchi (a cura di), Torino, 2006, 32.

⁶⁶ In questo senso, G. Lo Cascio, *Risanamento dell'impresa in crisi ed evoluzione normativa ed interpretativa concorsuale*, cit., 44 ss., secondo cui lo stato di insolvenza dell'amministrazione straordinaria comune coincide con "la temporanea difficoltà di adempiere" della vecchia amministrazione controllata, ma che si differenziava da questa per la necessità che tale impossibilità si manifestasse all'esterno. Altresi A. Castiello D'Antonio, *Introduzione allo studio della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Roma; e G. De Ferra, *Considerazioni pratiche in margine alla nuova legge sull'amministrazione straordinaria*, in dir. Fall., 2000, 505 ss. che a differenza "temporanea difficoltà di adempiere dell'amministrazione controllata (ora abrogata), la difficoltà dell'imprenditore in amministrazione straordinaria non è risanabile attraverso l'utilizzo di mezzi propri bensì necessita di un intervento esterno.

⁶⁷ Cfr. A. Schiavon, *Insolvenza e risanamento dell'impresa nella nuova disciplina*, in Fallimento, 2000, 237 ss. in senso opposto invece V. Napoleoni, *Lo stato di insolvenza nell'amministrazione straordinaria* (nota a Trib. Torre Annunziata, 14 novembre 2001), in Fallimento, 2002, 1105 ss., che invece

Vi è una terza tesi che invece afferma l'identità dei due presupposti. A tale conclusione si arriva considerando come nucleo centrale della nozione di insolvenza la temporanea incapacità di adempiere le proprie obbligazioni. Si differenzia poi a seconda che tale impossibilità sia definitiva, in caso di fallimento, oppure vi siano condizioni per cui tale situazione sia reversibile, ossia nei casi in cui si dispone l'amministrazione straordinaria. A questa conclusione si arriva analizzando le norme del fallimento riguardanti la chiusura della procedura, e quelle di amministrazione straordinaria in tema di conversione in fallimento.

Per quanto riguarda il primo punto, l'apertura della procedura avviene nel momento in cui mancano gli adempimenti da parte dell'imprenditore. Qualora, in seguito alla procedura, egli ritorni a pagare regolarmente i creditori, viene meno il presupposto che è comune ad entrambe le procedure.

Per quanto riguarda il secondo punto, nessuna norma stabilisce che nei casi di conversione della procedura in fallimento, l'autorità giudiziaria debba accertare di nuovo lo stato di insolvenza e pertanto si può dedurre che non vi sia differenza sul punto tra le due procedure.

Ulteriore dottrina⁶⁸ avvalorata l'uguaglianza dei presupposti affermando l'unicità della dichiarazione di insolvenza, a nulla rilevando se questa sia diretta all'apertura del fallimento o dell'amministrazione straordinaria⁶⁹. Si afferma che la differenza sta nel modo in cui viene trattata l'insolvenza. Infatti, mentre nelle procedure liquidatorie la presenza di un tale stato porta alla dissoluzione delle aziende, nel caso della procedura amministrativa, tale stato è la condizione che, ove ricorrono i presupposti dimensionali, porta alla cessione o ristrutturazione dell'attività.

afferma una comune nozione di insolvenza tra le due procedure ma si differenziano in quanto ai fini, infatti "nell'amministrazione straordinaria la scelta di campo è [...] precisa e conseguente: non si mira, quantomeno in via principale e diretta al recupero della solvibilità dell'imprenditore, bensì al riposizionamento, in termini di normalità sul mercato dell'attività imprenditoriale, attraverso il recupero di un rapporto fisiologico tra costi e ricavi".

⁶⁸ Cfr. G. Meo, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, cit., 1124.

⁶⁹ Tale affermazione è però criticata con riferimento all'amministrazione straordinaria speciale in quanto legittimato a richiedere l'ammissione alla procedura è l'imprenditore insolvente il quale potrebbe richiederla nonostante l'insolvenza non si sia ancora manifestata, valorizzando quindi quella tesi che accentua la funzione preventiva della procedura, assegnando un significato meno grave all'insolvenza, quale insolvenza solo potenziale. Tale soluzione è però difficilmente sostenibile alla luce del diritto positivo. Infatti, nelle ipotesi di conversione di amministrazione straordinaria in fallimento non vi è un nuovo ed autonomo accertamento dello stato di insolvenza (cfr. N. Baccietti, *sub art. 1*, cit.).

A parere di chi scrive pare più convincente l'orientamento che non differenzia il presupposto oggettivo del fallimento e dell'amministrazione straordinaria per due ordini di motivi. Il primo è di carattere logico-sistematico, in quanto vi sono delle disposizioni nella norma (già citate prima) che sembrano non porre differenze se non nelle conseguenze che le diverse procedure hanno. In secondo luogo, lo stato di insolvenza può essere utilizzato quale criterio di meritevolezza nella valutazione di risanabilità dell'impresa e nel bilanciamento tra l'interesse pubblico e i diritti dei creditori. Se così non fosse, ci sarebbe un'eccessiva frammentazione all'interno dell'ordinamento concorsuale per i diversi significati attribuiti al presupposto dell'insolvenza. È anche da considerare che la diversità di trattamento - si potrebbe dire il beneficio per quelle imprese che possono proseguire la loro attività nonostante lo stato di insolvenza - è dettato dalla natura dei dissesti e dalla mole di creditori che le imprese coinvolgono. Onde evitare inconvenienti, viste le diverse finalità della procedura di fallimento rispetto a quella di amministrazione straordinaria, sarebbe auspicabile una riforma⁷⁰ che modifichi il presupposto oggettivo della seconda, in quanto “nodo centrale di qualunque procedura che tenda realmente al risanamento dell'impresa, e cioè sia al recupero della redditività, sia all'equilibrio finanziario, è individuare, una volta per tutte, la linea di demarcazione tra crisi di impresa ed insolvenza”⁷¹.

5. I regolamenti europei 1346/2000 e 848/2015

Dopo alcuni tentativi non andati a buon fine, il legislatore europeo è riuscito nel 2000 a emanare il regolamento n. 1346 per la gestione delle procedure concorsuali all'interno degli stati membri dell'allora Comunità Europea. Questa disciplina viene applicata⁷² a quelle imprese che hanno sedi in più di uno Stato dell'Unione Europea. Il regolamento differenzia tra procedure principali, secondarie e territoriali indipendenti.

Le prime vengono definite “principali universali”⁷³, in quanto in esse confluisce tutto il patrimonio del debitore con tutte le richieste dei creditori. Quelle secondarie invece, sono solo procedure liquidative e possono essere aperte in uno stato differente da

⁷⁰ Riforma che è già stata avviata per quanto riguarda la procedura di fallimento.

⁷¹ A. Castiello D'Antonio, *Le attuali prospettive di riforma in materia di amministrazione straordinaria*, in *Dir. Fall.*, 2010, 175 ss.

⁷² Ora riformata dal regolamento n. 848/2015 di cui di seguito

⁷³ P. De Cesari, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa: il regolamento (UE) 848/2015 relativo alle procedure di insolvenza*, Giapichelli, 2017, 92.

quello nel quale viene aperta la procedura principale, nel momento in cui si trovano delle attività dipendenti da quelle della sede principale. Quelle secondarie sono inoltre solo procedure territoriali⁷⁴.

Infine, vi sono le procedure territoriali indipendenti che si applicano nel momento in cui sussistono i criteri di competenza internazionale; la sede principale dell'impresa si trovi in uno stato membro; non sia possibile aprire una procedura di insolvenza nello stato in cui è situata la sede principale a causa della normativa interna dello stato stesso.

La procedura di amministrazione straordinaria rientra nell'elenco dell'Allegato A del regolamento in esame, che comprende quelle procedure che il legislatore europeo ha qualificato come "principali".

Lo scopo del regolamento è quello di disciplinare l'apertura delle procedure di gestione della crisi o di insolvenza, evitando che vengano intraprese più procedure avverso la medesima società nel momento in cui questa abbia sedi in diversi Stati dell'Unione.

Questa procedura è stata riformata dal regolamento 848/2015. La disciplina non cambia nella sostanza, ma ne vengono ridisegnati i confini. In particolare, c'è un rilevante ampliamento⁷⁵ dell'ambito di applicazione. Infatti, non si riferisce più alle sole procedure "fondate sull'insolvenza del debitore che comportano lo spossessamento parziale o totale del debitore stesso o di un curatore", ma si rivolge a tutte quelle procedure in cui opera un'autorità giudiziaria, che sia un giudice o un altro organo dello Stato con il potere di gestire la procedura stessa. Una seconda rilevante modifica riguarda l'eliminazione dell'inciso che comportava la natura esclusivamente liquidatoria⁷⁶ della procedura secondaria.

Come brevemente accennato prima, scopo dell'introduzione del regolamento 1346/2000, poi 848/2015, è quello di gestire in modo unitario la crisi delle imprese di rilevanti dimensioni che hanno sedi in più Stati dell'Unione Europea. Il legislatore

⁷⁴ P. De Cesari, op. cit., 94.

⁷⁵ G. Montella, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa: il regolamento (UE) 848/2015 relativo alle procedure di insolvenza*, Giapichelli, 2017, 17.

⁷⁶ Si è fatto notare come la limitazione posta dal regolamento 1346 non avesse una spiegazione logica se non considerandola una svista del legislatore europeo. Si pensi al caso in cui la procedura ha natura risanatoria mentre la procedura secondaria ha per forza natura liquidatoria; in questo caso lo scopo della procedura secondaria sembra confliggere con quello della procedura principale. Bisogna però rilevare che anche la possibilità di aprire procedure secondarie di natura diversa da quella principale crea lo stesso problema. La Corte di Giustizia ha affermato che nell'aprire la procedura secondaria bisogna tener conto della natura e finalità della procedura principale già aperta.

italiano si è accorto della lentezza con cui veniva aperta la procedura di amministrazione straordinaria ex d. lgs. 270/99, causata dalla presenza della fase di osservazione che rendeva anche incerta l'apertura stessa.

L'allungarsi dei tempi in questa fase comportava il rischio che venisse aperta una procedura principale in un altro Stato, precludendo così la possibilità di gestire la crisi secondo la disciplina italiana. Proprio per questo, il legislatore nell'emanare il d.l. 347/2003, ha eliminato la fase di osservazione presente invece nella legge Prodi bis. Questa argomentazione è stata posta anche alla base di alcune decisioni prese dai giudici amministrativi riguardo a ricorsi che criticavano la fase di apertura della procedura⁷⁷ di amministrazione straordinaria speciale.

Il legislatore italiano ha posto così tanta attenzione rispetto a questo punto perché il gruppo Parmalat aveva diversi centri di attività anche negli stati membri dell'Unione; questo aspetto ha portato la critica ad affermare che la procedura in esame sia stata pensata *ad personam* per il gruppo in questione. Così facendo, la legge perderebbe quelle caratteristiche di generalità ed astrattezza che sono proprie di ogni legge⁷⁸.

Altro tema rilevante ai fini del regolamento è che, come detto prima, la procedura di amministrazione straordinaria rientra tra quelle che il legislatore europeo considera come "principali ed universali". Bisogna chiedersi se la legge Marzano introduce una nuova procedura o solo una disciplina speciale di quella comune, in quanto la scelta di uno o dell'altro indirizzo comporta conseguenze differenti. Nello specifico, se si considera la procedura introdotta dalla legge Marzano come una nuova procedura, questa non rientra più tra le procedure che il regolamento 848/2015 definisce come principali, e pertanto non è utilizzabile per gestire crisi di gruppi con altre sedi situate nei paesi membri. Se invece si sostiene che non costituisce una nuova procedura, ma solo un'ipotesi speciale rispetto alla precedente, allora non si pongono problemi.

⁷⁷ N. Baccietti, *sub art. 1*, cit., 46, gli autori riportano che "i giudici giustificano la soppressione della fase di osservazione, ad opera della nuova legge, con la necessità di salvaguardare la ristrutturazione di tutte e ciascuna impresa di un determinato gruppo, all'uopo di evitando che in caso contrario o con gli indugi propri del d.lgs. n. 270/99, l'apertura all'estero o, soprattutto, in un altro stato membro dell'UE d'una procedura di tipo fallimentare [...] avrebbe implicato soltanto la liquidazione del gruppo stesso".

⁷⁸ Cfr. M. Fabiani e M. Ferro, *Dai tribunali ai ministeri: prove di degiurisdizionalizzazione della gestione della crisi d'impresa*, cit., 133, definiscono il decreto Marzano una "legge su misura"; A. Caiafa, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali: dalla legge 12 maggio 2005, n. 80 al D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5*, cit., 637.

Sul tema la dottrina si divide tra chi sostiene che tutte le peculiarità prima citate comportano la definizione di una nuova procedura e chi invece nega tale necessità. Gli argomenti a favore della prima tesi sono la variazione alle disposizioni sull'ingresso alla procedura, l'introduzione di una speciale figura di concordato, e l'ampliamento dell'applicabilità delle revocatorie. Mentre in soccorso alla seconda tesi vengono citati il rinvio generale che la legge Marzano fa alla disciplina comune e la relazione di accompagnamento alla legge, che parla di "misure integrative e correttive della normativa vigente".

A chi scrive pare più convincente la tesi dell'unitarietà delle due procedure e che le diversità si spieghino con due ordini di ragioni. La prima riguarda la necessità di aprire la procedura celermente per non soccombere all'applicazione di una procedura principale straniera aperta in uno Stato membro secondo i regolamenti sopracitati. La seconda ragione invece, ha un carattere più politico: l'accentramento di potere in capo agli organi amministrativi, a causa della gravità del dissesto, permette a questi ultimi di arginare quanto più possibile la crisi e le conseguenze che essa avrebbe per il Paese.

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA DEL CONCORDATO STRAORDINARIO

SOMMARIO: 1. Il concordato straordinario. – 2. Natura del concordato. – 3. Legittimazione. – 4. Rapporto tra concordato e programma. – 4.1. Programma di ristrutturazione. – 4.2. Programma di cessione. – 5. La suddivisione dei creditori in classi. – 6. Contenuto minimo della proposta di concordato. – 7. Termine per la proposta di concordato. – 8. Procedimento di ammissione. – 9. Deposito della domanda, comunicazione ai creditori ed opposizioni. – 10. Impugnazione della sentenza del tribunale. – 11. Esecuzione, risoluzione ed annullamento del concordato. – 12. Concordato di gruppo. – 13. Il concordato particolare del socio.

1. Il concordato straordinario

Come accennato nel capitolo precedente, nella legge di amministrazione straordinaria c. d. comune, disciplinata dal D. lgs. n. 270/1999, è stato espressamente previsto l'istituto del concordato. Nella normativa precedente, la mancata previsione del concordato quale strumento di chiusura della procedura aveva occasionato discussioni in dottrina⁷⁹, e già i primi commentatori⁸⁰ avevano evidenziato la necessità di un'apposita previsione. All'interno di questa legge invece, l'art 74 prevede espressamente alla lettera c) che la procedura possa chiudersi con il passaggio in giudicato della sentenza che approva il concordato.

La disciplina dell'art. 78 in realtà è scarna e non particolarmente innovativa, e pertanto rimanda alle norme che disciplinano il concordato della liquidazione coatta amministrativa, ossia gli artt. 214 e 215 l.f. per quanto riguarda il procedimento di applicazione. Quest'ultima norma è stata oggetto di modifica nel 2007 con lo scopo di uniformarla alla disciplina degli altri concordati previsti all'interno del nostro ordinamento, ossia il concordato fallimentare ed il concordato preventivo; inoltre sono state aumentate le garanzie difensive dei creditori nel procedimento. Queste modifiche, come si approfondirà in seguito, hanno aperto alla possibilità di ampliare i contenuti dell'istituto in tema di amministrazione straordinaria, ma allo stesso tempo hanno creato dei problemi di coordinamento in quanto non è stata aggiornato l'articolo in esame.

⁷⁹ Vedi Cap 1, § 1.2.

⁸⁰ Cfr. in particolare, P.G Jaeger, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: due anni di esperienze*, Relazione al convegno tenuto a Parma l'8 maggio 1981, in *Giur. Comm*, 1981, 796 ss.

In realtà si può dire che sia stato proprio l'art. 78 ad ispirare poi le modifiche dei rispettivi istituti all'interno della legge fallimentare. Infatti, è proprio questa norma che per prima introduce la legittimazione anche del terzo, e non più solo dell'imprenditore insolvente, a fare richiesta per la proposizione di un concordato.⁸¹

Rimangono comunque delle sostanziali differenze tra la disciplina della liquidazione coatta amministrativa e quella contenuta nella legge n. 270/1999. La prima riguarda il presupposto, in quanto ex art. 214 l.f., la proposta può essere presentata quando ancora non è stato depositato lo stato passivo, mentre nel concordato ex art. 78 d.lgs. n. 270/1999, il deposito di tale atto secondo le regole dell'art. 97 l.f. è imprescindibile per la presentazione della proposta di concordato. La seconda si può rintracciare nel diverso scopo delle due procedure, in quanto la liquidazione coatta ha un fine prettamente liquidatorio, mentre quello della procedura di amministrazione è di far proseguire l'attività mirando ad un recupero dell'operatività della società, mediante uno dei programmi previsti dall'art. 27 della stessa legge. Questo non vuol dire che non vi siano dei punti di contatto tra le discipline, come ad esempio l'effetto liquidatorio che può avere il concordato nel caso in cui si persegua l'indirizzo di cessione.

2. Natura del concordato

Attese le peculiarità di questa figura di concordato, come la mancanza del voto dei creditori, la dottrina si è interrogata in merito alla natura dell'istituto in questione. È importante rispondere a tale quesito perché, a seconda della qualificazione data, cambia il momento in cui la proposta diventa immodificabile o irrevocabile. Le tre principali ipotesi⁸² sono rappresentate dalla teoria contrattuale, la teoria giurisdizionale e la teoria amministrativa.

La prima teoria considera il concordato come un vero e proprio contratto, diretto a regolare rapporti giuridici patrimoniali che si configurano come crediti nei confronti dell'imprenditore, o di un terzo assuntore.

⁸¹ Cfr. S. Tricomi, *Sul concordato nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese: brevi considerazioni alla luce della recente "Legge Marzano"*, in dir. Fall., 2004, I, pag. 1126, riporta come la commissione Marchetti, il cui scopo era modificare la legge Prodi dopo le prime esperienze applicative, aveva già ipotizzato la possibilità per il commissario di fare proposta di concordato, in deroga a quanto disposto dall'art. 214. Si veda anche M. Sandulli, *Sulle proposte di modifica dell'amministrazione straordinaria*, in Giur. Comm. 1982, I, 480 ss.

⁸² Tesi riportate da F. Ghignone, *Sub art. 78 d.lgs. 270/1999*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2013, 1871.

La seconda teoria, invece, ritiene il concordato un atto unilaterale o dell'imprenditore o del terzo proponente sottoposto ad un duplice vaglio: il primo amministrativo, che permette di presentare domanda, ed il secondo giudiziario, necessario per ottenere l'omologazione, ma senza il voto dei creditori.

Infine, la terza teoria valorizza il ruolo che l'autorità amministrativa ha nella valutazione di ammissibilità del concordato in relazione alla finalità conservativa della procedura.

Coloro che sostengono la teoria contrattualistica affermano che la proposta diventa irrevocabile nel momento in cui viene prestato il consenso, ovvero nel momento in cui non vengono presentate opposizioni da parte di creditori dissenzienti; oppure quando viene fissata l'udienza di omologazione⁸³. Tale tesi è da respingere in quanto non si può parlare di consenso delle parti perché esse non manifestano mai la loro volontà, ed il mancato dissenso non è considerato quale atto negoziale⁸⁴.

Chi invece afferma la teoria giudiziale sostiene che la proposta diventi irrevocabile dal passaggio in giudicato della sentenza che omologa il concordato - sempre che si possa parlare di omologazione⁸⁵ -. Ad avvalorare questa teoria c'è la legge stessa che prevede che il concordato diventi esecutivo dal passaggio in giudicato della sentenza del tribunale.

Non va trascurato anche il forte peso che l'autorità amministrativa ha nel corso della procedura, perché senza l'autorizzazione da parte del Ministro non si può procedere alla presentazione della proposta di concordato. Si deve ritenere che il legislatore abbia voluto sottrarre alla disponibilità dei privati la soluzione concordataria, considerando gli interessi pubblici in gioco, ed abbia dato preminenza al fine conservativo della procedura piuttosto che al diritto soggettivo dei singoli creditori. La procedura considera l'interesse privato dell'impresa a poter operare nel mercato, interesse che "viene nobilitato dall'autorità amministrativa in quanto il suo soddisfacimento consente di perseguire contemporaneamente anche un interesse pubblico"⁸⁶.

⁸³ Cfr. Tribunale Udine, 5 giugno 2008, in Fall., 2009, II, 227 ss., con nota di M. Terenghi, *La revocabilità della proposta di concordato fallimentare nell'amministrazione straordinaria*.

⁸⁴ Cfr. G. Meo, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli, F. P. Luiso, E. Gabrielli, Torino, 2014, IV, 1102.

⁸⁵ Vedi *infra* § 9.

⁸⁶ F. Tomasso, *il concordato nella liquidazione coatta amministrativa tra interessi privati ed interesse pubblico*, nota a Tribunale Varese, 4 aprile 2006, in N. giur. Civ. comm., 2007, I, 448.

La singolarità della fase amministrativa e le differenze di questa figura di concordato con le altre presenti all'interno dell'ordinamento hanno portato a coniare⁸⁷ l'espressione "concordato straordinario", o "concordato conservativo", perché contenuto all'interno di una procedura che mira alla conservazione e al ripristino del patrimonio della società.

3. Legittimazione

Una delle novità più rilevanti che, come accennato prima, ha dato luogo anche alla riforma degli omonimi istituti della disciplina fallimentare, è la previsione della possibilità per il terzo di fare domanda per la proposizione di un concordato.

L'art. 78, infatti, stabilisce che, a seguito del deposito dello stato passivo ex art. 97 l.f., l'imprenditore od un terzo possono richiedere al Ministro l'autorizzazione alla presentazione di una proposta di concordato. Nel caso si tratti di società, devono essere rispettate le disposizioni dell'art. 152 l.f., cioè che la volontà di presentare la domanda di concordato sia votata dal competente organo sociale.

Sono indubbi i vantaggi apportati alla procedura da tale novità. Un primo ordine di considerazioni riguarda il fatto che il terzo, che si ponesse solo come garante delle obbligazioni dell'imprenditore insolvente, e che non avesse la possibilità di promuovere autonomamente un concordato come assuntore, non avrebbe alcun interesse a restare vincolato agli obblighi assunti dall'imprenditore stesso. Infatti, in questo caso, il terzo avrebbe solo il dovere di garantire per gli atti compiuti dall'imprenditore. Ecco che allora la legittimazione del terzo è tesa ad eliminare la possibilità di patti paraconcordatari tra il terzo e il debitore insolvente⁸⁸, permettendo che il terzo stesso assuma autonomamente gli obblighi nascenti dalla procedura.

Un altro ordine di considerazioni porta ad affermare che, in virtù della situazione in cui versa la società sottoposta alla procedura, il trasferimento al terzo possa più facilmente garantire la continuazione dell'attività.

Come precedentemente riportato, è stata criticata la mancata previsione anche in capo al commissario della legittimazione alla proposta di concordato. La critica si muove

⁸⁷ Cfr. G. Alessi, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi: commento sistematico al D.lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, Milano, Giuffrè, 2000, 284; F. Fimmanò, *La ristrutturazione mediante concordato della grande impresa in amministrazione straordinaria*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, 355.

⁸⁸ Cfr. G. Alessi, op cit., 283; R. Giordano, *Il concordato nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, il fallimentarista.it, 2015.

su due fronti: il primo considera il ruolo del commissario all'interno della procedura, in quanto prende in carico la gestione della società, predispone il programma, e pertanto è perfettamente a conoscenza dell'andamento della società stessa. La logica farebbe ritenere che, lui più di qualsiasi altro sia in grado di portare una proposta di concordato più idonea al fine della procedura e che tenga conto della situazione dei creditori.

Il secondo invece, considera il fatto che l'art. 56 c. 3 del d. lgs. n. 270/1999 disciplina il contenuto del piano di ristrutturazione e prevede che esso "deve indicare ... le eventuali previsioni di ricapitalizzazione dell'impresa e di mutamento degli assetti imprenditoriali, nonché i tempi e le modalità di soddisfazione dei creditori, anche sulla base di piani di modifica convenzionale delle scadenze dei debiti o di definizione mediante concordato". Ora, è compito del commissario predisporre il programma, nel quale è espressamente previsto possa esservi un concordato, e questo sembra essere contraddittorio con la mancata previsione della sua autonoma legittimazione ex art. 78 della medesima legge.

In argomento per l'esclusione della legittimazione del commissario straordinario, nonostante la sopracitata norma, è sostenuto⁸⁹ che il commissario non possa proporre o compiere atti modificativi della struttura organizzativa, ed incidere sui diritti dei soci stessi nell'ambito di una procedura concordataria⁹⁰ in quanto queste prerogative spettano alla società.

Ulteriore dottrina⁹¹ sostiene che la mancata previsione della legittimazione in capo al commissario è dovuta al fatto che l'istituto del concordato non assolve alle finalità proprie della procedura di amministrazione straordinaria, pertanto esula dai compiti gestori dell'organo commissariale.

A parere di chi scrive sembra invece necessario che al commissario sia data la possibilità di proporre concordato in quanto gli devono essere garantiti tutti gli strumenti necessari perché possa svolgere il compito di conservare e risanare la società dissestata. Infatti, in alcune situazioni in cui la crisi è particolarmente grave⁹², quella del concordato

⁸⁹ Cfr. F. Fimmanò, *La ristrutturazione mediante concordato della grande impresa in amministrazione straordinaria*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, 363.

⁹⁰ Cfr. L. Stanghellini, *Commento all'art. 124 legge fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da A. Jorio, Bologna 2006, 1960 ss.; in senso opposto invece, G. Ferri jr., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, in *Dir. Giur. Comm.*, 2006, 762 ss.

⁹¹ G. Meo, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, op. cit., 1103.

⁹² Si può notare come nel caso Parmalat, la legittimazione alla proposta di concordato sia lasciata esclusivamente in capo al commissario straordinario.

può essere la soluzione che permette, nel minor tempo, di continuare l'attività. Inoltre, il commissario è colui che meglio conosce, o dovrebbe conoscere, la situazione della società decotta e pertanto è in grado di trovare un miglior accordo con i creditori di quello che potrebbe trovare l'imprenditore che ha causato il dissesto, o un accordo più efficace di quello proposto da un terzo, gli interessi del quale possono essere diversi da quelli della procedura, ad esempio finalizzati ad ampliare la propria attività.

Si aggiunga che i primi studi sulla legge Prodi, i cui concordati ricalcavano quasi completamente la disciplina in esame, avevano evidenziato la necessità di una modifica alla disciplina introducendo la possibilità per il commissario straordinario di proporre concordato⁹³. Il problema della legittimazione del commissario è stato risolto solo con la disciplina successiva, ossia la legge Marzano, che ha invece previsto quale unico legittimato proprio il commissario straordinario.

Prima di continuare l'esame dell'istituto, è necessario soffermarsi sulla disposizione dell'art. 152 l.f.. Questa norma prevede che nel caso in cui la proposta di concordato provenga da una società, essa debba essere approvata da coloro che ne hanno la rappresentanza sociale. In particolare, se si tratta di società di persone, devono essere favorevoli un numero di soci che rappresentino la maggioranza del capitale sociale; in caso di società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata, ovvero le cooperative, la decisione è presa dall'organo amministrativo.

In dottrina⁹⁴ ci si è domandati se questa disposizione si riferisca solo al caso in cui a fare richiesta per la proposizione del concordato sia l'imprenditore, o se debba essere applicata anche al terzo che intenda avanzare istanza di concordato.

Pare prevalere la seconda ipotesi, ossia che l'art. 152 sia riferibile anche al terzo, sia per argomenti letterali che per ciò che riguarda la disciplina delle società. Rispetto ai primi è sostenuto che l'art. 78, nel richiamare l'articolo in questione, non fa distinzioni

⁹³ Vedi nota 3. F. Fimmanò, op. cit., tenta di ricostruire la disciplina per affermare la legittimazione anche del commissario a proporre concordato. In particolare, l'autore afferma che trovandosi all'interno di una procedura amministrativa e dove il commissario opera sotto la vigilanza del ministero, potrebbe sorgere un interesse pubblico alla soluzione concordataria. In questo caso il commissario opererebbe come commissario ad acta, figura che nel diritto amministrativo opera quale sostituto legittimato a far valere un diritto, obbligo, o un'attribuzione di un'altro soggetto. Pertanto l'autore sostiene che per far valere l'interesse del commissario a proporre concordato potrebbe essere nominato un commissario ad acta.

⁹⁴ Cfr. G. Alessi, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi: commento sistematico al D.lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, op. cit., 283; P. Beltrami, *Sub art. 78*, in *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Castagnola-Sacchi (a cura di), Torino, 2000, 412.

tra l'imprenditore ed il terzo. Inoltre, l'approvazione dell'assemblea ha come oggetto la proposizione del concordato, chiunque sia il proponente. Rispetto al secondo ordine di motivi bisogna rilevare che l'assunzione da parte di un terzo della società sottoposta ad amministrazione straordinaria può comportare la modifica dello statuto, che deve essere votato dall'assemblea straordinaria.

In ogni caso, l'approvazione dei soci ex art. 152 l.f. deve intervenire prima dell'autorizzazione ministeriale a procedere al deposito della richiesta, in quanto si vuole attribuire stabilità e vincolatività alla proposta, indipendentemente dal fatto che a fare la richiesta sia la società insolvente o una società terza.

4. Rapporto tra concordato e programma

Lo strumento del concordato può essere proposto indipendentemente dall'indirizzo adottato nella procedura. Questa affermazione in realtà non è così pacifica in quanto il già citato art. 56 c. 3, che disciplina il contenuto del piano di risanamento, può far pensare che l'istituto in esame possa accedere solo ad un programma di ristrutturazione. In dottrina⁹⁵ si sono evidenziate le differenze che sussistono tra la previsione del sopracitato articolo e quella dell'art. 78. Infatti, nel primo caso, si tratta di uno strumento che il commissario ha a disposizione per regolare i rapporti con i singoli creditori, prescindendo dallo stato passivo, per provare a risanare l'impresa. Mentre la disposizione dell'art. 78 costituisce uno strumento di chiusura, come previsto dall'art. 74 lettera c) d.lgs. n. 270/1999, dell'intera procedura e non solo per il caso in cui venga disposto un piano di ristrutturazione. Da questo si ricava che la previsione dall'art. 56 c. 3 non esclude la possibilità che si possa fare richiesta di concordato anche in caso di indirizzo di cessione.

Sempre in dottrina⁹⁶ si è sostenuta non solo l'autonomia tra il piano predisposto dal commissario ed il concordato, ma anche una posizione di antagonismo tra le due discipline. Infatti, seppur con i limiti posti dal secondo comma dell'art. 78, è l'unico caso in cui "l'interesse alla definizione concorsuale dell'esposizione anteriore riprende il

⁹⁵ Cfr. F. Ghignone, *Sub art. 78 d.lgs. 270/1999*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2009, 1570 ss.; F. Fimmanò, *La ristrutturazione mediante concordato della grande impresa in amministrazione straordinaria*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, 333; F. Bran, *La cessazione della procedura: conversione, chiusura e concordato*, in *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, a cura di C. Costa, Torino, 2008, 637; G. Meo, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, op. cit., 1103.

⁹⁶ Cfr. G. Meo, op. cit., 1104.

sopravvento, fino al punto di privare la procedura della possibilità stessa di proseguire, ponendo in secondo piano le finalità di gestione della crisi nel senso del programma autorizzato”⁹⁷. Ciò non toglie che la definizione della procedura mediante concordato non può mai far prevalere l’interesse dei creditori alla finalità di conservazione e continuità che la procedura di amministrazione straordinaria si prefigge.

In ogni caso si sono evidenziate delle differenze a seconda che il concordato acceda ad un piano di ristrutturazione, ovvero ad uno di cessione.

4.1. Programma di ristrutturazione

In particolare, nel primo caso, obiettivo del piano è quello di far tornare l’impresa *in bonis* e quindi permettere all’imprenditore di poter adempiere alle proprie obbligazioni. Si deve dunque escludere che vi possa essere cessione o liquidazione dei complessi necessari allo svolgimento dell’attività, ad eccezione di quelli che sono destinati alla dismissione. Nel caso il commissario scelga questo indirizzo, il concordato straordinario pare essere più simile al concordato preventivo perché permette la prosecuzione dell’attività, a differenza di quello fallimentare, che invece mira alla liquidazione dei beni per ripartirne l’attivo.

Alcuni autori si sono chiesti se un terzo assuntore possa presentare domanda di concordato nel caso in cui sia stato predisposto un piano di ristrutturazione. Questa ipotesi parrebbe contrastare con il fine del piano stesso, che mira a far tornare l’imprenditore nella disponibilità dei suoi beni. Si dubita anche del reale interesse del terzo nella prosecuzione dell’attività, in quanto il suo unico scopo potrebbe essere quello di impossessarsi dei beni dell’impresa.

Rispetto a questa fattispecie, la dottrina è divisa tra chi⁹⁸ è favorevole a questa possibilità e chi invece la nega⁹⁹. Chi scrive ritiene che privare il terzo della possibilità di proporre concordato all’interno del piano di ristrutturazione sia controproducente per la procedura stessa, atteso che, come evidenziato in dottrina, l’introduzione della legittimazione del terzo ha lo scopo di ampliare il novero dei soggetti che possono garantire la prosecuzione dell’attività.

⁹⁷ Cfr. G. Meo, op. cit., 1104.

⁹⁸ Cfr. F. Bran, op. cit. 637.

⁹⁹ Cfr. G. Alessi, *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi: commento sistematico al D.lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, op. cit., 283.

Ulteriore questione che si pone in relazione al programma di ristrutturazione è il divieto di esperire azioni revocatorie se viene scelto questo indirizzo. Tale divieto è sancito dall'articolo 49 della legge Prodi-bis. Prima dell'entrata in vigore della d.lgs. n. 270/1999, non vi era alcuna proibizione espressa all'utilizzazione di queste azioni; anche la giurisprudenza¹⁰⁰ sembrava consentirne l'utilizzo. In dottrina inizialmente si era affermata la compatibilità delle azioni revocatorie con il fine della procedura, sostenendo che non si perdeva il connotato originario delle azioni e che esse permettevano l'assoggettamento del bene alla garanzia dei creditori. O ancora, che si evidenziavano delle differenze tra la procedura di fallimento e quella di amministrazione straordinaria, e che queste differenze si riflettevano in una modificazione dei presupposti per permettere che le azioni in esame potessero essere applicate alla procedura amministrativa.

I problemi però sorgono in quanto la funzione originaria dell'azione in questione, all'interno del fallimento, è quella di permettere la reintegrazione nel patrimonio del fallito di quei beni che, successivamente all'accertamento dello stato di insolvenza, sono stati alienati, così da non ledere il patrimonio su cui i creditori possono rifarsi, e garantendo il rispetto del principio della *par condicio creditorum*. Mentre la procedura di amministrazione non ha una funzione prettamente liquidatoria, bensì tende alla conservazione della società sottoposta alla procedura e mira al suo risanamento.

Una battuta di arresto alle teorie e analisi che avevano sostanzialmente ritenuto ammissibile l'utilizzo delle azioni revocatorie nella procedura in esame si è avuta con una sentenza della Suprema Corte¹⁰¹ che sancisce l'incompatibilità tra risanamento ed azione revocatoria, restringendo il suo ambito di operatività al solo caso in cui si persegua l'indirizzo di liquidazione. Questa sentenza ha anticipato le mosse prese successivamente dal legislatore, che, recependo l'indirizzo preso dalla Corte, ha introdotto nella legge Prodi bis il sopra citato articolo 49, con il quale ritiene "ontologicamente incompatibili"¹⁰² tali azioni con la procedura.

Anche le principali critiche mosse in dottrina riguardano l'incompatibilità tra i fini della procedura di amministrazione straordinaria, in particolare nel caso in cui venga

¹⁰⁰ Si veda in particolare, Tribunale Roma, 27 gennaio 1987, Giur. Comm, 1988, II, 995, ove si afferma che oltre al risanamento l'amministrazione straordinaria ha una funzione "a carattere satisfattivo che impone la ricostruzione della garanzia patrimoniale e della *par condicio creditorum*".

¹⁰¹ Cass. 27 dicembre 1996, n. 11519, in Giust. Civ., 1997, I, 3129 ss., con nota di L. D'Alessandro.

¹⁰² N. Bacciotti, *Sub art. 49*, in *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Castagnola-Sacchi (a cura di), Torino, 2000, 233.

predisposto un piano di ristrutturazione, e quello delle azioni revocatorie. Infatti, lo scopo principale dello strumento della revocatoria è da collegarsi alla liquidazione di beni e non alla loro conservazione.

Si aggiunga inoltre, come evidenziato¹⁰³, che la possibilità di utilizzare le azioni revocatorie in un piano di ristrutturazione costituirebbe un ingiusto vantaggio per l'imprenditore sottoposto alla procedura, in quanto quest'ultimo si gioverebbe di quanto ricevuto dall'esito di tali azioni per ampliare il proprio patrimonio, venendo meno all'interno della procedura il presupposto redistributivo che caratterizza le azioni stesse. Infatti, in una prospettiva di risanamento i creditori non necessitano di alcuna particolare forma di tutela in quanto verranno ripagati una volta che l'imprenditore insolvente sia ritornato nella piena disponibilità della sua attività.

A queste affermazioni potrebbero però porsi delle obiezioni, in quanto anche all'interno del piano di ristrutturazione è possibile che vengano liquidate parti dell'azienda che il commissario ritiene non più necessarie al proseguimento dell'attività. Dovrebbe logicamente ritenersi che, in relazione a questi beni, possa essere utilizzato lo strumento della revocatoria. Si può però ribattere che nel piano di cui alla lettera b) dell'art. 27 non vi è un meccanismo di ripartizione delle perdite tra tutti i creditori secondo il principio della *par condicio creditorum*, come invece avviene in caso il commissario segua l'indirizzo della cessione¹⁰⁴.

È necessaria una precisazione, in quanto a seguito del d.l. 134/2008 è stato introdotto un ulteriore indirizzo ai due già presenti nell'articolo 27. È stato infatti aggiunta la lettera b-bis) che prevede la sola cessione di beni e contratti appartenenti all'impresa. Siccome presupposto per l'esercizio dell'azione revocatoria è la totale espropriazione dei beni del debitore, perché si possa utilizzare questo strumento all'interno del nuovo indirizzo introdotto, occorre che i complessi di beni e contratti individuati dal commissario costituiscano parte essenziale e non reintegrabile dell'azienda¹⁰⁵.

Infine, bisogna considerare cosa ne è delle azioni iniziate nella fase di osservazione a cui segue però un programma di ristrutturazione, o nel caso in cui vi sia una sostituzione del programma di cessione con quello di ristrutturazione operata ex art.

¹⁰³ A. Anselmi e M. Fabiani, *La difficile convivenza della revocatoria fallimentare con l'amministrazione straordinaria*, in Foro. It., 2001, I, 1303.

¹⁰⁴ Cfr. N. Bacciotti, *Sub art. 49*, op. cit., 235.

¹⁰⁵ V. Zanichelli, *L'amministrazione straordinaria*, in G. Fauceglia e L. Panzani (diretto da), *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Assago, 2009, 2048.

60 d. lgs. 270/1999. In questi casi vi sarà sospensione delle azioni, che rimarranno comunque quiescenti, e potranno riprendere ove vi fosse conversione della procedura in fallimento o venisse approvato un programma di cessione dei complessi aziendali.

4.2. Programma di cessione

Avrà caratteristiche differenti nel caso in cui invece il concordato acceda al piano predisposto dal commissario, secondo l'art. 27 c. 2 lettera a) della legge Prodi bis, ossia l'indirizzo di cessione.

Alcuni autori¹⁰⁶ differenziano a seconda che la proposta di concordato sia fatta successivamente all'esecuzione del piano predisposto dal commissario, ovvero prima della sua esecuzione. Nel primo caso l'istituto in esame non costituirebbe un *terzium genus* rispetto alla comune disciplina del concordato liquidatorio, bensì una forma sub procedimentale di chiusura. Infatti, una volta eseguito il programma e acquisiti nuovi beni all'attivo, questo non sarà più parte dell'impresa o dei suoi rami, e dovrà essere liquidato tra i creditori risultanti dallo stato passivo. Il vantaggio che si può evidenziare usando questa forma è la possibilità di regolare i crediti, beneficiando dello strumento della falcidia, così da ripartire più facilmente l'utile rimanente.

Nel secondo caso invece, l'esecuzione del concordato sostituisce l'esecuzione del piano che il commissario ha redatto. La dottrina, in questo caso, ha evidenziato alcuni benefici che ne trarrebbe la procedura. In particolare, si riscontrano “[...] vantaggi competitivi, sul piano deflattivo dei costi, mirando soprattutto a far coincidere l'esecuzione del programma di cessione con la chiusura dell'amministrazione straordinaria ed evitando la lunga, costosa (e spesso inutile), seconda fase meramente liquidatoria”¹⁰⁷.

Ponendosi quale alternativa al piano del commissario, il concordato dovrà rispettare i criteri sanciti in particolare degli artt. 62 e 63 della legge Prodi bis, che individuano gli indici di valutazione da seguire nella vendita di beni e dell'azienda. Nello specifico si deve valutare l'ammontare offerto e l'affidabilità del proponente in riferimento alla prosecuzione dell'attività ed al mantenimento dei livelli occupazionali. Il proponente potrà avvantaggiarsi de c.d. badwill, ossia la possibilità di calcolare anche la

¹⁰⁶ F. Fimmanò, *La ristrutturazione mediante concordato della grande impresa in amministrazione straordinaria*, op. cit., I, 333.

¹⁰⁷ F. Fimmanò, *Il concordato straordinario*, in *Giur. Comm.*, 2008, I, 975.

redditività negativa dell'azienda rispetto al valore della stessa, ma deve obbligarsi per almeno due anni a garantire la prosecuzione dell'attività ed il mantenimento dei livelli occupazionali.

Non bisogna dimenticare che il fine della procedura di amministrazione straordinaria è il risanamento e la continuazione dell'attività. Per tanto non si può sottomettere questo aspetto alla possibilità di un concordato che se pur molto vantaggioso per i creditori, non consideri adeguatamente l'interesse pubblico sottostante la procedura stessa.

In senso opposto alla necessaria applicazione degli artt. 62 e 63, vie è una dottrina¹⁰⁸ che sostiene l'inutilizzabilità di tali criteri in quanto non si è preventivamente in grado di valutare se le garanzie prestate dal terzo siano idonee ad assicurare la prosecuzione dell'attività ed il mantenimento dei livelli occupazionali per almeno un biennio.

Ciò che si può comunque affermare è la necessità che l'attività prosegua anche nel caso in cui sia proposto concordato, e che non si può trascurare la salvaguardia dei complessi produttivi nonostante il concordato miri alla liquidazione dei beni presenti nel patrimonio della società.

Un'ultima questione da affrontare riguarda la credibilità delle azioni revocatorie. Nel paragrafo precedente si è tentato di svolgere un'analisi circa la mancata previsione dell'esperibilità delle azioni revocatorie all'interno del piano di ristrutturazione. È invece previsto il loro utilizzo in caso sia adottato il piano di cessione.

Bisogna però chiedersi, se inizialmente all'interno della procedura in esame le azioni revocatorie possano essere cedute, ed in caso di risposta affermativa, se possono essere contenute anche all'interno di un concordato.

Un recente orientamento¹⁰⁹ afferma la credibilità delle azioni in questioni, in quanto, seppur non richiamate da alcuna norma all'interno del d.lgs. 270 del 1999, non c'è alcun indice normativo che contrasti con questa possibilità, considerato inoltre che le disposizioni riguardanti la liquidazione dei beni sono molto permissive riguardo alle modalità di esecuzione del piano. Si aggiunga che se si considera il rinvio generale della disciplina dell'amministrazione straordinaria a quella della liquidazione coatta

¹⁰⁸ Cfr. G. Alessi, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi: commento sistematico al D.lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, op. cit., 285.

¹⁰⁹ Cfr. D. Vattermoli, *La "cessione" delle revocatorie*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, 470 ss.

amministrativa, vi si trova la possibilità di esperire le suddette azioni. Infine, è da considerare che normalmente il diritto sottostante all'esperibilità dell'azione revocatoria è nella libera disponibilità dell'organo della procedura, al quale corrispondono autonomi poteri liquidatori.

Una volta che si afferma la possibilità di cedere le azioni revocatorie all'interno dell'amministrazione straordinaria, bisogna chiedersi se tale possibilità è riconosciuta anche all'interno del concordato disciplinato dall'art. 78. Sempre la stessa dottrina ne afferma la cedibilità. Questo assunto si fonda sulle modifiche che la legge del 2007 ha apportato al concordato liquidatorio ed a quello fallimentare, nel quale è possibile prevedere la cessione di azioni revocatorie. Ora, il chiaro richiamo fatto dalla disciplina della legge Prodi bis a quella del concordato liquidatorio implica l'applicabilità delle stesse regole di quest'ultima disciplina, che a sua volta rispecchiano quelle del concordato fallimentare. Da ciò si ricava che il concordato straordinario stesso può avere il medesimo contenuto del concordato fallimentare e quindi che la proposta può contenere la cedibilità all'assuntore delle azioni revocatorie.

Un ultimo quesito a cui bisogna rispondere concerne l'individuazione delle azioni cedibili. La dottrina si divide tra chi sostiene che possano rientrare nella proposta di concordato solo quelle che siano proposte prima dell'autorizzazione ministeriale, e chi invece sostiene che il commissario straordinario può cedere o intraprendere le azioni in quanto non necessita della preventiva autorizzazione giudiziale o amministrativa¹¹⁰.

A parere di chi scrive risulta preferibile la prima ipotesi, anche se presenta criticità. Risulta preferibile in quanto il Ministro, nel valutare la proposta di concordato, deve tenere conto anche del possibile esito delle azioni che sono state inserite all'interno della proposta, soprattutto in relazione alla convenienza per i creditori. La criticità invece riguarda il fatto che, come più volte rilevato, l'intento del legislatore del 2007 era quello di uniformare le procedure di concordato previste all'interno dell'ordinamento; ma, prevedendo che le azioni di massa debbano essere iniziate prima della valutazione

¹¹⁰ G. Alessi, op. cit., 285, il quale afferma che è preferibile la teoria che afferma che siano cedibili solo quelle azioni revocatorie che siano già state trasmesse quando viene fatta la proposta di concordato, in quanto il giudice, nel valutare la proposta, deve tener conto del probabile esito di tali azioni; in senso opposto invece, D. Vattermoli, op. cit., 472, afferma che non può operare il vincolo della cedibilità delle azioni già autorizzate, in quanto il commissario straordinario sta in giudizio autonomamente. Per una più approfondita trattazione si rinvia al saggio in questione.

dell'organo amministrativo, si pone un grande limite all'utilizzo delle stesse da parte di chi gestisce la procedura, cosa che non avviene nel concordato liquidatorio e fallimentare.

5. La suddivisione dei creditori in classi

La proposta di concordato può prevedere che i creditori siano suddivisi in classi, e che vi possa essere un trattamento differenziato tra le stesse. In realtà questa affermazione non è sempre stata pacifica, in quanto il comma 3 dell'art. 78 rinvia all'applicazione della disciplina dell'art. 214 l.f. escluso il primo comma. È proprio tale comma che, rinviando all'art. 124 l.f., dove è previsto il meccanismo delle classi, lo rende applicabile all'interno della liquidazione coatta amministrativa¹¹¹ ed apparentemente non alla procedura di amministrazione straordinaria.

Come si può notare, vi è un meccanismo di rinvii tra le discipline che comportano delle difficoltà interpretative, in quanto non è chiaro se il mancato rinvio al primo comma dell'art. 214 l.f. comporti un'abrogazione implicita della norma, ovvero sia necessaria un'interpretazione adeguatrice delle norme in questione.

Alla base dell'assunto che non si possano prevedere la divisione in classi dei creditori è appunto il mancato richiamo esplicito della norma che ne disciplina la formazione, ma tale impostazione non tiene conto delle innovazioni all'interno dell'ordinamento dell'istituto in questione e delle nuove norme introdotte. Infatti, la teoria che esclude la suddivisibilità in classi dei creditori non considera che la disciplina successiva, introdotta con il decreto Marzano, prevede espressamente all'art. 4 bis questa possibilità. A questo si aggiunge che la normativa del 2003 ha portato alla successiva riforma nel 2007 della disciplina fallimentare, nella quale è a sua volta inserita la possibilità di suddividere i creditori in classi.

La più recente dottrina¹¹² ha ricostruito la disciplina dell'art. 214 l.f., a cui, come detto, rinvia la disciplina del concordato straordinario, sia come era prima della riforma sia successivamente ad essa. Si sostiene che il mancato rinvio al primo comma dell'art.

¹¹¹ Contra, V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Assago, 2010, 532, che sostiene che all'interno della procedura in questione non possa operare la divisione dei creditori in classi in quanto essi non sono chiamati a votare della proposta.

¹¹² Cfr. M. Fabiani, *Le classi dei creditori nel concordato straordinario*, in *Le amministrazioni straordinarie: fra salvaguardia della continuità, tutela dei livelli occupazionali ed efficacia delle azioni di risanamento*, D. Corrado e G. Rocca (a cura di), Quaderno n. 74, ODCEC di Milano, 2017, 32 ss.

214, come era formulato prima della riforma, si giustifica in quanto l'art. 78 legge Prodi bis riporta sostanzialmente il citato comma, rendendo superfluo un esplicito rinvio¹¹³.

Se si sostiene la non estendibilità anche al primo comma dell'articolo nella versione attuale, viene a mancare una disciplina del contenuto della proposta del concordato, e non solo della mancata possibilità di suddividere i creditori in classi. A ciò si aggiunga che già prima della riforma¹¹⁴ in dottrina si sosteneva che la disciplina del contenuto della proposta fosse da rintracciare nella legge fallimentare. Inoltre, l'art. 36 del d.lgs. 270/1999 rinvia all'intera disciplina della liquidazione coatta amministrativa, quindi all'intero art. 214 l.f., ove mancasse una normativa specifica.

Facendo una "lettura razionale"¹¹⁵ dell'art. 78, ci si deve chiedere perché solo in questo concordato non si possano suddividere i creditori in classi, a maggior ragione se si considera che la medesima procedura di amministrazione straordinaria introdotta nel 2003 permette questa scelta. La conclusione a cui si giunge, e che la dottrina maggioritaria avalla¹¹⁶, è nel senso della necessità di un'interpretazione adeguatrice del rinvio che l'art. 78 fa alla disciplina dell'art. 214 l.f..

Risolto positivamente tale quesito, bisogna chiedersi se vi possa essere un trattamento differenziato tra le diverse classi. Inizialmente la giurisprudenza¹¹⁷, sebbene con riferimento alla procedura liquidatoria amministrativa, sembrava negare tale possibilità basandosi sul fatto che manca la votazione dei creditori sul concordato in questa procedura, creditori che non si possono quindi esprimere sulla convenienza per loro di tale soluzione. Bisogna però evidenziare due aspetti: il primo è che la sentenza appunto riguarda un'altra procedura; il secondo è che è stata emanata in un momento precedente alla riforma del 2007, che, come già evidenziato, ha voluto uniformare tutti i tipi di concordato presenti all'interno dell'ordinamento concorsuale.

La proposta di concordato può quindi prevedere la suddivisione dei creditori in classi e trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi differenti ed il

¹¹³ Contra, R. Giordano, *Il concordato nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, op. cit.

¹¹⁴ Si fa riferimento alla riforma della legge fallimentare attuata con il decreto legislativo 169/2007.

¹¹⁵ Espressione utilizzata da M. Fabiani, op. cit. 40.

¹¹⁶ Cfr. G. Bucarella, *Il concordato fallimentare, coattivo e straordinario*, Milano, 2016, 378; F. Ghignone, *Sub art. 78*, op. cit., 1837; V. Zanichelli, *L'amministrazione straordinaria*, op. cit., 2063; F. Fimmanò, *Il concordato straordinario*, op. cit. 982; F. Tomasso, *La riforma del concordato nella liquidazione coatta amministrativa e nell'amministrazione straordinaria*, in *Fall.*, 2008, I, 118.

¹¹⁷ Cass. 19 settembre 2006, n. 20259, in *Fall.*, 2007, 11.

pagamento non integrale dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, purché non ottengano di meno di quello che avrebbero con la liquidazione del bene.

Inizialmente non si permetteva che i creditori privilegiati subissero una riduzione del loro credito, vista la garanzia che avevano sul bene; pertanto il concordato era utilizzato per regolare i rapporti di credito del debitore nei confronti dei soli chirografari. Successivamente sia in dottrina che in giurisprudenza, si è sempre più aperta la possibilità che anche i creditori muniti di privilegio potessero rientrare nella proposta concordataria, con il limite che non può essergli riservato di meno di quanto otterrebbe dalla vendita del bene oggetto della garanzia. Questo orientamento è stato poi confermato dalla ormai nota riforma della legge fallimentare che ha introdotto questa possibilità per quanto riguarda prima il concordato fallimentare e preventivo, successivamente quello liquidatorio.

La possibilità di assicurare un modesto pagamento dei creditori chirografari a discapito di un non integrale soddisfacimento dei privilegiati può giustificarsi in un'ottica globale di convenienza della procedura rispetto alla possibile liquidazione fallimentare. Si tenga conto inoltre che una diversificazione del rischio tra più creditori permette di trovare un accordo o il loro consenso più facilmente.

Un ulteriore problema si pone in relazione al rinvio operato dall'art. 78, in quanto quello che era il quinto comma richiamato dell'art. 214 l.f. è scalato a sesto, rimanendo invariato nel contenuto, ed il nuovo quinto comma richiama l'applicazione dell'art. 135 l.f.. Ragionando sulla falsariga di quanto fatto in precedenza, devono ritenersi applicabili alla disciplina dell'amministrazione straordinaria tutte le disposizioni dell'art. 214.

6. Contenuto minimo della proposta di concordato

Già si è accennato che il concordato è uno dei modi previsti con cui può chiudersi la procedura di amministrazione straordinaria, e permette di regolare i rapporti tra debitore e creditori secondo ciò che risulta dall'accordo tra il proponente e questi ultimi. Per tanto il contenuto minimo che una proposta di concordato deve contenere è la percentuale che viene offerta ai creditori, e le eventuali garanzie che verranno prestate.

Può anche essere prevista una clausola¹¹⁸ che limiti la responsabilità in dipendenza dell'avverarsi di una condizione. Inizialmente la giurisprudenza aveva negato questa

¹¹⁸ Cfr. F. Ghignone, *Sub art. 78*, op.cit., 1838; in senso opposto invece G. Lo Cascio, *Commentario sull'amministrazione delle grandi imprese insolventi: Legge 30 luglio 1998, n. 274 e D. lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, Assago, 2000, 418.

possibilità, salvo nelle pronunce più recenti permetterne l'utilizzo. Inoltre, in caso la proposta sia fatta da un terzo, questi può limitare la sua responsabilità a coloro che risultano dallo stato passivo o che hanno fatto domanda tardiva di ammissione al passivo.

7. Termine per la proposta di concordato

In dottrina si è dibattuto su quale deve essere il termine ultimo per presentare una proposta di concordato. Si è già detto che non può essere fatta prima che sia stato emesso il decreto di cui all'art. 97 l.f., ossia l'elenco dei creditori ammessi allo stato passivo, ma non viene individuato un termine ultimo.

Vi è chi sostiene che non per forza la domanda debba essere presentata prima della scadenza del programma, e chi invece ritiene debba intervenire prima della conversione della procedura in fallimento¹¹⁹. Un'ulteriore dottrina¹²⁰, come già riportato, distingue a seconda che il concordato sia proposto prima dell'esecuzione o predisposizione del programma, ovvero durante la sua esecuzione. In questo secondo caso bisogna tenere conto che se il programma non viene realizzato nei termini, si assiste alla conversione della procedura in fallimento; si è perciò dichiarato che il Ministro non possa autorizzare ad ammettere la proposta di concordato qualora questa non abbia possibilità di venire approvata prima della scadenza del programma, perché altrimenti verrebbe meno il fine conservativo della procedura.

A chi scrive pare più ragionevole che la proposta debba intervenire prima che scada il programma, ma che la stessa non debba essere anche autorizzata dal tribunale prima di tale termine. In questo caso la proposta di concordato avrebbe un effetto sospensivo rispetto all'automatica conversione della procedura in fallimento, e qualora la proposta venisse rigettata, allora si avrebbe la conversione. Questa ipotesi ha il difetto di allungare i tempi della procedura e creare una possibile fase di stallo tra la scadenza del programma e l'approvazione del tribunale, ma in ultima analisi permette che la procedura possa giungere alla chiusura evitando così il fallimento.

¹¹⁹ Cfr. R. Giordano, *Il concordato nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, il fallimentarista, 2015, che sostiene che il termine ultimo è la conversione della procedura in fallimento. Aggiunge anche che la domanda di concordato impedisce la conversione della procedura, che può comunque intervenire in caso la proposta sia rigettata.

¹²⁰ F. Fimmanò, *La ristrutturazione mediante concordato della grande impresa in amministrazione straordinaria*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, 333.

8. Procedimento di ammissione

Successivamente al deposito dello stato passivo, l'imprenditore o un terzo possono richiedere al Ministro dello sviluppo economico l'autorizzazione a fare domanda per proporre un concordato. Il Ministro, previo parere del commissario straordinario e del comitato di sorveglianza, valuta la domanda tenendo conto della convenienza del concordato e del fine conservativo della procedura. Questi due criteri, disposti al secondo comma dell'art. 78, sono una novità rispetto alla precedente disciplina che invece era molto discrezionale, e costituiscono il metro di giudizio che l'organo amministrativo deve utilizzare in merito alla domanda di concordato.

Secondo alcuni autori¹²¹ è proprio questo elemento particolare di valutazione, di bilanciamento tra gli interessi della procedura e l'interesse dei creditori, che rende unico, o meglio che qualifica, il concordato di amministrazione straordinaria come un *terzium genus* rispetto agli omonimi istituti presenti all'interno dell'ordinamento. Infatti, sia il fallimento, che soprattutto la liquidazione coatta amministrativa, hanno un fine principalmente estintivo rispetto alle imprese sottoposte alla procedura, in quanto non sempre emerge un interesse pubblico specifico alla prosecuzione delle attività. Questo è evidente ad esempio, dall'art. 214 l.f., che prevede che il Ministro debba solo valutare la convenienza per i creditori rispetto alla normale liquidazione che si avrebbe proseguendo l'attività.

I due criteri elencati dall'art. 78 c. 2 parrebbero essere in contrasto fra di loro. Infatti, l'interesse dei creditori sta nella massima soddisfazione che si può ottenere dalla liquidazione dell'azienda e dei suoi beni. Pertanto, nella valutazione della convenienza della proposta in relazione alla loro posizione dovrà tenersi conto di quanto otterrebbero nel caso la procedura proseguisse regolarmente. La proposta deve essere valutata anche in relazione agli interessi dei creditori privilegiati, in quanto vi è la possibilità che non vengano soddisfatti integralmente¹²².

Al contrario la procedura ha un fine diverso, che mira alla conservazione dell'apparato produttivo ed alla continuazione dell'attività. Ciò comporta che non potrà

¹²¹ F. Fimmanò, op. cit., 355.

¹²² Contra, R. Giordano, op. cit.

essere considerata ammissibile una proposta che non garantisce, almeno in parte o per un limitato periodo di tempo, la prosecuzione dell'attività¹²³.

Si può però affermare che la tradizionale opposizione tra questi due aspetti è stata superata per due motivi. Il primo riguarda il ceto creditorio, in quanto sempre più spesso sono differenti gli interessi che esso porta se non del tutto divergenti tra loro. Il secondo motivo invece, concerne la continuazione dell'attività a seguito della sottoposizione della società alla procedura, che può portare un vantaggio ai creditori stessi, in quanto la prosecuzione può portare ad una massimizzazione del valore dell'attivo.

Si può quindi affermare che il criterio applicato dall'autorità amministrativa nel valutare la proposta di concordato è unico o unitario, in quanto esso ha riguardo al mantenimento dell'attività produttiva mediante gli indirizzi previsti dalla procedura, e mira alla salvaguardia all'economia in generale e ai diritti dei creditori.

Visto la stretta dipendenza che intercorre tra il piano adottato dal commissario straordinario e il criterio di valutazione, tale parametro varierà al variare del momento e dell'indirizzo in cui la proposta di concordato si inserisce. In particolare, se questa intercorre nel momento in cui il piano è già eseguito e ha la sola funzione di ripartire l'attivo tra i creditori, l'unico criterio da valutare è quello della convenienza per questi ultimi: bisogna cioè capire se essi non otterrebbero di più dalla normale prosecuzione della procedura. Se invece la proposta di concordato giunge in un momento in cui deve ancora essere attuato il programma, dovrà essere sicuramente garantita la continuità dell'attività. Più nello specifico, qualora l'indirizzo scelto dal commissario è quello di ristrutturazione, difficilmente verrà approvata una proposta che miri alla liquidazione della società, attesa comunque l'autonomia tra programma e concordato.

Infine, se è un terzo a fare richiesta per l'ammissione della proposta, ed è in grado di garantire la continuazione dell'attività, il Ministro dovrà dare prevalenza a questo aspetto nel confronto con l'interesse dei creditori.

Si evince da queste situazioni che il criterio della convenienza dei creditori è sempre recessivo rispetto alla prosecuzione dell'attività che deve tendenzialmente sempre

¹²³ L'art. 63 del d. lgs. 270/1999 al secondo comma stabilisce prevede che: "ai fini della vendita delle aziende o di rami di azienda in esercizio, l'acquirente deve obbligarsi a proseguire per almeno un biennio le attività imprenditoriali e a mantenere per il medesimo periodo i livelli occupazionali stabiliti all'atto di vendita".

essere garantita¹²⁴. Questo è il motivo per cui nella predisposizione del piano concordatario è permessa una deroga alla *par condicio creditorum*, cioè un trattamento peggiore per i creditori in luce del perseguimento del fine stabilito dalla procedura. C'è anche un dato normativo che pare confermare questo indirizzo, ossia che gli artt. 62 e 63, nell'individuare i criteri con i quali il commissario deve selezionare l'acquirente dei beni o di parte dell'azienda, inserisce anche il prezzo, ma non quale criterio esclusivo né tanto meno prevalente.

Come si può notare la decisione che il Ministro è chiamato a prendere ha un elevato grado di discrezionalità, e deve tenere in conto delle possibili opposizioni che i creditori possono fare alla proposta. Vedremo in seguito che i parametri utilizzati dall'organo amministrativo avranno incidenza anche rispetto al Tribunale chiamato a decidere della proposta. Tuttavia, in dottrina¹²⁵ sono stati individuati due principali limiti alla discrezionalità del Ministro, che proprio i criteri del secondo comma introducono, come già prima accennato. Il primo riguarda la convenienza per i creditori, in quanto essi non possono ottenere meno di quello che otterrebbero se la procedura proseguisse secondo il suo normale corso. Il secondo riguarda la finalità conservativa della procedura, in quanto, perché venga ammessa una proposta di concordato, il proponente deve garantire riguardo alla sua solidità finanziaria e patrimoniale.

Da questa breve analisi si possono notare delle differenze rispetto all'omonimo istituto nella liquidazione coatta amministrativa, nonostante i rinvii fatti a questa disciplina. Infatti, in tale procedura non si evidenzia un interesse pubblico specifico, ma solo generale¹²⁶, e pertanto non prevale mai su quello dei creditori. Inoltre, la valutazione sull'opportunità del concordato è rimessa al Ministro e il giudice vigila sulla liquidazione; vi è quindi una divisione nelle competenze. Mentre nel caso di proposta di concordato all'interno dell'amministrazione straordinaria, sia il Ministro che il Tribunale valutano entrambi gli aspetti.

¹²⁴ Cfr. G. Alessi, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi: commento sistematico al D.lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, op. cit., 285.

¹²⁵ Cfr. G. Alessi, op. cit., 285.

¹²⁶ F. Fimmanò, *La ristrutturazione mediante concordato della grande impresa in amministrazione straordinaria*, op. cit., 342.

Un altro aspetto¹²⁷ nel quale si mostra come l'interesse pubblico prevalga su quello dei creditori può individuarsi nella mancanza del voto degli stessi sulla proposta di concordato: infatti, pare che il legislatore abbia voluto evitare che gli interessi privati dei singoli creditori potessero sopraffare il fine della procedura.

Nel caso ci fossero più proposte tra loro concorrenti, la scelta su quale ammettere spetterà sempre al Ministro che, nel valutare, selezionerà la proposta più idonea rispetto ai criteri sopracitati.

In dottrina¹²⁸ ci si è anche domandati se la previsione di una suddivisione dei creditori in classi comporti anche una differente valutazione da parte del Ministro prima, e del Tribunale poi. La risposta a questo quesito pare essere negativa, considerato che la valutazione del Ministro concerne la situazione del creditore in relazione all'indirizzo scelto e non in base al fatto che appartenga ad una classe; pertanto non varia la sua situazione. Si aggiunga che il diritto di opporsi viene dato al singolo creditore non in quanto appartenente ad una classe dissenziente, ma in virtù della mancanza del voto.

9. Deposito della domanda, comunicazione ai creditori ed opposizioni

Una volta ottenuta l'autorizzazione da parte del Ministro, la proposta va depositata presso il tribunale competente, che è lo stesso che ha dichiarato l'insolvenza della società e dove si è aperta la procedura. Dopo il deposito, si applica la disciplina relativa al concordato della liquidazione coatta amministrativa, come disposto dall'art. 78.

Il commissario straordinario ed il comitato di sorveglianza devono redigere un parere, che deve essere depositato insieme alla domanda di concordato, di cui il tribunale deve tenere conto nella fase di approvazione.

Alla domanda di concordato deve essere data adeguata pubblicità, per permettere ai creditori di fare opposizione. Pertanto, deve essere pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale e nel Registro delle Imprese, ed inoltre il commissario straordinario deve comunicarla a tutti i creditori che risultano dallo stato passivo. Prima della riforma del 2007 era solo prevista la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, ma è stata integrata questa disposizione per dare maggior tutela a quei creditori che avrebbero potuto fare opposizione ma che non

¹²⁷ Cfr. R. Giordano, *Il concordato nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, il fallimentarista, 2015; G. Meo, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, op. cit., 348.

¹²⁸ Cfr. M. Fabiani, *Le classi dei creditori nel concordato straordinario*, op. cit., 42.

erano a conoscenza della domanda e per sollecitarli ad esprimersi attraverso lo strumento dell'opposizione.

La comunicazione è importante perché decreta il momento dal quale inizia a decorrere il termine di trenta giorni in cui possono essere fatte opposizioni; diversamente da quanto accadeva prima della riforma, quando il termine decorreva dal deposito in cancelleria della domanda. Ciò vuol dire che l'erronea o la mancata comunicazione possono determinare un vizio rispetto all'approvazione del tribunale, che può essere fatto valere dal creditore.

Elemento caratterizzante il concordato nell'amministrazione straordinaria è la coattività, in quanto i creditori non sono chiamati a votare sulla proposta, ma, in caso siano dissenzienti o venga lesa un loro diritto, possono fare opposizione. Questo elemento sta ad indicare come il legislatore abbia voluto privilegiare l'interesse pubblico alla salvaguardia della società rispetto agli interessi dei creditori, facendolo così rientrare tra i c.d. concordati coattivi, insieme a quello della liquidazione coatta amministrativa.

Il termine per proporre opposizione è di trenta giorni, ed è un tema dibattuto se tale atto costituisca una domanda giudiziale o semplicemente un modo per porre il tribunale a conoscenza della volontà dissenziente del singolo creditore.

I sostenitori¹²⁹ della prima tesi argomentano che l'opposizione fatta dal creditore ha gli stessi contenuti di una domanda giudiziale e che riveste natura di atto introduttivo di un giudizio di cognizione davanti al tribunale. Si aggiunga che sembrerebbe che solo chi ha proposto opposizione sia legittimato ad impugnare la sentenza che approva il concordato.

A costoro replicano chi sostiene che l'opposizione costituisce una manifestazione di volontà negativa rispetto alla proposta di concordato, in quanto non vi è una formale iscrizione a ruolo della causa, né la presenza di un difensore o una formale costituzione in giudizio, e nemmeno deve essere comunicata al debitore o all'autorità di vigilanza. Inoltre, vi è chi riconosce ampi poteri di controllo al tribunale, vista l'irrelevanza della

¹²⁹ Cfr. F. Bran, *La cessazione della procedura: conversione, chiusura e concordato*, in *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, op. cit., 660; G. Lo Cascio, *Commentario sull'amministrazione delle grandi imprese insolventi: Legge 30 luglio 1998, n. 274 e D. lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, op. cit., 419; U. Tedeschi, *Piano di risanamento e concordato nell'amministrazione straordinaria speciale*, in *Dir. Fall.*, 2004, I 756.

volontà dei creditori nel processo di formazione del concordato e la preminenza dell'interesse della procedura sugli altri.

L'elemento della coattività ha fatto pensare che l'opposizione possa essere qualificata come voto dissenziente e viceversa che la mancata opposizione equivalga all'espressione di un voto positivo nei confronti del concordato. Tuttavia, è da respingere questa impostazione¹³⁰, in quanto il legislatore ha voluto espressamente sottrarre ai creditori la possibilità di esprimersi attraverso un voto, lasciando loro solo la possibilità di dichiarare il loro dissenso.

Legittimati a fare opposizione sono tutti coloro che hanno interesse a che il concordato non venga approvato perché causerebbe loro un danno. Secondo questa ampia definizione, quindi, anche chi non è creditore può opporsi, ma tra i soggetti che hanno particolare interesse si possono identificare i creditori che risultano dallo stato passivo o che abbiano fatto opposizione per la loro esclusione, e coloro che hanno fatto domanda di ammissione tardiva allo stato passivo. Nel caso in cui il concordato preveda la suddivisione in classi, la legittimazione non spetta solo a coloro che appartengono ad una classe dissenziente, ma a tutti i creditori, in quanto, venuta meno la possibilità di votare, lo strumento dell'opposizione è l'unico a disposizione per esprimere la loro posizione.

In dottrina¹³¹, con riferimento alla liquidazione coatta, si escludeva la legittimazione a proporre opposizione all'imprenditore sottoposto alla procedura. Ora, con riferimento all'amministrazione straordinaria, tale interpretazione è da rigettare, atteso che viene introdotta la legittimazione del terzo alla proposta di concordato, per cui anche l'imprenditore può trovarsi lesa dalla proposta.

Presentate le opposizioni nel termine di trenta giorni, il tribunale deve comunicarle al commissario straordinario così da informare l'autorità amministrativa, la quale dovrà esprimere il proprio parere, per il tribunale, in relazione alle opposizioni. Tale parere si ritiene necessario solo ove vengano presentate delle opposizioni, altrimenti l'autorità amministrativa dovrebbe esprimersi dopo averlo già fatto in seguito alla richiesta di ammissione della proposta di concordato, senza che sia cambiata la situazione, emettendo così un parere inutile.

¹³⁰ Cfr. G. Meo, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, op. cit., 1102; F. Fimmanò, *La ristrutturazione mediante concordato della grande impresa in amministrazione straordinaria*, op. cit., 353.

¹³¹ Come riportato da P. Beltrami, *Sub art. 78*, in *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Castagnola-Sacchi (a cura di), Torino, 2000, 414.

I criteri che deve utilizzare il tribunale nel decidere delle opposizioni sono gli stessi che utilizza il Ministro in fase di ammissione, anzi dipenderanno proprio dalla valutazione dell'ammissione. Infatti, anche il tribunale dovrà tenere conto delle diverse ipotesi in cui può inserirsi la proposta di concordato e valutare se i bilanciamenti tra i diritti dei creditori e quella dell'interesse pubblico alla prosecuzione dell'attività, sia adeguata.

La dottrina si è posta il problema della profondità a cui può arrivare il sindacato del tribunale, se cioè anche il tribunale debba valutare nel merito la compatibilità della proposta concordataria con le finalità della procedura e l'interesse dei creditori.

Si è fatto notare che non sarebbe l'unico caso in cui il tribunale svolge un giudizio di merito: infatti, la fase di apertura della procedura dipende dalla dichiarazione di insolvenza fatta dal tribunale stesso. Oppure al tribunale spetta una valutazione sull'andamento della procedura, e qualora ravvisi delle violazioni può disporre la conversione della procedura in fallimento. Secondo alcuni però, sarebbe comunque da escludere un sindacato di merito da parte del tribunale, in quanto, a differenza dei sopracitati casi in cui il giudizio del tribunale è posto a tutela dei diritti soggettivi dei creditori che verrebbero pregiudicati dalla prosecuzione dell'attività, nel caso di approvazione del concordato replicherebbe un giudizio già svolto dal Ministro nella fase di apertura. Questa dottrina prende spunto dalla disciplina della liquidazione coatta, dove c'è una netta separazione tra il controllo svolto dall'organo amministrativo e quello svolto dal tribunale.

Contrariamente c'è chi afferma¹³² che il tribunale debba giudicare del merito la proposta, perché venendo meno la valutazione dei creditori, in quanto manca la votazione, il giudizio del tribunale svolge la funzione controllo su sollecitazione dei creditori stessi. Vi è anche chi afferma¹³³ che il sindacato del tribunale varia a seconda che vi siano opposizioni o meno. Nel primo caso il giudizio del tribunale sarà più ampio mentre nel secondo caso si limiterà ad un'approvazione formale della proposta.

Il tribunale si pronuncia in camera di consiglio, tenendo conto delle eventuali opposizioni. Se accoglie le opposizioni o non approva la proposta, si deve ritenere che, se è già scaduto il termine per l'attuazione del programma, debba operare la conversione

¹³² Cfr. F. Fimmanò, *La ristrutturazione mediante concordato della grande impresa in amministrazione straordinaria*, op. cit., 355.

¹³³ Cfr. F. Ghignone, *Sub art. 78*, op. cit., 1874.

in fallimento ex artt. 70 e 71 d. lgs. 270/1999. Se invece approva la proposta, il tribunale deve illustrare perché sono state respinte le opposizioni.

Diversamente dal concordato fallimentare, non si parla, o si parla impropriamente, di omologazione, ma si tratta di “approvazione”. Infatti, a differenza del concordato fallimentare cui l’art. 214 l.f. rinvia, la decisione viene presa con sentenza e non con decreto; ed inoltre la decisione, come prima affermato, non è solo formale bensì il tribunale decide anche nel merito.

Bisogna in fine notare che l’art. 214 l.f. non prevede la provvisoria esecutività della sentenza che approva il concordato, producendo così i suoi effetti solo una volta che è passata in giudicato. Questo genera dei problemi, in quanto fino a quel momento l’attività continua ma potrebbero essere violati i termini perentori per l’esecuzione del programma, fissati dagli artt. 27, 57 e 70 della legge Prodi bis. Oppure si pensi al caso in cui vi sia un concordato con assuntore, che generalmente diventa destinatario del patrimonio del debitore, e questi debba attendere il passaggio in giudicato della sentenza per poter proseguire l’attività secondo quanto stabilito nel concordato.

In dottrina¹³⁴, seppur con diverse sfumature, si è affermata la provvisoria esecutività della sentenza che approva il concordato, e l’effettiva chiusura della procedura nel momento del passaggio in giudicato della sentenza. Le ragioni che stanno alla base di tale interpretazione evidenziano che se la sentenza non avesse provvisoria esecutività sarebbe quasi impossibile che la procedura si possa chiudere adottando questa soluzione. Si aggiunga che la disciplina della legge Marzano, onde evitare dubbi, ha espressamente previsto l’esecutività della sentenza anche prima del passaggio in giudicato della stessa.

10. Impugnazione della sentenza del tribunale

Nei confronti della sentenza emessa dal tribunale può essere proposto appello nel termine di trenta giorni¹³⁵ da quanto la sentenza è stata pubblicata ai sensi dell’art. 17 l.f..

¹³⁴ F. Ghignone, op. cit., 1875; F. Fimmanò, op. cit., 357; P. Beltrami, *Sub art. 78*, in *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Castagnola-Sacchi (a cura di), Torino, 2000, 414; G. Alessi, *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi: commento sistematico al D.lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, Milano, Giuffrè, 2000, 287, per il quale il ministro può autorizzare la proposta solo se questa interviene prima della scadenza del termine per l’esecuzione del programma.

¹³⁵ Ai sensi dell’art. 131 l.f., modificato dal d. lgs. 169/2007. Il ricorso deve contenere, ai sensi dell’altrettanto corretto art. 18 l.f., l’indicazione della corte di appello adita, le generalità del reclamante e l’elezione di domicilio, l’indicazione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l’impugnazione, con le relative conclusioni, nonché l’indicazione dei mezzi di prova di cui si intende avvalere e i documenti prodotti.

Nel caso il provvedimento sia di approvazione legittimati a fare ricorso sono gli oppositori, ossia coloro che in seguito alla presentazione della proposta di concordato hanno fatto pervenire al tribunale dichiarazioni ed osservazioni con lo scopo di non far approvare la proposta stessa. Se invece, la sentenza emessa dal tribunale è di rigetto, legittimati a proporre appello sono l'imprenditore, i terzi intervenuti in suo favore o come proponenti ed il commissario straordinario¹³⁶.

La legittimazione passiva spetta all'imprenditore nel caso l'impugnazione sia proposta dai creditori, mentre spetta ai creditori stessi nel caso inverso. Il commissario straordinario è sempre presente nei giudizi in rappresentanza degli organi della procedura, e pertanto è da escludersi che la legittimazione passiva spetti anche al Ministro.

Il giudizio si svolge in Corte d'Appello che decide in camera di consiglio¹³⁷, secondo le normali regole del processo di cognizione. Il provvedimento sarà poi reclamabile con gli stessi termini in Cassazione. La decisione viene presa con decreto nel contraddittorio delle parti.

11. Esecuzione, risoluzione ed annullamento del concordato

Una volta approvato il concordato il commissario straordinario, coadiuvato dal comitato di sorveglianza, rimane in carica per controllare che il concordato sia eseguito secondo gli accordi contenuti al suo interno. In particolare, cura che sia proseguita l'attività e che siano mantenuti i livelli occupazionali.

È da segnalare che a seguito della riforma del 2007 quello che era il quinto comma dell'art. 214 l.f. costituisce ora il sesto comma del medesimo articolo. Si deve però ritenere comunque applicabile in virtù del rinvio generale operato dall'art. 36 della legge Prodi bis alla disciplina della liquidazione coatta amministrativa.

Nel caso il proponente non adempia agli impegni presi, la dottrina maggioritaria, in mancanza di un espresso rinvio all'art. 215 l.f. che disciplina la risoluzione ed annullamento del concordato, ha comunque ritenuto applicabile il contenuto di tale articolo in virtù del generale rinvio alla legge fallimentare ove compatibile, e per i conseguenti effetti. Si aggiunga che il rinvio è necessario perché ove il concordato dovesse essere risolto o dichiarato nullo opererebbe la conversione della procedura in

¹³⁶ Come evidenziato da P. Beltrami, op. cit., 416.

¹³⁷ Contra P. Beltrami, op. cit., 416, il quale afferma che, non essendo riportata nell'articolo l'espressione "pronunciata in camera di consiglio", si deve escludere che la decisione sia presa con questo schema.

fallimento se già scaduto il termine per l'esecuzione del programma. Vi è però un'opinione¹³⁸ divergente secondo la quale non può operare il rinvio alla disciplina dell'art. 215 l.f. ma debba operare l'automatica conversione in fallimento.

I presupposti perché possa essere chiesta la risoluzione sono il mancato pagamento dei crediti nei termini stabiliti o la mancata costituzione delle garanzie promesse. I legittimati invece sono il commissario straordinario o i creditori ammessi allo stato passivo. Il tribunale in caso accolga l'istanza di risoluzione si pronuncia con sentenza, altrimenti con decreto reclamabile davanti alla corte d'appello. Il tribunale competente è lo stesso che ha dichiarato lo stato di insolvenza. Secondo alcuni autori¹³⁹ si deve applicare anche la disciplina dell'art. 137 l.f. cui l'art. 215 rinvia. Secondo tale articolo non può essere chiesta la risoluzione quando è trascorso un anno dalla scadenza dell'ultimo pagamento secondo gli accordi o se gli obblighi sono stati assunti da un terzo con liberazione immediata per l'imprenditore.

Il rimedio dell'annullamento è proponibile dal commissario straordinario e da qualsiasi creditore, concorsuale o non, qualora sia stato eccessivamente esagerato il passivo ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo. Il tribunale competente è quello che ha dichiarato lo stato di insolvenza. Il termine di decadenza è di sei mesi dalla scoperta del dolo, ed in ogni caso non oltre due anni dall'ultimo pagamento previsto dall'accordo. La sentenza è provvisoriamente esecutiva e può essere fatto reclamo in cassazione.

Nel caso in cui operi uno di questi due rimedi si riaprirà la procedura o verrà convertita in fallimento.

12. Concordato di gruppo

La disciplina del d.lgs. 270/1999 nel disciplinare l'estendibilità della procedura ai gruppi¹⁴⁰ non ha previsto un'ipotesi di concordato di gruppo. Tuttavia, in dottrina¹⁴¹ si è ipotizzata la possibilità di presentare una proposta di concordato unica per tutte le società

¹³⁸ Cfr. G. Alesse, op. cit., 288.

¹³⁹ Cfr. P. Beltrami, op. cit., 417; G. Lo Cascio, *Commentario sull'amministrazione delle grandi imprese insolventi: Legge 30 luglio 1998, n. 274 e D. lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, op. cit., 422.

¹⁴⁰ Vedi Cap. 1, § 2.

¹⁴¹ F. Fimmanò, *Il concordato straordinario*, op. cit., I, 977, l'autore sostiene che vi sia un omologazione delle procedure di concordato all'interno dell'ordinamento, soprattutto per quanto riguarda l'amministrazione straordinaria in considerazione del fatto che la successiva disciplina lo prevede espressamente; nello stesso senso, seppur con riferimento ad un altro aspetto, Cfr. M. Fabiani, *Le classi dei creditori nel concordato straordinario*, op. cit., 40.

del medesimo gruppo sottoposte alla procedura, pur rimanendo separate sia le masse attive che le masse passive. L'utilizzo di questo strumento può giustificarsi in quanto l'art. 81 del decreto in esame, al secondo comma statuisce che le imprese del gruppo sono assoggettabili alla procedura anche quando risulti necessaria la gestione unitaria dell'insolvenza¹⁴², ed un unico concordato per più società dello stesso gruppo sembra soddisfare questo requisito.

A questo si aggiunga che la disciplina successiva, la c.d. Legge Marzano, ha espressamente previsto questa possibilità all'interno della sua disciplina. Non si spiegherebbe perché negare questa possibilità nella disposizione in questione se, una legge emanata posteriormente sancisce questa possibilità, considerando anche che il chiaro intento del legislatore negli anni successivi all'emanazione delle leggi riguardanti l'amministrazione straordinaria è stata quella di uniformare le discipline presenti all'interno dell'ordinamento.

13. Il concordato particolare del socio

A seguito della estendibilità della procedura di amministrazione straordinaria anche al socio illimitatamente responsabili l'art. 79 del d.lgs. 270/1999 prevede che essi possano fare una proposta di concordato. La norma ricalca l'art. 154 che disciplina il concordato fallimentare del socio eccetto per il rimando all'art. 78.

Il rinvio operato a questa norma pone il problema se il terzo, in qualità di assuntore possa fare domanda di concordato. La dottrina si divide¹⁴³, ma a seguito della ormai nota riforma fallimentare, sembra più corretto sostenere l'ipotesi più permissiva in quanto più conforme al nuovo concordato fallimentare.

¹⁴² L'art. 81 definisce le condizioni per cui un'impresa del gruppo può essere ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria. In particolare "le imprese del gruppo soggette alle disposizioni sul fallimento, che si trovano in stato di insolvenza, possono essere ammesse all'amministrazione straordinaria indipendentemente dal possesso dei requisiti previsti nell'art. 2."; il secondo comma prosegue: "le imprese del gruppo sono ammesse all'amministrazione straordinaria qualora presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali, nei modi indicati dall'art. 27, ovvero qualora risulti 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 tra le singole imprese, il raggiungimento degli obiettivi della procedura."

¹⁴³ In senso favorevole G. Alessi, op. cit., 288; F. Bran, *La cessazione della procedura: conversione, chiusura e concordato*, in *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, a cura di C. Costa, Torino, 2008, 660; in senso opposto invece P. Beltrami, op. cit., 417.

La proposta riguarda sia i creditori sociali che quelli personali del singolo socio pertanto la valutazione del Ministro dovrà tenere conto anche della convenienza per loro della proposta concordataria.

La proposta del socio rimane indipendente da quella della società, infatti chiuderà solo la sua amministrazione straordinaria e non anche quella della società. Inoltre, il rigetto della domanda concordataria rispetto alla società non preclude la richiesta del singolo socio.

Una volta che il concordato viene approvato opera l'esdebitazione del socio proponente nei confronti sia dei creditori sociali che di quelli particolari, anteriori all'apertura della procedura e compresi coloro che non hanno fatto domanda di ammissione al passivo.

CAPITOLO III

DISCIPLINA DEL CONCORDATO SPECIALE

SOMMARIO: 1. Il concordato straordinario speciale. – 2. Legittimazione alla proposta di concordato. – 3. Rapporto con il programma. – 4. Le tipologie di concordato. – 5. Valutazione della proposta di concordato. – 6. Il contenuto del concordato. – 6.1. La divisione dei creditori in classi. – 6.2. Conversione del capitale di debito in capitale di rischio. – 6.3. Le azioni revocatorie. – 7. Accertamento del passivo. – 7.1. I possessori di strumenti finanziari. – 8. Pubblicità della proposta. – 9. Impugnazioni avverso lo stato passivo. – 10. votazione ed approvazione del concordato. – 11. Mancato raggiungimento delle maggioranze. – 12. Approvazione del concordato da parte del tribunale, pubblicità della sentenza ed effetti. – 13. Impugnazione, esecuzione e chiusura della procedura. – 14. Risoluzione ed annullamento. – 15. Il concordato di gruppo.

1. Il concordato straordinario speciale

La disciplina dell'amministrazione straordinaria speciale, regolata dal decreto Marzano e dalle successive modificazioni, all'art. 4 bis introduce una particolare forma di concordato, che si differenzia notevolmente dall'omonimo istituto presente nella disciplina precedente.

La normativa presa in considerazione presenta una figura di concordato che risulta innovativa sotto diversi aspetti. La sua originalità si manifesta in particolare nell'introduzione della possibilità di suddividere i creditori in classi, la possibilità di prevedere un trattamento differenziato tra le diverse classi ed il pagamento in percentuale dei creditori privilegiati. Allo stesso modo rappresentano novità di grande rilievo la previsione di un'ampia gamma di strumenti con cui poter soddisfare i creditori e la possibilità di esperire azioni revocatorie nonostante venga predisposto un piano di ristrutturazione.

Il profilo di concordato che ne risulta è stato definito¹⁴⁴ come *un misto delle diverse figure* presenti all'interno del nostro ordinamento. Secondo questa lettura convergerebbero, a delineare l'istituto, aspetti provenienti dalle altre figure di concordato. Innanzitutto, il concordato straordinario speciale si accomuna all'amministrazione controllata – ormai abrogata – per lo scopo di risanamento e per l'entità delle maggioranze necessarie per la sua approvazione, mentre condividerebbe con il concordato preventivo

¹⁴⁴ Cfr. P. Beltrami, *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, in *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Castagnola-Sacchi (a cura di), Torino, 2000, 141; G. Alessi, *L'amministrazione straordinaria accelerata (legge Parmalat)*, in *Dir. Fall.* 2004, I, 28.

l'irrelevanza dello stato passivo ai fini della presentazione della proposta e della relativa votazione da parte dei creditori. La vigenza del principio del silenzio assenso per i creditori che non si fossero espressi sulla proposta avvicina il concordato straordinario speciale al concordato fallimentare, infine – per concludere questa rassegna – i termini per la proposizione dell'impugnazione lo associano alle forme di concordato liquidatorio e straordinario.

Lo strumento in analisi è da aggiungersi a quelli previsti dall'art. 74 del d.lgs. 270/1999 quale ipotesi di chiusura¹⁴⁵ della procedura di amministrazione straordinaria, così come previsto dal comma 11 dell'articolo in esame. Questa previsione, d'altra parte, è stata oggetto di critiche¹⁴⁶ da parte di quanti hanno affermato esserci il rischio di un'alterazione, da parte della norma in questione, del fine della procedura, vale a dire il risanamento dell'impresa. Tale convinzione è motivata dal fatto che la mancanza di un controllo ministeriale per il concordato darebbe facilmente adito ad ambiguità: nello specifico, l'ipotesi di una chiusura della procedura mediante concordato potrebbe costituire un espediente valido a conservare l'impresa e insieme ad evitarne il fallimento derogando ai principi della *par condicio creditorum*.

A ciò si può ribattere che le osservazioni sopracitate non tengono conto del fatto che anche il concordato speciale è uno strumento che favorisce il risanamento dell'impresa servendosi dell'accordo con i creditori per la ristrutturazione dei crediti. In questo modo lo strumento concordatario si caratterizza come una terza via, oltre alla cessione dei complessi aziendali ed il piano di ristrutturazione, che tende al ritorno in bonis dell'impresa¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Cfr. V. Zanichelli, *L'amministrazione straordinaria*, in G. Fauceglia e L. Panzani (diretto da), *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Assago, 2009, 2111.

¹⁴⁶ Cfr. G. Alessi, op. cit., 30; D. Manente, *La procedura di ristrutturazione di grandi imprese in stato di insolvenza*, in *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, a cura di C. Costa, Torino, 2008, 684; R. Rossi, *L'amministrazione straordinaria tra Prodi bis, Decreto Marzano e legge 18 febbraio 2004, n. 39*, in *Dir. Fall.*, 2004, I, 687; D. Manente, *Il "decreto Parmalat": appunti di una prima lettura*, in *Dir. Fall.*, 2004, I, 49; tutti gli autori citati sottolineano la contraddittorietà della previsione di un'ipotesi di chiusura come il concordato speciale, che è in contrasto con le finalità risanatorie della procedura di amministrazione straordinaria.

¹⁴⁷ Cfr. P. Beltrami, *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, cit., 162; S. Bonfanti, *La procedura di ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni (legge "Marzano")*, in *Fall.*, 2004, I, 372.

In quest'ottica vi è in dottrina¹⁴⁸ chi ha affermato che il concordato non è altro che uno degli strumenti con il quale il commissario tenta di risanare l'impresa, qualificando così tale figura come una *species* del più ampio *genus* della ristrutturazione dell'impresa decotta. Inoltre, quello del concordato, è l'unico caso che prevede una partecipazione attiva dei creditori¹⁴⁹ nella gestione della crisi, in quanto sono chiamati a votare sulla proposta fatta dal commissario straordinario.¹⁵⁰

2. Legittimazione alla proposta di concordato

L'art. 4 bis stabilisce che la proposta di concordato deve necessariamente essere contenuta all'interno del piano di ristrutturazione redatto dal commissario straordinario. Quest'ultimo, essendo l'unico organo competente alla redazione del programma, è anche l'unico legittimato a fare istanza per la presentazione della proposta di concordato.

Questa interpretazione ha destato non poche perplessità tra i primi commentatori¹⁵¹. Le critiche¹⁵² più radicali giungono ad affermare che tale scelta è priva di motivazione da parte del legislatore e rappresenta, in sostanza, una svista, dal momento che al commissario vengono attribuiti ampi poteri in ordine ai diritti soggettivi di credito senza che però vi sia un effettivo controllo da parte di un organo giurisdizionale quale il tribunale.

Un ulteriore aspetto di criticità concerne il fatto che l'imprenditore può decidere di sottoporsi alla procedura di amministrazione straordinaria speciale e che può scegliere da sé il programma da eseguire¹⁵³ ma è d'altra parte privato della legittimazione attiva a proporre concordato.

Alcuni autori hanno giustificato questa scelta sostenendo che essa realizzi una precisa decisione del legislatore, il quale ha inserito il concordato della legge Marzano tra gli strumenti di risanamento dell'impresa a disposizione dell'organo preposto alla gestione della crisi, ossia al commissario straordinario stesso. Ed è proprio tale organo,

¹⁴⁸ Cfr. S. Tricomi, *Sul concordato nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese: brevi considerazioni alla luce della recente "Legge Marzano"*, in *Dir. Fall.*, 2004, I, 1108.

¹⁴⁹ Cfr. A. Paluchowski, *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, in *Il codice del fallimento*, Pajardi (a cura di), Milano, 2013, 2559.

¹⁵⁰ Vedi §10.

¹⁵¹ Cfr. G. Alessi, *L'amministrazione straordinaria accelerata (legge Parmalat)*, cit., 29; S. Tricomi, op. cit., 1108; U. Tedeschi, *Piano di risanamento e concordato nell'amministrazione straordinaria speciale*, in *Dir. Fall.*, 2004, I, 752; P. Beltrami, *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, cit., 143.

¹⁵² Cfr. G. Alessi, op. cit., 31, il quale afferma l'illegittimità della disposizione; U. Tedeschi, op. cit., 752.

¹⁵³ Cfr. G. Alessi, op. cit., 23.

una volta che l'impresa ha scelto di sottoporsi alla procedura, che si adopera per la ristrutturazione dell'impresa. Si considererà in seguito il fatto che la proposta di concordato, a differenza di quanto avviene nella legge Prodi bis, sia presentata prima della redazione dello stato passivo, ma si può anticipare già da ora che tale elemento pare essere un altro indice della mancata legittimazione dell'imprenditore e del terzo, dal momento che difficilmente questi ultimi potrebbero avanzare una proposta di concordato senza che possano conoscere la reale situazione dei creditori.

Si consideri anche che è il Ministro colui che è chiamato ad autorizzare il programma, ed è facile ritenere che veda di buon occhio un'uscita dalla crisi impostata su una soluzione concordataria. Inoltre, il legislatore ha considerato il fatto che può essere controproducente la legittimazione dell'imprenditore, essendo questi il medesimo soggetto che ha causato il dissesto dell'impresa.

Una dottrina minoritaria¹⁵⁴ ha provato a sostenere la legittimazione sia dell'imprenditore che del terzo in quanto la disposizione dell'art. 4 bis riproduce sostanzialmente quella dell'art. 56 c. 3, d. lgs. 270/1999, la quale, riguardo al programma di ristrutturazione, prevede che “[...] il programma deve indicare... le eventuali previsioni di ricapitalizzazione dell'impresa e di mutamento degli assetti imprenditoriali, nonché i tempi e le modalità di soddisfazione dei creditori, anche sulla base di piani di modifica convenzionale delle scadenze dei debiti o di definizione mediante concordato”. Secondo l'autore in questione il fatto che il concordato può essere contenuto all'interno del piano di ristrutturazione non comporta la legittimazione esclusiva del commissario straordinario, tanto più se nella legge sopracitata, anche l'imprenditore e i terzi possono avanzare istanza di concordato.

L'esclusiva legittimazione attiva del commissario non esclude, come vedremo in seguito, che la proposta di concordato preveda un assuntore. Infatti, può accadere¹⁵⁵ che un terzo invii proposte al commissario durante la redazione del programma o che avendo predisposto gli elementi essenziali del concordato, il commissario stesso si riservi di ricercare soggetti interessati all'assunzione del concordato in seguito.

A livello processuale la legittimazione esclusiva del commissario comporta delle conseguenze. La prima riguarda la mancanza della delibera assembleare sulla proposta

¹⁵⁴ Cfr. F. Fimmanò, *Il concordato straordinario*, in *Giur. Comm.*, 2008, I, 968.

¹⁵⁵ Cfr. G. Buccarella, *Il concordato fallimentare, coattivo e straordinario*, Milano, 2016, 367.

prevista dall'art. 152 l.f. perché la proposta non viene presentata dall'imprenditore¹⁵⁶. Si pone qui lo stesso problema che si era posto in relazione al concordato ex art. 78, ossia se la sopracitata norma sia da applicare anche al terzo che presenta la proposta¹⁵⁷. In questo caso pare che debba essere data risposta negativa al problema in quanto l'iniziativa che permette al terzo di assumere su di sé gli obblighi del concordato è comunque in capo al commissario straordinario. Ciò non toglie che, in caso l'assuntore sia una società, debba esserci una valutazione da parte dell'organo competente circa la proposta di concordato, soprattutto se questa comporta una modifica degli assetti societari.

La seconda conseguenza invece sarebbe l'irrevocabilità e la non modificabilità della proposta¹⁵⁸ di concordato, discendente dalla natura pubblicistica dell'istituto. In realtà questa affermazione pare troppo restrittiva rispetto al fine della procedura, che il concordato stesso vuole garantire, vale a dire rispetto alla ristrutturazione dell'impresa e la continuazione dell'attività. Infatti, potrebbe accadere che il commissario apporti una modifica al programma, ed al concordato stesso, per facilitare la raccolta del consenso¹⁵⁹ tra i creditori chiamati a votare, ovvero negli sviluppi della procedura si accorga della scarsa utilità della proposta di concordato contenuta nel programma.

3. Rapporto con il programma

Già si è detto che il concordato all'interno della procedura in esame è uno strumento di gestione della crisi nella disponibilità del commissario, e non un semplice modo in cui può terminare la procedura, divenendo così un elemento essenziale del programma di ristrutturazione come sancito dall'art. 4 bis. È stato evidenziato¹⁶⁰ come non vi sia alcuna incompatibilità logica a che il commissario predisponga una proposta di concordato nel caso in cui si intraprenda un indirizzo di cessione, ma è la norma stessa ad impedirlo. Nulla però vieta¹⁶¹ che il commissario prima della predisposizione del

¹⁵⁶ Cfr. G. Alessi, op. cit., 29.

¹⁵⁷ Si rinvia al paragrafo per una trattazione più approfondita.

¹⁵⁸ Cfr. P. Beltrami, *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, cit., 143; G. Alessi, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi: commento sistematico al D.lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, Milano, Giuffrè, 2000, 286; G. Lo Cascio, *Commentario sull'amministrazione delle grandi imprese insolventi: Legge 30 luglio 1998, n. 274 e D. lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, Assago, 2000, 417.

¹⁵⁹ Cfr. G. Meo, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, a cura di F. Vassalli, Vol IV, Giappichelli, 2014, 1135.

¹⁶⁰ Cfr. U. Tedeschi, *Piano di risanamento e concordato nell'amministrazione straordinaria speciale*, 750.

¹⁶¹ Cfr. U. Tedeschi, op. cit., 751.

programma proceda alla liquidazione di quei beni non più produttivi e non utili al perseguimento dell'attività, purché l'insieme di beni non costituiscono un complesso aziendale autonomo. Il ricavato delle vendite potrà poi essere utilizzato per contribuire al risanamento dell'impresa.

A tal proposito è bene evidenziare come inizialmente non era neanche possibile prevedere all'interno della procedura disciplinata dalla legge Marzano l'indirizzo di cui alla lettera a) dell'art. 27 legge Prodi bis, pertanto, nel caso si fosse aperta la procedura ex legge Marzano, l'indirizzo di ristrutturazione era una scelta obbligata. A seguito del dissesto del gruppo Alitalia invece, è stata introdotta la possibilità per le imprese sottoposte ad amministrazione "accelerata" di utilizzare fin dall'inizio, l'indirizzo di cessione dei complessi aziendali. Inoltre, il c.d. decreto Alitalia ha introdotto un nuovo indirizzo, denominato "indirizzo di cessione di complessi di beni e contratti"¹⁶².

Prevista la possibilità di seguire indirizzi diversi da quello di ristrutturazione è necessario chiedersi se in queste ipotesi possa essere proposto concordato. Proseguendo sulla falsariga di quanto precedentemente affermato, è la norma stessa del d. lgs. 347/2003 ad impedire che il concordato straordinario speciale sia proposto in un programma diverso da quello di ristrutturazione. Tuttavia, in dottrina ci si è chiesti se in caso di mancata autorizzazione del programma di ristrutturazione contenente un concordato, la sua mancata adozione, o in caso in cui si persegua l'indirizzo di cessione, si possa utilizzare lo strumento del concordato previsto dall'art. 78 della legge Prodi bis.

La risposta a tale quesito pare essere positiva¹⁶³. Nonostante ciò vi è chi ha posto dei dubbi¹⁶⁴ in quanto a differenza dell'art. 4 bis, la disciplina della precedente normativa prevede che istanza di concordato possa essere fatta solo dopo l'esecutività dello stato passivo, al contrario, la legge in esame, prescrive che si può prescindere da questo provvedimento.

A chi scrive pare utile ammettere l'utilizzabilità dell'art. 78 legge Prodi bis alla luce del favore con cui è visto l'istituto del concordato da parte del legislatore, e per il

¹⁶² Come trattato nel capitolo I al paragrafo (da inserire in seguito alla correzione del capitolo).

¹⁶³ Cfr. G. Leogrande, *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2013, 1646; G. Meo, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, cit., 1135; D. Manente, *Il "decreto Parmalat": appunti di una prima lettura*, cit., 49; L. Guglielmucci, *La disciplina speciale dell'amministrazione straordinaria per le situazioni di crisi particolarmente rilevanti*, in *Dir.Fall.*, 2004, I, 1237.

¹⁶⁴ In particolare, M. Ferro, *Le classi di creditori nel concordato proposto dal commissario della amministrazione straordinaria speciale*, in *Fall.*, 2004, I, 582.

rinvio generale fatto dall'art. 8 legge Marzano in quanto non vi è alcuna incompatibilità. L'unico limite all'applicazione di tale norma è il rispetto delle disposizioni presenti nella normativa Prodi bis soprattutto in relazione ai termini per la proposizione. Il quesito a cui forse bisognerebbe rispondere nel riconoscere l'applicabilità dell'art. 78, affermata la mancanza di alcun impedimento, è se effettivamente il concordato, come accennato prima, sia idoneo a rispettare il fine conservativo/risanatorio della procedura di amministrazione straordinaria.

Bisogna segnalare che potrebbero esserci dei problemi di coordinamento tra le due discipline. In particolare, all'interno della legge Marzano è previsto che il Ministro debba solo approvare il programma, mentre ex art. 78 c. 2 d.lgs. 270/1999, l'organo amministrativo nella fase di approvazione deve operare un bilanciamento tra l'interesse della procedura e il diritto dei creditori di essere soddisfatti nella loro pretesa. Questo perché in quest'ultima legge manca la previsione di un voto per i creditori, e pertanto, la valutazione ha la funzione di bilanciare gli interessi in gioco.

Un ultimo quesito da porsi concerne la possibilità di un concordato con cessione di beni nonostante sia perseguito un indirizzo risanatorio. In dottrina a chi negava questa possibilità si è opposto che così facendo non si terrebbe conto della disposizione sopracitata, l'art. 56 legge Prodi bis. Tale norma lascia intendere che, nonostante la procedura si chiuda tramite un concordato, si ha ristrutturazione anche se un soggetto diverso dall'imprenditore si fa carico della gestione dell'impresa, purché sia presente un garante. Questa interpretazione parrebbe essere coerente anche con il dettato dell'art 4 bis c.1, c) bis, il quale prevede la cedibilità dei beni all'assuntore all'interno di una procedura, che prima delle modifiche di cui sopra¹⁶⁵, perseguiva esclusivamente l'indirizzo risanatorio.

4. Le tipologie di concordato

Rispetto alle varie modalità con cui può costituirsi un concordato, il legislatore fa riferimento espressamente solo alla possibilità che vi sia un assuntore, che può essere individuato tra i creditori, le società da essi partecipate, ovvero società appositamente costituite le cui partecipazioni vengono attribuite ai creditori per effetto del concordato. Salvo questa disposizione però nulla si dice¹⁶⁶ rispetto ai criteri che il commissario

¹⁶⁵ Si riferisce alla legge n. 166/2008, il c.d. decreto Alitalia.

¹⁶⁶ Come evidenziato da G. Leogrande, *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, cit, 1646.

straordinario deve utilizzare nella scelta dell'assuntore, né se questi debba necessariamente intervenire prima della presentazione del programma o possa essere anche successiva alla sua stesura.

Nonostante la mancata menzione all'interno della legge il commissario può utilizzare anche concordati per garanzia, dilatorio e remissorio.

Quanto al primo non si pongono problemi, abbiamo già detto nel paragrafo precedente, nel caso di concordato con cessioni di beni si deve prevedere un garante che assicuri la continuazione dell'attività ed il mantenimento dei livelli occupazionali.

Rispetto agli altri due tipi si pone il problema¹⁶⁷ del loro utilizzo perché possono comportare una lesione della posizione dei creditori privilegiati, che non verrebbero pagati integralmente né subito, sovvertendo così il principio per cui le cause di prelazione hanno una graduazione che non può essere sovvertita senza l'espresso consenso degli interessati.

La risoluzione del problema non può prescindere dalla trattazione dell'ipotesi di divisione di creditori in classi all'interno delle quali i creditori privilegiati non vengono pagati integralmente¹⁶⁸. Si può cominciare a dire che è proprio per questa possibilità, e per il fatto che i creditori privilegiati partecipano alla votazione, non venendo quindi estromessi dalla decisione circa il loro credito, che al suddetto problema può essere data risposta positiva. Si potrà quindi applicare anche per il concordato speciale l'art. 111 l.f. per cui i creditori privilegiati partecipano alla ripartizione dell'attivo fallimentare alla stregua dei creditori chirografari fintanto che non si è proceduto alla liquidazione dei beni oggetto di garanzia e per la parte di credito rimasta insoddisfatta dalla cessione del bene garantito.

5. Valutazione della proposta di concordato

A differenza delle proposte di concordato liquidatorio e straordinario, l'art. 4 bis non prevede un meccanismo autorizzatorio da parte dell'autorità amministrativa. L'assenza di un siffatto meccanismo può giustificarsi in quanto nei primi due casi l'istanza di concordato è autonoma rispetto al programma, mentre nell'istituto in esame ne è parte integrante.

¹⁶⁷ Cfr. P. Beltrami, *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, cit, 148.

¹⁶⁸ Vedi *infra* §6.1.

In questo caso il Ministro è chiamato a valutare l'intero programma, contenente anche l'istanza di concordato, e non esclusivamente tale domanda di ammissione. Mancando una normazione del procedimento di approvazione tanto del programma quanto del concordato, opera il rinvio del comma 4 dell'art. 4 bis alla disciplina dell'art. 57 della legge Prodi bis. Questo articolo prevede che l'autorizzazione del Ministro intervenga con decreto entro 30 giorni dalla presentazione del programma stesso o 90 giorni in caso di silenzio da parte dell'organo amministrativo. L'assenza di un'apposita disposizione non è stata esente da critiche¹⁶⁹ in quanto, viste le esigenze di celerità della procedura, sarebbe stata più idonea una norma *ad hoc* che stabilisse un procedimento e dei termini chiari da seguire.

Bisogna chiarire quali sono gli elementi che devono essere valutati dal Ministro nel momento in cui è chiamato ad approvare il programma di ristrutturazione, al cui interno si trova la proposta di concordato.

In mancanza di una norma specifica si è ipotizzata¹⁷⁰ l'applicabilità dei criteri del secondo comma dell'art 78 d.lgs. 270/1999 che attribuisce al Ministro il compito di operare una valutazione che bilanci gli interessi in gioco, ossia quello pubblico alla continuazione dell'attività e quello privato dei creditori.

A ciò si può obiettare che nell'articolo in questione, si tiene conto del fatto che i creditori non sono chiamati a votare la proposta di concordato. Mentre nella procedura della legge Marzano i creditori sono chiamati ad esprimersi sulla proposta mediante il voto, pertanto si è affermato che il Ministro non è chiamato ad operare una valutazione sulla convenienza del concordato per i creditori¹⁷¹ ma si deve esprimere esclusivamente riguardo alla fattibilità del piano e della sua coerenza con il fine della procedura.

La dottrina¹⁷² ha evidenziato il fatto che, se i creditori sono chiamati ad approvare il concordato, non è in contrasto con il bilanciamento che, ex art. 78 c. 2 il Ministro deve compiere, considerato anche la vigenza del principio del silenzio assenso che comporta

¹⁶⁹ Cfr. P. Beltrami, *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, cit., 144, in nota osserva che sarebbe stato più consono con le finalità della procedura, prevedere un meccanismo *ad hoc* per l'approvazione del programma, soprattutto alla luce dei tempi ristretti per la presentazione ed approvazione del programma stesso.

¹⁷⁰ Cfr. P. Beltrami, *op. cit.*, 145.

¹⁷¹ Cfr. G. Leogrande, *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, cit., 1646; G. Alessi, *L'amministrazione straordinaria accelerata (legge Parmalat)*, cit., 31; V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Assago, 2010, 44.

¹⁷² Cfr. G. Buccarella, *Il concordato fallimentare, coattivo e straordinario*, cit., 378

la presunzione di una la volontà positiva di chi non esprime il voto, c'è il rischio di una mancata tutela di coloro che invece si sono espressi in senso negativo. Si aggiunga che come più volte è stato affermato, il concordato è parte integrante del programma, di conseguenza la valutazione del primo non può prescindere dall'intero contenuto del secondo. In questo caso ci sarebbe il rischio di incorrere in una successiva censura da parte del tribunale chiamato a valutare la posizione di una o più classi dissenzienti¹⁷³. O ancora peggio, che nello svolgersi della procedura il concordato non risulta essere conveniente per la stessa rispetto al normale proseguimento della procedura stessa.

Bisogna segnalare che inizialmente la valutazione sulla correttezza della divisione spettava al Ministro, ma nell'evoluzione della norma è stato rimosso tale inciso¹⁷⁴. Secondo alcuni autori¹⁷⁵ prima della modifica della norma poteva accadere che vi fosse l'approvazione del programma ma non del concordato in quanto non vi era correttezza nella divisione delle classi.

Per quanto detto sopra, si può però ritenere che nel giudizio di approvazione del programma operato dal Ministro ci possa essere un controllo rispetto alla correttezza, ma bisogna capire a cosa si riferisce tale parametro.

I primi commenti¹⁷⁶ hanno affermato che il giudizio debba riguardare “la posizione giuridica ed interessi economici omogenei” come indicato dalla norma stessa¹⁷⁷. Vista l'ampia gamma di possibilità lasciata al commissario nella divisione delle classi¹⁷⁸, soprattutto ove vi sia un concordato unico di gruppo, è più facile che si creino situazioni inique¹⁷⁹, si ritiene¹⁸⁰ che il controllo debba essere particolarmente penetrante.

¹⁷³ Si è già detto della possibilità per il commissario straordinario di suddividere i creditori in classi.

¹⁷⁴ Modifiche apportate dal d.l. 119/2004.

¹⁷⁵ Cfr. M. Ferro, *Le classi di creditori nel concordato proposto dal commissario della amministrazione straordinaria speciale*, cit., 582.

¹⁷⁶ Cfr. M. Ferro, op. cit., 583.

¹⁷⁷ Così recita il primo comma lettera a) dell'art. 4 bis: “Nel programma di ristrutturazione il commissario straordinario può prevedere la soddisfazione dei creditori attraverso un concordato, di cui deve indicare dettagliatamente le condizioni e le eventuali garanzie. Il concordato può prevedere: a) la suddivisione dei creditori in classi, secondo interessi economici omogenei; la possibilità di costituzione di autonome classi per i piccoli creditori e per i possessori di obbligazioni emesse o garantite dalla società in amministrazione straordinaria”.

¹⁷⁸ G. Alessi, *L'amministrazione straordinaria accelerata (legge Parmalat)*, cit., 31.

¹⁷⁹ Si veda infra §15.

¹⁸⁰ Cfr. P. Beltrami, *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, cit., 147.

Secondo altri autori¹⁸¹ invece in mancanza di una norma esplicita e visto l'interesse privato in gioco, il potere di compiere una valutazione deve essere conferito al tribunale che deve poter sempre compiere un controllo giurisdizionale per verificare l'esistenza di tutti i presupposti di legge. Si vedrà in seguito che il tribunale deve compiere una valutazione di merito sulla divisione delle classi solo qualora una di esse sia dissenziente e si debba operare il *best interest test*, ossia valutare che non vi siano alternative concretamente più efficienti alla proposta di concordato e la relativa divisione in classi. In assenza però di classi dissenzienti dovrebbero essere gli stessi creditori che ritengono la loro posizione lesa a portare davanti al tribunale osservazioni e memorie che sollecitino un suo intervento.

Una volta che il piano viene approvato, il commissario ha tre giorni per trasmettere alla cancelleria del tribunale copia del programma autorizzato e deve depositare presso il giudice delegato istanza di concordato.

6. Il contenuto del concordato

Il legislatore non pone particolari limiti al contenuto che il concordato può avere; si può azzardare che il legislatore abbia colto le diverse esigenze che differenziano la moltitudine dei creditori presenti. Infatti, si può facilmente cogliere la diversità di interesse di un fornitore abituale da uno saltuario, oppure dei lavoratori subordinati con coloro che invece hanno finanziato l'attività.

Per questo possono essere utilizzate le più varie forme¹⁸² per soddisfare i creditori, intervenendo sia sulle scadenze dei crediti, sia sui tassi di interesse. Ancora, in analogia con quanto previsto dalla normativa fallimentare il commissario può utilizzare lo strumento della postergazione del credito, le compensazioni e la *dationes in solutum* di beni o partecipazioni non più utili al proseguimento dell'attività.

6.1. La divisione dei creditori in classi

L'art. 4 bis è la prima norma¹⁸³ dove compare la possibilità di suddivisione di creditori in classi secondo posizione giuridica e interesse economici omogenei. La norma

¹⁸¹ Cfr. A. Paluchowski, *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, cit., 2561.

¹⁸² Cfr. A. Paluchowski, *op. cit.*, 2559.

¹⁸³ L'istituto delle classi era già presente in alcuni ordinamenti stranieri, in particolare all'interno del sistema elvetico e di quello statunitense. Questi ordinamenti non conoscono la libera aggregazione per classi, a differenza dell'ampio potere attribuito al commissario straordinario nella legge italiana, ma hanno comunque proceduto all'unificazione di interessi diversi. In particolare, l'ordinamento tedesco assicura una classe, legata ai crediti derivanti dal rapporto di lavoro subordinato, i crediti che derivano dall'assicurazione

ha una grande portata innovativa in quanto ha anticipato le successive riforme fallimentari rispetto ai medesimi istituti.

Non vengono indicati dei criteri per la suddivisione, lasciando all'interprete il compito di identificarli.

Occorre dire che la locuzione "posizione giuridica" è stata aggiunta con le modifiche introdotte dal d.l. 119 del 2004 in seguito ad alcune critiche¹⁸⁴ le quali si basano sulla particolare posizione dei creditori privilegiati. Infatti, un principio cardine del nostro ordinamento concorsuale prevede che non possono essere deteriorate le posizioni dei creditori senza il loro consenso. Inoltre, è stato osservato¹⁸⁵ che alterare tramite lo strumento delle classi, la normale divisione tra creditori chirografari e privilegiati, comporta rilevanti difficoltà, rendendo meno agevole la soluzione concordataria per coloro che vedono la loro posizione deteriorata.

In realtà la dottrina maggioritaria¹⁸⁶, dopo lunghi dibattiti, è giunta ad affermare che si possa ammettere il non integrale pagamento dei creditori privilegiati nonostante il soddisfacimento dei creditori chirografari. Le motivazioni che hanno portato a tale conclusione sono molteplici. In primo luogo, la norma in esame prevede che sono chiamati a votare tutti i creditori ammessi dal giudice delegato, senza esclusione dei creditori privilegiati che avranno interesse ad esprimersi nel momento in cui vedono la loro posizione deteriorata.

contro infortuni, crediti derivanti dallo scioglimento del rapporto a causa del fallimento, tutti questi precedenti alla dichiarazione di fallimento (gli esempi riportati sono solo una esemplificazione). Ciò che accumuna questi crediti, nonostante si fondino su interessi diversi tra loro, è la debolezza della posizione economica dei loro possessori. Anche nel sistema americano, come detto, è possibile suddividere creditori in classi purché al loro interno si trovino creditori che hanno posizioni ed interessi simili tra loro. All'interno delle classi sono presenti dei comitati formati da alcuni dei creditori, con il compito di esaminare la situazione patrimoniale e finanziaria della società, inoltre controllano le operazioni di gestione compiute. Questa soluzione è vista con particolare favore da parte dei creditori perché al contempo, permette la prosecuzione dell'attività dando nuova fiducia ai creditori, e permette il c.d. *fresh start* dell'impresa decotta.

¹⁸⁴ Cfr. G. Alessi, *L'amministrazione straordinaria accelerata (legge Parmalat)*, cit., 29.

¹⁸⁵ Cfr. L. Guglielmucci, *La disciplina speciale dell'amministrazione straordinaria per le situazioni di crisi particolarmente rilevanti*, cit., 1239.

¹⁸⁶ Cfr. U. Tedeschi, *Piano di risanamento e concordato nell'amministrazione straordinaria speciale*, cit., 753; G. Meo, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, cit., 1137; V. Zanichelli, *L'amministrazione straordinaria*, cit., 2111; M. Ferro, *Le classi di creditori nel concordato proposto dal commissario della amministrazione straordinaria speciale*, cit., 586; G. Leogrande, *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, cit., 1648; S. Bonfanti, *La procedura di ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni (legge "Marzano")*, in *Fall.*, 2004, I, 373; in senso apparentemente opposto invece, D. Manente, *La procedura di ristrutturazione di grandi imprese in stato di insolvenza*, cit., 666, il quale sostiene che se i criteri di cui al primo comma dell'art. 4 bis devono essere applicati congiuntamente, parrebbe escludersi a priori la possibilità di un pagamento non integrale dei creditori privilegiati. Salvo poi dare una lettura più razionale e permissiva nelle pagine seguenti.

In secondo luogo, la previsione di trattamenti differenziati tra classi diverse non può che comportare la deroga al principio per cui i privilegiati debbano essere pagati per primi e per l'intero credito, lasciando spazio invece a che dei creditori chirografari appartenenti ad una classe diversa vengano pagati prima dei privilegiati.

Infine, bisogna segnalare che a seguito della riforma fallimentare del 2007 si è sempre più fatta strada la possibilità di un non integrale pagamento dei privilegiati con il limite che non possono ottenere meno di quanto otterrebbero dalla vendita del bene.

Una dottrina sostiene che l'inserimento dell'espressione "posizioni giuridiche" all'articolo in questione, apportato dal d.l. 119/2004, ha la funzione di garantire i creditori privilegiati, perché non si dia il caso che questi ultimi ottengano – attraverso la falcidia concordataria – meno di quello che potrebbero ottenere quando non ricorressero ad essa. Secondo tale dottrina¹⁸⁷ dovrebbe quindi escludersi che vi siano classi di creditori all'interno del concordato all'interno delle quali concorrono contemporaneamente chirografari e privilegiati¹⁸⁸.

Secondo un'altra impostazione¹⁸⁹ invece, la sopracitata innovazione ha lo scopo non tanto di impedire classi "miste" di creditori, ovvero che non operi la falcidia dei crediti privilegiati, bensì che all'interno di classi c.d. trasversali non venga meno la garanzia riconosciuta dalla legge. Il problema che si porrebbe in questo caso è di capire in che misura, i creditori inseriti in una classe dove non è previsto il loro integrale pagamento, vengono soddisfatti. O ancora quanto otterrebbero dalla vendita del bene oggetto di garanzia.

In ogni caso l'inserimento di questa locuzione¹⁹⁰ non ha portato all'introduzione di un criterio con cui operare la divisione in classi.

Quanto all'interesse economico può essere qualificato come l'entità del credito oppure in relazione alla posizione del creditore nei confronti dell'imprenditore insolvente; oppure in relazione al privilegio ottenuto, ma anche questo non basta a definire in modo certo un criterio con il quale si possano formare le classi di creditori¹⁹¹.

¹⁸⁷ Cfr. G. Leogrande, op. cit., 1648.

¹⁸⁸ Cfr. D. Manente, ult. op. cit., 666.

¹⁸⁹ Cfr. U. Tedeschi, op. cit., 753; P. Beltrami, *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, cit., 151.

¹⁹⁰ Cfr. S. Tricomi, *Sul concordato nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese: brevi considerazioni alla luce della recente "Legge Marzano"*, cit., 1111.

¹⁹¹ Cfr. U. Tedeschi, op. cit., 753.

L'unico riferimento che inizialmente era stato inserito nella legge, ma successivamente rimosso¹⁹², riguardava le classi di piccoli risparmiatori persone fisiche ed obbligazionisti, ma anche tale accenno era stato oggetto di critiche¹⁹³ in quanto eccessivamente generico per l'individuazione di un criterio per la divisione di creditori in classi.

Ciò che si può senz'altro dire è che se si intendesse l'espressione "interesse economico omogeneo" come rispetto delle cause di prelazione sarebbe impossibile¹⁹⁴ creare classi che abbiano tra di loro trattamenti differenziati. Da questo si può affermare che vi è un generale superamento del principio della *par condicio creditorum* tradizionale, in quanto si attribuisce maggior valore all'interesse pubblico alla conservazione dell'impresa tramite la creazione di un concordato che, derogando al suddetto principio, facilita il risanamento dell'impresa. Infatti, al commissario straordinario è affidato un ampio potere nella creazione della proposta di concordato, e questo potere gli è espressamente riconosciuto dalla legge.

Potrebbe quindi prospettarsi un nuovo e più moderno concetto di *par condicio creditorum*¹⁹⁵ riferibile solo ai membri di una singola classe e non invece tra creditori che appartengono a classi diverse. Ciò è possibile in quanto il suddetto principio opera solo qualora "non esistano obiettive situazioni di disuguaglianza espressamente rilevate dal legislatore"¹⁹⁶. Ed è proprio il legislatore che all'interno della legge Marzano prevede la possibilità di un trattamento differente tra le diverse classi.

È necessario ricordare che la possibilità di suddividere i creditori in classi è facoltativa e non prerogativa necessaria del commissario straordinario. Si inizia a dire che nel momento che viene utilizzato tale strumento c'è una variazione nelle modalità del voto in quanto non solo, perché il concordato venga approvato, ci sia il voto favorevole della maggioranza dei crediti ammessi, ma anche la maggioranza delle classi di creditori. Pertanto, il commissario, nell'utilizzare questo strumento dovrà tenere conto del peso che

¹⁹² D.l. 119/2004.

¹⁹³ Cfr. M. Ferro, op. cit., 583.

¹⁹⁴ Cfr. M. Ferro, op. cit., 586.

¹⁹⁵ Cfr. S. Tricomi, op. cit., 1113.

¹⁹⁶ Cfr. P. G. Jaeger, "Par condicio creditorum", in Fall., 1984, I, 65; in senso opposto invece, G. Alessi, *L'amministrazione straordinaria accelerata (legge Parmalat)*, cit., 30, il quale evidenzia il rischio che nel piano di ristrutturazione nel caso Parmalat, la disciplina delle classi subirà forte opposizioni da parte dei creditori per la lesione della *par condicio creditorum* e per il contrasto con gli artt. 3, 42 e 47 della Costituzione.

ha il voto dei creditori privilegiati. Infatti, ledere eccessivamente la loro posizione comporterebbe una minor possibilità che il concordato venga approvato.

Nel caso in cui vi siano una o più classi dissenzienti il concordato potrà comunque essere approvato purché non vi siano delle alternative migliori concretamente applicabili: c.d. *best interest test*. Si parlerà più approfonditamente in seguito di questo aspetto, ma si può iniziare a dire che può essere definito come limite alla discrezionalità del commissario nella formazione delle classi. Questo perché in caso di dissenso il tribunale dovrà svolgere un giudizio di merito circa l'effettiva convenienza per tutti i creditori della proposta concordataria, posto che il commissario deve sempre tenere conto, nella formazione del piano, delle possibili opposizioni dei creditori.

6.2. Conversione del capitale di debito in capitale di rischio

In apertura di paragrafo si è già detto che il soddisfacimento dei creditori può avvenire attraverso qualsiasi strumento idoneo al conseguimento dei loro interessi. Alla lettera c) del primo comma dell'art. 4 bis si enuncia che *“la proposta di concordato può prevedere l'attribuzione ai creditori, o ad alcune categorie di essi, di azioni o quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito”*.

La norma stabilisce che il commissario straordinario può trasformare, per alcuni creditori o per intere classi, capitale di debito in capitale di rischio tramite l'emissione di titoli partecipativi od obbligazionari che vengono attribuiti ai creditori stessi. Il guadagno per i creditori sta nell'aumento del valore dei loro titoli dal momento che l'impresa risanata ritorna competitiva sul mercato. Questo metodo è tipico dei meccanismi stragiudiziali di composizione della crisi, con la differenza che in questo caso la conversione viene imposta da parte del commissario. I primi commentatori¹⁹⁷ hanno evidenziato che il commissario straordinario è libero di prevedere la commutazione del credito in uno qualsiasi degli strumenti indicati dall'articolo.

Si deve ritenere che gli strumenti utilizzabili siano tutti quelli che risultano dalla riforma delle società attuata con d.lgs. 6/2003. Inoltre, questa possibilità è stata riportata anche nelle ipotesi di concordato preventivo e concordato fallimentare sotto il nome di “operazioni straordinarie”.

¹⁹⁷ Cfr. M. Ferro, op. cit., 588

In dottrina¹⁹⁸ si è posti il problema se possano anche essere attribuite azioni della società insolvente. In questo caso il commissario straordinario opera una forte modifica degli assetti societari, quasi scavalcando i diritti dei soci. In realtà sembra che non si pongano problemi in questi termini in quanto già l'art. 56 del d.lgs. 270/1999, nel disciplinare il contenuto del piano di risanamento prevedeva la possibilità di mutamento degli assetti imprenditoriali. Ai soci è comunque data la possibilità di impugnare davanti al TAR del Lazio il provvedimento amministrativo, anche perché pare che la partecipazione non rientri tra i crediti concorsuali a meno che non sia prevista un'apposita classe. Soluzione in realtà favorita dall'ampiezza di possibilità lasciate al commissario nella loro formazione.

Il soddisfacimento dei creditori può avvenire anche tramite l'attribuzione di azioni o quote di società appositamente costituite dal commissario, il quale capitale sarà formato dai profitti ottenuti dallo svolgimento della procedura.

Contro l'utilizzo di tale strumento è stato affermato¹⁹⁹ che l'attribuzione di azioni, obbligazioni od altri strumenti finanziari trasposta sui creditori il rischio di inadempimento e l'incertezza del pagamento in quanto, all'opposto che dalla vendita di un bene, il rimborso degli strumenti prima elencati dipende dall'andamento della società. Secondo altri invece, se l'impresa è ancora in grado di produrre reddito, può essere il modo più efficiente con cui soddisfare i creditori piuttosto che la liquidazione i cui guadagni possono essere incapienti rispetto al credito.

6.3. Le azioni revocatorie

La disciplina della legge Marzano in tema di azioni revocatorie si pone in controtendenza con la precedente normativa. L'art 6 della legge prevede che lo strumento delle revocatorie possa essere utilizzato anche nel caso in cui si persegua un indirizzo di ristrutturazione purché l'azione produca un beneficio per i creditori. Il limite imposto in realtà è molto vago in quanto non si potrebbe proporre alcun tipo di azione revocatoria se mancasse una concreta utilità al suo utilizzo. La norma ha quindi posto fine al presunto dibattito circa l'incompatibilità delle revocatorie con il piano di risanamento.

¹⁹⁸ Sempre M. Ferro, op. cit., 588; L. Guglielmucci, *La disciplina speciale dell'amministrazione straordinaria per le situazioni di crisi particolarmente rilevanti*, cit., 1237.

¹⁹⁹ Cfr. U. Tedeschi, *Piano di risanamento e concordato nell'amministrazione straordinaria speciale*, cit., 756; L. Guglielmucci, op. cit., 1237, il quale afferma che l'attribuzione di strumenti finanziari può essere uno strumento illusorio per le pretese dei creditori in virtù del rischio che comportano.

La motivazione principale dell'esclusione, come già mostrato²⁰⁰, consisteva nella mancanza del presupposto redistributivo di quanto ottenuto con l'utilizzo dell'azione. Di conseguenza quanto ricavato andava a vantaggio quasi esclusivo dell'imprenditore. Ma si pensi al caso dell'assuntore, in questa fattispecie non sarebbe il debitore insolvente a trarre utilità dall'utilizzo dell'azione, bensì colui che si è assunto gli obblighi nascenti dal concordato.

È infatti espressamente previsto che il commissario straordinario possa cedere all'interno del concordato, le azioni revocatorie promosse dallo stesso fino alla data di approvazione del concordato. Questa norma è stata definita "perfetta" in dottrina²⁰¹, in quanto elimina ogni tipo di dubbio sulla cedibilità delle azioni e sulla loro individuazione. Si può pensare che il legislatore, con l'introduzione di questa possibilità, abbia voluto dare un risvolto più concreto che nella precedente disciplina, rendendo più appetibile la proposta per i creditori o per un eventuale assuntore²⁰².

Le azioni cedibili sono appunto quelle per cui è già stata compiuta, dal commissario straordinario, notifica dell'atto introduttivo prima dell'approvazione del concordato stesso. Pertanto sembra essere un criterio più esteso di quello previsto all'interno dell'art. 124 l.f.. Questa norma infatti prevede che, le azioni di pertinenza della massa, possono essere cedute qualora sia indicato l'oggetto ed il fondamento della pretesa, e devono essere autorizzate dal giudice delegato. Mentre ex art. 6 legge Marzano, l'unico limite consiste nel vantaggio delle azioni per i creditori.

La norma è stata oggetto di censure davanti alla Corte Costituzionale per violazione degli artt. 3 e 41 per due ragioni: la prima sostiene un contrasto con il principio di ragionevolezza; la seconda la limitazione della libertà di iniziativa economica. La Corte ha respinto la richiesta in quanto le censure muovono dal fatto che la norma garantisce un ingiusto vantaggio all'imprenditore. Ma la motivazione sottolinea invece che la legge in esame non mira tanto al ritorno in bonis dell'impresa, bensì ad un risanamento ed al mantenimento dell'impresa stessa²⁰³. Si aggiunga che nel caso di specie in cui era stato

²⁰⁰ Si veda nella parte I del presente capitolo §4.2.

²⁰¹ Cfr. D. Vattermoli, *La "cessione" delle revocatorie*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, 478.

²⁰² Cfr. S. Tricomi, *Sul concordato nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese: brevi considerazioni alla luce della recente "Legge Marzano"*, cit., 1118.

²⁰³ Cfr. G. Buccarella, *Il concordato fallimentare, coattivo e straordinario*, cit., 388, il quale afferma che alla base della supposta incostituzionalità della norma sta un errore concettuale, in quanto il piano di ristrutturazione di cui alla legge Marzano nulla ha a che vedere con l'art. 27 c. 2 lettera b), che mira invece ad un risanamento soggettivo, ossia dell'imprenditore insolvente.

richiesto il giudizio della Corte, ossia il caso Parmalat, tutte le azioni andavano a beneficio di un terzo assuntore di tutti i beni della società decotta.

Resta da chiedersi cosa ne è dei crediti da restituzione per il terzo revocato. I primi commentatori²⁰⁴ hanno ipotizzato l'applicabilità della disciplina fallimentare.

7. Accertamento del passivo

Il normale procedimento di accertamento del passivo previsto dalla disciplina fallimentare, e che si applica anche in caso di amministrazione straordinaria speciale, come disposto dall'art. 4 ter, subisce una modifica in caso venga autorizzato un piano di ristrutturazione contenente una proposta di concordato. Inoltre, il commissario, quando è concreta questa possibilità, può chiedere anche prima della presentazione del programma, la sospensione dell'accertamento del passivo.

In questo caso è il commissario che deve farne appositamente richiesta²⁰⁵ al giudice delegato, pertanto la sospensione non può essere fatta d'ufficio. Il giudice delegato dovrà valutare non tanto la fattibilità del concordato bensì la possibilità che ne venga effettivamente presentata, all'interno del programma, una proposta di concordato.

Nonostante la diversità di procedimento, è necessario un elenco di creditori che abbia le stesse funzioni che lo stato passivo ha all'interno della legge fallimentare, soprattutto perché tale elenco serve per individuare coloro che sono chiamati a votare sulla proposta di concordato, e quelli che, in quanto esclusi, possono fare domanda per far accertare il loro credito²⁰⁶.

Ciò che ha indotto il legislatore all'introduzione di un procedimento particolare per l'amministrazione straordinaria speciale sono sicuramente i tempi ristretti della procedura ed il soggetto legittimato alla proposta di concordato. Infatti, per la presentazione della proposta non si deve attendere, a differenza della disciplina di amministrazione straordinaria comune, l'esecutività dello stato passivo. Inoltre, il soggetto che presenta la proposta, il commissario, è lo stesso che in prima analisi, ha una forte influenza nella creazione degli elenchi e che può modellare la proposta di concordato

²⁰⁴ Cfr. M. Ferro, *Le classi di creditori nel concordato proposto dal commissario della amministrazione straordinaria speciale*, cit., 589.

²⁰⁵ Cfr. E. Marinucci, *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, in *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Castagnola-Sacchi (a cura di), Torino, 2006, 163.

²⁰⁶ Cfr. V. Zanichelli, *L'amministrazione straordinaria*, cit., 2120.

in base alle variazioni, per primo da lui conosciute, nella composizione dello stato passivo.

Bisogna quindi chiedersi come si svolge questo procedimento, rammentando che verrà utilizzato solo in caso in cui vi sia autorizzazione allo svolgimento del programma perché in caso contrario si applicherà la normale procedura fallimentare. L'iter da seguire si ricava dal combinato disposto degli articoli 4 e 4 bis del d.l. 347/2003 e successive modifiche.

Il primo comma dell'art. 4 prevede che successivamente alla dichiarazione di insolvenza venga fissato un termine entro cui devono essere presentate le domande per l'ammissione al passivo. In seguito al deposito della domanda di concordato contenuta nel programma di ristrutturazione, il commissario straordinario deve presentare un elenco nominativo dei creditori il cui credito è stato ammesso con le rispettive cause di prelazione. Il comma 5 dell'art. 4 bis invece, stabilisce che dal momento in cui viene presentata la proposta di concordato, viene lasciato un termine per i creditori che non compaiono negli elenchi disposti dal commissario straordinario per presentare domande di ammissione al passivo per i loro crediti insieme ai documenti che ne provano l'esistenza, od osservazioni da parte dell'imprenditore insolvente ed ogni altro creditore circa l'elenco stesso. Inoltre, si può ritenere che le osservazioni concernano anche l'esistenza di crediti altrui non esclusivamente il proprio²⁰⁷.

Dal tenore del quinto comma sopra enunciato non sembra debba essere comunicato ai creditori la deposizione degli elenchi redatti dal commissario straordinario, ma che debba essere esclusivamente pubblicata la proposta di concordato ai sensi dell'art. 4 c. 2 bis, ed in ogni caso pubblicata in Gazzetta Ufficiale, insieme con i termini entro cui i creditori ed ogni altro interessato possono presentare documenti e memorie scritte contenenti osservazioni riguardo all'elenco. In realtà pare strano²⁰⁸ che solo per la mancata riproduzione dell'inciso che attribuiva al commissario straordinario, come accade nella legge Prodi bis, i poteri del commissario giudiziale, allora il commissario stesso non debba effettuare la comunicazione del deposito dell'elenco dei creditori.

A favore della necessità della comunicazione è stato osservato che la norma di chiusura della legge in esame, l'art. 8, rinvia all'applicazione delle norme del d.lgs.

²⁰⁷ V. Zanichelli, op. cit., 2120; D. Manente, *La procedura di ristrutturazione di grandi imprese in stato di insolvenza*, cit., 674.

²⁰⁸ Cfr. G. Buccarella, *Il concordato fallimentare, coattivo e straordinario*, cit., 407.

270/1999 ove compatibili. Ora, pare che l'abrogazione dell'inciso che attribuiva al commissario straordinario l'obbligo dell'avviso ai creditori, non possa far venir meno questa funzione, ma l'obbligo permane in virtù del rinvio in quanto non sembra esserci alcun'altra disposizione che contrasti con questo rinvio. In secondo luogo, bisogna tenere conto che il regolamento della comunità europea 1346/2000, riformato poi dal regolamento 848/2015, prevede che debba essere fatta una comunicazione a tutti i creditori conosciuti che hanno residenza abituale o domicilio in uno degli Stati membri.

In tali elenchi sembra che non debbano essere inseriti coloro che ai quali inizialmente non viene riconosciuto il credito. In dottrina²⁰⁹ si è però affermata l'opportunità della loro inclusione all'interno di questi primi elenchi in quanto gli interessati, tramite la presentazione di memorie, possano fornire il maggior numero di elementi possibili al fine di rendere il successivo elenco del giudice delegato il più completo possibile.

Il sesto comma dell'art. 4 bis invece prevede che nel termine di sessanta giorni il giudice delegato²¹⁰, coadiuvato dal commissario straordinario, forma gli elenchi dei creditori ammessi con le relative cause di prelazione, quelli ammessi con riserva e quelli esclusi. Nel caso operi la divisione dei creditori in classi deve anche essere indicata la classe a cui il creditore è destinato. Il giudice delegato dovrà tenere conto delle osservazioni pervenutegli a seguito del deposito degli elenchi ex c.5 del medesimo articolo, pertanto nel deposito degli elenchi "definitivi" dovrà motivare le sue scelte²¹¹.

Gli elenchi diventano esecutivi dal momento in cui vengono depositati presso la cancelleria del tribunale. Come si può notare dalla disciplina un creditore che compare negli elenchi predisposti dal commissario straordinario può comparire anche nei successivi elenchi predisposti dal giudice delegato senza che egli faccia espressa domanda di ammissione al passivo. Ma può accadere anche l'opposto, ovvero che dopo essere stati inseriti nei primi elenchi, il giudice a seguito di alcune osservazioni pervenutigli escluda tali creditori dagli elenchi definitivi. Si aggiunga che la normativa in esame nulla dice circa il valore che deve essere attribuito alle domande di ammissione al passivo fatte successivamente all'elenco del commissario straordinario.

²⁰⁹ V. Zanichelli, op. cit., 2121.

²¹⁰ In senso opposto, D. Manente, ult. op. cit., il quale sostiene che l'elenco definitivo dei creditori deve essere redatto dal commissario straordinario ed approvato dal giudice delegato.

²¹¹ V. Zanichelli, op. cit., 2124.

Inoltre, i termini entro cui poter essere ammessi al passivo cambiano, non rilevando più il momento della dichiarazione di insolvenza, bensì il termine entro cui far pervenire le proprie osservazioni ai sensi del comma quinto dell'art. 4 bis. Sembra evidente che le diverse esigenze sottese alla procedura della legge Marzano, c.d. accelerata, portano ad una semplificazione anche del procedimento di verifica del passivo che però rischia di ricadere in una minor tutela per i creditori che sono coinvolti con la società insolvente.

Come espressamente prevede l'art. 4 ter, il procedimento di accertamento del passivo, e quello della formazione degli elenchi, deve essere improntato su principi di massima celerità e speditezza²¹² sia per i termini ristretti previsti dall'art. 4 bis, sia per la natura della procedura, che mira a definirsi il più celermente possibile per ridurre al minimo i danni della crisi verificatasi.

Viene spontaneo chiedersi quali sono gli strumenti a disposizione dei creditori che vengono esclusi dalle liste predisposte dal giudice delegato per poter far valere il loro credito, ovvero cosa possono fare coloro che non compaiono all'interno delle liste per cause a loro non imputabili. Si pensi all'esempio del terzo revocato per il quale sono scaduti i termini per la presentazione delle domande o osservazioni nel momento in cui si producono gli effetti della revocatoria fallimentare.

Secondo alcuni in dottrina²¹³, il comma 6 dell'art. 4 bis prevede come unico strumento applicabile l'opposizione allo stato passivo in quanto la norma non fa alcun riferimento alle dichiarazioni tardive di credito. Infatti, presupposto perché si possa parlare di tardività delle dichiarazioni è l'aspetto di novità del credito in quanto nessuno lo ha precedentemente reclamato. Pertanto, pare che il legislatore alla domanda di ammissione allo stato passivo abbia sostituito la predisposizione degli elenchi da parte del commissario straordinario, venendo meno così la "novità" del credito e rendendo superflue le dichiarazioni tardive. Inoltre, l'art. 4 ter rinvia espressamente all'art. 4 bis per quanto riguarda l'accertamento del passivo, e non all'art. 53 della legge Prodi bis, il

²¹² G. Buccarella, *Il concordato fallimentare, coattivo e straordinario*, cit., 406; S. Tricomi, *Sul concordato nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese: brevi considerazioni alla luce della recente "Legge Marzano"*, cit., 1121.

²¹³ Cfr. E. Marinucci, *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, cit., 173; In senso opposto, U. Tedeschi, *Piano di risanamento e concordato nell'amministrazione straordinaria speciale*, cit., 760, secondo cui non c'è nessuna norma che impedisca l'utilizzo di tutti gli strumenti oppositivi presenti all'interno della legge fallimentare.

quale tratta invece delle dichiarazioni tardive di credito. Vi è però chi sostiene l'applicabilità di tutti gli strumenti presenti all'interno della legge fallimentare, comprese anche le dichiarazioni tardive di credito in quanto non c'è nessuna norma che ne impedisca l'utilizzo.

Nonostante il c. 6 rinvii solo agli artt. 98 a 100 l.f. in tema di contestazione del credito ammesso e di opposizione allo stato passivo, la mancata previsione delle dichiarazioni tardive comporta dei problemi in relazione agli effetti che produce il concordato. Infatti, come si tratterà in seguito, il comma 10 dell'art. 4 bis, stabilisce che gli effetti del concordato si producono per tutti i creditori anteriori alla procedura, anche se non hanno fatto domanda di ammissione. Questo problema è ancor più rilevante nel caso in cui la proposta di concordato preveda l'intervento di un assuntore.

Un ulteriore tema che si pone in relazione alle ipotesi in cui vi sia un assuntore riguarda i limiti entro cui può rispondere nei confronti dei creditori. La questione non ha trovato soluzione univoca in dottrina ed oscilla tra chi ritiene che l'assuntore risponda solo nei confronti di coloro che risultano dagli elenchi del giudice delegato, ovvero che risponda anche per i creditori anteriori che ne sono stati esclusi.

L'esclusione dei crediti in sede di composizione dello stato passivo è vincolante anche all'interno del concordato. Infatti, si può ritenere che i provvedimenti emessi in sede di accertamento del passivo abbiano efficacia endoconcorsuale, e pertanto, chi fosse escluso, potrà riassumere il giudizio davanti all'imprenditore una volta che questi è tornato in bonis. Le ragioni principali dell'efficacia solo ai fini del procedimento sono in primo luogo, il fatto che manchi un reale contraddittorio sia con i creditori che con l'imprenditore insolvente. Il legislatore, consapevole di questa cosa ha previsto che gli elenchi non pregiudicano una possibile successiva pronuncia che riguardi il riconoscimento del titolo di credito.

In secondo luogo, la soluzione dell'efficacia endoconcorsuale appare ancora più obbligata se si considera che gli elenchi del giudice delegato fungono da stato passivo anche se il concordato non viene approvato, producendo effetto anche nel caso in cui la procedura si converte in fallimento. Pertanto, anche in questo caso deve essere data la possibilità a tutti i creditori estromessi di avere un regolare giudizio di cognizione sull'esistenza del loro credito.

Infine, va segnalato che l'accertamento del passivo è fondamentale, perché oltre ad evidenziare coloro che hanno il diritto di voto, a cui è stato riconosciuto il credito, costituisce anche titolo per ottenere le azioni, quote o altri titoli finanziari nel caso in cui il commissario straordinario abbia utilizzato questi strumenti all'interno del concordato.

7.1. I possessori di strumenti finanziari

Con il d.l. 166/2004 è stato previsto che sono comunque ammessi nell'elenco del giudice delegato quei crediti il cui titolo rende difficile individuarne il possessore. Il credito che verrà inserito nell'elenco corrisponde all'importo complessivo di ogni singola categoria di strumenti finanziari.

Questa disposizione è stata inserita perché sovente, soprattutto qualora si tratti di imprese multinazionali, accade che vi siano possessori di titoli dematerializzati che circolano molto velocemente sul mercato, rendendo difficile l'individuazione del suo titolare nel momento della redazione degli elenchi. Pertanto, il legislatore ha comunque voluto che il possessore del titolo possa ricevere quanto gli spetta dal momento in cui si legittimano presentando domanda di ammissione ed i relativi documenti.

In ogni caso, i titolari di strumenti finanziari possono comunque presentare domanda di insinuazione al passivo, e qualora gli venga riconosciuto il credito, la somma a loro spettante verrà sottratta a quella complessiva della categoria a cui appartiene il possessore del titolo insinuatosi.

8. Pubblicità della proposta

Si è già detto che l'elenco dei creditori redatto dal giudice delegato con l'aiuto del commissario straordinario, diventa esecutivo a seguito del deposito presso la cancelleria del tribunale. Del deposito deve essere data immediata comunicazione ai creditori tramite la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, su due o più quotidiani a diffusione nazionale e tramite raccomandata o ogni altro modo che il giudice ritiene idoneo al fine di rendere i creditori edotti dell'avvenuto deposito.

La comunicazione è importante perché a partire da essa decorrono i termini per esperire i mezzi di impugnazione avverso lo stato passivo. Ma la norma crea problemi circa l'individuazione del *dies a quo* per proporre le opposizioni²¹⁴, in quanto, pur

²¹⁴ Cfr. D. Manente, *Il "decreto Parmalat": appunti di una prima lettura*, cit., 46; E. Marinucci, *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, cit., 184.

improntata su esigenze di speditezza e celerità, la comunicazione deve conseguire il suo obbiettivo onde evitare che la disposizione possa incorrere in censure di legittimità costituzionale. In realtà in dottrina²¹⁵ si è evidenziata la difficoltà, visto il gran numero di creditori che coinvolge questa procedura, di poter usare uno strumento più certo come quello della raccomandata con ricevuta di risposta.

La Corte è intervenuta proprio per assicurare che i termini inizino a decorrere dal momento in cui i creditori giungono effettivamente a conoscenza del deposito. Motivo per cui ha ritenuto non sufficiente né l'affissione degli elenchi presso la cancelleria, né la sola pubblicazione in Gazzetta Ufficiale o su quotidiani a diffusione nazionale.

Tale avviso del giudice delegato rileva anche perché contiene le modalità con cui i creditori ammessi e quelli ammessi con riserva, devono presentare il voto.

9. Impugnazioni avverso lo stato passivo

Il termine per presentare opposizione allo stato passivo o la contestazione del credito altrui, si è detto che decorre dal momento in cui il soggetto interessato è giunto a conoscenza del provvedimento. Lo stesso termine differisce a seconda che il creditore si trovi in Italia o all'estero, nel primo caso è di quindici giorni, nel secondo trenta.

La differenza di termine a seconda della diversa residenza dei creditori è una novità all'interno dell'ordinamento, diversificandosi infatti dal termine della legge fallimentare che è di trenta giorni indipendentemente dal domicilio dei creditori.

Si può ritenere che il legislatore abbia fatto questa distinzione nel rispetto del principio della celerità e speditezza del subprocedimento di accertamento del passivo, ritenendo che per coloro che siano residenti in Italia sia più facile proporre opposizione, prevedendo per loro un termine minore così da sollecitare il loro immediato intervento così da non prolungare in tempi della procedura.

10. votazione ed approvazione del concordato

Si è già detto della funzione degli elenchi, depositati nella cancelleria del tribunale da parte del giudice delegato, di legittimare coloro che ne vengono ricompresi al voto sulla proposta di concordato. Può essere considerata singolare l'ipotesi di votazione in un

²¹⁵ U. Tedeschi, *Piano di risanamento e concordato nell'amministrazione straordinaria speciale*, cit., 759, il quale, dopo aver sottolineato il problema, aggiunge che il termine per le impugnazioni decorre dall'ultima comunicazione utile anche se non è quella presente in Gazzetta Ufficiale. Anche A. Paluchowski, *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, cit., 2564.

concordato contenuto all'interno di una procedura che è fortemente indirizzata alla prosecuzione dell'attività ed al risanamento dell'impresa di cui è oggetto. Lasciare la possibilità ai creditori di opporsi al concordato previsto nel programma del commissario sembra essere contrastante con le suddette finalità.

È però stato osservato²¹⁶ che la previsione di una votazione per i creditori può considerarsi un giusto bilanciamento in una procedura che ha una forte componente pubblicistica, in considerazione della forte discrezionalità riconosciuta in capo al commissario straordinario nella formazione della proposta di concordato e nella possibile divisione dei creditori in classi.

Riguardo alle modalità di voto il comma 8 dell'art. 4 bis prevede che i creditori possano esprimere il loro voto mediante telegramma, lettera raccomandata o con altre modalità ritenute idonee da parte del giudice delegato²¹⁷. Si ritiene²¹⁸ che sia il giudice delegato tramite l'avviso di cui al comma 6 dell'articolo sopracitato a specificare le modalità con cui i creditori possono esprimere il loro voto, fatto salvo la possibilità di poterlo esprimere sempre tramite telegramma o raccomandata. Il termine entro cui devono pervenire i voti è di massimo sessanta giorni dalla ricezione, o dalla conoscenza, del deposito degli elenchi presso la cancelleria del tribunale.

Perché si possa ritenere il concordato approvato dai creditori devono votare favorevolmente la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Si può notare anche da questo aspetto l'importanza fondamentale dell'elenco predisposto dal giudice delegato, che oltre a legittimare i titolari del voto, serve per calcolare le maggioranze necessarie al fine

²¹⁶ Cfr. S. Tricomi, *Sul concordato nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese: brevi considerazioni alla luce della recente "Legge Marzano"*, cit., 1123.

²¹⁷ Così l'art. 4 bis c. 8: "Il concordato è approvato se riporta il voto favorevole della maggioranza del valore assoluto dei crediti ammessi. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se riporta il voto favorevole della maggioranza dei creditori appartenenti a ciascuna classe, la quale rappresenti la maggioranza dei crediti ammessi alla classe medesima. I creditori possono esprimere il loro voto, da fare pervenire presso la cancelleria del tribunale nel termine stabilito dal giudice delegato, tramite telegramma, ovvero lettera raccomandata, ovvero altra modalità ritenuta idonea dal giudice delegato medesimo. I creditori che non fanno pervenire il proprio voto entro il suddetto termine si ritengono consenzienti. L'eventuale variazione del numero dei creditori ammessi in via provvisoria, ovvero dell'ammontare dei singoli crediti, che avvenga per effetto di provvedimento successivo al deposito dell'elenco provvisorio dei creditori di cui al comma 6, non influisce sul calcolo della suddetta maggioranza. Il concordato approvato dai creditori è obbligatorio per tutti i creditori anteriori all'apertura della procedura di amministrazione straordinaria. I crediti accertati con provvedimento successivo al deposito dell'elenco provvisorio dei creditori, di cui al comma 6, ivi inclusi quelli di cui all'articolo 4ter e quelli fatti valere successivamente alla chiusura della procedura di amministrazione straordinaria ai sensi del comma 11, sono soddisfatti nella stessa misura e con le stesse modalità previste dal concordato".

²¹⁸ V. Zanichelli, *L'amministrazione straordinaria*, cit., 2131.

dell'approvazione del concordato. Tale norma ricalca sostanzialmente quella prevista dall'art. 128 l.f. in tema di concordato fallimentare, pertanto non è richiesta la doppia maggioranza (in rapporto al totale dei crediti e per teste). Con ciò si è evidenziato²¹⁹ l'evidente favore del legislatore nei confronti di questo procedimento perché è necessario che pochi grandi creditori votino favorevolmente perché sia raggiunta la maggioranza necessaria a discapito dei piccoli creditori²²⁰.

Un altro aspetto che denota il favore del legislatore nei confronti di questa procedura è la previsione, sempre recepita dal concordato fallimentare, del principio del silenzio assenso. Tale principio comporta che nel caso in cui i creditori non esprimano il loro voto, questo viene considerato come positivo nei confronti della proposta concordataria. Allo stesso modo si considerano favorevoli i creditori che pur potendo legittimarsi al voto sono rimasti inerti. Pertanto, coloro che vogliono esprimere un voto negativo hanno l'onere di far pervenire presso la cancelleria del tribunale il loro voto nelle modalità stabilite dal giudice delegato.

Si è detto in precedenza²²¹ del particolare metodo di ammissione per i possessori di strumenti finanziari e si è detto anche del principio per cui è considerato assenziente anche colui che, pur avendo titolo per essere inserito negli elenchi del giudice delegato, non si è adoperato in tal senso. Anche per loro quindi, c'è l'obbligo di esprimere il proprio voto, soprattutto se intende essere negativo.

Una domanda che sorge spontaneo porsi riguarda il voto dei creditori privilegiati. Si è già visto come con lo strumento della divisione in classi dei creditori, operato dal commissario straordinario, si possa prevedere il non integrale pagamento di questa categoria di creditori, derogando così al principio della *par condicio creditorum*. Nelle prime stesure dell'istituto del concordato all'interno della legge fallimentare ai creditori muniti di privilegio non veniva mai riconosciuto il diritto di voto in quanto al loro credito veniva garantito integrale pagamento.

Ma proprio a seguito della possibilità di una falciatura del loro credito, la possibile decurtazione del loro credito e la mancanza di una norma di senso opposto, si può

²¹⁹ A. Paluchowski, *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, cit., 2564.

²²⁰ Cfr. A. Paluchowski, *op. cit.*, 2565, per cui è evidente che se si voglia perseguire il risanamento o il salvataggio di una grandissima impresa sia richiesto il consenso dei grandi creditori più che dei piccoli creditori o dei risparmiatori coinvolti.

²²¹ Vedi §7.1

affermare che il diritto di voto spetti anche alla suddetta categoria²²². Si aggiunga che, il previgente art. 124 l.f., stabilisce che i creditori privilegiati non possono subire alcuna falcidia senza un loro previo consenso, sembra andare nella direzione di permettere il loro voto nel solo caso in cui il commissario straordinario limiti il loro soddisfacimento.

Di contro si può affermare che se vi fossero dei creditori ai quali il concordato assicura integrale pagamento, non potrebbe essergli riconosciuto il diritto di voto²²³, anche nel caso in cui si tratti di creditori privilegiati, e non vi sia la divisione in classi. Un altro orientamento²²⁴ sostiene invece che, nel caso in cui una classe in cui siano raggruppati dei creditori chirografari a cui è riconosciuto integrale pagamento, non possa escludersi il loro diritto di voto in quanto un trattamento si fatto può essere da loro conseguito solo a seguito dell'approvazione del concordato, pertanto essi hanno interesse alla partecipazione del voto.

A parere di chi scrive l'esclusione del voto in caso di integrale pagamento è da riferirsi esclusivamente ai creditori privilegiati in quanto possessori di garanzie a tutela dei loro interessi²²⁵. Al contrario, i creditori chirografari vengono tutelati solo in base a quanto previsto all'interno del concordato, e pertanto, è necessario che esprimano la loro volontà in ordine alla proposta.

Nel caso in cui sia prevista la divisione dei creditori in classi la situazione cambia leggermente in quanto non solo è necessaria la maggioranza dei crediti ammessi al voto, ma anche il voto favorevole della maggioranza delle classi. Il voto di una classe si intende favorevole qualora votino positivamente la maggioranza dei crediti ammessi al voto appartenenti alla classe stessa. Il comma 9 dell'art. 4 bis prevede la possibilità che il tribunale approvi il concordato nonostante vi siano delle classi dissenzienti qualora non ci siano delle alternative concretamente praticabili e che siano maggiormente convenienti. Tale fenomeno si accosta al c.d. *cram dawn* americano, previsto nel *Chapter 11*, con la differenza che la disciplina fallimentare d'oltreoceano ha previsto quale alternativa che il tribunale deve valutare, quella della liquidazione dei beni.

²²² Cfr. M. Ferro, *Le classi di creditori nel concordato proposto dal commissario della amministrazione straordinaria speciale*, cit., 586; G. Alessi, *L'amministrazione straordinaria accelerata (legge Parmalat)*, cit., 29; S. Bonfanti, *La procedura di ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni (legge "Marzano")*, cit., 373.

²²³ Cfr. P. Beltrami, *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, cit., 195.

²²⁴ Cfr. D. Manente, *La procedura di ristrutturazione di grandi imprese in stato di insolvenza*, cit., 679.

²²⁵ In questo senso G. Buccarella, *Il concordato fallimentare, coattivo e straordinario*, cit., 396.

Al contrario, nella disciplina dell'art. 4 bis, non sono presenti i criteri che il tribunale deve utilizzare nel giudizio di approvazione del concordato. Bisogna segnalare che questo è l'unico caso in cui il tribunale svolge un giudizio di merito all'interno del procedimento di concordato in quanto nelle precedenti fasi di approvazione del programma e di redazione degli elenchi dei creditori ammessi, il compito spetta rispettivamente al Ministro ed al giudice delegato. Ci si è chiesti quali siano le alternative che devono essere valutate dal giudice.

È stato sostenuto²²⁶ che il tribunale deve prendere in considerazione non solo quelle liquidatorie, in quanto così facendo verrebbe meno la finalità conservativa della procedura. Sarebbe più consono con l'insieme delle disposizioni precedentemente analizzate che il giudizio si fondi su tutte le ipotesi che il commissario straordinario avrebbe potuto seguire inizialmente.

In realtà si può notare che il giudizio svolto dal tribunale non può essere altro che un giudizio prognostico²²⁷ in quanto, deve individuare quelle che sono le alternative concretamente praticabili, e valutare se possono garantire una maggior soddisfazione al creditore. La critica ha sottolineato come tale strumento sia un ulteriore aspetto di un fenomeno di degiurisdizionalizzazione attuato dalla legge Marzano rispetto ad una disciplina, come quella della legge Prodi bis ove si era tentato di bilanciare i poteri degli organi pubblici con un'ampia gamma di competenze in capo al tribunale. Infatti, è molto difficile compiere questa valutazione per tale organo.

Sembra non essere previsto un giudizio di opposizione²²⁸, sulla base del fatto che non c'è nessuna norma che lo prevede. Inoltre, questo strumento era stato previsto all'interno dei concordati c.d. coattivi con la funzione di bilanciare la mancanza del voto che in realtà è previsto all'interno della disciplina in esame. Si aggiunga che i creditori dissenzienti possono successivamente impugnare la sentenza di approvazione di concordato in Corte d'Appello. A ciò si può ribattere che l'impossibilità di presentare opposizioni al giudice renderebbe la valutazione del tribunale priva di alcun tipo di contraddittorio. Inoltre, dovrebbe essere lasciata al creditore la possibilità di sollecitare il tribunale con lo strumento dell'opposizione su quelle che potrebbero essere le alternative applicabili in caso di dissenso di una o più classi.

²²⁶ G. Buccarella, op. cit., 398; A. Paluchowski, *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, cit., 2565.

²²⁷ Cfr. A. Paluchowski, op. cit., 2565.

²²⁸ V. Zanichelli, *L'amministrazione straordinaria*, cit., 2131.

11. Mancato raggiungimento delle maggioranze

Nel caso non vengano raggiunte le maggioranze previste, anche qualora vi sia la divisione in classi, il concordato non viene approvato, ma non opera l'automatica conversione in fallimento. Infatti, al commissario straordinario è lasciato un termine di 60 giorni nei quali, in applicazione dell'art. 60 della legge Prodi bis, può presentare modifiche al piano. Egli può comunque perseguire l'obiettivo di ristrutturare l'impresa ma con mezzi diversi dal piano di risanamento. Pertanto, potrà presentare nel suddetto termine un piano di cessione²²⁹. In deroga a quanto previsto dall'art. 27 c. 2 lettera a), la durata del piano può essere di due anni anziché uno. In caso il programma di cessione non venisse approvato o il commissario non si adoperasse per presentarlo, il tribunale ha l'onere di disporre la conversione della procedura in fallimento. Mantengono validità gli atti legalmente compiuti prima della conversione della procedura, tra cui, si ricorda l'ultrattività degli elenchi disposti dal giudice delegato nel particolare subprocedimento di accertamento del passivo previsto all'art. 4 bis a seguito della proposta di concordato.

12. Approvazione del concordato da parte del tribunale, pubblicità della sentenza ed effetti

Nel caso siano raggiunte le maggioranze richieste la legge sembra essere chiara nel prevedere che il tribunale debba solo approvare il concordato escludendosi ogni tipo di valutazione sulla convenienza²³⁰ in quanto questa è riservata ai creditori tramite lo strumento del voto. L'unica valutazione nel merito che è richiesta, come già precedentemente detto, si svolge nel caso in cui vi sia divisione dei creditori in classi ed una minoranza di esse sia dissenziente.

Vi è invece chi²³¹ afferma che il controllo del tribunale debba essere più pregnante che il solo calcolo delle maggioranze. In particolare, si sostiene che il tribunale debba verificare il corretto collocamento all'interno della classe, ovvero che il concordato sia conforme alla legge e non contrasti con norme imperative.

²²⁹ In senso critico, S. Tricomi, *Sul concordato nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese: brevi considerazioni alla luce della recente "Legge Marzano"*, cit., 1124.

²³⁰ V. Zanichelli, op. cit., 2130; S. Bonfanti, ult. op. cit., 373; D. Manente, *Il "decreto Parmalat"*: appunti di una prima lettura, cit., 50; A. Paluchowski, op. cit., 2566.

²³¹ G. Buccarella, ult. op. cit., 398.

Al necessario giudizio sulla conformità delle classi riguardo alla corretta collocazione si può ribattere²³² che, non essendo previsto in nessuna norma a chi spetti giudicare, tale accertamento debba svolgersi secondo l'ordinario rito di cognizione. Così facendo però rimarrebbero prive di alcuna utilità le opposizioni presentate dai creditori²³³. Si può quindi ritenere che il tribunale nell'accogliere la proposta di concordato debba motivare la decisione tenendo conto delle osservazioni, opposizioni, ed ogni altra dichiarazione pervenutagli in ordine allo stato passivo, ovvero alla convenienza per i creditori stessi.

La sentenza di approvazione o di rigetto del concordato viene presa in camera di consiglio senza la preventiva audizione delle parti interessate e senza alcuna assunzione di pareri da parte dell'autorità amministrativa. La sentenza deve essere pubblicata a norma dell'art. 17 l.f., e per estratto, in quotidiani a diffusione nazionale, ed in caso vi sia un elevato numero di creditori stranieri, anche su quotidiani a diffusione internazionale, ovvero mediante le modalità previste dalla sentenza stessa.

La sentenza di approvazione è provvisoriamente esecutiva, pertanto non sospende i suoi effetti in caso sia proposta impugnazione. L'immediata esecutività comporta il trasferimento dei beni in capo all'assuntore ove sia previsto nella proposta²³⁴.

Gli effetti del concordato si producono dal momento della sentenza di approvazione del tribunale, e produce i suoi effetti nei confronti di tutti i creditori anteriori all'apertura della procedura, che lo sono per titolo, fatto, causa o altra ragione, così comprendendovi anche coloro che non hanno votato o contestato la loro ammissione al credito. Pur nel silenzio della legge si può ritenere che la sentenza sia vincolante anche nei confronti di quei creditori che non hanno fatto domanda di insinuazione al passivo. Per quanto riguarda i creditori esclusi dagli elenchi non hanno diritto ad alcunché a meno che non abbiano fatto opposizione e la loro opposizione non sia stata accolta.

13. Impugnazioni, esecuzione e chiusura della procedura

Nei confronti della sentenza che approva il concordato si può proporre appello nel termine di 15 giorni dalla pubblicazione della stessa sentenza. Legittimati a proporre

²³² Cfr. U. Tedeschi, *Piano di risanamento e concordato nell'amministrazione straordinaria speciale*, cit., 762.

²³³ P. Beltrami, *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, cit., 203.

²³⁴ D. Manente, *La procedura di ristrutturazione di grandi imprese in stato di insolvenza*, cit., 681; U. Tedeschi, *op. cit.*, 763.

appello sono l'imprenditore insolvente, i creditori ed il commissario straordinario. A differenza dei dubbi posti nell'amministrazione comune, si può ritenere²³⁵ che l'imprenditore sia legittimato a proporre appello sia in caso la proposta di concordato venga approvata, sia nel caso in cui venga rigettata. Questo perché l'imprenditore, non avendo potere di iniziativa in ordine alla proposta di concordato, subisce sempre l'iniziativa del commissario straordinario.

Il commissario invece, quale proponente, si ritiene²³⁶ possa impugnare la sentenza solo qualora sia respinta la proposta di concordato. Per quanto riguarda i creditori, possono impugnare la sentenza coloro che avevano fatto opposizione, in particolare si individua²³⁷ chi ha fatto opposizione agli elenchi predisposti dal giudice delegato e chi in sede di votazione si è espresso negativamente.

Il giudizio si apre con normale atto di citazione davanti alla Corte d'Appello e si svolge secondo il normale rito di un processo a cognizione piena, a differenza della sentenza di approvazione o di rigetto che è presa in camera di consiglio.

Come precedentemente anticipato, la sentenza è provvisoriamente esecutiva, anche in caso vi sia un assuntore, e il comma 10 dell'art. 4 bis stabilisce che non si procede alla sospensione dell'esecuzione della sentenza nel caso sia proposta un'impugnazione²³⁸. Ne consegue che il concordato debba essere eseguito sotto la vigilanza del commissario straordinario o del Ministro anche durante la pendenza del giudizio di fronte alla Corte d'Appello.

La procedura si chiude con il passaggio in giudicato della sentenza che approva il concordato. Tale previsione ha destato delle critiche partendo dal presupposto che la finalità principale della procedura di amministrazione straordinaria è il risanamento dell'impresa. La previsione della chiusura della procedura mediante passaggio in giudicato della sentenza di concordato, con il quale si regola l'entità ed il metodo di pagamento dei creditori, e la mancata previsione di un controllo sul reale risanamento dell'impresa, pare essere in contrasto con le suddette finalità²³⁹. Sarebbe stato più consono prevedere l'utilizzo dello strumento del concordato solo conseguentemente

²³⁵ Cfr. A. Paluchowski, op. cit., 2564.

²³⁶ Cfr. G. Leogrande, *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, cit., 1651; P. Beltrami, op. cit., 208.

²³⁷ P. Beltrami, op. cit., 208.

²³⁸ Cfr. V. Zanichelli, op. cit., 2131; G. Leogrande, op. cit., 1651.

²³⁹ R. Rossi, *L'amministrazione straordinaria tra Prodi bis, Decreto Marzano e legge 18 febbraio 2004*, n. 39, cit., 49; A. Paluchowski, op. cit., 2567.

all'abbandono del piano di risanamento, in quanto pare essere uno strumento più liquidatorio che utile al mantenimento delle unità produttive.

Come si può notare dalla norma la procedura può chiudersi nonostante il concordato non sia ancora stato eseguito, ed in mancanza di una norma esplicita non si può desumere che l'esecuzione debba avvenire entro la scadenza del termine per l'attuazione del programma di ristrutturazione²⁴⁰.

Nonostante la legge in esame non dica nulla circa l'esecuzione del concordato, e per i problemi sopracitati, si può ritenere che il commissario straordinario ne sorvegli l'esecuzione, sia nel caso in cui il compito di attuarlo spetti all'imprenditore, sia nel caso in cui vi sia un assuntore che si è impegnato ad eseguire il concordato, sotto la supervisione del giudice delegato. Ciò comporta che tali organi rimangono in carica anche successivamente al passaggio in giudicato della sentenza.

Non si dice nulla anche in relazione alla ricorribilità per cassazione del provvedimento emesso in sede di appello. È un principio generale del nostro ordinamento che ove non sia espressamente negata, si possa ricorrere in Cassazione. Qualora invece si volesse negare la possibilità del ricorso ordinario, opererebbe in via residuale e come norma di chiusura l'articolo 111 della Costituzione nel caso in cui vengano lesi diritti soggettivi perfetti quali quelli dei creditori.

14. Risoluzione ed annullamento

La normativa nulla dice rispetto agli istituti della risoluzione e dell'annullamento del concordato. Già si è detto²⁴¹ in questo capitolo, del dibattito riguardante l'applicazione degli istituti sopracitati all'interno del concordato straordinario, ove la dottrina maggioritaria si è espressa nel senso della loro applicazione.

Qui la norma di chiusura, l'art. 8, non sembra essere di aiuto in quanto rimandando alla disciplina della legge Prodi bis ove non è previsto espressamente l'utilizzo della risoluzione e dell'annullamento, non colma la lacuna normativa. Parte della dottrina²⁴² ha affermato l'immediata conversione della procedura in fallimento qualora il concordato rimanesse inadempito.

²⁴⁰ G. Alessi, *L'amministrazione straordinaria accelerata (legge Parmalat)*, cit., 22; M. Ferro, *Le classi di creditori nel concordato proposto dal commissario della amministrazione straordinaria speciale*, cit., 587, il quale sostiene l'irrelevanza del pagamento dei creditori nel biennio di esecuzione del programma, essendo che il pagamento può essere negoziato in modo diverso tra i creditori stessi.

²⁴¹ Si rinvia alla parte I del presente capitolo §11.

²⁴² Cfr. P. Beltrami, op. cit., 216.

Secondo un altro orientamento²⁴³, preferibile a parere di chi scrive, pur mancando una norma espressa, non vi è incompatibilità logica all'applicazione dell'art. 215 l.f. in tema di liquidazione coatta amministrativa. In questo caso ove fosse pronunciata sentenza di risoluzione o di annullamento, la procedura si riapre davanti al medesimo tribunale che aveva pronunciato la sentenza. L'autore sostiene che la situazione appena descritta equivale a quella di concordato non approvato, pertanto il commissario ha 60 giorni per presentare un piano alternativo di cessione, altrimenti opera la conversione della procedura in fallimento. La possibilità data al commissario di presentare un programma alternativo, invece che l'immediata conversione in fallimento, pare essere più coerente con la finalità risanatoria della procedura, permettendo di perseguirne il fine mediante un'altra via.

15. Il concordato di gruppo

All'interno di un insieme di società costituenti un gruppo, la crisi di una di esse influisce sull'andamento delle altre, producendo un effetto a catena. Nonostante questo, all'interno del nostro ordinamento non c'è una disciplina organica dell'insolvenza dei gruppi, ma una moltitudine di norme che talvolta di sovrappongono tra esse.

All'interno dell'amministrazione straordinaria il gruppo di imprese assume rilevanza in quanto, le società che vi appartengono, vengono comprese nella procedura tramite un meccanismo di estensione degli effetti della procedura stessa, al verificarsi di certi requisiti.

All'interno della legge in esame il meccanismo di estensione ha effetti molto ampi in quanto, a seguito del dissesto del gruppo Alitalia, perché una società sia ammessa alla procedura basta anche un'insignificante partecipazione in altra impresa che sia già sottoposta alla procedura di amministrazione straordinaria²⁴⁴. Inoltre, se il gruppo di imprese è costituito da almeno un anno, i requisiti dimensionali possono essere verificati congiuntamente tra le imprese appartenenti al gruppo, salvo la rispettiva autonomia delle masse attive e passive.

L'art. 4 bis c. 2 prevede che "La proposta di concordato può essere unica per più società del gruppo sottoposte alla procedura di amministrazione straordinaria, ferma restando l'autonomia delle rispettive masse attive e passive". Questa norma presenta degli

²⁴³ G. Buccarella, *Il concordato fallimentare, coattivo e straordinario*, cit., 404.

²⁴⁴ Cfr. G. Buccarella, op. cit., 426.

aspetti di novità all'interno dell'ordinamento, in quanto, per la prima volta, sancisce la possibilità che la proposta di concordato sia unica per più società di un gruppo. In passato questa possibilità era stata ammessa solo per via giurisprudenziale in relazione al concordato preventivo²⁴⁵.

Il fatto che vi possa essere un'unica proposta di concordato non comporta necessariamente che, nel momento in cui sia presentata, siano coinvolte al suo interno tutte le società del gruppo²⁴⁶. Il legislatore lascia al commissario la facoltà di decidere se prevedere all'interno del programma una proposta unitaria o meno.

Come già anticipato, la norma prevede che vi sia autonomia delle rispettive masse attive e passive. Ciò comporta che nel caso in cui operi la divisione in classi, al loro interno ci siano creditori che subiscono trattamenti differenziati in ragione dell'appartenenza a diverse società del gruppo. I creditori possono così entrare a far parte di classi c.d. trasversali²⁴⁷, costituite su più masse ognuna delle quali con condizioni patrimoniali differenti a seconda della condizione della società a cui è riferita. Questa disposizione tende evidentemente a mantenere unite le varie unità produttive sottoposte alla procedura di amministrazione straordinaria.

La norma presenta però degli svantaggi. Da un lato i creditori di più società che vengono inseriti in classi molto ampie vedono il loro voto perdere di peso. Dall'altro, il commissario straordinario nel formulare la proposta, dovrà tenere conto dei diversi interessi in capo ai creditori di tutte le società, onde evitare che non venga approvata per il malcontento di alcuni di loro dovuto ad un trattamento non conforme alle loro aspettative. Inoltre, vista la moltitudine di creditori è più difficile raccogliere le dichiarazioni di voto, ovvero svolgere le comunicazioni a ciascuno di essi secondo le forme prescritte dalla legge.

Il tribunale competente a decidere sul concordato è quello dove è stata aperta la procedura madre e le altre procedure che, via via, per effetto dell'estensione, sono state aperte per le altre società del gruppo. Si ha così un'ipotesi di consolidamento processuale previsto dalla legge.

²⁴⁵ Trib. Terni, 19 maggio 1997, in Fall. 1998, II, 290, ove si è ritenuto possibile aprire con un unico decreto una procedura unitaria nei confronti di diverse società del gruppo seppure con votazioni distinte.

²⁴⁶ Cfr. G. Buccarella, op. cit., 433; A. Daccò, *sub art. 4 bis in d.l. 347/2003*, cit., 164.

²⁴⁷ G. Leopazza, op. cit., 1647.

Per quanto riguarda la votazione, vi partecipano tutti i creditori delle società nei cui confronti produce effetto la proposta di concordato, che siano stati ammessi negli elenchi disposti dal giudice delegato. Questa può considerarsi una grande innovazione in quanto vi sono creditori che sono estranei alla gestione dell'impresa principale, o capogruppo, ma che possono incidere su di essa con lo strumento del voto. Infatti, al pari del concordato che coinvolge una sola impresa, la proposta ex art. 4 bis c. 2 produce effetti nei confronti di tutti i creditori anteriori alla proposta di concordato, ma anche non appartenenti alla società che ha causato il dissesto del gruppo.

Nel momento in cui la procedura si chiude, ossia al passaggio in giudicato della sentenza di approvazione del concordato, per tutte le imprese rimaste estranee alla proposta opererà la conversione in fallimento ove non presentino concrete prospettive di recupero.

CAPITOLO IV

PRINCIPALI DIFFERENZE TRA LE DISCIPLINE DI AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLE SOLUZIONI C.D. NEGOZIALI.

SOMMARIO: 1. Breve ricostruzione della disciplina di amministrazione straordinaria. – 2. Legittimazione alla proposta concordataria. – 3. L'accertamento del passivo. – 3.1. Distribuzione di acconti parziali – 4. I gruppi. – 5. Le azioni revocatorie. – 6. L'approvazione del concordato.

1. Una breve ricostruzione della disciplina di amministrazione straordinaria

L'introduzione del d.l. 347/2003, della legge di conversione e delle successive modificazioni, ha portato a due il numero di leggi che regolano il medesimo fenomeno, ossia l'amministrazione straordinaria. Quest'ultima si rivolge alle c.d. grandissime imprese in stato di insolvenza, mentre la disciplina precedente, introdotta con il d.lgs. 270/1999, alle grandi imprese.

La legge Marzano ha portato ad una forte sterzata per le scelte compiute, rispetto alla precedente disciplina. Infatti, viene dato ampio potere agli organi amministrativi, in particolare al Ministro ed al commissario straordinario, riguardo all'apertura ed allo sviluppo della procedura stessa. Contestualmente all'approvazione del Ministro, per la sottoposizione dell'impresa decotta alla procedura di amministrazione straordinaria, viene fatta istanza, al tribunale competente, per la dichiarazione dello stato di insolvenza.

Come si può notare, vi è un'inversione rispetto a quello che accade con la procedura disciplinata dalla c.d. Prodi Bis. Tale disciplina prevede che, il primo passo, si svolga davanti al tribunale, il quale, a seguito di un periodo di osservazione, può dichiararne lo stato di insolvenza, e se vi sono concrete prospettive di recupero degli organismi produttivi, sancisce l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria. Spetta poi al Ministro nominare il commissario, o i commissari straordinari. Inoltre, egli vigila sulla procedura ed ha funzione autorizzatoria. La principale autorizzazione concerne il programma predisposto dal commissario straordinario, che può seguire alternativamente due indirizzi, quello di cessione, ovvero quello di ristrutturazione. È necessaria un'autorizzazione anche qualora il commissario straordinario decida di modificare il piano in un momento successivo alla sua autorizzazione.

La compresenza di due norme che regolano il medesimo fenomeno pone il tema del rapporto tra le due procedure. In particolare, ci si chiede se esse si pongono in un rapporto di specialità l'una con l'altra, o se si tratti di due procedure distinte.

Già si è detto²⁴⁸ degli elementi che fanno propendere verso la prima delle due soluzioni. Si ricordino solo, quali elementi a favore di questa tesi, il rinvio generale dell'art. 8 della c.d. legge Marzano alla disciplina precedente; la necessità di un meccanismo di apertura più celere rispetto alla legge Prodi bis al fine di evitare che venga aperta una procedura di insolvenza in un altro Stato dell'Unione ai sensi della direttiva europea n. 1346/2000.

La legge Marzano aggiunge quindi la possibilità alle imprese di grandissime dimensioni di sottoporsi ad una procedura che potrebbe definirsi più snella rispetto alla corrispettiva della legge Prodi bis. Nel caso si ponga il problema della concorrenza delle due discipline si applicherà quella tra le due che per prima viene aperta. L'art. 2 del d.l. 347/2003 legittima solo l'imprenditore a richiedere l'ingresso alla procedura. Pertanto, egli avrà la possibilità di scegliere a quale delle due procedure sottoporsi, salvo che, prima che egli proponga istanza, i creditori proponano istanza al tribunale per la dichiarazione dello stato di insolvenza. In questo caso infatti, l'unica disciplina applicabile rimane quella della legge Prodi bis.

Nonostante il rapporto di alternatività²⁴⁹ tra le due procedure, le finalità, seppur definite con diverse terminologie²⁵⁰, sembrano essere le medesime. Gli strumenti che la legge del '99 mette a disposizione per raggiungere lo scopo che si prefigge sono il piano di cessione o alternativamente quello di ristrutturazione. Mentre la disciplina successiva, l'unico strumento utilizzabile è quello del piano di ristrutturazione.

A seguito del dissesto del gruppo Alitalia, è stata introdotta la possibilità che il commissario straordinario adotti anche l'indirizzo di cessione fin dall'inizio della procedura ex d.l. 347/2003. Con la stessa legge, oltre ai due indirizzi sopracitati, il

²⁴⁸ Vedi *supra*, cap. I, § 3.

²⁴⁹ Cfr. M. Fabiani e M. Ferro, *Dai tribunali ai ministeri: prove di degiurisdizionalizzazione della gestione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2004, I, 138, i quali affermano che la procedura di cui alla legge Marzano si pone quale alternativa a quella delineata dalla Prodi bis. Alcune pagine prima nel medesimo saggio, sostengono che la nuova legge non crea una nuova procedura, bensì si inserisce in quella già delineata dalla legge vigente di amministrazione straordinaria.

²⁵⁰ M. Fabiani e M. Ferro, *op. cit.*, 137, i quali affermano che l'espressione "ristrutturazione economico finanziaria", contenuta nell'art. 1 de d.l. 347, non sia idonea a qualificare una diversa finalità della legge Marzano rispetto alla disciplina comune. Il tratto distintivo della nuova procedura sta nelle modalità con cui la finalità conservativa/risanatoria può essere raggiunta.

legislatore ne ha previsto un terzo sulla cui base il commissario straordinario può redigere il programma. Si tratta del piano di cessione autonoma di beni e contratti, che non sono idonei a formare un autonomo ramo di azienda.

Le due figure di concordato presentate nelle rispettive leggi dagli artt., 78 per quanto riguarda la legge Prodi bis, e 4 bis relativamente alla legge Marzano, presentano delle differenze che in parte rispecchiano quelle delle due discipline. Rispettivamente, la prima non introduce una nuova figura di concordato, ma rimanda alla disciplina della legge fallimentare in tema di liquidazione coatta amministrativa. Il rinvio a questa disciplina comporta la mancanza del voto da parte dei creditori, i quali potranno solo fare opposizione in seguito all'approvazione del concordato, ed alcuni problemi di coordinamento tra le discipline che hanno portato, ad esempio, al dubbio sulla possibilità di suddivisione dei creditori in classi. Mentre l'aspetto di novità che questa norma presenta è l'introduzione, al c.2 dell'art. 78, dei criteri che il Ministro deve valutare nell'autorizzare la presentazione della proposta di concordato. Inoltre, bisogna segnalare che la proposta non è necessariamente inserita all'interno del programma, ma è indipendente da essa, potendo così essere presentata successivamente purché la procedura non sia già stata chiusa. Legittimati alla proposta sono l'imprenditore ed i terzi interessati, venendo così escluso il commissario straordinario.

La seconda invece, presenta caratteristiche di assoluta novità all'interno del nostro ordinamento concorsuale, che hanno successivamente portato alla riforma dei rispettivi istituti, quali il concordato fallimentare ed il concordato preventivo²⁵¹. È prevista un'ampia scelta di strumenti ai quali il commissario straordinario può ricorrere per soddisfare i creditori. Infatti, l'art. 4 bis c. 1, lettera c), prevede che possa essere utilizzata qualsiasi forma tecnica o giuridica, come ad esempio, l'attribuzione di azioni o titoli partecipativi della società decotta, o di una società appositamente costituita dal commissario. Le previsioni della suddivisibilità dei creditori in classi, e la possibilità di riservare trattamenti differenziati tra le stesse, mettono fine al dibattito che si era formato nella legge precedente. Infine, vengono previste la possibilità di formulare un'unica

²⁵¹ Si segnala che rimangono comunque delle differenze tra l'art. 4 bis e l'art. 124 l.f.. Quest'ultimo, seppur riprende tutte le novità introdotte dal primo, prevede la possibilità di cessione dei beni appartenenti all'azienda. Tale possibilità è per forza di cose esclusa all'interno del concordato disciplinato dalla legge Marzano in quanto l'unico indirizzo in cui può essere inserita la domanda è quello di ristrutturazione.

proposta per più società appartenenti allo stesso gruppo, e la cedibilità delle azioni revocatorie anche se viene predisposto un piano di risanamento.

Differentemente dalla precedente disciplina, il concordato speciale è parte integrante del programma e la sua riuscita dipende dall'approvazione o meno di quest'ultimo. La legittimazione non spetta più all'imprenditore ed ai terzi bensì solo al commissario straordinario, che infatti, è il medesimo soggetto chiamato a redigere il programma. Un'ulteriore differenza concerne il fatto che i creditori sono chiamati a votare la proposta fatta dal commissario straordinario. Bisogna infine sottolineare, che qualora il commissario predisponga un piano di cessione, non è esclusa la proponibilità di un concordato, ma la disciplina applicabile non sarà quella dell'art. 4 bis, bensì quella dell'art. 78. Questo perché la legge Marzano prevede espressamente che il concordato ex art. 4 bis può essere contenuto esclusivamente in un piano di risanamento.

Le forti differenze che presenta la procedura delineata dalla legge Marzano hanno portato alcuni²⁵² ad affermare un ritorno legge Prodi, prima disciplina dell'amministrazione straordinaria presente nel nostro ordinamento. Tale legge era caratterizzata da una forte discrezionalità in capo all'apparato amministrativo che, ad esempio, decideva dell'ammissione alla procedura senza vagliare la presenza di prospettive di recupero, onde evitare la perdita della continuità produttiva dell'impresa ormai in stato di insolvenza.

Come si può notare dalla breve ripresa fatta della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandissime imprese in stato di insolvenza, vi è una forte riduzione, rispetto alla disciplina precedente, dei poteri attribuiti al tribunale in ordine all'ammissione alla procedura, ovvero allo svolgimento della stessa. Come si è detto, è il ministro ad ammettere la società alla procedura e a permettere che prosegua lo svolgimento dell'attività, nonostante non sia stata ancora dichiarato lo stato di insolvenza. Ancora, in ordine alla proposta di concordato, è lo stesso commissario che la predispone

²⁵² Cfr. M. Fabiani e M. Ferro, op. cit., 134; G. Alessi, *L'amministrazione straordinaria accelerata (legge Parmalat)*, in Dir. Fall. 2004, I, 33; G. Alessi, *Morte, resurrezione e sorte della Legge Prodi*, in Fall. 2003, I, 487 ss.; F. Fimmanò, *La ristrutturazione mediante concordato della grande impresa in amministrazione straordinaria*, in Dir. Fall., 2010, I, 338; S. Bonfanti, *La procedura di ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni (legge "Marzano")*, in Fall., 2004, I, 364; L. Guglielmucci, *La disciplina speciale dell'amministrazione straordinaria per le situazioni di crisi particolarmente rilevanti*, in Dir. Fall., 2004, I, 1226; N. Baccetti, *Sub art. 1 d.l. 347/2003*, in *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Castagnola-Sacchi (a cura di), Torino, 2006, 11.

direttamente all'interno del programma di ristrutturazione. Ciò non toglie la possibilità che ci sia un soggetto terzo che assume su di sé gli obblighi nascenti dal concordato, ma anche tale possibilità è rimessa alla discrezionalità del commissario.

È chiara l'intenzione del legislatore di rendere più snella la procedura di amministrazione straordinaria, eliminando il doppio passaggio al tribunale, che come ricordato, nella disciplina della Prodi bis, dichiarava sia lo stato di insolvenza che l'apertura della procedura. Sono indubbi i vantaggi della procedura Marzano. Innanzitutto, l'ammissione immediata alla procedura, senza che vi sia il periodo di osservazione, comporta un evidente vantaggio, in quanto evita l'apertura di procedura di insolvenza in un altro Stato dell'Unione²⁵³. Inoltre, così facendo, viene immediatamente disposta la prosecuzione dell'attività, anche se questo potrebbe aggravare ulteriormente il dissesto²⁵⁴. Anche l'esperibilità delle azioni revocatorie all'interno di un piano di ristrutturazione comporta dei vantaggi per l'imprenditore. Infine, la disciplina del concordato è più duttile e riscontra il favor del legislatore all'interno della legge Marzano, ed è "autonoma" rispetto a quella della legge fallimentare²⁵⁵. Anche per quanto riguarda i gruppi, è previsto espressamente che si possa presentare un'unica proposta di concordato per le diverse società del gruppo, pur nel rispetto delle diverse masse attive e passive.

A seguito di questa breve analisi delle due varianti della procedura di amministrazione straordinaria, dove si è cercato di evidenziare le profonde differenze in termini di procedura, l'intento è di mostrare le principali differenze che intercorrono nei due sub procedimenti di concordato delineati dall'art. 78 e dell'art. 4 bis.

2. Legittimazione alla proposta concordataria

La prima differenza, che si può cogliere nella comparazione dei due procedimenti concordatari, riguarda i soggetti legittimati a presentare istanza per la proposta di concordato. La legge del '99 riconosce tale diritto all'imprenditore e ai terzi, che nel caso

²⁵³ Vedi *supra* Cap. I, § 5. Il decreto ministeriale di cui al d.l. 347/2003 viene riconosciuto quale atto introduttivo della procedura di amministrazione straordinaria al fine di rientrare tra le procedure dell'allegato A del regolamento 1346/2000.

²⁵⁴ A differenza della disciplina della legge Prodi bis, dove il tribunale prima di disporre l'apertura della procedura, verifica l'esistenza di concrete prospettive di recupero. Invece la legge Marzano sembra dare peso esclusivo alla continuazione dell'attività, anche se ciò può causare ulteriore danno ai creditori che vedono aumentare le passività dell'impresa.

²⁵⁵ È già stato ricordato in precedenza come l'art. 78 d. lgs. 270/1999 rinvii quanto ai contenuti alla disciplina della legge fallimentare, che è stata poi riformata sullo stampo di quanto previsto dall'art. 4 bis della legge Marzano.

si tratti di società devono rispettare le disposizioni dell'art. 152 l.f.. Mentre, nel caso in cui, la procedura aperta segue la disciplina della legge del '04, l'unico soggetto legittimato è il commissario straordinario.

Questa diversità, che non è esente da critiche²⁵⁶, si può spiegare se si considerano i diversi momenti in cui la legge prevede la possibilità di presentare domanda di concordato. Quest'ultima infatti, nella legge Prodi bis, può essere presentata anche in un momento successivo all'approvazione del programma, dalla quale rimane indipendente. Ciò non toglie che, come stabilito dall'art. 56 della medesima legge, il commissario straordinario possa accordarsi già all'interno del programma di ristrutturazione, circa il soddisfacimento dei creditori. Ma l'istituto di cui all'art. 78 è indipendente da ciò, appunto perché non dipende direttamente dal programma, ma è lasciata la possibilità di farne richiesta all'imprenditore o ad un terzo nelle vesti di assuntore.

Mentre la procedura c.d. accelerata, introdotta successivamente, prescrive che il concordato sia parte integrante del programma stesso, il quale viene redatto dal commissario straordinario. Sorge spontaneo chiedersi come mai, una soluzione come il concordato, definibile come negoziale e pertanto solitamente rimessa all'autonomia delle parti, sia invece lasciata nell'assoluta disponibilità di un organo della procedura, quale è il commissario straordinario.

Inoltre, è bene sottolineare, che differisce anche il momento in cui può essere presentata la proposta di concordato. La disciplina di amministrazione straordinaria comune prevede infatti che possa essere fatta istanza solo nel momento in cui è stato emanato il decreto di esecutività dello stato passivo. Mentre nella procedura speciale manca tale previsione. Questo è un ulteriore esempio che dimostra come in quest'ultima procedura sia solo il commissario che conosce la reale situazione dei creditori e della società. Anche alla luce di questa particolarità si può comprendere la differenza di legittimazione alla proposta di concordato.

Tale scelta può ricomprendersi nella tendenza del legislatore ad attribuire sempre maggior potere agli organi amministrativi in luce delle crisi a cui la procedura si rivolge. Si è già detto delle esigenze di celerità e speditezza della procedura, della necessità di misure puntuali e della immediata continuazione delle attività dal momento che il Ministro approva l'apertura della procedura. Il legislatore ha quindi preferito che lo stesso

²⁵⁶ Vedi *supra* Cap. III, § 2.

soggetto preposto alla gestione della procedura sia colui che formuli la proposta di concordato, in quanto rispetto alle sopracitate esigenze, il commissario ha sicuramente più informazioni che ogni altro terzo o dell'imprenditore, il quale, si ricorda, è lo stesso soggetto che ha causato la crisi. In realtà, dottrina e giurisprudenza si erano già espresse in relazione alla prima legge riguardante l'amministrazione straordinaria, circa la necessità che anche il commissario straordinario fosse messo nelle condizioni di presentare domanda di concordato. Gli esiti degli studi operati dalla c.d. commissione Marchetti, non sono però stati presi in considerazione dalla riforma del '99, che ancora esclude l'organo amministrativo dai soggetti legittimati.

Si aggiunga anche che tra le funzioni del commissario straordinario si annovera anche quella di predisporre gli elenchi dei creditori che hanno diritto di voto riguardo al concordato, e di essere soddisfatti dallo stesso. È ragionevole che il commissario stesso, conoscendo le varie situazioni creditizie, sia in grado di elaborare un contenuto alla proposta di concordato più convincente ed efficace. Il concordato viene quindi considerato uno degli strumenti tramite il quale raggiungere il fine di risanamento che la procedura si pone. A bilanciare l'ampio potere lasciato in capo al commissario, c'è la previsione del voto dei creditori circa la proposta di concordato, che non è invece presente nella procedura della Prodi bis²⁵⁷.

L'art. 4 bis pare contenere una contraddizione al suo interno, in quanto prevede la possibilità che vi sia un assuntore che si assuma gli obblighi nascenti dal contratto, in seguito al trasferimento dei beni appartenenti all'imprenditore, ma non è prevista la legittimazione del terzo alla proposta. In realtà la contraddizione è solo apparente in quanto, anche nella procedura di cui al d.lgs. 270/1999, il commissario straordinario si adopera per la creazione di bandi con lo scopo di individuare colui in grado di formulare la miglior proposta di concordato. Questo accade anche nella procedura della legge Marzano, in quanto, il commissario, durante la redazione del programma, può adoperarsi per individuare soggetti qualificati che possano garantire prosecuzione dell'attività e la miglior riuscita del concordato. In caso di esito positivo della ricerca, il commissario costituisce il programma, e la conseguente proposta di concordato, sulla base della proposta del terzo.

²⁵⁷ Si veda *supra* Cap. II, § 9.

3. L'accertamento del passivo

Nonostante l'art. 4 ter della legge Marzano prevede che l'accertamento del passivo deve essere "improntato a criteri di massima celerità e speditezza", la disciplina utilizzata ricalca, come anche la legge Prodi bis, quella più lunga e garantista della legge fallimentare. Ma la proposta di concordato, contenuta nel piano di ristrutturazione presentata al Ministro, interrompe tale sistema di accertamento, dando vita ad un sub procedimento più snello e privo delle tutele tipiche della legge fallimentare. Al contrario, l'art. 78 del d.lgs. 270/1999 non prevede un particolare metodo di accertamento del passivo in seguito alla proposta di concordato.

Tale differenza, come già esposto nel paragrafo precedente, può sembrare dettata dalla diversità dei momenti in cui viene presentata la proposta di concordato. Infatti, ex art. 78, l'istanza di concordato è presentata quando le operazioni di accertamento del passivo sono già concluse, e sia i creditori che l'imprenditore, conoscono la loro posizione. Inoltre, anche il programma è già stato approvato e pertanto, l'imprenditore ed i terzi hanno tutti gli strumenti per decidere l'opportunità o meno di presentare istanza di concordato.

Al contrario, nella procedura della legge Marzano, è solo il commissario che può conoscere la reale situazione della società e dei creditori²⁵⁸. Pertanto, dal momento che decide di inserire una proposta di concordato all'interno del programma, si sospendono le regole proprie dell'amministrazione straordinaria per l'accertamento del passivo, e si utilizzano quelle particolari previste dalla suddetta legge. Il sub procedimento prevede un ruolo fondamentale del commissario, il quale è chiamato a redigere gli elenchi su cui poi statuisce il giudice delegato, e che divengono definitivi in seguito al deposito presso la cancelleria del tribunale. Non è quindi un caso che, il medesimo soggetto deputato alla stesura della proposta di concordato, abbia anche un rilevante ruolo circa la predisposizione degli elenchi dei creditori. È facile prevedere che nella stesura del programma, il commissario rendendosi conto della situazione, possa ritenere più consono modellarlo su una proposta di concordato in luce dei diritti spettanti ai creditori.

La sospensione degli accertamenti del passivo può anche essere disposta dal giudice delegato nel momento in cui il commissario riveli l'intenzione di promuovere

²⁵⁸ Si ricorda anche che, a differenza della disciplina comune, ai fini della presentazione della proposta di concordato il commissario non deve attendere il decreto di esecutività dello stato passivo.

un'ipotesi di concordato all'interno del programma. Questo viene fatto per evitare che venga svolta attività processuale inutile, sapendo già che, con l'introduzione di una proposta di concordato nel programma, si suspenderebbero le attività di accertamento.

Come si diceva prima, l'ordinario procedimento di accertamento del passivo nella procedura di amministrazione, si rifà a quello delineato dalla legge fallimentare. È la legge stessa a stabilirlo all'art. 53 del d.lgs. 270/1999, che è a sua volta richiamato dall'art. 4 ter. Si è già detto della contraddizione della legge Marzano²⁵⁹, che seppur ispirandosi a principi di celerità e speditezza, si affida ad un procedimento che queste caratteristiche sicuramente non rispecchia.

È bene ripercorrere il procedimento a cui rinvia l'art. 53 per fare, in seguito, emergere alcune differenze tra le procedure. Tale articolo richiama la disciplina degli artt. 93 e seguenti della legge fallimentare. Bisogna però considerare le maggiori dimensioni e la composizione della società, che sovente si presenta come gruppo di imprese, nell'adattarla all'amministrazione straordinaria.

Il procedimento comincia con l'avviso, a norma dell'art. 22 della legge Podi bis, del commissario straordinario a tutti coloro che sono interessati nella formazione dello stato passivo. La comunicazione può avvenire in qualsiasi modo purché sia idonea a giungere a conoscenza degli interessati. Per quanto riguarda il contenuto, esso deve specificare le modalità ed i termini entro cui devono pervenire le domande di ammissione al passivo presso la cancelleria del tribunale. Il mancato adempimento dell'obbligo informativo non comporta alcuna sanzione a carico del commissario, ma può essere considerato come un giusto motivo comportante la revoca della proposta concordataria ai sensi dell'art. 43 della medesima legge. In caso la domanda sia presentata tardivamente, spetta all'istante dimostrare che il ritardo non è a lui imputabile, altrimenti la domanda viene ritenuta inammissibile.

La domanda di ammissione deve essere contenuta in un ricorso da depositare presso il tribunale competente nel termine stabilito dalla comunicazione del commissario, di regola almeno trenta giorni prima dell'udienza. Non sono richieste particolari formalità riguardo al contenuto, tanto è che il ricorso può essere presentato personalmente anche senza l'ausilio di un avvocato. L'atto è da considerare a tutti gli effetti una domanda

²⁵⁹ Cfr. L. Francario, *L'accertamento del passivo nell'amministrazione straordinaria*, in *Trattato delle procedure concorsuali: l'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa*, L. Ghia, C. Piccininni e F. Severini (a cura di), Torino, 2011, 291.

giudiziale, che introduce un giudizio di cognizione. Ciò comporta che nell'atto introduttivo siano esplicitati il *petitum* e la *causa petendi*. Coloro che sono in possesso di titoli di preferenza devono darne prova nel momento della presentazione della domanda.

Ai sensi dell'art. 95, c. 2 l.f., possono essere presentati documenti ed osservazioni circa i diritti di credito fino alla data stabilita per l'udienza di verifica del passivo. Il commissario straordinario può chiedere che sia spostata tale udienza, di modo da poter presentare osservazioni ed eccezioni in ordine alle diverse domande presentate. Sul piano sostanziale, le domande così proposte producono un effetto interruttivo della prescrizione ai sensi dell'art. 2945, c. 2 cc.. Inoltre, una volta che viene presentata la domanda, si verifica l'effetto della litispendenza che comporta la non proponibilità di un'ulteriore domanda sullo stesso credito nel medesimo procedimento. Ciò non comporta che non si possa più presentare domanda di accertamento sul medesimo credito; infatti il creditore che rimane escluso dagli elenchi dello stato passivo, potrà presentare una nuova domanda una volta che si è conclusa la procedura direttamente nei confronti dell'imprenditore.

Le domande che non sono presentate nei termini previsti dalla comunicazione o dalla legge, la quale prevede quale termine ultimo i trenta giorni prima l'udienza di verifica del passivo, sono considerate tardive. Il termine ultimo per la presentazione delle domande tardive è stato ridotto dalla riforma della legge fallimentare, la quale ora prevede l'inammissibilità delle richieste fatte dopo dodici mesi dal deposito dello stato passivo, diciotto mesi qualora il giudice ritenga che la causa è particolarmente complessa. Superati tali termini, come detto prima, l'art 101 l.f. stabilisce che l'istante deve dimostrare che il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile.

Per quanto detto prima circa gli effetti della proposizione della domanda di insinuazione, la domanda tardiva deve riguardare necessariamente un nuovo credito, o una domanda che è già stata rigettata per motivi di rito e non di merito; altrimenti saremmo in presenza della medesima domanda precedente ma per la quale è già stato operato un giudizio.

È compito del commissario straordinario, in base a quanto stabilito dalla legge fallimentare per il curatore, esaminare le varie domande di ammissione e predisporre il progetto di stato passivo. Egli deve valutare le domande pervenutegli e le rispettive allegazioni, accertare l'ordine di graduazione di coloro che vantano privilegi su beni appartenenti all'impresa decotta, ma non ha poteri di allegazioni propri. Il carattere di

giurisdizionalità del procedimento ha comportato che nella riforma, si prevedesse la totale (o quasi) imparzialità dell'organo giudicante e pertanto, è stato sancito che il giudice delegato non possa far parte del collegio giudicante.

La decisione deve essere improntata su criteri di celerità e speditezza; in caso il giudice, per la mole delle domande pervenutegli, non riesce a decidere nella prima udienza, deve fissarne un'altra a non più di otto giorni della precedente. Inoltre, non è onerato dal comunicare agli assenti e gli intervenuti²⁶⁰ la nuova udienza.

Il giudizio viene preso in camera di consiglio e le domande relative ai crediti possono essere rigettate, ammesse, o ammesse con riserva. In seguito al deposito in cancelleria, il documento acquista esecutività ai fini della procedura. Sono ammesse impugnazioni avverso il provvedimento, esperibili entro trenta giorni dalla comunicazione della sentenza agli interessati.

Il procedimento appena descritto subisce una modifica nel caso in cui il commissario straordinario presenti, all'interno del programma di cui all'art. 4 della legge Marzano, una proposta di concordato, in quanto si interrompono le attività di accertamento dello stato passivo. Il procedimento che verrà utilizzato è estremamente sommario e privo delle tutele giurisdizionali²⁶¹ presenti all'interno della legge fallimentare.

Interrotto l'ordinario procedimento, il commissario straordinario redige un primo elenco di creditori sulla base dei documenti di cui è in possesso. Ad essi è lasciato un termine non superiore a sessanta giorni entro cui possono presentare domanda di insinuazione al passivo ed osservazioni circa l'elenco che è stato predisposto dal commissario straordinario. Bisogna segnalare che, a differenza di quanto stabilisce la legge fallimentare, non è necessario fare domanda perché il credito sia riconosciuto come tale. Infatti, può ben accadere che un creditore, non compaia nei primi elenchi predisposti dal commissario straordinario, ma che si ritrovi ad essere presente in quelli che poi verranno depositati e diverranno esecutivi. Può accadere anche l'opposto, ossia che inizialmente gli era stato riconosciuto il credito, ma successivamente, in seguito ad

²⁶⁰ Bisogna segnalare l'orientamento della Suprema Corte, per il quale "l'omessa comunicazione del rinvio non inficia in alcun modo la validità del provvedimento col quale viene approvato lo stato passivo definitivo del fallimento", Cass, sez. I, 11.03.2003, n. 3550.

²⁶¹ L'argomento è già stato affrontato al Cap. III § 7.

osservazioni pervenute al commissario straordinario, questi abbia ritenuto non più sussistenti le ragioni che sottostavano al credito.

Un'ulteriore differenza che emerge è che non si trova all'interno del d.l. 347/2003, un'udienza nella quale, analogamente a quanto accade nella legge fallimentare e nell'amministrazione straordinaria comune, l'imprenditore ed i creditori possano intervenire per far valere le proprie ragioni.

Questo particolare sub procedimento è stato ideato eliminando tutti gli adempimenti che impedivano un accertamento rapido e sommario dei crediti. Così facendo invece, il commissario, oltre ad avere ampi poteri circa la stesura degli elenchi, può, nonostante i tempi ristretti per la stesura del programma, basare la proposta di concordato su quelli che risultano essere i creditori aventi diritto nei confronti dell'impresa decotta.

Ciò che emerge più chiaramente è una minor tutela dei diritti dei creditori, i quali, per far valere le loro pretese, possono solo presentare osservazioni scritte o documenti che certifichino la loro posizione. Tale arretramento ad una tutela giurisdizionale minore può essere giustificato dalla valenza endoconcorsuale degli elenchi approvati dal giudice delegato. Si deve comunque rilevare una compressione dei diritti soggettivi dei creditori, che non trovano corrispondenza o un precedente nella disciplina del concordato ex art. 78 legge Prodi bis. Questa diversità in realtà, potrebbe spiegarsi con il fatto che il d.lgs. 270/1999 in tema di concordato, richiama per molteplici aspetti, la disciplina della legge fallimentare.

A chi scrive sembra che gli argomenti sopra utilizzati riguardo alle differenze tra l'accertamento del passivo in caso sia proposto concordato ex art. 4 bis, e nel caso in cui invece sia proposto ex art. 78, non siano idonei a giustificare una così ampia differenza nelle tutele riservate ai creditori. Inoltre, il fatto che si tratti di grandissime – e non grandi – imprese in stato di insolvenza, non pare idoneo a giustificare un così ampio potere in capo al commissario straordinario.

Il quesito che bisognerebbe forse porsi è se l'entità della crisi, l'interesse pubblico scomodato, e più in generale le esigenze di celerità sottese alla procedura, possono legittimare un aumento di poteri in capo agli organi amministrativi ed una corrispondente riduzione della tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti. Non è questa la sede per svolgere questo dibattito, ma, come si è già ricordato, il d.l. 347/2003 ha destato molte

critiche, sia rispetto alla situazione interna²⁶², sia per le problematiche relative alla Comunità Europea²⁶³.

3.1. Distribuzione di acconti parziali

Le esigenze di celerità sottese alla procedura di amministrazione straordinaria nelle due diverse discipline, possono determinare la necessità di provvedere al pagamento di alcuni creditori onde evitare una situazione di paralisi gestionale e produttiva delle attività. Le fattispecie introdotte per risolvere questa problematica sono due come i modelli presenti all'interno del nostro ordinamento, e presentano delle differenze.

Il primo in ordine di tempo è l'art. 68 della legge Prodi bis, che prevede la distribuzione di acconti parziali sulla base di un giudizio prognostico sulla base dello stato passivo già completo, o in via di stesura, ad opera del commissario straordinario. Il secondo invece, è l'art. 3 della legge Marzano.

La prima norma citata prevede che, in qualsiasi momento della procedura e qualsiasi sia il programma adottato, il commissario può distribuire acconti ai creditori o ad alcune categorie di esse. Il limite previsto per il compimento di questi atti è che sia ragionevole la previsione di tali crediti all'interno dello stato passivo. L'articolo prevede anche un ordine gerarchico per la loro soddisfazione, stabilendo che per primi devono essere pagati “i crediti dei lavori subordinati e ai crediti degli imprenditori per le vendite e somministrazioni di beni e per le prestazioni di servizi effettuate a favore dell'impresa insolvente nei sei mesi precedenti la dichiarazione dello stato di insolvenza”²⁶⁴.

Mentre la seconda norma è molto più scarna. Il legislatore ha solo previsto che il giudice delegato può autorizzare il commissario al pagamento di quei crediti sorti prima dell'apertura della procedura che se rimanessero insoluti recherebbe pregiudizio alla continuazione dell'attività. Manca in questo caso sia la previsione di un giudizio prognostico circa il futuro inserimento dei creditori nello stato passivo, sia indicazioni circa l'ordine con cui procedere ai pagamenti. L'assenza di queste disposizioni non è di poco conto, se si considera che la predisposizione degli acconti comporta, come altri istituti, una deroga al principio della *par condicio creditorum*. Infatti, può accadere che in seguito allo svolgimento della procedura non ci siano più risorse per pagare quei

²⁶² Vedi *supra* nt. 4.

²⁶³ Si veda *supra* Cap. I, § 3.

²⁶⁴ Art. 68, c. 2 d. lgs. 270/1999.

creditori, o quelle classi di creditori, venendo così discriminati rispetto a coloro che hanno beneficiato della ripartizione parziale.

4. I gruppi

Prima di addentrarsi nell'analisi delle regole che governano il fenomeno dei gruppi di società, all'interno della procedura di amministrazione straordinaria, è opportuno fare una premessa. Non si trova una disciplina unitaria all'interno del nostro ordinamento concorsuale che governi tale fenomeno, bensì diverse regole sparse qua e là. Si rammenti l'art. 2497 c.c., che riguarda la responsabilità degli amministratori in caso di attività che abusi dei poteri di direzione e coordinamento di società, ma questa norma non definisce univocamente cosa definisce un gruppo di società. Oppure, si consideri il decreto Alitalia, il quale ricomprende quali società del gruppo, per ragioni certamente dettate dalla particolare crisi dell'azienda di trasporti italiana, coloro che intraprendono rapporti in via sostanzialmente esclusiva con l'impresa sottoposta alla procedura di amministrazione straordinaria speciale per la fornitura di servizi necessari allo svolgimento dell'attività²⁶⁵. O si pensi ancora alle regole presenti all'interno della legge Prodi bis²⁶⁶ che, provano a dare una definizione, in base ai criteri con i quali estendere la "procedura madre" alle altre imprese del gruppo, ma che finisce per avere un risvolto quasi esclusivamente processuale. La legge Marzano, invece, non si cura di dare una definizione di gruppo ma introduce la possibilità, già affermata in alcuni casi dalla giurisprudenza, di presentare un'unica domanda di concordato per le più società del gruppo.

La legge del '99 prevede al suo interno una serie di disposizioni riguardanti i gruppi. In particolare, si concentra sui criteri con i quali la "procedura madre", ossia la prima procedura che viene aperta, si estende nei confronti delle altre società appartenenti al gruppo stesso. Nello specifico, è previsto che opera l'estensione degli effetti della procedura verso quelle società che, pur non essendo in possesso dei requisiti patrimoniali ed occupazionali, si trovino in stato di insolvenza e rispondono ai requisiti dell'art. 80 della stessa legge.

²⁶⁵ Cfr. P. Beltrami, *"Decreto Alitalia": un nuovo capitolo nella storia della procedura di amministrazione straordinaria*, in Giur. Comm., 2009, I, 606; l'autore riporta come questa novità generi dei problemi. Infatti, non si capisce se l'allargamento della nozione di gruppo rilevi solo ai fini dell'estensione della procedura madre, ovvero anche ai fini dell'autonoma ammissione delle imprese collegate tramite il nuovo criterio.

²⁶⁶ Si veda Cap. I, § 2.

Quest'ultima norma, oltre a definire i criteri di collegamento che devono sussistere tra le società, afferma cosa si intenda per "procedura madre"²⁶⁷. L'articolo in questione prevede anche una disposizione di chiusura. Infatti, nei casi in cui una società non viene considerata appartenente al gruppo, ma è necessaria la gestione unitaria ai fini della buona riuscita della procedura, questa potrà essere estesa alla società in questione.

I successivi articoli riguardano invece, aspetti procedurali circa l'estensione della procedura, le ipotesi di conversione, le revocatorie infragruppo e le ipotesi in cui c'è responsabilità per abuso di direzione e coordinamento.

Il fenomeno dei gruppi di società comporta alcuni dubbi²⁶⁸. Infatti, si parla di più società, ciascuna delle quali con un autonomo centro di imputazioni di rapporti tra società. Allo stesso tempo, l'insieme di queste società può essere considerato quale unico centro di interesse che si rispecchia nella capogruppo, o nelle società che hanno il controllo. Il conflitto tra un'impostazione che considera unitariamente le diverse società del gruppo, ed un'altra invece, che ne afferma la completa separatezza, comporta delle conseguenze sul piano pratico come ad esempio il calcolo dei presupposti.

Qualora prevalga la tesi "della natura unidirezionale"²⁶⁹ il gruppo verrebbe considerato quale risultato delle diverse attività esercitate dalle più imprese che ne fanno parte, e l'insieme delle società verrebbero considerate in modo unitario dall'ordinamento. Ciò comporta che ai fini del raggiungimento dei requisiti richiesti per la sottoposizione dell'impresa alla procedura di amministrazione straordinaria, i requisiti oggettivi possono essere calcolati cumulativamente tra le diverse società del gruppo.

Inizialmente, nella disciplina dell'amministrazione straordinaria comune era prevalsa questa tesi, salvo poi essere abbandonata a seguito di un orientamento giurisprudenziale espressosi in senso opposto²⁷⁰. Questa frenata è dipesa dal fatto che è

²⁶⁷ Come previsto dal comma 1, lett. a) dell'art. 80 legge Prodi bis: "si intende per procedura madre, la procedura di amministrazione straordinaria di una impresa che ha i requisiti previsti dagli articoli 2 e 27, facente parte di un gruppo.

²⁶⁸ Cfr. N. Baccetti, *Sub art. 1 d.l. 347/2003*, cit., 24; A. Nigro e D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese: le procedure concorsuali*, Bologna, 2017, 541.

²⁶⁹ Cfr. N. Baccetti, op. cit., 24, il quale distingue tra natura unisoggettiva dell'impresa e natura unidirezionale. Per quanto riguarda la prima afferma che "sarebbe intesa quale attività esercitata da un unico soggetto titolare o comunque quale organizzazione oggettivamente idonea ad offrire un centro autonomo di imputazione di rapporti giuridici". Mentre la seconda "l'impresa sarebbe concepita in una dimensione più ampia, e cioè, quale risultato dell'integrazione di più attività esercitate da diversi soggetti che sarebbero tuttavia suscettibili di considerazione unitaria in virtù di collegamenti economici tra le attività o di rapporti di dominio-dipendenza tra i diversi soggetti che le esercitano".

²⁷⁰ Cfr. N. Baccetti, op. cit., 24, in particolare si veda la nt. 53.

la legge stessa a stabilire che le società, nei confronti delle quali si vuole estendere la procedura, si trovino ciascuna, in stato di insolvenza.

In senso decisamente opposto sembra porsi la procedura delineata dal c.d. decreto Marzano, che, con le modifiche apportate dalla legge di conversione e le successive modificazioni permette che ai fini del calcolo dei presupposti, si possano sommare gli indebitamenti e il numero dei dipendenti di tutte le società del gruppo. Infatti, l'art. 1 del d.l. 347/2003, nel definire i presupposti applicativi della procedura, afferma che i requisiti possono essere presenti o come singola società, o come gruppo, purché costituito da almeno un anno. La nuova legge introdotta non presenta, a differenza di quanto accade nella legge Prodi bis, un gruppo di disposizioni che disciplinano i gruppi, tanto è che non viene neanche enunciato quale sia la definizione da attribuire al fenomeno. La regolamentazione di tale fenomeno si trova sparsa qua e là all'interno della normativa e viene completata dal rimando che la legge Marzano fa alla disciplina precedente.

La disposizione sembra ampliare notevolmente l'ambito di applicazione della procedura in quanto vi rientrano tutte le società che singolarmente non sono in possesso dei requisiti richiesti, ma che li raggiungono come gruppo.

Bisogna però domandarsi che valore abbia il richiamo dell'art. 81 legge Prodi bis, operato dall'art. 3. Infatti, il rinvio può avere come effetto quello di delimitare le ipotesi di estensione della procedura di cui alla legge Marzano, alle sole imprese che presentano i requisiti richiesti. Il problema sorge in quanto vi sono delle differenze nelle due procedure per cui, quella delineata dal d.lgs. 270/1999, prescrive che è il tribunale che deve accertare, anche in mancanza dei requisiti dimensionali e di indebitamento, che la società del gruppo si trovi in stato di insolvenza, che ricorrano le condizioni di cui agli artt. 2 e 27 del medesimo decreto o che sia comunque opportuna la gestione unitaria delle procedure.

Mentre nella disciplina della legge Marzano spetta al Ministro decidere dell'ammissione alla procedura di una società. Infatti, l'art. 3 della stessa norma, sancisce che il commissario straordinario, qualora ricorrano le condizioni di cui all'art. 81 sopracitato, può chiedere l'ammissione di altre società del gruppo. Successivamente alla richiesta di ammissione deve anche essere fatta istanza per la dichiarazione di insolvenza. C'è una sostanziale differenza tra le due discipline in quanto, nella prima spetta al tribunale accertare la presenza dei requisiti richiesti, mentre nella seconda, con lo scopo

di accelerare lo svolgimento della procedura stessa, spetta al Ministro. Già si è detto²⁷¹ della mancata previsione dei criteri che deve valutare il Ministro nell'ammettere una società alla procedura, e della maggior discrezionalità dello stesso.

Inoltre, ai fini dell'apertura della procedura, l'art. 1 d.l. 347/2003, prevede che se il gruppo è costituito da almeno un anno, i requisiti per l'ammissione possono essere calcolati cumulativamente. In questo caso, il richiamo all'art. 81 può avere lo scopo di scongiurare il venir meno della unità soggettiva ed oggettiva delle singole imprese del gruppo. Richiamo tanto più necessario considerato che il programma può essere il medesimo per tutte le società sottoposte alla procedura, mentre nella legge del '99 è necessario presentarne uno per ogni società ammessa alla procedura. Solo nel caso in cui la riunione in un'unica procedura dipende dalla necessità di trattazione unitaria delle più società, allora quello già predisposto per la procedura madre verrà esteso alle altre società del gruppo.

Per quanto riguarda l'ipotesi in cui la procedura si svolga mediante concordato, si nota un'ulteriore differenza. Infatti, solo la legge Marzano prevede la possibilità di formare una proposta unica di concordato per le più società del gruppo sottoposte alla medesima procedura. Tale previsione, ripresa anche dall'art. 3, ricalca l'affermarsi del principio della maggior efficienza della trattazione unitaria delle procedure delle diverse società del gruppo.

La previsione di una proposta di concordato unitaria manca, invece, nella disciplina della legge Prodi bis. Nonostante giurisprudenza e dottrina²⁷² hanno, seppur solo in alcuni casi, avvalorato tale possibilità, a chi scrive pare necessario prendere spunto dalla nuova disciplina del codice della crisi delle imprese, che entrerà in vigore nella sua interezza, nell'agosto del 2020. Lo scopo è di verificare se la nuova normativa, la quale non ha preso in considerazione la disciplina dell'amministrazione straordinaria che rimane immutata, presenta degli spunti di novità rispetto al fenomeno dei gruppi, e se da questi si può trarre indicazioni utili per completare o far maggior chiarezza nella disciplina che il presente elaborato affronta.

²⁷¹ Per una ricostruzione del dibattito circa i criteri che da valutare circa l'ammissione della proposta di concordato secondo la legge Marzano di veda *supra* Cap. III, § 5.

²⁷² F. Fimmanò, *Il concordato straordinario*, in Giur. Comm., 2008, I, 977.

La disciplina dei gruppi di imprese è stata definita²⁷³ dai primi commentatori, una delle principali novità della riforma. Infatti, per la prima volta si cerca di ricondurre ad una disciplina unitaria una serie di disposizioni che venivano applicate forzosamente ricorrendo allo strumento dell'analogia. Gli articoli da 284 a 292 dell'odierno codice della crisi d'impresa (c.c.i.), tentano di colmare questa lacuna del nostro ordinamento.

Prima di svolgere questa breve analisi occorre premettere che la nuova legge riguarda, seppur riferita ai gruppi, la liquidazione giudiziale, il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione e il piano attestato.

Innanzitutto, la legge prevede all'art. 286 c.c.i. la competenza unificata davanti al medesimo giudice ove le società del gruppo abbiano sede in giurisdizioni diverse. Il tribunale designato, individuato dall'art. 27 della medesima legge, è quello della circoscrizione ove si trova il principale centro di interessi del soggetto, persona fisica o ente, che ai sensi delle norme del codice civile, svolge l'attività di direzione e coordinamento, ovvero nel caso questa manchi, nella circoscrizione del tribunale con la maggiore esposizione debitoria in base all'ultimo bilancio approvato.

Nel caso vengano aperte più procedure, ciascuna per una società del gruppo, è possibile che vi sia la riunione delle stesse davanti allo stesso tribunale. In caso di mancata riunione, si prescrive comunque una gestione che tenga conto dei rapporti intercorrenti tra le diverse società.

L'impronta che la riforma sembra aver voluto imprimere, introducendo un'apposita disciplina, riguarda la gestione unitaria della procedura. Procedura che rimane una sola nel momento in cui le diverse società fanno contestualmente domanda, o vi è la riunione delle procedure in un momento successivo. O, come si diceva prima, nel momento in cui ci sono più procedure davanti a diversi tribunali, questi devono cooperare per "facilitare la gestione efficace di tali procedure"²⁷⁴.

La nozione di gruppo ripresa dall'art. 2 c.c.i. richiama quella contenuta all'interno del codice civile negli articoli 2497 e seguenti. La vera novità sta nell'aver introdotto la possibilità che la holding sia una persona fisica.

²⁷³ Cfr. L. Benedetti, *La disciplina dei gruppi d'impresa e il piano unitario di risanamento*, in *La riforma del fallimento: il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, M. Pollio (a cura di), pubblicato da Italia Oggi, gennaio 2019, 150 ss; A. Nigro, *I gruppi nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, reperibile su www.ilCaso.it, 2020; M. Garcea, *La rilevanza del gruppo nelle gestioni negoziate della crisi di impresa*, in *Riv. soc.*, 2012, 943 ss.

²⁷⁴ Art. 288 c.c.i.

Ai fini del presente elaborato, la norma che più interessa è l'art. 284 c.c.i., che prevede la possibilità che venga presentata un'unica proposta di concordato²⁷⁵ preventivo al fine di agevolare la valutazione del superamento della crisi e di ridurre i costi della procedura stessa. La disposizione, ancora prima dell'entrata in vigore, non è esente da primi dubbi interpretativi. Infatti, sembra²⁷⁶ non essere pacifica la possibilità di presentare un'unica proposta di concordato. Sembra deporre a favore di questa possibilità la legge delega²⁷⁷ che parla esplicitamente, all'art. 3, di "proposta unitaria omologata".

Nel senso della unicità della proposta sembra propendere anche l'art. 286 ultimo comma, disponendo che se i presupposti della realizzazione o dell'annullamento si realizzano solo per una o più imprese del gruppo, il concordato unitario omologato non può essere annullato o risolto, salvo che ne risulti compromessa la riuscita.

A chi scrive pare che ci siano degli aspetti che la riforma ha mutuato dalla procedura di amministrazione straordinaria, in particolare quella c.d. accelerata delineata dal d.l. 347/2003. Innanzitutto, l'introduzione di disposizioni tese alla gestione unitaria della crisi, sia *ab initio* ovvero, in un secondo momento, paiono ricalcare le disposizioni dell'art. 81 della legge Prodi bis, e l'art. 3 della legge Marzano. Queste due norme, come riportato precedentemente, sanciscono la trattazione unitaria della crisi delle più imprese del gruppo all'interno dell'amministrazione straordinaria.

Un ulteriore aspetto volto a facilitare la trattazione unitaria delle molteplici crisi concerne la competenza del tribunale. Infatti, si può notare come in tutte le norme in questione è previsto quale organo competente alla gestione della procedura, il tribunale ove si svolgono gli interessi principali del gruppo e dove viene esercitata l'attività di direzione e coordinamento.

Infine, l'introduzione nella legge fallimentare riformata della possibilità di definizione della crisi mediante unica proposta di concordato per più società del gruppo ricorda inevitabilmente l'art. 4 bis, c. 2 della legge Marzano. Già la giurisprudenza aveva avallato la possibilità di un'unica domanda di concordato preventivo per più società del gruppo. Seppur può essere azzardato ricorrere allo strumento dell'analogia tra la

²⁷⁵ La norma non si riferisce solo alle ipotesi di concordato, ma è rivolta anche ad altre soluzioni ai fini del risanamento del gruppo di imprese che si trovano in stato di crisi.

²⁷⁶ Cfr. L. Benedetti, *La disciplina dei gruppi d'impresa e il piano unitario di risanamento*, cit., 152.

²⁷⁷ L. 155/2017. È la legge delega contenente le direttive per la riforma della legge fallimentare.

disciplina fallimentare riformata, e quella di amministrazione straordinaria, volutamente esclusa dalla riforma citata, si possono svolgere alcune considerazioni.

Una ipotesi che può emergere a seguito di questa analisi è che le due fattispecie di amministrazione straordinaria, ed in particolare quella del d.l. 347/2003, abbiano fatto da apripista per una serie di riforme all'interno dell'ordinamento fallimentare. Si è già parlato delle riforme del 2006 e del 2007, che hanno introdotto una forma di concordato quasi in tutto analoga a quella della legge Marzano, ma anche quella del codice della crisi dell'impresa, per gli aspetti prima ricordati, sembra avere degli aspetti in comune con il concordato nell'amministrazione straordinaria.

Sembra potersi dare per assodato la volontà del legislatore di introdurre procedure più snelle che permettano, attraverso molteplici strumenti, di ricomporre la crisi verificatasi all'interno di più società tra loro collegate.

Anche la modifica del presupposto oggettivo che è passato dallo stato di insolvenza alla situazione di crisi rilevabile tramite indici definiti, sembra riprendere un dibattito che già si era svolto riguardo ai presupposti dell'amministrazione straordinaria²⁷⁸. Già alcuni autori si erano espressi affermando la necessità di un'anticipazione dell'intervento a quando si manifesta la crisi. Infatti, secondo tale dottrina, perché ci sia un'efficace ristrutturazione non si può aspettare che si verifichi lo stato di insolvenza.

Riprendendo le differenze tra le due fattispecie di concordato nella legge Prodi bis e nella legge Marzano, rileva la mancanza nella prima delle due norme, della previsione di una proposta unica di concordato per le diverse società del gruppo. Sembra che vengano meno i dubbi circa l'utilizzo di questa possibilità. Infatti, atteso che lo strumento dell'analogia è rischioso da applicare, vi sono aspetti che accomunano le procedure ex d.lgs. 270/1999 e del c.c.i., e quest'ultima sembra tendere nella direzione già tracciata con la legge Marzano, che favorisce la trattazione unitaria delle crisi delle diverse società del gruppo.

Inoltre, si consideri che la ventura riforma fallimentare è temporalmente successiva alle disposizioni della legge in questione. Pertanto, non si vede perché se una legge temporalmente successiva introduce tale possibilità, questa, non possa essere

²⁷⁸ Si veda *supra* Cap. I, § 4.

utilizzata nella legge precedente. A maggior ragione se si afferma che la riforma ha tratto ispirazione dalla legge di amministrazione straordinaria.

Si ribadisce inoltre, l'assoluta convenienza della gestione unitaria dell'insolvenza dei gruppi, non solo in termini efficientistici ma anche in ragione di altre esigenze, come il risparmio dei costi per l'apertura davanti al medesimo tribunale, o la gestione nelle mani dei medesimi soggetti che compiono atti uniformi per le diverse società. O ancora si pensi alle diverse formalità che devono essere compiute, l'unificazione le rende più semplici. Si può forse pensare che l'odierna riforma fallimentare tracci un solco circa la possibilità di uniformare le discipline delle insolvenze dei gruppi, alla quale giurisprudenza e dottrina possono iniziare ad adeguarsi.

5. Le azioni revocatorie

L'utilizzo dello strumento della revocatoria fallimentare all'interno della procedura di amministrazione straordinaria è da sempre oggetto di dibattito sia in dottrina, che in giurisprudenza, anche a livello comunitario.

L'introduzione della possibilità di esperire queste azioni, prevista all'art. 6 della legge Marzano, nonostante venga utilizzato un piano di risanamento si pone in controtendenza con la disposizione che la precede, di soli quattro anni, ossia il d.lgs. 270/1999. Quest'ultima legge è stata emanata a seguito di alcune censure della Corte Europea riguardanti l'incompatibilità tra la disciplina degli aiuti di stato e la prima legge di amministrazione straordinaria del '79.

I tribunali italiani si erano divisi tra l'ammettere l'utilizzo di queste azioni nonostante le sentenze europee, e chi invece le negava. La giurisprudenza più permissiva fondava il proprio giudizio sul fatto che lo strumento della revocatoria è un istituto proprio del diritto fallimentare, che non subiva delle modificazioni nonostante venisse utilizzato nella procedura di amministrazione straordinaria. Mentre coloro che ne negavano l'utilizzo asserivano quale motivazione l'ingiusto vantaggio per l'imprenditore il quale ha uno strumento per ampliare il proprio patrimonio a discapito dei creditori e dei terzi. Inoltre, si criticava che, così facendo il peso delle azioni veniva posto sulle parti convenute in giudizio.

L'art. 6 della legge Marzano prevede espressamente che qualora la procedura si svolga mediante concordato si applichi la lettera c-bis) del comma 1 dell'art. 4 bis. Quest'ultima norma stabilisce che, qualora vi sia un assuntore della proposta di

concordato, possono essergli cedute le azioni revocatorie. La legge Prodi bis nel disciplinare il concordato, non prevede espressamente l'ipotesi delle azioni revocatorie ma sicuramente opera il limite dell'art. 49 della stessa legge, che limita l'utilizzo di tali azioni solo nel caso in cui venga adottato un piano di cessione.

Questa differenza è stata oggetto di giudizio di legittimità costituzionale²⁷⁹ per violazione dell'art. 3, in quanto si presenta una situazione per cui, due imprese soggette alla medesima procedura, ricevono un trattamento diverso a seconda della disciplina a cui sono soggette. Infatti, nel caso in cui i commissari predispongano un piano di ristrutturazione, a seconda che la procedura sia stata richiesta dai creditori, ovvero dall'imprenditore direttamente al Ministro, cambia il trattamento riservato ai creditori, i quali, solo nel secondo caso, sono esposti al rischio dell'esercizio delle azioni revocatorie.

Ci si può chiedere se la differenza di grandezza tra le imprese possa giustificare tale disparità di trattamento. Affermazione che pare in realtà dubbia in quanto se ci fosse stato un ripensamento circa l'esperibilità dell'azione revocatoria anche dopo l'approvazione di un piano di cessione, la modifica legislativa avrebbe potuto benissimo riguardare anche la legge del '99. Inoltre, pare irragionevole addurre tale motivazione atteso che la finalità che le due discipline si pongono è la medesima. Si aggiunga che, il richiamo alla disciplina del concordato operata dall'art. 6 per le ipotesi in cui gli obblighi del concordato siano assunti da un terzo, pare anch'esso inidoneo a spiegare la diversità di trattamento in quanto anche nel concordato ex art. 78 può presentarsi questa fattispecie.

Il limite che l'art. 6 pone all'utilizzo delle azioni revocatorie è che devono costituire "un vantaggio per i creditori". Questa espressione in realtà è il frutto degli interventi successivi sulla norma in questione, che inizialmente faceva riferimento alla conformità con gli obiettivi del programma, e successivamente "all'interesse per i creditori". Le modifiche sono state apportate in quanto le precedenti espressioni erano troppo generiche, tuttavia anche la formulazione corrente non è di facile interpretazione. Ciò che si può con certezza affermare è che spetta al commissario il compito di dimostrare in giudizio l'esistenza di tale requisito.

Un'altra differenza che si evidenzia tra le due discipline riguarda il termine da cui decorre il termine di prescrizione dell'azione. Nella procedura ex d.lgs. 270/1999 il

²⁷⁹ Per una discussione sul tema si veda al Cap. III, § 6.3.

termine inizia a decorrere dalla sentenza che dichiara l'insolvenza della società, sentenza che determina anche l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria.

Invece, venendo meno nella procedura di cui al d.l. 347/2003 la duplice fase, il termine inizia a decorrere dal provvedimento con cui il Ministro dichiara aperta la procedura e non invece dalla sentenza di insolvenza del tribunale, che avviene in un momento successivo. Ciò ha delle conseguenze in quanto il decreto di ammissione è provvisorio in attesa della sentenza del tribunale che verifichi i requisiti di cui all'art. 1 della stessa legge. Nel caso il tribunale accerti i presupposti e dichiari lo stato di insolvenza *nulla quaestio*. Ove invece manchino i requisiti opera la conversione della procedura in fallimento, ed i termini continuano a decorrere dal decreto Ministeriale.

6. L'approvazione del concordato

La fase di approvazione del concordato si differenzia notevolmente tra le due procedure in quanto solo in quella della disciplinata dalla legge Marzano è presente una votazione da parte dei creditori, mentre in quella disciplinata dalla legge Prodi bis è lasciato solo lo strumento dell'opposizione.

Ci possono essere diverse spiegazioni a tale fatto. Il massiccio rimando fatto dalla legge Prodi bis alla disciplina fallimentare, in particolare a quella del concordato nella liquidazione coatta amministrativa, può spiegare la mancanza di voto nel concordato ex art. 78. Infatti, caratteristica del concordato liquidatorio, disciplinato dagli artt. 214 e 215 l.f., è la coattività, ossia la mancanza di espressione di un voto da parte dei creditori. Inoltre, sia l'imprenditore che i terzi possono fare istanza per la presentazione della domanda di concordato, ed è nel loro interesse chela proposta rispecchi le volontà dei creditori, in quanto la regolamentazione stragiudiziale dei rapporti giova ad entrambe le parti. Si aggiunga che il controllo svolto da parte del tribunale è maggiore per quanto riguarda la procedura di cui al d.lgs. 270/1999.

Invece, la proposta di concordato ex art. 4 bis proviene direttamente dal commissario straordinario, al quale è lasciato ampio potere in ordine alla disposizione dei diritti dei creditori. La possibilità di questi ultimi di votare può essere considerata un giusto bilanciamento alla compressione dei loro diritti²⁸⁰. Si consideri che sono diverse le

²⁸⁰ Un esempio in cui si manifesta in modo esplicito una compressione dei diritti dei creditori è nel subprocedimento di accertamento del passivo nel caso in cui venga proposto ex art. 4 bis un concordato da parte del commissario straordinario.

ipotesi in cui un atto del commissario comporta una modifica, anche in senso peggiorativo, di un diritto di credito. L'articolo in questione non presenta più al suo interno, come invece avviene per la legge Prodi bis, i criteri che il Ministro deve valutare nella decisione di permettere la presentazione della domanda di concordato. Questa valutazione è rimessa ai creditori, che, proprio tramite lo strumento del voto, valutano la convenienza della proposta per la loro situazione.

Il favore della legge Marzano nei confronti dello svolgimento della procedura mediante concordato, si manifesta anche con il fenomeno del *cram dawn*²⁸¹. Questo strumento prevede che, nel caso vi sia suddivisione dei creditori in classi, il concordato può ritenersi approvato anche qualora una minoranza delle classi sia dissenziente, purché non vi siano concrete alternative praticabili che garantiscano un miglior soddisfacimento. Tale fenomeno non è presente all'interno della procedura di cui al d.lgs. 270/1999 in quanto, come già ricordato, non è nemmeno presente un'ipotesi di concordato di gruppo.

Inoltre, un altro aspetto che mostra il favore verso lo svolgimento della procedura secondo le disposizioni dell'art. 4 bis è il principio del silenzio assenso. Tale principio è stato mutuato dalla disciplina della legge fallimentare e prevede che, in caso uno dei soggetti legittimati al voto dallo stato passivo non eserciti il suo diritto, il suo voto si considera positivo. Ciò comporta un onere, in capo a coloro che vogliono manifestare il proprio voto in senso negativo, di presentare la propria comunicazione nei termini stabiliti dal giudice delegato.

La chiusura della procedura si ha con il passaggio in giudicato della sentenza che approva il concordato. Rispetto a questa previsione bisogna svolgere due considerazioni. La prima riguarda il fatto che la legge Marzano non prevede un procedimento di approvazione del concordato. Il comma 8 dell'art. 4 bis, prevede solo che in caso siano raggiunte le maggioranze necessarie, il tribunale approva il concordato in camera di consiglio. Mentre con riferimento alla legge Prodi bis, nonostante non sia previsto alcun tipo di procedimento, si può ritenere applicabile quello previsto all'interno della legge fallimentare per il concordato fallimentare e preventivo, cui la disciplina del concordato liquidatorio si rifà.

La seconda riguarda l'esecutività della sentenza di concordato. Infatti, solo la legge Marzano prevede che in attesa del passaggio in giudicato della sentenza stessa, ne

²⁸¹ Si veda *supra* Cap. III, § 10.

è comunque disposta l'esecutività. Ciò non accade nella procedura ex d. lgs. 270/1999. Si può ritenere che la legge del '04 abbia introdotto questa possibilità al fine di evitare il dibattito²⁸² che si è generato per la mancata previsione nella legge precedente. Inoltre, è previsto che in caso di impugnazione non si debba sospendere l'esecutività della sentenza.

²⁸² Si rimanda ai Cap. II, § 11, e Cap. III, § 13.

CONCLUSIONI

La presenza di due diverse discipline che regolano la medesima procedura ha spinto diversi autori²⁸³ a parlare, sin dalla introduzione della legge Marzano, della necessità di “riforma della procedura di amministrazione straordinaria”, con lo scopo di creare un’unica normativa che coordini quelle già presenti all’interno dell’ordinamento italiano. Le divergenze tra la legge Prodi bis e la legge Marzano, soprattutto per quanto riguarda l’avvio delle procedure, il pericolo di un intervento della Corte Europea per le disposizioni in tema di revocatoria fallimentare ex art. 6 d.l. 347/2003, l’aumento dei poteri in capo al commissario straordinario a seguito della crisi del gruppo Alitalia, ed altri aspetti, hanno avvalorato le opinioni che ritengono necessaria una riforma.

In seguito all’emanazione del d.l. 134/2008 il Consiglio dei Ministri ha contemporaneamente approvato un disegno di legge delega per la revisione organica della procedura di amministrazione straordinaria per la presenza di un “quadro normativo stratificato e concorrente”. Tale tentativo non è però andato a buon fine.

Un nuovo tentativo di riforma è stato avviato con la Commissione Rordorf, composta da autorevoli giuristi, e formata con lo scopo di riformare integralmente la legge fallimentare in vigore dal 1942, già riformata nel corso degli anni, ma mai sottoposta ad un progetto di riforma organica. L’esito principale di questi studi riguarda principalmente la riforma del fallimento, che a seguito dell’entrata in vigore della riforma, prenderà il nome di liquidazione giudiziale. Snodo fondamentale della nuova disciplina è la centralità che assume la figura del concordato preventivo. Infatti, le procedure inizieranno non già quando la situazione dell’impresa è compromessa, ma quando si manifesta la crisi. Il concordato, come gli accordi di ristrutturazione dei debiti, assumono un ruolo primario nelle nuove procedure in quanto sono gli strumenti che dovranno per primi essere utilizzati per tentare di salvare l’attività di impresa e non intraprenderne la liquidazione.

La situazione critica, o stato di allerta, viene anticipato al verificarsi della crisi che si identifica con lo stato di difficoltà economico – finanziaria che rende probabile l’insolvenza del debitore. Scopo della nuova legge fallimentare è quello di anticipare gli

²⁸³ Cfr. A. Catiello D’Antonio, *Le attuali prospettive di riforma in materia di amministrazione straordinaria*, in dir. Fall., 2010, I, 175 ss; L. Guglielmucci, *Diritto Fallimentare*, a cura di F. Padovani, con la collaborazione di E. Bran, Torino, 2017, 422.

interventi in un momento in cui la situazione dell'impresa sia ancora reversibile e non cronica.

Anche la disciplina dell'amministrazione straordinaria è stata oggetto degli studi della Commissione che ha sottolineato la necessità di una riforma riprendendo i tentativi già avviati nelle Legislature precedenti. Il progetto, anche in questo caso, non è andato a buon fine, in quanto si è posto un problema di competenze. Infatti, la riforma della legge fallimentare spetta al Ministro della Giustizia, mentre quella della procedura di amministrazione straordinaria al Ministro dello Sviluppo Economico. È per questo motivo che è stato stralciato l'art. 15 del disegno di legge delega 3671 del 2017, sostituito successivamente dal disegno di legge 3671 *ter* ove il governo delega il Ministro dello Sviluppo Economico, di concerto con il Ministro di giustizia, e sentito il Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, ad adottare una riforma. Anche tale progetto non è stato approvato.

Il dibattito circa la procedura di amministrazione straordinaria è di lunga data. A chi sostiene la necessità della sua presenza all'interno dell'ordinamento concorsuale si oppone chi invece, afferma la necessità che venga abrogata, o ridimensionata sensibilmente rivolgendosi solo a quelle imprese di carattere strategico per l'economia nazionale. I sostenitori di quest'ultima tesi si basano sul fatto che la procedura in esame è uno strumento che attribuisce troppa discrezione e poteri in capo agli organi della procedura, soprattutto nella variante del decreto Marzano, e troppi vantaggi per l'impresa che viene sottoposta alla procedura rispetto all'ordinaria dichiarazione di fallimento.

Nel progetto di riforma è prevalso invece l'orientamento che ritiene necessaria la presenza della procedura all'interno dell'ordinamento in quanto è “uno strumento di politica industriale tuttora utile, che come tale è corretto lasciare nell'orbita governativa e anzi mirando opportunamente a rafforzare quest'ultimo, nell'interesse del ceto creditorio e, più in generale, del buon fine della procedura”²⁸⁴. L'intento dei riformatori è quello di creare un'unica procedura che si rivolga a quelle grandi imprese che, per le loro dimensioni, hanno un impatto notevole oltreché sull'economia nazionale, anche sui livelli occupazionali.

²⁸⁴ Cfr. S. Ambrosini, *La riforma delle leggi in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Le amministrazioni straordinarie: fra salvaguardia della continuità, tutela dei livelli occupazionali ed efficacia delle azioni di risanamento*, D. Corrado e G. Rocca (a cura di), Quaderno n. 74, ODCEC di Milano, 2017.

Le prime modifiche che vengono ipotizzate riguardano i presupposti. Infatti, perché un'impresa possa essere considerata grande deve avere un numero di dipendenti pari ad almeno 250 unità come singola impresa, o almeno 800 dipendenti da calcolare cumulativamente nel caso in cui più imprese del medesimo gruppo facciano contestuale domanda di ammissione alla procedura.

Cessa di essere un criterio che definisce l'impresa come grande l'esposizione debitoria, che viene sostituita dal concetto del "volume di affari", calcolato su canoni prettamente economici guardando ai bilanci degli ultimi tre esercizi.

Rimangono immutati i presupposti dello stato di insolvenza e della necessaria presenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali e di salvaguardia della continuità aziendale.

Un tema che ha fatto tanto discutere in seguito all'emanazione della legge Marzano concerne l'eliminazione della c.d. fase di osservazione introdotta con la legge Prodi bis. È proprio quest'ultima ad ispirare la fase di ingresso della procedura di amministrazione straordinaria, che comunque deve essere improntata su criteri di massima celerità e speditezza. Il tribunale entro quarantacinque giorni dal decreto di apertura della procedura, previa acquisizione del parere del Ministro dello Sviluppo Economico, dispone l'ammissione del debitore alla procedura di amministrazione straordinaria, valutata l'esistenza delle concrete prospettive di recupero. Legittimati ad adire il tribunale sono il debitore, i creditori ed il Ministro stesso. Gli unici casi di ammissione immediata si hanno nel caso di società quotate, o a quelle con almeno mille dipendenti ed un volume di affari pari ad un multiplo significativo rispetto alle imprese che svolgono attività nel medesimo settore, oppure per le imprese che svolgono un servizio pubblico essenziale. In questi casi è previsto che il Ministro dello Sviluppo Economico possa disporre direttamente ed in via provvisoria, l'ammissione alla procedura, salvo poi trasmettere gli atti al tribunale che dovrà verificare i presupposti e confermare l'apertura.

Per quanto riguarda la figura del concordato, tema principale di questo elaborato, è previsto, al pari delle leggi precedenti, quale strumento di chiusura della procedura. Viene lasciato al legislatore il compito di regolare il caso in cui vi siano proposte concorrenti, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 163 l.f.. Tale previsione nella legge delega lascia desumere la possibilità di diversi legittimati alla presentazione di una

proposta di concordato, così che sorge la necessità di regolare questo aspetto. Quella appena citata non è l'unica previsione che rimanda alla disciplina del concordato preventivo nella legge fallimentare. Infatti, riguardo ai compiti del commissario straordinario, il tribunale, su istanza del commissario stesso, deve valutare l'autorizzazione di alcuni provvedimenti già elencati nella sopracitata disciplina da cui si è preso spunto.

Si può ipotizzare che, al pari di quanto avviene del nuovo codice della crisi di impresa, il concordato preventivo assume un ruolo fondamentale anche all'interno della disciplina di amministrazione straordinaria. Per quanto riguarda il contenuto del concordato di cui nulla si dice nei progetti di riforma, è facile ipotizzare che avrà le stesse caratteristiche di quello del nuovo codice. Infatti, non pare inverosimile che le discipline si assomiglino, del resto come già avvenuto nel 2007, ove la riforma fallimentare ha modificato il concordato fallimentare e quello preventivo ad immagine di quello dell'amministrazione straordinaria della legge Marzano. Pertanto, una volta che verrà attuata la riforma dell'amministrazione straordinaria, è ragionevole ritenere che avverrà il procedimento inverso a quello prima descritto, ossia che il concordato dell'amministrazione straordinaria sarà adeguato a quello del c.c.i..

BIBLIOGRAFIA

- ALESSI G., *L'amministrazione straordinaria accelerata (legge Parmalat)*, in *Dir. Fall.* 2004, I
- ALESSI G., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi: commento sistematico al D.lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, Milano, 2000
- ALESSI G., *Morte, resurrezione e sorte della Legge Prodi*, in *Fall.* 2003, I
- AMBROSINI S., *La riforma delle leggi in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Le amministrazioni straordinarie: fra salvaguardia della continuità, tutela dei livelli occupazionali ed efficacia delle azioni di risanamento*, D. Corrado e G. Rocca (a cura di), Quaderno n. 74, ODCEC di Milano, 2017
- AMBROSINI S. e JEANET L., *La revocatoria fallimentare nelle procedure "amministrative" fra diritto concorsuale e diritto della concorrenza: la questione degli aiuti di stato*, in *giur. Comm.*, I, 2002, 192 ss.
- ANSELMINI A e FABIANI M., *La difficile convivenza della revocatoria fallimentare con l'amministrazione straordinaria*, in *Foro. It.*, 2001, I
- ANSELMINI A. e FABIANI M., *La difficile convivenza della revocatoria fallimentare con l'amministrazione straordinaria*, in *Foro. It.*, 2001, I
- BACCETTI N., *Sub art. 1 d.l. 347/2003*, in *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Castagnola-Sacchi (a cura di), Torino, 2006
- BACCIETTI N., *Sub art. 49 d. lgs. 270/1999*, in *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Castagnola-Sacchi (a cura di), Torino, 2000
- BELTRAMI P., *"Decreto Alitalia": un nuovo capitolo nella storia della procedura di amministrazione straordinaria*, in *Giur. Comm.*, 2009, I
- BELTRAMI P., *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, in *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Castagnola-Sacchi (a cura di), Torino, 2006
- BELTRAMI P., *Sub art. 78 d. lgs. 270/1999*, in *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Castagnola-Sacchi (a cura di), Torino, 2000
- BENEDETTI L., *La disciplina dei gruppi d'impresa e il piano unitario di risanamento*, in *La riforma del fallimento: il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, M. Pollio (a cura di), pubblicato da Italia Oggi, gennaio 2019

- BISCETTI DI RUFFA C., *Compatibilità dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza con l'ordinamento comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, I, 2005
- BLASI A. e MUNARI F., *Artt. 87-89*, in *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, A. Tizzano a cura di), Milano, 2004
- BONFANTI S., *La procedura di ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni (legge "Marzano")*, in *Fall.*, 2004, I
- BONSIGNORI A., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Padova, 1980
- BRAN F., *La cessazione della procedura: conversione, chiusura e concordato*, in *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, a cura di C. Costa, Torino, 2008
- BUCCARELLA G., *Il concordato fallimentare, coattivo e straordinario*, Milano, 2016
- CAIAFA A., *Nuovo diritto delle procedure concorsuali: Dalla legge 12 maggio, n. 80 L. D.lgs. 9 gennaio 2006, n.5*, Padova, 2006
- CASTIELLO D'ANTONIO A., *Introduzione allo studio della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Roma, 2000
- CASTIELLO D'ANTONIO A., *Le attuali prospettive di riforma in materia di amministrazione straordinaria*, in *Dir. Fall.*, 2010, I
- CAVALAGLIO A., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Diritto Fallimentare* a cura di Satta, Padova, 1996
- CAVALAGLIO A., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Diritto Fallimentare* a cura di Satta, Padova, 1996
- COLESANTI A., in A. Colesanti, A. Maffei Alberti, P. Schlesinger, *Provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1979
- DACCÒ A., *sub art. 4 bis in d.l. 347/2003*, in *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Castagnola-Sacchi (a cura di), Torino, 2006
- DE CESARI P., *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa: il regolamento (UE) 848/2015 relativo alle procedure di insolvenza*, Torino, 2017
- DE FERRA G., *Considerazioni pratiche in margine alla nuova legge sull'amministrazione straordinaria*, in *dir. Fall.*, 2000, I
- DOCUMENTI ARISTEIA, *La legge Marzano: disciplina della ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni*, pubblicato dal Consiglio nazionale dei commercialisti, documento n. 53, gennaio 2006

- FABIANI M. e FERRO M., *Dai tribunali ai ministeri: prove di degiurisdizionalizzazione della gestione della crisi d'impresa*, in Fall., 2004, I
- FABIANI M. e STANGHELLINI L., *La legge Marzano con le ali, ovvero la volatilità dell'amministrazione straordinaria*, in Fall., 2008, I
- FABIANI M., *Diritto fallimentare: un profilo organico*, Bologna, 2011
- FABIANI M., *Le classi dei creditori nel concordato straordinario*, in *Le amministrazioni straordinarie: fra salvaguardia della continuità, tutela dei livelli occupazionali ed efficacia delle azioni di risanamento*, D. Corrado e G. Rocca (a cura di), Quaderno n. 74, ODCEC di Milano, 2017
- FARINA P., *Sulla compatibilità dell'amministrazione straordinaria con il trattato CE*, in Dir. Fall. 2005, I
- FERRI JR. G., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, in Dir. Giur. Comm., 2006
- FERRO M., *Le classi di creditori nel concordato proposto dal commissario della amministrazione straordinaria speciale*, in Fall., 2004, I
- FIMMANÒ F., *Il concordato straordinario*, in Giur. Comm., 2008, I
- FIMMANÒ F., *La ristrutturazione mediante concordato della grande impresa in amministrazione straordinaria*, in Dir. Fall., 2010, I
- FRANCARIO L., *L'accertamento del passivo nell'amministrazione straordinaria*, in *Trattato delle procedure concorsuali: l'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa*, L. Ghia, C. Piccininni e F. Severini (a cura di), Torino, 2011
- GARCEA M., *La rilevanza del gruppo nelle gestioni negoziate della crisi di impresa*, in Riv. soc., 2012, I
- GHIGNONE F., *Sub art. 78 d. lgs. 270/1999*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2013
- GIORDANO R., *Il concordato nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, il fallimentarista.it, 2015
- GUGLIELMUCCI L., *Diritto Fallimentare*, a cura di F. Padovani, con la collaborazione di E. Bran, Torino, 2017
- GUGLIELMUCCI L., *La disciplina speciale dell'amministrazione straordinaria per le situazioni di crisi particolarmente rilevanti*, in Dir. Fall., 2004, I
- JAEGER P. G., *"Par condicio creditorum"*, in Fall., 1984, I
- JAEGER P. G., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: due anni di esperienze*, *Relazione al convegno tenuto a Parma l'8 maggio 1981*, in Giur. Comm., 1981, I

- LEOGRANDE G., *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2013
- LEOPAZZA A.M., *Interessi pubblici e amministrazione straordinaria dopo la legge n. 166/2008 (variante Alitalia)*, in *Giur. Comm.*, 2009, I
- LO CASCIO G., *Commentario sull'amministrazione delle grandi imprese insolventi: Legge 30 luglio 1998, n. 274 e D. lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, Assago, 2000
- LO CASCIO G., *Insolvenza Alitalia: una nuova versione dell'amministrazione straordinaria*, in *Fall.*, 2008, I
- LO CASCIO G., *Risanamento dell'impresa in crisi ed evoluzione normativa ed interpretativa concorsuale*, in *Fall.*, 2000, I
- LUCHI F., *La chiusura dell'amministrazione straordinaria col concordato*, in *Giur. Comm.*, 1986, I
- MAFFEI ALBERTI A., *Commentario breve alla legge fallimentare (e alla legge sull'amministrazione straordinaria)*, Padova, 2000
- MAJO A., *Impresa di gruppo e attrazione nell'amministrazione straordinaria*, in *Fall.*, I, 2008
- MANENTE D., *Il "decreto Parmalat": appunti di una prima lettura*, in *Dir. Fall.*, 2004, I
- MANENTE D., *La procedura di ristrutturazione di grandi imprese in stato di insolvenza*, in *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, a cura di C. Costa, Torino, 2008
- MANGANELLI P., *Da Parmalat ad Alitalia: strumenti di gestione della crisi d'impresa*, in *Dir. E Prat. Soc.*, 2008
- MARINUCCI E., *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, in *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Castagnola-Sacchi (a cura di), Torino, 2006
- MARTINO R., *Ripartizione dell'attivo e chiusura della procedura. Conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento e chiusura per concordato*, in *La riforma dell'amministrazione straordinaria*, S. Bonfanti e G. Falcone (a cura di), Roma, 2000
- MEO G., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli, F. P. Luiso, E. Gabrielli, Torino, 2014, IV
- MONTELLA G. e PONTI L., *Le amministrazioni straordinarie e la normativa europea*, in *Le amministrazioni straordinarie: fra salvaguardia della continuità, tutela dei livelli occupazionali ed efficacia delle azioni di risanamento*, D. Corrado e G. Rocca (a cura di), Quaderno n. 74, ODCEC di Milano, 2017

- MONTELLA G., *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa: il refolamento (UE) 848/2015 relativo alle procedure di insolvenza*, Torino, 2017
- NAPOLEONI V., *Lo stato di insolvenza nell'amministrazione straordinaria (nota a Trib. Torre Annunziata, 14 novembre 2001)*, in *Fall.*, 2002, II
- NIGRO A., *I gruppi nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, reperibile su www.ilCaso.it, 2020
- NIGRO A. e VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese: le procedure concorsuali*, Bologna, 2017
- PACCHI S., *L'amministrazione di imprese di "rilevanti dimensioni"*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, a cura di U. Apice, III, Torino, 2011
- PAJARDI P., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, 843
- PALUCHOWSKI A., *sub art. 4 bis d.l. 347/2003*, in *Il codice del fallimento*, Pajardi (a cura di), Milano, 2013
- QUATRARO B., *La chiusura dell'amministrazione straordinaria*, in *Dir. Fall* 1988, I
- ROSSI R., *L'amministrazione straordinaria tra Prodi bis, Decreto Marzano e legge 18 febbraio 2004, n. 39*, in *Dir. Fall.*, 2004, I
- SANDULLI M., *Sulle proposte di modifica dell'amministrazione straordinaria*, in *Giur. Comm.*, 1982, I
- SCHIAVON A., *Insolvenza e risanamento dell'impresa nella nuova disciplina*, in *Fall.*, 2000, I
- STANGHELLINI L., *Commento all'art. 124 legge fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da A. Jorio, Bologna 2006
- TEDESCHI U., *Piano di risanamento e concordato nell'amministrazione straordinaria speciale*, in *Dir. Fall.*, 2004, I
- TESAURO G., *Diritto comunitario*, Padova, 2003
- TOMASSO F., *La riforma del concordato nella liquidazione coatta amministrativa e nell'amministrazione straordinaria*, in *Fall.*, 2008, I
- TRICOMI S., *Sul concordato nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese: brevi considerazioni alla luce della recente "Legge Marzano"*, in *Dir. Fall.*, 2004, I
- VATTERMOLI D., *La "cessione" delle revocatorie*, in *Giur. Comm.*, 2009, I
- VINCRE S., *sub art. 1 d.l. 347/2003*, in *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Castagnola-Sacchi (a cura di), Torino, 2006
- ZANICHELLI V., *I concordati giudiziali*, Assago, 2010

ZANICHELLI V., *L'amministrazione straordinaria*, in G. Fauceglia e L. Panzani (diretto da) *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Assago, 2009

