

**V CONGRESSO IBEROAMERICANO DI DIRITTO
CONCORSUALE**

*La sfida della ristrutturazione dell'impresa
Costi e vantaggi del risanamento in Italia e in
LatinoAmerica . Tra economia e diritto concorsuale*

**Montepulciano, Italia, 23-24-25 settembre 2009
Palazzo del Capitano – Piazza Grande**

**V CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO
CONCURSAL**

*El desafío de la reestructuración de la empresa
Costos y ventajas del saneamiento de las empresas en
Italia y en Iberoamérica. Entre economía y derecho
concurzal*

**Montepulciano, Italia, 23-24-25 de septiembre de 2009
Palazzo del Capitano – Piazza Grande**

COMMISSIONE N° 5 La crisi nel Gruppo di imprese

COMISION N° 5 La crisis en el Grupo de empresas.

PROF. SIDO BONFATTI

**Professore Ordinario di Diritto Fallimentare nell'Università di
Modena e Reggio Emilia**

***LA DISCIPLINA DELLE CRISI DEI GRUPPI DI
“GRANDI” IMPRESE, DI IMPRESE OPERANTI NEI
SERVIZI PUBBLICI ESSENZIALI, DEI GRUPPI
BANCARI, FINANZIARI E ASSICURATIVI***

PARTE PRIMA

LE “PROCEDURE DI CRISI” DELLE IMPRESE DI RILEVANTI DIMENSIONI E DELLE IMPRESE OPERANTI NEI SERVIZI PUBBLICI ESSENZIALI

Sezione I – Le procedure di amministrazione straordinaria

SOMMARIO: 1. L'introduzione in Italia di una disciplina dell'insolvenza delle “grandi” imprese. La procedura di amministrazione straordinaria. - 2. Dalla amministrazione straordinaria “normale” alla amministrazione straordinaria “speciale” (rinvio). – 3. L'amministrazione straordinaria (“normale” e “speciale”) delle imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali.

1. L'introduzione in Italia di una disciplina dell'insolvenza delle “grandi” imprese. La procedura di Amministrazione Straordinaria.

Nel corso degli anni '70 l'Italia fu investita da una grave crisi economica, che colpì anche importanti gruppi industriali, chiamati ad una seria e problematica ristrutturazione finanziaria ed operativa.

Tale genere di “crisi” evidenziò le insufficienze del “sistema concorsuale” introdotto dalla legge fallimentare del 1942. Ci si rese conto, infatti, che le procedure del fallimento, del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata (nonché la procedura di liquidazione coatta amministrativa, comunque inaccessibile alle imprese di diritto comune, quali quelle investite dalla crisi richiamata), che componevano l'ordinamento concorsuale italiano, non offrivano strumenti adeguati per il perseguimento dell'obiettivo della **ristrutturazione** delle imprese: e ciò per una molteplicità di fattori.

Il fallimento era (ed è) caratterizzato da una funzione essenzialmente *liquidativa*: il concordato preventivo, quando pure “piegato” a perseguire funzioni “conservative” anziché liquidative, è riservato alla iniziativa discrezionale del debitore, e non può essere attivato contro la sua volontà; l'amministrazione controllata (ora abrogata) aggiungeva a tale connotato quello di essere legata alla presenza di un presupposto di “risanabilità” *nel breve periodo*, con la conseguenza di non potersi prestare ad un disegno di **ristrutturazione** dell'impresa, necessariamente legato a tempi non brevi, neppure ove esso avesse registrato il necessario consenso del debitore.

Né questi erano i soli profili di inattualità delle procedure concorsuali vigenti all'epoca. Ad essi si doveva aggiungere la considerazione delle circostanze: a) che le procedure concorsuali disciplinate dalla legge fallimentare erano comunque finalizzate principalmente (se non esclusivamente) al soddisfacimento **dell'interesse dei creditori** (al più elevato e più rapido recupero possibile dei propri crediti), mentre il dissesto dei grandi gruppi industriali introduceva il problema della tutela anche di altri valori, non necessariamente compatibili con quello già ricordato, rappresentati dalla salvaguardia della **integrità degli organismi produttivi**, e della protezione dei **livelli occupazionali**; b) le procedure concorsuali tradizionali erano rivolte a risolvere, od a sistemare, le situazioni di crisi del **sogetto-imprenditore**, trascurando di considerare le opportunità connesse alla possibilità di interventi circoscritti all'**oggetto-impresa**: mentre le conseguenze paventate dalle situazioni di crisi dei grandi gruppi industriali

venivano ad essere apprezzate più sul piano della distruzione di ricchezza e dell'impatto sociale provocati dalla dissolvenza di complessi di beni organizzati per l'esercizio di una attività economica *in quanto tali*, che non per gli effetti prodotti sul soggetto storicamente a capo dell'impresa.

La legge 3 aprile 1979, n. 95 (conosciuta sotto il nome di "legge-Prodi") intese apprestare, per le "grandi imprese", una procedura *ad hoc* (chiamata "amministrazione straordinaria"), che ne favorisse i processi di ristrutturazione finanziaria ed industriale, mirando (anche) alla salvaguardia dell'integrità degli organismi produttivi ed alla protezione dei livelli occupazionali: in ciò agevolata dalla previsione di significativi *aiuti di Stato*, rappresentati dalla disposizione secondo la quale "*il Tesoro dello Stato può garantire in tutto o in parte i debiti che le società in amministrazione straordinaria contraggono con istituzioni creditizie per il finanziamento della gestione corrente e per la riattivazione ed il completamento di impianti, immobili ed attrezzature industriali*" (art. 2 *bis*).

La nuova Procedura fu oggetto di molte critiche, incentrate in particolare sulla emarginazione del ruolo dell'Autorità giudiziaria, in favore della accentuazione del ruolo dell'Autorità amministrativa (il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato, legittimato a disporre l'assoggettamento della "grande impresa" in crisi alla Procedura di Amministrazione Straordinaria, e poi "motore" del Programma di ristrutturazione).

Gli anni che seguirono fecero emergere una sempre più ricca messe di motivi di insoddisfazione della nuova procedura, legati sia ad insufficienze ed inadeguatezze intrinseche alla stessa, sia a problematiche di carattere estrinseco.

Sotto il primo profilo, si dovette constatare che la gestione dello strumento introdotto dalla "legge Prodi", anche per l'eccesso di attribuzioni riconosciute all'Autorità amministrativa, aveva condotto a comprimere e compromettere in modo inaccettabile ed irragionevole **l'interesse dei creditori** dell'impresa, che nonché essere contemperato con l'interesse alla salvaguardia dell'integrità degli organismi produttivi e della protezione dei livelli occupazione, era risultato ad essi totalmente sacrificato.

Sotto il secondo profilo, la "legge Prodi" fu investita da insuperabili censure della Corte di Giustizia delle Comunità Europee e della Commissione Europea, che giudicarono incompatibili con i principi affermati dal Trattato di Roma in materia di concorrenza (che vietano gli "aiuti di Stato" alle imprese nazionali) la ricordata garanzia del Tesoro per i finanziamenti concessi alle imprese assoggettate ad Amministrazione Straordinaria; la previsione di ulteriori facilitazioni fiscali (art. 5 *bis* l. n. 95/1979); le agevolazioni di natura contributiva (art. 3 l. n. 19/1987); e, forse, la stessa attribuzione all'Autorità amministrativa del *potere discrezionale* di autorizzare la continuazione dell'esercizio dell'impresa ad imprese oggettivamente insolventi, così consentendo la artificiosa permanenza sul mercato di soggetti normalmente destinati alla espulsione dallo stesso (mediante la dichiarazione di fallimento, preclusa – invece – dalla sottoposizione ad amministrazione straordinaria), con conseguente **alterazione del libero gioco della concorrenza**.

Con il decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 (chiamato dai pratici "Prodi-*bis*") il legislatore italiano ha inteso ovviare ad entrambi i generi di inconvenienti sopra segnalati.

A tale scopo, esso ha per un verso *abrogato*, in linea di principio, la "legge Prodi", sostituendola con la legge "Prodi-*bis*", caratterizzata da importanti innovazioni (prima tra le quale la **esclusione** che la "grande impresa", solo perché tale, sia **sottratta** al fallimento, prevedendone la sua soggezione alla procedura ordinaria fallimentare e non alla procedura speciale di Amministrazione Straordinaria ogni qualvolta la "ristrutturazione" appaia impossibile a priori, o risulti comunque non perseguita a posteriori). In secondo luogo, il legislatore ha dettato una *disciplina transitoria* per le imprese già assoggettate alla "legge Prodi", che avrebbe dovuto porre al riparo tali procedure pendenti dalle conseguenze dei ricordati interventi "repressivi" della Corte di Giustizia delle Comunità Europee e della Commissione Europea, prevedendo che "*con regolamento emanato entro 120 giorni dalla data di entrata in vigore*

del presente decreto, il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica adegua le disposizioni attuative in ordine alle condizioni e modalità di prestazione della garanzia dello Stato per i debiti delle imprese in amministrazione straordinaria ... alla disciplina comunitaria in materia di aiuto di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà ...”.

Il dubbio sulla idoneità della norma transitoria di cui sopra a superare ogni problema di compatibilità della disciplina delle procedure di Amministrazione Straordinaria pendenti con la normativa comunitaria sugli “aiuti di Stato” derivava dalla circostanza che una parte della giurisprudenza aveva considerato tale, e per ciò illegittima, **anche la previsione della possibilità dell’esercizio dell’azione revocatoria fallimentare** nei confronti degli atti posti in essere dall’impresa assoggettata a detta procedura, per lo meno nell’ipotesi di perseguimento del **risanamento** dell’impresa, nella quale il frutto delle azioni revocatorie non sarebbe in realtà servito a reintegrare il patrimonio di una impresa liquidata, in funzione del conseguimento di un maggior soddisfacimento dei suoi creditori; quanto, piuttosto, a favorire lo stesso risanamento, attraverso forme di integrazione patrimoniale inaccessibili alle imprese *in bonis* (non essendo legittimato il debitore ad impugnare i suoi propri atti di disposizione per recuperarne gli effetti economici al proprio patrimonio).

Anche in considerazione di ciò è allora intervenuto l’art. 7 della legge 12 dicembre 2002, n. 273, il quale: (i) ha dichiarato cessati dall’incarico tutti i Commissari delle Amministrazioni straordinarie disposte sulla base della legge n. 95/1979 ancora pendenti; (ii) ha nominato in loro vece altrettanti Commissari liquidatori; (iii) ha convertito – in pratica – le descritte procedure in corrispondenti procedure **di liquidazione coatta amministrativa**, disponendo l’applicazione delle norme dettate per la stessa nell’ambito della legge fallimentare.

2. Dalla amministrazione straordinaria “normale” alla amministrazione straordinaria “speciale” (rinvio).

Come avremo modo di rilevare nel prosieguo, nell’anno 2003 e poi anche successivamente il legislatore italiano è intervenuto sulla disciplina della procedura di amministrazione straordinaria per apportarvi modificazioni ritenute necessarie a renderla maggiormente funzionale alla soddisfazione delle particolari esigenze emerse in occasione del dissesto del “Gruppo Parmalat”. Da tali interventi legislativi è sorta una “variante” dell’amministrazione straordinaria, già disciplinata dal d.lgs. n. 270/1999 riservata alle grandi imprese insolventi, che oltre ad essere qualificabili (insolventi e) **“grandi”** ai sensi della legge “Prodi-*bis*”, potessero essere qualificate, oltre che insolventi, **“di rilevanti dimensioni”** ai sensi del nuovo d.l. n. 347/2003 e successive modificazioni (c.d. “legge Marzano”, o “legge Parmalat”).

In conseguenza di ciò è divenuto necessario (o diviene comunque necessario per noi, a fini espositivi) distinguere tra la disciplina dell’amministrazione straordinaria concernente le imprese insolventi di dimensioni soltanto “grandi” (che fa riferimento esclusivo alle disposizioni del d. lgs. n. 270/1999, e che con una convenzione terminologica chiameremo **“amministrazione straordinaria normale”**); e la disciplina dell’amministrazione straordinaria concernente le imprese insolventi qualificabili “di rilevanti dimensioni”, che fa riferimento diretto al successivo d.l. n. 347/2003 (“legge Marzano” o “legge Parmalat”) – e successive modificazioni e integrazioni -, e che in base alla medesima convenzione terminologica chiameremo **“amministrazione straordinaria speciale”**.

Nel corso dell’anno 2008 il legislatore è nuovamente intervenuto sulla disciplina dell’amministrazione straordinaria per la necessità di consentire all’accesso della stessa da parte delle società (insolventi) facente capo al “Gruppo Alitalia”. Come avremo modo di rilevare, tali imprese bene avrebbero potuto essere assoggettate alla disciplina dell’amministrazione straordinaria “normale” (d.lgs. n. 270/1999), possedendone tutti i requisiti. Tuttavia, come diremo, il Governo aveva mostrato di ritenere più efficiente (o comunque preferibile), per le ragioni che indicheremo, la procedura di amministrazione straordinaria “speciale” (d.l. n. 347/2003: “legge Marzano”, o “legge Parmalat”), di cui tuttavia Alitalia non rispettava i requisiti, con particolare riguardo a quello rappresentato dalla necessità che il superamento della situazione di insolvenza dell’impresa fosse conseguibile con un “programma di

ristrutturazione”, piuttosto che con un “programma di cessione dei complessi aziendali” di carattere liquidatorio – laddove per le imprese del Gruppo Alitalia nessun’altra soluzione si rivelava disponibile se non proprio quella della cessione liquidatoria dei loro *assets*, e neppure di tutti -.

Le modificazioni apportate alla disciplina introdotta dal d.l. n. 347/2003 “Marzano” per consentire l’accesso alla relativa procedura anche delle imprese del “Gruppo Alitalia” hanno conferito caratteristiche nuove alla amministrazione straordinaria “speciale” (delle imprese insolventi “di rilevanti dimensioni”), sulle quali ci soffermeremo nel prossimo capitolo.

3. L’Amministrazione straordinaria (“normale” e “speciale”) delle imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali.

La necessità di apportare alla disciplina della amministrazione straordinaria “speciale” di cui alla “legge Marzano” alcune modificazioni per renderla funzionale a regolare la situazione di crisi del “Gruppo Alitalia” ha prodotto non soltanto il risultato di originare una nuova procedura di amministrazione straordinaria “speciale” per tutte le imprese in stato di insolvenza qualificabili “di rilevanti dimensioni”, ma anche quello di delineare una amministrazione straordinaria connotata di caratteristiche peculiari per ciò che concerne le imprese *operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali*, come era quello in cui operavano le società del “Gruppo Alitalia”.

A tale proposito deve essere preliminarmente sottolineato che benchè l’occasione della introduzione delle disposizioni particolari concernenti le imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali sia stata rappresentata dalla approvazione di modificazioni alla procedura di amministrazione straordinaria “speciale”, allo scopo di consentire l’accesso ad essa anche delle società del “Gruppo Alitalia; tuttavia le disposizioni concernenti (non tanto “Alitalia” in quanto tale, bensì) le imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali non riguardano solamente le ipotesi nelle quali esse siano ammesse all’amministrazione straordinaria “speciale” alla quale è stata ammessa Alitalia, ma anche le ipotesi nelle quali quelle imprese siano assoggettate all’amministrazione straordinaria “normale”. Ciò d’altro canto è coerente con la considerazione che mentre per Alitalia era scontata la sussistenza dei presupposti dimensionali (per indebitamento e per numero di dipendenti) di ammissibilità alla amministrazione straordinaria “speciale” (nonché la volontà politica di accedervi, dal momento che, come vedremo, l’amministrazione straordinaria “speciale” può essere disposta **solo su domanda dell’impresa interessata**); per le altre imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, invece, i livelli di indebitamento e di “forza lavoro” tali da qualificarle imprese “di rilevanti dimensioni” possono sussistere o non sussistere secondo i casi (come può sussistere e non sussistere la volontà “politica” di accedere alla amministrazione straordinaria “speciale”): ed in caso negativo non si giustificerebbe l’ammissione ad una procedura di amministrazione straordinaria (“speciale”), concepita per le imprese “di rilevanti dimensioni” di società prive dei necessari requisiti dimensionali, soltanto perché operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali.

La particolare natura del settore nel quale tali imprese operano può bensì suggerire la previsione di disposizioni di carattere speciale: inserite peraltro nella disciplina dell’amministrazione straordinaria “normale” oppure in quella dell’amministrazione straordinaria “speciale”, secondo che ricorrano o non ricorrano nel singolo caso di specie i livelli dimensionali che consentono l’accesso alla seconda (nonché la volontà dell’impresa interessata di proporre la relativa domanda, che come abbiamo anticipato rappresenta un presupposto preliminare ineludibile per l’apertura dell’amministrazione straordinaria “speciale”).

Sezione II – L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese e dei gruppi di grandi imprese insolventi (c.d. amministrazione straordinaria "normale") in generale.

SOMMARIO: 1. "Procedura di insolvenza" e "Amministrazione straordinaria" delle grandi imprese in stato di insolvenza. - 2. I presupposti soggettivi di assoggettabilità alla "procedura di insolvenza delle grandi imprese". - 3. Il presupposto oggettivo di assoggettabilità alla "procedura di insolvenza delle grandi imprese". Lo "stato di insolvenza". - 4. Rapporti tra la "procedura di insolvenza delle grandi imprese in crisi" e le altre procedure concorsuali. - 5. Il procedimento di dichiarazione dello stato di insolvenza della "grande" impresa. - 6. Gli effetti conseguenti all'assoggettamento dell'impresa alla "procedura di insolvenza" delle grandi imprese. - 7. L'amministrazione del patrimonio dell'impresa assoggettata alla "procedura di insolvenza" delle grandi imprese. - 8. Lo sviluppo della "fase diagnostica" della "procedura di insolvenza" delle grandi imprese. L'accertamento del passivo. - 9. La conclusione della "fase diagnostica" della "procedura di insolvenza" delle grandi imprese. - 10. La procedura di amministrazione straordinaria. - 11. Predisposizione, autorizzazione ed esecuzione del "Programma". - 12. La cessazione dell'Amministrazione straordinaria.

1. "Procedura di insolvenza" e "amministrazione straordinaria" delle grandi imprese in stato di insolvenza.

L'espressione "amministrazione straordinaria" può ingenerare indesiderabili equivoci, che pare opportuno prevenire attraverso l'adozione di una convenzione terminologica.

Per "Amministrazione straordinaria" si può intendere *il complesso del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270*: del resto il titolo di tale provvedimento normativo si riferisce alla "nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza ...".

Ma con l'espressione "Amministrazione straordinaria" si può intendere anche *una delle due possibili fasi* nella quale la procedura disciplinata dal decreto legislativo n. 270/1999 può evolvere: giacchè, come vedremo, una volta disposta quella che il titolo del decreto legislativo in esame denomina "amministrazione straordinaria", la procedura, *dopo una fase "prognostica"*, prevede necessariamente la *formale apertura* (con decreto motivato del tribunale) dell'una o dell'altra di due distinte e successive "procedure" – che si raccordano con la prima come seconda fase di un procedimento di carattere unitario -, denominate, a loro volta: a) "fallimento" (disciplinata essenzialmente dalle disposizioni della vera e propria procedura di fallimento - r.d. 16 marzo 1942, n. 267 -, per le attività non ancora espletate), dove non si possono ingenerare equivoci terminologici; e b) "amministrazione straordinaria" (disciplinata da norme riferibili in linea di principio alla "legge Prodi" del 1979, ma significativamente innovate), comportante invece, per l'appunto, il pericolo di equivoci terminologici per l'identità di espressione utilizzata anche per definire la "procedura-base".

Per tali ragioni adotteremo, nel prosieguo, una convenzione terminologica, in virtù della quale utilizzeremo l'espressione "**procedura di insolvenza delle grandi imprese**" per definire il complesso della disciplina introdotta dal d.lgs. n. 270/1999, e particolarmente la "procedura-base" (che, come vedremo, impedisce la dichiarazione del fallimento dell'impresa secondo il diritto comune): procedura che si apre con *la dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza* da parte del tribunale; ed utilizzeremo l'espressione "**amministrazione straordinaria**" per indicare la disciplina di quella sub-procedura, tra le due possibili (l'altra essendo rappresentata dal ricordato "fallimento"), nella quale la "procedura-base" può evolvere, se, dopo una iniziale fase "di osservazione" (di natura prognostica), si accerta la sussistenza di specifici requisiti, tali da legittimare il tentativo di *"conservazione del patrimonio produttivo mediante prosecuzione, riattivazione e riconversione delle attività imprenditoriali"* (art. 1 d.lgs. n. 270/1999), piuttosto che la insussistenza dei requisiti previsti dalla legge, con conseguente necessaria evoluzione della "procedura-base" in "fallimento".

2. I presupposti soggettivi di assoggettabilità alla “procedura di insolvenza delle grandi imprese”.

Secondo l'art. 1 del d.lgs. n. 270/1999, “l'amministrazione straordinaria è la procedura concorsuale della *grande impresa commerciale insolvente*...”.

La nozione di “impresa commerciale” rilevante ai fini dell'assoggettabilità alla “procedura di insolvenza” di cui al d.lgs. n. 270/1999 è esplicitamente comprensiva della **impresa individuale** (art. 2), e delle **società di persone** (artt. 23-26).

Una limitazione di carattere generale deriva peraltro dalla affermazione del principio secondo il quale sono soggette alla “Prodi-*bis*” solo le grandi imprese “*soggette alle disposizioni sul fallimento*” (art. 2): il che comporta la esclusione delle imprese per le quali è prevista la **liquidazione coatta amministrativa** senza possibile concorso con il fallimento (banche, assicurazioni, S.I.M., società fiduciarie, ecc.).

L'art. 2 fissa poi i requisiti, in base ai quali l'impresa commerciale può essere definita “grande”: ed afferma che tale nozione ricorre in presenza dei due presupposti congiunti: a) di un numero di *lavoratori subordinati non inferiore a duecento da almeno un anno*, b) di *debiti per ammontare complessivo non inferiore ai due terzi tanto del totale dell'attivo dello stato patrimoniale che dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio*.

A tale proposito, mentre si prende atto del presupposto dimensionale legato al numero dei lavoratori dipendenti (che la giurisprudenza, peraltro, si è dimostrata propensa a riferire, in certi casi, al “gruppo” di società di cui l'impresa interessata faccia parte, piuttosto che necessariamente alla sola impresa dichiarata insolvente); si stigmatizza, invece, l'irrazionalità del presupposto di qualificabilità della dimensione (“grande”) dell'impresa, rappresentato dallo “indebitamento qualificato” **minimo** richiesto dalla lettera b) dell'art. 2: giacché la sussistenza di una determinata proporzione tra indebitamento e patrimonio, e tra indebitamento e fatturato, da una parte non contribuisce in alcun modo ad individuare le dimensioni *dell'impresa* (anche una impresa di piccole dimensioni può risultare iperindebitata, rispetto al suo piccolo patrimonio); e dall'altro impedisce paradossalmente la sottoposizione alla “procedura di insolvenza delle grandi imprese” di quelle imprese che, per quanto oggettivamente “grandi” (per numero di dipendenti, per entità del patrimonio, per dimensioni del fatturato, eccetera), *tuttavia non risultino “abbastanza indebitate”!*

3. Il presupposto oggettivo di assoggettabilità alla “procedura di insolvenza delle grandi imprese”. Lo “stato di insolvenza”.

L'art. 2 d.lgs. n. 270/1999 afferma che quando una impresa commerciale (soggetta alle disposizioni sul fallimento) è definibile “grande” alla stregua dei ricordati requisiti previsti dall'art. 2, e si trova “**in stato di insolvenza**”, il tribunale (del luogo in cui essa ha la sede principale) “*dichiara tale stato* (di insolvenza) *con sentenza in camera di consiglio*”.

Secondo l'interpretazione dei più, le disposizioni in esame vanno interpretate in questo senso: quando una impresa commerciale (*id est* di diritto comune) versa in stato di insolvenza (intendendo per tale quello descritto dall'art. 5 l.fall., per cui “*lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni?*”), se è definibile “grande” non può essere dichiarata (immediatamente) fallita, ma deve preliminarmente (essere dichiarata insolvente ai sensi dell'art. 3 d.lgs. n. 270/1999 e così) essere assoggettata alla “procedura di insolvenza delle grandi imprese”.

Tale procedura – come si vedrà – comporterà l'apertura di una fase di “osservazione”, al termine della quale verrà dichiarato il fallimento solo ove si accerti l'insussistenza delle prospettive “conservative del

patrimonio produttivo”, che ne possono giustificare l’ammissione – invece – alla procedura concorsuale **non disgregativa** dell’amministrazione straordinaria.

La conclusione che appare preferibile, secondo la quale lo “stato di insolvenza” che può giustificare la sottoposizione della grande impresa alla “procedura di insolvenza” *ex d.lgs. n. 270/1999 coincide con la situazione descritta dall’art. 5 l. fall.* quale presupposto di assoggettabilità dell’impresa (non “grande”) al fallimento, è particolarmente importante: non tutti, peraltro, concordano con essa.

Pare a taluno che la condizione di “insolvenza” considerata come presupposto di assoggettabilità al fallimento dell’impresa, evochi un carattere di **irreversibilità** della “crisi”, che sarebbe inconciliabile con la speciale connotazione della procedura concorsuale di cui al d. lgs. n. 270/1999: connotazione funzionale, come detto, a perseguire *“finalità conservative del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali”*: così che l’insolvenza alla quale fa riferimento l’art. 3 della “Prodi-bis” dovrebbe essere piuttosto qualificata come quella espressiva di un dissesto **reversibile**, se non addirittura di una situazione di *“difficoltà (solo) temporanea di adempiere”*.

Su questo punto occorre peraltro essere molto chiari.

Non appartiene alla “filosofia” dello “ordinamento concorsuale” che i creditori, o il Pubblico Ministero, o il tribunale d’ufficio, possano **imporre** all’imprenditore l’ingresso in una procedura concorsuale, quanto esso versi in una condizione meno grave della **insolvenza**, quale delineata dall’art. 5 l. fall.

E’ solo l’attentato al “regolare” (e, dunque, *paritario*) adempimento delle proprie obbligazioni che può esporre l’imprenditore ad **interventi autoritativi** (o, come si dice per le imprese soggette a vigilanza amministrativa, “interventi di rigore”), aventi diretta (e devastante) incidenza sull’organizzazione d’impresa. Si deve pertanto escludere che lo “stato di insolvenza” *ex art. 3 d.lgs. n. 270/1999* abbia qualche cosa a che vedere con la “temporanea difficoltà di adempiere” (come nulla ha a che vedere con altri possibili sintomi di “crisi” quali la chiusura di un bilancio in perdita, la riduzione del capitale per perdite, eccetera).

Quanto alla valutazione sul carattere “reversibile” o “irreversibile” dello stato di insolvenza, la distinzione è priva di rilievo, perché la disciplina della “procedura di insolvenza” delle grandi imprese si rivela perfettamente compatibile e congrua anche con le situazioni di crisi cc.dd. “irreversibili”. Anche per esse, infatti, è certamente concepibile il perseguimento delle *“finalità conservative del patrimonio produttivo”*, mediante – se non altro – l’attuazione di un programma di *“cessione dei complessi aziendali”* – art. 27, comma 2°, lett. a) -: e ciò è quanto basta ad escludere che il (preteso) carattere irreversibile della crisi possa precludere **a priori** l’assoggettamento della grande impresa alla “procedura di insolvenza” *ex art. 3, d.lgs. n. 270/1999*. *Se mai, sarà l’eventuale verifica, a posteriori, che nessun programma di cessione dei complessi aziendali - e tanto meno di “ristrutturazione economica e finanziaria”: art. 27, comma 2°, lett. b) - è possibile, a provocare l’evoluzione della procedura di insolvenza in fallimento.*

4. Rapporti tra la “procedura di insolvenza delle grandi imprese in crisi” e le altre procedure concorsuali.

Come si è già avuto modo di segnalare, le imprese soggette alla **liquidazione coatta amministrativa** con esclusione del fallimento (banche, assicurazioni, S.I.M., eccetera) non sono soggette alla “Prodi-bis” (art. 2): ciò anche perché le rispettive discipline di settore prevedono altri istituti, rivolti ad affrontare i problemi del superamento delle situazioni di “crisi” anche favorendo la “conservazione del patrimonio produttivo”.

Le imprese soggette al fallimento, invece, se connotate dai caratteri della “grande” impresa di cui all’art. 2 d.lgs. n.270/1999, sono soggette alla “procedura di insolvenza” relativa, **con esclusione** del fallimento: così che il tribunale, al quale fosse presentata una istanza di fallimento nei confronti di una impresa definibile “grande”, dovrebbe provvedere pronunciando (solo) la dichiarazione dello stato di insolvenza, rispettato il procedimento all’uopo previsto dal d.lgs. n. 270/1999.

Controversa invece è la questione della concorrenza o meno con la procedura in commento del concordato preventivo [e dell’amministrazione controllata, oggi peraltro soppressa]: anche se le

intenzioni del legislatore appaiono univocamente nel senso di escludere che alla “grande” impresa sia inibita la domanda di ammissione all’una od all’altra delle due procedure concorsuali minori.

La dottrina era comunque propensa ad ammettere l’accesso della “grande impresa” all’amministrazione controllata, o sulla base della considerazione della affermata diversità di presupposti; o in relazione all’interesse dell’imprenditore a mantenere (con l’amministrazione controllata), piuttosto che a perdere (con l’amministrazione straordinaria introdotta dalla “procedura di insolvenza” della “Prodi-bis”) il controllo diretto sull’esercizio dell’impresa.

Maggiori resistenze incontrava invece l’idea che la “grande impresa” in stato di insolvenza potesse chiedere l’ammissione al concordato preventivo (che in quanto tale non è tenuto ad assicurare il perseguimento di “*finalità conservative del patrimonio produttivo*”): di talchè si sosteneva che essendo le grandi imprese insolventi “istituzionalmente” destinate ad una “procedura di insolvenza” speciale, la relativa disciplina dovesse ritenersi **sostitutiva** anche di quella prevista dal concordato preventivo. Naturalmente oggi tutto cambia con la profonda modificazione apportata dalla riforma della legge fallimentare alla disciplina del concordato preventivo, tenuto conto che la stessa presenta ora senz’ombra di dubbio anche l’attitudine ad essere funzionale al superamento di situazioni di crisi non irreversibili

5. Il procedimento di dichiarazione dello stato di insolvenza della “grande” impresa.

La dichiarazione di insolvenza della “grande” impresa è pronunciata con sentenza in Camera di consiglio dal tribunale del luogo in cui essa ha sede principale, su ricorso dell’imprenditore, di uno o più creditori, del Pubblico Ministero, o d’ufficio.

Prima di provvedere, il tribunale convoca l’imprenditore, il ricorrente ed *il Ministro dell’Industria, del Commercio e dell’Artigianato*, il quale viene contestualmente invitato ad *indicare uno o tre commissari giudiziali*, da nominare nel caso di dichiarazione dello stato di insolvenza.

Con la sentenza relativa, il tribunale nomina il *giudice delegato* per la procedura; nomina uno o tre *commissari giudiziali* “in conformità dell’indicazione del Ministro dell’Industria, ovvero autonomamente se l’indicazione non è pervenuta nel termine stabilito”; ordina il deposito dei bilanci e delle scritture contabili; assegna ai creditori un termine per la presentazione delle *domande di insinuazione al passivo* e delle domande concernenti “*diritti reali mobiliari*” su beni in possesso dell’imprenditore; stabilisce luogo, giorno ed ora della adunanza dei creditori in cui si procederà *all’esame dello stato passivo*; stabilisce *se la gestione dell’impresa è lasciata all’imprenditore o affidata al commissario giudiziale* (fino alla successiva apertura del fallimento ovvero sia dell’amministrazione straordinaria).

La sentenza di dichiarazione dello stato di insolvenza è soggetta ad **opposizione**, da proporsi davanti al tribunale che l’ha pronunciata” (art. 9).

6. Gli effetti conseguenti all’assoggettamento dell’impresa alla “procedura di insolvenza” delle grandi imprese.

Quanto agli **effetti** dell’apertura della “procedura di insolvenza della grande impresa”, occorre anzitutto osservare come la stessa *non incida sulla continuazione dell’esercizio dell’impresa*: al punto da indurre la dottrina ad affermare che la continuazione dell’attività imprenditoriale è **obbligatoria**, o comunque **necessaria** (dovendo il tribunale decidere solo se lasciarla all’imprenditore, oppure affidarla al commissario giudiziale).

La “necessità” della continuazione dell’esercizio dell’impresa (insolvente!) determina importanti conseguenze.

In primo luogo, **i rapporti pendenti** alla data dell’apertura della procedura **continuano**, in linea di principio, secondo la **disciplina di diritto comune**. Essi non subiscono sospensione od interruzione,

né sono soggetti al potere dell'imprenditore o del commissario giudiziale di provocarne lo scioglimento: solo, *devono tenere conto dei concomitanti effetti speciali che si producono in conseguenza della apertura della procedura.*

In particolare, l'esecuzione (anche) dei rapporti pendenti dovrà tenere conto del *divieto di pagamento dei debiti pregressi* (art. 18, comma 2°), che consegue normalmente a tutte le procedure che postulano l'accertamento della impossibilità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni.

Va tuttavia rilevato, a tale proposito, che l'art. 18, comma 2°, d.lgs. n. 270/1999, ammette esplicitamente che il giudice delegato possa autorizzare il pagamento di debiti anteriori alla dichiarazione dello stato di insolvenza.

Ciò avrebbe l'attitudine a provocare oggettive alterazioni alla *par condicio creditorum*: ed è per tale ragione che una parte della dottrina si domanda se la portata della norma non debba essere circoscritta alla sola **anticipazione** a singoli creditori di quanto risulterà loro spettante in sede di riparto, con conseguente **ripetibilità** di quanto pagato in eccedenza.

Dalla affermazione del divieto di pagamento dei debiti pregressi deriverà anche la necessità di considerare "cristallizzati" gli eventuali crediti riconducibili alla fase del rapporto contrattuale, pure destinato a proseguire nei confronti dell'impresa, che ne ha preceduto la dichiarazione di insolvenza. Così il rapporto di **conto corrente bancario** potrà proseguire "regolarmente", ma l'esposizione eventualmente prodottasi prima della sentenza di insolvenza non potrà essere ridotta od azzerata da accreditamenti disposti in corso di procedura.

In secondo luogo la necessaria continuazione dell'esercizio dell'attività d'impresa impone, trattandosi di impresa formalmente dichiarata insolvente, di affermare il principio secondo il quale "*i crediti sorti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa e la gestione del patrimonio del debitore dopo la dichiarazione dello stato di insolvenza sono soddisfatti in prededuzione, a norma dell'art. 111, primo comma, n. 1), della legge fallimentare*" (art. 20 d.lgs. n. 270/1999): è ovvio, infatti che senza tale "garanzia", nessuno concederebbe credito bancario o commerciale ad una impresa *ufficialmente* insolvente.

Quanto agli effetti più specificatamente prodotti dalla sentenza di insolvenza nei confronti dei creditori, vanno principalmente segnalati: 1) l'obbligo di assoggettamento delle pretese verso l'impresa insolvente *al procedimento di accertamento dello stato passivo fallimentare* (art. 18, comma 1°; art. 31, comma 2°; art. 53); 2) la sospensione degli interessi secondo la disciplina degli artt. 54 e 55 l. fall. (art. 18, comma 1°); 3) la disciplina della compensazione nel fallimento (art. 56 l.fall.); 4) la disciplina delle obbligazioni solidali nel fallimento (artt. 60-63 l. fall.) – cfr. l'art. 169 l. fall., dichiarato applicabile dall'art. 18, comma 1°, d.lgs. n. 270/1999 -; 5) il divieto di inizio o prosecuzione di azioni esecutive individuali nei confronti dell'impresa insolvente (art. 51 l.fall., richiamato dall'art. 168, reso anch'esso applicabile dall'art. 18, comma 1°, cit.); 6) la inopponibilità ai creditori partecipanti alla "procedura di insolvenza" degli atti per i quali non risultino compiute, alla data di dichiarazione dello stato di insolvenza, le formalità necessarie, secondo il diritto comune, a renderli opponibili ai terzi (art. 45 l.fall.).

7. L'amministrazione del patrimonio dell'impresa assoggettata alla "procedura di insolvenza" delle grandi imprese.

Per delineare gli effetti della "procedura di insolvenza" delle grandi imprese l'art. 18 d.lgs. n. 270/1999 richiama in via preliminare gli effetti prodotti dall'art. 167 l. fall., in tema di **concordato preventivo**. Successivamente l'art. 19 afferma che "fermo quanto previsto dall'art. 18", l'eventuale sottrazione dell'amministrazione all'imprenditore, ed il suo affidamento al commissario giudiziale, "determina gli effetti stabiliti dagli articoli 42,43,44, 46 e 47 della legge fallimentare", nonché l'applicazione al commissario giudiziale delle "disposizioni degli articoli 31,32,34 e 35 della legge fallimentare".

La considerazione del tenore letterale delle norme in commento indurrebbe a concludere che le regole dell'amministrazione del patrimonio della grande impresa (dichiarata) insolvente siano diverse, secondo

che detta amministrazione sia conservata all'imprenditore, oppure affidata al commissario giudiziale: ma secondo la più attenta dottrina tale conclusione prefigura esiti inaccettabili, e deve – pertanto – essere respinta.

In particolare, si afferma che le regole richiamate per l'ipotesi di affidamento della gestione dell'impresa "in stato di insolvenza" al commissario giudiziale, non possono non trovare applicazione anche per l'ipotesi nella quale l'amministrazione del patrimonio dell'impresa sia mantenuta all'imprenditore. In questa prospettiva, gli atti di amministrazione dovranno essere assoggettati alla disciplina autorizzatoria di cui all'art. 35 l. fall.; il rendiconto dell'attività posta in essere dovrà essere reso *sempre* (art. 116 l. fall.); l'amministratore del patrimonio dell'impresa assoggettata alla "procedura di insolvenza" sarà responsabile del proprio operato in base alle disposizioni fallimentari dettate per il curatore fallimentare, a prescindere dalla circostanza che l'amministrazione sia stata mantenuta all'imprenditore oppure affidata al Commissario giudiziale.

8. Lo sviluppo della "fase diagnostica" della "procedura di insolvenza" delle grandi imprese. L'accertamento del passivo.

Una volta assoggettata la grande impresa alla nuova "procedura di insolvenza", con la dichiarazione dello stato di insolvenza pronunciata ai sensi e per gli effetti dell'art. 3 d.lgs. n. 270/1999, si producono anzitutto, come già detto, due fenomeni di carattere generale: a) la necessaria continuazione dell'esercizio dell'impresa, tenuto conto degli effetti particolari prodotti dalla sentenza di insolvenza sui rapporti pendenti; sui creditori; sull'imprenditore; e sulla amministrazione del patrimonio dell'impresa; b) **l'accertamento dello stato passivo** rappresentativo delle obbligazioni dell'impresa verso i creditori o verso i titolari di "diritti reali mobiliari", **che si inizia da subito**, salvo proseguire, successivamente, o nell'ambito del fallimento dichiarato per insussistenza degli specifici requisiti per l'ammissione all'amministrazione straordinaria, oppure – in caso contrario – nell'ambito di quest'ultima.

Tra le innovazioni più significative apportate dalla legge "Prodi-*bis*" alla precedente disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi va evidenziata la "**giurisdizionalizzazione**" delle attività funzionali all'accertamento del passivo gravante sull'impresa.

Secondo la disciplina previgente, coerentemente con quanto disposto per tutte le altre procedure concorsuali di carattere amministrativistico (le **liquidazioni coatte amministrative** delle banche, delle assicurazioni, delle S.I.M, eccetera), l'accertamento dei crediti pecuniari e dei "diritti reali mobiliari" nei confronti dell'impresa in amministrazione straordinaria veniva effettuato, in via preliminare, **d'ufficio**, dallo stesso **commissario liquidatore**.

L'Autorità giudiziaria ne era, in linea di principio, estraniata, ed interveniva solamente nelle ipotesi di **contestazione** dell'operato del commissario liquidatore (promossa con le **opposizioni allo stato passivo** dei creditori **esclusi**, in tutto od in parte, dalle decisioni del commissario liquidatore); oppure nelle ipotesi di richiesta di **integrazione** dello stato passivo già formato dal commissario stesso (con la presentazione di **domande tardive** da parte dei creditori **pretermessi**).

Con la legge "Prodi-*bis*", invece, è pacifico che l'accertamento del passivo debba avvenire – sia nell'eventualità di evoluzione della "procedura di insolvenza" in fallimento (cfr. art. 31, comma 2°); sia nell'eventualità di evoluzione in amministrazione straordinaria (cfr. art. 53) - secondo le regole proprie dell'accertamento delle pretese vantate verso un imprenditore fallito: con la conseguenza di imporre, in via preliminare, **l'obbligo di ciascun creditore** (o preteso titolare di "diritti reali mobiliari") di proporre formale domanda giudiziale di carattere *individuale*. In questa prospettiva è disposto che la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza debba assegnare ai creditori il termine per la presentazione delle domande di ammissione al passivo, e la data dell'adunanza davanti al giudice delegato per l'esame delle stesse.

9. La conclusione della “fase diagnostica” della “procedura di insolvenza” delle grandi imprese.

Secondo l'art. 28 d.lgs. n. 270/999, entro 30 giorni dalla dichiarazione giudiziale di insolvenza il commissario giudiziale deve depositare nella Cancelleria del tribunale, e deve contestualmente trasmettere al Ministero dell'Industria, una Relazione, contenente:

- a) la descrizione particolareggiata delle cause dell'insolvenza;
- b) la “valutazione motivata” sulla sussistenza di “concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali”, da realizzarsi, in via alternativa: b1) “tramite la cessione dei complessi aziendali, sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno (“**programma di cessione dei complessi aziendali**”)”; oppure, b2) “tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a 2 anni (“**programma di ristrutturazione**”)” – art. 27 -.

Entro 10 giorni dalla ricezione della Relazione del commissario giudiziale, il Ministero dell'Industria deve depositare nella Cancelleria del tribunale il proprio parere in ordine alla ammissione dell'impresa insolvente alla procedura di amministrazione straordinaria (in alternativa all'altrimenti inevitabile assoggettamento al fallimento).

Entro 30 giorni dal deposito della Relazione del commissario giudiziale in Cancelleria, **il tribunale**, tenuto conto del parere del Ministero dell'Industria (e delle osservazioni che l'impresa insolvente e ciascun interessato può depositare), **dichiara l'apertura dell'amministrazione straordinaria**, se sussistono le descritte condizioni, con decreto motivato; in caso contrario – sempre con decreto motivato – **dichiara il fallimento**, nominando il giudice delegato ed il curatore fallimentare. Contro i decreti in esame è consentita la proposizione di reclamo, da parte di qualsiasi interessato, entro 15 giorni, alla Corte d'Appello, che provvede in Camera di consiglio, e nell'ipotesi di accoglimento del **reclamo** rimette gli atti al tribunale, perché questo provveda di conseguenza.

Occorre dunque sottolineare in via preliminare che la decisione se ammettere la grande impresa, dichiarata insolvente ai sensi dell'art. 3 della “Prodi-*bis*”, all'amministrazione straordinaria, oppure assoggettarla a fallimento, è attribuita all'**autorità giudiziaria**, senza che l'autorità amministrativa possa interferire sulla decisione oltre alla espressione del proprio “parere”.

In secondo luogo, va altresì osservato che **il parere dei creditori è sostanzialmente pretermesso**: la previsione della facoltà di deposito di “osservazioni” da parte di qualunque interessato è assolutamente inadeguata a far sì che sulla valutazione del tribunale possa produrre qualche effetto la considerazione della **volontà dei creditori**, irrilevante in diritto ed insuscettibile di formarsi e di esprimersi, in fatto.

Infine pare opportuno segnalare che, secondo la prima giurisprudenza formatasi sulla nuova legge, la natura esclusivamente valutativa e “prognostica” della Relazione richiesta al Commissario giudiziale consente a costui di prospettare entrambi i possibili scenari del “programma di cessione” e del “programma di ristrutturazione”, se riconosca ad entrambi gli interventi la capacità di realizzare l'obiettivo del riequilibrio economico dell'impresa, competendo poi la scelta tra i due programmi al *commissario straordinario*, da esercitarsi (senza essere comunque vincolato dalle prospettazioni del commissario giudiziale) in sede di redazione del Programma da predisporre entro i 60 giorni successivi alla apertura dell'amministrazione straordinaria che sia stata decisa dal tribunale (cfr. art. 54 d.lgs. n. 270/1999).

10. La procedura di amministrazione straordinaria.

Come si è detto, sulla scorta della Relazione del commissario giudiziale (nonché del parere del Ministero dell'Industria, delle eventuali osservazioni dell'imprenditore e di ogni altro interessato, e

“degli ulteriori accertamenti eventualmente disposti” di propria iniziativa), il tribunale pronuncia la dichiarazione di fallimento della grande impresa già assoggettata a “procedura di insolvenza”, oppure dispone l’apertura della procedura di Amministrazione straordinaria.

Nella prima ipotesi, come pure si è già detto, la procedura prosegue, senza soluzione di continuità, secondo le disposizioni della legge fallimentare. Nella seconda ipotesi la procedura evolve, **sempre senza soluzione di continuità**, nell’Amministrazione straordinaria (propriamente detta).

Con ciò il legislatore della “Prodi-*bis*” ha mostrato di volere adottare un modello, già presente in altri ordinamenti e già prospettato da Progetti di riforma predisposti nel passato, costituito da una “procedura di insolvenza” di carattere unitario, che dopo l’apertura può presentare (almeno) due sbocchi possibili, secondo che la “osservazione” alla quale viene sottoposta l’impresa in crisi ne dimostri la possibilità di conservazione dell’organismo produttivo (in tutto od in parte; mediante ristrutturazione o attraverso cessione a terzi); oppure ne imponga la liquidazione in funzione della ripartizione del ricavato tra i creditori.

L’unitarietà della procedura (di fallimento o di amministrazione straordinaria) rispetto alla fase “diagnostica” spiega le regole dettate in materia di ambito di applicazione della revocatoria fallimentare (che investe gli atti compiuti nel periodo anteriore *alla sentenza di dichiarazione dello stato di insolvenza*), e di riconoscimento ai crediti sorti dopo la medesima dichiarazione giudiziale di insolvenza del carattere “prededucibile” nell’eventuale fallimento successivo.

Se il tribunale dispone l’apertura della procedura di amministrazione straordinaria, esso pronuncia contestualmente i provvedimenti opportuni ai fini della **prosecuzione dell’esercizio dell’impresa**, sino alla nomina del **commissario straordinario** (che può essere unico, oppure costituito da un collegio di tre membri).

A ciò provvede (entro cinque giorni dalla comunicazione del decreto di apertura) il **Ministero dell’Industria**, che nomina altresì il **comitato di sorveglianza**, “composto da tre o cinque membri”, scelti tra i creditori chirografari e tra “persone particolarmente esperte nel ramo di attività esercitato dall’impresa o nella materia concorsuale”.

Il Ministero dell’Industria esercita una attività di “**vigilanza**” sulla procedura, avvalendosi in ciò anche di esperti e di società specializzate, oltre che del personale della Guardia di Finanza (art. 37). Esso è investito del potere autorizzatorio per il compimento degli atti di alienazione e di affitto di azienda e di rami di azienda, e degli altri atti di amministrazione straordinaria elencati dall’art. 42. Il Ministero, inoltre, e soprattutto, vigila sulla redazione del “Programma” di cessione o di ristrutturazione, e ne autorizza – se de caso – l’esecuzione (*infra*).

Il comitato di sorveglianza è investito di funzioni essenzialmente consultive.

Quanto agli **effetti** conseguenti all’apertura dell’amministrazione straordinaria, in parte si tratta della conferma e della continuazione di quelli già prodotti dalla dichiarazione dello stato di insolvenza. Così è, in particolare, per il divieto di inizio o prosecuzione di azioni esecutive sui beni dell’impresa (art. 48); per la “prededucazione” ribadita in favore dei crediti sorti per la continuazione dell’esercizio dell’impresa e la gestione del patrimonio del debitore (art. 52, che riprende anche il rinvio diretto all’art. 111, comma 1°, n. 1), l. fall.); per i rapporti giuridici pendenti, che continuano ad avere esecuzione salva l’introduzione di una **facoltà di scioglimento** in favore del commissario straordinario.

L’art. 50, co. 2, d.lgs. n. 270/1999 afferma che “*fino a quando la facoltà di scioglimento non è esercitata [da parte del Commissario liquidatore] il contratto continua ad avere esecuzione*”. Nel timore che la continuazione nell’esecuzione del contratto pendente da parte del Commissario potesse essere intesa come un implicito subingresso nel contratto stesso, l’art. 1-*bis* del d.l. n. 134/2008, convertito nella legge n. 166/2008 (“Alitalia”) ha dettato una **interpretazione autentica** della norma, la quale deve essere intesa “*nel senso che l’esecuzione del contratto o la richiesta di esecuzione del contratto da parte del commissario non fanno venire meno la facoltà di scioglimento dei contratti di cui al medesimo articolo [50], che rimane impregiudicata, né comportano, fino all’espressa dichiarazione di subentro del commissario straordinario, l’attribuzione all’altro contraente dei diritti previsti in caso di subentro dall’articolo 51, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 270 del 1999*”.

La apertura della amministrazione straordinaria rende poi proponibili le **azioni revocatorie fallimentari** disciplinate dalle norme sul fallimento: ma ciò solo per l’ipotesi di autorizzazione

dell'esecuzione di un "Programma di cessione" dei complessi aziendali, e **non** – invece – per l'ipotesi di predisposizione ed approvazione di un "Programma di ristrutturazione" aziendale (salvo l'intervento della successiva conversione in fallimento dell'amministrazione straordinaria): sia perché questa dovrebbe tendere al pagamento di tutti i creditori; sia perché l'imprenditore insolvente conserverebbe la titolarità dell'impresa assoggettata ad amministrazione straordinaria (e "ristrutturata"), e non dovrebbe potere beneficiare degli effetti della revocatoria di atti di disposizione da lui stesso compiuti.

A tale proposito si devono prendere in considerazione importanti elementi di valutazione derivanti da recenti decisioni della Corte di Cassazione che sembrano destinate a circoscrivere alquanto la portata del principio secondo il quale le azioni revocatorie fallimentari non sono proponibili nell'ipotesi di predisposizione od approvazione di un "Programma di ristrutturazione".

In primo luogo occorre tenere conto delle decisioni pronunciate nel contesto della procedura di "Amministrazione straordinaria delle imprese di rilevanti dimensioni" introdotta a seguito del dissesto del "Gruppo Parmalat". Questa procedura, infatti, *postula* che l'imprenditore (che versi in stato di insolvenza e presenti le caratteristiche dimensionali proprie della "impresa di rilevanti dimensioni", definite con d. l. n. 347/2003 e successive modificazioni ed integrazioni) domandi l'accesso all'amministrazione straordinaria avvalendosi (**proprio**) della procedura di "*risanamento per ristrutturazione*" (in alternativa alla procedura incentrata sull'attuazione di un "Programma di cessione"). Ciononostante, nell'ambito delle procedure aperte nei confronti delle società del "Gruppo Parmalat", l'esercizio delle azioni revocatorie fallimentari non è stato giudicato inammissibile, in quanto la continuazione dell'esercizio dell'attività di impresa *non sarebbe avvenuto ad opera e nei confronti dell'imprenditore "dissestato"*, bensì ad opera di un terzo, "assuntore" del concordato che ha definito la procedura di Amministrazione Straordinaria.

Per un altro verso, ed in modo forse ancor più significativo, in tema di "legge Prodi" (legge n. 95/1979), che come detto non conosce la distinzione tra esecuzione di un "programma di cessione" ed esecuzione di un "programma di ristrutturazione", la Corte di Cassazione recentemente ha negato rilievo alla circostanza che la ristrutturazione dell'impresa ammessa all'amministrazione straordinaria venisse perseguita **senza procedere alla sua liquidazione**. La Cassazione ha affermato il principio, a tale proposito, che l'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare in sede di amministrazione straordinaria può comportare una violazione al divieto di attribuzione di *aiuti di Stato* (e quindi risultare inammissibile) solo quando sia destinato **direttamente** ed **esclusivamente** alla conservazione dell'impresa "in crisi" sul mercato: non, invece, quando sia destinato (anche) all'estinzione delle sue passività attraverso il reperimento di risorse da destinare all'espropriazione forzata a fini – per l'appunto – satisfattori, cioè funzionali ad una maggior tutela per i creditori. La Corte di Cassazione ha anche osservato, a tale proposito, che non costituiscono notoriamente un ostacolo all'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare le già conosciute ipotesi di continuazione dell'esercizio dell'attività d'impresa "in crisi", rappresentate *dall'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, e della *continuazione dell'attività d'impresa da parte dell'assuntore del concordato fallimentare*, cui pure non è preclusa la continuazione dell'esercizio delle azioni revocatorie fallimentari già radicate (e cedute).

11. Predisposizione, autorizzazione ed esecuzione del "Programma".

Entro il termine di 60 giorni (prorogabile una sola volta per ulteriori 60 giorni) dalla data di apertura dell'amministrazione straordinaria il commissario straordinario deve predisporre un "Programma", redatto secondo uno degli indirizzi alternativi indicati nell'art. 27 d.lgs. n. 270/1999 ("cessione" da realizzarsi entro 1 anno; "ristrutturazione" da conseguirsi entro 2 anni). Il "Programma" è autorizzato dal Ministero dell'Industria, sentito il Comitato di sorveglianza, entro 30 giorni dalla sua presentazione (o dalla data della decisione della Commissione europea alla cui autorizzazione soggiacciono eventualmente gli "aiuti di Stato" previsti dal "Programma" stesso). Dopo l'autorizzazione da parte del Ministero il "Programma" è trasmesso al tribunale, per il deposito in Cancelleria (con esclusione delle

eventuali parti la cui divulgazione anticipata potrebbe pregiudicarne l'attuazione). Il "Programma", che può essere modificato in corso di esecuzione, od addirittura sostituito con un "Programma" alternativo fra quelli previsti dall'art. 27, è eseguito dal commissario straordinario, che "compie tutte le attività dirette" a tale obiettivo, pur rimanendo soggetto all'autorizzazione del Ministero per gli atti di amministrazione straordinaria elencati nell'art. 42.

L'art. 55 afferma che "il Programma è redatto ... in conformità degli indirizzi di politica industriale dal medesimo (Ministero dell'Industria) adottati, **in modo tale** da salvaguardare l'unità operativa dei complessi aziendali, **tenuto conto** degli interessi dei creditori" (la cui posizione non riveste pertanto più carattere centrale).

L'art. 56 delinea in modo dettagliato i contenuti del "programma di cessione" e quelli del "programma di ristrutturazione": ma prevede, per quest'ultimo, l'indicazione di interventi ("ricapitalizzazione ... mutamento degli assetti imprenditoriali") che il commissario straordinario **non è in realtà legittimato a porre in essere**. Le "ricapitalizzazioni", per esempio, dovrebbero essere approvate dagli organi societari competenti, ed in ultima analisi **dai soci**: senza la volontà dei quali (salvo poi accertare le modalità di espressione del consenso consentite dalla procedura) nessun intervento sul capitale è legalmente consentito. Il "mutamento degli assetti imprenditoriali", poi, dipende ancora una volta dalla insindacabile volontà degli azionisti (di maggioranza), ai quali il commissario straordinario non si potrebbe sovrapporre in alcun modo.

Il profilo rappresentato dalla necessaria considerazione dell'impatto dell'amministrazione straordinaria sulla disciplina che regola l'organizzazione e la gestione dell'impresa esercitata in forma societaria è totalmente trascurato: al punto, da non essere previsto (e dunque non essere noto) quali siano le conseguenze *dell'eventuale erosione del capitale sociale al di sotto del minimo legale* (che di norma comporta lo scioglimento della società ed il divieto di nuove operazioni: cfr. oggi i "nuovi" artt. 2484 e 2486 c.c.).

L'art. 56 d.lgs. n. 270/1999 impone anche al commissario straordinario, in caso di predisposizione di un "Programma di ristrutturazione", di prevedere "*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*". Ma nessuna disposizione è dettata per favorire né la consultazione organizzata dei creditori (non sono previste "**adunanze**" dei creditori); né per legittimare la formazione di accordi deliberati a **maggioranza**, con effetti vincolanti per tutti i creditori. Quel che la norma prevede, pertanto, potrebbe derivare solo dal perfezionamento di tanti singoli accordi di dilazione, o di remissione, con ciascun creditore in via individuale, di dubbia legittimità in astratto e di sicura inattuabilità in concreto.

Sono poi previste (principalmente, ma forse non esclusivamente, per l'ipotesi di predisposizione ed autorizzazione di un "Programma di cessione") delle disposizioni speciali di carattere "agevolativo" per una più rapida effettuazione delle "dismissioni" contemplate dal Programma autorizzato. Le vendite in generale sono effettuate "con forme adeguate alla natura dei beni e finalizzate al miglior realizzo"; ed anche per le cessioni di immobili, di aziende e di rami d'azienda superiori a 51.645,69 euro (100 milioni di "vecchie" lire) è richiesto solamente l'espletamento di "idonee forme di pubblicità".

Per la cessione di **aziende e rami di azienda "in esercizio"**, poi, è previsto che possa tenersi conto "della redditività anche se negativa, all'epoca della stima e nel biennio successivo", e che l'acquirente debba obbligarsi "**a proseguire per almeno un biennio** le attività imprenditoriali ed a mantenere per il **medesimo periodo i livelli occupazionali** stabiliti all'atto della vendita" (che possono anche essere inferiori al numero complessivo dei lavoratori impiegati dall'impresa, e comportare "modifiche delle condizioni di lavoro", se tali accordi intervengono anche con i rappresentanti dei lavoratori nell'ambito delle consultazioni relative al trasferimento di azienda previste dall'art. 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428). L'acquirente, infine, **non risponde per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute**, anteriori al trasferimento, "salvo diversa convenzione": dove la legge non chiarisce quale possa essere il contenuto della "diversa

convenzione”, né precisa – in particolare – se essa possa prevedere l'**accollo** all'acquirente di tutto o parte del passivo facente capo all'azienda od al ramo d'azienda acquistati: ciò che produrrebbe una evidente **disparità di trattamento** fra i creditori dell'impresa assoggettata ad amministrazione straordinaria – giacché i creditori dei debiti accollati all'acquirente sono destinate ad essere soddisfatti (da quest'ultima) in misura inevitabilmente diversa, e di norma più vantaggiosa per entità e per tempestività, rispetto ai creditori di debiti rimasti in capo all'impresa insolvente -.

L'art. 14, co. 5, d.l. 29 novembre 2008, n. 185 (convertito nella legge 28 gennaio 2009, n. 2) ha aggiunto all'art. 56 d.lgs. n. 270/1999 un comma 2-*bis*, a mente del quale “*le operazioni di cui ai comma 1 e 2 [che rappresentano il “contenuto del programma” di cessione o di ristrutturazione proposto per l'impresa assoggettata ad amministrazione straordinaria] effettuate in attuazione dell'articolo 27, comma 2, lettera a) e b)-bis) [che fanno riferimento al “programma di cessione dei beni aziendali”, ed al nuovo “programma di cessione di complessi di beni e contratti” specifico delle società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali - “decreto Alitalia” -, in vista della liquidazione dei beni del cedente, non costituiscono comunque trasferimenti di azienda, di ramo o di parti dell'azienda agli effetti previsti dall'articolo 2112 del codice civile [che per i contratti di cessione d'azienda (o di ramo d'azienda) dispone la continuazione dei rapporti di lavoro in capo al cessionario; il mantenimento da parte dei lavoratori di tutti i diritti contrattuali; la responsabilità solidale del cedente e del cessionario per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento].*”

12. La cessazione dell'Amministrazione straordinaria.

La procedura di Amministrazione straordinaria può cessare per tre ordini di ragioni: la *conversione* in fallimento; la “*chiusura* della procedura” propriamente detta; l'approvazione di un “*concordato*”.

La **conversione** dell'amministrazione straordinaria in fallimento (pronunciata dal tribunale con decreto motivato, soggetto a reclamo davanti alla Corte d'Appello, entro 15 giorni, da parte dell'imprenditore insolvente, del commissario straordinario e di qualunque interessato) può intervenire sia *in corso di procedura*, sia *al termine della procedura*. Si dà il primo caso, allorquando “in qualsiasi momento nel corso della procedura di amministrazione straordinaria, risulta che la stessa non può essere proseguita”; si dà il secondo caso, allorquando sia trascorso il termine massimo previsto per il “Programma di cessione”, e i complessi aziendali non siano ancora stati, in tutto od in parte, ceduti a terzi; o quando sia trascorso il termine massimo previsto per il “Programma di ristrutturazione”, e l'imprenditore “non abbia recuperato la capacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”.

L'attribuzione al tribunale della competenza a disporre la conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento, anche d'ufficio, “*in qualsiasi momento ... (qualora) risulta che la stessa non può essere utilmente proseguita*”, è stata prospettata come una sorta di “rivincita” dell'autorità giudiziaria sull'autorità amministrativa. Pur essendo dichiarato *apertis verbis* che l'Amministrazione straordinaria è soggetta alla Vigilanza del Ministero dell'Industria, infatti, emerge che la procedura è altresì soggetta ad un controllo stringente del tribunale, che ne può disporre “in qualsiasi momento” la cessazione, per conversione in fallimento, sulla base di una propria **autonoma valutazione**, anche in contrasto con quella del commissario straordinario (infatti espressamente legittimato a proporre reclamo contro il decreto di conversione), e per esso del Ministero.

Occorre peraltro stigmatizzate, anche per tale circostanza, la totale pretermissione dei creditori, i quali né individualmente né attraverso il comitato di sorveglianza sono investiti, nelle descritte situazioni, di alcun potere di iniziativa, e neppure di un ruolo semplicemente consultivo.

La **chiusura della procedura** è prevista invece (art. 74) nelle situazioni nelle quali:

- a) non sia stata proposta alcuna domanda di ammissione al passivo nei termini previsti;
- b) l'imprenditore abbia "recuperato la capacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni", anche prima della scadenza del "Programma";
- c) sia passata in giudicato la sentenza che approva il concordato;
- d) *nell'ambito del programma di cessione dei complessi aziendali*, tutti i creditori siano stati pagati o comunque soddisfatti;
- e) *sempre nell'ambito del programma di cessione dei complessi aziendali*, sia compiuta la ripartizione finale dell'attivo.

Il **concordato**, infine, può essere proposto dall'imprenditore insolvente o da un terzo, ed è autorizzato **dal tribunale** "*tenuto conto della (sua) convenienza ... e della sua compatibilità con il fine conservativo della procedura*". Sono richiamate le disposizioni dettate per il concordato proposto in sede di liquidazione coatta amministrativa dell'impresa (art. 214 ss. l. fall.).

Sezione III – L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (c.d. amministrazione straordinaria "normale") per le imprese operante nel settore dei servizi pubblici essenziali.

SOMMARIO: 1. L'amministrazione straordinaria "normale" delle grandi imprese insolventi operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali.

1. L'amministrazione straordinaria "normale" delle grandi imprese insolventi operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali.

Come abbiamo detto, nell'anno 2008 il legislatore italiano è nuovamente intervenuto sulla disciplina della procedura di amministrazione straordinaria, per la necessità di consentire l'accesso alla stessa da parte delle società facenti capo al "Gruppo Alitalia".

Trovandosi al cospetto di una impresa operante nel settore dei servizi pubblici essenziali il legislatore ha introdotto alcune disposizioni che sono specifiche della disciplina delle situazioni di "crisi" delle imprese appartenenti a tale settore. Esse riguardano tanto la procedura di amministrazione straordinaria "normale", alla quale sono assoggettabili le imprese insolventi (solo) "**grandi**"; quanto la disciplina della amministrazione straordinaria "speciale", alla quale sono soggette (*se ne fanno richiesta*) le imprese insolventi (più grandi, perché qualificabili) "**di rilevanti dimensioni**".

Per ciò che concerne la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (nell'amministrazione straordinaria "normale"), la prima peculiarità della disciplina concernente le imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali riguarda le modalità con le quali possono essere perseguite le "prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali" che stanno alla base dell'amministrazione straordinaria (cfr. art. 27 d.lgs. n. 270/1999). Mentre in generale, come abbiamo visto, l'equilibrio economico può essere perseguito attraverso un "programma di cessione dei complessi aziendali" (della durata di un anno), oppure attraverso un "programma di ristrutturazione" (della durata di due anni), per le imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali l'obiettivo in questione può essere perseguito anche "*tramite la cessione di complessi di beni e contratti sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno, che viene definito*" "programma di cessione dei complessi di beni e contratti".

Non è facile distinguere il "programma di cessione dei complessi di beni e contratti" di cui alla nuova lettera b-*bis*) del secondo comma dell'art. 27 d.lgs. n. 270/1999 dal "programma di cessione dei complessi aziendali" già previsto dalla lettera a) della medesima disposizione. Si deve forse ritenere che con la previsione di un terzo "programma" si sia inteso autorizzare le ristrutturazioni aziendali perseguite con la cessione di sole posizioni dell'impresa o di soli "portafogli" di ordini, di commesse, eccetera.

In ogni caso occorre tenere conto della precisazione di cui all'art. 13-*ter* d.l. n. 134/2008, come convertito dalla legge n. 166/2008 ("legge Alitalia"), secondo il quale le disposizioni della amministrazione straordinaria "speciale" e della amministrazione straordinaria "normale" che si applicano alla "cessione di complessi aziendali" si applicano altresì alla "cessione dei complessi di beni e contratti".

Per le imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali il nuovo comma 2-*ter* dell'art. 5 d.l. n. 347/2003 ("legge Marzano"), come modificato dalla "legge Alitalia" (legge n. 166/2008) ha introdotto una disciplina speciale della *procedura di consultazione aziendale* che l'impresa deve condurre con le organizzazioni sindacali dei lavoratori, che benchè ospitata nella disciplina dell'amministrazione straordinaria "speciale" sembra dover trovare applicazione (anche) nella disciplina dell'amministrazione

straordinaria “normale” delle imprese operanti in questo specifico settore (dei servizi pubblici essenziali).

La disposizione richiamata afferma che “nell’ambito delle consultazioni di cui all’articolo 63, comma 4, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270”, ovvero dopo il loro esaurimento infruttuoso, il Commissario e il cessionario d’azienda o di rami d’azienda possono concordare il “trasferimento solo parziale” di complessi aziendali o attività produttive, e “definire i contenuti di uno o più rami d’azienda, anche non preesistenti”, con individuazione di quei lavoratori che passano alle dipendenze del cessionario. E’ evidente qui la volontà di consentire che le parti individuino il “perimetro” della cessione d’azienda o di ramo d’azienda con la massima libertà, senza essere condizionati dalla necessaria preesistenza di connotati di unitarietà o di omogeneità dei rapporti giuridici e degli *assets* economici da trasferire al cessionario, e selezionando (**quindi “discriminando”**) anche la forza-lavoro trasferibile in capo allo stesso cessionario

Sezione IV – L'amministrazione straordinaria delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni (c.d. amministrazione straordinaria "speciale") in generale.

SOMMARIO: 1. Premessa. Dalla legge "Prodi-bis" alla legge "Marzano". 2. La "legge Marzano" (d.l. 23 dicembre 2003, n. 347). Ragioni dell'intervento del Governo con misure integrative e correttive della Amministrazione Straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza in occasione del dissesto del "Gruppo Parmalat". 3. I presupposti di ammissibilità alla procedura nella originaria disciplina della "legge Marzano (per il "Gruppo PARMALAT)". 4. Dalla "legge Parmalat" alla "legge Alitalia". 5. (segue). I nuovi presupposti di ammissibilità alla amministrazione straordinaria "speciale". 6. Il procedimento di ammissione alla procedura. 7. Funzioni del commissario straordinario. 8. L'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza e l'accertamento dello stato passivo. 9. La gestione dell'impresa fino alla decisione sulla esecuzione del programma di "ristrutturazione". 10. Sviluppo della procedura. 11. La disciplina delle azioni revocatorie fallimentari. 12. La chiusura della procedura per "concordato".

1. Premessa. Dalla legge "Prodi-bis" alla legge "Marzano".

Contrariamente a molte altre precedenti occasioni (ivi compresa quella in occasione della quale fu approvata la "legge Prodi" del 1979), la c.d. legge "Prodi-bis" (d.lgs. n. 270/1999) non fu approvata in una situazione di emergenza economica, cioè per la sollecitazione proveniente da una congiuntura sfavorevole dell'attività delle imprese del nostro Paese. Sempre "emergenza" fu, ma si trattò delle censure comunitarie che andavano investendo la "vecchia" Amministrazione Straordinaria.

Non solo la situazione economica non presentava profili particolarmente critici, ma addirittura i mercati finanziari stavano vivendo un momento di vera e propria euforia, con i corsi azionari delle Borse di tutti i Paesi industrializzati che registravano rialzi continui (fu il momento della esplosione della c.d. "*new economy*"). E l'andamento "travolgente" dei mercati finanziari non poteva non influenzare anche lo sviluppo delle attività industriali. In particolare, tale sviluppo venne perseguito facendo largo ricorso all'indebitamento presso il pubblico, attraverso l'emissione di titoli obbligazionari (i cosiddetti "*bond*") - collocati dapprima presso investitori istituzionali, ma successivamente acquistati anche dai piccoli risparmiatori - per importi complessivi ingentissimi, in modo quasi vorticoso (anche perché per risultare più appetibili venivano originariamente emessi con scadenze molto più brevi rispetto a quelle nelle quali gli investimenti industriali finanziati avrebbero potuto incominciare a produrre effettivi profitti: per cui il rimborso delle prime emissioni fu effettuato, in realtà - né poteva essere diversamente - con il "lancio" di nuovi prestiti obbligazionari).

Negli anni successivi, la profondissima crisi finanziaria provocata dallo "scoppio" della c.d. "bolla speculativa" rese ancora più cruda la crisi economica sopravvenuta ad un lunghissimo periodo di crescita internazionale, ed innescata anche dagli attentati terroristici del 2001 e dai conseguenti eventi bellici, attribuendole connotati inediti, anche per la contemporanea emersione di gravissimi scandali finanziari in tutto il mondo industrializzato.

In Italia, alla gravissima crisi del più importante gruppo industriale nazionale (la FIAT), fronteggiata con uno sforzo congiunto di grande rilievo da parte della "proprietà" e delle banche creditrici, seguirono le crisi inevitabili di altri importanti gruppi industriali (Gruppo Cirio; Giacomelli; FinPart), tutti caratterizzati dalla presenza di un elevatissimo indebitamento *nei confronti del pubblico dei risparmiatori* (presso i quali finirono per risultare collocati i milioni e milioni di Euro di "*bond*" che i gruppi industriali erano andati emettendo, negli anni precedenti), e molti caratterizzati altresì dalla emersione di gravissimi illeciti societari.

Per molti gruppi industriali colpiti dalla crisi dei primi anni del terzo millennio (Cirio; Giacomelli) si aprì la strada dell'Amministrazione Straordinaria, *inevitabilmente orientata a quella "versione" della Procedura che prevede la liquidazione dell'impresa in crisi*. Alla fine dell'anno 2003, peraltro, una crisi finanziaria ed industriale di proporzioni inimmaginabili, e con profili criminali stupefacenti, ha squassato il Gruppo Agroalimentare più importante del Paese e fra i primi in tutto il mondo, portando alla luce il dissesto **PARMALAT**, i cui effettivi connotati sono ancora lontani dall'essere adeguatamente individuati.

Questo grandissimo gruppo industriale, di rilevanza internazionale, si trovò di colpo "strozzato" da una crisi di liquidità insuperabile (anch'essa innescata dalla scadenza di uno di numerosissimi prestiti obbligazionari emessi per soddisfare esigenze finanziarie connesse con lo sviluppo industriale del "Gruppo" – acquisizione di altre imprese, soprattutto all'estero –, e per fronteggiare altre necessità impropriamente accollate alla impresa). La "proprietà" provvide ad un improvvisato ricambio del *management* di vertice, lasciando il "gruppo" in balia della bufera finanziaria che era in procinto di investirlo. Nel giro di pochi giorni emerse che fondi appostati in bilancio per ingentissimi importi erano totalmente inesistenti.

Il "Gruppo Parmalat" possedeva certamente tutti i requisiti per essere assoggettato alla procedura di Amministrazione Straordinaria di cui al d.lgs. n. 270/1999.

In via d'urgenza, quanto meno al limitato fine di conseguire gli "effetti protettivi" connessi alla ammissione alla procedura, le società industriali del "Gruppo" avrebbero potuto – e ciò venne concretamente ipotizzato – richiedere il "beneficio" della **amministrazione controllata**.

Il Governo, invece, ritenne di dovere intervenire con un provvedimento "*ad hoc*": ed il Consiglio dei Ministri del 23 dicembre 2003 approvò un decreto-legge che prevedeva "*misure urgenti per la ristrutturazione industriale delle grandi imprese in crisi*", che sotto le vesti di interventi "*integrativi e correttivi*" della normativa vigente in materia di amministrazione straordinaria delle *grandi* imprese in stato di insolvenza ha posto, in realtà, i presupposti di una *nuova* (ulteriore) *procedura concorsuale*, per le imprese in stato di insolvenza di dimensioni ancora superiori ("grandissime"), che si è affermata tra i pratici con il nome ("legge Marzano") del Ministro delle Attività Produttive in carica, che l'ha proposta.

Le vicende successive avrebbero dimostrato che l'elemento della "rilevante dimensione" dell'impresa costituì l'occasione di una "incursione" che nascondeva aspirazioni "interventiste" di più vasta portata.

2. La "legge Marzano" (d.l. 23 dicembre 2003, n. 347). Ragioni dell'intervento del Governo con misure integrative e correttive della Amministrazione Straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza in occasione del dissesto del "Gruppo Parmalat".

Il d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 negò di costituire (come peraltro molto spesso è accaduto, segnatamente in materia di provvedimenti urgenti nei confronti di gruppi industriali in situazioni di crisi) un "provvedimento-fotografia", o un "abito (normativo) su misura", concepito in funzione del "salvataggio" del Gruppo **PARMALAT**: il Ministro delle Attività Produttive andò ripetendolo nelle più diverse sedi, e – quel che più importa – la *Relazione* al d.l. spiega che il provvedimento "introduce una disciplina diretta a regolare le conseguenze dello stato di insolvenza delle grandi imprese, intervenendo nell'ambito di *situazioni di crisi particolarmente rilevanti*" – si tenga bene a mente questa dichiarazione! -.

Se l'adozione di un "provvedimento-fotografia" rappresenta una iniziativa censurabile, per intuibili ragioni -non ci dovrebbero essere leggi *ad personam*: ma non può essere un caso che la "legge Marzano" sia stata emanata di concerto con il Ministro (della giustizia e) *delle politiche agricole e forestali* -; non pare dovere essere riservata migliore considerazione alla adozione di un provvedimento, che pretende di avere portata generale, il quale prende le mosse – come vedremo – dalla denunciata inefficienza della procedura di Amministrazione Straordinaria *ex* d.lgs. n. 270/1999, e dalla asserita scarsa attitudine della stessa a favorire *la ristrutturazione* delle imprese in crisi, ma poi **circoscrive** il ricorso al nuovo istituto alle sole imprese "grandissime", precludendolo – invece – ad ogni altra, finanche alle imprese ed ai gruppi industriali "solamente" grandi (perché occupanti "solamente" un numero di dipendenti che non arriva ai mille – ma con un indebitamento smisurato -; o perché presentante debiti "solamente" per un

importo che non arriva al miliardo di Euro – ma con una occupazione *smisurata* -: i due **originari** requisiti dimensionali per l'assoggettamento alla "legge Marzano", come avremo modo di sottolineare, dovevano sussistere **congiuntamente**).

Ciò premesso, occorre in via preliminare rilevare che la *Relazione* al d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, spiega l'iniziativa con l'intenzione del Governo di perseguire i seguenti obiettivi:

- a) consentire "un più rapido avvio e uno svolgimento accelerato" delle procedure di insolvenza delle imprese "grandissime";
- b) "garantire" (!) la efficace ristrutturazione della impresa ("grandissima") in stato di insolvenza, e del gruppo nel quale essa è inserita;
- c) perseguire, *insieme* alla "garanzia dei creditori", l'obiettivo di "conservare l'avviamento e la posizione di mercato" dell'impresa, "assicurando" (!) la ristrutturazione del passivo e la eventuale dismissione delle sole attività non strategiche o non coerenti con l'oggetto dell'attività principale dell'impresa.

Sempre secondo la *Relazione*, tali obiettivi non sono adeguatamente conseguibili, per le "grandissime" imprese, con la Amministrazione Straordinaria, in quanto:

- a) le fasi di apertura della procedura sono eccessivamente complesse;
- b) la procedura avrebbe una "caratterizzazione prevalentemente liquidatoria";
- c) la fase preliminare di "osservazione" (sotto il presidio della Autorità giudiziaria) creerebbe uno stato di "ossessiva incertezza" sull'effettivo avvio della Amministrazione Straordinaria;
- d) nell'ipotesi della continuazione dell'impresa in crisi, "è necessaria l'adozione di un provvedimento immediato", anche allo scopo di "evitare l'avvio di molteplici e non coordinate iniziative dei creditori".

Tutto ciò non avrebbe nuociuto più di tanto, invece (!), per le imprese solamente "grandi" – per le quali rimaneva applicabile la "vecchia" legge "Prodi-*bis*" -, anche qualora esse avessero presentato un indebitamento smisurato (ma non fossero arrivate a mille dipendenti), oppure avessero occupato una forza-lavoro enorme (ma non fossero state indebitate per un miliardo di Euro).

Come si avrà modo di vedere, le spiegazioni addotte dal Governo erano (e sono positivamente risultate) in larga misura pretestuose: e celavano il reale intento perseguito con l'iniziativa legislativa, costituito dalla precisa volontà di *riappropriare alla politica* la gestione dei "salvataggi" dei grandi (originariamente: "grandissimi") gruppi industriali, sottraendo le relative procedure a quel tanto di **giurisdizionalizzazione** che la loro disciplina aveva registrato nel passaggio della "legge Prodi" del 1979 alla c.d. "Prodi-*bis*" del 1999. Né si poteva pensare – neppure all'inizio! - che ciò dovesse essere effettivamente destinato a poche situazioni di dissesti paragonabili al "Caso PARMALAT": perché in alcuni casi – come si vedrà – acquisire i presupposti per l'assoggettamento alla "legge Marzano" sarebbe risultato anche troppo facile. Le ulteriori iniziative legislative adottate dal (medesimo) Governo hanno risparmiato agli interessati anche gli altrimenti necessari sforzi di fantasia.

3. I presupposti di ammissibilità alla procedura nella originaria disciplina della "legge Marzano" (per il "Gruppo PARMALAT")

La ammissione alla procedura introdotta dal d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 poteva essere *richiesta dall'imprenditore* (trattasi dunque di una procedura concepita come un "beneficio", alla quale l'impresa è assoggettabile *solo nell'ipotesi in cui ne faccia domanda*, mentre **non vi può essere sottoposta d'autorità**), il quale:

- a) versasse "in stato di insolvenza";
- b) occupasse da almeno un anno mille lavoratori subordinati;
- c) presentasse debiti per un ammontare complessivo non inferiore ad 1 miliardo di Euro;
- d) intendesse avvalersi della procedura di "*risanamento per ristrutturazione*", che la disciplina di cui al d.lgs n. 270/1999 prevede come uno dei due possibili svolgimenti della Amministrazione Straordinaria – art. 27, comma 2°, lett. b) -;

e) appartenesse alla categoria delle “*imprese soggette alle disposizioni sul fallimento*”

A) Relativamente al presupposto oggettivo, il d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 si richiama al concetto di “stato di insolvenza”, senza discostarsi dalla disciplina della procedura di amministrazione straordinaria.

La circostanza che la procedura possa essere attivata *solo su domanda dell'imprenditore* potrebbe indurre a ritenere che essa possa essere estesa anche alle fattispecie di “temporanea difficoltà di adempire”: ma la soluzione non può essere condivisa, alla luce della considerazione che anche il d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 prevede *l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza* (al punto che la legge di conversione ha disposto che l'impresa che richieda di essere ammessa alla “nuova” Amministrazione Straordinaria debba contestualmente presentare ricorso per la dichiarazione dello stato di insolvenza al tribunale del luogo in cui ha la sede principale) : ed all'accertamento dello stato di insolvenza non possono essere ricondotti effetti diversi da quelli provocati dalla dichiarazione di fallimento (cfr. artt. 18 ss. d.lgs. n. 270/1999), per cui la “insolvenza” di cui si tratta non può che coincidere con quella descritta dall'art. 5 l.fall.;

B) Relativamente ai presupposti soggettivi, va in primo luogo rilevato che essi devono essere presenti “*congiuntamente*”.

Quanto ai dipendenti, poi, rilevano anche coloro che risultano ammessi al trattamento di integrazione salariale (art. 1, lett. a); mentre relativamente all'entità dell'indebitamento, va segnalato che concorrono ad integrare l'importo di 1 milione di Euro anche i debiti *derivanti da garanzie rilasciate*” – art. 1, lett. b) -: il che equivale a dire che *solo il primo requisito dimensionale riveste una effettiva funzione selettiva*, potendo il secondo essere conseguito sempre e comunque con irrilevante facilità – nessuno “rifiuta” delle garanzie, che la società interessata potrebbe del resto rilasciare impunemente, favorendo società appartenenti al “gruppo” (al limite conseguendo corrispondenti garanzie incrociate a proprio favore) -;

Il d.l. 29 novembre 2004, n.281, convertito nella l. 8 gennaio 2005, n.6 ha tuttavia ridotto sensibilmente il numero dei dipendenti ed il livello dell'indebitamento che costituiscono i nuovi presupposti dell'Amministrazione Straordinaria “speciale” (*infra, ...*)

C) Relativamente al presupposto “industriale”, va rilevato che la “nuova” procedura è riservata a quelle imprese (originariamente “grandissime”) che **dichiarino** di intendere perseguire la soluzione della **RISTRUTTURAZIONE**, mentre è preclusa a quelle che ritenessero di potere conseguire l'obiettivo della “conservazione del patrimonio produttivo” percorrendo la via della **CESSIONE**: ed anche questa “discriminazione” appare discutibile, non essendo affatto escluso che la liquidazione sia eseguita *mediante il trasferimento dell'impresa* (o dell'azienda) *o di rami di azienda*, nella cui prospettiva il mantenimento dello “avviamento” e della “posizione di mercato” non sarebbero meno importanti, tanto per i creditori quanto per i dipendenti, i fornitori, ed i terzi in genere, di quanto lo siano nella prospettiva della “ristrutturazione”;

D) La legge di conversione del d.l. n. 347/2003, infine, ha precisato che la “nuova” Amministrazione Straordinaria è riservata alle imprese “soggette alle disposizioni sul fallimento”, escludendo pertanto quelle che sono, invece, *sottratte* alle procedure concorsuali di diritto comune (quali le banche, le assicurazioni, le S.I.M., eccetera).

4. Dalla “legge Parmalat” alla “legge Alitalia”.

Negli anni successivi alla crisi del “gruppo Parmalat” si manifestò e si accentuò la crisi di un altro importante gruppo industriale del nostro Paese: il “Gruppo Alitalia”, facente capo alla Compagnia di trasporto aereo qualificata come “compagnia di bandiera”, e caratterizzata dall'esercizio di una attività rientrante nel settore dei “*servizi pubblici essenziali*” – il servizio del trasporto aereo -, oltre che dalla

circostanza che pur essendo costituita in forma privata (cioè nella forma della società per azioni) poteva per un certo verso essere qualificata come società “pubblica”, nel senso che il controllo azionario del capitale sociale era detenuto dallo Stato (che, conseguentemente, esprimeva gli Amministratori e i Sindaci in sede di votazione assembleare, e con la designazione dei primi condizionava, per quanto di ragione, la gestione aziendale – soprattutto, ben si comprende, per le scelte di carattere strategico, come per esempio quelle concernenti le eventuali alleanze internazionali suggerite da un fenomeno generale di concentrazione delle imprese operanti nel settore del trasporto aereo a livello globale -).

La crisi del “Gruppo Alitalia” fu molto diversa da quella del “Gruppo Parmalat”.

Innanzitutto, fu una crisi largamente annunciata, tanto da indurre il Governo italiano, ad un certo punto, a ricorrere ad interventi di carattere assolutamente eccezionale, quali (i) la concessione ad Alitalia di un “prestito ponte” che, all’occorrenza, invece che dovere essere rimborsato poteva essere utilizzato ad assorbimento delle perdite in formazione (così da configurare, secondo le più recenti prospettazioni in sede comunitaria, un “aiuto di Stato” illecito, e come tale da restituire – non è chiaro da parte di chi -); e (ii) da introdurre un regime speciale di “esenzione dall’azione revocatoria” (fallimentare?) per gli atti posti in essere da Alitalia dal 24 aprile 2008 alla data di rimborso del “prestito ponte (o al più tardi al 31/12/2008), al fine di prevenire l’abbandono della Compagnia aerea da parte delle banche e dei fornitori.

In secondo luogo la “crisi Alitalia” fu interessata da un lungo dibattito politico, che contribuì in modo rilevante all’aggravamento del dissesto ed al ritardo nell’adozione delle misure necessarie a fronteggiarlo, e che ha fortemente condizionato anche i contenuti delle soluzioni alla fine individuate.

Al termine di un faticoso processo di aggregazione di imprenditori italiani disposti a costituire una nuova società per raccogliere le ceneri di “Alitalia”; e benchè l’intervento del Governo avesse indotto a ritenere che la Compagnia di bandiera sarebbe stata ceduta attraverso il trasferimento del controllo azionario – così garantendo il soddisfacimento di tutti i creditori attraverso la gestione assunta da un nuovo azionista di controllo -; è invece stata disposta la Amministrazione straordinaria del “Gruppo”, con la cessione degli *asset* più importati ad una nuova Compagnia aerea, e con la condanna dei creditori di Alitalia ad essere soddisfatti nel contesto di (e nella misura compatibile con) una procedura concorsuale.

In conseguenza della impossibilità (o della mancanza di volontà “politica”) di cedere il controllo azionario di Alitalia a chi fosse disponibile ad acquisire la Compagnia “*in bonis*”, e quindi con tutto il carico dell’indebitamento (e del personale, eccetera) accumulatosi nel tempo e specialmente nel prolungato periodo di crisi, il Governo scelse la strada del Commissariamento in funzione della cessione degli *asset* utilmente collocabili sul mercato.

Tale obiettivo avrebbe potuto essere conseguito, in via teorica, **sia** disponendo che gli amministratori domandassero l’ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria “normale” di cui al d.lgs. n. 270/1999 (legge “Prodi-*bis*”); **sia** disponendo che gli stessi domandassero l’ammissione all’amministrazione straordinaria “speciale” di cui al d.l. n. 347/2003 (legge “Marzano”). “Alitalia”, infatti, presentava livelli di indebitamento e di “forza lavoro” largamente superiori a quelli fissati in occasione delle modifiche apportate alla legge “Prodi-*bis*” in conseguenza.

Nessuna delle due strade fu intrapresa, per differenti ordini di ragioni.

Non la “Prodi-*bis*”, per le stesse ragioni “politiche” che avevano indotto a modificarne la disciplina attraverso la creazione di una amministrazione straordinaria “speciale” in occasione del dissesto “Parmalat”: ragioni di varia natura, ma principalmente individuate *nella indesiderata giurisdizionalizzazione subita dalla “legge Prodi” nel passaggio della legge n. 95/1979 al d.lgs. n. 270/1999*. Sarebbe stato inimmaginabile che la politica, dopo aver giocato in ruolo di assoluto protagonista durante la vita (e durante l’agonia) di Alitalia, avesse consegnato ai tribunali la gestione degli effetti della sua morte.

Ma nemmeno la “legge Marzano” rappresentava una soluzione praticabile. Quando alla amministrazione straordinaria “normale” vennero apportate quelle modificazioni (soprattutto in

direzione di una più accentuata amministrativizzazione) che avrebbero originato l'amministrazione straordinaria "speciale" cui assoggettare "Parmalat", infatti, a giustificazione all'intervento era stata adottata la necessità di prevedere procedure più rapide di avvio della ristrutturazione aziendale *al fine di salvaguardare la continuità gestionale*: ed a riprova era stata sottolineata la esclusione dell'ammissibilità del ricorso alla nuova procedura da parte delle imprese che non fossero in condizione di perseguire la ristrutturazione economica e finanziaria tramite l'attuazione di un "programma di ristrutturazione", ma versassero in una situazione di crisi irreversibile, tale da consentire solamente l'avvio di un "programma di cessione dei complessi aziendali" (*supra*, n. 3).

Per Alitalia, peraltro, non era neppure lontanamente ipotizzabile il perseguimento del risanamento industriale attraverso l'esecuzione di un programma di ristrutturazione, essendo la Compagnia di bandiera pervenuta ad uno stadio così avanzato della situazione di crisi (dichiaratamente e inequivocabilmente qualificabile stato di insolvenza *tout court*), da dovere necessariamente passare attraverso la cessione dei complessi aziendali (e neppure tutti!): *giusto il contrario di quanto consentito dalla "legge Marzano"*.

E' stato necessario pertanto modificare la "legge Marzano" ed abolire l'ostacolo rappresentato dalla originaria inammissibilità dell'accesso all'amministrazione straordinaria "speciale" per le imprese (di rilevanti dimensioni) aspiranti a perseguire (soltanto) un "programma di cessione" dei complessi aziendali.

5. (segue). I nuovi presupposti di ammissibilità alla amministrazione straordinaria "speciale".

L'obiettivo di consentire ad Alitalia di accedere alla più gradita (dal Governo) amministrazione straordinaria "speciale", piuttosto che alla (pur disponibile) amministrazione straordinaria "normale", non è stato perseguito con una "legge fotografia" propriamente detta (applicabile cioè solo ad Alitalia ed alle società del "Gruppo"): bensì modificando i presupposti generali di accesso alla procedura di amministrazione straordinaria "speciale", in modo tale da consentire il ricorso alla stessa anche ad Alitalia. *Va da sé, peraltro, che in questo modo anche tutte le altre imprese (di rilevante dimensione) che si troveranno nelle condizioni di Alitalia potranno accedere all'amministrazione straordinaria "speciale", benchè non posseggano in ipotesi i requisiti originariamente necessari.*

Molto semplicemente il d.l. n. 134/2008 e la legge di conversione n. 166/2008 hanno modificato l'art. 1 d.-lg. n. 347/2007, che oggi consente l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria "speciale" **sia** alle imprese (di rilevanti dimensioni) che si propongono di attuare un "programma di ristrutturazione"; **sia** alle imprese (di rilevanti dimensioni) che si propongono di attuare un "programma di cessione dei complessi aziendali". Sono rimasti immutati invece i livelli dimensionali richiesti per l'accessibilità all'amministrazione straordinaria "speciale", che continuano ad essere rappresentati dalla presenza di un indebitamento non inferiore a 300 milioni di euro e di un numero di dipendenti non inferiore a 500 (come previsto nel già menzionato d.l.n. 281/2004, convertito nella legge n. 6/2005, su cui più ampiamente *infra*, Parte Seconda, n. 5).

6. Il procedimento di ammissione alla procedura.

La legittimazione a richiedere l'assoggettamento dell'impresa alla Amministrazione Straordinaria delle imprese in stato di insolvenza di rilevanti dimensioni è riservata alla sola impresa medesima: ove essa non vi si persuadea, la procedura non può essere disposta su iniziativa di terzi.

Considerato che si deve trattare di una impresa "in stato di insolvenza"; che come tale può essere dichiarata insolvente dal tribunale su istanza di qualsiasi interessato; che tale dichiarazione giudiziale di insolvenza impone al Ministro di disporre l'Amministrazione Straordinaria "normale" (*ex* d.lgs. n. 270/1999); che tale procedura è stata giudicata dalla *Relazione* al d.l. 23 dicembre 2003 n. 347

“inadeguata” a soddisfare esigenze di rilevanza generale (la garanzia dei creditori; la conservazione dell’avviamento e della posizione di mercato; ecc.); la attribuzione esclusiva della legittimazione attiva all’imprenditore interessato è difficilmente giustificabile. Alla luce di ciò, l’affermazione del Ministro, nei primi commenti – affermazione secondo la quale tratterebbesi di una procedura ideata per la tutela dei risparmiatori e dei fornitori, e non degli azionisti di maggioranza –, appare molto discutibile (gli azionisti di maggioranza in realtà finiscono per essere gli unici ad essere legittimati a provocare l’avvio della procedura, tramite i “propri” amministratori – non potendosi certamente far conto sull’ipotesi che si ripeta il “caso PARMALAT”, nel quale la “proprietà” è fuggita dopo avere messo in mano l’impresa ad un *manager* indipendente [e dopo averlo comunque nominato di propria iniziativa] -).

L’art. 2 d.l. 23 dicembre 2003 n. 347 attribuisce l’iniziativa per la richiesta di disposizione della procedura alla “impresa”. Nel silenzio della legge, non si può congetturare che occorra *una deliberazione assembleare*, e sembra di dovere ricondurre tale decisione alla competenza dell’organo investito dalla gestione dell’impresa.

Alla luce dell’originario art. 1 del d.l. n. 347/2003 non era chiaro neppure di *quale tipo di impresa* fosse ammessa a formulare l’istanza per l’apertura della procedura. Le espressioni utilizzate (“impresa”, “imprese”); l’affermazione (per quanto discutibile) secondo la quale le norme in commento sarebbero state rivolte ad introdurre “misure integrative e correttive della normativa vigente in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza”; la previsione di ipotesi di “conversione” delle “nuova” procedura nell’Amministrazione Straordinaria disciplinata dal d. lgs. n. 270/1999 *tout court*; avevano fatto ritenere che l’ambito di applicazione soggettivo della “Marzano” dovesse coincidere con l’ambito di applicazione della “Prodi-*bis*”, e conseguentemente dovesse ritenersi circoscritto alle imprese “*soggette alle disposizioni sul fallimento*” (art. 2 d. lgs. cit.) con esclusione – pertanto – delle imprese soggette alla liquidazione coatta amministrativa senza possibile concorso con il fallimento (banche; assicurazione: S.I.M.; eccetera). La legge di conversione – come detto – ha recepito tale interpretazione.

La domanda di ammissione alla procedura deve essere rivolta al Ministro delle attività produttive, con “istanza motivata”, da comunicarsi contestualmente al tribunale del luogo in cui l’impresa ha la sede principale, **al quale deve essere contestualmente presentato** (in conseguenza di una modificazione normativa sopravvenuta al d.l. n. 347/2003) **ricorso per la dichiarazione dello stato d’insolvenza**. Il decreto di ammissione alla procedura è poi comunicato “immediatamente” al competente tribunale.

L’istanza, per quanto “motivata” – e, quindi, giustificata -, non deve essere necessariamente accompagnata dai documenti e dalle informazioni indicate dall’art. 5 d.lgs. n. 270/1999: lo si desumeva già dalla circostanza che tali documenti ed informazioni dovessero accompagnare – invece – la “*Relazione*” sullo stato di insolvenza (che potremmo definire “*Relazione di insolvenza*”), che il Commissario Straordinario era tenuto a depositare presso il tribunale entro 60 giorni dalla nomina, ai sensi dell’ art. 3, comma 2°, poi abrogato -.

Ciò può spiegarsi, da un punto di vista contingente, con la circostanza che la situazione del Gruppo PARMALAT – in occasione della cui crisi il d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 è stato emanato – era a tal punto caotica ed incerta, da non consentire la predisposizione di alcuna documentazione (veritiera) in tempi sufficientemente rapidi. Da un punto di vista strutturale, la norma si può (*rectius*: si potrebbe) spiegare con la volontà di anticipare per quanto possibile, soprattutto nei casi di dissesti repentini (o giunti ad uno stadio estremo), gli “effetti protettivi” dell’apertura della procedura: ma tale intento era stato perseguito in modo del tutto (inautentico ed) inadeguato.

Non v’era spazio nelle disposizioni dettate dal d.-l. 23 dicembre 2003, n. 347 per poter sostenere che gli effetti “protettivi” nei confronti delle temute “molteplici e non coordinate iniziative dei creditori, in Italia e all’estero”, si producessero a far tempo dalla emanazione del decreto del Ministro di nomina del

“*supercommissario*”: e cio’ rappresenta la migliore dimostrazione della **pretestuosita’** delle ragioni addotte per l’introduzione di una nuova procedura di amministrazione straordinaria.

Il decreto del Ministro delle attivita’ produttive **non “anticipava” alcunché** di cio’ che puo’ proteggere l’impresa in crisi nei confronti delle azioni aggressive (*o anche soltanto nei confronti dei fenomeni compensativi*, anche “infragrappo”, che proprio nel caso PARMALAT paiono avere presentato dimensioni enormi) dei suoi creditori. Alla resa dei conti, il decreto in questione “anticipava” un solo profilo: la nomina del commissario straordinario e la conseguente sottrazione della gestione dell’impresa agli amministratori espressi dalla “proprietà”. *Ma giacché l’amministrazione straordinaria de qua poteva e puo’ essere richiesta esclusivamente dall’impresa stessa, la “proprietà” poteva e puo’ pervenire ad identici risultati procedendo di iniziativa a cambiare il management* (com’ e’ del resto avvenuto proprio nel caso PARMALAT, nel quale il “supercommissario” non e’ stato tanto individuato dal Ministro, quanto piuttosto designato dalla “proprietà” – e poi, sia chiaro, confermato dal Ministro -, mediante cooptazione nel consiglio di amministrazione, in luogo del socio di controllo, e mediante il conferimento delle piu’ ampie deleghe gestionali).

Se dunque la nomina per decreto del “supercommissario” non produceva in favore dell’imprenditore alcun effetto “protettivo”, fino a quando non fosse intervenuta (originariamente sulla base di una *Relazione* che poteva essere predisposta anche dopo 60 giorni o **addirittura 120 giorni**) la dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza; e dal momento che il “supercommissario” l’imprenditore poteva e puo’ nominarselo anche da se’; non si comprendeva quale avrebbe potuto essere lo stimolo alla richiesta di apertura della procedura – posto che, come piu’ volte sottolineato, l’iniziativa e’ riservata al solo imprenditore -. Molto piu’ conveniente sarebbe risultato il ricorso alla “vecchia” amministrazione controllata; o anche alla “vecchia” amministrazione straordinaria, in funzione del piu’ rapido raggiungimento possibile del traguardo della dichiarazione giudiziale di insolvenza (con connessi effetti “protettivi”).

Non pare un caso, d’altro canto, che il tribunale competente per il “caso PARMALAT” abbia pronunciato la dichiarazione giudiziale di insolvenza, in realta’, *dopo 1 solo giorno dalla nomina del “supercommissario”* – e non si comprende sulla base di quale effettiva “*Relazione*” possa avere provveduto! -. Il che’ rappresenta una ulteriore dimostrazione della circostanza che la “legge Marzano” ha rappresentato, in realta’ – piu’ che l’aspirazione ad “anticipare” effetti che di per se’ non poteva produrre, e che comunque non sarebbero affatto stati ritardati se affidati alla procedura della “vecchia” amministrazione straordinaria -, uno *sprint* a chi arrivava per primo (il tribunale con la dichiarazione di insolvenza *ex* “legge Prodi-bis”, che avrebbe assoggettato PARMALAT ad una procedura caratterizzata da significativi elementi di **giurisdizionalizzazione**; oppure il Ministro con la nomina del “supercommissario” e la conseguente avocazione alla politica della valutazione della attendibilita’ della prospettiva del risanamento “per ristrutturazione”).

Le osservazioni critiche formulate dalla dottrina hanno fatto sì che la legge di conversione abbia precisato che la sentenza di accertamento dello stato di insolvenza (o della insussistenza dello stesso) dovesse essere pubblicata “*entro cinque giorni dalla comunicazione del decreto*” di ammissione alla Amministrazione Straordinaria. Ciò peraltro rendeva incomprensibile la ragione per la quale la Relazione del commissario straordinario potesse continuare ad essere presentata entro 60 giorni od addirittura entro 120 giorni dall’apertura della procedura.

Solo successivamente è stata introdotta la fondamentale previsione secondo la quale “**il decreto** [di ammissione immediata alla procedura] *determina lo spossessamento del debitore e l’affidamento al commissario della gestione dell’impresa e dell’amministrazione dei beni dell’imprenditore insolvente. Determina altresì gli effetti di cui all’articolo 48 del decreto legislativo n. 270* [divieto di

azioni esecutive individuali] e degli articoli 42,44, 45, 46 e 47 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 [legge fallimentare] ..”

La originaria previsione dell’obbligo di comunicazione della “istanza” in questione al tribunale (“fallimentare”) – oggi assorbita dalla introduzione dell’obbligo di presentazione del ricorso per la dichiarazione dello stato di insolvenza – poteva e può spiegarsi con la volontà di evitare che gli eventuali ricorsi pendenti per la dichiarazione di insolvenza dell’impresa vengano accolti nelle more delle decisioni del Ministro. Va tuttavia rilevato che ove fossero pendenti ricorsi di tal genere, il tribunale dovrebbe *comunque* interpellare il Ministero (art. 7 d. lgs. n. 270/1999), onde pare difficile che possa intervenire la dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza di una impresa, per la quale il Ministero abbia allo studio la disposizione della Amministrazione Straordinaria “Marzano”.

Alla luce poi della ricordata integrazione apportata dalla legge di conversione, secondo la quale l’impresa che chiede l’ammissione alla “nuova” Amministrazione Straordinaria deve richiedere – contestualmente – anche l’accertamento giudiziale dello stato di insolvenza, la comunicazione al tribunale del decreto di ammissione alla procedura assolve anche la funzione di rendere edotta l’autorità giudiziaria dell’avveramento del presupposto di dichiarabilità dello stato di insolvenza dell’impresa ai fini della prosecuzione della procedura sulla base della disciplina della “legge Marzano”.

Il Ministro delle attività produttive, “valutati i requisiti di cui all’articolo 1”, provvede con decreto (ove condivide la prospettazione dell’imprenditore) alla ammissione immediata dell’impresa alla procedura di amministrazione straordinaria - che peraltro, dopo le modifiche conseguenti alla “legge Alitalia”, non è più necessariamente caratterizzata dall’attuazione di un “programma di ristrutturazione”, potendo essere basata anche su un “programma di cessione -; nonché alla nomina di un *Commissario Straordinario* (la legge di conversione del d.l. n. 347/2003 ha soppresso la previsione secondo la quale il decreto *de quo* avrebbe anche dovuto provvedere alla “definizione degli specifici poteri conferiti allo stesso commissario straordinario”).

Si coglie in questo punto la prima, effettiva esigenza soddisfatta dal d.l. 23 dicembre 2003, n. 347.

Nel sistema della amministrazione straordinaria *ex* d.lgs. n. 270/1999, la competenza ad accertare i presupposti di ammissibilità dell’impresa a perseguire il “risanamento” tramite ristrutturazione, è **assegnata al tribunale** (art. 30), sulla scorta della “*Relazione*” predisposta dal Commissario **giudiziale**, designato **dallo stesso Tribunale**.

Nella procedura di cui alla “legge Marzano”, invece, la fase di “osservazione” dell’impresa insolvente è saltata; la nomina del Commissario **giudiziale** ad opera del tribunale è soppressa; la decisione sull’ammissibilità del “risanamento” per ristrutturazione è **sottratta all’autorità giudiziaria per essere attribuita all’autorità amministrativa** (quindi, politica: non a caso il decreto è emanato dal **Ministro**, e non già dal Ministero).

Il dichiarato obiettivo di “consentire un più rapido avvio” della procedura si rivela dunque per quello che si sospettava: nulla più che un pretesto.

Un conto, infatti, è l’accelerazione dell’apertura della procedura, saltandone alcune fasi e concentrando le competenze in un unico organo; un altro, invece, è la individuazione dell’autorità competente a designare l’organo che assume le funzioni concentrate; ed un altro ancora, infine, è stabilire **a quale autorità** spetti accertare la fondatezza della prospettazione del risanamento “*per ristrutturazione*” addotta dall’imprenditore - “interessato” per definizione all’accoglimento della propria prospettazione, giacché l’apertura della procedura non può che corrispondere (anche) ad un suo interesse individuale, essendo l’unico legittimato a chiederne la disposizione -.

Nulla impediva di mantenere la competenza (specie a proposito dell’ammissione alla procedura) **all’Autorità Giudiziaria**, anche in via d’urgenza: né varrebbe addurre la insufficiente preparazione tecnica del giudice, trattandosi di obiezione apodittica;

contraddetta dall'attribuzione al tribunale dell'identica valutazione in materia di ammissione al risanamento "per ristrutturazione" delle imprese in stato di insolvenza "solo" grandi (art. 30 d.lgs. n. 270/1999); e facilmente superabile, in ogni caso, con la possibile previsione dell'obbligo dell'acquisizione del parere del Ministro delle attività produttive.

7. Funzioni del commissario straordinario

La disciplina delle funzioni del commissario nella procedura di Amministrazione straordinaria "speciale" è stata messa a punto attraverso una serie di modificazioni alle disposizioni originarie, che avevano generato molte incertezze.

Secondo l'originario primo comma dell'art. 3 d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, il commissario straordinario svolgeva, innanzitutto, "*anche*" le funzioni attribuite al commissario giudiziale nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria di cui al d.lgs. n. 270/1999. In conseguenza di ciò, si doveva ritenere che trovassero applicazione le disposizioni di cui agli art. 37, 38, primo e secondo comma, e 39 l.fall. (cfr, art 15, co.3, d.lgs. n.270/1999); inoltre il commissario straordinario era tenuto a trasmettere ai creditori l'avviso per l'accertamento del passivo.

Nel silenzio del decreto- legge si poneva poi il problema se l'attribuzione della *gestione dell'impresa* al commissario straordinario rappresentasse una *possibilità*- come si sarebbe ricavato dall'applicazione a tale organo dalla disciplina prevista per il commissario giudiziale: art 19 d.lgs. n. 270/1999 -, oppure rappresentasse una conseguenza ineludibile. Pareva preferibile propendere per la seconda tesi, giacché se il commissario straordinario del "legge Marzano" svolgeva *anche* le funzioni del commissario giudiziale nell'ambito della "legge Prodi-*bis*", cionondimeno egli era investito soprattutto delle funzioni proprie - nell'ambito di detta legge - del commissario straordinario in quanto tale: in forza delle quali, innanzitutto, "il commissario straordinario cura la gestione dell'impresa e l'amministrazione dei beni dell'imprenditore insolvente" (art. 40 d.lgs. n. 270/1999).

La legge di conversione ha innanzitutto eliminato ogni dubbio sull'ultima questione rappresentata, precisando che il commissario straordinario "*provvede all'amministrazione dell'impresa, compiendo ogni atto utile all'accertamento dello stato di insolvenza*"

Un "nuovo" adempimento attribuito al commissario straordinario fu quello di presentare al tribunale una "*Relazione*" - che abbiamo definito "*Relazione di insolvenza*" -, entro 60 giorni dalla nomina, corredata dei documenti e delle informazioni di cui all'art. 5 d.lgs. n.270/1999: quelli stessi, cioè, che nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria devono essere presentati dall'imprenditore, quando assume l'iniziativa di richiedere *direttamente* la dichiarazione del proprio stato di insolvenza. Va da sé che ciò avrebbe potuto costituire causa di ritardo nella dichiarazione dello stato di insolvenza, tutte le volte che il commissario avesse utilizzato appieno il termine concessogli, od addirittura provveduto con ritardo. L'inconveniente è stato superato, eliminando l'adempimento descritto, e disponendo che "*il tribunale con sentenza pubblicata entro 15 giorni dalla comunicazione del decreto [di ammissione immediata alla procedura] .. dichiara lo stato di insolvenza*" (art. 4, comma 1°).

Sempre con un "aggiustamento" successivo è stata introdotta la criticata possibilità in forza della quale "*il giudice delegato, prima dell'autorizzazione del programma di ristrutturazione, può autorizzare il commissario straordinario al pagamento di creditori anteriori, quando ciò sia necessario per evitare un grave pregiudizio alla continuazione dell'attività d'impresa o alla consistenza patrimoniale dell'impresa stessa*" (art. 3, comma 1-*bis*).

8. L'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza e l'accertamento dello stato passivo.

Secondo l'originario art. 4, comma 1°, d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, il tribunale, **sulla base della relazione presentata dal commissario** (entro 60 giorni - o anche 120 giorni - dalla nomina), doveva

accertare con sentenza lo stato di insolvenza dell'impresa" – oggi, come si è visto, deve provvedere "*con sentenza pubblicata entro 15 giorni dalla comunicazione del decreto*" di apertura della procedura -.

L'accertamento in se' dello stato di insolvenza riveste, in tale situazione, un significato molto modesto. Esso non concerne il profilo della superabilita' della "crisi" attraverso l'attuazione del programma "per ristrutturazione", perche' tale valutazione e' gia' stata effettuata dal Ministro delle attivita' produttive al momento della ammissione dell'impresa alla procedura. E neppure concerne piu' di tanto la effettivita' della sussistenza dell'insolvenza, trattandosi – come si e' detto – di condizione "confessata" dall'impresa interessata, che deve autodichiararsi tale se intende domandare al Ministro l'ammissione alla Amministrazione straordinaria "speciale".

In tale prospettiva, il termine accordato al commissario straordinario per predisporre la *Relazione*, che pareva costituire il presupposto necessario per l'accertamento giudiziale dell'insolvenza (effettuato "sulla base" della *Relazione* stessa), era apparso addirittura eccessivo: ***tanto piu' laddove si consideri che nessun effetto "protettivo" nei confronti dell'impresa si produceva, fino alla pronuncia della sentenza di accertamento giudiziale dell'insolvenza*** (essendo tale effetto ricondotto alla emanazione del decreto del Ministro solo a seguito dell'introduzione del ricordato art. 2, comma 2-*bis*).

Il decreto-legge n. 347/2003 non precisava se l'imprenditore dovesse essere convocato in camera di consiglio prima della pronuncia della sentenza di accertamento giudiziale dello stato di insolvenza. L'incombente pareva superfluo, dato che la situazione di insolvenza e' "confessata" dall'imprenditore all'atto della proposizione dell'istanza di nomina del "supercommissario": ma la sua convocazione dovrebbe comunque ritenersi necessaria, al fine di contraddire l'eventuale opinione del commissario straordinario (improbabile, ma teoricamente possibile) *contraria a considerare l'impresa in stato di insolvenza*, e quindi propensa a giudicarla "immeritevole" di conseguire la conferma dell'ammissione alla invocata procedura.

Era certa, invece, al di là di ogni ragionevole dubbio, la necessità della convocazione in camera di consiglio e della assicurazione dell'esercizio del diritto di difesa per quelle imprese che fossero state assoggettate alla Amministrazione Straordinaria "Marzano" in conseguenza del decreto di *estensione* di cui all'art. 3, comma 3°, d.l. n. 347/2003: necessità oggi prevista in modo esplicito.

Cio' premesso, si deve ritenere che **gli effetti** della sentenza di accertamento giudiziale dell'insolvenza siano, nell'ambito della "nuova" amministrazione straordinaria, particolarmente intensi, sommandosi a quelli (che già non fossero stati prodotti dal decreto di ammissione, ai sensi del sopraggiunto art. 2, comma 2-*bis*) previsti dall'art. 18 d. lgs. n. 270/1999 anche quelli previsti dall'art. 19, comma 3°, essendo la gestione dell'impresa (oggi anche per il diritto positivo) sottratta all'imprenditore ed affidata al commissario. Con una previsione aggiunta "in corso d'opera" l'art. 4, comma 1°, afferma oggi in generale *che "la sentenza [di accertamento dello stato di insolvenza] determina, con riferimento alla data del decreto di ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria, gli effetti di cui al decreto legislativo n. 270/1999, in quanto compatibili"*.

Secondo l'originario art. 4, co.1, d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, il tribunale, con la sentenza di accertamento dell'insolvenza, nominava altresì il giudice delegato, e dettava le disposizioni per *l'accertamento del passivo*, secondo il procedimento "giuridisdizionalizzato" introdotto per l'amministrazione straordinaria dal d.lgs. n. 270/1999. Oggi il nuovo art. 4-ter afferma in via generale *che "l'accertamento del passivo .. è disciplinato dall'articolo 53 del decreto legislativo n. 270/1999"*. Propedeutica a tale attività è la presentazione dello "*elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione*", cui deve provvedere il commissario straordinario nell'ambito della trasmissione al giudice delegato (entro 180 giorni dalla data del decreto di nomina, eventualmente prorogati per non oltre 90 giorni) della "Relazione" delle cause dell'insolvenza (art. 4, comma 2°).

9. La gestione dell'impresa fino alla decisione sulla esecuzione del programma di "ristrutturazione".

La generale applicazione delle disposizioni del d.lgs. n. 270/1999 alla "nuova" amministrazione straordinaria, ed ora la previsione esplicita dell'art. 2, comma 2-*bis* d.l. n. 347/2003, comportano che al commissario straordinario siano attribuite "la gestione dell'impresa e l'amministrazione dei beni dell'imprenditore".

L'art. 5 d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 prevede una disciplina speciale degli atti da compiersi sino alla decisione sull'autorizzazione all'esecuzione del programma di ristrutturazione.

Con l'autorizzazione del Ministro delle autorità produttive il commissario straordinario può procedere ("dopo la dichiarazione dello stato di insolvenza": requisito, questo, introdotto con la legge di conversione) a:

a) effettuare operazioni di cessione o di "utilizzo" dei beni, di aziende e di rami d'azienda dell'impresa, se finalizzati alla ristrutturazione dell'impresa stessa e (anche) del "gruppo", oppure "alla salvaguardia del valore economico e produttivo totale o parziale" - dove per operazioni di "utilizzo" potrebbero intendersi ad esempio conferimenti od atti similari; e dove per la cessione di aziende o di rami d'azienda si pone il delicato problema della trasferibilità anche di *passività*, insieme a rapporti giuridici attivi, con la conseguente prospettazione di un trattamento differenziato per i creditori accollati dall'acquirente dell'azienda o del ramo d'azienda, rispetto a quelli non trasferiti -.

A seguito delle modificazioni introdotte dalla "legge Alitalia" è stato precisato che per motivi di urgenza le medesime operazioni possano essere autorizzate anche prima della dichiarazione dello stato di insolvenza.

b) effettuare operazioni o "categorie di operazioni" necessarie per la salvaguardia della continuità dell'attività aziendale delle imprese del "gruppo" - dove per "categorie di operazioni" potrebbero intendersi operazioni di "cartolarizzazione" di crediti dell'impresa (per conseguire la necessaria liquidità a consentirne la prosecuzione dell'esercizio), o atti similari -.

La norma in commento non contiene alcun riferimento all'opportunità che nella autorizzazione all'effettuazione di tali operazioni sia "*tenuto conto degli interessi dei creditori*": al contrario di quanto è previsto, invece, in sede di Amministrazione Straordinaria "ordinaria", in materia di definizione del programma di "ristrutturazione" o di "cessione" (art. 55).

Tra le "speciali" operazioni previste come possibili caratteristiche dell'attività del "supercommissario" sembrano comunque mancare all'appello (salvo quanto successivamente disposto per l'ipotesi di chiusura della procedura tramite concordato:*infra*):

a) le operazioni di "ristrutturazione del passivo" (si suppone: conversione di emissioni obbligazionarie in capitale di rischio, fra le altre), alle quali pure fa riferimento la "*Relazione*" del d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 elencando le ragioni della riforma dell'amministrazione straordinaria;

b) le operazioni sul capitale, o comunque le operazioni societarie straordinarie comportanti il necessario vaglio dell'assemblea dei soci, per le quali rimane il difficile ostacolo del ruolo che può essere giocato da una "proprietà" ancora formalmente titolare (delle azioni) della società assoggettata ad amministrazione straordinaria, nonostante l'esautoramento dalla gestione e l'azzeramento del valore economico della partecipazione azionaria.

La legge di conversione ha poi introdotto la precisazione secondo la quale l'autorizzazione in commento "*non è necessaria per gli atti non eccedenti l'ordinaria amministrazione o il cui valore individuale sia inferiore a 250.000. euro*".

10. Sviluppo della procedura.

Entro il termine di 180 giorni (prorogabili dal Ministro di ulteriori 90) il commissario straordinario deve presentare al Ministro stesso un programma di "recupero dell'equilibrio economico" dell'impresa: *e non deve trattarsi più di un programma da attuarsi tramite la ristrutturazione di cui all'art. 27, co.2, lett. b) del d.lgs. n.270/1999*, potendo essere rivolto anche soltanto all'attuazione di un "programma di cessione". Entro

lo stesso termine il commissario straordinario deve presentare al giudice delegato la “Relazione” sulle cause dell’insolvenza, prevista dall’art. 28, comma 1° e 2, d.lgs.cit.

Laddove l’esecuzione del programma venga autorizzata, la procedura si svilupperà sulla base delle disposizioni di cui agli art. 54 ss. d.lgs. n. 270/1999 – tenuto conto dell’indirizzo prescelto -.

In caso contrario potranno aprirsi due scenari alternativi: o il passaggio da un programma “di ristrutturazione” alla esecuzione di un programma di “recupero dell’equilibrio economico delle attività imprenditoriali” mediante le operazioni di **cessione** di cui all’art. 27, comma 2°, lett a) del d.lgs. n. 270/1999; o la “**conversione**” della procedura di amministrazione straordinaria in fallimento. Si può pertanto affermare che in caso di presentazione di un programma “di ristrutturazione”, esaurita la fase di “anticipazione” - con le riserve segnalate -, costituita dalla immediata ammissione dell’impresa al tentativo di predisporre un programma di “risanamento” industriale, subentra **in linea di massima** la disciplina della amministrazione straordinaria “ordinaria”, secondo la quale: a) il programma di ristrutturazione deve conseguire i suoi obiettivi entro 2 anni; in mancanza di che, b) il programma alternativo di cessione di complessi aziendali deve basarsi sulla prosecuzione dell’esercizio dell’impresa per non più di 2 anni (per la legge “Prodi-*bis*” il termine è di 1 anno, ma per le imprese originariamente ammesse alla Amministrazione straordinaria “speciale” esso è raddoppiato dall’attuale art. art. 4. comma 4-*bis*, d.l. n. 347/2003); in mancanza di che, c) la procedura “si converte” in fallimento. E’ altresì da ritenere che la disciplina “ordinaria” dell’amministrazione straordinaria divenga applicabile anche alle situazioni di crisi delle società assoggettate alla procedura in via di “estensione”, in relazione agli effetti che l’evoluzione della “procedura madre” è in condizione di produrre sulle altre procedure.

Se si condivide l’idea che dopo la fase rivolta alla “accelerazione” della disposizione dell’Amministrazione Straordinaria la disciplina della procedura ritorni **in linea di massima** nell’alveo delle disposizioni dettate dal d. lgs. n. 270/1999, occorre riservare particolare attenzione al disposto dell’art. 69, secondo il quale “qualora, in qualsiasi momento della procedura di Amministrazione Straordinaria, risulta che la stessa non può essere utilmente proseguita, **il tribunale**, su richiesta del commissario straordinario o **d’ufficio**, dispone **la conversione della procedura in fallimento**”.

Rimane ferma, pertanto, l’attribuzione all’autorità giudiziaria di un forte presidio sull’evoluzione della procedura, che per quanto così marcatamente governata dall’autorità amministrativa, vede sottomessa la prosecuzione dell’attuazione del “programma” alla valutazione, anche esclusiva, dell’autorità giudiziaria sulla “realizzabilità” del risanamento perseguito.

La nuova disposizione dell’art. 4, co. 4, d.l. n. 347/2003, introdotta dalla “legge Alitalia”, sintetizza questi risultati interpretativi affermando che “*qualora non sia possibile adottare, oppure il Ministro non autorizzi il programma di cui all’art. 27, comma 2, lettera a), nè quello di cui alla lettera b) del decreto legislativo n. 270, il Tribunale, sentito il Commissario straordinario, dispone la conversione della procedura di amministrazione straordinaria in fallimento, ferma restando la disciplina dell’art. 70 del decreto legislativo n. 270*”.

11. La disciplina delle azioni revocatorie fallimentari

Come è noto, le azioni revocatorie fallimentari non sono proponibili, nell’ambito della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, nell’ipotesi in cui (e sino a quando) il risanamento sia perseguito attraverso un programma di “ristrutturazione”: ciò sia perché tale programma dovrebbe condurre di per sé al soddisfacimento di tutti i creditori (e non pare che ad affermare il conseguimento di tale risultato sarebbe di ostacolo la conclusione di accordi di *remissione*, totale o parziale, del credito, se liberamente pattuiti); sia perché i proprietari della società

“ristrutturata”, che come tale non si estingue né viene ceduta a terzi, potrebbero finire con il beneficiare della dichiarazione di inefficacia di atti da loro stessi posti in essere “in frode ai creditori”.

Le azioni revocatorie divengono dunque proponibili nella sola ipotesi nella quale l'amministrazione straordinaria “normale” imbocchi la strada della **cessione** degli apparati produttivi, od addirittura evolva in **fallimento**.

L'art. 6 d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 introduce una vistosa eccezione a tale principio, consentendo l'esercitabilità delle azioni revocatorie fallimentari “previste dagli articoli 49 e 91” del d.lgs. n. 270/1999, anche nella ipotesi di (autorizzazione alla) esecuzione del programma di ristrutturazione, **“purche' si traducano in un vantaggio per i creditori”** (tale condizione è stata introdotta, nei termini riferiti, dal d.l. n. 119/2004, convertito nella l. n. 166/2004, dopo che la legge di conversione del d.l. n. 347/2003 aveva già precisato che l'esercizio delle azioni revocatorie sarebbe stato consentito *“purchè funzionali, nell'interesse dei creditori, al raggiungimento degli obiettivi del programma stesso”*).

Oltre all'evidente quesito se l'eccezione riguardi anche le azioni revocatorie fallimentari previste da norme diverse da quella richiamata – *solo per le azioni revocatorie cc.dd. “aggravate” previste dall'art 91 d. lgs. n. 270/1999 la legge di conversione ha integrato la disposizione originaria, che neppure queste prevedeva* -, la disposizione in esame ha generato rilevanti perplessità sotto diversi profili.

Anzitutto si è posto il problema della razionalità del trattamento riservato agli interessati al risanamento di una impresa “(ex) grandissima”, rispetto a quello riservato ai corrispondenti soggetti nelle situazioni di crisi delle imprese soltanto “grandi” (e di quelle di dimensioni ancora inferiori), stante anche la eterogeneità dei presupposti dimensionali legittimanti l'accesso alla “nuova” amministrazione straordinaria (l'entità del passivo potendo derivare, come detto, anche da **garanzie infragruppo**, non necessariamente espressive di un corrispondente impatto sui “terzi” incisi dall'insolvenza dell'impresa).

Occorre infatti considerare, per un verso che l'impresa che presenti i requisiti necessari per l'ammissione alla Amministrazione straordinaria “speciale” (ex “legge Marzano”) presenta senz'altro anche i (minori) requisiti per l'assoggettamento all'Amministrazione straordinaria “normale” (ex “legge Prodi-bis”); e per un altro che, come già sottolineato, l'accesso alla prima procedura è consentito solamente **su iniziativa del debitore**: onde **la scelta discrezionale dell'imprenditore insolvente determina conseguenze giuridiche rilevanti per i terzi**, esposti oppure sottratti al rischio dell'azione revocatoria fallimentare (ovverosia legittimati oppure privati del diritto di avvalersi, tramite l'operato del commissario, della revocabilità degli atti posti in essere dall'imprenditore “in frode ai creditori”), in situazioni di “fatto” e di “diritto” identiche, secondo che l'imprenditore scelga di domandare l'ammissione all'Amministrazione straordinaria speciale oppure scelga di non farlo (senza che i terzi siano legittimati, in questa seconda ipotesi, a sostituirsi al debitore, giacché per essi è consentita esclusivamente la via della domanda di accertamento giudiziale dello stato di insolvenza in funzione dell'assoggettamento dell'impresa alla Amministrazione straordinaria “normale” – che potremmo definire, grossolanamente, “senza revocatorie” -): donde l'eccezione di illegittimità costituzionale per contrasto con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.

In secondo luogo, **in assenza di meccanismi che garantiscano il trasferimento dell'impresa a soggetti diversi dalla originaria “proprietà” nonché l'esclusione di qualsiasi possibilità di rimborso (neppure) del capitale sociale ai soci**, si introducono i presupposti di una estensione dei benefici dell'azione revocatoria (fallimentare) allo stesso soggetto che ha posto in essere (“fraudolentemente”) gli atti revocandi. In tale prospettiva, l'esercizio delle azioni revocatorie non assolverebbe più la funzione di reintegrare l'attivo distribuibile tra i creditori in funzione di un maggiore soddisfacimento delle loro pretese, ma costituirebbe una fonte di finanziamento “*extra ordinem*” per il risanamento della (propria) impresa dell'imprenditore insolvente: donde l'eccezione di illegittimità costituzionale per contrasto con il principio di tutela della libertà di concorrenza ricavabile dall'art. 41 Cost.

Infine, la previsione della ricorribilità ad uno strumento speciale di rafforzamento patrimoniale dell'impresa, grazie al quale rendere possibile l'esercizio di una attività economica altrimenti (in ipotesi) destinata alla cessazione, potrebbe risultare contrastante con il divieto **comunitario** di introduzione di meccanismi aventi l'attitudine a falsare la concorrenza tra le imprese della Comunità Europea. Cio' a maggior ragione ove si consideri che l'ammissione alla procedura introdotta dal d.l. 23 dicembre 2003,

n.347, si configura come una sorta di “**beneficio**” in quando – come detto - suscettibile di essere disposta solo su richiesta dell’impresa interessata.

Questi profili, principalmente i primi due, sono stati addotti come altrettanti motivi di **illegittimità costituzionale** della disciplina in commento: ma la Corte Costituzionale ha giudicato infondate entrambe le questioni sollevate davanti a lei (sentenza n. 172/2006).

L’importante sentenza è peraltro pervenuta ad una conclusione “assolutoria” della “legge Marzano” attraverso una interpretazione “**riduttiva**” del principio affermato dall’art. 6 di “libera” esercitabilità delle azioni revocatorie fallimentari “*anche nel caso di autorizzazione all’esecuzione del programma di ristrutturazione*”,. La Corte Costituzionale, infatti, ha affermato che la norma in commento vuole significare, in realtà (o si deve intendere che affermi, per essere costituzionalmente legittima), che le azioni revocatorie fallimentari divengono proponibili in caso di (evoluzione dell’Amministrazione straordinaria “speciale” nella direzione della) **cessione** degli apparati produttivi a terzi; oppure in caso di chiusura della procedura attraverso un **concordato proposto da un terzo** (“assuntore”: *infra*): non, invece, nell’ipotesi di ristrutturazione dell’impresa (in capo all’originario imprenditore), né in quella di chiusura della procedura attraverso l’esecuzione di un concordato proposto dallo stesso imprenditore insolvente.

In questi termini, la conclusione si giustifica sotto questi profili: (i) *quanto al rispetto del principio di parità di trattamento*, nel senso che i terzi rimangono sottratti alla (o sono privati del diritto di avvalersi della) disciplina delle azioni revocatorie fallimentari, nello stesso modo in entrambe le procedure di Amministrazione straordinaria, quando esse evolvono verso la ristrutturazione dell’impresa in capo allo stesso imprenditore insolvente, oppure verso la sistemazione del dissesto tramite un accordo di “concordato” concluso dal medesimo; (ii) *quanto al rispetto del principio della libertà di concorrenza*, nel senso che per un verso qualsiasi altro imprenditore può concorrere per acquisire gli apparati produttivi ceduti dal commissario straordinario, oppure per proporsi come assuntore di un concordato proposto ai creditori, **comprensivi della cessione delle azioni revocatorie** (e non solo); e per un altro, il valore del prevedibile ricavato dall’esercizio delle azioni revocatorie proponibili dal cessionario o dall’assuntore è destinato a costituire una componente del **prezzo** pagato per la cessione o del **valore economico** degli attivi acquisiti dall’assuntore concordatario, con la conseguenza che il “plusvalore” economico insito nella proponibilità delle azioni revocatorie fallimentari è sostanzialmente rivolto a favorire i creditori dell’imprenditore assoggettato alla Amministrazione straordinaria, piuttosto che costituire una condizione idonea a falsare la concorrenza tra l’imprenditore cessionario (o assuntore) e gli altri imprenditori presenti sul mercato.

Tutto ciò peraltro significa che le azioni revocatorie fallimentari che venissero proposte al di fuori (o prima) dell’avvio della Amministrazione straordinaria “speciale” sulla strada della cessione degli apparati produttivi, o della chiusura per approvazione di un concordato “con (terzo) assuntore”, dovrebbero essere dichiarate improponibili.

La disciplina introdotta dalla “legge Marzano” non risulta essere stata assoggettata, allo stato, all’esame degli Organi comunitari, al fine di verificarne la compatibilità con i principi della concorrenza, alla luce della possibile individuazione in taluna delle sue previsioni della concessione all’imprenditore “(ex) grandissimo” di inammissibili “aiuti di Stato”.

Agevolazioni creditizie sono invece state approvate per gli “*imprenditori agricoli che abbiano conferito prodotti agricoli alle imprese ammesse all’amministrazione straordinaria di cui all’art. 2 del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, nei sei mesi precedenti all’ammissione alla predetta amministrazione straordinaria*” (d.l. 16 gennaio 2004), *sub specie* di accessibilità ai finanziamenti di credito agrario di cui all’art. 43 d. lgs. n. 385/1993 (“testo unico” bancario). Tali finanziamenti possono

essere stipulati anche a medio/lungo termine (fino a 60 mesi); sono garantiti dai crediti vantati dai produttori nei confronti delle imprese ammesse alla Amministrazione Straordinaria “Marzano”; e godono della garanzia sussidiaria del Fondo Interbancario di Garanzia di cui all’art. 45 d. lgs. n. 385/1993.

Il d.l. 16 gennaio 2004 ha disposto inoltre per gli imprenditori agricoli, che abbiano conferito prodotti agricoli alle imprese del “Gruppo Parmalat”, la sospensione per 12 mesi dei versamenti dei contributi previdenziali.

Si noti ancora che in base all’art. 6, comma 1-ter (aggiunto dal d.l. n. 119 /2004) “*i termini della sezione III del capo III*” della legge fallimentare (artt. 64 ss.) “*si computano a decorrere dalla data di emanazione del decreto*” di apertura della procedura: il che comporta: (i) che i termini di individuazione dei “periodi sospetti” rilevanti ai fini dell’esercizio delle azioni revocatorie fallimentari decorrono a ritroso dal decreto del Ministro di ammissione dell’impresa all’Amministrazione straordinaria “speciale”, benché la dichiarazione di insolvenza sia pronunciata (eventualmente) successivamente; (ii) che i “periodi sospetti” rilevanti ai fini dell’esercizio delle azioni revocatorie fallimentari (anche) nell’Amministrazione straordinaria “speciale” devono intendersi assoggettati al “**dimezzamento**” disposto dalla riforma della legge fallimentare per le fattispecie disciplinate dall’art. 67 l. fall. (*supra*, Cap. VIII, Parte Seconda).

12. La chiusura delle procedura per “concordato”

La legge di conversione (legge 18 febbraio 2004, n. 39) del d.l. n. 347/2003 ha introdotto *ex novo* la disciplina di un “concordato” che il Commissario straordinario può prevedere nell’ambito del programma di ristrutturazione dell’impresa assoggettata alla “Marzano”, al fine di soddisfare i creditori. Tale disciplina è particolarmente interessante non solo perché rende evidente che la ristrutturazione dell’impresa non comporta necessariamente una riammissione “*in bonis*” implicante l’adempimento delle passività accumulate - come accade per la procedura di amministrazione controllata -, potendosi pervenire alla restituzione dell’impresa alla gestione ordinaria anche (e forse principalmente) con la definizione “a saldo e stralcio” delle esposizioni pregresse.

Il “concordato” della legge “Marzano” è particolarmente interessante anche e soprattutto perché ha recepito numerose proposte innovative che la dottrina ed i Progetti di riforma della legge fallimentare che si sono succeduti in questi ultimi anni avevano individuato come le più idonee a disciplinare *procedure di “composizione negoziale” delle crisi di impresa*, ed ha anticipato diverse delle innovazioni poi apportate alla legge fallimentare dal d.l. n. 35/2005.

In via preliminare il “concordato” proponibile nell’ambito della “nuova” Amministrazione Straordinaria può rivolgersi ai creditori dell’impresa **suddividendoli in “classi” omogenee** (“*secondo interessi economici omogenei*”), con particolare – ma non esclusivo – riguardo ai “*piccoli risparmiatori persone fisiche che abbiano investito in obbligazioni emesse o garantite dall’impresa in amministrazione straordinaria*” (eco evidente dei dissesti, Cirio, Giacomelli, Parmalat).

La suddivisione dei creditori per “classi” omogenee ha la funzione di:

- a) consentire “*trattamenti differenziati*” fra creditori appartenenti a classi diverse”;
- b) conseguire le adesioni dei creditori *attraverso l’espressione del separato consenso di ciascuna classe*;
- c) consentire al tribunale chiamato ad “omologare” - diciamo così - il concordato (su cui *infra*), di approvarlo **nonostante il dissenso di una o più “classi” di creditori**, qualora i creditori rappresentanti la maggioranza dei crediti ammessi al voto, nonché la maggioranza delle classi, abbiano approvato la proposta di concordato, e “*i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle altre alternative concretamente praticabili*”.

Suddivisi (eventualmente) i creditori per “classi”, il commissario straordinario può proporre loro la “ristrutturazione” delle rispettive pretese ricorrendo a “qualsiasi forma tecnica o giuridica” (in termini di scadenza, tasso di interesse, eventuali garanzie); nonché all’attribuzione ai creditori (*anche limitatamente a talune “classi”*, come sarà prevedibilmente per le banche) di azioni, quote, obbligazioni (convertibili o non), altri strumenti finanziari o non meglio precisati “strumenti finanziari e titoli di debito”, a soddisfacimento delle loro pretese pecuniarie.

La previsione in commento valorizza un istituto – quello della *conversione del “capitale di debito” in “capitale di rischio”* – che è molto ricorrente nei progetti di ristrutturazione delle imprese in crisi di *carattere stragiudiziale*. Sovente, infatti, talune categorie di creditori – essenzialmente le banche ed altri intermediari finanziari – si persuadono a consentire la conversione dei propri crediti in “capitale di rischio” (azioni), contribuendo così ad alleggerire l’indebitamento delle imprese nei confronti dei fornitori, dei dipendenti, eccetera – in quanto, come è noto, gli azionisti non possono essere rimborsati, se prima non sono stati soddisfatti *integralmente* i creditori propriamente detti -. Occorre tuttavia precisare, a tale proposito, che la descritta operazione di conversione di crediti (bancari) in capitale di rischio può comportare la conseguenza dell’assunzione, da parte delle banche che vi hanno provveduto, di una porzione del capitale sociale della società assistita in misura tale, da assoggettarla al loro “controllo”: con le *responsabilità* che ne conseguono, in termini di corretta gestione imprenditoriale della società e delle eventuali altre società appartenenti al suo “gruppo” – specie alla luce dell’introduzione della c.d. “responsabilità per direzione e coordinamento di società”, ora disciplinata dall’art. 2497 ss. del “nuovo” codice civile, come risultante dalla riforma del diritto societario -.

Per tale ragione le banche preferiscono talora concordare con la società debitrice, piuttosto che la conversione dei propri crediti in capitale azionario, la *postergazione* convenzionale del rimborso dei finanziamenti bancari al preventivo rimborso (integrale) delle altre passività (“ordinarie”): strumento che il “concordato” previsto dalla legge “Marzano” non menziona, ma che potrebbe ugualmente essere utilizzato anche in questa sede.

Qualora il programma di ristrutturazione che prevede il ricorso ad un “concordato” con i creditori sia approvato dal Ministro delle attività produttive, il commissario straordinario propone al tribunale “*istanza di [definizione della procedura di amministrazione straordinaria tramite] concordato*”. Le modalità essenziali del conseguente procedimento prevedono la possibilità del deposito in cancelleria di memorie e documenti da parte di ogni interessato; la facoltà di formulare istanza di ammissione da parte dei creditori che non risultassero compresi nell’elenco formato dal commissario straordinario; il deposito dell’elenco dei creditori ammessi a votare il concordato, formato dal giudice delegato; le modalità ed i termini entro i quali i creditori sono chiamati ad esprimere il proprio voto.

Benché l’elenco dei creditori formato dal giudice delegato debba anche precisare le cause di prelazione eventualmente attribuite a ciascun credito, non è previsto che votino solamente i creditori chirografari: *il che implica che anche per i creditori privilegiati possano essere previste modalità di soddisfacimento diverse dal pagamento integrale*.

Le votazioni sono espresse “alla spicciolata”, *non essendo prevista la celebrazione di una apposita udienza per l’adunanza dei creditori*.

Il “concordato” si intende approvato se riporta il voto favorevole “*dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi*”, nell’ipotesi in cui i creditori *non* siano stati suddivisi in “classi”; oppure – nel caso contrario – se riporta altresì il voto favorevole (si deve intendere: il voto conseguito con l’approvazione dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti appartenenti a ciascuna classe) di ogni classe; ovvero, in caso di dissenso di una o più classi, con la valutazione di “convenienza” operata dal tribunale, come sopra descritta. **La formazione di tali maggioranze è favorita dalla affermazione del principio secondo il quale i creditori che non votano “si ritengono consenzienti” (silenzio – assenso).**

Secondo quanto previsto dalla legge di conversione n. 39/2004 *”il concordato è approvato se riporta il voto favorevole”* dei creditori, sulla base delle indicate maggioranze. **E’ conseguentemente preclusa al tribunale qualsiasi valutazione sul “merito” e tanto meno sulla “convenienza” del concordato**, dovendosi basare la sua approvazione o il suo rigetto sull’esclusivo accertamento del raggiungimento o meno delle maggioranze prescritte (salva l’ introduzione di un momento valutativo in caso di dissenso di una o più classi di creditori, in presenza del quale, come detto, il tribunale può dichiarare ugualmente approvata la proposta di concordato, quando ritenga che essa comporti per i creditori dissenzienti un soddisfacimento *”non inferiore rispetto alle altre alternative concretamente praticabili”*).

Se il tribunale approva il “concordato”, la procedura di amministrazione straordinaria si chiude; in caso contrario, il commissario straordinario può presentare al Ministro un programma di **cessione** dei complessi aziendali, che, se approvato, può comportare la prosecuzione dell’esercizio dell’impresa per **due** anni. Se il programma di cessione non è presentato o non è approvato, il tribunale dispone la **conversione** della procedura in fallimento.

Sezione V – L'amministrazione straordinaria delle imprese di rilevanti dimensioni (c.d. amministrazione straordinaria "speciale") per le imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali.

Sommario: 1. L'amministrazione straordinaria "speciale" delle imprese di rilevanti dimensioni operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali. – 2. Disposizioni specifiche della procedura di amministrazione straordinaria "speciale" del "Gruppo Alitalia". –

1. L'amministrazione straordinaria "speciale" delle imprese di rilevanti dimensioni operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali.

Come abbiamo già avuto modo di rilevare, la necessità di apportare alla disciplina della amministrazione straordinaria "speciale" di cui alla "legge Marzano" alcune modificazioni per renderla funzionale a regolare la situazione di crisi del "Gruppo Alitalia" ha prodotto non soltanto il risultato di originare una nuova procedura di amministrazione straordinaria "speciale" per tutte le imprese in stato di insolvenza qualificabili "di rilevanti dimensioni"; ma anche quello di delineare una amministrazione straordinaria connotata di caratteristiche peculiari per ciò che concerne le imprese (di rilevanti dimensioni) **operanti nel settore dei servizi pubblicitari essenziali**, come era quella in cui operavano le società del "Gruppo Alitalia".

Come pure già segnalato, le disposizioni specifiche concernenti le situazioni di insolvenza delle imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali hanno modificato per tali imprese tanto la procedura di amministrazione straordinaria "normale"; quanto la procedura di amministrazione straordinaria "speciale", riservata alle imprese più grandi (cioè "di rilevanti dimensioni") e *disponibili ad esservi sottoposte* (giacchè, come più volte sottolineato, la procedura di amministrazione straordinaria "speciale" può essere aperta solo su domanda dell'impresa interessata).

Le prime peculiarità dell'amministrazione straordinaria "speciale" delle imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali sono rappresentate dalle previsioni secondo le quali la ammissione immediata alla procedura può essere disposta *"con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministero dello sviluppo economico"*, e *"tale decreto può prescrivere il compimento di atti necessari al conseguimento delle finalità della procedura"*.

Entrambe le innovazioni destano perplessità: la prima, perché non sono neppure precisate (al di là dell'opportunità della previsione) le condizioni alle quali il Presidente del Consiglio può sostituirsi al Ministro dello Sviluppo economico ("assente" o "dissenziante?") nel disporre l'apertura della procedura; la seconda, perché l'attribuzione all'autorità governativa del diritto di "prescrivere" al Commissario straordinario il compimento di specifici atti di gestione realizza una discutibile commistione tra funzione di controllo (propria dell'autorità governativa) e attività gestionale (propria dell'organo commissariale).

La previsione sembra anche consentire la effettuazione di pagamenti di debiti pregressi al di fuori delle condizioni previste nella procedura di amministrazione straordinaria "speciale" (delle imprese **non** operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali), rappresentate dall'autorizzazione del giudice delegato e dalla necessità di evitare un pregiudizio. Sarebbe sufficiente che il pagamento di determinati creditori anteriori fosse valutato come opportuno in sede di emanazione del decreto di apertura della procedura.

Gli atti compiuti a seguito delle "prescrizioni" dell'autorità governativa sono destinati a mantenere i loro effetti anche in caso di accertamento della mancanza dei requisiti per l'apertura dell'amministrazione straordinaria, in conseguenza del principio generale di salvezza degli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura (art. 4, co. 1-bis, d.l. n. 347/2003).

In secondo luogo si introduce per le imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali (e per le imprese del relativo "gruppo") una vistosa deroga alla procedura di **liquidazione**

dell'attivo, disponendosi che il Commissario straordinario "*individua*" (o può individuare?) l'acquirente "*a trattativa privata*", tra i soggetti che garantiscono la continuità nel medio periodo del servizio pubblico interessato e la rapidità dell'intervento.

Per il prezzo di cessione si afferma che esso non deve essere inferiore a quello "di mercato", e si consente l'utilizzo all'uopo di una "perizia" effettuata da primaria istituzione finanziaria individuata con decreto del Ministro dello sviluppo economico. Nonostante il richiamo al "rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione", è evidente la deviazione dalle regole di "competitività" affermate per le corrispondenti attività di liquidazione dell'attivo in sede fallimentare (cfr. art. 105 l.fall., i cui primi tre commi sono dichiarati inapplicabili), come pure l'abbandono delle regole di "pubblicità" previste per le operazioni di vendita dei beni immobili, delle aziende e dei rami d'azienda ("superiori a lire cento milioni") in sede di amministrazione straordinaria "normale" (cfr. art. 62 d.lgs. n. 270/1999, espressamente derogata dalla disciplina speciale qui in esame).

Sempre in tema di "realizzo" dell'attivo, per le imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali si prevede che le "*operazioni di concentrazione connesse o contestuali o comunque previste nel programma*" dal Commissario straordinario siano "*escluse dalla necessità dell'autorizzazione di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*", in materia di disciplina "*antitrust*". La norma presenta tuttavia un interesse relativo, essendo precisato che la sua applicazione è limitata "alle operazioni effettuate entro il 30 giugno 2009".

In materia di effetti dell'ammissione delle imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali alla amministrazione straordinaria "speciale" si dispone il mantenimento delle autorizzazioni, certificazioni, licenze, concessioni, eccetera, concernenti l'esercizio e la conduzione delle attività svolte, per un periodo di sei mesi, e se ne prevede il trasferimento in capo al cessionario nelle ipotesi di cessione dell'azienda o di rami d'azienda. La disposizione è particolarmente importante perché nel settore dei servizi pubblici essenziali è frequente la previsione della **decadenza** dalle concessioni o licenze possedute in caso di assoggettamento dell'impresa a procedure concorsuali, con il che la prospettiva della continuazione dell'attività aziendale e della cessione dell'impresa a terzi, totale o parziale, risulterebbero irrimediabilmente compromesse.

In materia di realizzazione di operazioni di cessione di azienda o di rami d'azienda viene resa più rapida la procedura di consultazione con le organizzazioni sindacali dei lavoratori (riducendo i termini della metà); è consentita la individuazione di un "perimetro di cessione" sulla base di criteri più flessibili (e più discrezionali) di quanto non altrimenti consentito; sono concessi i benefici contributivi di cui alla legge n. 233/1991 in caso di assunzione o trasferimento di lavoratori già ammessi alla cassa integrazione straordinaria o in "mobilità".

2. Disposizioni specifiche della procedura di amministrazione straordinaria "speciale" del "Gruppo Alitalia".

Nell'introdurre nuove disposizioni concernenti la disciplina dell'amministrazione straordinaria ("normale" e "speciale") ai fini di consentire l'accesso alla stessa delle imprese facenti capo al "Gruppo Alitalia", il legislatore – come detto – ha finito per modificare la disciplina dell'amministrazione straordinaria anche per qualsiasi altra impresa che vi verrà sottoposta in futuro.

Nell'occasione, peraltro, sono state previste anche alcune "disposizioni- fotografia", che sono destinate ad esaurire i loro effetti nell'ambito delle procedure di amministrazione straordinaria aperte sulle imprese del "Gruppo Alitalia".

In primo luogo deve darsi conto del "salvacondotto" assicurato agli esponenti aziendali di "Alitalia con la affermazione del principio in base al quale "in relazione al quale "*in relazione ai comportamenti, atti e provvedimenti che siano stati posti in essere dal 18 luglio 2007* [data nella quale il possesso si riservò di valutare la prosecuzione della procedura di "privatizzazione"] ... *al fine di*

garantire la continuità aziendale di Alitalia – Linee aeree italiane S.p.A., nonché di Alitalia Servizi S.p.A. e delle società da queste controllate ... la responsabilità per i relativi fatti commessi dagli amministratori, dai componenti del collegio sindacale, dal dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, è posta a carico esclusivamente delle predette società”. Lo stesso “salvacondotto” è stato accordato per la responsabilità amministrativo-contabile dei citati soggetti, dei pubblico dipendenti e dei soggetti comunque titolari di incarichi pubblici. Inoltre è stato escluso che lo svolgimento delle attività descritte nelle società del “Gruppo Alitalia” possa essere ritenuto motivo di insussistenza, nei soggetti interessati, dei requisiti di “professionalità” richiesti per lo svolgimento delle corrispondenti attività in altre società.

Al di là delle evidenti perplessità generate dalla assicurazione della descritta “impunità” ai componenti gli organi di amministrazione e controllo delle società del “Gruppo Alitalia”, è evidente che l’affermazione della sola responsabilità civile delle società stesse comporterà per i danneggiati, in considerazione dell’insolvenza del “Gruppo”, la perdita di ogni possibile speranza risarcitoria.

Diversamente è a dirsi, invece, per i “piccoli azionisti ovvero obbligazionisti” di Alitalia, i quali “sono ammessi ai benefici di cui all’articolo 1, comma 343, della legge 23 dicembre 2005, n. 266”.

La legge richiamata è quella che ha istituito uno speciale “fondo” per le vittime delle frodi finanziarie (collocamento dei *bond* “Argentina” in testa), alimentato dalle disponibilità dei conti bancari cc.dd. “dormienti”, cui la “legge Alitalia” aggiunge i proventi di altri rapporti creditizi e assicurativi “dimenticati” (come gli importi degli assegni circolari non riscossi entro il termine di prescrizione).

L’ammissione dei “piccoli azionisti” e (piccoli?) “obbligazionisti” ai benefici del fondo per le vittime delle frodi finanziarie non va immune da censure, sia per la tutela accordata a soggetti (gli azionisti) che dovrebbero addirittura risultare **postergati** a tutti i creditori sociali; sia per la totale opacità dei tempi, dei modi, e soprattutto delle considerazioni economiche che hanno caratterizzato le singole operazioni di investimento in azioni “Alitalia” (che nell’ultimo periodo di vita della società hanno costituito l’espressione di un evidente e marcato interesse speculativo).

PARTE SECONDA

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA DEI “GRUPPI” DI IMPRESE

SOMMARIO: 1. La “procedura di insolvenza” della grande impresa (d.lgs. n. 270/1999: legge “Prodi-bis”) e “gruppo” di imprese. 2. (*segue*). Responsabilità nei casi di direzione unitaria delle imprese del “gruppo”. La disciplina prevista dall’art. 90 d. lgs. n. 270/1999. 3. (*segue*). La responsabilità per attività di direzione e coordinamento attuata in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, prevista dall’art. 2497 c.c. 4. (*segue*). Le azioni revocatorie fallimentari “aggravate”. 5. (*segue*) Il ruolo del “gruppo di imprese” nella determinazione dei presupposti dell’Amministrazione Straordinaria “speciale”. 6. (*segue*): La legittimazione del commissario straordinario della amministrazione straordinaria “speciale” (d.l. n. 347/2003: “legge Marzano”, o “legge Parmalat”) a richiedere l’ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria di altre imprese del gruppo.

1. La “procedura di insolvenza” della grande impresa (d.lgs. n. 270/1999: legge “Prodi-bis”) e “gruppo” di imprese.

La legge “Prodi-bis” detta una disciplina speciale per l’insolvenza che si produca nei confronti di una impresa facente parte di un “gruppo”, e conseguentemente per la procedura di amministrazione straordinaria c.d. “normale” cui sia assoggettata una impresa facente parte di un “gruppo”.

Ai fini della disciplina in commento è necessario distinguere in via preliminare tra “procedura madre” e altre procedure di insolvenza. La “procedura madre” è, semplicemente, la procedura di insolvenza *ex art.* 3 d.lgs. n. 270/1999 **dichiarata per prima**: mentre non rileva affatto la circostanza che essa sia stata aperta nei confronti della “capogruppo” o di una delle società (“figlie”) inserite nel gruppo.

In secondo luogo è necessario precisare quali siano i “**criteri di collegamento**” in presenza dei quali una determinata impresa (anche individuale) è qualificabile “impresa del gruppo”. Essi sono elencati dall’art. 80 d.lgs. n. 270/1999, che menziona: a) le imprese (“madri”) che controllano direttamente od indirettamente le società sottoposte alla “procedura madre”; b) le società (“figlie”) direttamente od indirettamente controllate dall’impresa sottoposta alla “procedura madre”, o le società (“sorelle”) direttamente od indirettamente controllate dall’impresa che controlla quella sottoposta alla “procedura madre”; c) le imprese che, per la composizione degli organi amministrativi o sulla base di altri concordanti elementi, risultano soggette ad una **direzione comune** a quella dell’impresa sottoposta alla “procedura madre”.

La disciplina speciale della amministrazione straordinaria del “gruppo di imprese” riguarda principalmente tre fenomeni: a) la “*estensione*” dell’amministrazione straordinaria ad imprese (insolventi) che di per sé non presenterebbero i requisiti per esservi assoggettate; b) la “*responsabilità nel caso di direzione unitaria*”; c) le azioni revocatorie “infragruppo” (aggravate).

Quanto al primo fenomeno, occorre anzitutto precisare che per ciò che concerne l’assoggettamento della (prima) impresa del “gruppo” alla (prima) procedura di insolvenza *ex art.* 3 d.lgs. n. 270/1999 (che, come detto, assume la denominazione di “procedura madre”), nulla cambia rispetto ai requisiti soggettivi ed oggettivi di assoggettabilità “individuale” alla

“Prodi-*bis*” – diversamente da ciò che accade, invece, per la disciplina delle procedure concorsuali delle banche (*infra*, Parte Terza) -. Per tale ragione è stato criticato l’orientamento giurisprudenziale favorevole ad attribuire rilevanza al numero “complessivo dei dipendenti” delle varie società del “gruppo”.

Relativamente invece alla estensione dell’amministrazione straordinaria successivamente all’apertura della “procedura madre”, la sussistenza delle “relazioni di gruppo” comporta l’assoggettabilità all’amministrazione straordinaria delle imprese del “gruppo” (beninteso, **se ed in quanto versanti in stato di insolvenza**), oppure la conversione dei fallimenti, che fossero già pendenti, in amministrazione straordinaria, anche in mancanza dei presupposti soggettivi previsti dall’art. 3 d.lgs. n. 279/1999, allorquando: a) sussistano “concrete prospettive di recupero”; oppure b) “quando risulti comunque opportuna la gestione unitaria dell’insolvenza” (la “estensione” o la “conversione non sono pertanto più **automatiche**, come era previsto invece dalla “legge Prodi”).

La “estensione” dell’amministrazione straordinaria alle altre imprese del “gruppo” (**insolventi**) produce principalmente i seguenti effetti (artt. 84 ss.): 1) la conversione dell’amministrazione straordinaria in fallimento, nelle ipotesi di conversione in fallimento e di chiusura della “procedura madre”, qualora per l’impresa interessata non sussistano “concrete prospettive di recupero dell’equilibrio economico delle attività imprenditoriali”; b) la nomina di organi comuni; c) la redazione di “Programmi” conformi agli indirizzi alternativi previsti dall’art. 27, comma 2°, d.lgs. cit., oppure di un programma integrativo di quello approvato per la “procedura madre”; d) la legittimazione del commissario giudiziale, del commissario straordinario e del curatore dell’impresa dichiarata insolvente a proporre la denuncia *ex* art. 2409 c.c. contro gli amministratori ed i sindaci delle società del “gruppo”; e) la promuovibilità della azione di responsabilità per direzione unitaria “abusiva” (*infra*); f) la promuovibilità di azioni revocatorie infragruppo “aggravate” (*infra*).

2. (segue). Responsabilità nei casi di direzione unitaria delle imprese del “gruppo”. La disciplina prevista dall’art. 90 d. lgs. n. 270/1999.

L’art. 90 d.lgs. n. 270/1999 afferma la responsabilità solidale degli amministratori delle società che *hanno abusato* della “direzione unitaria” delle imprese del gruppo, con gli amministratori della società che sia stata dichiarata *insolvente*, per i danni ad essa cagionati *in conseguenza* (dell’osservanza) delle direttive impartite.

La corrispondente previsione della “legge Prodi” (legge 3 aprile 1979, n. 95) era contenuta nell’ultimo comma dell’art. 3: e pur esprimendo un principio sostanzialmente analogo, presentava una disciplina dalla quale il legislatore delegato si è oggi discostato alquanto.

I presupposti essenziali risultano sostanzialmente immutati: trattasi di disciplina circoscritta (per lo meno in diritto positivo) alle attività di coordinamento di imprese appartenenti ad un “gruppo” – per come individuato, rispettivamente, nella legge n. 95/1979, quanto al passato; e nel d.lgs. n. 270/1999, quanto alla disciplina vigente -; e per l’ipotesi nella quale sia stata esercitata una “direzione unitaria”.

Non ricorre una identità assoluta tra le due previsioni normative per la circostanza che la nozione di “gruppo” non risulta perfettamente coincidente, attesa la diversità dei criteri di collegamento fissati dall’art. 80, comma 1°, lett. b), d.lgs. n. 270/1999, rispetto a quelli previsti dall’art. 3, comma 1°, l. n. 95/1979: ciò che determina non solamente un effetto diretto in merito alla individuazione delle fattispecie concrete interessate dalla norma, ma anche un effetto indiretto sulla individuazione del concetto di “direzione unitaria”.

Nel passato tale nozione, prevista come detto nell’art. 3, u. co., l. n. 95/1979, ai fini di affermare la responsabilità solidale degli amministratori delle società “coordinatrici”, doveva confrontarsi con la definizione di “**stessa direzione**”, che rappresentava uno dei criteri di collegamento identificativi del “gruppo”, allorchè risultasse “in base alla composizione dei

rispettivi organi amministrativi” (cfr. art. 3, comma 1°, lett. c), l. n. 95/1979). L’opinione comune propendeva per escludere che la nozione di “direzione unitaria” prevista nell’art. 3, u. co., l. n. 95/1979, coincidesse con la nozione di “stessa direzione”, prevista dal primo comma della medesima norma: essendo quest’ultima ancorata ad una condizione (risultare espressa dalla comunanza, parziale o totale secondo le diverse opinioni, degli organi di amministrazione), che non doveva invece necessariamente caratterizzare la prima.

Oggi il contesto normativo è cambiato, sia perché il criterio di collegamento corrispondente a quello già affermato dall’art. 3, comma 1°, lett. c), l. n. 95/1979, è descritto con l’espressione “direzione *comune*”; sia – e soprattutto – perché ai fini considerati la “direzione *comune*” – erede della originaria “*stessa direzione*” – può risultare bensì, ancora, dalla “composizione degli organi amministrativi”, ma risultare altresì “sulla base di altri concordanti elementi” (cfr. art. 80, comma 1°, lett. b), n. 3, d.lgs., n. 270/1999).

A questi fini, la comunanza – totale o parziale che sia – dei membri degli organi amministrativi *non determina* (più) *di per sé* (se mai lo ha fatto) *una “direzione comune”* tra le imprese interessate, costituendo solamente un possibile indizio - surrogabile peraltro con “altri ... elementi” - di un fenomeno che va comunque accertato in concreto: *essendo perfettamente concepibile che ad una comunanza di organi amministrativi non abbia corrisposto, in concreto, alcuna “direzione comune”, per esempio a motivo della estraneità dei rispettivi settori di attività economica.*

Secondo la disciplina previgente l’affermazione di una responsabilità per direzione unitaria (di imprese facenti parte del “gruppo Prodi”) non poteva essere concepita sempre, ma solamente nell’ipotesi di *assoggettamento ad amministrazione straordinaria* della società “danneggiata”. Analogamente, secondo l’art. 90 d.lgs. n. 277/1999, la responsabilità per (abuso di) direzione unitaria può oggi essere affermata solo con riguardo ai danni cagionati alla società (del “gruppo”) *dichiarata insolvente.*

Ad una analogia concettuale tra vecchia e nuova disciplina corrisponde pertanto una differenza, data dal presupposto caratterizzante la società danneggiata: non più necessariamente assoggettata alla procedura di amministrazione straordinaria, ma anche soltanto dichiarata insolvente.

La disciplina della responsabilità per “direzione unitaria” risulta oggi applicabile, nell’ambito del nuovo “gruppo Prodi”, con riguardo ai danni cagionati a qualsiasi società dichiarata insolvente *ex art. 3 d.lgs. n. 277/1999*, venga o non venga la stessa assoggettata *mai* ad amministrazione straordinaria: dove al caso che l’amministrazione straordinaria, pur seguita alla dichiarazione dello stato di insolvenza, sia stata successivamente “convertita” in fallimento, devono aggiungersi le ipotesi (statisticamente, v’è da temere, non meno frequenti) nelle quali la società dichiarata insolvente venga *direttamente* assoggettata a fallimento, per la mancanza dei presupposti (di “risanamento” o di “ricollocazione”) di cui all’art. 27 d.lgs. n. 270/1999.

L’art. 90 d.lgs. n. 270/1999 è esplicito nel limitare, e insieme nel condizionare, l’affermazione della responsabilità per “direzione unitaria” agli amministratori delle società *che hanno abusato* della stessa: con ciò introducendo un presupposto che nella disciplina previgente era inespresso, ed oggetto di articolate discussioni. Non completamente chiarito rimane invece, probabilmente – come vedremo –, il profilo connesso alla individuazione di *quali* siano, ed *a quale titolo*, gli amministratori della società “coordinatrice”, che possono essere chiamati a rispondere in solido con gli amministratori della società “coordinata”, per i danni alla stessa cagionati “in conseguenza delle direttive impartite”.

La norma pare chiara nel condizionare l’affermazione della responsabilità in discussione alla prova che “direzione unitaria” vi sia bensì stata, ma *con modalità tali da concretizzarne un abuso*: e da ciò si ricava il principio di carattere generale (o affermando che la norma in commento ne postula la pre-esistenza; o argomentando che essa ne impone comunque il riconoscimento), secondo il quale *l’attività di direzione (“unitaria”) e di coordinamento delle società del “gruppo” non è di*

per sé illecita, sin quando non comporti la produzione di un “*danno ingiusto*” alla società controllata.

Quanto all’individuazione dei danni che, essendo stati subiti dalla controllata per effetto della “*direzione unitaria*”, possono essere considerati ricompresi nella responsabilità solidale degli amministratori della controllante – una volta riscontrati i presupposti per la sua affermazione in termini generali -, l’art. 90 d.lgs. n. 270/1999 precisa oggi che gli amministratori della controllante rispondono, in solido con gli amministratori della controllata, dei danni a questa cagionati “*in conseguenza delle direttive impartite*”: e pare logico ricavare da ciò una limitazione della responsabilità in commento a quei soli danni per i quali sia stata dimostrata (da parte di chi la afferma) la sussistenza di un *nesso di causalità* tra direttive impartite (dagli amministratori della controllante); attività poste in essere (dagli amministratori della controllata) in esecuzione di tali direttive; e danno subito dalla società “*coordinata*”.

Meno sicura rimane invece la soluzione del problema della determinazione dei criteri, attraverso i quali individuare **quali** amministratori della controllante siano coinvolgibili nel risarcimento dei danni cagionati alla controllata insolvente per “*abuso*” di “*direzione unitaria*”: se **tutti** gli amministratori della controllante per definizione, oppure in linea di principio solo gli autori di quelle “*direttive impartite*”, alle quali sia stato fatto risalire, in un rapporto di causalità necessaria, il danno subito dalla controllata.

Come nel passato, la norma non è chiara, affermando la responsabilità degli “*amministratori delle società che hanno abusato ...*”, senza chiarire se intenda alludere agli “*amministratori delle società i quali (amministratori) hanno abusato ...*”, oppure invece agli “*amministratori delle società le quali (società) hanno abusato*”: essendo evidente che nella seconda delle due possibili prospettazioni l’affermazione della responsabilità di tutti gli amministratori delle società *le quali* abbiano posto in essere attività illegittime, *sub specie* di abuso della “*direzione unitaria*”, sarebbe più evidente (non potendo agire le società che per il tramite dei propri amministratori).

Perdurando questa situazione di ambiguità lessicale, la risposta alla domanda formulata deve essere demandata, probabilmente, allo scioglimento di un nodo interpretativo di carattere preliminare, costituito dalla individuazione *della natura* della responsabilità affermata dalla norma. Ove si ritenesse di dovere condividere l’opinione secondo la quale la disciplina in commento costituirebbe espressione del principio generale di responsabilità per fatto illecito *ex art. 2043 c.c.*, infatti, sarebbe naturale propendere per l’affermazione della responsabilità dei soli amministratori autori delle direttive impartite alle società controllate.

La disposizione contenuta nell’art. 3, u. co., l. n. 95/1979 aveva poi originato alcuni problemi interpretativi, che la nuova disciplina della responsabilità per “*direzione unitaria*” sembra contribuire ad avviare a soluzione.

La circostanza che la norma richiamata alludesse ai “*casi di società collegate*”, nonché ad una responsabilità degli *amministratori* delle società esercenti la “*direzione unitaria*”, rendeva incerta l’estensione dell’ambito di applicazione della norma stessa all’ipotesi *dell’amministratore unico* della controllante; ed a quella *dell’imprenditore individuale* che avesse esercitata una attività di coordinamento della società assoggettata ad amministrazione straordinaria.

La nuova disciplina, che si riferisce ai casi di direzione unitaria tra “*imprese del gruppo*”, e che dichiara configurabile un rapporto di “*controllo*”, in linea di principio, “*anche con riferimento a soggetti diversi dalle società*” (art. 80, comma 2°) – quindi anche con riferimento all’imprenditore individuale -, contribuisce a confermare le soluzioni positive già raggiunte dagli interpreti della disciplina previgente.

Soluzione analoga a quella che riceveva in passato può essere prospettata per la questione concernente la condizione nella quale deve (o può) versare la impresa controllante, perché i suoi “*amministratori*” possano essere chiamati a rispondere degli effetti pregiudizievoli

dell'abuso di "direzione unitaria". Mentre l'affermazione di tale responsabilità postula la dichiarazione dello stato di insolvenza della società ("coordinata" e) danneggiata, nessuna condizione concerne invece lo stato dell'impresa controllante: onde questa potrà risultare, alternativamente, "*in bonis*"; insolvente; o soggetta anch'essa all'amministrazione straordinaria.

A questo proposito va osservato che non potranno ovviamente riscontrarsi ipotesi di azioni di responsabilità (per "direzione unitaria") cosiddette "incrociate" – come è invece concepibile per la proposizione delle azioni revocatorie, anche "aggravate", ai sensi dell'art. 91 d.lgs. n. 270/1999 –, essendo la relazione di controllo (e comunque di "direzione unitaria") necessariamente unidirezionale. Potranno peraltro darsi ipotesi di azioni di responsabilità "a catena": ed in generale azioni di responsabilità per "direzione unitaria" nei confronti di imprese *a loro volta assoggettate ad amministrazione straordinaria*.

E' ovvia, infine, come aveva finito con esserlo anche nel passato, la prospettabilità di una responsabilità anche degli amministratori della controllante che non facciano parte della "stessa direzione" della società controllata: a non dir d'altro, l'appartenenza agli organi amministrativi (anche) della società danneggiata comporta una responsabilità *diretta* per il pregiudizio arrecato (con l'esecuzione delle direttive ricevute) alla società amministrata, e non già una responsabilità "indiretta" per *estensione* di quella propria degli amministratori della controllata.

La nuova disciplina della responsabilità per il coordinamento delle attività delle imprese del "gruppo" postula l'esercizio di quella stessa "direzione unitaria" che rappresentava il presupposto di applicazione anche della disciplina speciale introdotta dall'art. 3, u. co., l. n. 95/1979. Sotto questo profilo le incertezze interpretative sull'individuazione dei criteri di identificazione del fenomeno dovrebbero riproporsi negli stessi identici termini del passato: ma la conclusione corre il rischio di rivelarsi affrettata.

Va condivisa l'opinione secondo la quale la "direzione unitaria" costituisce un fenomeno meno intenso della "amministrazione di fatto"; e parimenti va condivisa l'esigenza di elementi ulteriori rispetto al semplice riscontro di una relazione di controllo, così come rispetto all'accertamento della comunanza degli amministratori, che avrebbe potuto essere considerata espressiva della "stessa direzione", ma che di per sé non è significativa di una "direzione unitaria" in concreto (né di una "direzione comune" ai sensi e per gli effetti dell'art. 80, comma 1°, lett. c), d.lgs. n. 270/1999).

La "nuova" responsabilità per "direzione unitaria" attribuisce rilievo, peraltro, solo ai danni cagionati alla società "dominata" (insolvente) *in conseguenza delle direttive impartite* abusando dell'esercizio dell'attività di coordinamento: *e ciò finisce con il rendere rilevanti le sole fattispecie nelle quali sia dimostrabile l'esercizio di una attività di direzione unitaria fatta valere per mezzo dell'emanazione di "direttive" alle controllate*.

Tutto ciò rende oggettivamente non configurabile una responsabilità degli amministratori della controllante per *omissione di coordinamento* delle controllate, per lo meno *sub specie* di responsabilità inquadabile nella disciplina dell'art. 90 d.lgs. n. 270/1999.

L'art. 90 non precisa in modo esplicito quali siano la situazione ed il momento nei quali devono sussistere i presupposti di applicabilità della responsabilità per "direzione unitaria".

La norma è rivolta a disciplinare la possibile iniziativa della "società dichiarata insolvente" (o di chi per essa) nei confronti degli amministratori delle "imprese del gruppo" che abbiano abusato della "direzione unitaria": e ciò comporta, in via preliminare, che questo fenomeno di abuso si sia prodotto (né potrebbe essere diversamente) quando le società interessate facevano parte dello stesso "gruppo".

Non pare rilevante che la relazione di gruppo *sia tuttora sussistente*. sia riscontrabile, cioè, *nel momento della proposizione della domanda rivolta a far valere la responsabilità degli amministratori della controllante*. Tale momento, infatti, può seguire di molto l'assoggettamento delle società

danneggiata alla dichiarazione di insolvenza: ma i fatti occorsi nel periodo successivo all'apertura della procedura non rilevano, e d'altro canto sarebbe troppo agevole per la (compagine degli amministratori della) società controllante sfuggire alla responsabilità connessa alla dichiarazione dell'insolvenza della controllata "tiranneggiata", semplicemente dismettendone il controllo prima di subire la citazione in giudizio *ex art. 90 d.lgs. n. 270/1999*. Più difficile è la risposta al quesito se la "relazione di gruppo" debba sussistere ancora nel momento della dichiarazione dell'insolvenza nei confronti della società controllata, che si assuma danneggiata per avere dovuto subire "direttive" produttrici di effetti pregiudizievoli. La disciplina prevista dall'art. 90 d.lgs. n. 270/1999 si applica, "nei casi di direzione unitaria", alle "imprese del gruppo": e per tali si devono intendere, ai sensi dell'art. 88, lett. b), "le imprese ... *che si trovano nei rapporti indicati dall'art. 80, comma, 1, lettera b), con l'impresa dichiarata insolvente*".

Il tenore letterale delle norme rilevanti sembra pertanto postulare la perdurante sussistenza della "relazione di gruppo" con la controllante, al momento della dichiarazione dello stato di insolvenza della controllata: e da ciò si dovrebbe ricavare l'inapplicabilità della norma alle fattispecie nelle quali la società abbia pure subito pregiudizi provocati dall'esecuzione di direttive impartite dalla controllante facendo abuso del proprio potere di "direzione unitaria", *ma sia successivamente uscita (i.e. "fatta uscire") dal gruppo*", e non presenti più alcuna relazione rilevante ai sensi dell'art. 80 d.lgs. n. 270/1999 con l'impresa responsabile dell'abuso, allorché si fa luogo alla dichiarazione di insolvenza della controllata stessa.

La conclusione non appare razionale: ed appare preferibile considerare che la norma sia applicabile anche alle fattispecie nelle quali la relazione di "gruppo", nel contesto della quale si è verificato il comportamento pregiudizievole con abuso della connessa "direzione unitaria", non sia più sussistente all'epoca della dichiarazione dell'insolvenza della società danneggiata.

La legge non affronta e non risolve il problema relativo alla estensione della responsabilità "per direzione unitaria" *alla stessa società controllante*, i cui amministratori hanno impartito direttive alle società controllate, abusando del loro potere.

La soluzione deve forse in via preliminare passare attraverso la distinzione della ipotesi nella quale gli amministratori della controllante rivestano *anche* la carica di amministratori della controllata; dall'ipotesi nella quale tale sovrapposizione non ricorra.

Nel primo caso la responsabilità degli amministratori della controllante non deriva, per effetto dell'art. 90 d.lgs. n. 270/1999, a titolo di *estensione* solidale della responsabilità degli amministratori della controllata. I primi, infatti, in quanto membri anche del consiglio di amministrazione della società "governata", rispondono dei danni cagionati a quest'ultima in via diretta, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2392 cod.civ. In questa prospettiva, una responsabilità della società controllante sembra più facilmente invocabile, avendo agito i suoi amministratori, nell'ambito del consiglio di amministrazione della controllata, come *organi* della "capogruppo", in quanto tali veicolo di responsabilità *diretta* di quest'ultima.

Nella seconda ipotesi, invece, si tratta di stabilire se, qualificato come *illecito* (extracontrattuale) l'operato degli amministratori della "capogruppo" - che pure senza essere membri del consiglio di amministrazione della società controllata abbiano indotto all'inadempimento verso la stessa, per "*mala gestio*" connessa all'esecuzione di direttive pregiudizievoli, i suoi amministratori -, debba la "capogruppo" rispondere di tale illecito, in quanto commesso da suoi "organi" o da suoi "commessi" (cr. art. 2049 cod.civ.).

In termini generali, il problema della responsabilità della società di capitali per gli effetti pregiudizievoli del fatto illecito dei propri amministratori deve probabilmente ricevere soluzione positiva, o sulla base del cosiddetto rapporto di "immedesimazione organica"; o sulla base dell'applicazione estensiva dell'art. 2049 cod.civ.

3. (segue). La responsabilità per attività di direzione e coordinamento attuata in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, prevista dall'art. 2497 c.c.

A seguito della riforma del diritto societario, introdotta dal l. n. 6/2003 ed applicabile a far tempo dal 1° gennaio 2004, *“le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento, azionando nell'interesse patrimoniale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo all'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette. Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo, e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio”*.

La norma nulla precisa, **direttamente**, a proposito dei rapporti nei quali tale nuova disciplina di diritto comune della “responsabilità per direzione e coordinamento” (non corrette) si pone con la disciplina speciale della “responsabilità per direzione unitaria” (abusiva) di cui al ricordato art. 90 d. lgs. n. 270/1999.

Tuttavia l'art. 2497, ultimo comma, c.c. afferma che *“nel caso diamministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata.....dal commissario straordinario*.

Ciò significa che se l'impresa danneggiata da una direzione e coordinamento non conformi ai *“principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale”* è assoggettata alla *“amministrazione straordinaria”* – da intendersi qui come sinonimo della “procedura di insolvenza delle grandi imprese” di cui al d. lgs. n. 270/1999 - , la tutela invocabile dai creditori (e dalla società stessa) per lo “abuso” subito dovrebbe esprimersi nei termini più favorevoli dall'art. 2497 c.c. riformato, assorbendo la disciplina precedentemente disposta dall'art. 90 d.lgs. n. 270/1999.

4. (segue). Le azioni revocatorie fallimentari “aggravate”.

La disciplina delle azioni revocatorie fallimentari “aggravate” propone all'interprete lo stesso interrogativo considerato con riguardo alla disciplina della “estensione” dell'amministrazione straordinaria: a quali imprese possa risultare applicabile la disciplina speciale sull'azione revocatoria fallimentare.

In via preliminare l'applicazione della disciplina in commento postula che una impresa astrattamente soggetta all'amministrazione straordinaria, perché in possesso dei relativi requisiti, *sia stata assoggettata in concreto a tale procedura* (con la dichiarazione dello stato di insolvenza).

Verificatosi questo presupposto preliminare, la disciplina delle azioni revocatorie fallimentari “aggravate” può divenire applicabile nei riguardi di ogni altra società del “gruppo”, a prescindere da qualsiasi altro presupposto che non costituisca – per l'appunto – l'appartenenza al “gruppo” stesso. Il commissario straordinario (od il curatore fallimentare) dell'impresa “dichiarata insolvente” potrà proporre le azioni revocatorie cosiddette “aggravate” nei confronti di ogni altra società del “gruppo”, in qualsiasi direzione – ed anche reagendo, o subendo la reazione, di revocatorie “incrociate” -, sia o non sia essa soggetta alla procedura di amministrazione straordinaria; sia o non sia soggetta alle norme sul fallimento.

Nel dettaglio, la disciplina della cosiddetta revocatoria fallimentare aggravata per gli atti compiuti fra imprese appartenenti al “gruppo” (evidentemente dettata al fine di colpire le eventuali operazioni di “svuotamento” compiute in danno delle società che si fosse deciso di abbandonare al loro destino) comporta l'**allungamento** (da uno a tre anni e da due a cinque anni) del periodo entro il quale i singoli atti revocabili possono essere stati compiuti – né la durata di tali periodi è stata modificata in

corrispondenza di quanto posto in essere, invece, per le azioni revocatorie fallimentari proponibili al di fuori dei rapporti infragruppo d'impresе assoggettate alla "procedura d'insolvenza delle grandi imprese": azioni revocatorie per le quali i "periodi sospetti" (di due anni e di un anno) già previsti dall'art. 67 fall. sono stati **dimezzati** dal d.l. n. 35/2005-. Le fattispecie di revocabilità coincidono peraltro con quelle sottoponibili a revocatoria fallimentare secondo la legge fallimentare "ordinaria".

5. (segue) Il ruolo del "gruppo di imprese" nella determinazione dei presupposti della Amministrazione Straordinaria "speciale".

Meno di un anno dopo il dissesto "Parmalat" si manifestò (o meglio, se ne evidenziò l'irreparabilità) il dissesto del vettore aereo "**VOLAREWEB**".

E' ovvio che anche questo "Gruppo" avrebbe potuto accedere alla Amministrazione straordinaria di cui al d. lgs. n. 270/1999; ed è ugualmente ovvio che il conseguimento di "effetti protettivi" nei confronti di azioni ostili dei creditori avrebbe potuto essere ottenuto con l'immediata presentazione di una domanda di amministrazione controllata – suscettibile di successiva "conversione" nell'Amministrazione straordinaria -.

Il Governo non intese peraltro consentire che la sistemazione della crisi di questo "Gruppo" venisse perseguita mediante il ricorso ad una procedura concorsuale bensì già "speciale", rispetto a quelle di diritto comune - come è l'Amministrazione straordinaria, a cospetto del fallimento -, ma per lo meno ormai istituzionalizzata: ma proseguì per la via già intrapresa per la sistemazione della crisi del "Gruppo Parmalat".

Il Gruppo VOLAREWEB non presentava peraltro i requisiti dimensionali richiesti, né sotto il profilo occupazionale, né sotto quello dell'entità dell'indebitamento: così che il Governo provvide a ridurli, con l'effetto immediato di consentire bensì a VOLAREWEB l'accesso alla procedura della "nuova" Amministrazione straordinaria; ma anche con la conseguenza di spalancare la strada per l'adozione della "via amministrativa" alla sistemazione della crisi d'impresa anche a gruppi industriali di dimensioni tutt'altro che "rilevanti".

Il d.l. 29 novembre 2004, n. 281, convertito nella l. 28 gennaio 2005, n. 6, ha apportato alla disciplina dei requisiti di accesso alla Amministrazione straordinaria "speciale" le seguenti modificazioni:

- a) il livello occupazionale deve essere costituito da almeno **cinquecento** lavoratori subordinati (e non più mille) – sempre compresi quelli ammessi alla C.I.G. -;
- b) il livello di indebitamento deve raggiungere i **trecento** milioni di euro (e non più i mille milioni) – sempre compresi quelli derivanti dalla prestazione di garanzie -;
- c) **i requisiti di cui sopra possono essere presentati o singolarmente, oppure anche "come gruppo di imprese costituito da almeno un anno"**

La circostanza che i requisiti dimensionali (in termini di occupazione e di indebitamento) possano essere presentati anche a livello di "gruppo" industriale è evidentemente quella che suscita maggiori perplessità, sia in "fatto"; sia in "diritto".

In "fatto", la innovazione spiana la via all'accesso alla Amministrazione straordinaria "speciale" anche ad imprese di dimensioni individuali non particolarmente ragguardevoli – tenuto anche conto del dubbio sulla applicabilità della disciplina a *qualsiasi* impresa insolvente di un "gruppo", purchè l'insieme delle imprese che lo compongono raggiunga le dimensioni richieste -.

In "diritto", la norma pone e lascia irrisolti i seguenti problemi: (i) quale sia la nozione di "gruppo" alla quale dovere fare riferimento; (ii) cosa si intenda per gruppo "costituito da almeno un anno", e se il collegamento di "gruppo" debba sussistere per ogni impresa interessata da oltre un anno, oppure se il carattere risalente della "costituzione" del "gruppo" comporti l'applicabilità della disciplina in questione ad ogni impresa che risulti farne parte, anche se da tempo (magari di gran lunga) inferiore; (iii) se le dimensioni "consolidate" oggi

richieste costituiscano un requisito per l'accesso alla procedura di Amministrazione straordinaria "speciale" **per la sola "Capogruppo"** (insolvente), oppure (anche) per qualsiasi società (insolvente) del "gruppo", anche in mancanza della corrispondente richiesta di ammissione alla "Marzano" da parte della "capogruppo"

6. (segue): La legittimazione del commissario straordinario della amministrazione straordinaria "speciale" (d.l. n. 347/2003: "legge Marzano", o "legge Parmalat") a richiedere l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria di altre imprese del gruppo.

Secondo l'art. 3, comma 3°, d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, *"quando ricorrono le condizioni di cui all'articolo 81 del decreto legislativo n. 270/1999"* – che disciplina l'amministrazione straordinaria delle "imprese del gruppo" – il commissario straordinario può chiedere al Ministro delle attività produttive l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria di altre imprese del "gruppo". In tal caso egli deve presentare contestuale ricorso per la dichiarazione dello stato di insolvenza della società o delle società interessate dalla richiesta di "estensione": e la relativa competenza viene "concentrata" presso il tribunale che ha dichiarato l'insolvenza dell'impresa già ammessa alla Amministrazione straordinaria "speciale".

Originariamente il potere di cui sopra doveva essere esercitato entro 60 giorni. Non era chiaro se decorso tale termine il commissario straordinario perdesse tale legittimazione: ma non se ne comprendeva facilmente la ragione! La condizione temporale, infatti, è stata soppressa in sede di conversione.

Tale dubbio costituiva peraltro l'incertezza largamente meno importante tra le molte originate dalla norma: e quelle di maggiore spessore rimangono tuttora irrisolte.

Anzitutto ci si deve domandare a quale tra le possibili nozioni di "gruppo" la disposizione intenda alludere. Dal rinvio generale alle norme di cui al d.lgs. n. 270/1999, contenuto nelle "disposizioni finali" del decreto-legge (art.8), si è autorizzati a congetturare che si tratti della nozione di "gruppo di imprese" delineata dall'art.80 della "legge Prodi-bis". Su questo presupposto, è necessario domandarsi quale sia l'effettiva portata della norma in commento.

Essa allude alla richiesta di ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria (di altre imprese del "gruppo") rivolta *"al Ministro"* (delle attività produttive): dunque non può che riferirsi alla ammissione alla procedura di cui al "legge Marzano", non potendo il Ministro disporre alcunché, nell'ambito dell'amministrazione straordinaria *ex* "legge Prodi-bis", prima della dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza da parte del tribunale (e della conclusione del periodo di "osservazione" che segue alla stessa).

Cio' posto, si pongono due possibili alternative: la prima è che l'iniziativa del commissario straordinario possa riguardare *solamente imprese in possesso dei requisiti di cui all'art. 1 d.l. 23 dicembre 2003, n. 347* (quindi imprese che risultino, nello stesso tempo: (i) "grandissime" – nella versione edulcorata del decreto-legge "VOLAREWEB" –; (ii) in stato di insolvenza; (iii) risanabili attraverso un programma di "ristrutturazione") -. Oppure si può ritenere, viceversa, che l'iniziativa del commissario straordinario possa riguardare anche imprese (appartenenti al "gruppo", ma) prive di uno o più di detti requisiti.

La scelta della prima opzione interpretativa suggerirebbe di attribuire alla norma un ambito di applicazione davvero limitato, ed un carattere sostanzialmente contraddittorio. Per un verso, infatti, l'esigenza che le imprese del "gruppo" potenzialmente interessate all'iniziativa siano (oltre che "grandissime") suscettibili di essere risanate tramite un programma di "ristrutturazione" – e benché versanti in stato di insolvenza –, ne ridurrebbe di per sé di molto il prevedibile numero. Per un altro, occorre osservare che non coincidendo necessariamente l'impresa assoggettata per prima all'amministrazione straordinaria (*ex* "legge Marzano") con la "capogruppo" delle altre imprese insolventi (non sta scritto da alcuna parte); né tanto meno con la "proprietaria" delle stesse (potendo essere, al contrario, la "figlia", o una "sorella"); non si comprende molto perché mentre l'assoggettamento alla procedura della prima potrebbe avvenire – come detto – esclusivamente di sua "libera" iniziativa, l'assoggettamento delle altre imprese del "gruppo", invece, potrebbe essere originato

da una iniziativa esterna (addirittura dalla “ribellione” di una società controllata, che si fosse persuasa a richiedere al Ministro la nomina del “supercommissario” straordinario nei confronti della “Capogruppo”).

Cionondimeno, la scelta della seconda opzione interpretativa ha generato interrogativi molto delicati.

In via preliminare la dottrina ha subito affermato la necessità di porre la pre-condizione che l'impresa del “gruppo” alla quale si richiedesse di *estendere* l'amministrazione straordinaria versasse comunque *in stato di insolvenza*. Benché il decreto-legge non ponesse tale condizione, deponeva in questo senso sia la considerazione legata alla circostanza che neppure la “procedura madre” può essere disposta, se l'impresa interessata non è insolvente; sia la considerazione dell'affermazione dell'identico principio previsto in materia di Amministrazione Straordinaria “normale” (art. 81 d. lgs. n. 270/1999); nonché la considerazione delle previsioni, per certi versi analoghe, dell'assoggettabilità alla liquidazione coatta amministrativa bancaria delle società (pur non bancarie) del “gruppo bancario” (art. 101 d.lgs. n.385/1993); e della “estensione” della liquidazione coatta amministrativa “fiduciaria” alle società (pur non fiduciarie) del “gruppo fiduciario” (art. 2 d.l.5 giugno 1986, n.233, conv. nella legge 1° agosto 1969, n. 430).

Tale conclusione non era peraltro di per se stessa priva di risvolti problematici. Il presupposto rappresentato dallo stato di insolvenza della società del “gruppo”, infatti, *non sarebbe stato sottoposto al vaglio preventivo dell'accertamento dell'autorità giudiziaria*, e non v'è chi non veda come tale profilo poteva presentare aspetti di grande delicatezza. Per le società (non bancarie) del “gruppo bancario”, e le società (non fiduciarie) del “gruppo fiduciario”, la estensione della procedura concorsuale è subordinata al preventivo accertamento *giudiziale* dello stato di insolvenza, sulla base di un procedimento che garantisce all'impresa interessata l'esercizio del diritto di difesa e realizza un minimo di contraddittorio.

Per le imprese “grandissime” ammesse *direttamente* all'Amministrazione straordinaria “speciale” ai sensi della “legge Marzano” non è così: ma l'insolvenza è “confessata” dall'impresa stessa nel momento in cui – unica legittimata a potervi procedere! – richiede la nomina del “supercommissario” e richiede contestualmente al tribunale l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza.

Per le imprese (non necessariamente “grandissime”, e neppure “grandi”) facenti parte del “gruppo” ai sensi dell'art. 80 d.lgs.n.270/1999, invece, l'amministrazione straordinaria avrebbe potuto essere disposta - su iniziativa di un terzo, la società già assoggettata a procedura, in persona del “supercommissario”-, *anche contro la loro volontà*, sulla base dell'affermazione di uno stato di insolvenza, il cui accertamento sarebbe avvenuto, *in sede Ministeriale*, al di fuori di qualsiasi procedimento dotato dell'attitudine a garantire l'esercizio del diritto di difesa, nonché un adeguato contraddittorio. Le osservazioni critiche della dottrina hanno fatto sì che la legge di conversione abbia previsto che la richiesta di estensione della “nuova” Amministrazione Straordinaria ad altre imprese del “gruppo” debba essere accompagnata dalla presentazione di *“contestuale ricorso per la dichiarazione dello stato di insolvenza al tribunale”*.

Cio' precisato in relazione al necessario presupposto dell'accertamento dello stato di insolvenza dell'impresa del “gruppo” destinataria della richiesta di “estensione”, si poneva, in origine, il problema di stabilire se gli altri requisiti posti dall'art. 1 d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 potessero mancare tutti, oppure se per lo meno debba essere postulata la previsione della risanabilità *attraverso il programma di “ristrutturazione”*. Era peraltro da ritenere che una volta optato per l'esclusione della ammissibilità della “estensione” alle sole imprese in possesso dei requisiti per richiedere la nomina del “supercommissario” ai sensi dell'art.1 d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, non vi fossero ragioni per distinguere secondo che mancassero i requisiti “dimensionali” o la attitudine a realizzare un programma di “ristrutturazione”: e cio' anche alla luce del disposto dell'art. 81, comma 2°, d.lgs. n.270/1999, che giustifica l'estensione dell'amministrazione straordinaria alle imprese del “gruppo”(in stato di insolvenza *accertato giudizialmente*) che di per se' non vi sarebbero soggette, anche soltanto nelle ipotesi in cui *“risulti comunque opportuna la*

gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo". Oggi il problema neppure si pone, non rappresentando più un presupposto di ammissione alla procedura la presentazione di un programma "di ristrutturazione" anziché "di cessione".

Tutto ciò induce a sottolineare come alla luce della opzione interpretativa qui considerata l'ambito di applicazione della "nuova" amministrazione straordinaria sia destinato ad estendersi in modo ragguardevole, potendo investire un numero rilevante di imprese (purche' insolventi) caratterizzate dalla presenza di "criteri di collegamento" con la non più "grandissima" impresa ammessa alla procedura introdotta dalla "legge Marzano".

Il tema è reso anche più importante dalla recente precisazione ("legge Alitalia") secondo la quale *"per imprese del gruppo si intendono anche le imprese partecipate che intrattengono, in via sostanzialmente esclusiva, rapporti contrattuali con l'impresa sottoposta alle procedure previste dal presente decreto, per la fornitura di servizi necessari allo svolgimento dell'attività"*. Per la verità non pare fosse necessaria una specifica disposizione di legge per conseguire questo risultato. Se mai è discutibile se questo "criterio di collegamento" sia reso rilevante ai soli fini della "estensione" della procedura, o anche ai fini della "ammissione" ad essa, da parte della impresa che assuma di possedere i necessari requisiti.

PARTE TERZA

LA DISCIPLINA DELLE CRISI DEI GRUPPI BANCARI, FINANZIARI E ASSICURATIVI

Sezione I – La disciplina delle crisi delle banche e dei gruppi bancari

SOMMARIO: 1. I caratteri generali della disciplina delle banche e del gruppo bancario. 2. I “provvedimenti straordinari” nei confronti delle banche. 3. I presupposti oggettivi dell’amministrazione straordinaria “bancaria”. 4. Procedimento, organi della procedura ed effetti dell’amministrazione straordinaria. 5. Cessazione della procedura. 6. I presupposti oggettivi della liquidazione coatta amministrativa “bancaria”. 7. Procedimento, organi della procedura ed effetti. 8. L’accertamento del passivo. 9. La liquidazione dell’attivo. 10. La ripartizione del ricavato. 11. Amministrazione straordinaria e liquidazione coatta amministrativa della “Capogruppo”. 12. La disciplina delle crisi delle società del “gruppo bancario”.

1. I caratteri generali della disciplina delle banche e del gruppo bancario.

Le banche e le società che fanno parte dei “gruppi bancari” sono soggette ad una disciplina delle situazioni di “crisi” di carattere speciale, delineata negli articoli da 70 a 105 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 985 (“Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia” – T.U.L.B.).

In linea di principio le banche sono **sottratte alle procedure concorsuali di diritto comune**: ed in luogo dell’amministrazione controllata, del concordato preventivo e del fallimento si applicano le procedure speciali dalla **amministrazione straordinaria** e della **liquidazione coatta amministrativa “bancarie”**.

Le banche sono peraltro sottratte anche a quel procedimento di diritto comune, invocabile nella fattispecie di situazioni di “crisi” di carattere gestionale, che è rappresentato **dall’ispezione giudiziale** e dall’**amministratore giudiziale** di cui all’art. 2409 cod.civ. In luogo del ricorso al Presidente del Tribunale da parte di una minoranza qualificata dei soci oppure del Pubblico Ministero, per l’adozione dei provvedimenti citati, si prevede che i soci e l’organo di controllo (ma non il P.M.) possano “denunciare i fatti” di gestione censurabili alla **Banca d’Italia**, se essi possono arrecare danno alla banca o ad una società controllata (art. 70, comma 7°, d.lgs.n. 385/1993); e si prevede altresì che l’Autorità di Vigilanza di settore (cioè la stessa Banca d’Italia) possa adottare dei **provvedimenti straordinari** volti a reprimere le irregolarità gestionali rilevate.

Per le società che fanno parte dei “Gruppi bancari”, invece, la situazione è più articolata. Tali imprese, infatti, sono soggette, in linea di principio, “*alle procedure* (di prevenzione o di repressione delle situazioni di crisi) *previste dalle norme di legge ad esse applicabili*”: quindi alle procedure concorsuali di diritto comune, se trattasi di società non bancarie, non assicurative, eccetera. Tuttavia, se la “capogruppo” del Gruppo bancario è sottoposta ad amministrazione controllata od a liquidazione coatta amministrativa, **anche le altre società del “Gruppo” sono soggette a tali procedure di diritto speciale**, ove ne ricorrano i rispettivi presupposti. E v’è di più: se tali società risultino **già** assoggettate a procedure concorsuali di diritto comune (o ad un procedimento di cui all’art. 2409 cod.civ. nell’ambito del quale sia stato nominato un amministratore giudiziario), queste procedure **si convertono** nelle corrispondenti procedure di diritto speciale “bancario”.

2. I “provvedimenti straordinari” nei confronti delle banche.

La disciplina dei “provvedimenti straordinari” nei confronti delle imprese bancarie (che in qualche modo soddisfa esigenze che per le società di diritto comune sono prese in considerazione dall’art. 2409 cod.civ.) è prevista dagli artt. 78 e 79 T.U.L.B.

L’art. 78 riguarda le “banche autorizzate in Italia” (intendendosi per tali le banche italiane e le succursali in Italia di banche extracomunitarie); e prevede che nelle ipotesi ivi previste la Banca d’Italia possa: a) imporre il **divieto di intraprendere nuove operazioni**; b) ordinare la **chiusura di succursali**.

Nei confronti invece delle “banche comunitarie” (quelle aventi sede legale ed amministrazione centrale in uno degli Stati della Comunità Europea, diverso ovviamente dall’Italia), la disciplina nazionale deve tenere conto del principio di diritto comunitario, secondo il quale la Vigilanza sugli intermediari bancari e finanziari comunitari spetta **all’Autorità del Paese di Origine** (“*home country control*”), e non alle autorità nazionali dei Paesi di insediamento. La Banca d’Italia, pertanto, in presenza di “crisi di legalità” (ossia “*violazioni .. delle disposizioni relative alle succursali o alla prestazione di servizi nel territorio della Repubblica*”) può (solo) **ordinare la cessazione delle irregolarità**, dandone comunicazione all’Autorità di Vigilanza del Paese d’origine della banca interessata, e salvo adottare **ulteriori misure** nelle ipotesi di mancanza od inadeguatezza dei provvedimenti dell’Autorità straniera competente, o di attitudine delle irregolarità a “*pregiudicare interessi generali*”. Nei casi di **urgenza** la Banca d’Italia è legittimata ad intervenire per la tutela delle ragioni dei depositanti, dei risparmiatori, dei soggetti ai quali sono prestati i servizi della banca interessata.

3. I presupposti oggettivi dell’amministrazione straordinaria “bancaria”.

La procedura di amministrazione straordinaria può essere disposta in presenza sia di presupposti espressivi di “crisi di legalità”; sia di presupposti espressivi di “crisi economico-patrimoniali-finanziarie” (art. 70 t.u.l.b.)

I presupposti del primo genere sono rappresentati dalle (gravi) “*violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie che regolano l’attività bancaria*”. Si tratta degli stessi presupposti previsti anche per l’adozione di “provvedimenti straordinari”, allorché essi siano caratterizzati dal connotato della **gravità**. Si dovrà pertanto trattare di situazioni nelle quali **non basterebbe “il divieto di intraprendere nuove operazioni”** oppure “**la chiusura di succursali**” a conseguire la cessazione delle illegittimità o delle irregolarità (poiché se tali misure fossero invece giudicate sufficienti, si dovrebbe ricorrere al più calibrato intervento disciplinato dall’art. 78. t.u.l.b.).

Il presupposto espressivo delle situazioni di crisi di carattere economico-patrimoniale-finanziario è invece costituito dalla circostanza che “*siano previste gravi perdite del patrimonio*”.

Anche a proposito del requisito della **gravità** delle previsioni di perdite, il diritto positivo non offre criteri di valutazione per stabilire **quanto consistenti** debbano essere le stesse per essere qualificabili “gravi” al fine di giustificare la disposizione della Amministrazione straordinaria. L’interprete può allora solamente ipotizzare che il presupposto in questione sia da considerare verificato nelle situazioni nelle quali **solo gli effetti conseguenti alla disposizione della Amministrazione straordinaria mostrino l’attitudine allo “assorbimento” delle previsioni di perdita**, senza che tale risultato risulti conseguibile altrimenti, e per via “endogena”.

La legge, infine (art. 70, comma 1°, lett. c), t.u.l.b.) menziona anche un terzo presupposto, individuato nella “*istanza motivata* (degli *organi amministrativi ovvero* (della) *assemblea straordinaria*)” della banca interessata: ma si è propensi a ritenere che tale istanza non costituisca tanto un **presupposto autonomo**, quanto piuttosto l’attribuzione della legittimazione attiva degli organi societari menzionati a **sollecitare la valutazione della situazione da parte delle Autorità di Vigilanza**.

Nello stesso modo è da ritenere che non costituisca un (terzo, o quarto) presupposto di assoggettabilità della banca alla amministrazione Straordinaria la circostanza che l'istituto di credito sia stato "designato" come destinatario di un provvedimento di "**congelamento di fondi**" in applicazione delle modifiche introdotte di recente alla disciplina dettata "*per prevenire, contrastare e reprimere il finanziamento del terrorismo e l'attività dei Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale*" (d. l. 29 dicembre 2008, n. 185, convertito nella legge n. 2 del 28 gennaio 2009).

Benchè il nuovo comma 18-bis dell'art. 12 d. lgs. n. 109/2007 (introdotto dal citato d. l. n. 185/2008) affermi che "*nel caso in cui i soggetti designati [come destinatari di un provvedimento di "congelamento dei fondi"] siano sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia si applicano ... gli articoli 70 e seguenti, 98 e 100 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 ...*", è da ritenere che per la sottoposizione della banca all'amministrazione straordinaria sia pur sempre necessaria la verifica del presupposto della previsione di gravi perdite del patrimonio, oppure della rilevazione di gravi violazioni di disposizioni legislative, amministrative o statutarie (come è probabile che accada, nelle ipotesi in cui siano stati adottati, per l'appunto, provvedimenti di "congelamento dei fondi").

Il d. lgs. 22 giugno 2007, n. 109 ha introdotto nell'ordinamento italiano " *misure per prevenire, contrastare o reprimere il finanziamento del terrorismo e l'attività dei Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale*". È stato istituito all'uopo un "Comitato di sicurezza finanziaria" presso il Ministero dell'Economia e delle finanze, al quale "*l'autorità giudiziaria trasmette... ogni informazione ritenuta utile ai fini del presente decreto*" (art. 3); e che ha il compito di formulare alle competenti autorità internazionali "*proposte di designazione di soggetti o enti*" come destinatari di provvedimenti di "congelamento di fondi" o di "congelamento di risorse economiche". La custodia, la amministrazione e la gestione delle risorse economiche oggetto di "congelamento" sono attribuite all'Agenzia del demanio, con applicazione – come si è detto – degli artt. 70 ss., 98 e 100 T.U.L.B. nelle ipotesi in cui i "soggetti designati" siano banche o comunque soggetti sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia. In questi casi l'amministrazione straordinaria dura per il periodo del "congelamento", e pur rimanendo applicabili talune disposizioni specifiche della disciplina della stessa, è comunque "*esclusa ogni competenza dell'Agenzia del demanio – in favore, evidentemente, della competenza della Banca d'Italia -*".

4. Procedimento, organi della procedura ed effetti dell'amministrazione straordinaria.

Il provvedimento di disposizione dell'amministrazione straordinaria dell'impresa bancaria è adottato dal **Ministero del tesoro**, su proposta della **Banca d'Italia**, la quale provvede poi a nominare **gli organi della procedura**, costituiti da uno o più **commissari straordinari** e da un **comitato di sorveglianza**.

Tali organi si insediano acquisendo "*una situazione dei conti*" della Banca: vale a dire una sintetica situazione patrimoniale, che evidenzia le attività e le passività dell'azienda di credito come risultanti dalle scritture contabili alla data dell'insediamento, al fine di fornire ai Commissari straordinari una prima visione delle condizioni di liquidità immediata e prospettica della Banca.

Ove il bilancio relativo all'esercizio chiuso anteriormente al "commissariamento" non sia stato ancora approvato dall'assemblea sociale, i commissari straordinari "*provvedono al deposito ... di una relazione sulla situazione patrimoniale ed economica, redatta sulla base delle informazioni disponibili*". Proprio per il timore che dette informazioni non siano pienamente attendibili è poi precisato che "*è comunque esclusa ogni distribuzione di utili*", quale che sia il risultato del conto economico di periodo desumibile dalle "informazioni disponibili".

Il decreto del Ministro e la proposta della Banca d'Italia concernenti il "commissariamento" della banca "*sono comunicati dai commissari straordinari agli interessati, che ne facciano richiesta, non prima dell'insediamento*" degli organi straordinari.

Da ciò si ricava inequivocabilmente che la disciplina speciale di settore è sottratta al principio generale, affermato dall'art. 4, comma 3°, T.U.L.B., secondo il quale "... *si applicano* (ai provvedimenti della Banca d'Italia), *in quanto compatibili, le disposizioni della legge 7 agosto 1990, n. 241*" (sulla "trasparenza" dei procedimenti amministrativi). Detta legge, infatti, impone che prima dell'adozione di un provvedimento amministrativo venga data comunicazione **dell'avvio del procedimento** relativo "*ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento è destinato a produrre effetti diretti ...*": cosa che per la disposizione dell'amministrazione straordinaria "bancaria", come detto, non avviene.

Quanto agli **effetti** del decreto di "commissariamento" della banca, occorre distinguere in relazione ai possibili destinatari.

Per ciò che concerne l'esplicazione dell'attività sociale, un primo effetto è costituito dalla **protrazione della chiusura dell'esercizio in corso – ai fini della redazione ed approvazione del bilancio – al termine della procedura di Amministrazione straordinaria.**

Un secondo effetto dell'apertura della procedura, strettamente connesso con quello precedente, è costituito dalla previsione secondo la quale "*l'esercizio cui si riferisce il bilancio redatto dai commissari costituisce un unico periodo di imposta*".

L'operatività "istituzionale" della società bancaria non è in via generale influenzata dalla disposizione dell'amministrazione straordinaria (ed in particolare l'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia non è posta in discussione): ma questa affermazione di principio va corretta con la considerazione **in diritto** che i compiti assegnati ai commissari straordinari non sono equivalenti alle "*funzioni e (i) di amministrazione della banca*" – il cui esercizio pure è attribuito ai commissari (art. 72, comma 1°) -, essendo piuttosto rivolti "*ad accertare la situazione aziendale, a rimuovere le irregolarità e a promuovere le soluzioni utili nell'interesse dei depositanti*". **In fatto**, poi, è da osservare che in linea di massima gli organi straordinari nominati dalla Banca d'Italia si limiteranno a compiere atti di "**gestione ordinaria**", sia per l'insufficiente conoscenza dell'impresa bancaria interessata e – di norma – del mercato o dei mercati nei quali la stessa opera; sia per la prospettiva anche temporalmente limitata delle attività degli organi straordinari stessi.

Relativamente agli effetti sugli organi sociali, il "commissariamento" della banca produce lo **scioglimento** degli organi "*con funzione di amministrazione e di controllo*" (dunque principalmente del **consiglio di amministrazione** e del **collegio sindacale**: ma anche degli altri organi sociali previsti, con le funzioni richiamate, dallo Statuto della banca); e la **sospensione** delle funzioni della **assemblea** (e degli altri organi sociali, diversi da quelli già considerati).

Le funzioni dell'assemblea, in particolare, rimangono "quiescenti" – e talune non potranno mai trovare espressione fin quando pende la procedura, come quelle connesse alla nomina degli organi sociali ed alla approvazione del bilancio -, potendo essere convocato tale organo solamente su iniziativa dei commissari straordinari (previa autorizzazione della Banca d'Italia); e su un "*ordine del giorno ... stabilito in via esclusiva dai commissari e ... non modificabile dall'organo convocato*" (*infra*).

Per quel che concerne gli effetti del "commissariamento" della banca **nei confronti dei soci**, deve essere segnalata l'interessante innovazione, apportata all'art. 72, 1° comma, T.U.L.B., dall'art. 9.23 del d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37 (recante, tra l'altro, modifiche ed integrazioni al t.u.l.b. in connessione con la riforma del diritto societario di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6), in forza della quale "*le disposizioni del codice civile, statutarie o convenzionali relative ai poteri di controllo dei titolari di partecipazioni non si applicano agli atti dei commissari. In caso di impugnazione delle decisioni dei commissari, i soci non possono richiedere al tribunale la sospensione dell'esecuzione delle decisioni dei commissari soggette ad autorizzazione o comunque attuative di provvedimenti della Banca d'Italia*".

Per quel che riguarda gli effetti del "commissariamento" della banca **nei confronti dei terzi**, cioè con riguardo ai **rapporti giuridici** intercorrenti con i terzi (clienti; fornitori; dipendenti; risparmiatori; imprese affidate; eccetera), **nessuna modificazione è in linea di principio provocata**

dall'assoggettamento dell'azienda di credito alla procedura. L'amministrazione e la "gestione" procedono ordinariamente, sia per ciò che riguarda l'instaurazione di nuovi rapporti giuridici, sia per quel che concerne l'esecuzione dei rapporti giuridici pendenti. Con riguardo a questi ultimi, in particolare, **nessun ostacolo si frappone al pagamento di debiti pregressi** (e conseguentemente nessun ostacolo si frapponrebbe all'adozione di iniziative giudiziarie, anche di carattere esecutivo, per l'adempimento coattivo delle obbligazioni cui la banca non desse regolare esecuzione); e **nessun effetto sospensivo od interruttivo colpisce i rapporti bancari in corso.** Il che vuol dire, tradotto in termini di ordinaria operatività bancaria, che i clienti-risparmiatori possono continuare a disporre dei loro depositi, anche con **atti di prelevamento** (che corrispondono alla riduzione od estinzione di debiti della banca anteriori all'apertura della procedura); e che i clienti-affidati possono continuare a disporre delle aperture di credito in essere, **anche con atti di ulteriore utilizzo** (che corrispondono alla concessione di ulteriore credito, da parte della banca in Amministrazione straordinaria, a soggetti terzi).

Tutto ciò porta a concludere che la Amministrazione straordinaria "bancaria" **non è una procedura "concorsuale"** – come sono intese le procedure del fallimento; del concordato preventivo; dell'amministrazione controllata; e della stessa liquidazione coatta amministrativa (anche "bancaria") –, non producendosi gli effetti tipici del divieto di azioni esecutive individuali; del divieto di pagamento di debiti pregressi; eccetera: il che esclude altresì che il rapporto con l'eventuale procedura di l.c.a. successiva possa essere configurato in termini di **"consecuzione di procedure concorsuali"**, con ciò che ne conseguirebbe.

E' peraltro previsto che *"qualora ricorrano circostanze eccezionali"*, e si ponga l'esigenza di *"tutelare gli interessi dei creditor"*, si possa disporre **la sospensione dei pagamenti** (dei debiti in essere al momento dell'apertura della procedura): art. 75 T.U.L.B.

La sospensione può essere disposta, peraltro, per un solo mese (prorogabile al massimo per altri due): e comunque *"non costituisce stato d'insolvenza"* – art. 74, u. co., T.U.L.B. –, cioè non comporta di per sé la disposizione (immediata) della liquidazione coatta amministrativa .

5. Cessazione della procedura.

Come si è detto, le funzioni preliminari degli organi straordinari sono costituite dalla **rimozione delle irregolarità** e dalla **promozione delle soluzioni utili nell'interesse dei depositanti.**

Il primo compito è relativamente semplice; il secondo, invece, è notevolmente più complesso. Si tratta, infatti, di ricostruire quei presupposti, che stanno alla base dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia, ed in particolare la adeguatezza patrimoniale, attuale e prospettica, della società bancaria interessata. *"L'interesse dei depositanti"*, infatti, è tutelato da una parte (ri)creando le condizioni di una adeguata rispondenza patrimoniale della banca, **"in atto"**; e dall'altra creando i presupposti per il mantenimento della ricostruita condizione di **stabilità** anche **in prospettiva.**

Quanto sopra considerato spiega perché certe soluzioni – quali un aumento di capitale della banca –, pur idonee a rimuovere la situazione di "crisi" in atto, potrebbero non essere considerate adeguate dalla Banca d'Italia, laddove non fossero in condizione di garantire un ordinato svolgimento dell'attività bancaria anche successivamente alla cessazione della procedura (come non accadrebbe allorché per ragioni connesse alla concorrenza di altri intermediari, alle inefficienze organizzative della banca, alla insufficiente professionalità del *management*, le previsioni di conto economico per gli esercizi futuri dovessero continuare ad evidenziare delle prevedibili perdite gestionali). Da ciò si ricava altresì la spiegazione della norma che consente ai commissari straordinari la convocazione dell'assemblea della banca perché deliberi su un ordine del giorno **"blindato"**, senza possibilità che l'assemblea, una volta convocata, adotti deliberazioni divergenti rispetto a quelle prospettate dai commissari (che possono essere o approvate o rigettate), innestando controversie sull'attitudine o meno di tali soluzioni a superare la situazione di "crisi".

In linea di principio nulla vieta che, una volta rimosse le irregolarità, i commissari straordinari convochino semplicemente l'assemblea della banca per la nomina del nuovo Consiglio di amministrazione e del nuovo collegio sindacale (magari contestualmente all'approvazione di un aumento di capitale o di altre misure di patrimonializzazione), come presupposto della cessazione della gestione straordinaria. L'esperienza peraltro ha dimostrato che nella maggior parte dei casi l'amministrazione straordinaria della banca conduce ad una profonda modificazione della situazione preesistente, di norma all'insegna di un fenomeno di **concentrazione**: o perché il superamento della crisi è conseguito tramite una operazione di fusione (dove la banca in Amministrazione straordinaria viene **incorporata** in un'altra banca, e si estingue); o perché esso è attuato tramite **la cessione del controllo azionario** ad altro intermediario bancario caratterizzato da maggiore stabilità (ed efficienza). In questo modo le soluzioni delle situazioni di "crisi" delle banche si sono anche inserite in (o si sono prestate a) un più generale disegno di razionalizzazione del mercato creditizio, teso a favorire l'adeguamento patrimoniale ed il tasso di efficienza delle banche italiane.

6. I presupposti oggettivi della liquidazione coatta amministrativa "bancaria".

I presupposti oggettivi della liquidazione coatta amministrativa delle banche sono caratterizzati da una precisa corrispondenza a quelli già disposti per la procedura di amministrazione straordinaria: "*le irregolarità nell'amministrazione o le violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie*", da una parte; e "*le perdite previste*", dall'altra (art. 80 T.U.L.B.): ed anche lo pseudo presupposto della "*istanza motivata degli organi amministrativi*" è puntualmente riprodotto.

L'unica differenza – si insegna, ricavandola dal tenore positivo delle norme di riferimento – è individuabile nella **intensità** della manifestazione di tali presupposti: dovendosi disporre l'amministrazione straordinaria quando essi appaiano "**gravi**"; e la liquidazione coatta amministrativa – invece -, quando gli stessi risultino "**di eccezionale gravità**". La individuazione dei criteri, sulla base dei quali distinguere in concreto i due generi di situazioni rilevanti, non è sempre semplice: e, soprattutto, genera una perplessità di fondo.

La previsione di due "provvedimenti di rigore", con diversa intensità e differenti effetti, in relazione alla gravità della crisi di carattere economico-patrimoniale-finanziario, può essere giustificata: è infatti possibile che, oltre un certo limite, una crisi di questo genere non possa essere fronteggiata con l'amministrazione straordinaria, e richieda l'intervento immediato di una procedura (concorsuale) liquidativa.

Per ciò che concerne invece i presupposti delle situazioni di crisi cc.dd. "di legalità" (irregolarità nell'amministrazione e violazione di disposizioni normative), pare difficile individuare un "certo limite" di gravità della situazione, oltre il quale escludere l'idoneità della procedura di amministrazione straordinaria a provvedere adeguatamente: giacché non si vede quale "crisi di legalità", per quanto grave, non possa essere superata, attraverso le misure (che sono proprie della Amministrazione straordinaria) della sostituzione degli organi di amministrazione e di controllo con organi straordinari nominati dall'Autorità di Vigilanza, e la sospensione delle funzioni degli altri organi sociali (compresa l'assemblea dei soci). E' per tale ragione che la disposizione di una procedura di liquidazione coatta amministrativa, per ragioni non connesse con una situazione di "crisi", in atto o prospettica, (anche) di carattere economico-patrimoniale-finanziario, parrebbe difficilmente giustificabile.

7. Procedimento, organi della procedura ed effetti.

Il procedimento di disposizione della procedura di liquidazione coatta amministrativa è analogo a quella previsto per la procedura di Amministrazione straordinaria: e anche per la l.c.a. l'apertura della procedura è resa nota agli interessati (che ne facciano richiesta) non prima dell'insediamento dei nuovi organi.

Quanto agli **effetti** della disposizione della l.c.a., si assiste ad una sostanziale riproduzione degli effetti tipici della disciplina generale sulle liquidazioni coatte amministrative, e quindi **del fallimento**, con alcune modificazioni dovute a tre principali ragioni:

- 1) l'attenzione all'ipotesi – che invece la disciplina generale delle l.c.a. e quella del fallimento tradizionalmente trascuravano (almeno fino alla recente forma del diritto fallimentare) – che già con il provvedimento di nomina dei nuovi organi venga disposta **la continuazione dell'esercizio dell'impresa bancaria**;
- 2) la considerazione delle particolarità dell'oggetto di una serie di servizi finanziari (**i servizi di investimento**), che è rappresentato da **valori mobiliari “dematerializzati”**, individuati soltanto nel genere ed amministrati per mezzo di registrazioni contabili;
- 3) il rilievo attribuito alla esigenza della conservazione dell'**integrità degli organismi produttivi**, perseguita attraverso la previsione della effettuabilità di operazioni di “cessioni aggregate” delle attività della banca in favore di terzi.

Ciò premesso, possiamo anche in questo caso distinguere gli effetti della l.c.a. “bancaria” in base ai rispettivi destinatari.

Relativamente agli **effetti sulla società**, il primo (e più incisivo) effetto della disposizione della l.c.a. nei confronti di una banca è rappresentato dalla **revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia**. E' poi previsto che nessun bilancio si predisponga e si approvi sino alla fine della procedura (ma il commissario liquidatore deve presentare annualmente alla Banca d'Italia una relazione sulla situazione contabile e patrimoniale); e che la stessa “*costituisce, anche ai fini fiscali, un unico esercizio*” (art. 92, comma 1°);

Relativamente agli effetti sugli organi sociali, è prevista la **cessazione definitiva di tutti** gli organi societari: è prevista una ipotesi eccezionale di “reviviscenza” dell'assemblea per la proposizione del **concordato di liquidazione** (art. 93 T.U.L.B.), che presenta caratteri analoghi al concordato fallimentare.

Relativamente infine agli effetti della l.c.a. bancaria nei riguardi dei **rapporti con i terzi**, ed in generale dei **rapporti giuridici pendenti**, il carattere “concorsuale” della procedura è desumibile da un **generale rinvio alle norme della legge fallimentare** che dispongono gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento sul debitore.

Vanno peraltro segnalate due importanti differenze, costituite:

- 1) la prima, dalla circostanza che detti effetti si producano **non già** al momento della apertura della procedura, bensì a far tempo “*dalla data di insediamento degli organi liquidatori ... e comunque dal terzo giorno successivo alla data di emanazione del provvedimento*” (art. 83 T.U.L.B.): la norma è concepita per consentire una ordinata definizione dei rapporti intercorrenti con gli altri intermediari finanziari nell'ambito dei servizi di pagamento e delle operazioni poste in essere sui mercati regolamentati di valori mobiliari;
- 2) la seconda, dalla circostanza che “*la continuazione dell'esercizio dell'impresa disposta all'atto dell'insediamento degli organi liquidatori ... esclude lo scioglimento di diritto dei rapporti giuridici preesistenti ...*” (art. 90 T.U.L.B.): la norma è evidentemente concepita per favorire la effettiva continuazione dei rapporti giuridici in essere, allorché sia stata autorizzata la continuazione dell'attività d'impresa.

Tra gli effetti del fallimento richiamati per disciplinare la procedura di l.c.a. bancaria non sono compresi, in via di principio, quelli concernenti **l'azione revocatoria fallimentare**; ed i **reati fallimentari**. La ragione di ciò consiste nella circostanza che anche per la l.c.a. “bancaria” è necessario accertare preventivamente, come per le procedure di l.c.a. in generale, se l'impresa versi (anche) oppure non versi **in stato di insolvenza**. L'art. 82 T.U.L.B. disciplina pertanto il procedimento di “*accertamento giudiziale dello stato di insolvenza*”: che ricalca le caratteristiche del corrispondente procedimento delineato dalla disciplina generale delle procedure di liquidazione coatta amministrativa.

8. L'accertamento del passivo.

Come per qualsiasi procedure concorsuale di carattere liquidativo, anche per la l.c.a. bancaria una delle funzioni principali degli organi della procedura è rappresentata dalla verifica delle pretese aventi diritto ad essere soddisfatte con la ripartizione del ricavato dalla liquidazione del patrimonio del debitore.

La articolazione del procedimento è strutturata sulla falsariga della disciplina generale delle liquidazioni coatte amministrative: una prima fase affidata all'iniziativa del commissario liquidatore; una seconda fase dedicata alla costituzione di un simulacro di contraddittorio, provocato dai possibili "reclami" dei creditori insoddisfatti; una terza fase dedicata alle eventuali **opposizioni ed impugnazioni di carattere giudiziale**, da proporsi con ricorso al Presidente del Tribunale del luogo ove la banca ha la sede legale, secondo una disciplina mutuata dalle corrispondenti norme dettate per l'accertamento del passivo nel fallimento (ivi comprese quelle sulla presentabilità di **domande tardive**).

E' da segnalare, in questo contesto, la disciplina speciale delle pretese aventi ad oggetto **gli strumenti finanziari relativi ai servizi di investimento** di cui al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 ("Testo Unico delle disposizioni in materia finanziaria" – T.U.F.).

Trattasi di "valori" (mobiliari) che sono oggetto di transazioni **in regime di "dematerializzazione"**: e che come tali originano pretese non qualificabili alla stregua dei **diritti reali** – che postulano la esistenza fisica del bene interessato e, quando trattasi di beni fungibili individuati soltanto nel genere, la sua specificazione -, bensì alla stregua di **diritti alla restituzione** di determinate quantità di "valori" dello stesso genere di quelli depositati dal cliente, oppure acquistati nel suo interesse nell'ambito dei servizi di amministrazione e di gestione di patrimoni mobiliari.

Superando le molte incertezze che derivavano dall'applicazione a tali fattispecie della disciplina delle domande di "*rivendicazione, restituzione e separazione di cose mobili*" in sede fallimentare, il "Testo Unico" bancario ha previsto che "*ai clienti aventi diritto alle restituzioni dei detti strumenti finanziari*" venga inviata, da parte del commissario liquidatore, una comunicazione (di "riconoscimento") analoga a quella prevista per i titolari di crediti pecuniari (e per i titolari di diritti reali mobiliari); e ha disposto altresì che detti "*clienti ... sono iscritti in apposita e separata sezione dello stato passivo*" (art. 86), in funzione di una soddisfazione attuata separatamente dal soddisfacimento dei titolari di crediti pecuniari (*infra*). Da segnalare che la recente riforma del diritto fallimentare ha esteso le attività funzionali all'accertamento dello stato passivo anche ai "**diritti personali** su beni mobili" del fallito (art. 92 l.fall. novellato).

Va infine ancora segnalato che gli elenchi dei creditori ammessi od esclusi dal passivo sono depositati presso la Banca d'Italia **in versione integrale**; mentre sono depositati presso la Cancelleria del tribunale (del luogo dove la banca ha la sede legale) **limitatamente ai crediti privilegiati**. La **riservatezza** concernente i (provvedimenti adottati nei confronti dei) creditori chirografari (cioè la generalità dei **risparmiatori**) rappresenta un retaggio del **segreto bancario** che ha sempre caratterizzato le operazioni poste in essere con le banche.

9. La liquidazione dell'attivo.

Le attività rivolte alla realizzazione del patrimonio della banca assoggettata a l.c.a. sono caratterizzate dalla possibilità di fare ricorso ad istituti, che il diritto comune – cioè le disposizioni sulla liquidazione dell'attivo in sede fallimentare – non conoscono.

Trattasi delle cosiddette "**cessioni aggregate**", che possono essere costituite:

- a) dalla **cessione della** (intera) **azienda** bancaria;
- b) dalla cessione di (tutte) "*le attività e le passività*" della banca
- c) dalla cessione di **rami d'azienda** (quali ad esempio *singole filiali o succursali* della banca);

d) dalla cessione di “*beni e rapporti giuridici individuabili in blocco*”

Le ultime due fattispecie presentano maggiore interesse, ed insieme maggiore problematicità. Per “**beni e rapporti giuridici individuabili in blocco**” devono intendersi delle categorie di “beni”, o – più probabilmente – di “rapporti giuridici”, caratterizzate da una certa **omogeneità**. Potrebbe trattarsi, ad esempio, di tutti i rapporti giuridici derivanti da contratti di *leasing*, o di mutuo ipotecario; o di credito al consumo, che potrebbero essere opportunamente trasferiti ad intermediari finanziari specializzati nei rispettivi settori. Ciò peraltro postula, in linea di principio, la continuazione dei rapporti stessi nonostante l'intervento della liquidazione coatta bancaria (che di norma ne determina, invece, lo scioglimento o l'interruzione): e non è detto che sia sempre stato possibile (e conveniente) autorizzare la continuazione dell'esercizio dell'impresa.

Per converso, la cessione di **rami d'azienda**, lascia presupporre che il trasferimento in capo al cessionario dei rapporti giuridici facenti capo ad un certo “ramo” dell'impresa bancaria (per esempio, come detto, una filiale dell'azienda di credito) possa riguardare sia i rapporti attivi (crediti verso le imprese affidate), sia i **rapporti passivi** (debiti verso i clienti titolari di rapporti di conto corrente o di deposito presso la filiale interessata): il che prelude a possibili **alterazioni della “par condicio creditorum”**, in tanto in quanto tali clienti finiscano per essere soddisfatti integralmente (dal cessionario del “ramo d'azienda”), diversamente da quel che potrebbe accadere per gli altri clienti, soddisfatti con la ripartizione di quanto ricavato dalla liquidazione del restante patrimonio della banca in l.c.a.

10. La ripartizione del ricavato.

Anche le attività funzionali a ripartire tra i creditori il ricavato dalla liquidazione dell'attivo della banca in l.c.a. sono disciplinate da norme che ricalcano le corrispondenti disposizioni della legge fallimentare.

Spicca peraltro la disciplina riservata ai titolari dei **diritti di restituzione degli strumenti finanziari relativi ai servizi di investimento**. Se risulta rispettata la “**doppia**” **separazione patrimoniale**, alla quale sono tenuti i soggetti abilitati a prestare tali servizi (separazione del patrimonio dell'intermediario – nel nostro caso, la banca in l.c.a. –, rispetto ai patrimoni mobiliari dei clienti custoditi, amministrati o gestiti; e separazione dei singoli patrimoni di pertinenza di ciascun cliente rispetto ai corrispondenti patrimoni mobiliari di ciascun altro), gli interessati verranno soddisfatti integralmente, con la restituzione a ciascuno degli strumenti finanziari di sua pertinenza. Nel caso invece in cui risulti rispettata solo la prima delle due “separazioni” – ovvero nel caso in cui gli strumenti finanziari di pertinenza dei clienti non siano comunque sufficienti a soddisfare le pretese restitutorie di tutti –, “*i commissari procedono, ove possibile, alle restituzioni ... in proporzione dei diritti per i quali ciascuno dei clienti è stato ammesso alla sezione separata dello stato passivo, ovvero alla liquidazione degli strumenti finanziari di pertinenza della clientela e alla ripartizione del ricavato secondo la medesima proporzione*” (art. 91, comma 2°, T.U.L.B.): si attua in tal modo un “concorso” riservato ad una categoria specifica di creditori, su una porzione specifica dell'attivo (o sul ricavato della stessa): con l'avvertenza che trattasi peraltro, nella specie, non di attivo **di pertinenza del patrimonio del debitore** (la banca) come tale costituente la garanzia patrimoniale “generica” per tutti i suoi creditori (art. 2740 cod.civ.), ma di attivo **estraneo** a detto patrimonio, siccome costituito da strumenti finanziari custoditi, od amministrati, o gestiti, nell'interesse di terzi (i “clienti” iscritti nella descritta sezione separata dello stato passivo).

11. Amministrazione straordinaria e liquidazione coatta amministrativa della “Capogruppo”.

Occorre anzitutto premettere che il ruolo di “capogruppo” di un Gruppo bancario può essere rivestito, oltre che da una banca, anche da una **società finanziaria** (non bancaria), in presenza di certi presupposti, delineati dall’art. 61 T.U.L.B.

In relazione a ciò, si assiste dunque ad una prima ipotesi di **sottrazione alla disciplina delle crisi di diritto comune** (cioè al fallimento, all’amministrazione controllata ed al concordato preventivo), alla quale la società finanziaria sarebbe di per sé assoggettata, in favore di una **estensione** anche ad essa della disciplina delle crisi di diritto speciale bancario.

Ciò premesso, i presupposti per l’assoggettamento della “capogruppo” (banca o finanziaria che sia) alle procedure di amministrazione straordinaria o di liquidazione coatta amministrativa “bancaria” possono dividersi in due categorie: presupposti “generali” e presupposti “speciali”.

- A) Sono **presupposti “generali”** quelli stessi che sono previsti per la disposizione della a.s. o della l.c.a. dell’impresa bancaria individualmente considerata.
- B) Sono **presupposti “speciali”**, per l’amministrazione straordinaria le circostanze che: 1) *“risultino gravi inadempienze all’esercizio dell’attività prevista dall’art. 61, comma 4”*, T.U.L.B. (a mente del quale *“la capogruppo, nell’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento, emana disposizioni alle componenti del gruppo per l’esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d’Italia nell’interesse della stabilità del gruppo”*; e 2) *“una delle società del gruppo bancario sia stata sottoposta alla procedura di fallimento, dell’amministrazione controllata, del concordato preventivo, della liquidazione coatta amministrativa, dell’amministrazione straordinaria, ovvero ad altra analoga procedura prevista da leggi speciali, nonché quando sia stato nominato l’amministratore giudiziario secondo le disposizioni del codice civile in materia di denuncia al tribunale di gravi irregolarità, e possa essere alterato in modo grave l’equilibrio finanziario o gestionale del gruppo”* (art. 98 T.U.L.B.). Costituisce invece **presupposto “speciale”** per la disposizione della l.c.a della “capogruppo” la circostanza che: 1) *“le inadempienze nell’esercizio dell’attività prevista dall’art. 61, comma 4, siano di eccezionale gravità”* (art. 99 T.U.L.B.).

12. La disciplina delle crisi delle società del “gruppo bancario”.

In linea di principio le società appartenenti al “gruppo bancario” sono assoggettate ciascuna alla “disciplina delle crisi” sua propria: le banche, quindi ad amministrazione straordinaria o liquidazione coatta amministrativa; le altre società (finanziarie o “strumentali”) al fallimento ed alle altre procedure concorsuali non bancarie.

Le cose mutano, peraltro, nelle ipotesi nelle quali la “capogruppo” (banca o finanziaria che sia) venga assoggettata ad amministrazione straordinaria oppure a liquidazione coatta amministrativa. In tal caso anche le altre società del “gruppo”, pur non esercitando l’attività bancaria, **divengono assoggettabili all’amministrazione straordinaria bancaria** (se ne ricorrono i presupposti tipici); oppure alla **liquidazione coatta amministrativa** (ma solo se *“ne sia stato accertato giudizialmente lo stato di insolvenza”*). Né ciò basta: perché se al momento della disposizione dell’amministrazione straordinaria o della liquidazione coatta amministrativa della “capogruppo” le procedure “di crisi” a carico delle società controllate fossero già pendenti, queste **si convertono**, secondo la rispettiva tipologia, **nell’amministrazione straordinaria** oppure nella **liquidazione coatta amministrativa** di diritto bancario.

Questo fenomeno di “conversione” presenta talora profili alquanto problematici: poiché mentre il passaggio da una procedura concorsuale liquidativa di diritto comune (di norma, il fallimento) alla l.c.a. bancaria non sembra sollevare problemi di rilievo; il passaggio – invece – dalla **amministrazione controllata** di diritto comune alla **amministrazione straordinaria** di diritto bancario produce effetti di grande rilievo, e conseguenze non facilmente padroneggiabili. Con la “conversione” in amministrazione straordinaria, infatti, **vengono meno gli effetti di “cristallizzazione”** propri dell’amministrazione controllata (divieto di azioni esecutive nei confronti del debitore; “moratoria” per tutto il tempo di durata della procedura; inesigibilità dei

crediti pregressi; divieto di acquisizione di cause di prelazione a garanzia di crediti pregressi; eccetera), che per l'amministrazione straordinaria bancaria non sono previsti, e che potrebbero immediatamente provocare la ... "conversione" anche della situazione economico-finanziaria della società interessata da "temporanea difficoltà di adempiere" in "**insolvenza**".

SOMMARIO: 1. La disciplina dei “provvedimenti ingiuntivi”. 2. L’amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa delle imprese di investimento. 3. La disciplina delle crisi delle società fiduciarie e dei “gruppi” fiduciari.

1. La disciplina dei “provvedimenti ingiuntivi”.

Le imprese abilitate alla prestazione di servizi di investimento (S.I.M.; S.I.C.A.V.; eccetera) sono sottratte alla disciplina delle crisi di diritto comune; e sono assoggettate a procedure “di crisi” modellate sulla amministrazione straordinaria e sulla liquidazione coatta amministrativa **delle imprese bancarie**.

Come le stesse banche, anche le imprese di investimento sono soggette a “**provvedimenti straordinari**” di portata inferiore alle “procedure di crisi” (dell’a.s. e della l.c.a.) propriamente dette: in questo campo, tuttavia, le analogie tra le due discipline sono meno marcate, da un canto per effetto della diversa articolazione che i “provvedimenti di rigore” presentano per le due categorie di imprese; e dall’altro per la circostanza che le imprese di investimento **risultano soggette**, a differenza delle banche, **alla procedura di denuncia al tribunale di gravi irregolarità, prevista e disciplinata dall’art. 2409 cod.civ.**

La materia è disciplinata dagli artt. 51 ss. del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (“Testo Unico” delle disposizioni in materia finanziaria – T.U.F.), che in materia di “provvedimento ingiuntivi” prevede:

- (a) **in caso di violazioni delle disposizioni concernenti la prestazione di servizi di investimento**, la legittimazione della Banca d’Italia o della CONSOB (“ciascuna per le materia di propria competenza”) ad ordinare **la cessazione delle irregolarità**; nonché a **vietare di intraprendere nuove operazioni** riguardanti singoli servizi o investimenti, quando le violazioni commesse possono pregiudicare interessi di carattere generale, o “*nei casi di urgenza per la tutela degli interessi degli investitori*” (art. 51);
- (b) **in caso di situazioni di pericolo per i clienti o per i mercati**, quando risultino **gravi irregolarità nell’amministrazione** ovvero **gravi violazioni di disposizioni normative**, la **sospensione** (ad opera del Presidente della CONSOB) **degli organi di amministrazione**, e la nomina di un commissario straordinario, che assume la gestione della società di investimento (per un periodo non superiore a due mesi) – art. 53 -.

2. L’amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa delle imprese di investimento.

Le procedure di amministrazione straordinaria e di liquidazione coatta amministrativa delle imprese abilitate alla prestazione di servizi di investimento è analoga a quella dettata per le corrispondenti procedure **delle banche**. In particolare, **l’amministrazione straordinaria** può essere disposta (dal Ministro del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione Economica – ora Ministero dell’Economia e delle Finanze, Dipartimento del Tesoro -) non solo su proposta della Banca d’Italia, ma anche su proposta della CONSOB; e **la liquidazione coatta amministrativa** presenta, oltre a ciò, la peculiarità di rinunciare al “**segreto finanziario**”, disponendosi che il deposito degli elenchi dei creditori presso la Cancelleria del tribunale competente abbia carattere integrale, comprendendo, pertanto, anche **i creditori chirografari**. Sempre in analogia con quanto previsto per le situazioni di crisi delle banche sono poi disciplinati **i sistemi di indennizzo degli investitori**, l’adesione ai quali rappresenta una condizione necessaria per l’esercizio dei servizi di investimento.

Anche per le imprese abilitate alla prestazione di servizi di investimento è prevista la disposizione dell'Amministrazione straordinaria qualora sussistano risultino "designate" come destinatarie di provvedimenti di "**congelamento dei fondi**".

3. La disciplina delle crisi delle società fiduciarie e dei "gruppi" fiduciari.

In materia di intermediari finanziari **non bancari** non sussistono disposizioni particolari concernenti le situazioni di crisi del "gruppo" di imprese, con l'eccezione delle società fiduciarie.

Per ciò che concerne le **società fiduciarie**, va anzitutto premesso che la disciplina delle relative situazioni di crisi non ha contenuti omogenei rispetto alle diverse figure di società fiduciaria oggi riscontrabili.

L'attuale assetto normativo (art. 214 T.U.F.) porta a pervenire alle seguenti conclusioni: (a) la necessaria distinzione tra fiduciarie "*di amministrazione*" e fiduciarie "*di gestione*" (dove solo le seconde sono abilitate alla prestazione del servizio di gestione di patrimoni); (b) la soggezione delle prime alla procedura di **liquidazione coatta amministrativa** disciplinata dalla legge **n. 430/1986**; (c) la soggezione delle seconde alle procedure di crisi **degli intermediari in strumenti finanziari** in generale, come disciplinate oggi dal d. lgs. n. 58/1998 (essendo pacifico che il richiamo alle "norme del presente decreto", contenuto nell'art. 60, comma 4°, d.lgs. n. 415/1996 ed originariamente riferito alle norme del "decreto Eurosim", va ora inteso come un rinvio alle norme del d.lgs. n. 58/1998).

Nel dettaglio, la disciplina delle crisi delle società fiduciarie "*di amministrazione*" comporta che esse siano assoggettabili ad una procedura di *liquidazione coatta amministrativa*, i cui tratti essenziali caratteristici sono così riassumibili: (a) i presupposti sono costituiti dalla revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività e della dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza; (b) la legittimazione ad adottare il provvedimento è attribuita al Ministro dell'Industria del Commercio e dell'Artigianato; (c) la disciplina generale della procedura è mutuata dalle norme della legge fallimentare sulla liquidazione coatta amministrativa; (d) la procedura di liquidazione coatta è **estesa anche ad altre società**, che non vi sarebbero soggette, se sono state dichiarate insolventi, e se sono collegate alla società fiduciaria da una serie di rapporti, analiticamente descritti (c. d. "gruppo fiduciario"); (e) la società fiduciaria è esposta alla proposizione di **azioni revocatorie** fallimentari "**aggravate**" da parte dei commissari delle (altre) società del "gruppo fiduciario" poste in liquidazione coatta amministrativa; (f) in ipotesi di **direzione unitaria** delle società collegate dai rapporti "rilevanti" ai fini dell'estensione della l.c.a., gli amministratori che hanno esercitato tale direzione unitaria rispondono in solido con gli amministratori delle società poste in l.c.a. dei danni da questi cagionati alle società stesse; (g) le eventuali procedure di fallimento in corso nei confronti delle società fiduciarie subiscono **la conversione** nella procedura di liquidazione coatta amministrativa.

Per ciò che concerne invece il dettaglio della disciplina delle crisi delle società fiduciarie "*di gestione*", è necessario fare riferimento alla disciplina generale delle situazioni di crisi degli intermediari in strumenti finanziari (cfr. art. 199 d. lgs. 24.2.1998, n. 58). Dette società sono pertanto anch'esse assoggettabili (come le società fiduciarie "*di amministrazione*") alla liquidazione coatta amministrativa: ma in base ai *presupposti*; attraverso il *procedimento*; e con gli *effetti* previsti dall'art. 59 T.U.F. Inoltre le fiduciarie "*di gestione*" sono soggette altresì **all'amministrazione straordinaria** (ora disciplinata dall'art. 56 T.U.F.); ed ai "**provvedimenti ingiuntivi**" (ora disciplinati dagli artt. 51 ss. T.U.F.).

Sezione III – La disciplina delle crisi delle imprese di assicurazione e dei gruppi assicurativi

SOMMARIO: 1. I caratteri generali della “disciplina delle crisi” delle imprese di assicurazione. 2. La disciplina delle “misure di salvaguardia” per situazioni di crisi di carattere economico-patrimoniale-finanziario. 3. Le “misure di risanamento” e la “gestione provvisoria”. 4. L’amministrazione straordinaria delle imprese di assicurazione. 5. La liquidazione coatta amministrativa delle imprese di assicurazione. 6. La disciplina delle crisi del “gruppo assicurativo” e delle imprese appartenenti allo stesso. 7. I “sistemi di indennizzo” in campo assicurativo.

1. I caratteri generali della “disciplina della crisi” delle imprese di assicurazioni

Il decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, ha approvato un testo normativo organico che si propone di costituire il “Codice delle Assicurazioni”, e così è effettivamente definito dai pratici.

Esso rappresenta una sorta di “Testo Unico” delle imprese e delle attività di assicurazione: non, peraltro, nel senso riduttivo di costituire soltanto la raccolta e la riorganizzazione delle disposizioni normative già dettate in materia, giacchè – al contrario – introduce molte e molto importanti disposizioni totalmente innovative.

Ciò accade, in particolare, per la “disciplina delle crisi” delle imprese operanti nel settore della prestazione dei servizi assicurativi, che viene completamente rivista e, nell’occasione, portata ad un apprezzabile livello di articolazione e di organicità.

Si tratta peraltro di una disciplina che in larga parte si rivela tributaria della corrispondente “disciplina delle crisi” **delle banche e dei gruppi bancari**: per cui sovente sarà possibile, ed opportuno, fare rinvio alle corrispondenti norme già commentate al proposito.

Anche le imprese di assicurazione sono interessate dalle norme speciali dettate per l’ipotesi in cui esse siano state “designate” come destinatarie di provvedimenti di **“congelamento dei fondi”**, in quanto le recenti modifiche al d. lgs. n. 109/2007 (dettante misure di prevenzione del finanziamento del terrorismo), che prevedono l’apertura dell’amministrazione straordinaria per i soggetti “designati” che risultino sottoposti alla vigilanza della Banca d’Italia, precisano che tale disciplina *“si applica anche agli intermediari sottoposti alla vigilanza di altra autorità, secondo la rispettiva disciplina di settore”*.

2. La disciplina delle “misure di salvaguardia” per situazioni di crisi di carattere economico-patrimoniale-finanziario

In presenza di situazioni di crisi di carattere economico-patrimoniale-finanziario attinenti alle caratteristiche specifiche delle imprese di assicurazione e delle attività di prestazione dei servizi assicurativi (violazione delle norme sulle “riserve tecniche” o sulle attività “a copertura” delle stesse; violazione delle norme sul “margine di solvibilità” o sulla “quota di garanzia” relativa) l’autorità di vigilanza di settore (l’ISVAP) può adottare una serie di “misure di salvaguardia” (art. 221-228 d.lgs. n. 209/2005), costituite principalmente da:

- a) divieto di compiere atti di disposizione sul patrimonio;
- b) nomina di un commissario “*ad acta*” per l’eliminazione delle violazioni precisate;
- c) divieto di assunzione di nuovi affari;

- d) disposizione di vincolo sugli “attivi” iscritti nel registro speciale concernente la “copertura” delle riserve tecniche;
- e) obbligo di presentazione di un “piano di risanamento”, o – secondo i casi – di un “piano di finanziamento a breve termine”, atto a riequilibrare la situazione di difficoltà di volta in volta ipotizzata.

3. Le “misure di risanamento” e la “gestione provvisoria”.

L'ISVAP può nominare un Commissario *ad acta* anche nelle ipotesi in cui a carico dell'impresa di assicurazione si siano registrate “*gravi inosservanze delle disposizioni di legge e dei relativi provvedimenti d'attuazione*” (art. 229); inoltre, con disposizioni che riecheggia il corrispondente istituto disciplinato (per le banche) dall'art. 76 del “testo unico” bancario (d.lgs. n. 385/1993), l'ISVAP può altresì disporre che quando ricorrono i presupposti per l'assoggettamento dell'impresa di assicurazione alla procedura di amministrazione straordinaria (*infra*), ma “**concorrano ragioni di assoluta urgenza**”, la gestione dell'impresa sia affidata provvisoriamente (per un periodo non superiore a due mesi) ad uno o più commissari, che nel caso – prevedibile – di successivo scioglimento degli organi di amministrazione e controllo della Compagnia Assicuratrice assumono (eventualmente fino alla loro sostituzione) le attribuzioni dei commissari straordinari (*infra*).

4. L'amministrazione straordinaria delle imprese di assicurazione

Ricalcando la disciplina disposta per la corrispondente procedura adottabile nei confronti delle imprese bancarie (proposta dell'Autorità di Vigilanza – qui, l'ISVAP –; provvedimento dell'autorità governativa – qui, il Ministro delle Autorità Produttive -), e sulla base dei medesimi presupposti oggettivi (“*gravi irregolarità nell'amministrazione, ovvero gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie che regolano l'attività dell'impresa*”; nonché previsione di “*gravi perdite patrimoniali*”), anche le imprese di assicurazione possono essere assoggettate ad amministrazione straordinaria (art. 231 ss.), **con esclusione dell'assoggettabilità alla procedura di concordato preventivo**, nonché dell'applicabilità della **disciplina prevista dall'art. 2409 c.c.** – sostituita, come per le banche, dalla previsione della denunciabilità all'ISVAP delle “*gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno all'impresa ovvero ad una o più società controllate*”, su iniziativa dell'organo di controllo o dei soci che sarebbero abilitati ad avvalersi del citato art. 2409 c.c. in base alla legge ordinaria (art. 238) -.

La disciplina degli organi della procedura e dei relativi poteri, e degli effetti sui soci, sui rapporti giuridici preesistenti e sui terzi, è ricalcata fedelmente sulla corrispondente disciplina dell'amministrazione straordinaria delle imprese bancarie.

5. La liquidazione coatta amministrativa delle imprese di assicurazione.

Con lo stesso procedimento e sulla base degli stessi presupposti previsti per l'assoggettamento alla procedura di l.c.a. **delle banche**, l'ISVAP può proporre, ed il Ministro delle Attività Produttive può disporre, la l.c.a. delle imprese assicurative, in una con la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività, **con esclusione dell'applicabilità di altre procedure concorsuali**.

La procedura è fedelmente modellata sulla disciplina della l.c.a. delle banche, anche per ciò che concerne il rapporto tra emanazione del provvedimento di disposizione della l.c.a. ed **accertamento dello stato di insolvenza** (che anche per le imprese d'assicurazione è attribuito alla competenza del tribunale, e può avvenire o antecedentemente o successivamente all'apertura della l.c.a.), nonché gli effetti conseguenti allo stesso – tra i quali, in particolare, la esercitabilità delle azioni revocatorie fallimentari -.

Si segnalano, come peculiarità della procedura della l.c.a. delle Compagnie assicurative rispetto alla l.c.a. delle banche:

- a) il disinteresse - tanto da non prevederla proprio - per l'ipotesi di **esercizio provvisorio dell'impresa**, limitata alla previsione che l'ISVAP possa autorizzare i Commissari liquidatori, "qualora sia necessario od opportuno ai fini della liquidazione", a proseguire **"operazioni specificatamente individuate"**;
- b) la previsione secondo la quale lo stato di insolvenza "si manifesta", oltre che nelle ipotesi previste dall' art. 5 l.fall., anche "*nella situazione di notevole, evidente e non transitoria insufficienza delle attività patrimoniali necessarie per fare fronte agli impegni relativi ai crediti d'assicurazione o di riassicurazione*";
- c) l'esplicito assoggettamento alla speciale disciplina della l.c.a. delle Compagnie assicurative delle cc.dd. "assicurazioni **di fatto**" - ciò non autorizzate alla prestazione di servizi assicurativi - (art. 265), di fronte al silenzio, a tale proposito, del "testo unico" bancario, che ha generato un orientamento giurisprudenziale tendenzialmente propenso a ritenere che la "banca di fatto" sia soggetta alle procedure concorsuali di diritto comune (*in primis*, il fallimento).

6. La disciplina delle crisi del "gruppo assicurativo" e delle imprese appartenenti allo stesso.

Anche la disciplina delle situazioni di crisi che possono investire un "Gruppo assicurativo", o singole componenti dello stesso, è modellata alquanto fedelmente sulla corrispondente disciplina delle crisi del "gruppo bancario", e ciò per quanto concerne:

- a) i presupposti **aggiuntivi** di assoggettabilità ad amministrazione straordinaria od a liquidazione coatta amministrativa della impresa di assicurazione "Capogruppo" (che può essere costituita o da una impresa di assicurazione o riassicurazione che controlla altre imprese assicuratrici o società strumentali; oppure da una "impresa di partecipazione assicurativa", definita come "la società il cui unico e principale oggetto consiste nell'assunzione di partecipazioni di controllo" in imprese di assicurazione);
- b) l'assoggettabilità delle imprese del "gruppo" alle procedure di crisi "proprie" - cioè previste dalla disciplina che rispettivamente riguarda ciascuna di esse -, se la "Capogruppo" non è sottoposta ad amministrazione straordinaria od a liquidazione coatta amministrativa;
- c) l'assoggettabilità delle imprese del "gruppo", anche diverse dalle Compagnie assicuratrici, alle procedure di amministrazione straordinaria e di liquidazione coatta amministrativa speciali (anche per **conversione** delle procedure ordinarie eventualmente pendenti), se la "Capogruppo" si trova in (o viene successivamente assoggettata a) amministrazione straordinaria o liquidazione coatta amministrativa;
- d) coordinamento tra le diverse procedure disposte nei confronti di una pluralità di imprese facenti parte del "gruppo assicurativo".

Viene peraltro esplicitamente prevista per il "gruppo assicurativo" l'applicabilità della disciplina delle revocatorie fallimentari cc.dd. "**aggravate**" nei confronti degli atti di disposizione "infragruppo", che possono essere assoggettati a revocatoria, se compiuti, rispettivamente, nei **cinque anni** o nei **tre anni** anteriori al provvedimento di disposizione della l.c.a., secondo che siano inquadrabili nelle disposizioni di cui ai nn. 1, 2) e 3) dell'art. 67, comma 1°, l.fall., oppure nel n. 4) e nel secondo comma della stessa norma (art. 176 d.lgs. n. 209/2005).

7. I "sistemi di indennizzo" in campo assicurativo.

Similmente a quanto è disposto per gli utenti di servizi bancari e dei servizi relativi alle società autorizzate alla prestazione di servizi di investimento, anche per coloro che fruiscono di (taluni) servizi assicurativi è previsto l'intervento di "sistemi di indennizzo", in caso di insolvenza dell'intermediario (assicurativo), con particolare riguardo: a) al risarcimento dei danni derivanti dalla circolazione dei

veicoli a motore e dei natanti (per i quali vige un regime di assicurazione obbligatoria); b) al risarcimento dei danni derivanti dall'esercizio dell'attività venatoria (pure soggetti ad assicurazione obbligatoria)