



CONSIGLIO NAZIONALE
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI

FONDAZIONE
ARISTEIA

ISTITUTO DI RICERCA
DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI



DOCUMENTI ARISTEIA

documento n. 53

*La legge Marzano: disciplina della
ristrutturazione industriale delle
imprese insolventi di rilevanti
dimensioni*

gennaio 2006

**LA LEGGE MARZANO:
DISCIPLINA DELLA
RISTRUTTURAZIONE INDUSTRIALE
DELLE IMPRESE INSOLVENTI DI
RILEVANTI DIMENSIONI**

LA LEGGE MARZANO: DISCIPLINA DELLA RISTRUTTURAZIONE INDUSTRIALE DELLE IMPRESE
INSOLVENTI DI RILEVANTI DIMENSIONI

SOMMARIO: 1. Evoluzione storica: La legge Prodi e la Prodi *bis*; 2. La legge Marzano. I motivi della nuova procedura; 3. L'istanza di ammissione; 4. Le fasi di apertura del procedimento; 5. Il ruolo del tribunale e la declaratoria dello stato di insolvenza; 6. Il programma di ristrutturazione economica e finanziaria; 7. Le azioni revocatorie; 8. Accertamento dello stato passivo, liquidazione e riparto; 9. Il concordato.

1. EVOLUZIONE STORICA: LA LEGGE PRODI E LA PRODI *BIS*

Sul finire degli anni settanta, il sistema industriale italiano si era arrestato e cominciavano a verificarsi i primi fallimenti di importanti industrie nazionali. Per fronteggiare la crisi economica, il Governo italiano, nel presupposto che l'intervento dello Stato nell'economia privata fosse un possibile strumento di soluzione dei dissesti delle imprese, decise di introdurre nel nostro ordinamento una nuova procedura amministrativa. Dapprima fu varato il c.d. decreto Donat Cattin n. 602/1978, mai convertito in legge, il quale prevedeva una procedura concorsuale unitaria per i gruppi d'impresa, anche non insolventi, successivamente venne emanato il decreto legge 30 gennaio 1979, n. 26 poi convertito nella legge 3 aprile 1979, n. 95, meglio conosciuta come legge Prodi.

Tale legge, intitolata "*Provvedimenti urgenti per l'amministrazione delle grandi imprese in crisi*", ha avuto l'importante merito di dettare per la prima volta una disciplina organica del gruppo insolvente, introducendo nell'ordinamento concorsuale il principio secondo il quale va attribuita priorità al risanamento, piuttosto che al concorso e alla *par condicio* dei creditori.

Nel periodo di vigenza di questa disciplina, più di 200 società in crisi hanno evitato il fallimento. Il dettato normativo, in sintesi, consentiva all'impresa accertata giudizialmente insolvente - con, tra le altre caratteristiche, almeno 300 dipendenti ed un'esposizione debitoria superiore a cinque volte il capitale versato ed esistente secondo l'ultimo bilancio approvato nonché a venti miliardi di lire, di cui almeno uno per finanziamenti agevolati - di accedere ad una procedura di carattere amministrativo, in cui la gestione veniva affidata ad uno o a più commissari nominati dal Ministro dell'Industria.

La dottrina, tuttavia, sin dall'inizio, ha fortemente criticato la legge Prodi, dando seguito ad incessanti dispute sulla natura giuridica, sulle finalità e sulla disciplina dell'amministrazione straordinaria. Il principale oggetto di critica era il criterio selettivo che consentiva l'accesso alla procedura amministrativa, ritenuto

troppo arbitrario in quanto legato esclusivamente alle dimensioni dell'impresa e non all'effettiva possibilità di risanamento della stessa.

Venivano, infatti, ammessi alla procedura amministrativa gruppi gravemente dissestati, con la conseguenza che il pregiudizio più grave era sopportato dai creditori pregressi all'insolvenza, i quali, non solo dovevano attendere la fine della procedura per soddisfare i propri crediti, ma vedevano ulteriormente depressa l'effettiva realizzazione di questi, rispetto alle attese, in ragione degli ingenti debiti prevedibili connessi alle spese della procedura.

Ulteriori critiche sono state mosse dalla dottrina all'indeterminatezza del tipo di risanamento da perseguire, alla lungaggine dei piani di risanamento e agli eccessivi poteri conferiti alla pubblica amministrazione.

Tuttavia, i motivi che spinsero il legislatore ad abrogare la legge n. 95/1979, non derivarono dalle critiche, per quanto aspre, della dottrina, bensì dalle censure nel contempo avanzate dalle Autorità Comunitarie, che ravvisavano nella disciplina dell'amministrazione straordinaria, gravi e numerose violazioni dell'art. 92 del trattato CE, in quanto lesive del divieto di concessione alle imprese di aiuti di Stato idonei ad alterare le regole della concorrenza. La Commissione CE informava, inoltre, che gli aiuti di Stato finalizzati al risanamento dell'impresa potevano essere concessi solo dietro autorizzazione della commissione stessa. Le raccomandazioni degli organismi comunitari vennero disattese e per tale motivo fu avviata una procedura d'infrazione nei confronti del Governo italiano, il quale, per timore di incorrere in una condanna in sede comunitaria, si trovò nella condizione di dover presentare alle Camere un disegno di legge delega per l'abrogazione della legge n. 95/79.

Con decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, venne, quindi, emanata la nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza comunemente definita *Prodi bis*. Il decreto legislativo dettava una disciplina più flessibile rispetto alla legge Prodi del 1979 e conteneva numerose ed interessanti innovazioni.

Una delle più rilevanti riguardava l'introduzione del c.d. "sistema del doppio binario", il quale prevedeva che l'apertura dell'amministrazione straordinaria si articolasse in due fasi, entrambe dominate dall'autorità giudiziaria. Nella prima fase, il tribunale, dopo aver accertato l'esistenza dei presupposti generali e dei requisiti occupazionali e patrimoniali per l'ammissione alla procedura, emetteva sentenza dichiarativa dello stato d'insolvenza; nella seconda fase, invece, il medesimo tribunale - tenuto conto della relazione di un commissario di nomina ministeriale (contenente la situazione particolareggiata e motivata circa l'esistenza delle condizioni per l'ammissione alla procedura) nonché del parere del Ministro dell'Industria, dell'imprenditore, dei creditori e di ogni altro interessato - accertava l'esistenza di concrete prospettive di risanamento economico dell'impresa e con decreto motivato consentiva l'accesso alla speciale procedura amministrativa, ovvero, in caso contrario, il fallimento della stessa.

Ulteriori elementi di novità si ravvisavano nelle disposizioni che prevedevano:

- l'estensione degli effetti della sentenza di insolvenza e dell'amministrazione straordinaria ai soci illimitatamente responsabili;

- la selettività dell'ingresso alla procedura, riservata esclusivamente alle imprese economicamente risanabili;
- la rigorosa definizione dei criteri e del contenuto dei programmi di risanamento e la notevole riduzione dei tempi di esecuzione di esso;
- l'estensione dell'azione di responsabilità per abuso di direzione unitaria e dell'azione revocatoria aggravata alla grande impresa dichiarata fallita;
- l'improponibilità dell'azione revocatoria durante il corso di ristrutturazione; la disciplina dei contratti in corso;
- la tutela più intensa dei creditori pregressi, ottenuta sia tramite la riduzione del periodo di durata dell'esecuzione del programma di risanamento, sia mediante l'attribuzione al tribunale del potere di disporre la procedura e di poterla convertire in fallimento, nonché del potere di decidere sulle impugnazioni degli atti di liquidazione.

Tra le novità appena enunciate, tuttavia, la legge 270/1999 presentava anche aspetti alquanto discutibili.

Le dispute dottrinarie questa volta si sono maggiormente concentrate sui requisiti soggettivi richiesti per accedere alla procedura.

In merito al primo requisito, (che richiedeva all'impresa che volesse accedere alla procedura un numero di dipendenti non inferiore a 200 da almeno un anno), la dottrina ha rilevato che tale previsione, non solo era in contrasto con la bozza di legge delega che richiedeva almeno 500 dipendenti, ma contrastava anche con gli orientamenti comunitari, che qualificavano l'impresa con 200 dipendenti di medie, e non rilevanti, dimensioni.

In realtà, appare evidente che la scelta del legislatore di abbassare il parametro occupazionale, sia stata dettata proprio dall'intenzione di consentire anche alla media impresa l'accesso alla procedura straordinaria. In tal modo, però, il criterio di selettività è stato compromesso e reso operante esclusivamente con il presupposto della risanabilità economica.

In merito al secondo requisito soggettivo (secondo il quale l'impresa doveva aver maturato debiti per un ammontare complessivo non inferiore a due terzi tanto del totale dell'attivo dello stato patrimoniale che dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio), la dottrina si è soffermata avanzando forti perplessità e dibattendo su problemi interpretativi riguardo sia al soggetto cui va imputato l'indebitamento sia allo strumento probatorio da utilizzare per dimostrare l'entità dei debiti.

In ogni modo, sebbene alcuni aspetti della normativa fossero suscettibili di rivisitazione, la procedura nel suo complesso era considerata adeguata a sostenere la gestione dei gruppi industriali dissestati. Improvvisamente, invero, con il verificarsi della crisi del gruppo Parmalat, il governo ha ritenuto, di emanare con urgenza un nuovo decreto legge, c.d. decreto Marzano, con la finalità di disporre di uno strumento più efficace per contrastare la nuova situazione di crisi.

2. LA LEGGE MARZANO. I MOTIVI DELLA NUOVA PROCEDURA

Come sopra accennato, alla fine dell'anno 2003 una profonda crisi finanziaria ed industriale ha colpito il gruppo Agroalimentare Parmalat, uno dei più rilevanti gruppi industriali del Paese, presente in modo significativo anche a livello internazionale.

Il Gruppo Parmalat possedeva tutti i requisiti necessari per essere ammesso alla procedura di amministrazione straordinaria prevista dal d.lgs. 270/1999, ma l'Esecutivo, ha, invece, preferito intervenire emanando il nuovo decreto legge 23 dicembre 2003 n. 347, che ha, appunto, previsto misure urgenti per la ristrutturazione industriale delle grandi imprese in crisi.

Il suddetto d.l. 347/2003, è stato poi convertito e notevolmente modificato con la legge 18 febbraio 2004, n. 39 (legge Marzano).

A sua volta, tale legge ha subito un susseguirsi di modifiche ed integrazioni, tanto che a soli 45 giorni dalla sua emanazione è stata corretta e modificata dal decreto legge 3 maggio 2004, n. 119, poi convertito nella legge 5 luglio 2004 n. 166.

Infine, le ultime modifiche alla disciplina della ristrutturazione delle grandi imprese in stato di insolvenza, sono state introdotte dal decreto legge 29 novembre 2004, n. 281, poi convertito nella vigente legge 5 gennaio 2005, n. 6

I motivi che hanno indotto il Governo ad intervenire con una nuova procedura sono illustrati nella relazione allo stesso d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, la quale riferisce dell'intendimento di perseguire i seguenti obiettivi: garantire l'efficace ristrutturazione della grandissima impresa in stato di insolvenza, e del gruppo nel quale essa è inserita; perseguire, unitamente alla garanzia dei creditori, l'obiettivo di conservare l'avviamento e la posizione di mercato dell'impresa, assicurando la ristrutturazione del passivo e l'eventuale dimissione delle sole attività non strategiche o non coerenti con l'oggetto dell'attività principale dell'impresa.

A tal proposito la relazione sostiene che gli obiettivi suesposti non sono perseguibili con l'amministrazione straordinaria prevista dalla legge Prodi *bis*, in quanto:

- le fasi di apertura della procedura sono eccessivamente complesse;
- la procedura avrebbe una caratterizzazione prevalentemente liquidatoria;
- la fase preliminare di osservazione, da parte dell'autorità giudiziaria, creerebbe uno stato di incertezza sull'avvio dell'Amministrazione Straordinaria.

La Relazione riferisce, infine, che in conformità a queste affermazioni, si è quindi reso necessario, per la continuazione dell'impresa di grande dimensioni in crisi, un provvedimento immediato, fermo restando che per le medie imprese rimane applicabile la procedura d'Amministrazione Straordinaria prevista dalla legge Prodi *bis*.

Tuttavia, è necessario sottolineare come la dottrina prevalente si sia già pronunciata ritenendo pretestuose le suesposte finalità, che dovrebbero giustificare quest'ultima procedura.

La dottrina ha, inoltre, evidenziato come la nuova normativa limiti i poteri dell'autorità giudiziaria, ampliando al contempo quelli del Ministro delle attività produttive, attribuendogli la facoltà di disporre della procedura, senza alcuna necessità di una preventiva verifica della possibilità di recupero dell'equilibrio economico dell'impresa; sul punto, pur riconoscendo non particolarmente rilevante la circostanza che la decisione in merito alla soluzione del dissesto di un'impresa sia assunta dalla Pubblica Amministrazione piuttosto che dal Giudice, la dottrina sostiene che determinate decisioni che incidono sui diritti soggettivi dei cittadini non dovrebbero essere discrezionalmente affidate alle decisioni degli organi politici.

Infine, è utile riferire, che alcuni autori, hanno sostenuto che potrebbero delinarsi delle incompatibilità, rilevabili anche d'ufficio secondo la stessa giurisprudenza di legittimità, della legge Marzano con la disciplina comunitaria in tema di concorrenza ed in particolare con il cosiddetto divieto di aiuti di Stato. A tal proposito si rammenta, che una delle ragioni che indusse il Legislatore ad innovare la legge Prodi del 1979, fu proprio l'affermata incompatibilità di alcune disposizioni in essa contenute con i suddetti principi comunitari.

3. L'ISTANZA DI AMMISSIONE

L'ultima versione della procedura in commento, chiarisce che le imprese che possono accedere all'amministrazione straordinaria sono quelle soggette alle disposizioni sul fallimento con esclusione delle imprese assoggettabili alla liquidazione coatta amministrativa.

Un aspetto singolare della legge Marzano riguarda i soggetti legittimati alla proposizione dell'istanza d'ammissione alla procedura.

A differenza, infatti, delle leggi Prodi e Prodi *bis*, che attribuivano la legittimazione a proporre il ricorso per la dichiarazione dello stato d'insolvenza all'imprenditore, ad uno o più creditori, al pubblico ministero o allo stesso tribunale o la dichiarazione dello stato d'insolvenza d'ufficio, nella disposizione in commento tale legittimazione è riservata esclusivamente all'imprenditore. La scelta operata dal legislatore sembrerebbe dettata dall'intenzione di equiparare l'amministrazione straordinaria alle procedure regolate dalla legge fallimentare, ossia al concordato preventivo, al concordato fallimentare ovvero all'amministrazione controllata, procedure in cui la richiesta di ammissione è riservata, appunto, al solo imprenditore.

Per quanto riguarda, invece, le condizioni di accesso alla procedura, ricordiamo che le leggi Prodi e Prodi *bis*, richiedevano la sussistenza di due requisiti, uno dimensionale, ossia che l'impresa avesse un determinato numero di dipendenti, l'altro patrimoniale, rappresentato dalla entità della esposizione debitoria; inoltre, la legge Prodi *bis* richiedeva, ai sensi dell' art. 27, che le imprese, pur se insolventi, presentassero concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali.

La legge Marzano 18 febbraio 2004, n. 39, nella sua prima versione, richiedeva anch'essa la sussistenza dei due requisiti, mutando però i rispettivi parametri. Riguardo al requisito dimensionale era stata alzata la soglia dei dipendenti assunti da almeno un anno da 200 a 1.000, mentre riguardo a quello patrimoniale,

l'ammontare minimo dell'esposizione debitoria era stato quantificato in almeno un miliardo di Euro, compresi i debiti derivanti da garanzie rilasciate. Non era stata, invece, ripetuta la prescrizione prevista dall'art. 27 della Prodi *bis*, riguardante la sussistenza delle concrete possibilità di recupero dell'impresa.

L'attuale legge Marzano, modificata e corretta con la legge 5 gennaio 2005, n. 6, ha, operato ulteriori modifiche.

Il requisito dimensionale è stato dimezzato, portando a 500 il numero dei dipendenti, computo che deve avvenire avendo riguardo ai lavoratori subordinati compresi quelli ammessi alla cassa integrazione guadagni da almeno un anno e relativamente all'intero gruppo di imprese.

La modifica del parametro dimensionale, tuttavia, non è stata accolta con favore dalla dottrina prevalente, la quale sostiene che il restringimento del numero dei dipendenti, anche alla luce della circostanza che riferito all'intero gruppo, potrebbe causare un ingente numero di richieste di ammissione alla procedura, promosse anche da realtà imprenditoriali prive di una effettiva rilevanza socio-economica.

Quanto al requisito patrimoniale, il legislatore ha ridotto l'esposizione debitoria a trecento milioni di Euro.

La dottrina auspicava, invero, che una soglia quantitativa ancora inferiore, poiché un'esposizione debitoria così rilevante potrebbe indurre l'impresa interessata ad aumentare la massa passiva, specie nella fase immediatamente precedente alla presentazione della domanda di ammissione alla procedura.

La dottrina ha, altresì, rilevato, che il dato normativo che consente alle obbligazioni derivanti da garanzie rilasciate, di contribuire a formare l'esposizione debitoria, appare privo di consistenza economica e potrebbe essere utile solo a raggiungere nominalmente la soglia di indebitamento richiesta.

Non è stato inserito, invece, nella vigente lettera della legge Marzano, alcun riferimento al requisito previsto dalla legge Prodi *bis*, *ex art. 27*, inerente il fatto che le imprese vantino concrete prospettive di recupero.

4. LE FASI DI APERTURA DEL PROCEDIMENTO

Ai sensi dell'art. 2 della legge 39/2004, l'imprenditore in crisi, ricorrendo le condizioni sopra elencate e presentando contestuale ricorso per la dichiarazione d'insolvenza, può chiedere, con un'istanza motivata e corredata da adeguata documentazione, al Ministro delle attività produttive, l'ammissione alla procedura straordinaria.

L'imprenditore stesso, deve, inoltre, proporre un piano di risanamento, secondo la prospettiva della ristrutturazione economico-finanziaria.

Il Ministro delle attività produttive, sulla base delle motivazioni che hanno indotto l'imprenditore ad avanzare richiesta di ammissione alla procedura, e delle documentazioni allegate, dopo aver valutato la sussistenza dei requisiti di legge, dispone con decreto l'ammissione immediata all'amministrazione straordinaria e nomina il commissario straordinario.

Il provvedimento dell'autorità amministrativa comporta lo spossessamento del debitore dalla gestione dell'impresa (*rectius*, del gruppo) e dall'amministrazione dei beni, e l'attribuzione delle stesse al

commissario straordinario; esso inoltre determina il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive anche speciali, l'inefficacia degli atti e dei pagamenti effettuati dopo l'inizio della procedura, introduce l'esercizio delle formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi e stabilisce l'esclusione dalla procedura di determinati beni del debitore, prevede la corresponsione degli alimenti al debitore e alla sua famiglia, sancendo, infine, che nelle controversie, anche in corso, relative ai rapporti di diritto patrimoniale dell'impresa stia in giudizio il commissario straordinario.

Il decreto del Ministro deve essere comunicato immediatamente al tribunale competente, che provvede alla dichiarazione dello stato d'insolvenza.

Dalla lettura della norma in esame si evince che le due fasi di apertura dell'amministrazione straordinaria introdotte dalla Prodi *bis*, quella di dichiarazione dello stato d'insolvenza e quella (eventuale) di apertura dalla procedura, sono state mantenute dall'attuale legge Marzano, pur se invertite nell'ordine cronologico di attuazione.

La previsione, inoltre, che la fase di apertura del procedimento sia stata sottratta alla competenza dell'autorità giudiziaria per essere attribuita al Ministro delle attività produttive ha determinato l'eliminazione della figura del commissario giudiziale, che nella Prodi *bis* veniva nominato dal tribunale unitamente alla dichiarazione dello stato di insolvenza e che era poi sostituito dal commissario straordinario in occasione della eventuale apertura del procedimento.

Nella vigente normativa, invece, con il decreto di apertura del procedimento emesso dal Ministro delle attività produttive viene nominato esclusivamente il commissario ministeriale, il quale rimane in carica per tutto il corso della procedura, con gli stessi poteri che la legge 270/99 aveva affidato al commissario giudiziale.

È evidente, che il legislatore, intervenendo con le suddette modifiche abbia voluto spostare l'equilibrio dei rapporti tra giurisdizione e amministrazione, favorendo l'iniziativa amministrativa. La dottrina, tuttavia, avanza a tutt'oggi forti perplessità sulla legittimità di un decreto del Ministro dal quale derivano forti limitazioni ai diritti soggettivi dei terzi e dei creditori.

5. IL RUOLO DEL TRIBUNALE E LA DECLARATORIA DELLO STATO DI INSOLVENZA

Nella Legge Marzano, come sopra accennato, il ruolo del tribunale, è stato notevolmente ridimensionato, l'autorità giudiziaria, infatti, non domina più l'apertura dell'amministrazione straordinaria, non adotta neppure i provvedimenti necessari per la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa che, con la pronuncia del decreto amministrativo di ammissione, sono affidati al commissario straordinario.

L'autorità giudiziaria interviene esclusivamente nella seconda fase della procedura, in occasione della la dichiarazione dello stato di insolvenza, che viene pronunciata con sentenza entro il (breve) termine di quindici giorni, tra l'altro aumentato rispetto a quanto previsto dalla legge 166/04, che ne prevedeva solo cinque, dalla comunicazione del decreto del Ministro che ha dichiarato l'apertura della procedura.

Con la sentenza dichiarativa dello stato d'insolvenza, che a causa delle modifiche introdotte dalla legge di conversione n. 39/2004, ha un valore meramente dichiarativo e non accertativo, il tribunale nomina il giudice delegato per la procedura, assegna ai creditori ed ai terzi, che vantano diritti reali mobiliari sui beni in possesso dell'imprenditore, un termine non inferiore a novanta giorni e non superiore a centoventi giorni dalla data d'affissione della sentenza, per la presentazione in cancelleria delle domande, stabilisce il luogo il giorno e l'ora dell'adunanza in cui, nel termine di trenta giorni dalla data indicata, si procederà all'esame dello stato passivo davanti al giudice delegato.

Dopo la dichiarazione dello stato di insolvenza, il tribunale ha il potere di intervenire, ulteriormente, nell'eventuale ipotesi che il Ministro rifiuti l'approvazione del programma di ristrutturazione e nel caso non sia possibile adottare il programma di cessione di complessi aziendali di cui all'art. 27, com. 2 lett. a) del decreto legislativo n. 270/99.

In quest'eventualità, che può verificarsi anche dopo molto tempo dall'apertura del procedimento, tenuto conto che il termine previsto per la redazione del programma è addirittura di sei mesi prorogabili di altri tre, il tribunale, su richiesta del commissario straordinario, dispone la conversione della procedura di amministrazione straordinaria in fallimento.

Una limitata attività del tribunale, permane, infine, relativamente al reclamo contro i provvedimenti del giudice delegato all'approvazione del concordato, alle fasi controverse di accertamento del passivo ed all'esercizio delle azioni revocatorie.

È opportuno riferire, anche in questa sede, che la dottrina non condivide quanto stabilito dal legislatore riguardo al fatto che l'apertura del procedimento avvenga sulla base di un decreto del Ministro e della successiva declaratoria dello stato di insolvenza da parte del tribunale a conferma di quanto deciso dall'autorità amministrativa. Oltre alle forti perplessità sulla legittimità del decreto ministeriale, è stato opportunamente sostenuto che l'anticipazione della fase amministrativa non consente di accelerare l'avvio della procedura, ma semmai rischia di appesantire le fasi processuali che divengono dispendiose ed, a volte, prive di una effettiva utilità.

6. IL PROGRAMMA DI RISTRUTTURAZIONE ECONOMICA E FINANZIARIA

Con la pronuncia del decreto di ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria, cominciano a decorrere i termini, centottanta giorni prorogabili di ulteriori centoventi giorni, entro i quali il commissario straordinario deve presentare al Ministro delle attività produttive il programma di ristrutturazione economica dell'impresa in crisi.

A differenza della Legge Prodi, che prevedeva, all'art. 27, due modi alternativi per ottenere il recupero dell'equilibrio economico dell'impresa insolvente, rappresentati dal programma di cessione dei complessi aziendali, ovvero dal programma di ristrutturazione, la Legge Marzano ha eliminato ogni riferimento

all'alternativa della dismissione, prevedendo che il programma può essere destinato esclusivamente alla ristrutturazione.

Ne consegue che, se il programma rassegnato identificasse come unica possibile soluzione la cessione dei complessi aziendali, potrebbe essere attivata solo la procedura dell'amministrazione straordinaria per le medie imprese, disciplinata dal decreto 270/99.

L'unico caso in cui, in base alla Legge Marzano, è possibile ricorrere alla cessione dei complessi aziendali, è rappresentato dalla circostanza che il programma di ristrutturazione non venga approvato. I termini per la presentazione del programma di cessione, che non erano previsti nella prima versione della Legge Marzano n. 39/04, sono stati introdotti dalla successiva Legge 166/04, la quale stabilisce che il commissario straordinario può presentare il programma entro sessanta giorni decorrenti dalla data di mancata autorizzazione del programma di ristrutturazione.

Dalla lettura delle norme in esame, è evidente che il legislatore ha inteso salvaguardare strenuamente l'integrità dei complessi aziendali, privilegiando la conservazione dell'impresa insolvente.

La verifica della compatibilità del programma con l'obiettivo della ristrutturazione e la valutazione sulla sua attuabilità sono demandate al Ministro, cui è affidato il compito di autorizzare l'esecuzione del programma con decreto. Dalla natura di atto amministrativo di detto decreto, deriva la conseguenza della sua impugnabilità dinanzi al T.A.R., così come accade, peraltro, anche per il decreto di apertura del procedimento.

Nell'ipotesi in cui il Ministro non autorizzi l'esecuzione del piano e non sia neppure possibile la cessione dei complessi aziendali, il tribunale, su richiesta del commissario straordinario, dispone la conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento con decreto impugnabile dinanzi alla corte d'appello.

La conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento, va altresì disposta quando, essendo stato autorizzato il programma di ristrutturazione, l'imprenditore non sia riuscito a onorare, alla scadenza indicata, le obbligazioni assunte con il programma.

7. LE AZIONI REVOCATORIE

Il d.lgs. 270/99 escludeva espressamente l'esperibilità delle azioni revocatorie nel caso di approvazione del programma di ristrutturazione, salvo il caso in cui fosse autorizzata la cessione dei complessi aziendali. La conversione della procedura in fallimento, dava, ovviamente luogo, all'applicazione delle ordinarie disposizioni in merito alle azioni revocatorie disciplinate dalla legge fallimentare.

La legge Marzano, tuttavia, ha preferito disciplinare l'istituto delle azioni revocatorie in maniera del tutto antitetica rispetto la Prodi *bis*; infatti, a norma dell'art. 6, attribuisce al commissario straordinario il potere di proporre le azioni revocatorie previste dagli artt. 49 e 91 del d.Lgs. 270/99, anche nel caso di approvazione del programma di ristrutturazione, al fine del raggiungimento del programma stesso e a condizione che ciò costituisca un vantaggio per i creditori. Le azioni esercitate dal commissario straordinario sino alla

pubblicazione della sentenza di approvazione del concordato, possono, altresì, essere trasferite all'assuntore. I termini di tali azioni si computano a decorrere dalla pronuncia dal decreto di ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria e tale previsione è applicabile ai casi di conversione della procedura in fallimento.

Questa scelta legislativa non è stata condivisa da gran parte della dottrina, la quale ha osservato che il legislatore, legittimando l'esperibilità dell'azione revocatoria anche nell'ipotesi di esecuzione del programma di ristrutturazione, ha scardinato il dogma secondo il quale il risultato utile dell'azione revocatoria non può andare mai a beneficio dell'imprenditore. La norma, pertanto, sembra legittimare l'imprenditore (delle imprese oggetto di ristrutturazione che in esecuzione del programma non si estinguono né vengono trasferite a terzi) a beneficiare dell'inefficacia di atti che lui stesso ha posto in essere anche in frode ai creditori.

Gravi perplessità sono state anche avanzate sulla costituzionalità della disposizione. È stato opportunamente osservato che le due procedure di amministrazione straordinaria, quella prevista dalla legge Prodi *bis*, e quella prevista dalla legge Marzano, prevedono, pur in presenza di situazioni omogenee, una diversità di trattamento dei creditori e dei terzi, i quali solamente nella procedura delle grandissime imprese in crisi vengono esposti al rischio delle azioni revocatorie. Questa diversità di trattamento, pertanto, potrebbe violare il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della costituzione.

La dottrina ha, infine, sottolineato che la disparità di trattamento a favore delle grandissime imprese in crisi potrebbe fare emergere nuovi problemi di compatibilità con le norme comunitarie in tema di concorrenza ed in particolare con il cosiddetto divieto di aiuti di Stato.

8. L'ACCERTAMENTO DELLO STATO PASSIVO LIQUIDAZIONE E RIPARTO

Per una più chiara comprensione della disciplina sull'accertamento dello stato passivo, è utile rammentare che il sistema delle procedure concorsuali prevede due contrapposti modelli procedimentali. L'uno giurisdizionale, applicato alla disciplina del fallimento, e l'altro amministrativo, applicato alle altre procedure concorsuali, ossia al concordato preventivo, all'amministrazione controllata e alla liquidazione coatta amministrativa, sia pure limitatamente all'accertamento dello stato passivo.

Il decreto legge 347/03, nella sua prima stesura, adottava, tuttavia, un modello procedimentale anomalo, in cui lo stato del passivo era formato in parte in base a un accertamento giudiziale e in parte in forza di un accertamento amministrativo. Poiché un siffatto procedimento ha determinato plurimi interventi dei giudici di legittimità, la novellata legge Marzano, in sede di conversione del decreto legge n. 347 del 2003, ha introdotto l'art. 4-*ter*, il quale prevede che l'accertamento dello stato passivo debba essere improntato a criteri di massima celerità e speditezza e debba essere disciplinato dall'art. 53 del d.lgs. 270/99. Quest'ultima norma rinvia, a sua volta, al procedimento di verifica previsto di cui agli artt. 93 e seguenti della legge fallimentare.

Pertanto, in base a questa disposizione, l'accertamento dello stato passivo nell'amministrazione straordinaria delle grandissime imprese in crisi, si svolge innanzi al giudice delegato, secondo le regole proprie del procedimento giurisdizionale.

Tuttavia, il giudice delegato, nella formazione dello stato passivo è sempre coadiuvato dall'amministratore straordinario.

A norma dell'art. 4-*ter*, co. 2, della legge Marzano, nel caso in cui sia stata autorizzata la presentazione di un concordato, si applicano, anche in caso di mancata autorizzazione, le disposizioni previste all'art. 4-*bis*, le quali prevedono che contestualmente alla proposta di concordato deve essere pubblicato il decreto del giudice delegato con cui viene fissato il termine entro il quale i creditori ed ogni altro interessato possono presentare le proprie osservazioni riguardo all'elenco dei crediti e delle cause di prelazione predisposto dal commissario straordinario. La disposizione, prevede, inoltre, che qualora non figurassero nell'elenco suddetto, i creditori possono presentare ulteriori domande di ammissione.

Gli elenchi di tutti i crediti ammessi, anche con riserva, e di quelli esclusi, sono depositati presso la cancelleria del tribunale e sono dichiarati esecutivi dal giudice delegato. I creditori ammessi con riserva e quelli esclusi possono fare opposizione ai sensi degli artt. 98 e seguenti della legge fallimentare, e i creditori ammessi possono impugnare le ammissioni di altri creditori ai sensi dell'art. 100 del medesimo Regio Decreto.

La proponibilità di domande di insinuazione tardiva di credito dovrebbe essere possibile, stante l'ampio rinvio dell'art. 53 alla disciplina dettata dagli artt. 93 e seguenti della legge fallimentare.

Per quanto concerne, infine, la liquidazione dell'attivo, l'art. 5 co. 1 della legge n. 39/04, prevede che il Ministro, dopo la dichiarazione dello stato di insolvenza, può autorizzare operazioni di cessione dei complessi aziendali richieste dal commissario straordinario, purché siano finalizzate alla ristrutturazione del gruppo o dell'impresa. Ma come già riferito (cfr. par.6), la liquidazione dei beni nel corso della procedura può essere predisposta solamente qualora venga negata dal Ministro l'autorizzazione al programma di ristrutturazione e sia ancora possibile il programma di cessione dei beni.

9. IL CONCORDATO

Il concordato è uno strumento negoziale, fra il debitore e i creditori, previsto da tutte le procedure concorsuali.

Nella procedura fallimentare ha la funzione di prevenire o impedire il fallimento dell'imprenditore che si trovi in stato di insolvenza, nelle procedure della liquidazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa, ha la funzione di far cessare o di convertire le procedure.

L'istituto del concordato è presente, altresì, nelle procedure dell'amministrazione straordinaria. Lo si ritrova, infatti, nella legge Prodi *bis*, che, ai sensi dell'art. 74 *sub c*, compatibilmente con il suo fine conservativo, è presente come modo di chiusura della procedura.

Tale istituto non è invece contemplato nella versione originaria del d.l. 347/03. Tuttavia, la legge di conversione n. 39/2004 ha dedicato al concordato dell'amministrazione straordinaria delle grandissime imprese in crisi, una cospicua parte del suo articolato e, successivamente, sia il decreto correttivo ed integrativo del 3 maggio 2004, sia la legge di conversione del 5 luglio 2004 n. 166, hanno introdotto rilevanti novità. Allo stato attuale il concordato della legge Marzano, risulta particolarmente interessante, in quanto recepisce soluzioni innovative che sia parte della dottrina che il progetto di riforma della legge fallimentare, avevano prospettato.

Una delle prime novità riguarda la proposta di concordato prevista dalla legge Marzano che, rispetto alla proposta di concordato prevista dalla legge 270/99, non può essere presentata dall'imprenditore o da un terzo, ma solo dallo stesso commissario straordinario. La previsione è finalizzata ad accelerare le soluzioni proponibili per la composizione dell'insolvenza e, allo stesso tempo, per la celere soddisfazione dei creditori. Alcuni esponenti della dottrina sostengono, però, che tale previsione comporterà inevitabili situazioni di incompatibilità, che potrebbero verificarsi nel momento in cui il commissario straordinario si troverà a dover rappresentare posizioni conflittuali dello stesso imprenditore, dei creditori e dei terzi.

L'innovazione più rilevante è, invece, contenuta nell'art. 4-*bis*, il quale, dopo aver stabilito al comma 1 che nel programma di ristrutturazione presentato al Ministro può essere prevista la soddisfazione dei creditori attraverso il concordato, prevede la possibilità che la proposta di concordato possa contenere la suddivisione dei crediti in classi e che la suddivisione debba essere effettuata secondo la posizione giuridica e secondo interessi economici omogenei, con possibilità di costituzione di autonome classi per i piccoli creditori e per i possessori di obbligazioni emesse o garantite dalla società in amministrazione straordinaria. Tale previsione, sebbene rappresenti una soluzione lungamente auspicata in sede di dibattito sulle riforme delle procedure concorsuali, è stata oggetto di critica per la sua formulazione troppo ampia. È stato sostenuto che il legislatore, sebbene lo lasci intuire, non riesca a spiegare come possano o debbano essere identificate le diverse classi dei creditori. A tal fine, la precisazione che le classi debbano essere formate in base ad interessi economici omogenei non è stata ritenuta sufficiente a dare una spiegazione esaustiva.

A norma dell'art 4-*bis*, co. 3 della legge 39/04, la suddivisione dei creditori in classi doveva essere autorizzata dal Ministro, previa valutazione della correttezza dei criteri di formazione utilizzati, ma l'intervento della legge 166/04, ha soppresso questa autorizzazione *ad hoc*, mantenendo esclusivamente l'approvazione del Ministro al programma di ristrutturazione nel suo complesso.

Il concordato, oltre alla suddivisione in classi, può prevedere:

- il trattamento differenziato dei creditori appartenenti ad ogni classe;
- la ristrutturazione dei debiti e dei crediti mediante il ricorso a qualsiasi modalità tecnica o giuridica ed anche mediante accollo, fusione o altra operazione societaria;
- l'attribuzione ai creditori o ad alcune categorie di essi, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, obbligazioni anche convertibili o altri strumenti finanziari e titoli di debito, della società sottoposta alla procedura.

L'ultima previsione in commento valorizza l'istituto della *conversione del capitale di debito in capitale di rischio* molto ricorrente nei piani di ristrutturazione delle imprese in crisi di carattere stragiudiziale.

Un'ulteriore novità prevede la possibilità di trasferire ad un assuntore, sia le attività delle imprese interessate sia le azioni revocatorie promosse dall'amministratore straordinario.

Riguardo alla figura dell'assuntore, la legge 166/04 ha stabilito che possono assumere tale ruolo, non solo i creditori o società da questi partecipate, ma addirittura società costituite dallo stesso commissario straordinario, "le cui azioni siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato".

La proposta di concordato può essere unica per più società del gruppo sottoposte all'amministrazione straordinaria, l'unico presupposto necessario è che rimangano distinte le rispettive masse attive e passive. Ogni singola società, a seconda delle condizioni economiche in cui si trova, può, tuttavia, conseguire all'interno della stessa classe di creditori trattamenti differenziati.

La proposta di concordato deve essere depositata presso la cancelleria del tribunale e debitamente pubblicizzata. Il giudice delegato fissa il termine entro il quale il debitore insolvente, i creditori ed ogni altro interessato possono depositare documenti e memorie contenenti le proprie osservazioni sull'elenco dei creditori, e, nel caso non risultassero nell'elenco, presentare istanza per l'ammissione dei loro crediti. Nei successivi sessanta giorni dal termine fissato, il giudice delegato, con l'ausilio dell'amministratore straordinario, provvede alle opportune integrazioni e modifiche dell'elenco dei creditori e indica le cause di prelazione eventualmente attribuite a ciascun credito. Gli elenchi così predisposti vengono nuovamente depositati in cancelleria e dichiarati esecutivi con decreto del giudice delegato. Il commissario straordinario provvede, quindi, alle debite pubblicazioni e comunica agli interessati, tramite lettera raccomandata con avviso di ricevimento, sia l'avvenuto deposito degli elenchi dei creditori, sia il provvedimento con cui il giudice delegato stabilisce le modalità ed il termine entro cui i creditori ammessi, e quelli ammessi con riserva, devono votare sulla proposta di concordato.

I creditori ed ogni altro interessato, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'avvenuto deposito, possono proporre opposizione o impugnazione.

A norma dell'art. 4-bis, co. 8 della legge Marzano, il concordato risulta approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto in ogni singola classe.

I creditori che non fanno pervenire il loro voto entro il termine stabilito dal giudice delegato sono ritenuti favorevoli all'approvazione del concordato. Con la modifica introdotta dalla legge 166/04, si ritengono, altresì, favorevoli all'approvazione del concordato anche i creditori portatori di strumenti finanziari, che non abbiano consentito l'individuazione nominativa dei soggetti legittimati al voto e che risultino, quindi, nell'elenco dei creditori con la mera indicazione dell'importo complessivo della categoria relativa allo strumento finanziario.

Qualora la maggioranza delle classi abbia approvato il concordato ma vi sia stato il dissenso di una o più classi di creditori, il tribunale può approvare ugualmente il concordato. Tuttavia, tale eventualità può verificarsi esclusivamente alla condizione che sia stato accertato che i creditori dissenzienti saranno soddisfatti in misura non inferiore rispetto alle altre alternative concretamente praticabili.

Il tribunale approva o respinge il concordato con sentenza provvisoriamente esecutiva emessa in camera di consiglio. La sentenza finale deve essere pubblicizzata, oltre che a norma dell'art. 17 della legge fallimentare, attraverso la riproduzione di un suo estratto su quotidiani a diffusione nazionale e, se necessario, internazionale, ovvero attraverso altra forma ritenuta idonea, secondo le modalità ed entro i termini stabiliti dalla sentenza stessa.

La sentenza di approvazione produce i suoi effetti nei confronti di tutti i creditori aventi titolo anteriore all'apertura della procedura e, nel caso di concordato con assunzione, determina il trasferimento di tutti i beni della società all'assuntore. Entro quindici giorni dalla sua pronuncia, il debitore insolvente, i creditori e il commissario straordinario possono impugnarla.

La legge specifica che l'impugnazione dovrà essere proposta con citazione mediante la corte d'appello, e che la stessa, non sospende la provvisoria esecutorietà.

Con il passaggio in giudicato della sentenza di approvazione del concordato, l'amministrazione straordinaria si chiude.

Nel caso, invece, che la proposta di concordato non venga approvata, ferma restando la prosecuzione dell'attività dell'impresa, entro sessanta giorni dalla pronuncia della sentenza, il commissario straordinario può presentare al Ministro delle attività produttive un programma di cessione dei complessi aziendali, e se il programma è autorizzato, il termine di un anno può essere prorogato di un'ulteriore anno, per la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa.

Infine, se il programma non è presentato tempestivamente, oppure non è autorizzato, il tribunale, sentito il parere del commissario straordinario, dispone la conversione della procedura dell'amministrazione straordinaria in fallimento.

FONDAZIONE ARISTEIA – Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti

Via Torino 98 – 00184 Roma

Tel. 06/4782901 – Fax 06/4874756 – www.aristeia.it