

**la “lunga durata” delle procedure concorsuali: soluzioni normative
e prassi**
di

Alessandro Ferretti – avvocato in Roma

SOMMARIO: 1. Le più significative disposizioni normative; 2. Carenza dell’attuale sistema normativo; 3. De jure condendo.

1. LE PIU’ SIGNIFICATIVE DISPOSIZIONI NORMATIVE

Le riforme intervenute negli ultimi anni contengono, tra gli altri, taluni principi normativi diretti a ridurre la durata delle procedure concorsuali.

Sul punto ricordo che il Decreto Sviluppo del 2012, ribadendo quanto già stabilito e contenuto nella Legge Pinto, fissa in sei anni la “ragionevolezza” della durata delle procedure concorsuali, con ciò di fatto superando la stessa elaborazione giurisprudenziale che, medio tempore, proprio in merito alla durata dei fallimenti, aveva evidenziato dei distinguo tra le varie procedure in ragione delle dimensioni dell’impresa decotta e del numero dei creditori della stessa.

Nel fallimento, le novità più significative intervenute in questi ultimi anni riguardano in modo particolare le procedure di vendita, con i novellati artt.105 e ss. che certamente rispondono in modo più appropriato alle finalità ispirate ad esigenze di economicità e

snellimento della fase liquidatoria.

Particolare importanza, peraltro, come avrò modo di riprendere nel prosieguo, assume l'art. 104 *ter* 7° co. che, in tema di programma di liquidazione, prevede che il curatore, previa autorizzazione, possa non acquisire all'attivo ovvero abbandonare quei beni, la cui vendita non sia conveniente per la procedura, salvo il residuale diritto di ogni singolo creditore di agire su quei beni mediante esecuzione individuale.

Più incisivo certamente l'intervento del legislatore in tema di concordato preventivo.

Ricordo, al riguardo, la nuova lettera e) del comma 2 dell'art.161 l. fall., così come modificato dal "decreto sviluppo", ove è previsto che con il ricorso il debitore debba presentare un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, nonché, l'art.181 l.f., che impone il termine di sei mesi dalla presentazione del ricorso per l'omologazione, termine suscettibile di una sola proroga non superiore a sessanta giorni; ancora, l'art. 186 l.fall., che, in tema di risoluzione del concordato, impone il termine di un anno, decorrente dall'ultimo adempimento contenuto nella proposta, per poter proporre il relativo ricorso; infine l'art.186 bis che, introducendo il nuovo istituto del concordato con continuità aziendale prevede che il piano possa contenere una moratoria non superiore di un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio (peraltro detto concordato appare molto simile alla vecchia amministrazione controllata: per inciso, sembra che

il legislatore voglia un po' tornare sui suoi passi nella gestione della crisi, recuperando un maggiore controllo da parte del giudice, inopinatamente relegato alla sola finalità di derimere le controversie endofallimentari).

In merito a detta moratoria di un anno, segnalo il contrasto interpretativo tra i tribunali sul disposto della lettera c, 3° comma del richiamato art.186 bis: infatti un recente decreto del Tribunale di Roma, Giudice Relatore Dott. Cottone, ha dichiarato l'inammissibilità della proposta di concordato in continuità, ove era previsto che i creditori privilegiati venissero soddisfatti entro il termine di 18 mesi decorrenti dalla scadenza annuale, mentre i giudici ambrosiani interpretano quella moratoria proprio nel senso di potere del Tribunale di assegnare all'imprenditore un termine iniziale scadente dall'anno dell'avvenuta omologazione per il pagamento dei creditori muniti di prelazione.

Ancorché per l'impresa che chieda di essere ammessa al beneficio del concordato con continuità aziendale possa risultare vitale l'applicazione estensiva del termine, non credo che la norma, già di per sé eccezionale, lasci spazio a dubbi interpretativi: il precetto appare lapidario quando testualmente recita: "*...una moratoria fino a un anno*", prevedendo altresì l'unica eccezione nell'ipotesi di liquidazione di quei beni (evidentemente non strumentali all'esercizio dell'attività imprenditoriale) su cui sussiste la causa di prelazione.

Sulla tematica quivi affrontata è altresì doveroso richiamare la

pronuncia delle SS.UU. n.1521 del 23/1/2013 (relatore Pres. Piccininni) che nel definire taluni contrasti sorti sia in dottrina che nella giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, in tema di poteri-doveri di controllo di legittimità del giudice nel giudizio di fattibilità della proposta di concordato (distinguendo, peraltro, tra fattibilità giuridica, il cui accertamento viene riservato al tribunale, e fattibilità economica della proposta, sottoposta al voto dei creditori), pone in evidenza l'importanza dei tempi della procedura, sottolineando l'esigenza di realizzazione dei crediti vantati dal ceto creditorio in tempi "ragionevolmente contenuti".

E nei tribunali si registrano da tempo pronunce di rigetto o inammissibilità di domande di concordato che prevedano tempi eccessivamente dilatati o in contrasto con il richiamato art.186 bis lett. c) circa i tempi di pagamento dei creditori, ovvero decreti di omologazione che, fermo restando l'obbligo di cui alla richiamata lettera e) comma 2 art.161, impongono tempi ben determinati e contenuti per la realizzazione dell'attivo nell'ipotesi di c.p. con cessione dei beni.

Passando all'amministrazione straordinaria, come noto, il D. Lgs. n.270/99 (c.d. legge Prodi *bis*) prevede all'art.27 che le concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico si realizzino o tramite il programma di cessione dei complessi aziendali sulla base di una prosecuzione dell'esercizio di impresa di durata non superiore ad un anno (termine prorogabile di tre mesi una sola volta, quando siano pendenti iniziative di imminente definizione - art.66 stessa legge),

ovvero attraverso il programma di ristrutturazione, che deve portare al risanamento entro due anni.

Peraltro è da segnalare la prassi di richiesta e concessione di proroghe ai suddetti termini, evidentemente considerati di natura ordinatoria.

2. CARENZA DELL'ATTUALE SISTEMA NORMATIVO

In ogni caso, i principi sin qui brevemente riassunti, denotano la volontà da parte del legislatore di conformarsi alle direttive europee: ma, gli interventi non sono certo sufficienti.

Non può essere sottaciuto che lo Stato Italiano è stato più volte condannato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per l'eccessiva durata dei processi e che sono sempre più frequenti i ricorsi alle competenti Corti di Appello per ottenere il risarcimento dei danni scaturenti dall'eccessivo procrastinarsi (oltre i sei anni) delle procedure concorsuali.

Eppure, ancora oggi, assistiamo a procedure che stancamente si tirano avanti per anni e anni, in alcuni casi addirittura per decenni.

Se da un lato una qualche colpevolezza deve certamente essere imputata all'inerzia degli operatori, dall'altro non può non rilevarsi che sussistono delle carenze normative che "ingessano" le procedure e ne impediscono un celere svolgimento: si pensi, in generale, alla mancata, efficace, incisiva riforma del processo civile, da cui scaturisce l'oggettiva impossibilità per gli Organi della procedura di dare rapido corso alla stessa in pendenza delle varie azioni giudiziarie, sia esse di responsabilità verso gli organi societari o, più

frequentemente, recuperatorie (con tale accezione comprendendo anche il sistema revocatorio) di beni e/o crediti acquisibili alla massa: come è stato efficacemente sottolineato in dottrina dal Prof. Grossi, il fallimento è un procedimento “contenitore”, racchiudendo in sé una molteplicità di altri giudizi.

Ma è necessario anche accertare, statisticamente, quanto queste azioni, sia pure condotte a termine con esiti positivi producano effetti sulla concreta soddisfazione del ceto creditorio, in particolare per quello chirografario.

Ricordo che l'esigenza di una maggiore speditezza della procedura concorsuale è risalente: autorevolissima dottrina di un tempo (mi riferisco a Bonsignori, Pajardi, Pazzaglia, Ragusa-Maggiore,) e, più di recente, Apice, Bongiorno, Norelli, Panzani, hanno più volte sottolineato il pregiudizio (ulteriore) per i creditori, che già subiscono la falcidia dei propri crediti a seguito della vicenda fallimentare, causa l'eccessivo perdurare delle procedure; e ricordo che la più recente normativa (da ultimo lo stesso decreto sviluppo del 2012 e la relativa relazione accompagnatoria), in tema di concordato con continuità aziendale, pone quale primaria finalità quella della tutela proprio del ceto creditorio, sottolineando che la salvaguardia dell'impresa deve costituire uno strumento a tal fine e non uno scopo a sé stante.

Non si può, anzi non si deve, dimenticare che la procedura concorsuale nasce ed esiste in quanto a monte vi è un conclamato stato di decozione o, quanto meno, di crisi; ciò sta a significare che quell'impresa non era e non può essere in grado di soddisfare più di

tanto i propri creditori e non potranno certo farlo gli organi della sopravvenuta procedura concorsuale se non in forma limitata attraverso l'esercizio delle richiamate azioni conseguenti all'apertura della procedura stessa.

Ai fini dei richiamati dati statistici, fra i tanti casi cito la procedura Parmalat, certamente condotta con esemplare maestria: ebbene, il ceto creditorio chirografario è stato o verrà così soddisfatto (parlo delle 67 società che compongono il Gruppo Parmalat):

22,7% per il gruppo turismo (Parmatour)

5/6% Hit International

0% Parma Calcio

18% per i creditori delle 16 società di cui al concordato che ha visto quale assuntore la "Nuova" Parmalat S.p.A., attraverso l'emissione di titoli azionari.

E all'ineludibile dato dell'incapienza del patrimonio dell'impresa decotta si devono necessariamente aggiungere i costi di gestione della procedura, in particolare tutti quegli oneri prededuttivi scaturenti da azioni giudiziarie promosse forse con troppa facilità o da esercizi provvisori richiesti ed autorizzati sull'onda emotiva dell'importanza di un determinato "segno distintivo" di impresa, che, invero e purtroppo, tranne rarissimi casi, ha perso il suo valore.

E non si può rimanere indifferenti di fronte al potenziale danno scaturente dalla durata della procedura oltre il sesto anno: si pensi che per una procedura con mille creditori (e non sono ormai poi così poche) il *quantum* del solo pregiudizio che potrebbe prodursi dalla

sola applicazione della Legge Pinto oscillerebbe da € 1.000.000 ad € 1.500.000 per ogni anno di ritardo; è come se il curatore, il commissario, il liquidatore avessero acquisito quell'attivo nei primi sei anni di procedura.

3. DE JURE CONDENDO

Eppure lo stato delle cose è questo, ma non lo si può poi subire passivamente.

Di quali strumenti dispone il curatore o comunque la procedura, quali accorgimenti si devono seguire, quale ulteriore passo è auspicabile *de jure condendo*?

Da quanto sin qui illustrato appare evidente che l'attenzione del legislatore si sia principalmente orientata sulle procedure c.d. "minori", che, invero, stanno diventando la maggioranza, quanto meno nell'approccio da parte dell'imprenditore verso il Tribunale, attraverso la presentazione del concordato prenotativo di cui al 6° comma del novellato art.161; tale nuovo istituto, in base alle più recenti statistiche acquisibili presso i più importanti tribunali, si sta in realtà rivelando un escamotage da parte dell'imprenditore per ritardare i tempi della propria declaratoria fallimentare.

Se l'intento da parte del legislatore era quello di favorire l'accesso al beneficio concordatizio ed evitare il fallimento, si assiste ad una distorsione della volontà legislativa da parte delle imprese.

Senza celare la realtà, gli unici concordati che presentano possibilità di successo sono quelli liquidatori (ove l'imprenditore cede ai propri creditori l'intero patrimonio) o quelli para-liquidatori,

identificabili in quei casi in cui intervenga a monte (cioè presente nel piano concordatario) un assuntore che abbia interesse ad acquisire quello che di buono è rimasto del complesso aziendale, così garantendo *ab origine* il pagamento dei creditori nelle percentuali contenute nel piano stesso (spetta poi agli organi della procedura verificare le concrete condizioni di fattibilità del piano stesso).

Tirando quindi le somme di questa mia relazione, penso che si debba e si possa ancora intervenire nella disciplina concorsuale.

Un primo intervento, potrebbe essere quello dell'estensione dell'art.104 *ter* 7° comma (rinuncia alla liquidazione o non acquisizione all'attivo dei beni, la cui liquidazione non sia conveniente) alle procedure fallimentari c.d. "vecchio rito" ed ai concordati preventivi con cessione dei beni: ciò consentirebbe la rapida chiusura di molte procedure ad oggi inutilmente incagliate: a titolo esemplificativo si consideri che ancora risultano pendenti molte procedure per non essere stati venduti beni immobili, sui quali grava una garanzia ipotecaria ed il cui ricavato servirà solo in parte al soddisfacimento del relativo credito privilegiato.

Un secondo intervento più incisivo potrebbe consistere nell'introduzione di una norma (*rectius*: di un complesso di norme) che preveda la chiusura della procedura allo scadere di un termine (i sei anni del Decreto Sviluppo 2012?) decorrenti dalla data di apertura, lasciando ai creditori insoddisfatti (sempre nel rispetto delle cause di prelazione per coloro che intervengono) la facoltà di coltivare, attraverso lo strumento della riassunzione dinanzi al giudice

competente secondo le norme di rito, le azioni di cognizione o esecutive ancora pendenti: in tal modo la procedura concorsuale potrebbe fungere da “traghettrice” a tutela proprio del ceto creditorio, usufruendo di strumenti di ricostruzione del patrimonio del fallito propri dell’esecuzione collettiva e di cui i singoli creditori non possono godere.

Non credo, in tal caso, che possa sostenersi che il problema venga solo spostato: la procedura concorsuale manterrebbe comunque il suo scopo legislativo che è quello di tutelare i creditori e la comunità attraverso la ricostruzione e la liquidazione dell’intero patrimonio dell’imprenditore e di eliminare dal mercato l’impresa non più meritevole di tutela.

Allo scadere del termine e quindi alla chiusura della procedura, l’impresa verrebbe definitivamente cancellata dal relativo registro.

Nell’ipotesi di inerzia dei creditori, al fine di non creare un ingiusto, potenziale vantaggio a favore del debitore insolvente, potrebbe riconoscersi allo Stato il diritto di acquisire i beni ancora da liquidare e subentrare nelle azioni già promosse, decorso un congruo termine, parimenti a quanto previsto per i cc.dd. conti correnti dormienti.

Questa previsione, che, oltre che certamente criticabile e perfettibile, può oggi apparire eccessivamente avveniristica o utopistica: ma è indispensabile sollecitare l’ulteriore intervento da parte del legislatore allo scopo di portare a compimento una riforma solo parzialmente realizzata, evitando così di esporre lo stato e gli

operatori a pericolose ed onerose responsabilità sulla base di leggi che devono essere rispettate.

Inoltre l'auspicabile intervento normativo avrebbe come corollario quello di sensibilizzare gli operatori a dare rapido corso alla procedura (forse il compenso non viene liquidato principalmente sull'attivo realizzato?), evitando il dispendio di energie in iniziative inutili, di nessuna soddisfazione, in alcuni casi pretestuose.

Alessandro Ferretti