



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea magistrale (*ordinamento
ex D.M. 270/2004*)
in Economia Aziendale – Amministrazione,
finanza e controllo

Tesi di Laurea

—
Ca' Foscari
Dorsoduro 3246
30123 Venezia

L'ESERCIZIO PROVVISORIO DELL'IMPRESA DEL FALLITO

Relatore

Ch. Prof. Mauro Pizzigati

Laureando

Federica Luciani
Matricola 832355

Anno Accademico

2014 / 2015

L'ESERCIZIO PROVVISORIO DELL'IMPRESA DEL FALLITO

INDICE

Indice	3
Introduzione.....	5
Prima parte.....	8
1. La procedura fallimentare tra interessi privatistici e pubblicistici	9
2. L'esercizio provvisorio dell'impresa, caratteri generali	17
2.1 L'esercizio provvisorio prima della riforma.....	22
2.2 L'esercizio provvisorio dopo la riforma del 2006	26
Seconda parte.....	35
3. Esercizio provvisorio contestuale alla dichiarazione di fallimento	36
4. L'esercizio provvisorio proposto dal curatore ed il programma di liquidazione.....	40
5. Rapporti giuridici preesistenti al momento della dichiarazione di esercizio provvisorio dell'impresa: differenze tra la disciplina dell'esercizio provvisorio e quella degli artt. 72 ss. L. F.	48
6. La disciplina dei crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio	56
7. L'esercizio provvisorio nelle società a partecipazione pubblica	59
8. La continuazione temporanea di uno specifico affare	63
9. L'esercizio provvisorio dichiarato ai fini della sicurezza ambientale.....	65
Terza parte	73
10. L'esercizio provvisorio nel fallimento delle società sportive professionistiche: dottrina e giurisprudenza	74
10.1 Il caso Parma Calcio	81
Quarta parte: Casistica.....	88

Conclusione	108
Bibliografia.....	113
Sitografia	117

INTRODUZIONE

Il diritto che regola i rapporti tra debitore e creditore è presente da millenni nella nostra società. Senza andare eccessivamente indietro nel tempo, già nel mondo greco del 620 a. C. vi era una legge, istituita da Dracone¹, che prevedeva per l'insolvente di dover offrire se stesso in garanzia per ottenere un prestito che gli consentisse di ripagare i creditori. Questo significava, in poche parole, ridursi ad essere uno schiavo. Nei casi più gravi di insolvenza, il debitore schiavo poteva essere venduto come tale in terra straniera. Tuttavia, nel 594 a. C. grazie al filosofo e legislatore Solone, nell'Antica Grecia fu abolita la schiavitù per debiti.

Anche nell'Antica Roma, ancor prima della nascita dell'Impero romano², si verificavano casi in cui una persona diveniva insolvente, e non riusciva più a pagare i suoi creditori. Fino al 449 a. C. il diritto esisteva, ma era solo orale, pertanto questo generava spesso discordanze nella sua applicazione. A grande richiesta del popolo romano, nel 449 a. C., venne posto per iscritto il diritto su dodici tavolette di bronzo, le cosiddette "Dodici tavole". Una volta scritte, le conseguenze per l'inadempiente non erano meno terribili che nel diritto orale: se non risarciva i creditori, egli era condannato alla prigione. Se, dopo aver passato un periodo in carcere³, ancora non aveva estinto l'obbligazione, la sua sorte era nefasta: lo aspettava l'espatrio, dopo essere stato venduto come schiavo, oppure la morte cruenta. Pare infatti che un'usanza, piuttosto macabra, dei creditori fosse quella di spartirsi le membra del debitore.

Per moltissimi anni l'idea comune sul debitore e le conseguenze del fallimento non si modificarono⁴; nel Medioevo⁵ infatti la punizione prevista per l'insolvente era la sua estraneazione dal tessuto sociale, il che si traduceva nell'espatrio forzato o

¹ Il primo legislatore ateniese.

² Fondato nel 27 a. C.

³ Oppure incatenato nella casa del creditore.

⁴ Tant'è che l'idea dell'eliminazione del debitore dal mercato è rimasta predominante fino alla legge (Codice Civile) del 1942, seppur ammorbidita.

⁵ Periodo che divide l'età antica dall'età moderna; la maggior parte degli storici ritiene che inizi nel 476 d. C., con la caduta dell'Impero romano d'Occidente, e si concluda con la scoperta dell'America da parte di Cristoforo Colombo, nel 1492.

nell'impedimento allo svolgimento di attività commerciali o all'assunzione di cariche pubbliche. Se poi, in concomitanza con lo stato di insolvenza, si riscontrava anche la frode, la pena poteva essere addirittura la morte. Per fare alcuni esempi, nella città di Padova la prassi era l'arresto del debitore fino a quando, nel 1231, fu accolta la richiesta del frate minore Antonio⁶ che chiedeva che l'insolvente che avesse rinunciato ai suoi beni⁷ in favore dei creditori non potesse essere imprigionato. A Firenze, oltre a subire l'esilio, il fallito veniva graficamente raffigurato sui muri cittadini.

Negli anni a seguire l'istituto del fallimento si è perfezionato, perdendo le sue accezioni più terribili e cruente, ed è interessante osservare, effettuando un balzo all'anno 1842, come si era modificata la concezione del fallimento.

In un'enciclopedia veneziana⁸ di quell'epoca il fallimento veniva definito come *“l'impossibilità nella quale si trova un negoziante, un banchiere, un fabbricatore, di adempiere agli assunti impegni verso i suoi creditori, o di pagare alla scadenza le cambiali ed i biglietti da lui sottoscritti”*. Il presupposto del fallimento era ancora, chiaramente, l'insolvenza.

Complice il fatto che l'etimologia di “fallire” sia *fallere*, in latino, che ha il significato di “sbagliare”, “indurre in errore”, “ingannare”, gli autori dell'enciclopedia succitata rappresentavano ancora la procedura fallimentare come un istituto negativo, affermando che *“nulla al mondo più discredita il commercio dei fallimenti”*. Essi commentavano la durezza della legge fallimentare, ed esprimevano la speranza che un giorno qualcuno avrebbe capito la bellezza e l'onore che vi è nell'essere un imprenditore commerciale, e si auguravano che la rigidità della legge si mantenesse solo per coloro che falliscono avendo posto in essere delle frodi.

⁶ Ora Sant'Antonio da Padova.

⁷ La rinuncia ai beni doveva essere fatta pubblicamente: il debitore veniva spogliato e posto a sedere sulla cosiddetta “pietra del vituperio”, da dove pronunciava per tre volte, in presenza di numerosi testimoni, la frase con cui affermava di rinunciarvi.

⁸ VARI NEGOZIANTE E INDUSTRIOSI ITALIANI, a cura di, *Enciclopedia del negoziante ossia gran dizionario del commercio, dell'industria, del banco e delle manifatture*, Tomo quarto, Co' Tipi dell'ed. Giuseppe Antonelli, Venezia, 1842

“Non pochi autori, [...] spaventati pel commercio degli abusi scandalosi che si erano introdotti nei fallimenti numerosi dichiarati nei tempi di turbolenze e d’anarchie, si sono armati di un giusto rigore nella composizione di questa legge; ma l’esperienza dimostra che le disposizioni troppo severe sono di rado eseguite; e perciò forse si verrà a modificazioni che ne temperino il rigore.

[...]

Il commercio è una professione tutta d’onore e di fiducia; solo la probità più austera di quelli che l’esercitano, la lealtà delle loro transazioni e la fedeltà loro nell’esecuzione de’ loro impegni possono fare che questa professione prosperi e fiorisca.

[...]

Concludono infine, gli autori, con un augurio alla disciplina fallimentare, che pare si stia realizzando in particolare dalla riforma del 2006, con la quale si è sempre più cercato di evitare il fallimento a favore di procedure concorsuali alternative, che favoriscano il risanamento della situazione di insolvenza in cui si trova il debitore.

Nell’elaborato non si tratterà di procedure concorsuali di risanamento, ma di quell’istituto, inserito all’interno della disciplina del fallimento, che dalla Legge Fallimentare del 1942 ad oggi ha consentito di conservare il valore di molte imprese dichiarate fallite, fino alla loro cessione, o affitto, oppure al fine di una liquidazione più proficua per i creditori, permettendo di distaccarsi dall’unica idea di fallimento quale liquidazione unitaria dei beni, e di proiettarsi verso un fallimento che può ancora consentire delle possibilità al debitore: l’istituto dell’esercizio provvisorio.

Citando la speranza dei “vari negozianti e industriosi italiani”, scrittori dell’Enciclopedia veneziana di cui sopra,

“Si vegga un giorno l’industria, e la libertà d’un fallito di buona fede sotto la protezione delle leggi e dei magistrati”.

PRIMA PARTE

1. *La procedura fallimentare tra interessi privatistici e pubblicistici*

Vigeva ancora il Codice di Commercio del 1882 -ed è ivi che si sarebbe dovuta collocare la nuova disciplina relativa al fallimento- quando nel 1939, l'allora Ministro di grazia e giustizia Dino Grandi affidò ad Alberto Asquini⁹ il compito di istituire una sottocommissione parlamentare apposita per stilare la nuova disciplina. Allo stesso tempo si svolgevano anche i lavori preparatori per il nuovo Codice Civile, che per la prima volta avrebbe riunito le discipline del diritto privato, del processo civile e del diritto commerciale.

Con la nascita del nuovo Codice Civile, approvato con R.D. 16 marzo 1942, n. 262 fu abrogato il Codice di Commercio e dunque, anche la disciplina del diritto fallimentare, approvata lo stesso giorno con provvedimento n. 267, non poté essere collocata nel Codice di Commercio, ma costituì una legge a sé stante: la Legge Fallimentare.

L'epoca in cui si era manifestata l'esigenza di normare il fallimento rappresentava anche la fine del pensiero liberistico¹⁰ che aveva prevalso per quasi due secoli; infatti, la relazione di accompagnamento alla Legge Fallimentare affermava esplicitamente all'art. 3: *“Nelle sue linee generali la presente legge reagisce decisamente alla concezione troppo liberalistica del codice del 1882”*. Nel 1942, si capisce, il legislatore riteneva di dover ridefinire le priorità, mettendo al primo posto la *“tutela degli interessi generali sugli interessi individuali del debitore e del creditore. Si suole a questo proposito parlare di una nuova concezione pubblicistica del fallimento in contrapposto a una tradizionale concezione privatistica^{11”}*.

⁹ Giurista italiano. Fu deputato in Parlamento dal 1929 al 1939 e membro della commissione parlamentare istituita per la riforma dei codici.

¹⁰ Il liberismo nasce dal pensiero filosofico dell'inglese John Locke, precursore anche dell'illuminismo da cui il liberismo discende. È un pensiero che si sviluppa dal XVIII sec. e diventa una teoria economica con Adam Smith. Smith riteneva necessario promuovere l'iniziativa privata e favorire il mercato libero, e sosteneva che lo Stato dovesse intervenire limitatamente alla realizzazione di infrastrutture che potessero favorire lo sviluppo del mercato o comunque laddove l'iniziativa privata non arrivava.

¹¹ Relazione di accompagnamento al R.D. 16 marzo 1942, n. 267, art. 3.

La finalità principale del procedimento fallimentare come disciplinato nel 1942 era la miglior soddisfazione possibile della collettività dei creditori, e ciò pareva realizzabile esclusivamente tramite la liquidazione dell'impresa in crisi, eliminando dal mercato l'imprenditore commerciale insolvente. Egli infatti era visto come un soggetto negligente, colpevole¹², che, se lasciato operare, avrebbe creato insolvenze indotte sui soggetti che si relazionavano con lui e, di conseguenza, sull'intero mercato. Per assolvere alla finalità principalmente liquidatoria del fallimento, e per questioni di maggior celerità nella procedura, fu necessario dare una maggior rilevanza, rispetto agli altri organi, al tribunale e al giudice delegato; a quest'ultimo spettava anche la gestione dell'impresa in crisi.

I principi su cui si basava la Legge Fallimentare del 1942 derivavano direttamente dall'ideologia allora predominante, il fascismo, ma anche dal fatto che prima del 1946 in Italia non c'era la Repubblica. Il quadro era molto cambiato a partire dal 1946, e in particolare dal 1948 con la nascita della Costituzione italiana.

La Legge Fallimentare del 1942 rimase immutata per molti anni, nonostante il contesto socio-economico cominciasse a cambiare anche sensibilmente¹³. Fu la giurisprudenza che, dovendo applicare la Legge a casi concreti, cominciò a manifestare l'esigenza di aggiornare la normativa per renderla adeguata alla situazione storica del momento. Il principale difetto che si riconosceva alla disciplina riguardava la lunga durata delle procedure: questo comportava costi elevati e la difficoltà di mantenere quel valore nell'azienda dato dai cosiddetti *intangibles*: *know how*, marchi, titoli, avviamento, ecc.

¹² Relazione di accompagnamento al R.D. 16 marzo 1942, n. 267, art. 3: *“Consapevole del danno che l'insolvenza dell'impresa reca all'economia generale, la nuova legge è giustamente severa nelle sue sanzioni, dove vi sono responsabilità personali da colpire, come risulta dalle norme penali che la integrano, aliene da ogni malintesa indulgenza.”*

¹³ Così il D.D.L. 7458 del 24 novembre 2000: *“L'area fallimentare, ancorata alla normativa del 1942, non è stata mai modificata, anche se ha subito numerosi e rilevanti interventi della Corte costituzionale ed innovazioni interpretative da parte del giudice ordinario. Essa si ispira essenzialmente ad una finalità liquidatoria delle imprese insolventi [...] Si tratta di una procedura che non risulta più adeguata agli scopi ed alle finalità che la nuova evoluzione socio-economica intende realizzare nelle situazioni di insolvenza imprenditoriale. Inoltre, la sua durata è eccessiva [...]”*.

che presto si dissolve se l'attività di impresa non viene esercitata¹⁴. Veniva criticato anche il fatto che la procedura, che doveva essere finalizzata al soddisfacimento della collettività dei creditori, venisse guidata dagli organi di giudizio, lasciando invece ai margini i creditori.

Spesso la Corte Costituzionale intervenne per abrogare in tutto o in parte determinate norme ritenendole anticostituzionali; era normale infatti che il Regio Decreto n. 267/1942, essendo antecedente alla proclamazione della Repubblica e all'introduzione della nostra Carta Costituzionale, contrastasse con alcuni principi sanciti da quest'ultima.

A partire dagli anni '70 alcuni giuristi esperti nel diritto fallimentare (come Pietro Chiaraviglio e Piero Pajardi) cominciarono a riunirsi per produrre delle proposte di innovazione che vennero poi presentate al Ministero della Giustizia, ma respinte. Fino agli anni '90, gli unici che sembravano avere a cuore lo sviluppo della L.F. erano gli studiosi della materia; successivamente anche gli economisti cominciarono a riconsiderare i valori liberistici -e privatistici- tanto condannati nella L. F. del '42. Si voleva recuperare l'iniziativa economica privata, ricercare la concorrenza e la massimizzazione dei profitti, e ridimensionare l'intervento pubblico nell'economia. La funzione dello Stato avrebbe dovuto ridimensionarsi a quella di garante della correttezza e dell'efficienza del mercato.

Nel frattempo importanti Paesi dell'Unione Europea stavano riformando le proprie discipline sulla crisi d'impresa: la Francia effettuò la riforma nel 1994, la Germania nel 1999. Fu proprio la Commissione europea, il 16 maggio 2000, a segnalare all'Italia che talune disposizioni della L.F. del '42 violavano dei principi comunitari sulla concorrenza, e che sarebbe stata necessaria una riforma onde evitare il procedimento

¹⁴ Se il valore di alcune di queste risorse immateriali è già difficilmente identificabile (si parla di un brevetto, di un marchio, o di una licenza), il valore del capitale strettamente intellettuale (il *know-how*) è ancor più soggettivo: esso è di difficile valutazione economico-finanziaria, e soprattutto va rilevato in un'ottica di appartenenza all'ambiente aziendale in cui è collocato. Esso è il risultato delle esperienze fatte e delle conoscenze pregresse e acquisite di una persona, pertanto non è una risorsa cedibile tramite contratto. È fondamentale tener conto della fragilità e al contempo dell'importanza di queste risorse immateriali, soprattutto quando si presenta il rischio che si dissolvano.

d'infrazione. Pochi giorni più tardi il Consiglio dell'Unione Europea¹⁵ disciplinava le procedure di insolvenza transfrontaliere: entro due anni tutti i Paesi facenti parte dell'UE sarebbero stati tenuti ad applicare il regolamento. Tutto ciò era un chiaro messaggio rivolto all'Italia: urgeva un rinnovamento e un adeguamento della normativa interna ai principi sanciti dall'Unione.

Fu così che il Governo in carica nell'anno 2000, il Governo Amato, con Ministro della Giustizia Piero Fassino, presentò alla Camera dei Deputati un disegno di legge “per la riforma delle procedure relative alle imprese in crisi”¹⁶ in cui riconosceva *“la tendenza manifestatasi nelle legislazioni dei Paesi europei a non considerare più le procedure concorsuali in termini meramente liquidatori, ma piuttosto destinate, ove possibile, ad un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi dell'impresa”*, e proponeva di effettuare una riforma che potesse garantire maggiormente i creditori della fallita dando più spazio al risanamento aziendale e al trasferimento della stessa. Il D.D.L. in questione non fu approvato.

L'impegno a modificare la Legge Fallimentare venne tramandato al Governo successivo, il secondo Governo Berlusconi, che si impegnò in questo senso costituendo¹⁷ una Commissione apposita avente come presidente l'avv. Sandro Trevisanato.

Intanto, il 14 marzo 2002 il Consiglio dei Ministri presentò al Senato il D.D.L. 1243 “Modifiche urgenti al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, recante disciplina del fallimento.” Nelle prime righe del disegno di legge si sottolineava come la L. F., immutata da ormai 60 anni, fosse sempre più lontana dal sistema costituzionale (che invece, negli anni, era stato modificato). Si accusava poi la normativa vigente di non riuscire a soddisfare le aspettative né dei soggetti che venivano dichiarati falliti, né dei soggetti che dovevano applicare le norme, sia per quanto riguardava l'efficienza, sia per il sistema delle garanzie. Si riteneva, quindi, che *“una riforma organica della disciplina*

¹⁵ con Regolamento del 29 maggio 2000, n. 1346

¹⁶ D.D.L. n. 7458 presentato alla Camera dei Deputati il 24 novembre 2000.

¹⁷ Con D.L. 28 novembre 2001

delle procedure concorsuali” fosse *“indilazionabile”*¹⁸. Con il citato D.D.L. il Consiglio non intendeva effettuare già la riforma organica (alla quale stava lavorando la commissione Trevisanato), ma una *“miniriforma”* che consentisse almeno alle procedure in corso di svolgimento e a quelle future di *“svolgersi secondo regole più chiare e certe e concludersi, per quanto possibile, in tempi più brevi”*.

Arrivato il luglio 2003, i membri della Commissione Trevisanato non erano ancora riusciti a trovare un accordo sulla riforma organica; così decisero di presentare al Ministro della Giustizia¹⁹ due disegni di legge, affinché egli ne scegliesse uno da presentare al Parlamento. I due D.D.L. erano uno votato dalla maggioranza dei componenti della Commissione e l'altro votato dalla minoranza. Data la diversità tra le due proposte effettuate, il Ministro Castelli decise di istituire una Commissione *“ristretta”*, e di rimandare quindi la presentazione al Senato al momento in cui ci fosse stata una sola proposta condivisa da tutti. Situazione che non si verificò prima del novembre 2004: la Commissione aveva elaborato un testo, che però non presentò mai al Senato poiché la legislatura stava ormai volgendo al termine. Il Governo, allora, decise di agire con urgenza, intervenendo direttamente sulla *“miniriforma”*, che era ancora in attesa di essere esaminata al Senato: venne così approvato un *“maxiemendamento”* al D.D.L. 1243/2002, ma non ancora la vera e propria riforma organica.

Il 14 marzo 2005 il Governo presentò alle Camere il d. l. n. 35, che fu convertito nella Legge n. 80 il 14 maggio 2005²⁰: nella presente legge, all'art. 1, si delegava al Governo la riforma organica della L. F. dettandone i principi e i criteri direttivi. La Riforma doveva portare a semplificazioni procedurali e temporali, cercando di introdurre alcune

¹⁸ Tratto da D.D.L. 1243 del 14 marzo 2002

¹⁹ Roberto Castelli

²⁰ Si ribadisce, nella Relazione alla citata legge, ciò che veniva scritto nel D.D.L. 7458 del 24 novembre 2000. Dalla Relazione alla l. 80/2005: *“L'attuale disciplina si ispira ad una finalità essenzialmente liquidatoria dell'impresa insolvente e ad una tutela accentuata dei diritti dei creditori, determinando un completo spossessamento del patrimonio del debitore che viene posto in una condizione di assoluta incapacità di disporre, anche con effetti extra concorsuali e di tipo personale del proprio patrimonio. In tale quadro, la finalità recuperatoria del patrimonio imprenditoriale ha finito per trovare collocazione secondaria rispetto allo scopo sanzionatorio del fallimento”*.

misure che favorissero il risanamento dell'impresa, in modo da restringere il campo di applicazione della liquidazione atomistica dei beni.

Un anno dopo il Governo presentava, ed il Parlamento approvava, il d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, chiamato "Riforma organica delle procedure concorsuali". Una riforma che è intervenuta direttamente sulla L. F. del '42 utilizzando la tecnica della novellazione, cioè abrogando alcune norme, integrandone, modificandone e sostituendone delle altre. Le modifiche erano volte ad aggiornare la Legge Fallimentare²¹ in modo che tenesse conto delle esigenze di giusto processo²², che si adeguasse ai nuovi profili processuali introdotti con la riforma del processo civile, e che recepisce gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali maturati negli ultimi decenni. La L. F. del 1942 è stata modificata radicalmente nella sostanza, restituendo al giudice il ruolo originario di risolutore di controversie e attribuendo al curatore fallimentare, affiancato dal comitato dei creditori, il compito di gestire la procedura. Numerosi sono gli articoli della nuova Legge Fallimentare che testimoniano il fatto che ormai la procedura è inserita in un contesto ideale di tipo privatistico: basti osservare in quante fasi, e per quante operazioni previste dalla procedura, sia necessario il parere favorevole o vincolante del comitato dei creditori. Insomma, i protagonisti della procedura sono diventati i soggetti che ne sono direttamente coinvolti, mentre all'autorità giudiziaria spetta ormai solo il controllo di legittimità.

In generale, si può dire che è stata rivalutata la funzione tradizionale delle procedure concorsuali: l'obiettivo primario della procedura, dal 2006, è diventato il miglior soddisfacimento paritetico possibile dei creditori. È cambiata anche la visione dell'imprenditore che si trova in uno stato di crisi: egli non è più solamente un soggetto colpevole, ma è anche vittima di eventi e circostanze che l'hanno portato a trovarsi in uno stato di insolvenza. È per questa ragione che la nuova disciplina del diritto

²¹ Dalla relazione al D. lgs n. 5/2006: *"Il legislatore ha inteso allinearsi agli altri Stati membri dell'Unione Europea ed introdurre una nuova disciplina concorsuale per la regolamentazione dell'insolvenza che semplifichi le procedure attualmente esistenti e sopperisca in modo agile e spedito alla conservazione dell'impresa e alla tutela dei creditori."*

²² Da tempo si richiedeva che l'iter processuale avesse durata ragionevole e garantisse alle parti in giudizio di poter agire e difendersi avendo pari diritti e un giudice *super partes*.

fallimentare ha puntato a valorizzare l'impresa (intesa come la somma di beni tangibili e intangibili che la compongono) nel suo complesso, proponendo delle alternative all'immediata liquidazione del patrimonio del debitore, che non sempre risulta essere la miglior soluzione per l'impresa, per il mercato in cui essa opera e per i creditori.

La Legge Fallimentare novellata ha subito dal 2006 in poi ulteriori correzioni, utili al superamento delle problematiche che man mano emergevano. La prima modifica successiva al 2006 è avvenuta con il Decreto correttivo del 12 settembre 2007, n. 169 che si inserisce perfettamente nella visione ormai privatistica della procedura fallimentare e riconferma la tendenza a preferire soluzioni alternative prima di dichiarare il fallimento favorendo misure come il concordato preventivo, il risanamento aziendale o l'esdebitazione. Il tutto con la finalità di salvaguardare i complessi produttivi in quanto luoghi di incontro di una pluralità di interessi economici e sociali, e che aiutano lo sviluppo dell'economia e la ripresa dalla crisi. Inoltre rende chiari i parametri utili alla distinzione tra imprenditori assoggettabili o non assoggettabili al fallimento.

La concezione di imprenditore in crisi è così diversa da quella del '42 che, addirittura, l'art. 33 del "Decreto sviluppo" (l. 7 agosto 2012, n. 134) viene rubricato "Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale". Favorire la continuità aziendale significa promuovere, ancora una volta, e rendere più semplici, gli istituti alternativi al fallimento come il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione dei debiti, e tutelare l'imprenditore in crisi anche con lo strumento del blocco delle azioni esecutive²³. Significa anche prevedere un istituto innovativo quale il concordato con continuità aziendale (art. 186-*bis* L.F.), tramite il quale si pervenga al soddisfacimento dei creditori grazie ad una continuazione dell'attività aziendale che si possa ancora rivelare proficua, pur con la possibilità di liquidare i beni che si reputano non più strategici per l'impresa.

²³ Dal momento in cui l'imprenditore presenta la domanda di concordato presso il tribunale competente, egli si trova come sotto ad un "ombrello protettivo", che lo mette al riparo dalle azioni esecutive e cautelari individuali dei suoi creditori.

Infine, è sempre in un'ottica privatistica che si è inserito l'ultimo decreto legge che ha modificato alcune norme della Legge Fallimentare: si tratta del decreto legge 27 giugno 2015, n. 83²⁴, che ha aggiornato: i requisiti di nomina del curatore; l'art. 104-*ter* riguardante il programma di liquidazione; le modalità di vendita derivanti dall'esecuzione del programma di liquidazione (prevedendo la possibilità di rateizzare il versamento); la chiusura di fallimento e i suoi effetti e il concordato preventivo. Il tutto ancora nell'ottica di rendere la procedura fallimentare sempre più snella e veloce e di tutelare i diritti dei creditori salvaguardando, per quanto possibile, anche l'impresa in crisi. Le economie si intersecano tra loro e il fatto che un imprenditore sia in crisi può ormai dare luogo a conseguenze molto diverse: dalla procedura classica di un tempo - essenzialmente la liquidazione atomistica dei beni materiali componenti l'impresa - si passa alla ricerca di un recupero dell'impresa, con l'eliminazione dei soli rami non strategici, o con l'affitto dell'azienda a imprese che invece si trovano "in salute" e vogliono investire in attività nuove o diverse, o con la continuazione dell'esercizio dell'impresa per un periodo limitato, se la brusca interruzione dell'attività pregiudicasse i diritti dei terzi che hanno a che fare con la fallenda, e così via.

L'obiettivo, quindi, è quello di perseguire gli interessi di tutti i soggetti coinvolti nella procedura, avendo però un occhio di riguardo per i soggetti che vengono maggiormente danneggiati dallo stato di insolvenza dell'impresa: i suoi creditori.

²⁴ "Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria."

2. *L'esercizio provvisorio dell'impresa, caratteri generali*

Il termine “esercizio provvisorio” dell'impresa indica che in alcuni determinati casi per l'impresa dichiarata fallita si apre la possibilità di continuare a svolgere la sua attività economica per un periodo di tempo limitato. Questo avviene per varie ragioni, tra cui ad esempio il volerne preservare il valore delle immobilizzazioni immateriali, finché giunga la vendita dell'intero complesso aziendale. Spesso accade infatti che la situazione di crisi che si è creata sia dovuta a strategie inefficaci o ad una *mala gestio* da parte degli amministratori: questo significa che un qualche valore, seppur latente, si potrebbe recuperare gestendo l'azienda in maniera corretta.

Si pensi alla situazione del tessuto economico italiano; esso è fatto di piccole-medie imprese che, oltre a soffrire a causa della crisi, sono messe in difficoltà da un mondo sempre più globalizzato e dominato, al contrario, da grandi imprese. Esse, tra le altre cose, hanno la possibilità di sfruttare le economie di scala, diminuendo i costi unitari di produzione, e solitamente hanno un elevato potere contrattuale. È a questa sfida che si trovano a dover rispondere le piccole caratteristiche imprese italiane, che spesso per essere concorrenziali si sottopongono a operazioni straordinarie, come ad esempio le fusioni, oppure, secondo le previsioni una normativa recente²⁵, stipulano contratti di rete²⁶. In un contratto di rete assumono un elevato valore gli *intangibles*. Infatti vi è, tra le imprese appartenenti alla rete, un continuo scambio di informazioni, di prestazioni industriali, commerciali, tecnologiche e di *know-how*. Se un'impresa appartenente ad una Rete fallisse, è più probabile che si trovi una maggior convenienza economica nell'esercizio provvisorio rispetto all'immediata liquidazione dei beni, poiché il valore degli *intangibles* non si può realizzare attraverso la liquidazione; sarà opportuno, piuttosto, durante la gestione provvisoria, cercare un acquirente dell'azienda intesa come universalità di beni materiali ed immateriali.

²⁵ D. l. 10 febbraio 2009, n. 5, come modificato, da ultimo, dalla l. 179/2012.

²⁶ Da art. 3 d. l. 5/2009: “*Con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato [...]*”.

È necessario non confondere l'esercizio provvisorio con un periodo in cui si può effettuare il risanamento dell'impresa; per il risanamento infatti la L. F. prevede regolamentazioni specifiche (piani attestati di risanamento e accordi di ristrutturazione), e comunque possono trovarsi altre modalità. Si può pertanto considerare l'istituto dell'esercizio provvisorio come un periodo in cui effettuare una "conservazione riallocativa" dell'impresa dissestata, perciò ogniqualvolta si stimi che dopo una gestione più adeguata l'impresa possa ottenere un maggior valore di realizzo, si deve optare per l'esercizio provvisorio, per il giovamento sia del ceto creditorio sia di eventuali terzi futuri acquirenti. Infatti, a seguito della riforma, gli interessi che vanno considerati non sono più unicamente quelli dei creditori, ma anche quelli di tutte le persone e le attività che hanno o potrebbero avere un legame con la fallenda.

Un ragionamento a parte va fatto per i lavoratori della fallenda; essi si trovano in una posizione particolare poiché *"Durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli"*²⁷. Poiché il curatore è il sostituto dell'imprenditore nel fallimento, ha la facoltà di decidere –per il bene dei creditori, dell'azienda e del mercato- in quali contratti subentrare e quali invece sciogliere. Per quanto riguarda i lavoratori dipendenti il cui contratto continua anche successivamente alla dichiarazione di fallimento, essi hanno il diritto alla retribuzione e ai contributi previdenziali²⁸ riguardanti il periodo di lavoro svolto successivo alla sentenza di fallimento: si tratta infatti di lavoro svolto in costanza di esercizio provvisorio e, secondo il comma 8 dell'art. 104 L. F. *"i crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio sono soddisfatti in prededuzione ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1)."* Sono considerate infatti spese relative alla procedura. Invece, le retribuzioni dovute dall'imprenditore e mai pagate prima del

²⁷ Art. 104 L. F., comma 7.

²⁸ Somme che verranno erogate al momento della liquidazione in prededuzione secondo l'art. 111 L. F. comma 1: *"Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine:*

1) per il pagamento dei crediti prededucibili;

2) per il pagamento dei crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge;

3) per il pagamento dei creditori chirografari, in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascuno di essi fu ammesso, compresi i creditori indicati al n. 2, qualora non sia stata ancora realizzata la garanzia, ovvero per la parte per cui rimasero non soddisfatti da questa."

fallimento appartengono alla categoria dei crediti privilegiati, che necessitano la domanda di ammissione al passivo da parte dei lavoratori che vantano un credito nei confronti dell'azienda.

Le abilità necessarie per la gestione adeguata di un'impresa durante il suo esercizio provvisorio devono essere notevoli, ancor più di quello che è normalmente richiesto per condurre un'impresa che si non trova in uno stato di crisi. Infatti, da questo breve periodo dipende la sorte dei creditori e dell'azienda stessa: è per questo che è fondamentale stilare una programmazione dettagliata delle attività e delle entrate e delle uscite previste. Questa programmazione, cucita su misura sull'azienda di cui si vuole portare avanti l'esercizio, la fa il curatore, tenendo conto che l'art. 32 della L. F. stabilisce che egli *“può essere autorizzato dal comitato dei creditori, a farsi coadiuvare da tecnici o da altre persone retribuite, compreso il fallito, sotto la sua responsabilità”*, ma con l'*“esclusione degli adempimenti di cui agli articoli 89, 92, 95, 97 e 104ter²⁹”*. Egli dovrà valutare attentamente i rischi di ogni singola operazione, per evitare anche il più piccolo sbaglio e di realizzare anche la più piccola perdita.

È il tribunale che contestualmente alla sentenza dichiarativa di fallimento può disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, basando questa decisione sulle evidenze derivanti dall'istruttoria prefallimentare. Fondamentale è che l'istruttoria sia tempestiva e completa, anche a costo di scontrarsi con un fallito non collaborativo, in modo da poter agire immediatamente su una situazione che, con il passare del tempo, potrebbe diventare più difficilmente recuperabile. Il giudice delegato potrà anche valutare la disposizione dell'istituto limitatamente ad uno o più rami dell'azienda.

Il curatore, gestore dell'intera procedura fallimentare, nel caso in cui sia disposto l'esercizio provvisorio ne diventa il responsabile; egli diventa, per così dire, il nuovo

²⁹ L'art. 89 si riferisce alla compilazione degli elenchi dei creditori; l'art. 92 all'avviso ai creditori della data di presentazione delle domande di ammissione al passivo e della data dell'esame dello stato passivo; l'art. 95 alla redazione del progetto di stato passivo; l'art. 97 alla comunicazione dell'esito del procedimento di accertamento del passivo; l'art. 104-ter si riferisce al programma di liquidazione.

imprenditore³⁰ che assume su di sé il rischio derivante dallo svolgimento dell'attività d'impresa. Qualora l'esercizio provvisorio non fosse disposto con la sentenza di cui sopra, il curatore potrebbe proporlo. Questa proposta deve passare al vaglio del comitato dei creditori: se quest'ultimo è favorevole, è il giudice delegato ad autorizzare la continuazione dell'attività d'impresa e a stabilirne la durata (l'esercizio provvisorio potrà comunque cessare prima del termine previsto se il comitato dei creditori o il tribunale –sentiti curatore e comitato dei creditori- lo ritengono).

Durante la continuazione provvisoria dell'attività d'impresa gli adempimenti del curatore sono molteplici: suo è il compito di convocare il comitato dei creditori, almeno una volta ogni tre mesi³¹, per informarlo sull'andamento della gestione. Anche in questa occasione il comitato può esprimere il suo dissenso -vincolante- rispetto alla continuazione dell'esercizio. È del curatore, inoltre, la decisione di sciogliere o di sospendere un contratto pendente oppure di subentrarvi. Ogni sei mesi, poi, e al termine previsto, al curatore spetta la redazione di un rendiconto delle attività e il successivo deposito dello stesso presso la cancelleria del tribunale competente.

C'è un altro momento in cui può essere dichiarato l'esercizio provvisorio dell'impresa: quando il curatore presenta il piano di liquidazione, e quindi definisce le modalità da utilizzare per realizzare l'attivo, egli deve esprimere se vi è l'opportunità di usufruire dell'istituto. Anche in questo caso, per proseguire è necessario il parere favorevole del comitato dei creditori, dopo aver valutata la convenienza economica delle operazioni proposte.

I crediti sorti in costanza di esercizio provvisorio devono essere soddisfatti in prededuzione³².

La cessazione dell'esercizio provvisorio può, come si è visto, essere richiesta dal comitato dei creditori che non valuti più vantaggiosa la continuazione dell'esercizio,

³⁰ Art. 2082 c. c.: *“È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.”*

³¹ E comunque, ogniqualvolta vi siano circostanze sopravvenute che possano influire sulla continuazione dell'esercizio provvisorio.

³² In via preferenziale rispetto a tutti gli altri crediti.

tuttavia il tribunale può ordinarne la cessazione anche in qualsiasi altro momento, sempre con decreto irreclamabile in camera di consiglio, quando ritenga che l'esercizio provvisorio non si stia rivelando favorevole per i creditori. Nel momento in cui viene disposto l'esercizio provvisorio, ne viene determinata anche una durata di massima che solitamente è collegata agli adempimenti che si prevedono di effettuare nel prolungamento dell'esercizio. Il termine poi può essere allungato o accorciato a seconda di come si sviluppano le *performance* dell'impresa; perché continui a sussistere l'esercizio provvisorio, devono continuare a sussistere anche le condizioni che ne hanno permesso la disposizione. Pertanto l'esercizio provvisorio potrebbe cessare con il raggiungimento degli obiettivi previsti, oppure potrebbe cessare prima, quando la sua continuazione non sia più indifferente o favorevole ai creditori, bensì peggiorativa dei loro interessi; ma la sua durata potrebbe anche essere prolungata in presenza di prospettive favorevoli o migliorative per i creditori. La modalità è la medesima: il curatore informa il comitato delle nuove prospettive proponendo un prolungamento dell'esercizio provvisorio, che sarà autorizzato dal giudice delegato solo dopo il parere favorevole del comitato dei creditori.

2.1 *L'esercizio provvisorio prima della riforma*

Quasi con ironia si può notare come nella L. F. del '42 all'art. 104 corrispondesse la rubrica "Inizio della liquidazione", quando oggi all'art. 104 L. F. troviamo "Esercizio provvisorio dell'impresa del fallito". Le due cose si trovano tra loro in antitesi nel senso che esercizio provvisorio e liquidazione non possono sussistere contemporaneamente; inoltre, l'importanza di questi due istituti ha subito dei cambiamenti anche consistenti con il passare del tempo. Infatti, prima della riforma organica del diritto fallimentare avvenuta nell'anno 2006, la procedura standard da seguire quando un'impresa veniva dichiarata fallita prevedeva come soluzione preferita la liquidazione. Lo si evince dalla lettura dell'art. 104 secondo il testo legislativo del 1942, nel capo "Della liquidazione dell'attivo": *"Il curatore deve procedere, sotto la direzione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori, se questo è stato nominato, alla vendita dei beni dopo il decreto previsto dall'art. 97³³, salve le esigenze dell'esercizio provvisorio della impresa, quando questo sia stato autorizzato.*

Il curatore può essere autorizzato con decreto motivato dal giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, a procedere alle vendite anche prima del termine indicato nel primo comma."

Anche l'analisi logica ci indica quale dei due istituti era privilegiato dal legislatore del '42: la frase principale del primo comma indica che era compito del curatore fallimentare procedere alla vendita dei beni: questo significava che la liquidazione era messa al primo posto, cioè che dopo che era stato dichiarato esecutivo lo stato passivo veniva fatta la liquidazione. C'era un'eccezione a questa prassi, introdotta da una frase subordinata, che ci indica che la liquidazione si effettuava a meno che non fosse stata autorizzata la continuazione dell'esercizio dell'impresa. L'esercizio provvisorio dell'impresa era dunque previsto come possibilità attuabile fin dalla prima disciplina fallimentare, solo che gli si attribuiva una rilevanza di second'ordine³⁴.

³³ L'art. citato si riferisce al decreto di esecutività dello stato passivo.

³⁴ Da R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1974: *"la continuazione dell'esercizio dell'impresa è un modo sussidiario ed eventuale di liquidazione"*.

Analizzando l'articolo, inoltre, si notano altri elementi che stridono con il pensiero del legislatore attuale; non per niente è stata voluta la riforma organica della disciplina fallimentare. Si nota per esempio come il curatore dovesse procedere *“sotto la direzione del giudice delegato”*, quando ora al giudice delegato spetta non certo la direzione, ma il controllo di legittimità. Spicca poi il fatto che il curatore fosse obbligato a sentire il comitato dei creditori, ma solo *“se questo è stato nominato”*, quando ora la procedura è incentrata prevalentemente sul binomio curatore-comitato dei creditori³⁵.

Il secondo comma invece non era così dissimile dal sesto comma dell'attuale articolo riguardante il programma di liquidazione, che così recita: *“Prima della approvazione del programma, il curatore può procedere alla liquidazione di beni, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori se già nominato, solo quando dal ritardo può derivare pregiudizio all'interesse dei creditori.”*. Con la riforma si sono introdotte solo delle specificazioni in più, a tutela dell'interesse dei creditori; il fatto che la vendita anticipata di alcuni beni possa avvenire solo in quanto non pregiudicante degli interessi creditori, giustifica l'assenza della previsione riguardante il decreto motivato come invece la norma del '42 richiedeva.

La disciplina dell'esercizio provvisorio dell'impresa la ritroviamo invece, prima della riforma, nel capo IV della L. F. riguardante la custodia e l'amministrazione delle attività fallimentari. L'art. 90 è rubricato semplicemente “Esercizio provvisorio” e afferma: *“Dopo la dichiarazione di fallimento il tribunale può disporre la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa del fallito, quando dall'interruzione improvvisa può derivare un danno grave e irreparabile.*

Dopo il decreto previsto dall'art. 97³⁶, il comitato dei creditori deve pronunciarsi sull'opportunità di continuare o di riprendere in tutto o in parte l'esercizio della impresa del fallito, indicandone le condizioni. La continuazione o la ripresa può esser disposta dal tribunale solo se il comitato dei creditori si è pronunciato favorevolmente.

³⁵ Da art. 40 L. F. si evince che nella normativa riformata è espressamente previsto che si nomini il comitato: *“Il comitato dei creditori è nominato dal giudice delegato entro trenta giorni dalla sentenza di fallimento.”*

³⁶ Il legislatore sta riferendosi al decreto di esecutività dello stato passivo

Se è disposto l'esercizio provvisorio a norma del comma precedente, il comitato dei creditori è convocato dal giudice delegato almeno ogni due mesi per essere informato dal curatore sull'andamento della gestione e per pronunciarsi sull'opportunità di continuare l'esercizio.

Il tribunale può ordinare la cessazione dell'esercizio provvisorio se il comitato dei creditori ne fa richiesta, ovvero se in qualsiasi momento ne ravvisa l'opportunità."

Già all'inizio del primo comma si individua una differenza rispetto al nuovo art. 104: il tribunale poteva disporre la continuazione temporanea dell'esercizio (ora "esercizio provvisorio") dopo la dichiarazione di fallimento, mentre attualmente la disposizione dell'esercizio provvisorio da parte del tribunale è contestuale alla sentenza dichiarativa di fallimento. In secondo luogo si parlava di *danno grave ed irreparabile*, non prevedendo però in maniera esplicita una particolare tutela nei confronti dei creditori. Si ritiene comunque che il legislatore intendesse, con questa frase, contemperare l'interesse dell'azienda e dei creditori: si evince infatti dal secondo comma che il comitato dei creditori era considerato dal legislatore un organo importante nella disciplina dell'esercizio provvisorio poiché aveva l'obbligo di pronunciarsi favorevolmente o meno sulla continuazione dell'esercizio. Alcuni autori³⁷, però, asseriscono che il comitato dei creditori fosse un organo scarsamente interessato alla procedura e che si adeguava alle decisioni del tribunale e del curatore, probabilmente anche a motivo della scarsa rilevanza che gli si attribuiva al di fuori di questo istituto specifico.

L'aggettivo *irreparabile* del primo comma serviva a circoscrivere la situazione in cui era possibile accedere all'esercizio provvisorio, ed è probabilmente una delle cause per cui l'istituto in parola non era molto usato. Infatti erano rari i casi in cui l'interruzione improvvisa dell'esercizio causava un danno grave e addirittura irreparabile.

Il secondo comma somiglia molto, nella forma, al secondo comma dell'attuale art. 104 L. F.; è vero anche oggi che *"il comitato dei creditori deve pronunciarsi*

³⁷ Tra i quali Bruno Meoli, avvocato e professore all'Università di Salerno, dip. Scienze Giuridiche.

sull'opportunità di continuare o di riprendere in tutto o in parte l'esercizio”, quel che cambia è che non deve più aspettare il decreto di esecutività dello stato passivo e che lo deve fare in risposta ad una proposta del curatore (sarà quest'ultimo, nella sua proposta, ad averne indicate le condizioni). Infine, c'è un'altra piccola differenza riguardante il soggetto che dispone la continuazione in seguito ad un parere favorevole del comitato: prima della riforma era il tribunale. Oggi è il giudice delegato.

Analizzando il terzo comma, se ne può evidenziare la somiglianza con lo stesso comma dell'art. 104 L. F.. I piccoli scostamenti riguardano il ruolo del giudice delegato e la cadenza temporale delle convocazioni del comitato dei creditori: ora chi convoca è il curatore, e le adunanze devono esser fatte *“almeno ogni tre mesi”*. Uno dei ruoli che era chiamato a svolgere il tribunale era quello di ordinare la cessazione dell'esercizio agendo, sentito il curatore, con decreto in camera di consiglio non soggetto a reclamo, con la finalità di tutelare i creditori.

Nella realtà del periodo pre-riforma, comunque, i casi in cui l'istituto in esame veniva applicato erano rari; si preferiva, piuttosto, l'affitto di azienda, sia sotto il profilo burocratico (poteva infatti essere autorizzato direttamente dal giudice delegato, senza passare per il comitato dei creditori), sia sotto il profilo del rischio (il cosiddetto rischio imprenditoriale è a carico dell'affittuario³⁸), e che poteva costituire un periodo di prova preliminare all'acquisto dell'azienda.

³⁸ Fatta salva la responsabilità solidale del curatore affittante.

2.2 *L'esercizio provvisorio dopo la riforma del 2006*

Uno dei motivi per cui dopo la riforma l'istituto dell'esercizio provvisorio è stato molto più utilizzato è anche da ricercarsi nel contesto economico. È stato quest'ultimo che, in continua evoluzione, ci ha portati dal Regio Decreto n. 267 del 1942 all'attuale Legge Fallimentare (riformata organicamente nel 2006), come modificata dal d. l. 83/2015. Il pensiero comune si è evoluto riconoscendo la maggior importanza di una vendita dell'azienda intesa come all'art 2555 c. c.³⁹ rispetto alla vendita atomistica dei suoi beni. Nel capo VI della L. F. alla sezione II "Della vendita dei beni" leggiamo, all'art. 105:

“La liquidazione dei singoli beni [...] è disposta quando risulta prevedibile che la vendita dell'intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori.”

È chiaro che intendendo l'azienda come complesso di beni organizzati, proprio la presenza dell'organizzazione fa sì che siano rari i casi in cui una vendita atomistica generi un realizzo superiore ad una vendita unitaria, e questo è riconosciuto anche dalla legge. L'esercizio provvisorio può consentire il raggiungimento di questo obiettivo, se nel periodo in cui continua l'attività d'impresa si fa avanti qualche acquirente. Bisogna però fare attenzione alle locuzioni utilizzate dal legislatore: la *“maggior soddisfazione dei creditori”* dell'art. 105 L. F. potrebbe non significare esclusivamente una soddisfazione di tipo economico, ma anche sociale, derivante dall'analisi dei punti di vista soggettivi di tutti i creditori. Gli individui, non essendo perfettamente razionali, non ragionano esattamente allo stesso modo; potrà pertanto esistere la situazione in cui un creditore attribuisce una maggior importanza alla continuazione del rapporto economico tra lui e la fallita e una minor importanza a ricevere la parte monetizzata di ciò che gli spetta (anche se verosimilmente ciò accade quando l'attività svolta dalla fallita sia funzionale all'operatività economica del creditore).

³⁹ *“L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa.”*

Per una maggior soddisfazione dei creditori, al curatore è anche concesso di agire secondo le previsioni dell'ottavo comma dell'art. 105 L. F., cioè procedendo *“alla liquidazione anche mediante il conferimento in una o più società, eventualmente di nuova costituzione, dell'azienda o di rami della stessa, ovvero di beni o crediti, con i relativi rapporti contrattuali in corso, esclusa la responsabilità dell'alienante ai sensi dell'articolo 2560 del codice civile⁴⁰ ed osservate le disposizioni inderogabili contenute nella presente sezione⁴¹. [...]”*.

Naturalmente, poiché l'obiettivo del legislatore è quello di preservare tutti gli interessi in gioco, l'art. 107 L. F. regola la modalità con cui le vendite devono avvenire. Già al primo comma dell'art. 107 L.F. si parla di competitività, informazione e pubblicità, elementi necessari per consentire condizioni di scambio più corrette: *“Le vendite e gli altri atti di liquidazione posti in essere in esecuzione del programma di liquidazione sono effettuati dal curatore tramite procedure competitive anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime⁴² effettuate, salvo il caso di beni di modesto valore, da parte di operatori esperti, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati”*. Il curatore analizza tutte le offerte che gli pervengono e cederà l'azienda al miglior corrispettivo possibile. Proprio perché egli è un gestore del patrimonio altrui e dalla liquidazione deve cercare di ricavare l'importo più elevato possibile ha il potere, datogli dal quarto comma dell'art. 107 L. F., di sospendere un'operazione di vendita già iniziata *“ove pervenga offerta irrevocabile d'acquisto migliorativa per un importo non inferiore al dieci per cento del prezzo offerto⁴³”*.

⁴⁰ *“L'alienante non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito. Nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori.”*

⁴¹ *“Della vendita dei beni”*

⁴² Le stime sono necessarie per indicare il valore costituente la base d'asta. A meno che l'asta non vada deserta, le offerte che pervengono al curatore devono essere necessariamente migliorative.

⁴³ Esempio: il prezzo offerto, costituente la base d'asta, è di 100 000 €. Il 10% del prezzo offerto è 10 000 €. Il curatore sta concludendo una vendita a 105 000 €; egli potrà sospendere la cessione qualora sopraggiunga un'offerta di almeno 110 000 €.

E ancora, all'art. 108 L. F. viene prevista un'ulteriore forma di tutela per l'impresa e i suoi creditori poiché il giudice delegato, su istanza di chiunque ne abbia interesse e qualora ricorrano gravi e giustificati motivi, potrà sospendere le operazioni di vendita. Tra i "gravi e giustificati motivi" rientra anche una vendita che il curatore stia perfezionando ad un prezzo inferiore a quello di mercato.

Il discorso sulla vendita dei beni va effettuato in questa sede perché l'esercizio provvisorio è uno degli istituti che possono essere disposti prima di procedere alla cessione dell'azienda o dei suoi singoli beni. La caratteristica della "provvisorietà" indica la possibilità di poter agire sulla lunghezza del periodo a favore della miglior liquidazione possibile dell'universalità: è a ciò che sono dedicati i commi 3, 4, 5 e 6 dell'art. 104 L. F.. L'esercizio provvisorio può essere fatto cessare in ogni momento: ogni tre mesi dal giudice delegato su pronuncia del comitato dei creditori (commi 3 e 4) e comunque, in qualsiasi momento, dal tribunale (comma 6). Si decide per la cessazione di questo periodo quando le finalità prefissate siano state raggiunte (quando, ad esempio, si trovi un acquirente dell'azienda aggregata secondo l'art. 105 di cui sopra), oppure, al contrario, quando si constati che l'ulteriore continuazione dell'esercizio non apporterebbe dei miglioramenti alla situazione, o addirittura la peggiorerebbe⁴⁴. Vi è però una particolarità, data dall'importanza attribuita nel *post*-riforma al binomio curatore-comitato dei creditori: pare di non potersi escludere la riapertura dell'esercizio provvisorio dopo la sua chiusura da parte del tribunale, se vi è la proposta del curatore e il conseguente assenso da parte del comitato dei creditori, cui segue l'autorizzazione del giudice delegato.

Anche i mutamenti ambientali hanno portato ad una riconsiderazione dell'istituto in esame; non si può non considerare l'influenza che la crisi del 2008 ha avuto sui mercati. Da un contesto caratterizzato da mercati efficienti, i mercati sono diventati luoghi instabili e insicuri dove non era più possibile considerare la liquidazione come un

⁴⁴ Il rendiconto che è tenuto a presentare il curatore, secondo il quinto comma dell'art. 104 L. F., serve anche ad effettuare valutazioni utili al comitato dei creditori e al curatore stesso per decidere in merito alla cessazione o meno dell'esercizio provvisorio.

mezzo sicuro e veloce per realizzare i beni, anzi: spesso una liquidazione avvenuta in tempi troppo prolungati⁴⁵ ha generato rilevanti perdite creando inevitabilmente un pregiudizio ai creditori. Infatti, durante una crisi economica la domanda di beni, specialmente immobili, è bassissima, e ciò comporta che sia meno probabile ottenere un buon esito dalla procedura liquidatoria dei singoli beni. Citando Pasquale Liccardo⁴⁶, presidente della sezione fallimentare del Tribunale di Bologna, *“In un contesto quale quello attuale, i meccanismi meramente liquidatori producono aspettative depressive, realizzano solo una “finzione operativa”, tanto improduttiva quanto dannosa. Il tempo appare sempre più una risorsa necessaria.”*. Certo, è sempre opportuno considerare in modo preciso la situazione in cui si trova l’azienda, poiché dichiarare l’esercizio provvisorio di un’impresa i cui risultati sono aleatori sarebbe più pericoloso di produrre *“aspettative depressive”*.

È chiaro, tra l’altro, che l’impresa insolvente non potrà essere continuata con le stesse modalità che l’hanno portata al fallimento, e se si vuole che l’esercizio provvisorio svolga una funzione di conservazione riallocativa, si deve agire il più tempestivamente possibile: per questo sarebbe opportuno che sin dall’istruttoria prefallimentare si riuscissero a classificare l’impresa e le sue attività in modo da distinguere quelle potenzialmente ancora in grado di funzionare dai *business* che creerebbero solo ostacoli alla conservazione dell’impresa, considerando per questi ultimi la possibilità di alienarli con profitto ad altre imprese. La legge fallimentare supporta questa tesi consentendo di

⁴⁵ Oggi, con la modifica intervenuta sulla L. F. dal d.l. 83/2015, sono stati chiaramente scanditi i termini in cui si deve svolgere la fase liquidatoria. Da art. 104-ter L. F.: *“Il programma costituisce l’atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell’attivo, e deve specificare: [...] f) il termine entro il quale sarà completata la liquidazione dell’attivo. Il termine di cui alla lettera f) del precedente comma non può eccedere due anni dal deposito della sentenza di fallimento.”*

⁴⁶ In *Esercizio provvisorio e strumenti alternativi per la continuità aziendale*, pag. 8, IPSOA, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2013.

agire con tempestività, in presenza di *periculum in mora* e di *fumus boni iuris*⁴⁷, grazie ai commi 6, 7 e 8 dell'art. 15 "Procedimento per la dichiarazione di fallimento":

"Il tribunale può delegare al giudice relatore l'audizione delle parti. In tal caso, il giudice delegato provvede all'ammissione ed all'espletamento dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio.

Le parti possono nominare consulenti tecnici.

Il tribunale, ad istanza di parte, può emettere i provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento, che hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento, ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza."

I commi 6 e 7 consentono di compiere delle azioni già nel periodo dedicato all'istruttoria prefallimentare per poter ottenere tempestivamente informazioni che altrimenti emergerebbero solo in tempi successivi. Ottenute le informazioni utili grazie all'audizione delle parti o all'intuizione e allo studio di consulenti tecnici, il comma 8 consente alle parti di agire nei confronti dell'impresa in crisi per tutelarne il patrimonio con provvedimenti efficaci fin da subito. Si può immaginare pertanto il caso in cui, a seguito di una valutazione rapida ma incisiva, emerga la convenienza ad emettere un provvedimento conservativo assimilabile ad un esercizio provvisorio dell'impresa⁴⁸,

⁴⁷ Il *periculum in mora* è il "pericolo che deriva dal ritardo", che potrebbe causare delle difficoltà nelle future decisioni di merito. È, assieme al *fumus boni iuris*, condizione per l'attuazione dei provvedimenti cautelari. Quest'ultimo è un giudizio sulla sussistenza del diritto a richiedere il provvedimento cautelare.

⁴⁸ Ad esempio, ciò potrebbe avvenire privando l'imprenditore della fallenda del potere gestorio e attribuendolo ad ausiliari del giudice, come avviene nell'esercizio provvisorio dove il gestore non è più l'imprenditore, bensì il curatore fallimentare. Si cita a questo proposito la pronuncia (consultata su <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2041.pdf>) del Tribunale di Napoli, VII sez. civ., del 23 giugno 2009: nel caso in esame, gli amministratori della fallenda avevano omesso colpevolmente lo stato di insolvenza in cui si trovava la società, causando un aggravamento della situazione di crisi. Pertanto il soggetto istante ha richiesto l'applicazione dell'art. 15 L. F. ottavo comma al fine di sostituire, sin dall'istruttoria, gli organi sociali con un amministratore giudiziario. Il Tribunale ha ritenuto probabile che venisse dichiarato il fallimento della società in esame e ritenuto inoltre sussistenti i presupposti per l'autorizzazione di provvedimenti cautelari/conservativi (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*); pertanto ha disposto l'immediata revoca degli amministratori in carica e la loro sostituzione con un amministratore

proprio per evitare la dispersione del valore della stessa, se ci dovesse essere questo rischio. Questi provvedimenti, per trovare continuità anche dopo la dichiarazione di fallimento, dovranno essere confermati dal tribunale in quella sede.

L'idea del legislatore fallimentare è quella di cominciare a monitorare l'impresa e cercare di salvaguardarla sin dal procedimento iniziale dell'istruttoria, tuttavia non si può dire che nella pratica casi come quelli citati si verifichino spesso: se già il tempo dedicato alla fase dell'istruttoria è limitato, l'assenza quasi totale di debitori collaborativi può rallentare di molto l'acquisizione delle informazioni. L'insieme combinato di questi due elementi facilmente scoraggia anche chi ha le migliori intenzioni, inducendolo ad aspettare la sentenza dichiarativa di fallimento per procedere all'effettuazione di provvedimenti conservativi, in particolare dell'esercizio provvisorio dell'impresa. È chiaro che usufruire dell'art. 15 comma 8 L. F. non significa anticipare gli effetti che solo una sentenza dichiarativa di fallimento può provocare, bensì significa agire in favore dell'impresa e del suo patrimonio, e quindi dei creditori, prima che la situazione sia pregiudicata e si sia ormai giunti alla sentenza dichiarativa di fallimento. I provvedimenti cautelari pertanto potranno incidere sulle scelte di amministrazione e gestione del patrimonio, proprio perché questo, assieme all'impresa, è il principale oggetto della tutela; si verificano casi in cui il provvedimento riguarda la subordinazione delle scelte di gestione all'approvazione del tribunale, casi in cui al debitore sono imposti obblighi informativi, casi in cui al debitore viene affiancato un "cogestore" designato dal tribunale per evitare scelte distrattive e dispersive del patrimonio e casi, come quello già citato (Trib. Napoli, 23/06/2009), in cui l'amministrazione o il consiglio di amministrazione sono sostituiti da un amministratore giudiziale. Quest'ultimo provvedimento è da molti ritenuto illegittimo poiché, dal momento che con la sentenza dichiarativa di fallimento non è previsto che gli organi

giudiziario attribuendogli il compito di relazionare al Tribunale sull'attività svolta e sui relativi risultati ogni 7 giorni e dandogli la possibilità di avvalersi dell'ausilio di collaboratori di fiducia.

Tuttavia F. Fimmanò in *"L'esercizio provvisorio "anticipato" dell'impresa "fallenda" tra spossessamento cautelare dell'azienda e amministrazione giudiziaria della società"* a pag. 19 sostiene legittimo effettuare lo spossessamento cautelare anticipato nominando un custode giudiziario o un ispettore giudiziale o un curatore speciale, ma non ritiene ammissibile la nomina di un amministratore giudiziario.

sociali siano revocati, ma solamente privati del potere gestorio, non si vede perché un provvedimento conservativo (non anticipatorio) debba produrre degli effetti che nemmeno la sentenza di fallimento produrrebbe.

Dal 17 luglio 2006 esercizio provvisorio, affitto di azienda e liquidazione si trovano nello stesso capo⁴⁹ della Legge Fallimentare: questo cambiamento radicale rispetto alla visione della norma del '42 significa che gradualmente, negli anni, si è riconosciuto un diretto collegamento tra questi istituti. Ed in effetti è così, poiché l'affitto d'azienda *ex art. 104-bis* potrebbe seguire ad un periodo di esercizio provvisorio, oppure potrebbe effettuarsi, contestualmente all'affitto di azienda, l'esercizio provvisorio di un ramo della stessa. Lo stesso esercizio provvisorio è spesso funzionale ad una liquidazione che soddisfi e tuteli maggiormente i creditori: infatti mantenendo in attività l'impresa sino al momento della sua vendita, ci si potrà avvicinare più facilmente, al momento della liquidazione, alla massimizzazione dell'attivo.

L'art. 104 L. F. è ormai rubricato "Esercizio provvisorio dell'impresa del fallito".

Art. 104

“Con la sentenza dichiarativa del fallimento, il tribunale può disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, se dalla interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori.

Successivamente, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza, con decreto motivato, la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, fissandone la durata.

Durante il periodo di esercizio provvisorio, il comitato dei creditori è convocato dal curatore, almeno ogni tre mesi, per essere informato sull'andamento della gestione e per pronunciarsi sull'opportunità di continuare l'esercizio.

⁴⁹ Capo VI, "Dell'esercizio provvisorio e della liquidazione dell'attivo".

Se il comitato dei creditori non ravvisa l'opportunità di continuare l'esercizio provvisorio, il giudice delegato ne ordina la cessazione.

Ogni semestre, o comunque alla conclusione del periodo di esercizio provvisorio, il curatore deve presentare un rendiconto dell'attività mediante deposito in cancelleria.

In ogni caso il curatore informa senza indugio il giudice delegato e il comitato dei creditori di circostanze sopravvenute che possono influire sulla prosecuzione dell'esercizio provvisorio.

Il tribunale può ordinare la cessazione dell'esercizio provvisorio in qualsiasi momento laddove ne ravvisi l'opportunità, con decreto in camera di consiglio non soggetto a reclamo sentiti il curatore ed il comitato dei creditori.

Durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli.

I crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio sono soddisfatti in prededuzione ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1).

Al momento della cessazione dell'esercizio provvisorio si applicano le disposizioni di cui alla sezione IV del capo III del titolo II.”

Il terzo e il quinto comma si sviluppano lungo la stessa lunghezza d'onda: entrambi prevedono un monitoraggio costante dell'attività svolta durante l'esercizio provvisorio e una sua rendicontazione. Infatti si dispone l'esercizio provvisorio se non si prevede alcun pregiudizio per i creditori, però questa situazione non dev'essere compromessa da alcun evento durante la gestione; pertanto ogni tre mesi (o comunque quando si verificano circostanze non previste) il curatore convoca il comitato dei creditori per informarlo sull'andamento della gestione e quest'ultimo, se si ritiene pregiudicato, può comunicare il proprio dissenso rispetto alla continuazione dell'esercizio provvisorio. Il sesto comma poi prevede che il curatore rediga un vero e proprio rendiconto finanziario al termine dell'esercizio provvisorio e comunque ogni sei mesi, di modo che i creditori possano valutare l'andamento e la convenienza dell'istituto anche grazie a dati numerici. Da esso infatti potranno verificare se si sta realizzando quanto era stato

previsto nel programma finanziario iniziale. Un'ulteriore previsione per la tutela dei creditori è data dall'art. 41, comma 5, L. F. che consente –in ogni tempo- al comitato dei creditori e ad ogni suo componente di ispezionare le scritture contabili⁵⁰, i documenti della procedura, e di chiedere notizie e chiarimenti sia al curatore che al fallito.

⁵⁰ I dati delle scritture contabili intermedie, predisposte durante la procedura, vanno preferibilmente indicati al *fair value*, cioè al loro valore di realizzo, poiché nel caso della procedura fallimentare esso rappresenta un valore più utile all'informazione dei creditori.

SECONDA PARTE

3. *Esercizio provvisorio contestuale alla dichiarazione di fallimento*

L'istruttoria prefallimentare è il primo dei momenti in cui dovrebbe valutarsi la convenienza economica e sociale alla continuazione temporanea dell'esercizio. Si è già parlato, nel capitolo precedente, dell'importanza di effettuare un'istruttoria rapida, ma analitica, che consenta al tribunale, con un certo margine di sicurezza (pena il pregiudizio dei creditori), di dichiarare l'esercizio provvisorio nell'ambito del provvedimento dichiarativo del fallimento. Prima della riforma del diritto fallimentare non era prevista la corrispondenza temporale tra la sentenza dichiarativa del fallimento e la disposizione dell'esercizio provvisorio, ma quest'ultima facoltà poteva essere esercitata in qualsiasi momento successivo alla dichiarazione del fallimento, fino alla dichiarazione di esecutività dello stato passivo. Con la novellazione della disciplina fallimentare, al primo comma dell'art. 104 L. F. leggiamo che il tribunale può disporre l'istituto in esame (anche riferito ad uno o più rami dell'azienda) in un solo momento, cioè contestualmente alla sentenza dichiarativa di fallimento.

“Con la sentenza dichiarativa del fallimento, il tribunale può disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, se dalla interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori”.

Deve però essersi stabilito che l'eventuale interruzione dell'attività di impresa genererebbe un danno grave. Non essendo specificato nei confronti di chi, si ritiene che il danno grave debba intendersi verso l'azienda stessa, i creditori, ma anche e soprattutto nei confronti di tutto il mercato in cui essa opera. Esempi di danno grave li riscontriamo nella giurisprudenza; esso può consistere nel rischio della perdita dell'avviamento, nella presenza di beni deperibili nelle sedi societarie o nei magazzini, nel pericolo per l'ambiente, nella cessazione di un servizio pubblico ritenuto essenziale (come il trasporto pubblico, l'asporto rifiuti, la fornitura di acqua, luce e gas), ecc..

Pare corretta, a chi scrive, l'eliminazione della dicitura *“danno grave e irreparabile”*, come si trovava scritto all'art. 90 della Legge Fallimentare non riformata: vista la rarità dei casi in cui l'interruzione dell'esercizio di un'impresa insolvente creava dei danni

irreparabili, la presenza di questa clausola nella norma generava forti complessità nell'utilizzo dell'esercizio provvisorio.

Per decidere sulle sorti dell'impresa, è necessario che l'istruttoria abbia fatto emergere i punti deboli dell'impresa, in modo da capire le ragioni della crisi. Quest'ultima è generalmente causata da una combinazione di difficoltà come la mancanza di organizzazione, l'incapacità di mantenere l'equilibrio finanziario, la *mala gestio* degli amministratori, l'atteggiamento di chiusura nei confronti delle nuove opportunità offerte dal mercato, le previsioni sbagliate rispetto all'andamento dei flussi di cassa futuri (debolezze interne) unite alla crisi economica, alla variabilità della domanda di mercato e alla difficoltà di ottenere finanziamenti (debolezze che vengono dall'esterno).

Uno strumento necessario, anche se non sufficiente, perché il tribunale possa avere più chiaro il tipo di insolvenza, è il bilancio degli ultimi tre esercizi osservato congiuntamente alla situazione patrimoniale, economica e finanziaria⁵¹ aggiornata; questi elementi devono essere depositati dall'imprenditore a norma dell'art. 15 comma 4 L. F.⁵², poiché solo essendo in possesso di determinate informazioni il tribunale potrà decidere se optare o meno per l'esercizio provvisorio. Dall'esame del bilancio infatti si è in grado di capire la misura dell'insolvenza e la sua sanabilità (ad esempio con l'eliminazione di attività che non costituiscono il *core business* dell'impresa e che hanno generato rilevanti perdite, e mantenendo in vita con l'esercizio provvisorio quei rami che possono ancora operare in condizioni di equilibrio economico-finanziario).

Riassumendo, il primo comma dell'art. 104 L. F. indica:

- il soggetto che per primo in ordine temporale è autorizzato a dichiarare l'esercizio provvisorio
- l'oggetto dell'esercizio provvisorio
- le circostanze in cui quest'ultimo può essere stabilito.

⁵¹ La situazione finanziaria potrebbe essere espressa da un rendiconto finanziario. In ogni caso da essa si deve evincere la relazione tra fabbisogni e fonti, cioè come gli impieghi di capitale remunerano le fonti di finanziamento.

⁵² Già nel 1582, a Firenze, Cosimo De Medici aveva previsto, per il fallito, il deposito delle scritture contabili entro tre giorni dal fallimento.

Questi tre elementi però devono avere un denominatore comune: il fatto di non creare pregiudizio ai creditori. Il che significa che la gestione provvisoria dell'esercizio deve essere almeno non peggiorativa degli interessi creditori. Solo un'istruttoria prefallimentare eseguita con minuzia consentirà al tribunale di sapere con ragionevole certezza che l'esercizio provvisorio non pregiudicherà i creditori.

A livello quantitativo, è possibile fare degli studi e porli a confronto per stabilire la soluzione più conveniente; ad esempio, secondo la proposta del prof. Francesco Fimmano⁵³, prima che venga dichiarato il fallimento bisogna fare tre stime. La prima riguarda il valore che si trarrebbe dalla vendita dell'azienda dopo aver effettuato l'esercizio provvisorio (in questo caso vanno stimate anche le entrate e le uscite dell'esercizio provvisorio). La seconda è la stima del valore di vendita dell'azienda che non abbia optato per l'esercizio provvisorio. La terza è la stima del ricavato che si otterrebbe dalla vendita dei beni presi singolarmente. Necessariamente, procedendo in tal modo, si opterà per la soluzione supportata dal dato quantitativo più vantaggioso.

Tuttavia, come già accennato, nella valutazione che in prima istanza deve fare il tribunale non possono rientrare solo dati quantitativi. Potrebbe anche accadere che quantitativamente l'opzione che prevede l'esercizio provvisorio si riveli la sfavorita, ma, analizzandola anche dal punto di vista qualitativo, sia quella che in realtà apporta i maggiori vantaggi. È certamente molto difficile quindi per il tribunale effettuare una scelta che non pregiudichi i creditori, ed ancor più complesso cercare di valutare preliminarmente i risultati parziali -e finali- cui porterà l'esercizio provvisorio.

Nel caso si opti, in sede di dichiarazione di fallimento, per la continuazione provvisoria dell'esercizio, sarà compito del curatore fallimentare⁵⁴ gestire l'azienda orientandone l'andamento secondo le previsioni effettuate dal tribunale, pur sempre potendo farsi coadiuvare da collaboratori o tecnici a norma dell'art. 32 comma 2 della L. F.. Egli dovrà rispettare il cosiddetto "piano di continuazione" che in taluni casi viene

⁵³ "Commento all'art. 104" in *Il nuovo diritto fallimentare. Commento al r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (agg. al d.l. 35/2005 e al d. lgs. 5/2006)*, Zanichelli Editore, Bologna, 2007

⁵⁴ Nominato con la sentenza dichiarativa di fallimento (art. 27 L. F.).

predisposto dal tribunale durante l'istruttoria prefallimentare; altrimenti dovrà essere redatto dal curatore stesso, seguendo comunque le indicazioni del tribunale che ha dichiarato il fallimento.

Se il curatore, nominato con sentenza dichiarativa di fallimento e incaricato di gestire l'esercizio provvisorio, si accorgesse della non convenienza nella prosecuzione dell'attività, avrà la possibilità di convocare il comitato dei creditori ed informarlo a norma del terzo comma dell'art. 104 L. F. in modo che possa pronunciarsi sull'opportunità della continuazione.

4. *L'esercizio provvisorio proposto dal curatore ed il programma di liquidazione*

Qualora il tribunale abbia dichiarato il fallimento dell'impresa senza ritenerne opportuna la continuazione dell'attività, per effettuare l'esercizio provvisorio si aprono ulteriori possibilità. Infatti, il fatto che il tribunale non abbia dichiarato l'esercizio provvisorio potrebbe essere dovuto alla difficoltà di effettuare delle previsioni attendibili, a partire dalla situazione patrimoniale, economica e finanziaria, nel poco tempo a disposizione. In questo caso interviene la disposizione dell'art. 104 L. F., secondo comma, che prevede la possibilità di una proposta di esercizio provvisorio da parte del curatore fallimentare⁵⁵.

“Successivamente, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza, con decreto motivato, la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, fissandone la durata”.

Il termine “successivamente” si riferisce al periodo che segue la dichiarazione di fallimento; la proposta del curatore potrebbe dunque essere contenuta nel programma di liquidazione, come si specificherà più avanti in questo capitolo, oppure potrebbe essere successiva alla dichiarazione di fallimento ma antecedente rispetto al programma di liquidazione, non sussistendo più l'obbligo di aver reso esecutivo lo stato passivo prima di disporre l'esercizio provvisorio. In questo tempo successivo alla sentenza dichiarativa

⁵⁵ È da segnalare un'eccezione nella giurisprudenza, verificatasi con decreto del Tribunale di Bologna del 14 agosto 2009.

Il caso era il seguente (doc. consultato su <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1809.pdf>): la fallita aveva promosso un'istanza di fallimento in proprio in cui non aveva specificato in alcun modo l'attività svolta (studio, progettazione, sviluppo, produzione e commercio di prodotti e attrezzature diagnostiche ad uso umano) che aveva peraltro un mercato relativamente rilevante. Il Tribunale ritiene che raramente il periodo dell'istruttoria, come in questo caso, si rivela sufficiente per avere una conoscenza dell'impresa tale da consentire di dichiararne l'esercizio provvisorio con la sentenza dichiarativa di fallimento, e osserva che, anche se il “danno grave” non viene menzionato nel secondo comma dell'art. 104 L. F., potrebbe sempre sussistere e non essere stato rilevato in precedenza. Sostenendo quindi che continui ad essere compito del Tribunale quello di rilevare il danno grave, conclude in questo modo: *“Deve pertanto ritenersi che con la sentenza dichiarativa di fallimento non si estingue il potere di autorizzazione ufficiosa del Tribunale dell'esercizio provvisorio laddove il danno grave non sia stato prima rappresentato”*. Questo autorizzerebbe il Tribunale ad agire in ogni tempo, sminuendo il ruolo primario – e fortemente voluto dalla riforma- del curatore e del comitato dei creditori.

del fallimento, essendo passato del tempo dall'istruttoria prefallimentare è possibile che lo stato di crisi in cui si trovava l'azienda si sia aggravato (si ricorda infatti l'importanza di agire con tempestività per preservare i valori materiali e immateriali contenuti nell'azienda come complesso di beni organizzati). È per questo che il secondo comma introduce delle previsioni a tutela dei creditori come l'obbligo, per il comitato dei creditori, di esprimere il proprio parere in merito alla continuazione dell'esercizio, pur non essendoci più la previsione del *danno grave*.

Si può notare una triangolazione tra soggetti: il curatore, che effettua la proposta; il comitato dei creditori, che dà il parere sulla proposta del curatore e il giudice delegato, che autorizza l'esercizio provvisorio con decreto motivato⁵⁶.

Il curatore prima di tutto ha il compito di verificare che l'esercizio provvisorio non peggiori le aspettative di soddisfazione dei creditori rispetto alle alternative già presenti⁵⁷. Questo procedimento di verifica, con le sue risultanze, deve essere posto per iscritto nel documento che costituisce la proposta del curatore; in esso deve trovare collocazione una valutazione finanziaria con valore prospettico⁵⁸ la cui attendibilità sarà analizzata dal comitato dei creditori. È necessario che nella proposta si stimi anche l'andamento temporale della dinamica reddituale rispetto a quella finanziaria affinché le scelte effettuate durante la continuazione dell'esercizio portino ad una gestione più equilibrata dell'impresa. Perché la proposta del curatore sia approvata dal giudice delegato, è necessario che il comitato dei creditori dia il proprio *placet*, a garanzia del fatto che l'esercizio provvisorio, con ragionevole certezza, sarà realmente conveniente e non pregiudicherà i creditori.

Potrebbe però accadere che la proposta del curatore sia immediatamente successiva alla dichiarazione di fallimento e che il comitato dei creditori non sia ancora stato nominato. Al primo comma dell'art. 40 L. F. che regola il procedimento di nomina del comitato si legge:

⁵⁶ Art. 25 L. F. (Poteri del giudice delegato.), comma terzo: "*I provvedimenti del giudice delegato sono pronunciati con decreto motivato.*"

⁵⁷ Alcune delle alternative sempre presenti sono la vendita immediata dell'azienda o dei singoli beni.

⁵⁸ Un rendiconto finanziario prospettico dell'esercizio provvisorio che ne stima entrate e uscite.

“Il comitato dei creditori è nominato dal giudice delegato entro trenta giorni dalla sentenza di fallimento sulla base delle risultanze documentali, sentiti il curatore e i creditori che, con la domanda di ammissione al passivo o precedentemente, hanno dato la disponibilità ad assumere l’incarico ovvero hanno segnalato altri nominativi aventi i requisiti previsti. Salvo quanto previsto dall’articolo 37-bis, la composizione del comitato può essere modificata dal giudice delegato in relazione alle variazioni dello stato passivo o per altro giustificato motivo.”

Per questo e altri casi ritenuti particolari o urgenti il legislatore ha ritenuto necessario introdurre una norma con la quale si potesse procedere all’approvazione della proposta del curatore anche senza il parere favorevole del comitato, data l’importanza della tempestività nell’azione. Si parla dell’art. 41⁵⁹, quarto comma, L. F.:

“In caso di inerzia, di impossibilità di costituzione per insufficienza di numero o indisponibilità dei creditori, o di funzionamento del comitato o di urgenza, provvede il giudice delegato.”

Pare, e lo si evince dal secondo comma dell’art. 104, che il giudice possa (e debba) autorizzare la continuazione dell’esercizio soltanto con il parere favorevole del comitato dei creditori. Questo dovere però può venir meno quando egli, in quanto controllore di legittimità, non ritenga legittima la prosecuzione provvisoria dell’esercizio e per questa ragione decida di non autorizzarla nonostante il parere favorevole dei creditori⁶⁰. In quest’ultima ipotesi e in quella in cui il comitato non abbia dato il proprio parere favorevole il curatore potrà, cambiati i presupposti, ripresentare la proposta.

È previsto che l’autorizzazione del giudice delegato sia adeguatamente motivata, in modo da garantire il perseguimento dell’interesse creditorio. La motivazione non consiste in una semplice spiegazione del perché si sia proceduto all’autorizzazione del provvedimento, ma deve contenere tutte le indicazioni riguardanti la continuazione dell’attività imprenditoriale (la durata prevista, i rami d’azienda cui la continuazione si

⁵⁹ Rubricato “Funzioni del comitato”.

⁶⁰ La prosecuzione temporanea dell’esercizio potrebbe, ad esempio, non essere ritenuta legittima se il giudice delegato riscontri che nella proposta del curatore vi è incoerenza tra i dati o mancanza di logicità. Pertanto il giudice delegato non autorizzerà il provvedimento al fine di tutelare i creditori.

riferisce, il ruolo che dovrà avere il curatore) anche se queste informazioni nella gran parte dei casi sono già contenute nella proposta del curatore.

Poiché, come visto, l'espressione "successivamente" non si riferisce ad un preciso istante, questo secondo comma dell'art. 104 L. F. si può interpretare come un'anticipazione dell'art. 104-ter, in cui è indicata la possibilità di inserire la proposta del curatore all'interno del programma di liquidazione.

L'importanza del programma di liquidazione è elevatissima: in questo documento infatti il curatore esprime per iscritto tutte le possibili soluzioni che si prospettano per il futuro dell'impresa, dimostrate con argomentazioni economico-aziendalistiche, come l'illustrazione dei flussi di cassa che ci si attendono dall'attività di vendita dei beni dell'azienda, unitaria o atomistica che sia.

Con il decreto legge n. 83 del 27 giugno 2015, denominato "Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria", e convertito (con alcune modifiche) nella legge 6 agosto 2015, n. 132, sono stati modificati anche alcuni articoli della disciplina fallimentare. Tra questi vi è l'art. rubricato "Programma di liquidazione", di cui segue il testo aggiornato alla data di entrata in vigore del provvedimento (21 agosto 2015).

Art. 104-ter

Entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario, e in ogni caso non oltre centottanta giorni dalla sentenza dichiarativa di fallimento, il curatore predispone un programma di liquidazione da sottoporre all'approvazione del comitato dei creditori. Il mancato rispetto del termine di centottanta giorni di cui al primo periodo senza giustificato motivo è giusta causa di revoca del curatore.

Il programma costituisce l'atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo, e deve specificare:

- a) l'opportunità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, o di singoli rami di azienda, ai sensi dell'articolo 104, ovvero l'opportunità di autorizzare l'affitto dell'azienda, o di rami, a terzi ai sensi dell'articolo 104-bis;*

- b) la sussistenza di proposte di concordato ed il loro contenuto;*
- c) le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare ed il loro possibile esito;*
- d) le possibilità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco;*
- e) le condizioni della vendita dei singoli cespiti;*
- f) il termine entro il quale sarà completata la liquidazione dell'attivo.*

Il termine di cui alla lettera f) del precedente comma non può eccedere due anni dal deposito della sentenza di fallimento. Nel caso in cui, limitatamente a determinati cespiti dell'attivo, il curatore ritenga necessario un termine maggiore, egli è tenuto a motivare specificamente in ordine alle ragioni che giustificano tale maggior termine.

Il curatore, fermo restando quanto disposto dall'articolo 107, può essere autorizzato dal giudice delegato ad affidare ad altri professionisti o società specializzate alcune incombenze della procedura di liquidazione dell'attivo.

Il comitato dei creditori può proporre al curatore modifiche al programma presentato.

Per sopravvenute esigenze, il curatore può presentare, con le modalità di cui ai commi primo, secondo e terzo, un supplemento del piano di liquidazione.

Prima della approvazione del programma, il curatore può procedere alla liquidazione di beni, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori se già nominato, solo quando dal ritardo può derivare pregiudizio all'interesse dei creditori⁶¹.

Il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni, se l'attività di liquidazione appaia

⁶¹ L'esempio potrebbe essere quello di un'azienda del settore alimentare che si trova in crisi e di cui viene dichiarato il fallimento: la presenza, nei magazzini, di beni deperibili o deteriorabili richiede la loro rapida liquidazione per evitare di creare un pregiudizio ai creditori. Uscendo dall'ambito alimentare, lo stesso potrebbe avvenire in un'azienda produttrice di tecnologie od oggetti a rapida obsolescenza che necessitano della vendita immediata onde evitare gravi perdite di valore.

manifestamente non conveniente. In questo caso, il curatore ne dà comunicazione ai creditori i quali, in deroga a quanto previsto nell'articolo 51, possono iniziare azioni esecutive o cautelari sui beni rimessi nella disponibilità del debitore.

Il programma approvato è comunicato al giudice delegato che autorizza l'esecuzione degli atti a esso conformi.

Il mancato rispetto dei termini previsti dal programma di liquidazione senza giustificato motivo è giusta causa di revoca del curatore.

I sessanta giorni dalla redazione dell'inventario non sono un termine perentorio: per questo è stata recentemente introdotta, dal decreto legge n. 83/2015, la nuova regola che prevede che il programma di liquidazione possa essere predisposto fino al centottantesimo giorno successivo alla sentenza dichiarativa di fallimento. Il curatore infatti, nella prassi, ritardava la redazione dell'inventario per allungare i termini di presentazione del programma di liquidazione, anche perché in concomitanza con la redazione dell'inventario la legge prevede che il curatore abbia altre incombenze come quella, non facilmente realizzabile in breve tempo, di procedere all'accertamento dei crediti e, conseguentemente, effettuare la comunicazione ai creditori.

La legge non definisce quello dei 180 giorni un "termine perentorio", tuttavia al suo mancato rispetto corrisponde la revoca del curatore per giusta causa⁶² (a meno che non vi sia un giustificato motivo). Il programma, una volta predisposto, deve essere presentato per l'approvazione, sempre per la tutela dei creditori, al comitato che li rappresenta. Sarà il giudice delegato, poi, ad autorizzare l'esecuzione degli atti previsti dal programma, a norma del nono comma.

⁶² Nei codici non si trova l'esatta definizione di giusta causa, tuttavia la si può ricavare dall'art. 2119 del Codice Civile, rubricato "Recesso per giusta causa". Nel primo periodo si legge che "*ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto*". Dunque, applicando la norma alla legge fallimentare, il fatto che il curatore non rispetti il termine di 180 giorni per la predisposizione del programma di liquidazione, e non abbia un giustificato motivo, viene ritenuto dal legislatore una causa che non consente la prosecuzione del rapporto.

Il contenuto del programma di liquidazione è indicato dal secondo comma dell'art. 104-ter L. F.: vi vanno indicate tutte le modalità e i termini con cui si è previsto di realizzare l'attivo. Questo primo periodo del secondo comma non è specifico proprio perché non si ometta nulla di ciò che è necessario alla liquidazione. Ma le successive lettere, dalla a) alla f), indicano con precisione ciò che il programma di liquidazione deve esplicitare ed è proprio alla prima lettera, la "a)", che l'articolo indica al curatore di segnalare l'opportunità di ricorrere all'istituto dell'esercizio provvisorio. Ciò avviene quando il curatore ritenga che grazie alla continuazione provvisoria dell'esercizio si possa effettuare una miglior liquidazione oppure quando, calcolando l'utilità per i terzi (oltre che per i creditori) si accorga dell'importanza di perseguire importanti interessi economici e sociali. Come previsto dal primo periodo, il curatore dovrà esplicitare modalità e termini dell'esercizio provvisorio, procedendo quindi secondo le stesse regole della proposta del curatore.

Poiché il programma di liquidazione è soggetto all'approvazione del comitato dei creditori, è previsto dal quinto comma che esso possa proporre delle modifiche sull'intero programma o, più verosimilmente, su alcuni dei punti che lo compongono, tra cui figura la proposta di esercizio provvisorio.

Qualora il curatore non avesse ancora proposto la continuazione dell'esercizio, ed il comitato avesse già approvato il programma di liquidazione, il sesto comma ci segnala l'ulteriore, ultima possibilità per proporlo e approvarlo: introducendo un supplemento al programma di liquidazione.

È la seconda volta all'interno dello stesso articolo –stavolta al decimo e ultimo comma– che il legislatore prevede per il curatore fallimentare una giusta causa di revoca, pur mantenendo la possibilità del giustificato motivo, per il mancato rispetto dei termini. La norma è interpretabile in due modi: il primo suggerisce un'incrementata rigidità da parte del legislatore sul rispetto dei termini, finalizzata al perseguimento dell'obiettivo di velocizzazione della procedura fallimentare (di tutte le fasi che la compongono). Il secondo modo interpretativo si focalizza di più sulla possibilità di fornire un giustificato motivo per consentire l'allungamento dei termini: sembra che si voglia dare al curatore

una certa flessibilità per consentirgli di agire in ragione della complessità della procedura.

Una volta approvata la proposta del curatore, o approvato il programma di liquidazione in cui è stata segnalata l'opportunità di disporre l'esercizio provvisorio, il soggetto cui spetta la gestione dell'esercizio temporaneo è il curatore fallimentare. Egli, in questo ruolo, deve attenersi fedelmente alle modalità di gestione previste nella proposta poiché contrassegnate da parere favorevole dei creditori. Tuttavia, qualora durante la gestione il curatore rilevasse delle circostanze per le quali non è più valida la proposta iniziale -e ne sia quindi necessaria una modifica- egli avrà l'obbligo di informare il giudice delegato e il comitato dei creditori⁶³ che esprimerà nuovamente il proprio parere: se l'esercizio provvisorio era stato dichiarato con il programma di liquidazione, si dovrà procedere alla modifica del programma di liquidazione.

⁶³ Regola prevista dall'art. 104 L. F. al quinto comma.

5. *Rapporti giuridici preesistenti al momento della dichiarazione di esercizio provvisorio dell'impresa: differenze tra la disciplina dell'esercizio provvisorio e quella degli artt. 72 ss. L. F.*

Art. 72

“Rapporti pendenti”

“Se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto.

Il contraente può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto.

La disposizione di cui al primo comma si applica anche al contratto preliminare salvo quanto previsto nell'articolo 72-bis.

In caso di scioglimento, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno.

L'azione di risoluzione del contratto promossa prima del fallimento nei confronti della parte inadempiente spiega i suoi effetti nei confronti del curatore, fatta salva, nei casi previsti, l'efficacia della trascrizione della domanda; se il contraente intende ottenere con la pronuncia di risoluzione la restituzione di una somma o di un bene, ovvero il risarcimento del danno, deve proporre la domanda secondo le disposizioni di cui al

Capo V.

Sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento.

In caso di scioglimento del contratto preliminare di vendita immobiliare trascritto ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile, l'acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno e gode del privilegio di cui all'articolo 2775-bis del codice civile a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento.

Le disposizioni di cui al primo comma non si applicano al contratto preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado.”

Quando viene dichiarato il fallimento il curatore fallimentare, che è il gestore della procedura, fa le veci dell'imprenditore che è stato dichiarato fallito. Qualunque scelta si operi in merito all'impresa fallita (immediata liquidazione, esercizio provvisorio, amministrazione straordinaria, ecc.), il curatore ha il compito di agire in maniera da tutelare *in primis* i creditori, ma anche i terzi e l'azienda che momentaneamente amministra. Per ciò il primo comma dell'art. 72 L. F. indica che tutti i contratti ancora in esecuzione al momento della dichiarazione di fallimento sono sospesi: per evitare di creare pregiudizi in assenza di un parere del curatore. Egli dovrà effettuare valutazioni accurate sull'economicità del contratto, sulla sua utilità per la buona conservazione dei beni in previsione della liquidazione, sugli interessi in gioco; corredata dall'autorizzazione del comitato dei creditori, la scelta del curatore sarà subentrare nel contratto oppure sciogliervisi.

Poniamo il caso che l'impresa dichiarata fallita svolgesse la sua attività in un immobile in locazione. Secondo la previsione generale dell'art. 72 L. F. il curatore, al momento della sentenza dichiarativa di fallimento, si troverebbe di fronte ad un contratto che per sua natura non è ancora completamente eseguito (almeno fino alla sua scadenza) e pertanto sarebbe obbligato a scegliere se sciogliersi da esso o subentrarvi. A parte che la decisione di sciogliersi dal contratto di locazione comporterebbe la conseguenza di compromettere seriamente l'attività di impresa, non avendo più essa un luogo dove

essere esercitata, né ne consentirebbe l'eventuale continuazione con l'esercizio provvisorio, bisogna considerare che il pagamento del canone di locazione al locatore, da parte del curatore, significherebbe aver tacitamente accettato di subentrare nel contratto. Potrebbe essere, allora, che inizialmente il curatore né effettui il pagamento del canone, né opti per una delle due alternative previste dal primo comma dell'art. 72 L. F., in attesa di effettuare una scelta ragionata. La disposizione specifica riguardante il contratto di locazione di immobili (art. 80 L. F.), inoltre, per il fallimento del locatario⁶⁴ (o conduttore), si basa sempre sul disposto dell'art. 72: *“In caso di fallimento del conduttore, il curatore può in qualunque tempo recedere dal contratto, corrispondendo al locatore un equo indennizzo per l'anticipato recesso, che nel dissenso fra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati.*

Il credito per l'indennizzo è soddisfatto in prededuzione ai sensi dell'articolo 111, n. 1 con il privilegio dell'articolo 2764⁶⁵ del codice civile.”

Con la sospensione del contratto di locazione però il locatario si troverebbe in difficoltà, se non esistesse la previsione dell'art. 72 L. F. al secondo comma: il locatario così ha la

⁶⁴ Terzo e quarto comma dell'art. 80 L. F..

⁶⁵ Art. 2764 c.c.: *“Il credito delle pigioni e dei fitti degli immobili ha privilegio sui frutti dell'anno e su quelli raccolti anteriormente, nonché sopra tutto ciò che serve a fornire l'immobile o a coltivare il fondo locato.*

Il privilegio sussiste per il credito dell'anno in corso, dell'antecedente e dei successivi, se la locazione ha data certa, e, in caso diverso, per quello dell'anno in corso e del susseguente.

Lo stesso privilegio ha il credito dipendente da mancate riparazioni le quali siano a carico del conduttore, il credito per i danni arrecati all'immobile locato, per la mancata restituzione delle scorte e ogni altro credito dipendente da inadempimento del contratto.

Il privilegio sui frutti sussiste finché si trovano nel fondo o nelle sue dipendenze. Esso si può far valere anche nei confronti del subconduttore.

Il privilegio sulle cose che servono a fornire l'immobile locato o alla coltivazione del fondo sussiste pure se le cose appartengono al subconduttore, nei limiti in cui il locatore ha azione contro il medesimo.

Il privilegio sulle cose che servono a fornire l'immobile locato ha luogo altresì nei confronti dei terzi, finché le cose si trovano nell'immobile, salvo che si provi che il locatore conoscesse il diritto del terzo al tempo in cui sono state introdotte

Qualora le cose che servono a fornire la casa o il fondo locato ovvero a coltivare il medesimo vengano asportate dall'immobile senza il consenso del locatore, questi conserva su di esse il privilegio, purché ne domandi il sequestro, nei modi stabiliti dal codice di procedura civile per il sequestro conservativo, entro il termine di trenta giorni dall'asportazione, se si tratta di mobili che servono a fornire o a coltivare il fondo rustico, e di quindici giorni, se si tratta di mobili che servono a fornire la casa. Restano salvi in ogni caso i diritti acquistati dopo l'asportazione dai terzi che ignoravano l'esistenza del privilegio.”

possibilità di mettere in mora il curatore, che nei 60 giorni successivi dovrà decidere se subentrare nel contratto, altrimenti alla scadenza del termine esso si riterrà sciolto.

Quando viene dichiarato l'esercizio provvisorio, la norma applicabile ai contratti pendenti⁶⁶ è leggermente diversa, anche se richiama il principio generale stabilito dall'art. 72, primo comma, L. F.. La differenza sta nel fatto che quando viene dichiarato l'esercizio provvisorio i contratti in corso di esecuzione o non completamente eseguiti proseguono invece di essere sospesi. Ciò è previsto perché l'esercizio provvisorio è la prosecuzione di un'attività economica, che funziona se funzionano anche i rapporti che la regolano; sarà eventualmente il curatore che sceglierà se porre fine alla prosecuzione indicata dalla legge optando o per la sospensione o per lo scioglimento.

“Durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli.”

Si ritiene, poi, che sia tacitamente accettata la prosecuzione di un contratto che viene eseguito *de facto* nell'esercizio provvisorio, pertanto a quel punto il curatore non potrà più scioglierlo o sospenderlo⁶⁷.

Come si è visto, può accadere che l'esercizio provvisorio non venga dichiarato con la sentenza di fallimento, ma in seguito: a causa della regola generale dell'art. 72, è probabile che a quel punto una gran parte dei contratti sia già stata sciolta. Ciò è un elemento che fa pensare all'importanza che riveste la tempestività nella disposizione dell'esercizio provvisorio dell'impresa.

Quando l'esercizio provvisorio viene disposto per uno o più rami d'azienda, la regola dell'art. 104, settimo comma, L. F. si applica solamente a quei rami, mentre per tutto il resto continua a rimanere applicabile il principio generale sui rapporti preesistenti.

L'ultimo comma dell'art. 104 L. F. riguarda invece le regole applicabili ai contratti pendenti al momento della cessazione dell'esercizio provvisorio: viene meno

⁶⁶ Art. 104, settimo comma, L. F.: *“Durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli.”*

⁶⁷ Così la Cassazione a Sez. Unite con sentenza del 22/05/1996, n. 4715: *“L'utilizzazione costituisce esecuzione dell'unico contratto in corso.”*

l'applicabilità della norma speciale (art 104 comma 7 L. F.) a favore di quelle generali, dall'art. 72 all'art. 83-*bis* L. F..

“Al momento della cessazione dell’esercizio provvisorio si applicano le disposizioni di cui alla sezione IV del capo III del titolo II.”

Per quanto riguarda il profilo specifico dei contratti di lavoro, la legge (art. 2119 c. c., ultimo comma⁶⁸) non prevede che il fallimento costituisca una giusta causa di risoluzione del contratto di lavoro subordinato. Tuttavia il fallimento potrebbe consentire un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, cioè causato da ragioni economico-organizzative: poiché l'art.41 della Costituzione sancisce, al primo comma, che *“l’iniziativa economica privata è libera”* è l'imprenditore che deve decidere come strutturare la sua attività d'impresa. Questo ruolo, quando interviene una sentenza dichiarativa di fallimento, è svolto dal curatore il quale deve decidere come organizzare i fattori produttivi per la miglior liquidazione possibile dell'impresa di cui è il gestore; dal momento in cui ha effetto la sentenza dichiarativa di fallimento, è il curatore che decide in merito alla risoluzione dei contratti di lavoro della fallita. L'art. 3 della Legge 15 luglio 1966, n. 604 sui licenziamenti esplicita: *“Il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”*.

Il fatto, poi, che il licenziamento debba avvenire in forma scritta a norma dell'art. 2 della stessa legge, conferma l'ipotesi che non è sufficiente una sentenza dichiarativa di fallimento per interrompere il rapporto di lavoro. Esso infatti resterà formalmente in essere sino alla data del licenziamento.

Al momento della sentenza dichiarativa di fallimento, allora, per i lavoratori opera la regola generale sui contratti pendenti di cui all'art 72 primo comma L. F.: anche per

⁶⁸ *“Non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa.”*

quanto riguarda i contratti di lavoro subordinato il curatore potrà decidere se subentrarvi (con i conseguenti obblighi della retribuzione e della contribuzione) o sciogliervi. È necessario tuttavia evidenziare che il rapporto di lavoro subordinato viene così definito dall'art. 2094 c. c.: *“È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore”*. Si può allora ritenere che finché il curatore non decide di subentrare nel contratto non vi sia tra lui e il lavoratore quel rapporto “alle dipendenze e sotto la direzione”, e non vi sia quindi né l'obbligo da parte del lavoratore di prestare il proprio lavoro, né l'obbligo da parte del curatore alla retribuzione. È certo però che, all'occorrenza, per il lavoratore potrà operare il secondo comma dell'art. 72 con il quale egli avrà la facoltà di mettere in mora il curatore.

È necessario poi porre a confronto l'art 72, quarto comma, L. F., che afferma che in caso di scioglimento dal contratto al contraente non è dovuto il risarcimento del danno, e l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori⁶⁹, comma quarto⁷⁰, in cui è previsto il risarcimento del danno quando vi sia l'inefficacia o l'invalidità del licenziamento: si può affermare che le due norme non sono in contrasto perché, nonostante la previsione dell'art 72 L. F., qualora il licenziamento sia illegittimo potrà certamente essere dovuto dal curatore il risarcimento del danno. Questo potrebbe verificarsi quando ad esempio il curatore, adducendo motivi di riorganizzazione ed economicità dell'impresa finalizzati ad una miglior liquidazione dell'attivo, licenzi alcuni lavoratori, ma non sopprime il posto di lavoro del personale licenziato, attribuendolo invece ad altri. Ciò significa che il giustificato motivo oggettivo che aveva consentito il licenziamento era in realtà illegittimo. Il lavoratore licenziato potrà allora chiedere il risarcimento del danno, oltre ad ottenere la reintegra nel posto di lavoro.

⁶⁹ Legge 20 maggio 1970, n. 300.

⁷⁰ *“Il giudice con la sentenza di cui al primo comma condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata l'inefficacia o l'invalidità stabilendo un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione e al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali al momento del licenziamento al momento dell'effettiva reintegrazione; in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione globale di fatto.”*

Normalmente, a meno che non si sia disposto l'esercizio provvisorio, la prassi seguita dal curatore è quella di sciogliersi dai contratti di lavoro pendenti, in quanto la finalità della procedura non è più la produzione di beni o servizi ai fini del loro scambio sul mercato, ma è la liquidazione più proficua possibile per il soddisfacimento dei creditori. Ovviamente, sarà compito del curatore verificare se sia possibile applicare ai lavoratori la procedura di mobilità prevista dalla Legge 23 luglio 1991, n. 223.

Nel caso di scioglimento dal contratto, sarà dovuta dal curatore l'indennità di preavviso a norma dell'art. 2118 c. c.⁷¹ e dell'art 2751-*bis* c. c.; quest'ultimo, rubricato "Crediti per retribuzioni e provvigioni, crediti dei coltivatori diretti, delle società od enti cooperativi e delle imprese artigiane", al primo comma, numero 1), sancisce che i crediti che riguardano le retribuzioni dovute ai lavoratori subordinati, le indennità per cessazione del rapporto di lavoro, la corresponsione dei contributi previdenziali e assicurativi obbligatori e il risarcimento del danno derivante da un licenziamento illegittimo, sono dotati di privilegio generale sui beni mobili.

Se, al contrario, venisse disposto l'esercizio provvisorio, i contratti di lavoro proseguirebbero naturalmente a norma dell'art. 104, settimo comma, L. F. e il curatore potrebbe scegliere se sospenderli o scioglierli. I crediti dei lavoratori per il lavoro prestato durante l'esercizio provvisorio dell'impresa, rientrano nella definizione di crediti prededucibili di cui all'art. 111 L. F., pertanto potranno essere soddisfatti in prededuzione.

Un caso pratico potrebbe essere così rappresentato: con sentenza dichiarativa di fallimento il Tribunale competente dichiara il fallimento di una società commerciale, avente tutti i requisiti necessari alla sua fallibilità. Il Tribunale non ritiene, dalle risultanze dell'istruttoria prefallimentare, di poter disporre l'esercizio provvisorio. Il curatore, nominato con la suddetta sentenza, dopo aver fatto opportune valutazioni

⁷¹ "Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando preavviso nel termine e nei modi stabiliti, dagli usi o secondo equità.
In mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte a un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso.
La stessa indennità è dovuta dal datore di lavoro nel caso di cessazione del rapporto per morte del prestatore di lavoro."

decide di effettuare la proposta di esercizio provvisorio. In attesa del parere del comitato dei creditori, il curatore non si scioglie né subentra in alcun contratto, né licenzia i lavoratori. Anche se qualcuno dei contraenti, sfruttando il secondo comma dell'art. 72 L. F., lo mettesse in mora, egli avrebbe ancora 60 giorni per poter agire. Intanto, il comitato dei creditori dà il suo parere favorevole alla continuazione provvisoria (due mesi) dell'esercizio, la quale viene autorizzata dal giudice delegato. Con l'inizio dell'esercizio provvisorio, i contratti che erano rimasti pendenti proseguono fino alla cessazione, due mesi dopo, dell'esercizio provvisorio. Dunque, dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento alla data di autorizzazione dell'esercizio provvisorio, e dalla data di cessazione dell'esercizio provvisorio in poi, è stato applicato l'art. 72 L. F.. Durante il periodo dell'esercizio provvisorio è stato applicato l'art. 104 L. F..

Il curatore dovrà effettuare il pagamento delle retribuzioni e delle contribuzioni ai lavoratori per il periodo in cui effettivamente il contratto era in esecuzione, cioè o solamente per il periodo dell'esercizio provvisorio, se al momento della cessazione di quest'ultimo, in applicazione dell'art. 72 L. F., egli si sia sciolto dal contratto, o fino al momento, anche successivo alla cessazione dell'esercizio provvisorio, in cui si sia sciolto dal contratto.

6. *La disciplina dei crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio*

Durante l'esercizio provvisorio dell'attività d'impresa è fisiologico il formarsi di crediti e debiti di funzionamento, seppur di breve durata e legati temporalmente alla vita dell'esercizio provvisorio stesso. L'art. 104 L. F., al penultimo ed ottavo comma, considera appunto quest'ipotesi, sancendo che *“I crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio sono soddisfatti in prededuzione ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1).”*

Questi crediti, quindi, saranno i primi ad essere soddisfatti (secondo l'art. 111 L. F. *“soddisfatti con preferenza”*) dopo aver ricavato le somme dalla liquidazione dell'attivo effettuata sulla base del programma di liquidazione *ex art. 104-ter L. F.* L'art. 111 L. F. con il secondo comma spiega cosa si intende per *“crediti prededucibili”*: essi si identificano o perché così classificati da una precisa norma di legge o perché sono sorti *“in occasione o in funzione delle procedure concorsuali”*.

L'art. 111-*bis* L. F. inoltre prevede che i crediti prededucibili debbano essere accertati come tali all'esame dello stato passivo di cui all'art. 96 L. F.⁷². Sono tuttavia previste delle eccezioni: ci sono alcuni di questi crediti che non necessitano della procedura di accertamento. Questi sono i crediti non contestati *“per collocazione* (qui vi rientrano i crediti sorti durante l'esercizio provvisorio) *e ammontare”*, e quelli derivanti dalla

⁷² *“Il giudice delegato, con decreto succintamente motivato, accoglie in tutto o in parte ovvero respinge o dichiara inammissibile la domanda proposta ai sensi dell'articolo 93.*

Oltre che nei casi stabiliti dalla legge, sono ammessi al passivo con riserva: 1) i crediti condizionati e quelli indicati nell'ultimo comma dell'articolo 55; 2) i crediti per i quali la mancata produzione del titolo dipende da fatto non riferibile al creditore, salvo che la produzione avvenga nel termine assegnato dal giudice; 3) i crediti accertati con sentenza del giudice ordinario o speciale non passata in giudicato, pronunciata prima della dichiarazione di fallimento. Il curatore può proporre o proseguire il giudizio di impugnazione.

Se le operazioni non possono esaurirsi in una sola udienza il giudice ne rinvia la prosecuzione a non più di otto giorni, senza altro avviso per gli intervenuti e per gli assenti.

Terminato l'esame di tutte le domande, il giudice delegato forma lo stato passivo e lo rende esecutivo con decreto depositato in cancelleria.

Il decreto che rende esecutivo lo stato passivo e le decisioni assunte dal tribunale all'esito dei giudizi di cui all'articolo 99, producono effetti soltanto ai fini del concorso.”

liquidazione di compensi ai soggetti nominati in forza dell'art. 25 L. F.⁷³ (ad esempio gli arbitri).

Una volta individuati i crediti prededucibili, è necessario decidere l'ordine in cui essi andranno liquidati. Anche tra i crediti prededucibili, infatti, ci sono delle differenze; esse sono determinate dalle cause di prelazione⁷⁴ che assistono un determinato credito. È la stessa legge (art. 2745 c. c.) che accorda il privilegio "*in considerazione della causa del credito*", cioè in base all'importanza che essa le attribuisce⁷⁵. I creditori garantiti da pegno o ipoteca saranno pertanto i primi ad essere soddisfatti. I crediti sorti durante la procedura (prededucibili), se liquidi, esigibili e non contestati, potranno anche essere soddisfatti al di fuori del riparto purché si presuma che la consistenza dell'attivo consentirà di soddisfarli tutti –e comunque con l'autorizzazione del comitato dei creditori o del giudice delegato-. In assenza della citata presunzione, invece, si procederà con la distribuzione delle somme secondo il procedimento di riparto.

Il legislatore prevede nell'ultimo comma dell'art. 111-*bis* il caso più che frequente in cui l'attivo sia insufficiente per la soddisfazione dei creditori: in quest'eventualità anche i creditori prededucibili, che sono i primi nell'ordine della distribuzione delle somme, dovranno accontentarsi di una soddisfazione parziale dei loro crediti, poiché la distribuzione si effettuerà "*secondo i criteri della graduazione e della proporzionalità*".

Affrontando questo tema va considerato anche l'art. 51 L. F. che prevede che dal giorno in cui è dichiarato il fallimento non è più possibile (salvo espressa disposizione di legge) iniziare o proseguire alcuna azione esecutiva o cautelare sui beni compresi nel fallimento, "*anche per crediti maturati durante il fallimento*"; quest'ultima previsione non è necessaria per la comprensione della norma, che sarebbe chiara anche in sua assenza. Tuttavia, probabilmente, il legislatore ha voluto chiarire che questa regola vale

⁷³ In verità i crediti derivanti da provvedimenti di liquidazione di compensi ai soggetti nominati *ex art. 25 L. F.*, se contestati, devono essere accertati con il procedimento di cui all'art. 26 L. F..

⁷⁴ Art. 2741 c. c. "Concorso dei creditori e cause di prelazione": "*I creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione. Sono cause legittime di prelazione i privilegi, il pegno e le ipoteche.*"

⁷⁵ Ad esempio tra i crediti reputati più importanti figurano i crediti tributari. È compito del curatore, gestore della procedura, quello di predisporre le dichiarazioni necessarie e di pagare le imposte in via prededucibile.

anche per i creditori prededucibili che, seppur considerati più importanti di altri, non possono comunque usufruire delle procedure esecutive disciplinate dal codice di procedura civile in applicazione del principio di responsabilità patrimoniale⁷⁶.

Una particolarità, infine, dell'ottavo comma dell'art. 104 L. F. è che tra i "crediti sorti" si devono comprendere anche quei crediti derivanti dalla prosecuzione (effettuata *ex art.* 104 comma 7 L. F.) dei contratti in corso di esecuzione al momento della dichiarazione di esercizio provvisorio; ma anche quei crediti derivanti dai contratti in cui il curatore aveva deciso di subentrare al momento della dichiarazione di fallimento⁷⁷, poi proseguiti in modo naturale con l'esercizio provvisorio.

⁷⁶ Il principio di responsabilità patrimoniale è esplicitato dall'art. 2470 c. c.: *"Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri.*

Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge."

⁷⁷ Per le norme che disciplinano in modo specifico alcune delle tipologie di contratti in cui può subentrare il curatore si vedano gli artt. della Legge Fallimentare da 72-*bis* a 83.

7. *L'esercizio provvisorio nelle società a partecipazione pubblica*

Prima di parlare di esercizio provvisorio nelle società a partecipazione pubblica⁷⁸, è necessario stabilire se queste società siano assoggettabili alla disciplina fallimentare, e conseguentemente se di esse si possa disporre l'esercizio provvisorio. Dottrina e giurisprudenza su questo tema sono ampie e controverse, ma si proverà a dare spazio ad ogni teoria e pensiero, citando l'adeguata giurisprudenza per ogni caso⁷⁹.

Innanzitutto si può verificare, dalla lettura congiunta del Codice Civile e della Legge Fallimentare, quali siano i soggetti che possono incorrere nel fallimento. L'art. 2221 c. c. assoggetta alle procedure fallimentari, nel caso di insolvenza, *“gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori”*. Nello stesso senso è anche l'art. 1, primo comma, L. F..

Stabiliti i soggetti assoggettabili al fallimento (e di conseguenza di cui si potrebbe dichiarare l'esercizio provvisorio), bisogna chiarire se le società a partecipazione pubblica siano da considerarsi enti pubblici –pertanto non fallibili- oppure no. Si sono sviluppate tre teorie, alle quali corrisponde un diverso metodo di analisi per stabilire se l'ente è da considerarsi pubblico o privato.

Il metodo *tipologico*, adottato, come si vedrà più avanti, dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, sez. fall., per formulare la sentenza del 24/05/2011, consiste nell'analizzare se la società presenta degli indicatori tipici di pubblicità oppure no, e, a seconda dell'esito, nell'applicare la normativa di riferimento. Non è scontato, secondo questo metodo, che una società per azioni non possa essere definita “ente pubblico”; nella sentenza della Cassazione Sez. Unite del 03/05/2005, n. 9606, il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma sosteneva che *“una società per azioni non potrebbe mai assumere la veste di “istituzione pubblica”*.” Rispondeva la Cass. Sez. Un. che quell'affermazione corrisponde alla visione tradizionale, secondo la quale le S.p.A. sono

⁷⁸ Da un'analisi Istat pubblicata il 16 novembre 2015 su: <http://www.istat.it/archivio/173587> emerge che nel 2013 le imprese a partecipazione pubblica in Italia erano 10.964 ed occupavano 953.100 persone. In particolare, le società partecipate da enti pubblici per una quota superiore al 50% erano 6.315 (il 57,6%). La forma giuridica adottata dal 31,8% di queste società era la società per azioni.

⁷⁹ Nel presente lavoro, alla parte quarta: “Casistica”.

istituzioni private e vanno considerate tali anche se partecipate da enti pubblici. La Cass. sosteneva invece che il fenomeno della privatizzazione ha fatto sì che “*alcuni servizi pubblici -pur ritenuti “essenziali”- siano stati affidati a società per azioni le cui quote sono di pertinenza prevalente, se non esclusiva, di enti pubblici*”. Pertanto concludeva sostenendo che non è la tipologia dell’ente (S.r.l., S.p.A., S.a.s., ecc) a determinarne la natura, bensì è necessario valutare caso per caso⁸⁰.

Il metodo *funzionale* o *sostanzialistico* invece prevede la distinzione tra società a partecipazione pubblica necessarie e non necessarie. Sono ritenute necessarie quelle il cui oggetto sociale sia l’offerta di un servizio pubblico essenziale⁸¹ (come la raccolta dei rifiuti⁸²), le altre si classificano come non necessarie. Le prime vengono qualificate, secondo il presente metodo, come enti pubblici e considerate pertanto esenti dalle procedure concorsuali.

La terza tesi è quella *privatistica* e prevede che se una società è costituita secondo le tipologie previste dal codice civile e ha ad oggetto un’attività commerciale allora è

⁸⁰ Documento consultato su:

http://www.francocrisafi.it/web_secondario/sentenze%202005/cassazione%20civile%20ss%20uu%20senza%209096%202005.pdf.

⁸¹ Un elenco di servizi pubblici indispensabili si può ricavare dall’art. 2, secondo comma, della Legge 146/1990, in materia di servizi da garantire in costanza di scioperi:

“*a) per quanto concerne la tutela della vita, della salute, della libertà e della sicurezza della persona, dell’ambiente e del patrimonio storico-artistico; la sanità; l’igiene pubblica; la protezione civile; la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti urbani e di quelli speciali, tossici e nocivi; le dogane, limitatamente al controllo su animali e su merci deperibili; l’approvvigionamento di energie, prodotti energetici, risorse naturali e beni di prima necessità, nonché la gestione e la manutenzione dei relativi impianti, limitatamente a quanto attiene alla sicurezza degli stessi; l’amministrazione della giustizia, con particolare riferimento ai provvedimenti restrittivi della libertà personale ed a quelli cautelari ed urgenti, nonché ai processi penali con imputati in stato di detenzione; i servizi di protezione ambientale e di vigilanza sui beni culturali; l’apertura al pubblico regolamentata di musei e altri istituti e luoghi della cultura, [...] b) per quanto concerne la tutela della libertà di circolazione; i trasporti pubblici urbani ed extraurbani autoferrotranviari, ferroviari, aerei, aeroportuali e quelli marittimi [...] c) per quanto concerne l’assistenza e la previdenza sociale, nonché gli emolumenti retributivi o comunque quanto economicamente necessario al soddisfacimento delle necessità della vita attinenti a diritti della persona costituzionalmente garantiti; i servizi di erogazione dei relativi importi anche effettuati a mezzo del servizio bancario; d) per quanto riguarda l’istruzione; l’istruzione pubblica, con particolare riferimento all’esigenza di assicurare la continuità dei servizi degli asili nido, delle scuole materne e delle scuole elementari, nonché lo svolgimento degli scrutini finali e degli esami, e l’istruzione universitaria, con particolare riferimento agli esami conclusivi dei cicli di istruzione; e) per quanto riguarda la libertà di comunicazione; le poste, le telecomunicazioni e l’informazione radiotelevisiva pubblica.*”

⁸² A questo proposito vedi sentenza del Tribunale di Catania, depositata il 26/03/2010 e consultata su: <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2338.pdf>

assoggettabile al fallimento⁸³. Tuttavia, più di una giurisprudenza sostiene che sia sufficiente la tipologia societaria (e non rilevi il tipo di attività svolta) per escludere la classificazione come ente pubblico; ad esempio, citando la sentenza della Cassazione Civile, sez. I, 27/09/2013, n. 22209⁸⁴ *“ciò che rileva nel nostro ordinamento ai fini dell’applicazione dello statuto dell’imprenditore commerciale non è il tipo dell’attività esercitata, ma la natura del soggetto: se così non fosse, [...] si dovrebbe giungere alla conclusione che anche le società a capitale interamente privato cui sia affidata in concessione la gestione di un servizio pubblico ritenuto essenziale sarebbero esentate dal fallimento. [...] Deve dunque concludersi [...] che la scelta del legislatore di consentire l’esercizio di determinate attività a società di capitali -e dunque di perseguire l’interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico- comporta anche che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto [...]”*.

Si può quindi affermare, data la diversità di vedute in dottrina e in giurisprudenza, che una società a partecipazione pubblica può essere dichiarata fallita e ne può essere disposto l’esercizio provvisorio solo se essa non viene considerata un “ente pubblico”, quindi se ad essa si applica la disciplina fallimentare.

È da notare, però, che l’art. 104 L. F. non prevede la possibilità di usufruire dell’esercizio provvisorio per la tutela dell’interesse pubblico, perché esplicita solo l’interesse dei creditori. Tuttavia si può ritenere che se l’interruzione di un servizio pubblico (erogato ad esempio da una S.p.A. a partecipazione pubblica, non considerata ente pubblico) generi un danno grave, si possa ugualmente disporre l’esercizio provvisorio purché esso non crei pregiudizio ai creditori. La modalità di disposizione dell’istituto sarà la medesima: esso potrà essere disposto dal tribunale contestualmente alla sentenza dichiarativa di fallimento o, successivamente, su proposta del curatore (vedi capitoli precedenti).

⁸³ In questo senso Cass. 06/12/2012, n. 21991

⁸⁴ Documento consultato su: <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/9561.pdf>

Come dimostrano le divergenze tra dottrina e giurisprudenza, quello trattato non è un tema di facile soluzione, né da prendere alla leggera: infatti, nella decisione che riguarda l'assoggettabilità o meno alle procedure concorsuali, bisogna tener conto dell'interesse dei creditori. Tutta la disciplina fallimentare è stata predisposta principalmente a tutela dei creditori ed esentando erroneamente un'impresa dalla procedura si genererebbe un gravissimo danno soprattutto nei loro confronti.

8. *La continuazione temporanea di uno specifico affare*

La convenienza dell'esercizio provvisorio dell'impresa è data in modo particolare dalla presenza nella stessa di *value drivers*⁸⁵ che non si vogliono perdere interrompendone l'esercizio, perché ciò andrebbe principalmente a sfavore dei creditori, oltre che dell'azienda stessa (che peraltro è già pregiudicata dallo stato di crisi in cui si trova). Tuttavia è facile immaginare che se l'impresa nel suo complesso è incorsa nel fallimento, sarà necessario "riorganizzarla" prima di procedere al suo esercizio provvisorio, individuandone i *value drivers* e i settori dell'impresa che funzionano meglio e che possono essere portati avanti senza il rischio di creare un danno ancora più grave. Spesso è più semplice, invece di una riorganizzazione, la selezione di quei rami adeguati per la continuazione dell'attività di impresa, o anche di specifici affari intrapresi e non ancora portati a compimento. Anche qui, come nell'esercizio provvisorio dell'intera impresa, l'esercizio provvisorio di uno o più rami potrà essere funzionale al loro trasferimento ad un'altra azienda al termine del periodo. È possibile, inoltre, che il ramo venga affittato, durante la continuazione provvisoria dell'esercizio, ad un'altra impresa perché essa valuti la possibilità di acquistarlo alla conclusione dell'esercizio provvisorio.

Una società può decidere di destinare parte del suo patrimonio ad uno o più affari specifici, secondo le previsioni del Codice Civile agli artt. 2477-bis – 2447-decies (sezione dedicata ai "Patrimoni destinati ad uno specifico affare"). La legge fallimentare si è occupata pertanto anche degli effetti che può avere una sentenza dichiarativa di fallimento sui patrimoni destinati, con l'art. 155: essa di per sé non causa la cessazione dell'affare, che è attribuito in gestione al curatore fallimentare. L'articolo, al primo comma, sentenzia: "*Se è dichiarato il fallimento della società, l'amministrazione del patrimonio destinato [...] è attribuita al curatore che vi provvede con gestione separata.*". Non c'è alcun riferimento, quindi, ad una cessazione dell'affare immediatamente conseguente alla dichiarazione di fallimento effettuata dal tribunale competente.

⁸⁵ Elementi immateriali che collegati all'impresa stessa, ne formano il valore.

Il secondo comma invece, ci spiega come potrà avvenire la gestione separata del curatore: egli può decidere per la *cessione a terzi del patrimonio*⁸⁶, *al fine di conservarne la funzione produttiva* oppure per la *liquidazione del patrimonio secondo le regole della liquidazione della società in quanto compatibili*. Si nota però che la norma non stabilisce termini né per l'eventuale cessione, né per la liquidazione del patrimonio, pertanto, collegando questo secondo comma al primo, si evince come il patrimonio separato sia totalmente affidato al curatore che lo deve gestire in una prospettiva dinamica, valutando quindi le sue scelte in base alla convenienza di esse per i creditori. Pertanto può accadere che il curatore valuti l'inopportunità o l'impossibilità della continuazione dell'affare in una prospettiva quantomeno conservativa, e quindi opti per la sua cessione a terzi, ma può anche essere che, nell'interesse dei creditori particolari⁸⁷, egli ritenga più proficuo -nell'ottica di una cessione futura o di una liquidazione- proseguire la gestione separata tramite lo strumento dell'esercizio provvisorio (o anche dell'affitto d'azienda). Tra l'altro si evidenzia come l'esercizio provvisorio non sia contemplato esclusivamente dalla Legge Fallimentare, ma anche dal Codice Civile in tema di liquidazione delle società⁸⁸, per cui pare indubitabile che la gestione separata del curatore può consistere anche in un esercizio provvisorio.

Il terzo comma si riferisce al caso in cui il curatore abbia scelto di cedere l'affare a terzi: *“Il corrispettivo della cessione al netto dei debiti del patrimonio o il residuo attivo della liquidazione sono acquisiti dal curatore nell'attivo fallimentare, detratto quanto spettante ai terzi che vi abbiano effettuato apporti [...]”*.

La *ratio* di questo art. 155 L. F. è molto simile a quella dell'esercizio provvisorio, cioè il voler preservare le componenti dell'impresa ancora attive e per quanto possibile i rapporti giuridici.

⁸⁶ La cessione del patrimonio destinato dev'essere effettuata secondo le modalità descritte dall'art. 107 L. F..

⁸⁷ I creditori dell'affare specifico.

⁸⁸ Titolo V, Capo VIII, “Scioglimento e liquidazione delle società di capitali”. L'art. 2490 c. c., al quinto comma, comincia con: *“Quando sia prevista una continuazione, anche parziale, dell'attività di impresa”*.

9. *L'esercizio provvisorio dichiarato ai fini della sicurezza ambientale*

Il caso dell'esercizio provvisorio dichiarato ai fini della sicurezza ambientale non è tanto quello effettuato in assenza di pregiudizio dei creditori, bensì è un esercizio provvisorio che si fonda più che altro sulla certezza che l'interruzione dell'attività d'impresa creerà un danno grave. C'è quindi un interesse che scavalca quello dei creditori, che finora è stato enunciato come l'interesse principale, cioè quello nazionale o sovranazionale, che può anche coincidere con l'interesse alla salvaguardia ambientale e dei cittadini.

Si può citare a questo proposito il caso della Vinyls Italia S.p.A., un'azienda produttrice di PVC con due stabilimenti in Italia, uno a Marghera (VE) e l'altro a Porto Torres (SS). Essa è stata sottoposta alla procedura di amministrazione straordinaria prevista per le grandi imprese insolventi dall'anno 2009 all'anno della sua dichiarazione di fallimento, il 2013.

GIURISPRUDENZA

Tribunale ordinario di Venezia, decreto del 7 agosto 2009, n. 203⁸⁹

Vinyls Italia S.p.A. viene dichiarata insolvente con la sentenza del 19 giugno 2009, n. 64⁹⁰. Avverso quel provvedimento, Vinyls presenta ricorso al Tribunale di Venezia, chiedendo di essere ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria.

Il Tribunale Ordinario di Venezia, esaminando gli atti, la relazione dei commissari giudiziali ed il parere ministeriale, ritiene sussistenti i requisiti per l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria e altrettanto sussistenti concrete prospettive per il recupero economico della società realizzabili a norma del d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270⁹¹, art. 27: *“Le imprese dichiarate insolventi a norma dell'articolo 3 sono ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria qualora presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali.*

⁸⁹ Documento consultato su: http://www.vinylsitalia.com/sito/pagine/s_amm_stra7_8_09.pdf

⁹⁰ http://www.vinylsitalia.com/sito/pagine/dichiarazione_insolvenza18_06_09.pdf

⁹¹ Nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, a norma dell'articolo 1 della legge 30 luglio 1998, n. 274

Tale risultato deve potersi realizzare, in via alternativa:

a) 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");

b) tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni ("programma di ristrutturazione")."

Considera inoltre che dalla relazione dei Commissari giudiziali si evince che per garantire un recupero economico sarà necessario cedere il complesso aziendale a soggetti realmente interessati e che ne portino avanti il progetto di integrazione del ciclo cloro con il ciclo PVC, sfruttando al massimo le potenzialità degli impianti per non avere sprechi. Rileva poi l'appetibilità di un'azienda come la Vinyls, unico produttore in Italia di PVC (costituente il secondo mercato europeo, con una domanda in forte crescita) e con importanti competenze industriali e scientifiche nel settore.

P. Q. M.

dichiara aperta, in data 7 agosto 2009, la procedura di amministrazione straordinaria nei confronti di Vinyls Italia S.p.A..

Il fatto che il fallimento non sia stato dichiarato nel 2009, quando la situazione di crisi cominciava a risultare evidente, ma si sia optato per la procedura di amministrazione straordinaria deriva anche dal fatto che per la Vinyls Italia S.p.A. parlare di fallimento avrebbe significato abbandonare gli stabilimenti e i loro impianti che, per la sicurezza dei cittadini, avrebbero dovuto essere monitorati costantemente (le sostanze trattate dall'azienda erano infatti classificate come rischiose, cioè altamente infiammabili e tossiche)⁹². Tuttavia, l'ipotesi del fallimento diventava di anno in anno più realistica, anche perché la Vinyls non era riuscita a stipulare accordi definitivi per un suo acquisto;

⁹² Vedi il D. Lgs. 17 agosto 1999, n. 334, in attuazione della direttiva 96/82/CE sul controllo dei pericoli di incidenti rilevanti connessi con determinate sostanze pericolose.

si ragionava quindi, che nel caso di dichiarazione di fallimento, avrebbe rivestito una grandissima importanza la possibilità di poter usufruire dell'esercizio provvisorio sia per i motivi di tutela dell'ambiente elencati, sia per consentire le attività di bonifica e demolizione degli impianti necessarie per poter chiudere senza creare danni all'ambiente e ai cittadini.

Poiché le materie prime utilizzate dalla Vinyls Italia S.p.A. per la produzione di PVC erano principalmente idrocarburi clorurati (dicloro etilene, dicloroetano, percloroetilene) il pericolo di una sentenza dichiarativa di fallimento senza la contestuale disposizione dell'esercizio provvisorio era rappresentato dal fatto che i macchinari dell'impresa si sarebbero dovuti fermare subito, senza la possibilità di smaltire gli idrocarburi in maniera corretta; essi avrebbero potuto diffondersi all'esterno dello stabilimento causando potenzialmente gravi danni ai cittadini residenti a Marghera e nelle vicinanze, e anche al fragile ecosistema della Laguna di Venezia.

Si capisce allora la funzione diversa che ha l'esercizio provvisorio quando si parla di salvaguardia ambientale: mentre negli altri casi ha principalmente il ruolo di conservazione e tutela di un'attività produttiva e del suo patrimonio in funzione della procedura liquidatoria (quindi l'attività produttiva continua, seppur con alcune limitazioni), in questo caso l'esercizio provvisorio non è disposto in funzione della continuazione dell'attività finalizzata a creare un minor pregiudizio per i creditori, ma è disposto perché il danno grave di cui al primo comma dell'art. 104 L. F. sussiste, ed è più importante e più grave del pregiudizio dei creditori. L'esercizio provvisorio rappresenta il periodo in cui quel danno va evitato.

È importante sottolineare come la categoria dei creditori, per la tutela della quale è nato il diritto fallimentare, nel caso di pericolo ambientale passi in secondo piano. Questa è la differenza fondamentale.

Nel caso della Vinyls, comunque, l'ipotesi dell'esercizio provvisorio -si può dire fortunatamente- si è verificata con la sentenza dichiarativa di fallimento da parte del Tribunale di Venezia; tuttavia le attività di bonifica e di smaltimento dei rifiuti

richiedono l'utilizzo di risorse economiche, che non è detto che un'impresa di cui è dichiarato il fallimento abbia a disposizione. È ciò che è successo nel caso in esame: la Vinyls risultava *“priva di risorse sufficienti anche a solo garantire la mera sorveglianza degli impianti e la tenuta dei serbatoi”*⁹³. I lavoratori dipendenti, in cassa integrazione, sono stati chiamati a presidiare gli impianti, secondo il progetto predisposto dal curatore e approvato dall'ARPAV, dai Vigili del Fuoco e dalla Protezione Civile, effettuando così un *“lavoro socialmente utile”*⁹⁴ che ha comportato un'integrazione del loro reddito rispetto alla cassa integrazione⁹⁵.

Terminato il periodo previsto per l'esercizio provvisorio (avrebbe dovuto cessare il 9 gennaio 2014) senza aver completato tutte le operazioni previste per la sicurezza ambientale, il curatore ha chiesto e ottenuto dal Tribunale di Venezia il prolungamento dell'esercizio provvisorio di altri sei mesi (fino all'8 luglio 2014). Sono stati quindi promossi una serie di *“interventi di somma urgenza-sicurezza”*. A fronte del Piano di Emergenza Ambientale predisposto dal curatore fallimentare della Vinyls Italia S.p.A., la Regione Veneto⁹⁶ ha stanziato € 3.565.650, bloccati però nel fondo regionale; nel mese di febbraio 2014 poiché l'ARPAV⁹⁷ ha sottolineato l'urgenza della messa a punto di interventi che evitassero la dispersione nell'ambiente delle acque contaminate provenienti dallo stabilimento di Marghera, l'allora Sindaco di Venezia Giorgio Orsoni ha disposto con ordinanza⁹⁸ che si provvedesse subito alla messa in sicurezza dello stabilimento. Gli interventi previsti, tra gli altri, dovevano consistere nella chiusura dell'asta fognaria, con conseguente smaltimento dei rifiuti e stoccaggio delle acque contaminate in un serbatoio. Nell'attesa dello sblocco del fondo stanziato dalla Regione, il pagamento è stato anticipato dal Settore per la Tutela del Verde Pubblico e del Suolo.

⁹³ Bur n. 40 del 15 aprile 2014, consultato su:

<http://bur.regione.veneto.it/BurVServices/Pubblica/DettaglioDgr.aspx?id=271613>

⁹⁴ Vedi d. lgs. del 1 dicembre 1997, n. 468.

⁹⁵ Aumento di € 3,50 lordi all'ora.

⁹⁶ con DGR n.56 del 04/02/2014.

⁹⁷ Agenzia Regionale per la Prevenzione e Protezione Ambientale del Veneto.

⁹⁸ *“Contingibile ed Urgente* PG. 2014/201 2014 /127344 del 25.03.2014

GIURISPRUDENZA

Tribunale di Venezia, sentenza depositata il 08/07/2013, n.102⁹⁹

Il Tribunale di Venezia riassume i fatti antistanti la dichiarazione di fallimento della Vinyls Italia S.p.A.:

- nella relazione dell'11 dicembre 2012 i commissari straordinari affermavano l'impossibilità di recuperare economicamente la Vinyls Italia S.p.A. come si era invece considerato possibile nel decreto di ammissione della Vinyls alla procedura di amministrazione straordinaria del 7 agosto 2009. Pertanto per il Tribunale si sarebbe potuta applicare la norma che prevede, a certe condizioni, la conversione della procedura in fallimento¹⁰⁰. Il fallimento avrebbe potuto essere evitato con la conclusione, in tempi rapidi, dell'operazione di cessione della Vinyls di Marghera al Gruppo Oleificio Medio Piave¹⁰¹ (reputata di interesse in quanto avrebbe consentito di tutelare i lavoratori e di procedere alla riconversione industriale), e l'operazione di cessione della Vinyls di Porto Torres al fine di svuotarne gli impianti ed eliminarne i rifiuti.
- nel gennaio del 2013 compariva un altro soggetto interessato all'acquisto della Vinyls Italia S.p.A.: il Gruppo Mossi & Ghisolfi. Nel frattempo il Gruppo Oleificio Medio Piave aveva costituito una *newco* per acquistare la Vinyls (i terreni e i suoi lavoratori), ma già nel marzo 2013 comunicava che avrebbe potuto assumere i lavoratori dipendenti solo dalla data di inizio dell'attività, e non dal rogito.

⁹⁹ Estratto del documento consultato su:

http://www.fallimentivenezia.com/index.php?where=documenti&fallimento_id=94177

¹⁰⁰ Art. 70 d. lgs. 270/1999: *“Il tribunale, su richiesta del commissario straordinario o d'ufficio, dispone la conversione della procedura di amministrazione straordinaria in fallimento:*

a) quando, essendo stato autorizzato un programma di cessione dei complessi aziendali, tale cessione non sia ancora avvenuta, in tutto o in parte, alla scadenza del programma, salvo quanto previsto dall'articolo 66 (Se alla scadenza del programma sono in corso iniziative di imminente definizione, il commissario straordinario può chiedere al tribunale, con le autorizzazioni previste, la proroga del termine di scadenza del programma);

b) quando, essendo stato autorizzato un programma di ristrutturazione, l'imprenditore non abbia recuperato la capacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni alla scadenza del programma.”

¹⁰¹ Recentemente dichiarata fallita dal Tribunale di Treviso, con sentenza del 28/07/2015, n. 148.

- non essendoci stata alcuna svolta, al 15 maggio 2013 l'unica soluzione realizzabile pareva il fallimento. Ipotesi ribadita un mese dopo, al venir meno dell'interesse dei due possibili acquirenti.

Osservate queste cose, il Tribunale ritiene che dati i presupposti vada disposta la conversione della procedura di amministrazione straordinaria in fallimento a norma degli artt. 69¹⁰² e 70 del d. lgs. 270/1999.

Il Tribunale rileva che all'udienza del 27 giugno 2013 i commissari straordinari avevano manifestato la necessità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa per *“ragioni di tutela dell'ambiente e della salute pubblica”*: esso avrebbe dovuto essere *“finalizzato alla completa dismissione in sicurezza degli impianti”*.

Rileva inoltre che la formula del primo comma dell'art. 104 L. F., facendo riferimento al *grave danno*, consente di prendere in considerazione interessi ulteriori rispetto a quelli dei creditori: quelli dell'impresa stessa o di soggetti terzi. Ritiene pertanto necessario disporre l'esercizio provvisorio sia a tutela dei creditori sia a tutela dei terzi (la *“collettività”*), e che nel caso specifico di Vinyls Italia S.p.A. esso dovrà essere finalizzato a *“preservare il valore residuo degli impianti”* e delle aree in suo possesso (anche per questioni di responsabilità sui contratti posti in essere) e a *“garantire la sicurezza ambientale e tutelare la salute pubblica in vista del completamento dello svuotamento degli impianti, della bonifica e dello smaltimento dei materiali”*.

Il Tribunale considera che la società, pur non svolgendo attività produttiva, deve continuare a rispettare i limiti previsti dall'Autorizzazione Integrata Ambientale, rilasciatale con decreto del 23 gennaio 2009 dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare¹⁰³, monitorando gli sfiati gassosi e lo scarico di liquidi e deve stoccare in maniera corretta i rifiuti pericolosi, predisporre un piano di bonifica e

¹⁰² “Conversione in corso di procedura”: *“Qualora, in qualsiasi momento nel corso 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. Prima di presentare la richiesta di conversione, il commissario straordinario ne riferisce al Ministro dell'industria.”*

¹⁰³ Documento consultato su: <http://aia.minambiente.it/DettaglioAutorizzazionePub.aspx?id=8>

attuarlo. Considera altresì che, essendo la Vinyls di Marghera adiacente alla Laguna di Venezia, la società è sottoposta anche alle leggi speciali che la riguardano; avendo l'autorizzazione del Magistrato delle acque allo scarico in laguna, essa deve rispettare anche il limite di concentrazione di inquinanti scaricati. Per quanto riguarda invece la Vinyls di Porto Torres, il Tribunale considera che essa deve smontare gli impianti, smaltire i rifiuti ed effettuare il monitoraggio ambientale a causa del pericolo, per il personale, dell'esposizione a determinate sostanze pericolose.

Effettuate tali considerazioni, il tribunale di Venezia afferma che l'esercizio provvisorio avrà la finalità di

- *“salvaguardare il valore delle aree”* che, in mancanza dell'effettuazione delle attività appena descritte, *“subirebbero un sensibile decremento nel loro valore commerciale”*: le operazioni di bonifica diventerebbero più costose perché legate al maggior rischio di inquinamento delle aree
- *“tutelare la sicurezza e la salute pubblica”* che potrebbero essere pregiudicate dall'abbandono degli stabili e dal mancato monitoraggio degli impianti
- rispettare gli impegni contrattuali presi

e ritiene inoltre che la durata dell'esercizio provvisorio debba essere stabilita in sei mesi.

P. Q. M.

Il Tribunale di Venezia:

- dispone la conversione della procedura di amministrazione straordinaria di Vinyls Italia S.p.A. in fallimento;
- nomina giudice delegato la dott. ssa Rita Rigoni e curatore fallimentare il prof. avv. Mauro Pizzigati ordinando a quest'ultimo di procedere, a norma degli artt. 84 e 87 L. F. all'apposizione dei sigilli su tutti i beni della società, ovunque essi si trovino, e alla redazione dell'inventario;
- ordina il deposito delle scritture contabili a norma dell'art. 15 quarto comma L. F.

- dispone l'esercizio provvisorio per i successivi sei mesi.

Recentemente, con decreto legge del 4 luglio 2015, n. 92, denominato “Misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l’esercizio dell’attività d’impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale” si era cercato di introdurre una previsione simile a quella dell’esercizio provvisorio in tema (anche) ambientale e della sicurezza: *“al fine di garantire il necessario bilanciamento tra le esigenze di continuità dell’attività produttiva, di salvaguardia dell’occupazione, della sicurezza sul luogo di lavoro, della salute e dell’ambiente salubre, nonché delle finalità di giustizia, l’esercizio dell’attività di impresa degli stabilimenti di interesse strategico nazionale non è impedito dal provvedimento di sequestro [...] quando lo stesso si riferisca ad ipotesi di reato inerenti alla sicurezza dei lavoratori”*. Tuttavia il citato decreto è decaduto a causa delle sue contraddizioni interne che ne hanno impedito la conversione in legge: non è possibile che, in presenza di un provvedimento di sequestro per ipotesi di reato sulla sicurezza dei lavoratori, sia consentito agli stessi lavoratori di recarsi sul luogo di lavoro per continuare a svolgere quel lavoro che poneva a rischio la loro sicurezza.

TERZA PARTE

10. *L'esercizio provvisorio nel fallimento delle società sportive professionistiche: dottrina e giurisprudenza*

Secondo lo Statuto¹⁰⁴ del CONI (Comitato Olimpico Nazionale Italiano), all'art. 29, primo comma, *“le società e le associazioni sportive riconosciute [...], fatti salvi i casi previsti dall'ordinamento ed i casi di deroga autorizzati dal Consiglio Nazionale, non hanno scopo di lucro e sono rette da statuti e regolamenti interni ispirati al principio democratico e di pari opportunità, anche in conformità ai principi fondamentali emanati dal Consiglio Nazionale¹⁰⁵”*. Questa norma recente afferma una verità presente da decenni nella legislazione dello sport: la previsione generale è che nello sport non vi sia lo scopo di lucro. Ci si chiede se questo *status* sia coniugabile con l'assoggettabilità al fallimento delle società sportive.

Focalizziamo l'attenzione sul professionismo sportivo e torniamo agli anni '60, in cui si stava consolidando la prassi di costituire le società sportive professionistiche nella forma di società di capitali. Questa prassi è diventata regola per le società di calcio, grazie alla riforma delle società calcistiche del 1966 con cui la FIGC (Federazione Italiana Giuoco Calcio) ha emanato uno statuto con il quale addirittura imponeva alle predette società di costituirsi secondo lo schema civilistico della società per azioni. Tuttavia, contemporaneamente, vietava che gli utili realizzati fossero distribuiti (in qualunque momento) ai soci e ne prevedeva l'utilizzazione solo a fini sportivi. Regole, queste, che sono state confermate sostanzialmente dalla Legge 23 marzo 1981, n. 91¹⁰⁶ di cui si riporta il primo comma dell'art. 10: *“Possono stipulare contratti con atleti professionisti solo società sportive costituite nella forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata. [...] è in ogni caso obbligatoria, per le società sportive professionistiche, la nomina del collegio sindacale¹⁰⁷.”*

¹⁰⁴ Adottato dal Consiglio Nazionale l'11 giugno 2014

¹⁰⁵ Il Consiglio Nazionale è il massimo organo rappresentativo dello sport italiano, ed *“opera per la diffusione dell'idea olimpica, assicura l'attività necessaria per la preparazione olimpica, disciplina e coordina l'attività sportiva nazionale e armonizza l'azione delle Federazioni Sportive Nazionali e delle Discipline sportive associate”* (art. 6, primo comma, dello Statuto del CONI).

¹⁰⁶ Norme in materia di rapporti tra società e sportivi professionisti.

¹⁰⁷ Periodo aggiunto con la legge n. 586 del 1996.

Ci si chiedeva allora se queste società potessero essere assoggettate alla disciplina fallimentare. In altre parole, ci si chiedeva se fosse sufficiente la tipologia formale per qualificarle come imprese commerciali, o se prevalesse l'aspetto sostanziale del mancato scopo di lucro o dell'attività sportiva svolta (attività che non rientra tra le attività cosiddette "commerciali" secondo l'art. 2195 c. c.¹⁰⁸). Ha parzialmente risolto la questione la legge 18 novembre 1996, n. 586, che ha modificato la l. 91/1981 eliminando la previsione che vietava la distribuzione degli utili ai soci, prevedendo invece che solo una parte degli utili ($\geq 10\%$) dovesse essere reinvestita in ambito sportivo. Ciò significava riconoscere la possibilità del fine di lucro nelle società sportive.

Rimaneva allora da valutare se l'attività sportiva potesse in qualche modo essere qualificata come attività commerciale: la parte della dottrina e della giurisprudenza che propendeva per il sì classificava l'attività sportiva professionistica come uno spettacolo sportivo da offrire al pubblico, quindi un "servizio" offerto in cambio di un corrispettivo. Inoltre, con l'introduzione del secondo comma all'art. 10 della l. 91/1981, da parte della legge 586/96, si consentiva alla società sportiva di svolgere – oltre alle attività prettamente sportive- delle attività "*ad esse connesse o strumentali*"; in tal modo era più facile ricondurre le società sportive professionistiche alla definizione generica di società del Codice Civile¹⁰⁹.

Inoltre, e ciò è particolarmente evidente per le società calcistiche, l'esercizio dell'attività sportiva professionistica è continuativo (ogni anno si gioca il campionato), pertanto si può definire professionale, ed è svolto grazie all'organizzazione dei fattori

¹⁰⁸ "Sono soggetti all'obbligo dell'iscrizione, nel registro delle imprese gli imprenditori che esercitano:

- 1) un'attività industriale diretta alla produzione di beni o di servizi;
- 2) un'attività intermediaria nella circolazione dei beni;
- 3) un'attività di trasporto per terra, per acqua o per aria;
- 4) un'attività bancaria o assicurativa;
- 5) altre attività ausiliarie delle precedenti.

Le disposizioni della legge che fanno riferimento alle attività e alle imprese commerciali si applicano, se non risulta diversamente, a tutte le attività indicate in questo articolo e alle imprese che le esercitano."

¹⁰⁹ Art. 2247 c. c. "Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili".

produttivi; il che consente di offrire un servizio in cambio di un corrispettivo (quello del pubblico, ma non solo).

La determinante, infine, per ammettere una società sportiva professionistica nel novero delle società commerciali assoggettabili al fallimento può essere rappresentata dal fatto che, oltre all'attività prettamente sportiva, essa eserciti un'attività d'impresa: che scambi diritti, giocatori (Calciomercato), sottoscriva contratti con gli *sponsor*, ecc.. Pare quindi che si possa far rientrare questo tipo di attività nella nozione di imprenditore (dalla quale si evince la nozione di impresa commerciale) dell'art 2082 c. c.: *“è imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”*.

Dunque, le società sportive, in quanto esercitino un'attività diretta alla produzione di servizi, sono imprese commerciali e pertanto assoggettabili alla disciplina del fallimento.

Evidentemente, essendo assoggettabili al fallimento, di esse potrà essere disposto l'esercizio provvisorio. Questo tema nelle società sportive è particolarmente interessante vista la composizione del patrimonio delle stesse; più volte si è ripetuto come l'esercizio provvisorio possa servire a salvaguardare quei valori, in particolare gli *intangibles*, che andrebbero perduti con il troncamento dell'attività d'impresa perché strettamente legati alla stessa. Il patrimonio delle società sportive è ricco di questi elementi, come può essere ad esempio il titolo sportivo¹¹⁰: ad esso, considerato separatamente dalla società di cui è parte, non è attribuibile un valore monetario. Molto esplicito è, a questo proposito, il secondo comma dell'art. 52¹¹¹ delle NOIF che sancisce che *“in nessun caso il titolo sportivo può essere oggetto di valutazione economica o di cessione”*. Si

¹¹⁰ L'art. 52, primo comma, delle Norme Organizzative Interne FIGC (NOIF) definisce così il titolo sportivo: *“è il riconoscimento da parte della F.I.G.C. delle condizioni tecniche sportive che consentono, concorrendo gli altri requisiti previsti dalle norme federali, la partecipazione di una società ad un determinato Campionato”*.

¹¹¹ I commi 6 e 7 dell'art. 52 NOIF furono introdotti nel 2004 per disciplinare il “Lodo Petrucci”, un insieme di regole (non più in vigore dal 27 maggio 2014) che disciplinava il trasferimento del titolo sportivo nei casi in cui una squadra di calcio, a causa della mancanza dei requisiti economici e finanziari, non potesse più partecipare ad un campionato sportivo professionistico. Se infatti una società avente sede nella stessa città della fallita ne avesse comprato il titolo sportivo (garantendo solidità economica) quella squadra avrebbe potuto partecipare ancora ad un campionato professionistico, seppur di categoria inferiore a quello dal quale era stata esclusa.

può ritenere di conseguenza che lo stesso trasferimento dell'azienda sportiva¹¹² si possa configurare solo in presenza del riconoscimento, nella stessa, del titolo sportivo: esso costituisce l'elemento necessario all'impresa calcistica per partecipare al campionato (per svolgere, quindi, la sua attività economico-sportiva), e in sua mancanza il trasferimento riguarderebbe i singoli beni che compongono l'azienda, ma non potrebbe parlarsi di trasferimento d'azienda intesa come all'art. 2555 c. c.. Le NOIF, ed in particolare l'art. 52, si ispirano al principio della tutela dell'unitarietà funzionale dell'azienda: essa è un complesso di beni, coordinato e organizzato dall'imprenditore, che in quanto tale è funzionale all'esercizio dell'attività economico-sportiva.

Una società calcistica, per poter offrire il suo servizio al pubblico, necessita almeno di una squadra di giocatori; acquistando i calciatori¹¹³, in realtà la società acquista il diritto a ricevere le loro prestazioni sportive. Un diritto non è un bene mobile, o un bene immobile tangibile, pertanto non basterà una perizia di stima per stabilirne il valore, ma esso andrà valutato assieme a tutte le altre componenti della società, e il suo valore sarà acquisito assieme al valore della società. Lo stesso vale per i costi di promozione dell'attività dei giocatori (i cosiddetti costi del vivaio), che possono essere considerati alla stregua di investimenti e quindi essere inseriti in bilancio tra le immobilizzazioni immateriali. A questo proposito, nel caso del fallimento del Perugia Calcio S.p.a. il giudice delegato, con ordinanza, aveva posto in vendita (secondo le regole dell'art. 107 L. F.) l'intera azienda sportiva, in un unico lotto. Questo poiché il suo valore era dato dall'unione di elementi immateriali (la partecipazione ad un campionato professionistico, i diritti pluriennali alle prestazioni sportive¹¹⁴, il valore dei tifosi della

¹¹² Art. 2112 c. c., quinto comma: *“Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento.”*

¹¹³ L'acquisto avviene tramite la stipula di un contratto.

¹¹⁴ Il valore di questi diritti è aumentato dai ricavi collegati alle partite che derivano dalla vendita dei biglietti, dei diritti televisivi e dagli sponsor.

squadra) costituenti l'avviamento, e materiali (indumenti, targhe, coppe e trofei) che non erano separabili dal marchio e dal titolo sportivo. La base d'asta, in questo caso di € 665.000, non sarebbe stata calcolabile in assenza di elementi quali il marchio e il titolo sportivo.¹¹⁵ Ugualmente è avvenuto con la società sportiva Pescara Calcio S.p.A., per la quale era stato disposto l'esercizio provvisorio contestualmente alla sentenza dichiarativa di fallimento (vedi sentenza del Tribunale di Pescara del 19/12/2008, n. 43, alla "Parte quarta: Casistica" del presente elaborato); il curatore nel documento in cui esprimeva la valutazione dell'azienda¹¹⁶ scriveva: "*appare indispensabile e conveniente procedere alla vendita dell'azienda sportiva calcistica Pescara Calcio, anziché dei singoli elementi che la compongono, in quanto la scelta [...] consente un miglior risultato economico, tutela i dipendenti nella prosecuzione dei rapporti di lavoro e potrebbe consentire la conservazione del titolo sportivo della squadra di calcio che dal 1936 ha rappresentato la città di Pescara*".

Quando una società affiliata alla FIGC fallisce, la legge 267/42 non è l'unica a trovare applicazione. È previsto infatti dalle NOIF che nei confronti della fallita intervenga la revoca dall'affiliazione alla FIGC a norma dell'art. 16, sesto comma: se la fallita riesce ad attribuire il titolo sportivo¹¹⁷ ad un'altra società calcistica prima della data di

¹¹⁵ Documento consultato su:

<http://www.ac-perugia.com/download/Bando%20di%20vendita%20Procedura%20competitiva%20Perugia%20Calcio.pdf>

¹¹⁶ Documento consultato su:

http://www.fallimentipescara.com/index.php?where=documenti&fallimento_id=29367

¹¹⁷ L'attribuzione del titolo sportivo è regolata dal terzo comma dell'art. 52 delle NOIF; essa deve avvenire "*con delibera del Presidente federale, previo parere vincolante della COVISOC (Commissione di Vigilanza sulle Società di Calcio, è un organo di controllo) ove il titolo sportivo concerna un campionato professionistico, a condizione che la nuova società, con sede nello stesso comune della precedente, dimostri nel termine perentorio di due giorni prima, esclusi i festivi, di detta scadenza:*

- 1) di avere acquisito l'intera azienda sportiva della società in stato di insolvenza;
- 2) di avere ottenuto l'affiliazione alla F.I.G.C.;
- 3) di essersi accollata e di avere assolto tutti i debiti sportivi della società cui è stata revocata l'affiliazione ovvero di averne garantito il pagamento mediante rilascio di fidejussione bancaria a prima richiesta;
- 4) di possedere un adeguato patrimonio e risorse sufficienti a garantire il soddisfacimento degli oneri relativi al campionato di competenza;
- 5) di aver depositato, per le società professionistiche, dichiarazione del legale rappresentante contenente l'impegno a garantire con fidejussione bancaria a prima richiesta le obbligazioni derivanti dai contratti

presentazione della domanda di iscrizione al Campionato successivo, la sua revoca dall'affiliazione alla FIGC avrà effetto dalla data in cui è avvenuto il trasferimento del titolo. Se invece, come spesso accade nelle società sportive professionistiche, contestualmente alla sentenza dichiarativa di fallimento viene disposto l'esercizio provvisorio, la revoca dall'affiliazione ha effetto dalla data di presentazione della domanda di iscrizione al nuovo Campionato. In poche parole, generalmente accade che venga disposto l'esercizio provvisorio per consentire alla società fallita di concludere il Campionato preservandone il valore e confidando nella cessione dell'intera azienda ad un acquirente disposto a ripianarne i debiti pur di partecipare, avendone acquisiti i diritti, al campionato successivo. Qualora invece non sia disposto l'esercizio provvisorio, l'art. 16 delle NOIF prevede una particolare tutela a favore dei calciatori tesserati, che in caso di fallimento durante il Campionato si troverebbero "senza lavoro": essi, eccetto particolari casi riconosciuti dal presidente della F.I.G.C., possono godere del cosiddetto svincolo e sono pertanto autorizzati alla stipula di contratti professionistici con altre società.

Con il fallimento, nel 2004, della società Monza Calcio S.p.A., intervenuto durante il Campionato, il Tribunale ne ha disposto l'esercizio provvisorio (non essendo ancora avvenuta la riforma della L. F., è stato applicato l'art. 90 L. F.) in modo che potesse concludere il Campionato. Terminato il Campionato, con ordinanza il Tribunale ha disposto la vendita del Monza Calcio S.p.A. sia nell'interesse creditorio sia nell'interesse della stessa azienda, *"assicurando nel contempo la continuità dell'attività già oggetto dell'impresa fallita [...], la tutela dell'interesse dei dipendenti alla prosecuzione del rapporto di lavoro [...], la conservazione della squadra di calcio"*. In seguito al fallimento è stata costituita l'Associazione Calcio Monza Brianza 1912 S.p.A., la quale undici anni dopo versava già in stato di insolvenza; anche per quest'ultima S.p.A. è intervenuta, il 26 maggio 2015, la dichiarazione di fallimento, contestualmente alla quale è stato disposto l'esercizio provvisorio fino al seguente

con i tesserati e dalle operazioni di acquisizione di calciatori. Il deposito della fideiussione è condizione per il rilascio del visto di esecutività dei contratti.

primo luglio. Nella sentenza dichiarativa di fallimento questa scelta era motivata dalla finalità che si attribuiva all'istituto: "*consentire il termine del campionato e l'iscrizione della società al campionato professionistico di competenza per la prossima stagione*". Quello del Monza Calcio, caso particolarmente esemplificativo perché ripetuto, non è certo l'unico. Si deve considerare, infatti, che se la sentenza dichiarativa di fallimento intervenuta durante il campionato non è accompagnata dall'esercizio provvisorio bisognerebbe annullare tutte le partite disputate dalla fallita costringendo le squadre avversarie a giocare delle nuove partite (quindi partite in più rispetto ad altre squadre) significando ciò di dover aggiornare la classifica provocando, molto probabilmente, proteste tra i tifosi. È anche vero, tuttavia, che se questo *modus operandi* diventa la prassi, si rischia di andare contro le norme della Legge Fallimentare che regolano l'esercizio provvisorio, che dovrebbe essere disposto solo se non pregiudica i creditori, e a fronte di un'attenta analisi delle entrate e delle uscite necessarie per consentirne lo svolgimento.

10.1 Il caso Parma Calcio

La storia del Parma Calcio inizia nel 1913 con la nascita del “Verdi Football Club”, squadra che ha il culmine del suo successo con il campionato 1928/1929, che la fa approdare alla serie B. Durante i tre anni trascorsi in serie B, la squadra cambia nome in A. S. Parma che, fino al campionato 1953/1954, continua a passare dalla serie B alla serie C, e viceversa. Grazie al prezioso contributo dell’attaccante cecoslovacco Július Korostelev, il Parma ritorna in serie B, stavolta per fermarvisi undici anni, fino al campionato 1964/1965 che la riporta in serie C. L’anno successivo, in serie D, si fonde con l’A. C. Parmense, squadra della stessa città proveniente dai campionati regionali, ed ottenendo il primo posto nella classifica del girone B, torna a partecipare ai campionati professionistici con il nome di A. C. Parma. Sono parecchi gli anni in cui, ancora, oscilla tra serie C e serie B, fino a quando, anche grazie al carisma dell’allenatore Arrigo Sacchi (allenatore del Parma dal 1985 al 1987), trova un modo nuovo e più professionale di giocare, fino ad approdare alla serie A nel 1990. Viene in quell’anno acquistata dal gruppo Parmalat di Callisto Tanzi.

La società calcistica conquista una serie di successi anno dopo anno e non retrocede dalla serie A fino alla stagione 2004/2005, quando il crack finanziario della Parmalat ne mette in seria difficoltà le sorti. Essa infatti viene dichiarata insolvente e diventa così A. C. Parma S.p.A. in amministrazione straordinaria; per le grandi imprese in stato di insolvenza e la loro ristrutturazione industriale era stata infatti varata la cosiddetta Legge Marzano (n. 39 del 2004), rivolta alla salvaguardia dell’interesse pubblico sulle attività produttive, che prevedeva una procedura differente da quella fallimentare, che è essenzialmente liquidatoria. Proprio per l’appartenenza ad una procedura diversa da quella fallimentare, e che è finalizzata al risanamento dell’impresa, all’A. C. Parma S.p.A. in amministrazione straordinaria non viene revocata immediatamente l’affiliazione alla FIGC, in quanto per farlo si deve attendere che ne sia accertata l’impossibilità di risanamento. Questo permette, accortisi che il risanamento risulta difficile da conseguire, di effettuare il conferimento d’azienda a norma dell’art. 20 delle

NOIF¹¹⁸, l'8 luglio 2004. La conferitaria, denominata Parma Football Club S.p.A., vede trasferirsi al suo interno il titolo sportivo di serie A, il patrimonio sportivo e (solo) quei debiti che è necessario coprire perché sia possibile l'iscrizione al campionato successivo, eludendo così le NOIF: infatti nemmeno un pacchetto azionario della nuova società potrebbe ripagare i debiti della vecchia A. C. Parma S.p.A. in amministrazione straordinaria. Il Parma così continua a giocare in serie A fino al 2014, quando cominciano a sorgere ulteriori problemi finanziari, che la conducono al fallimento: non essendo infatti in regola con il pagamento degli incentivi all'esodo dei giocatori ceduti, dapprima le è revocata la licenza UEFA¹¹⁹, determinando la rassegnazione delle dimissioni del presidente Ghirardi, e in seguito, dopo un tempo molto breve, emergono ulteriori problemi che la portano all'insolvenza.

GIURISPRUDENZA

*Tribunale di Parma, Sentenza del 19/03/2015, n. 31*¹²⁰

DAC S.p.A., il PM c/o il Tribunale di Parma, Carpeggiani Bruno e Italian Managers Group srl, Marino Gianluca, Magnani Giovanni, Imborgia Antonino, ricorrono per il fallimento della società Parma Football Club S.p.A..

Il Tribunale di Parma ritiene che la società calcistica in esame svolga un'attività classificabile come "commerciale", in quanto dalla visura effettuata presso la Camera di Commercio emerge che l'oggetto dell'impresa è l' "*esercizio di attività sportive, in particolare la formazione, la preparazione e la gestione di squadre di calcio, nonché la*

¹¹⁸ Art. 20 NOIF, primo comma: "*La fusione tra due o più società, la scissione di una società, il conferimento in conto capitale dell'azienda sportiva in una società interamente posseduta dalla società conferente, effettuate nel rispetto delle vigenti disposizioni normative e legislative, debbono essere approvate dal Presidente della F.I.G.C. In caso di scissione di una società o di conferimento dell'azienda sportiva in altra società interamente posseduta dalla società conferente, l'approvazione può essere concessa, a condizione che sia preservata l'unitarietà dell'intera azienda sportiva e sia garantita la regolarità e il proseguimento dell'attività sportiva*".

¹¹⁹ Certificazione rilasciata dalla FIGC che conferma il rispetto da parte della Società richiedente la Licenza dei requisiti previsti dal Sistema come parte della procedura di ammissione alle competizioni UEFA.

¹²⁰ Documento consultato su:

http://www.fallimentiparma.com/index.php?where=documenti&fallimento_id=132145

promozione, la sponsorizzazione e l'organizzazione di gare, tornei ed ogni altra attività calcistica in genere (ivi inclusa la commercializzazione dei diritti radiotelevisivi in qualsiasi forma ed in qualsiasi genere relativa alle predette società sportive, gare, tornei ed ogni altra attività calcistica) nel quadro con le finalità e con l'osservazione delle norme vigenti [...]”.

Essendo la società “commerciale”, essa è assoggettabile al fallimento, qualora ne sussistano i presupposti. Pertanto il Tribunale verifica, analizzando i bilanci di esercizio prodotti dalla società calcistica, se la stessa rispetta i requisiti di fallibilità *ex art. 1 L. F.* ed osserva che *“emerge pacificamente il possesso di tali requisiti”.*

Dovendone verificare inoltre lo stato di insolvenza, il Tribunale si richiama alla giurisprudenza che identifica questo *status* in una *“situazione di impotenza economica, che si realizza quando l'imprenditore non è in grado di adempiere regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni alle scadenze pattuite, ossia quando la mancanza di liquidità e di credito è tale da comportare, nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie, o l'inosservanza delle scadenze stabilite o l'impossibilità di reperire, in un ragionevole lasso di tempo, quei mezzi normali di pagamento idonei ad estinguere le passività non più dilazionabili, rimanendo irrilevante che l'attivo patrimoniale sia superiore al passivo”.* Nel caso concreto, pare evidente la sussistenza dell'insolvenza anche dalle denunce di inadempimenti contrattuali presenti nei suddetti ricorsi, che lamentano il mancato pagamento di forniture e di compensi. Gli importi dovuti e non pagati dal Parma F. C. tra il 2012 e il 2015, oggetto di procedimenti monitori, risultano superiori a 1.780.000 €; i debiti tributari accertati dalla Guardia di Finanza, riguardanti IRES, IRAP e IVA, comprensivi di interessi e sanzioni, ammontano a 38.254.007,42 €; i debiti sportivi (la maggior parte nei confronti dei calciatori tesserati) sono stimati in € 74.360.912 €; dalla situazione economico-patrimoniale depositata dalla società il 17/02/2015 emergono debiti per € 218.446.754,61 ed un patrimonio netto pari a - 46.696.901, 95 €.

Il Tribunale, di conseguenza, rileva che sussiste lo stato di insolvenza, e che esso è irreversibile. Osservando, infine, che anche il limite dell'ultimo comma dell'art. 15 è

superato *ampiamente*, il Tribunale ritiene che vi siano i presupposti oggettivi e soggettivi per la dichiarazione di fallimento.

Vista la delibera della Lega Calcio Serie A del 06/03/2015¹²¹, il Tribunale valuta una possibile disposizione dell'esercizio provvisorio dell'impresa, considerando anche che in mancanza di quest'ultimo bisognerebbe applicare l'art. 16, sesto comma, delle NOIF revocando l'affiliazione dalla FIGC e perdendo quindi immediatamente il titolo sportivo e tutti i tesserati¹²² depauperando, o correndo il rischio di *azzerare* il valore dell'impresa.

Nell'interesse dei creditori e con il proposito di evitare un danno grave,

P. Q. M.

Il Tribunale di Parma

- dichiara il fallimento della società Parma Football Club S.p.A.;
- dispone l'esercizio provvisorio dell'impresa *ex art.* 104 L. F., dando mandato al curatore (ai curatori) di convocare il comitato dei creditori a norma del terzo comma dell'art. 104 L. F. entro il 15/04/2015;
- nomina il dott. Pietro Rogato giudice delegato e nomina curatori fallimentari i dott. Angelo Anedda e Alberto Guiotto;
- ordina alla società fallita di depositare i bilanci e le scritture contabili entro tre giorni;
- assegna ai creditori e ai terzi che vantano diritti reali mobiliari su cose in possesso del fallito il termine per la presentazione delle domande di ammissione allo stato passivo;
- dispone l'esecuzione immediata dell'inventario

¹²¹ Con la citata delibera la Lega Calcio si dichiarava disponibile a valutare delle iniziative che consentissero al Parma F. C. di proseguire il Campionato mediante l'istituto dell'esercizio provvisorio, sostenuto eventualmente dal Fondo Multe fino ad un importo massimo di € 5.000.000.

¹²² Art. 110, primo comma, NOIF: *“Nel caso in cui la società non prenda parte al Campionato di competenza, o se ne ritiri o ne venga esclusa, o ad essa sia revocata l'affiliazione, i calciatori per la stessa tesserati, salvo casi eccezionali riconosciuti dal Presidente Federale, sono svincolati d'autorità.[...]*”

- stabilisce la data dell'udienza per l'esame dello stato passivo al 21/05/2015, ore 11;
- nomina provvisoriamente il comitato dei creditori
- dichiara la sentenza provvisoriamente esecutiva.

Così deciso in Parma il 19/03/2015.

L'esercizio provvisorio è stato disposto dal Tribunale di Parma per consentire alla squadra di calcio di concludere il Campionato, nella prospettiva di una vendita unitaria dell'azienda. È chiaro però che chi avesse voluto comprare all'asta la società calcistica al termine dell'esercizio provvisorio, avrebbe certamente acquistato un importante marchio e un importante titolo sportivo (con il quale avrebbe potuto ripartire dalla serie B con il nuovo campionato), ma avrebbe dovuto pagare i debiti e l'eventuale prestito del Fondo Multe citato nella sentenza dichiarativa di fallimento del Parma F. C. S.p.A.. Non si pensava che sarebbe stato facile trovare un acquirente.


















Con la prima convocazione da parte dei curatori, del comitato dei creditori, il 15/04/2015 (come indicato dalla sentenza dichiarativa di fallimento) viene formulato il parere favorevole in merito all'opportunità di continuare l'esercizio provvisorio, anche grazie alla disponibilità dei calciatori¹²³ a veder ridotti i loro compensi pur di non peggiorare la situazione economica della società, consentendo quindi che l'esercizio provvisorio possa essere conservativo della situazione. Tuttavia i curatori chiedono di poter dare la risposta definitiva entro un termine successivo (15 giorni dopo), nell'attesa di perfezionare un accordo formale con i calciatori, ma anche nella speranza di riuscire a ridurre i debiti rendendo più appetibile la società per un futuro acquirente. Arrivata la risposta definitiva, affermativa, il Parma Calcio può continuare e concludere il campionato in esercizio provvisorio, sperando sempre di essere acquistato.

Giunto però il 22 giugno 2015 senza aver ricevuto alcuna offerta di acquisto, il Parma F. C. S.p.A. è costretto a cessare l'esercizio provvisorio, perdendo così la possibilità di

¹²³ Ipotesi confermata dall'Associazione Italiana Calciatori.

ricominciare il campionato 2015/2016 dalla serie B (era comunque l'ultima squadra in classifica nel campionato 2014/2015).

Di seguito la classifica del Campionato di serie A 2014/2015¹²⁴:

◆	Pos. ◆	Squadra ◆	Pt ◆	G ◆	V ◆	P ◆	S ◆	GF ◆	GS ◆	DR ◆
	1.	 Juventus	87	38	26	9	3	72	24	+48
	2.	 Roma	70	38	19	13	6	54	31	+23
	3.	 Lazio	69	38	21	6	11	71	38	+33
	4.	 Fiorentina	64	38	18	10	10	61	46	+15
	5.	 Napoli	63	38	18	9	11	70	54	+16
	6.	 Genoa ^[78]	59	38	16	11	11	62	47	+15
	7.	 Sampdoria	56	38	13	17	8	48	42	+6
	8.	 Inter	55	38	14	13	11	59	48	+11
	9.	 Torino	54	38	14	12	12	48	45	+3
	10.	 Milan	52	38	13	13	12	56	50	+6
	11.	 Palermo	49	38	12	13	13	53	55	-2
	12.	 Sassuolo	49	38	12	13	13	49	57	-8
	13.	 Verona	46	38	11	13	14	49	65	-16
	14.	 Chievo	43	38	10	13	15	28	41	-13
	15.	 Empoli	42	38	8	18	12	46	52	-6
	16.	 Udinese	41	38	10	11	17	43	56	-13
	17.	 Atalanta	37	38	7	16	15	38	57	-19
	18.	 Cagliari	34	38	8	10	20	48	68	-20
	19.	 Cesena	24	38	4	12	22	36	73	-37
	20.	 Parma ^[79]	19	38	6	8	24	33	75	-42

Nel frattempo, il 27 luglio 2015 viene costituita la Società Sportiva Dilettantistica Parma Calcio 1913.

Sfumata oramai la possibilità di acquisto del titolo sportivo, i curatori mettono in vendita i beni della società dopo averne redatto l'inventario a norma dell'art. 87 L. F.: i trofei vinti, le attrezzature sportive, gli arredamenti dello Stadio, del bar, della sala stampa, della biglietteria, gli indumenti di materiale tecnico, ecc. Il giorno deputato per

¹²⁴ Immagine tratta dalla pagina internet https://it.wikipedia.org/wiki/Serie_A_2014-2015.

l'asta giudiziaria, il 12 ottobre 2015, risulta pervenuta un'unica offerta in busta chiusa da parte della S. S. D. Parma 1913, che si aggiudica i trofei¹²⁵ della fallita con un'offerta di base imponibile di 50.000 €.

È così che il Parma Calcio, riportati i trofei nella propria città, riparte come S. S. D. Parma 1913 e ricomincia il campionato dalla serie D, alla quale è ammessa in sovrannumero nel girone D, e nel quale è attualmente prima in classifica¹²⁶.

Il Parma riparte però con lo spirito di chi vuole ricominciare chiudendo la brutta parentesi vissuta. A proposito di brutta parentesi, il 30 settembre 2015 la Sezione disciplinare del Tribunale Federale Nazionale, con comunicato ufficiale n. 23¹²⁷, ha deliberato l'inibizione di Giampietro Manenti dalla *permanenza in qualsiasi rango e/o categoria della Figc* per un periodo di cinque anni.

Giampietro Manenti è stato presidente del consiglio di amministrazione della società Parma F. C. S.p.A. dal 09/02/2015 al 19/03/2015 (data della sentenza dichiarativa di fallimento) violando, in quel breve periodo, l'art. 1-*bis*, primo comma, del Codice di Giustizia Sportiva (CGS), che sancisce che *“le società, i dirigenti, gli atleti, i tecnici, gli ufficiali di gara e ogni altro soggetto che svolge attività di carattere agonistico, tecnico, organizzativo, decisionale o comunque rilevante per l'ordinamento federale, sono tenuti all'osservanza delle norme e degli atti federali e devono comportarsi secondo i principi di lealtà, correttezza e probità in ogni rapporto comunque riferibile all'attività sportiva”*. Egli infatti ha cercato di far confluire nel Parma F. C. denaro di provenienza illecita, usando carte di pagamento clonate, e ricevendo l'ausilio di un'organizzazione criminale che gli consentiva -attraverso un sistema di frodi informatiche- di ricevere questo denaro presso la Banca Monte dei Paschi di Siena. Questi importi avrebbero dovuto figurare quali incassi dalla vendita di biglietti o dal merchandising o dagli sponsor. Per tali motivi, il Tribunale Federale Nazionale, ha optato per una tale delibera.

¹²⁵ Coppa Italia 1992, 1999 e 2002; Coppa delle Coppe 1993, Supercoppa Europea 1994, Coppa Uefa 1995 e 1999, Supercoppa Italiana 1999, e altri 298 trofei delle selezioni giovanili.

¹²⁶ Dato aggiornato al 10/02/2016

¹²⁷ Documento consultato su:

[http://www.figc.it/Assets/contentresources_2/ContenutoGenerico/55.\\$split/C_2_ContenutoGenerico_2529719_StrilloComunicatoUfficiale_1stAllegati_0_upfAllegato.pdf](http://www.figc.it/Assets/contentresources_2/ContenutoGenerico/55.$split/C_2_ContenutoGenerico_2529719_StrilloComunicatoUfficiale_1stAllegati_0_upfAllegato.pdf)

QUARTA PARTE: CASISTICA

Si ritiene di completare il presente lavoro ponendo in evidenza la casistica relativa agli argomenti trattati durante la redazione dell'elaborato, con particolare attenzione al tema principale dell'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito, nelle sue più varie sfaccettature analizzate.

La prima sentenza che si propone, di seguito, riguarda l'esercizio provvisorio di una società a responsabilità limitata, dichiarato contestualmente alla sua sentenza dichiarativa di fallimento, a norma del primo comma dell'art. 104 L. F.¹²⁸. Per poter dichiarare l'esercizio provvisorio contestualmente alla sentenza dichiarativa di fallimento, è necessario che già dall'istruttoria prefallimentare e dall'analisi della situazione patrimoniale ed economica della società sia emersa questa possibilità, che si concretizzerà quando, assieme alla sussistenza dei presupposti per la fallibilità, emergerà il concreto pericolo che dall'interruzione dell'attività aziendale derivi un danno grave. Ecco allora che, se il Tribunale ritiene che non vi sia pregiudizio per i creditori, potrà disporre l'esercizio provvisorio nello stesso momento in cui dichiara il fallimento dell'impresa commerciale.

Tribunale di Lecco, sez. I, sentenza del 09/07/2013, n. 9328¹²⁹

In data 21/12/2012 la società Grattarola S.r.l. aveva presentato la domanda di ammissione con riserva alla procedura di concordato preventivo ai sensi dell'art. 161 L. F.. Nella data di riunione del Tribunale in Camera di Consiglio, il 03/07/2013, il Tribunale decide di respingere la citata domanda.

Viene convocato in udienza il legale rappresentante della società, che si è reso disponibile, tramite una lettera di intenti, a stipulare un contratto di affitto di azienda al fine di conservare il valore dell'avviamento sino alla data di cessione, o di affitto, della società Grattarola S.r.l..

¹²⁸ Per ulteriori dettagli si veda il capitolo 3 del presente elaborato.

¹²⁹ Da http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fal.php?id_cont=9328.php

Il Tribunale rileva che sussistono i requisiti di fallibilità di cui all'art. 1 L. F.¹³⁰, che la società si trova in uno stato di insolvenza *ex art. 5 L. F.*¹³¹ e che il valore dei debiti scaduti e non pagati risultanti dalle scritture contabili analizzate durante l'istruttoria prefallimentare è superiore alla soglia di 30 000 €¹³². Si può dunque procedere alla sentenza dichiarativa di fallimento.

Il Tribunale rileva inoltre che dall'interruzione, anche temporanea, dell'attività potrebbe sorgere un danno grave derivante dalla perdita di valore dell'avviamento: la perizia dell'esperto ha fatto emergere il minor valore dei singoli cespiti rispetto al valore dell'azienda comprensivo di avviamento. Inoltre l'interruzione dell'impresa significherebbe anche l'interruzione dei contratti e conseguenti, probabili, azioni di risarcimento. Il Tribunale ritiene che non vi sia il rischio di pregiudicare i creditori perché la società, dall'istanza di fallimento, è stata affiancata da un Consulente Tecnico d'Ufficio e si trova ora in una situazione di equilibrio.

Il Tribunale ritiene dunque che vi siano i presupposti per la disposizione dell'esercizio provvisorio dell'impresa *ex art. 104 L. F.* anche se lo ritiene opportuno solo per il tempo necessario ad adempiere i contratti in corso, volendo favorire l'affitto di azienda.

P. Q. M.

il Tribunale dichiara il fallimento, nomina il Giudice Delegato ed il Curatore.

Dispone l'esercizio provvisorio dell'impresa e dispone che il Curatore convochi il Comitato dei creditori dopo due mesi, nel rispetto del terzo comma dell'art. 104 L. F..

¹³⁰ La società svolge attività commerciale (nel caso specifico attività di progettazione, produzione e commercio di mobili) e ha avuto nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento, congiuntamente:

- un attivo patrimoniale superiore a 300 000 €
- ricavi superiori a 200 000 €
- ammontare di debiti, anche non scaduti, superiori a 500 000 €

¹³¹ *"L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito.*

Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni."

¹³² Al di sotto di questa soglia non si può procedere alla dichiarazione di fallimento.

Si è letto come per il Tribunale di Lecco fosse importante la conservazione dell'avviamento aziendale (effettuata grazie all'istituto dell'esercizio provvisorio) in vista di un probabile affitto d'azienda.

Nel fallimento di una catena di supermercati, si pensi invece a quanto è importante la vendita, o comunque lo smaltimento, della merce deperibile presente all'interno dei magazzini o degli stessi luoghi di vendita, prima che cessi l'attività. È necessario impedire che le merci scadano, che sia per questioni etiche o di igiene degli ambienti. Il Tribunale di Salerno, proprio per questa ragione, ha ritenuto opportuno disporre l'esercizio provvisorio, contestualmente alla sentenza dichiarativa di fallimento, della Alvi S.p.A..

Tribunale di Salerno, sentenza del 16/12/2009, n. 585¹³³

Il Tribunale ritiene che sussistano i presupposti soggettivo e oggettivo per la dichiarazione di fallimento del gruppo di supermercati Alvi S.p.A. in liquidazione; l'attivo patrimoniale della società consiste in € 80.000.000 circa, mentre il passivo in € 160.000.000 circa, ed esistono altri elementi sintomatici dello stato di insolvenza in cui versa la società. Risulta inoltre superato il limite di cui all'ultimo comma dell'art. 15 L. F..

Il Tribunale rileva che il gruppo si compone di otto società operative, ed elenca una serie di problematiche che hanno interessato la società in liquidazione. Evidenzia, quindi, che *“il fatto che l'amministratore si sia dimesso (dopo aver ceduto seppure in fitto quasi tutti i rami di azienda) ed il fatto che il liquidatore appena nominato abbia chiesto di essere sostituito provano che gli ordinari mezzi di gestione sono del tutto inidonei a fronteggiare la situazione di insolvenza della società.”*

[...]

“Il Tribunale non può non disporre l'esercizio provvisorio atteso che è evidente che essendovi merci in supermercati le stesse debbano essere alienate. Pertanto, ritenuto

¹³³ Documento consultato su:

http://www.fallimentisalerno.com/index.php?where=documenti&fallimento_id=36142

che dall'interruzione improvvisa dell'attività economica deriverebbe un danno grave ed irreparabile, deve autorizzarsi la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa Alvi S.p.A."

Il Tribunale infine prende atto che i ricorsi contro la Alvi S.p.A. risultano fondati e che la resistente, tra l'altro, ha adottato una condotta che non consente di rinviare la data di dichiarazione di fallimento. Afferma poi che il curatore che sarà nominato avrà l'onere di verificare la sussistenza dei presupposti per la continuazione dell'esercizio provvisorio.

P. Q. M.

il Tribunale dichiara il fallimento della società Alvi S.p.A. in liquidazione, nomina il giudice delegato ed il curatore fallimentare ed autorizza l'esercizio provvisorio dell'impresa.

Come specificato dal Tribunale di Salerno, una volta disposto l'esercizio provvisorio in sede dichiarativa del fallimento, spetterà poi al curatore il compito di valutarne la convenienza, con il contributo decisivo del comitato dei creditori.

Quando interviene una sentenza dichiarativa di fallimento, normalmente vi sono dei contratti in corso, che non sono ancora completamente eseguiti. Per la sorte di questi contratti, detti "pendenti", si guarda alla previsione generale dell'art. 72 L. F., e alle previsioni specifiche degli articoli successivi, sino all'art. 83-bis. Quando invece viene dichiarato l'esercizio provvisorio, opera una norma precisa della Legge Fallimentare, ossia l'art. 104, settimo comma. Secondo la regola generale, i contratti pendenti sono sospesi, ed il curatore deve decidere se subentrare o meno in un determinato contratto, mentre con l'esercizio provvisorio la norma prevede che i contratti pendenti proseguano a meno che il curatore non voglia sospenderli o scioglierli. Il caso più frequente di contratto pendente al momento della dichiarazione di fallimento è il contratto di lavoro dipendente, ed è per questo che sull'argomento vi è un'ampia casistica.

La giurisprudenza proposta di seguito riguarda alcune, varie, problematiche che hanno interessato i lavoratori dipendenti di società fallite, e di società fallite di cui sia stato dichiarato l'esercizio provvisorio, anche in merito al tema della prededucibilità o meno del credito di un lavoratore dipendente. Entrano in gioco, per quanto riguarda la prededucibilità del credito, altri due articoli della Legge Fallimentare: gli artt. 104, ottavo comma, e 111 L. F., che indicano come crediti prededucibili quelli “*sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali*”, e comunque, sempre, quelli sorti in costanza di esercizio provvisorio.

Si rimanda comunque alla lettura dei capitoli 5 e 6 per un approfondimento sui temi accennati.

Con la sentenza della Corte di Cassazione proposta di seguito si possono valutare, contemporaneamente, vari temi: il licenziamento dei lavoratori dipendenti; l'effettiva sussistenza del credito per il lavoratore subordinato, derivante dalla mancata retribuzione e la sua prededucibilità; il credito INPS per la mancata contribuzione fino alla data del licenziamento del lavoratore.

Cassazione Civile, sez. lav., sentenza del 14/05/2012, n. 7473¹³⁴

A seguito del fallimento della società Bertani S.a.s. di Fabrizio e Riccardo Bertani, l'INPS aveva chiesto l'ammissione al passivo dei crediti per contributi omessi e relative sanzioni fino alla data del licenziamento, da parte del curatore, dei lavoratori dipendenti. La Corte d'Appello di Milano, confermando la sentenza di primo grado, aveva confermato l'ammissione al passivo dei crediti e delle sanzioni solo fino alla data di intervenuto fallimento della società “*sul presupposto che, conseguendo al fallimento la cessazione dell'attività aziendale, il periodo intercorrente fino al licenziamento non poteva reputarsi quale periodo di lavoro prestato ed in quanto tale fonte di obbligazione a carico della massa*”. Ugualmente, secondo la Corte d'Appello, i crediti

¹³⁴ Documento consultato su:

<https://www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze?idDocMaster=3219658&idDataBanks=2&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&pagina=1&NavId=824858509&pid=19&IsCorr=False>

dei lavoratori dipendenti per le mancate retribuzioni successive alla data del fallimento, non avevano ragione di essere ammessi al passivo in prededuzione.

L'INPS ricorre in Cassazione contro la sentenza della Corte d'Appello di Milano, ritenendo che se il curatore decide di proseguire i rapporti di lavoro a seguito della sentenza dichiarativa di fallimento, oltre alla retribuzione il curatore dovrà pagare anche la contribuzione relativa, fino alla data in cui egli effettuerà il licenziamento; l'INPS ritiene, di conseguenza, di avere il diritto a veder ammesso in prededuzione il proprio credito relativo ai contributi dovuti nel lasso di tempo tra la data di dichiarazione di fallimento e il licenziamento dei lavoratori.

Il giudice di legittimità afferma che *“ai sensi dell’art. 2119 c.c., comma 2, il fallimento dell’imprenditore non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto di lavoro”* e fonda quest’affermazione sul fatto che con la sentenza dichiarativa di fallimento, almeno finché non interviene la liquidazione, non si disgrega l’azienda come complesso organizzato di beni, ma l’ottica seguita nella sua gestione è semplicemente trasformata da ottica produttiva ad ottica liquidatoria. Afferma poi che trova applicazione l’art. 72 L. F.: *“a seguito della dichiarazione di fallimento deve ritenersi che, nell’ipotesi in cui non vi sia esercizio provvisorio dell’attività imprenditoriale, ma cessazione dell’attività aziendale, come nella specie, il rapporto di lavoro rimane sospeso sino alla dichiarazione del curatore di cui all’art. 72, comma 2, L. Fall.”*.

Se quindi il curatore ritiene che rientri nelle esigenze della procedura fallimentare decidere di non subentrare nel contratto di lavoro subordinato, il prestatore di lavoro non potrà nemmeno avere il diritto al risarcimento del danno previsto per le cause di cessazione anticipata del rapporto di lavoro.

La Cassazione richiama inoltre il principio secondo il quale la retribuzione deve, per sua natura, essere collegata all’effettiva prestazione di lavoro: *“quando non vi è prestazione lavorativa non vi può essere (eccetto i casi di illegittima interruzione o unilaterale sospensione del rapporto, nei quali l’obbligo retributivo è riconducibile agli effetti risarcitori della condotta inadempiente del datore di lavoro) strictu sensu retribuzione*

difettando il sinallagma funzionale del contratto". Di conseguenza, la Corte afferma che la contribuzione è correlata alla retribuzione, ma *"solo ed in quanto questa sia ricollegabile alla effettiva prestazione lavorativa"*. Nel caso di specie, non essendovi stata retribuzione nel periodo successivo alla dichiarazione di fallimento, non si può nemmeno configurare un credito di contribuzione a favore dell'INPS.

La Corte infine rileva la non ammissibilità al passivo dei crediti relativi alle mancate retribuzioni nel periodo successivo alla sentenza dichiarativa di fallimento.

P. Q. M.

La Corte, riuniti i ricorsi, li rigetta e compensa le spese per soccombenza reciproca.

Con l'ordinanza 26893 del 2013 La Cassazione si è invece occupata della differenza tra privilegio e prededuzione, analizzando il caso di un credito IVA di un professionista che aveva erogato una prestazione di servizi ad una società prima che per questa intervenisse la sentenza dichiarativa di fallimento. Non essendo un credito sorto durante la procedura fallimentare non può essere prededucibile, ma gli viene accordato il privilegio richiesto.

*Cassazione civile, sez. VI, ordinanza del 29/11/2013 n. 26893*¹³⁵

Il creditore C.G. della società fallita Rizzi costruzioni S.r.l. si è opposto allo stato passivo. Essendo stata rigettata l'opposizione dal Tribunale di Verona, il creditore ha proposto ricorso per Cassazione.

Egli richiede, tra le altre cose, che venga applicato l'art 2758 c. c.¹³⁶ per il privilegio sul credito IVA che gli spetta a fronte di una prestazione professionale erogata alla società prima che fallisse.

¹³⁵ Documento consultato su:

<https://www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze?idDocMaster=4046934&idDataBanks=2&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&pagina=1&NavId=207710262&pid=19&IsCorr=False>

La Cassazione evidenzia che già in passato ha ritenuto, per casi a questo assimilabili, che il credito di rivalsa IVA, pur ammesso allo stato passivo in via privilegiata, *“non è qualificabile come credito di massa, da soddisfare in prededuzione ai sensi dell’art. 111, comma 1, L. Fall.”*.

A conferma dell’affermazione effettuata cita l’art. 6 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, secondo cui *“le prestazioni di servizi si considerano effettuate all’atto del pagamento del corrispettivo”*; ciò significa che il credito IVA è sorto in quel momento, e non durante la procedura fallimentare, e che potrà *“giovarsi del solo privilegio speciale di cui all’art. 2758 c.c., comma 2, nel caso in cui sussistano beni - che il creditore ha l’onere di indicare in sede di domanda di ammissione al passivo - su cui esercitare la causa di prelazione”*, ma non della prededuzione.

P. Q. M.

(limitatamente alla questione trattata) il ricorso viene accolto.

Un tema particolare viene poi affrontato dalla Corte di Cassazione nella sentenza 1832 del 2003: con il fallimento dell’impresa, il curatore aveva deciso di sciogliersi da tutti i contratti pendenti di lavoro subordinato, eccetto uno, mantenuto per un solo mese. La Cassazione, in questo caso, reputa l’indennità di mancato preavviso un credito prededucibile; non sempre è così, ma in questo caso quel rapporto di lavoro viene considerato funzionale alla procedura concorsuale.

¹³⁶*“I crediti dello Stato per i tributi indiretti hanno privilegio sui mobili ai quali i tributi si riferiscono e sugli altri beni indicati dalle leggi relative, con l’effetto da esse stabilito. Eguale privilegio hanno i crediti di rivalsa verso il cessionario ed il committente previsti dalle norme relative all’imposta sul valore aggiunto, sui beni che hanno formato oggetto della cessione o ai quali si riferisce il servizio. Il privilegio, per quanto riguarda l’imposta di successione, non ha effetto in pregiudizio dei creditori che hanno esercitato il diritto di separazione dei beni del defunto da quelli dell’erede.”*

*Corte di Cassazione civile, sez. I., sentenza del 07/02/2003, n. 1832*¹³⁷

Intervenuto il fallimento della Nardi Sistemi Elettronici S.p.A. con sentenza del Tribunale di Latina, in data 5 dicembre 1991, il curatore aveva deciso di subentrare in un solo rapporto di lavoro (mantenuto peraltro per un solo mese), con il dirigente della società, procedendo quindi al licenziamento di tutti gli altri prestatori di lavoro dipendente. In quel mese di servizio al dirigente erano state pagate sia la retribuzione sia la contribuzione. L'8 gennaio 1992 anche l'ultimo lavoratore veniva licenziato e, conseguentemente a ciò, richiedeva l'ammissione al passivo del credito -stimato in Lire 182.000.000- relativo all'indennità di mancato preavviso, in prededuzione ai sensi dell'art. 111 L. F..

Il Tribunale di Latina aveva però rigettato la domanda, considerando la brevità del periodo di lavoro post-fallimento.

Successivamente, la Corte di Appello di Roma accoglieva la domanda solo parzialmente: sia il curatore sia il dirigente hanno proposto ricorso per Cassazione.

La Cassazione ricorda la previsione dell'art. 2119 c. c., secondo il quale il fallimento non costituisce una giusta causa di risoluzione del rapporto lavorativo, ed osserva che il curatore si è servito delle prestazioni lavorative del dirigente anche in funzione dell'attività liquidatoria. È proprio per quest'ultima ragione che la Corte ritiene che il licenziamento, in questo caso, abbia dato luogo ad un'indennità di preavviso da ammettere al passivo in prededuzione, integralmente, in quanto sorta in occasione della procedura fallimentare.

Ci si può chiedere, invece, come si debba agire quando contestualmente alla sentenza dichiarativa di fallimento venga disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa, e vi siano dei contratti pendenti; come già esplicitato, l'articolo 104 L. F., al settimo comma,

¹³⁷ Documento consultato su:

<https://www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze?idDocMaster=2410291&idDataBanks=2&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&pagina=0&NavId=102404520&pid=19>

afferma che a meno che il curatore non intenda sospendere i contratti pendenti o scioglierli, questi proseguono. Se proseguono, sono anche contratti che possono determinare l'insorgenza di crediti prededucibili, poiché nati durante l'esercizio provvisorio a norma del comma 8 dell'art. 104 L. F.. Se poi i contratti pendenti riguardano la somministrazione di energia elettrica e gas, ci si può domandare se essi si possano considerare come un'unica prestazione erogata a più riprese (e quindi, se la prededucibilità del credito sorto nell'esercizio provvisorio si possa estendere anche alle prestazioni non pagate in precedenza) oppure se siano prestazioni diverse erogate in momenti diversi (e quindi, se la prededucibilità del credito sia limitata alle prestazioni erogate e non pagate durante l'esercizio provvisorio). La Corte di Cassazione, con la sentenza 4303/2012, ha risposto ai quesiti che ci si è posti.

*Cassazione Civile, sez. I, 19/03/2012, n. 4303*¹³⁸

Il Tribunale di Busto Arsizio¹³⁹ ha disposto, con sentenza dichiarativa di fallimento del 22/10/2009, l'esercizio provvisorio della Luigi Tosi & C. di Giuseppe Tosi & C. S.a.s. e del socio accomandatario Giuseppe Tosi.

A seguito di ciò, la Vivigas S.p.A., fornitrice di energia elettrica e gas, e creditrice della Luigi Tosi & C. Di Giuseppe Tosi & C. S.a.s., ha chiesto di essere ammessa al passivo con prededucibilità del credito in base alla disposizione dell'art. 74 L. F.¹⁴⁰, ma il credito è stato ammesso al passivo considerandolo chirografario. È quindi seguita l'opposizione allo stato passivo da parte della Vivigas S.p.A., respinta dal Tribunale il 03/12/2010 poiché in costanza di esercizio provvisorio non si applicano gli artt. 72 ss L. F., bensì l'art. 104 comma 7 L. F..

¹³⁸ Tratto dalla rivista "Il fallimento" n. 10/2012, pag. 1222, con commento di A. Patti.

¹³⁹ In provincia di Varese, nella regione Lombardia.

¹⁴⁰ "Se il curatore subentra in un contratto ad esecuzione continuata o periodica deve pagare integralmente il prezzo anche delle consegne già avvenute o dei servizi già erogati."

La Vivigas S.p.A. ha quindi proposto ricorso per Cassazione sostenendo l'estensibilità dell'art. 104 comma 8¹⁴¹ ai *“crediti scaduti quando siano funzionalmente collegati, come nel caso di specie, ad un rapporto contrattuale unitario che prosegue e che rende per l'effetto anche unitario il credito”*.

Ma per la Cassazione il ricorso è infondato, in quanto la prededuzione, in costanza di continuazione temporanea dell'esercizio, sussiste solo per i crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio. Solo qualora, al momento della cessazione dell'esercizio provvisorio, il curatore decidesse di subentrare nel contratto, sarebbe nuovamente applicabile l'art. 74 L. F., e il curatore avrebbe l'obbligo di pagare le forniture eseguite anche prima della sentenza dichiarativa del fallimento.

La Cassazione inoltre cita la Sentenza n. 4715 della Corte di Cassazione a Sez. Unite del 22/05/1996: *“il contratto di somministrazione non mira ad un risultato contrattuale unico (come si verifica per es. nella vendita a consegne ripartite), ma al riprodursi di un risultato contrattuale completo e definitivo in ogni sua manifestazione [...]”*.

P. Q. M.

La Corte di Cassazione decide di rigettare il ricorso compensando le spese data la novità della questione.

Anche nel caso proposto di seguito, la Corte di Cassazione ha dovuto stabilire se un determinato credito fosse o meno prededucibile: uno studio legale aveva effettuato prestazioni professionali ad una società prima e dopo il suo fallimento, maturando così dei crediti rispettivamente chirografari e prededucibili. Quelli prededucibili, saldati nel corso di una ripartizione parziale, avevano generato al loro pagamento un credito IVA, che lo studio legale riteneva anch'esso prededucibile, in quanto sorto durante il fallimento. Tuttavia, la Cassazione ha evidenziato come la mancanza della correlazione

¹⁴¹ *“I crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio sono soddisfatti in prededuzione ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1).”*

tra il credito IVA e le spese relative all'amministrazione della procedura determinasse l'impossibilità di considerare il credito IVA, accessorio di un altro credito, come credito prededucibile.

*Corte di Cassazione, sez. I, sentenza del 11/04/2011, n. 8222*¹⁴²

A seguito del fallimento della Co. Ve. S. – Cooperativa Vendita Stampa S.c.a.r.l., lo Studio Legale Afferni Crispo & C. vedeva ammesso all'esame del passivo il suo credito chirografario di circa Lire 20.000.000 e il suo credito prededucibile, derivante da prestazioni professionali effettuate nei confronti della fallita, di Lire 200.000.000. Quest'ultimo credito era stato saldato in sede di una ripartizione parziale; a seguito di ciò, a norma dell'art. 101 L. F.¹⁴³ il creditore aveva chiesto di essere ammesso al passivo per Lire 40.800.000 (a titolo di rivalsa per l'IVA relativo all'importo ricevuto in sede di ripartizione parziale), in prededuzione. Domanda che era poi stata rigettata dal Tribunale di Milano con sentenza del 20 settembre 2002 e confermata dalla Corte d'Appello di Milano nel 2005 in quanto il credito non riguardava l'amministrazione dei beni fallimentari o spese di procedura, ma un accessorio di un altro credito, e che la fonte dell'obbligazione non poteva essere il pagamento.

Lo Studio Legale dunque propone ricorso per Cassazione avverso la citata sentenza, ma il curatore fallimentare resiste con un controricorso.

La Cassazione conferma la decisione della Corte d'Appello di Milano, sancendo che il credito IVA si riferiva ad una prestazione professionale avvenuta prima della dichiarazione di fallimento, e pertanto, non essendo sorto in costanza di procedura, non può essere soddisfatto con prededucibilità ai sensi dell'art. 111, primo comma, L. F.. Afferma infatti che la prededucibilità necessita *“che il credito sia sorto nei confronti della gestione fallimentare, come spesa o come credito di amministrazione, o ancora*

¹⁴² Documento consultato su:

<https://www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze?idDocMaster=2548393&idDataBanks=2&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&pagina=0&NavId=1127988348&pid=19>

¹⁴³ Domande tardive dei crediti.

come credito inerente all'esercizio provvisorio dell'impresa" e che "l'emissione della fattura non dà luogo ad una nuova causa petendi".

P. Q. M.

la Corte di Cassazione rigetta il ricorso e condanna lo Studio Legale al pagamento delle spese processuali.

All'ampio dibattito¹⁴⁴ sull'assoggettabilità al fallimento di società con veste tipologica di impresa commerciale, ma partecipate a maggioranza da enti pubblici, corrisponde una giurisprudenza altrettanto vasta. Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, ad esempio, utilizza il metodo tipologico per decidere sull'assoggettabilità al fallimento di una società per azioni partecipata per più del 50% da un ente pubblico: poiché l'attività da essa svolta non ha le caratteristiche di un'attività tipicamente pubblica, nella sostanza si può definire un'impresa assoggettabile al diritto commerciale, e al fallimento.

*Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, sez. fall., sentenza del 24/05/2011*¹⁴⁵

Nell'anno 2010 viene richiesto il fallimento della XXX¹⁴⁶ S.p.A., una società a partecipazione pubblica. La parte resistente però invoca l'art. 1 L. F. primo comma, che sancisce che *sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici*; infatti essa è stata costituita ai sensi dell'art. 113 TU Enti Locali *"per la gestione di un servizio pubblico"*. Il capitale sociale, inoltre, è a prevalenza pubblica (≥ 51%).

Tuttavia il Tribunale¹⁴⁷, esaminata la normativa di riferimento, osserva come per l'attività svolta dalla resistente (controllo, verifica di impianti termici e accertamento delle violazioni di legge, di competenza della Provincia di Caserta) non vi sia la

¹⁴⁴ Di cui al capitolo 7 del presente elaborato.

¹⁴⁵ Documento consultato su: <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/6578.pdf>

¹⁴⁶ Nome di invenzione di chi scrive.

¹⁴⁷ Il Tribunale ha utilizzato, per la sua analisi, il metodo tipologico.

necessità di avere un capitale sociale in prevalenza pubblico. Osserva inoltre il Tribunale di essersi occupato, in precedenti pronunce, della fallibilità di società a prevalenza di capitale pubblico, e di aver valutato (anche a partire dalla giurisprudenza di legittimità) più rilevante l'aspetto sostanziale e dell'attività svolta da tali società piuttosto che la loro veste giuridica e gli aspetti formali: *“la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto privato solo perché l'ente locale ne possiega, in tutto o in parte, le azioni”*. Continua poi sostenendo che se un ente si avvale del diritto societario, esso *“non può che esser ritenuto soggetto di natura privata”*.

Il Tribunale elenca successivamente i requisiti che deve avere una società partecipata da un ente pubblico per essere ricompresa nella definizione di ente pubblico ed essere quindi esonerata dal fallimento, ed evidenzia come la parte resistente non rispetti i requisiti elencati. Esclude quindi che non sia assoggettabile al fallimento, in quanto non rispondente alla definizione di ente pubblico di cui all'art. 1 comma 1 L. F..

Il Tribunale verifica quindi la sussistenza dei requisiti di fallibilità della resistente; essendo questi sussistenti,

P. Q. M.

dichiara il fallimento della società resistente.

Non il metodo tipologico, bensì quello funzionale, viene utilizzato dal Tribunale di Napoli nel valutare l'assoggettabilità al fallimento di una società per azioni partecipata a maggioranza da un ente pubblico. Il Tribunale in questione focalizza infatti l'attenzione sulle caratteristiche del servizio offerto; classificandolo come servizio pubblico essenziale, ritiene che la società per azioni sia nella sostanza un ente pubblico e pertanto non ritiene possibile la sua dichiarazione di fallimento (e neppure, di conseguenza, la disposizione dell'esercizio provvisorio della stessa).

Tribunale di Napoli, sez. VII, sentenza del 31/10/2012¹⁴⁸

A seguito della presentazione della domanda di concordato preventivo da parte della Astir S.p.A. in liquidazione (con socio unico la Regione Campania), il Tribunale si è posto innanzitutto la questione sull'assoggettabilità al fallimento della S.p.A. in esame.

Il Tribunale osserva come la dottrina prevalente sia orientata all'assoggettabilità al fallimento di tutte le società costituite secondo una delle tipologie previste dal codice civile e sostiene, tra l'altro, che esentare dalla procedura fallimentare queste società significherebbe pregiudicare gli interessi dei creditori, l'interesse pubblico e l'interesse della società stessa. Afferma poi che per assicurare la continuità del servizio ci si può avvalere dell'istituto dell'esercizio provvisorio ai sensi dell'art. 104 L. F..

Il Tribunale osserva che è in espansione il fenomeno delle società di capitali a prevalenza di capitale pubblico.

Vi è poi una parentesi sulle cosiddette società *in house*¹⁴⁹: l'attività da esse svolta non può essere industriale o commerciale, ma in quanto organismi di diritto pubblico a cui si applica la disciplina comunitaria sugli appalti, esse devono avere l'obiettivo di perseguire l'interesse generale. Proprio per queste caratteristiche sono, secondo la dottrina più imponente, da considerare nell'alveo degli enti pubblici (quantomeno perché non possono essere classificate come impresa). Inoltre, si legge nella presente giurisprudenza, che una società è considerata *in house* all'amministrazione pubblica quando quest'ultima esercita su di essa un controllo assimilabile a quello esercitato sui propri servizi.

Considera poi il Tribunale che la giurisprudenza, quasi contemporaneamente alla dottrina, ha cominciato a mettere in dubbio la tesi privatistica più stretta (vedi sentenza

¹⁴⁸ In *Giurisprudenza commerciale*, sez. giurisprudenza, n. 42.1, Giuffrè, Milano, 2015.

¹⁴⁹ Si può ricavare una descrizione di società *in house* dall'art. 13 della Legge 248/2006, primo comma: "[...] le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, [...] devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti".

della Cassazione civile, sez. I, 27/09/2013, n. 22209¹⁵⁰), e fa un elenco di sentenze che hanno portato ad esiti diversi, nel corso degli anni.

Per decidere sul caso in esame, analizzata la normativa di riferimento, la pregressa giurisprudenza e la dottrina, il Tribunale ha assunto come base la regola privatistica e ha verificato poi la sussistenza di indici che rivelassero la pubblicità della Astir S.p.A. in liquidazione, con esito positivo. Infatti la società faceva utilizzo di risorse pubbliche e faceva riferimento a una disciplina diversa da quella societaria. Nonostante ciò, però, il Tribunale ha escluso che la Astir S.p.A. in liquidazione potesse definirsi ente pubblico.

Afferma, infine, il Tribunale, che la Astir S.p.A. in liquidazione svolge un servizio necessario alla Regione Campania (raccolta di rifiuti urbani e bonifica del territorio) e pertanto la include nel novero delle società a partecipazione pubblica necessarie e, di conseguenza, come prevede il metodo funzionale, la esclude dall'applicabilità della Legge Fallimentare.

P. Q. M.

Il Tribunale di Napoli rigetta la domanda di concordato preventivo della Astir S.p.A. in liquidazione, dichiarando inammissibile il ricorso relativo.

Nel 2010, il Tribunale di Catania adopera addirittura entrambi i metodi (tipologico e funzionale) per stabilire l'applicabilità dell'art. 1 L. F. alla società per azioni di cui è stata proposta un'istanza di fallimento. Entrambi i metodi utilizzati portano allo stesso risultato: la non applicabilità dell'art. 1 L. F.. Emerge poi un'altra questione da risolvere: l'interruzione dell'attività, considerata servizio pubblico essenziale, porterebbe ad un danno grave, ma non sarebbe nemmeno possibile applicare l'esercizio provvisorio in quanto non è previsto dall'art 104 L. F. che esso possa essere disposto per la prosecuzione di un interesse pubblico. Per questi motivi il Tribunale di Catania decide per la non assoggettabilità del fallimento della Aciambiente S.p.A..

¹⁵⁰ v. nota 84.

Tribunale di Catania, sez. IV, sentenza del 26/03/2010, n. 2338¹⁵¹

Un creditore della società Aciambiente S.p.A., società di servizi a partecipazione pubblica, propone nei suoi confronti un'istanza di fallimento.

Il Tribunale di Catania ritiene che la sola “veste” formale non sia sufficiente per identificare la società come impresa commerciale, e rileva come la giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato si sia assestata sulla valutazione sostanziale delle imprese per stabilirne la natura pubblica o privata. L'elemento che in particolare rileva è l'influenza che i poteri pubblici esercitano nella società: se essa è dominante (partecipazione pubblica nella società di capitali superiore al 50%, società di capitali strumentale alla realizzazione delle finalità dell'ente pubblico, ecc.).

Il Tribunale constata che nello Statuto societario della Aciambiente S.p.A. è previsto:

- all'art. 10, che *“della società non potranno far parte soci privati”*
- all' art. 1, che lo scopo della società è la gestione dei rifiuti e la verifica del sistema di versamento della tassa sui rifiuti
- all'art. 5, che l'oggetto della società è rappresentato da attività tra le quali la raccolta differenziata, il trasporto e lo smaltimento corretto dei rifiuti e bonifica dei siti contaminati
- all'art. 6, che al fine di perseguire l'oggetto sociale, le sono dati poteri tipicamente pubblicistici, come quello di riscossione della TARSU (Tassa per lo smaltimento dei Rifiuti Solidi Urbani).

Secondo quanto esposto, il Tribunale ha ragione di affermare che la società resistente ha natura pubblica, poiché risulta essere un *“organo indiretto della pubblica amministrazione”*.

Essendo riconosciuta come ente pubblico, pertanto, la società non è assoggettabile alle disposizioni della Legge Fallimentare, almeno secondo il metodo tipologico.

¹⁵¹ Documento consultato su:

<https://www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze?idDocMaster=2028171&idDataBanks=6&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&pagina=1&NavId=833680147&pid=19&IsCorr=False>

Il Tribunale segue quindi un diverso metodo di analisi, applicando il metodo funzionale: constatato che la società svolge un servizio pubblico essenziale, si deve considerare che il suo eventuale fallimento costituirebbe un danno grave, e che non sarebbe nemmeno possibile disporre l'esercizio provvisorio perché non vi è, nell'art. 104 L. F., una previsione che ne autorizzi la disposizione per il perseguimento di un interesse pubblico.

Il Tribunale evidenzia come la società sia *“considerata necessaria dall'ente territoriale”*, in quanto svolge *“servizi pubblici destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi”*.

Conclude pertanto affermando che risulta carente il presupposto di cui all'art. 1 L. F.

P. Q. M.

Rigetta il ricorso.

Meritano attenzione, infine, le società sportive professionistiche che di norma vengono costituite secondo una delle tipologie previste dal codice civile. Pare chiaro, anche alla luce degli avvenimenti sempre più frequenti negli ultimi anni, che esse siano assoggettabili alla disciplina del fallimento¹⁵². Tuttavia esse rappresentano un caso particolare, poiché in maniera molto frequente, per queste società, assieme alla sentenza dichiarativa di fallimento viene disposto l'esercizio provvisorio. Infatti, essendo queste società portatrici di importanti valori intangibili al loro interno, come l'avviamento, il marchio e soprattutto il titolo sportivo, l'interruzione dell'attività sportiva genera sempre un danno grave, e crea quindi il presupposto per la disposizione dell'esercizio provvisorio. Ma il danno grave non è solo questo: se infatti la sentenza dichiarativa di fallimento interviene durante il Campionato, la mancata disposizione dell'esercizio provvisorio può portare a sconvolgimenti nella classifica e a proteste dei tifosi.

¹⁵² Per approfondimenti sul tema, si veda il capitolo 10.

Per questo, in molti casi, si assiste alla disposizione di esercizio provvisorio (solitamente sino al termine del Campionato) di società sportive professionistiche dichiarate fallite. A titolo di esempio, di seguito si riporta il caso del fallimento del Pescara Calcio S.p.A..

*Tribunale di Pescara, sentenza del 19/12/2008, n. 43*¹⁵³

Alcuni creditori della società Pescara Calcio S.p.A. ne promuovono l'istanza di fallimento. Essi vengono convocati, assieme alla società sportiva, davanti al Giudice delegato dal Collegio per l'istruttoria prefallimentare. Al posto della società debitrice compaiono davanti al Giudice due vicepresidenti, ormai dimissionari ma in regime di *prorogatio*, del Consiglio di Amministrazione, ed il presidente e un membro effettivo del Collegio Sindacale. I primi riferiscono riguardo alla situazione patrimoniale e finanziaria della società debitrice, i secondi forniscono informazioni sullo stato patrimoniale e sul risultato dell'esercizio rappresentati nel progetto di bilancio del giugno 2008, rettificato e mai approvato dall'assemblea dei soci.

Alla conclusione dell'istruttoria, i creditori ricorrenti invocano nuovamente il fallimento della società calcistica, segnalando l'opportunità di ricorrere all'istituto di cui all'art. 104 L. F. per preservarne il valore residuo.

Il Tribunale, competente, osserva che i crediti vantati dai ricorrenti sussistono, e risultano documentati, e che il Pescara Calcio S.p.A. è qualificabile come imprenditore commerciale in quanto *“società di capitali esercente attività sportive e in particolare la formazione, preparazione e gestione di squadre di calcio, affiliata alla F.I.G.C. e facente parte della Lega Italiana Calcio Professionistico”*. Non è dimostrato che la società possieda i requisiti necessari all'esenzione dal fallimento di cui all'art. 1, secondo comma, L. F..

Il Tribunale, valutando la sussistenza del presupposto oggettivo di cui all'art. 5 L. F., osserva che oltre ai crediti non soddisfatti dei ricorrenti (€ 98.859,50) ve ne sono altri di

¹⁵³ Documento consultato su:

http://www.fallimentipescara.com/index.php?where=documenti&fallimento_id=29367

ancora più ingenti, per un totale di € 9.832.897, nei confronti dello Stato, di dipendenti, collaboratori e tecnici. Oltre ad aver ricevuto lo sfratto dalla sua sede sociale da parte di Equitalia Pragma S.p.A., le sue condizioni finanziarie e patrimoniali sono di gravissimo dissesto. Inoltre, dall'incerta situazione societaria determinata anche dalle dimissioni degli amministratori e dall'esito delle assemblee dei soci (andate deserte), il Tribunale ritiene impossibile riuscire a sanare il deficit. Pertanto ritiene che anche il presupposto oggettivo sussista, assieme al superamento del limite dell'art. 15, ultimo comma, L. F..

Il Tribunale ritiene necessario disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, e quindi accogliere la richiesta dei creditori istanti, per consentire alle squadre calcistiche gestite dalla fallenda di arrivare alla conclusione del campionato, così permettendo la conservazione del valore del titolo sportivo. Ritiene infatti che dall'interruzione dell'attività sportiva derivi il grave danno della compromissione del valore residuo aziendale e della perdita del titolo sportivo, e che la continuazione aziendale sia nell'interesse dei creditori.

P. Q. M.

Il Tribunale dichiara il fallimento della società Pescara Calcio S.p.A., nomina il Giudice Delegato ed il Curatore e dispone l'esercizio provvisorio dell'impresa ai sensi dell'art. 104, primo comma, L. F..

Ordina al legale rappresentante della fallita di depositare le scritture contabili a norma dell'art. 15, quarto comma, L. F., e al curatore di apporre i sigilli e redigere l'inventario a norma, rispettivamente, degli artt. 84 e 87 L. F. e fissa il termine perentorio per la presentazione delle domande di ammissione al passivo e la data dell'adunanza per l'esame dello stato passivo. Proroga fino a 18 mesi il termine per la presentazione delle domande tardive di ammissione al passivo a causa della particolare complessità della procedura.

Pescara, 19 dicembre 2008.

CONCLUSIONE

Partiti dal Codice di Commercio del 1881 e passati per il Codice Civile del 1942, in cui si inseriva la Legge Fallimentare, si è attraversato un lunghissimo periodo in assenza di riforme, pur volute, e di diverse interpretazioni della legge da parte della giurisprudenza. Dopo più di sessant'anni –il che pare davvero un bel traguardo– si è giunti alla riforma organica delle procedure concorsuali del 2006, necessaria per adeguarsi al cambiamento della società, e in quanto richiesta non solo dagli studiosi, dai giuristi e dagli imprenditori, e necessaria in quanto fortemente voluta dall'Unione Europea per gli Stati membri che ancora non si erano adeguati al cambiamento, tra cui l'Italia.

Appare segnaletico di una società che muta rapidamente, in modo irrequieto, il fatto che dal 2006 ad oggi non siano certo passati sessant'anni e si parli già di riforma organica delle procedure concorsuali, e che nel frattempo¹⁵⁴ siano intervenute delle miniriforme classificate come “modifiche urgenti” alla Legge Fallimentare. Solo 9 anni dopo dalla riforma del 2006, nel gennaio 2015 (con decreto del 28 gennaio¹⁵⁵), l'attuale Ministro della Giustizia Andrea Orlando ha istituito la commissione per la formazione del disegno di legge delega che potrà sfociare nella nuova riforma organica della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ritenendo *“che la rilevanza e la complessità delle modifiche normative susseguitesi in materia di procedure concorsuali e crisi d'impresa ovvero da sovra indebitamento, rendono opportuna un'analisi organica delle stesse, al fine di monitorarne gli effetti e di valutare la necessità di ulteriori interventi normativi di riordino”*.

Anche in questo caso si è agito in forza dell'invito dell'Unione Europea ad aggiornare le norme e le procedure¹⁵⁶; si deve considerare in effetti che la Riforma organica è

¹⁵⁴ Con il d. lgs. del 12 settembre 2007, n. 169, si effettuavano correzioni ed integrazioni alla riforma della L. F.; la legge del 6 agosto 2015, n. 132 conteneva delle misure urgenti.

¹⁵⁵ Documento consultato su: http://www.fallimentiesocieta.it/sites/default/files/Riforma_DirFall.pdf

¹⁵⁶ Nella Risoluzione del 15 novembre 2011 il Parlamento europeo considerava che a causa della mancata uniformità, tra gli Stati Membri, della legislazione sull'insolvenza, spesso sono evidenti disparità che alimentano il fenomeno del *forum shopping*, e che generano *“vantaggi o svantaggi concorrenziali e*

intervenuta due anni prima della crisi del 2008, quindi può non tener conto di alcune problematiche specifiche emerse successivamente. Si può pensare che a questo siano stati finalizzati anche i provvedimenti correttivi o integrativi della L. F. intercorsi dal 2006 ad oggi.

L'obiettivo cui indirizza la Commissione Europea è la salvaguardia delle imprese e del contesto economico¹⁵⁷, puntando più sul risanamento dell'impresa che sul suo fallimento. Si vuole che l'imprenditore onesto, fallito a causa del contesto socio-economico, o a causa di mancati pagamenti dei debitori, e non per una *mala gestio* da parte degli organi direttivi dell'impresa, possa più facilmente ripartire con una nuova attività economica¹⁵⁸; ma ancor prima di arrivare al fallimento, si vogliono privilegiare tutte le operazioni volte al risanamento dell'impresa e gli interventi che servono ad individuare precocemente la situazione di insolvenza descritta dall'art. 5 L. F., al fine di evitare la liquidazione. Così facendo si potranno salvare tanti rapporti (datore di lavoro/lavoratore dipendente/collaboratore a progetto, cliente/fornitore) la cui vitalità è fondamentale per un'uscita definitiva dalla crisi.

Infatti, secondo le statistiche, solo il 10% delle procedure concorsuali è in grado di soddisfare anche i creditori chirografari, mentre numerosissimi sono i fallimenti che, a causa di un attivo insufficiente, non soddisfano a volte nemmeno un creditore¹⁵⁹. La durata media delle procedure, poi, rende realmente difficile il reinserimento del fallito nella società: si va¹⁶⁰ da una durata minima, nella regione Trentino-Alto Adige, di circa 5 anni, ad una durata massima, nella regione Calabria, di più di 12 anni, con una media

difficoltà per le imprese con attività transfrontaliere, che potrebbero ostacolare il buon esito delle operazioni di ristrutturazione delle imprese insolventi".

¹⁵⁷ Nella Risoluzione del 15 novembre 2011, il Parlamento europeo considera che "lo stato di insolvenza di una società comporta conseguenze negative non solo per quest'ultima ma anche per l'economia degli Stati membri e che l'obiettivo dovrebbe essere pertanto di tutelare tutti i soggetti economici portatori di interesse, i contribuenti e i datori di lavoro dalle ripercussioni dell'insolvenza".

¹⁵⁸ Estratto del comunicato stampa della Commissione Europea del 12 marzo 2014: "È pertanto cruciale disporre di leggi moderne e procedure efficienti per aiutare le imprese che hanno basi economiche sufficientemente robuste a superare le difficoltà finanziarie e a ottenere una "seconda opportunità"".

¹⁵⁹ Dalla relazione generale allo Schema di disegno di legge recante "Delega al Governo per la riforma organica della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza", consultata su: <http://ordineavvocatitrani.it/pubblica/articolo.php?articolo=109>

¹⁶⁰ Dati Istat anno 2007, vedi Tab. 6. Estrapolata dal documento consultato su: <http://www.ilcaso.it/articoli/185.pdf>

quindi di 8,7 anni. Ed è per questo che nella nuova riforma si dovrà puntare alla massima tempestività nell'azione e alla riduzione della durata dei giudizi.

Tab.6 – Durata media delle procedure concorsuali chiuse in giorni per Regioni.
Anni 2004 - 2007 (valori assoluti).

REGIONI	DURATA MEDIA PROCEDURA IN GIORNI 2007	DURATA MEDIA PROCEDURA IN GIORNI 2006	DURATA MEDIA PROCEDURA IN GIORNI 2005	DURATA MEDIA PROCEDURA IN GIORNI 2004
Piemonte	2.663	2.502	2.543	2.584
Valle d'Aosta	2.217	3.062	2.131	2.182
Lombardia	2.479	2.595	2.574	2.571
Trentino-Alto Adige	1.853	1.697	1.600	2.111
Bolzano/Bozen	1.796	1.472	1.132	1.702
Trento	1.937	2.049	2.243	2.585
Veneto	2.893	2.857	2.958	3.056
Friuli-Venezia Giulia	2.787	2.777	2.625	2.662
Liguria	3.208	3.243	2.786	2.615
Emilia-Romagna	3.374	3.334	3.192	3.221
Toscana	3.537	3.396	3.321	3.150
Umbria	3.582	2.720	3.331	3.168
Marche	3.660	4.163	3.986	3.790
Lazio	2.407	2.471	2.270	2.234
Abruzzo	3.069	2.730	2.871	2.861
Molise	3.907	3.509	3.456	3.256
Campania	2.931	2.833	2.870	2.840
Puglia	3.493	3.533	3.594	3.686
Basilicata	4.150	4.394	4.080	3.209
Calabria	4.512	4.129	3.781	3.655
Sicilia	4.152	3.841	3.780	3.619
Sardegna	3.470	2.777	3.197	2.900
Italia	3.035	2.964	2.923	2.897

Fonte: Indagine Istat «Fallimenti dichiarati, fallimenti chiusi e protesti 2007».

La Commissione Rordorf, così chiamata per il nome del suo presidente, ha dunque il compito di verificare gli indirizzi sulle procedure concorsuali forniti dall'UE e unificarli agli interventi modificativi della L. F. già avvenuti, creando la proposta per un nuovo *corpus* di norme che porti alla realizzazione di un Testo Unico sul fallimento. Nel primo schema di legge delega, reso pubblico il 25 novembre 2015, la Commissione ha indicato gli obiettivi che si è impegnata a perseguire nel lavoro: il bilanciamento tra la tutela dei creditori e quella dell'azienda in quanto organismo produttivo; la tempestività dell'azione sia per evitare l'insolvenza sia per evitare la liquidazione; la previsione di

incentivi per il debitore che proponga degli accordi di ristrutturazione ai i creditori prima di incorrere nel fallimento; nel caso di sentenza dichiarativa di fallimento, lo snellimento della procedura cercando il ricollocamento produttivo dei beni e dei lavoratori della fallita; il reinserimento del fallito nella “società economica”.

Pare, inoltre, che la parola “fallimento” non sia più contemplata nel disegno di legge delega¹⁶¹, in quanto associata ad un evento negativo. La nuova riforma, se il disegno di legge delega sarà approvato, potrebbe quindi contenere, tra le altre, le “misure di allerta e mediazione”, la “procedura di concordato preventivo” e la “procedura di liquidazione giudiziale”; sarebbe proprio quest’ultima, seppur denominata diversamente, a costituire quella che ad oggi è conosciuta come procedura fallimentare. È vero che nell’immaginario collettivo il fallimento non è visto in modo positivo, soprattutto perché prima della crisi lo si poteva più spesso -anche se non sempre- attribuire alla negligenza dell’imprenditore; è anche vero tuttavia che la modifica del nome dell’istituto, non accompagnata da modifiche sostanziali (pare infatti che nella proposta ne siano mantenute le caratteristiche essenziali), non potrà non essere ricondotta comunque al “fallimento”. Anzi, è probabile che il cambiamento di un termine da sempre utilizzato o generi confusione, o addirittura non venga assimilato (anche perché più lungo e complesso) e si continui, almeno nel linguaggio parlato, ad utilizzare il termine “fallimento” con tutte le sue derivazioni; tra l’altro è lo stesso schema di disegno di legge delega che abbrevia con “procedura” il termine “procedura di liquidazione giudiziale”¹⁶².

Anche se l’*iter* non è ancora concluso, si può per il momento evidenziare che non sono state proposte modifiche in merito all’istituto dell’esercizio provvisorio; in effetti nell’attuale schema normativo l’esercizio provvisorio è sì finalizzato ad una più

¹⁶¹ Documento consultato su:

http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/schema_di_disegno_di_legge_delega.pdf.

All’art. 2 (Principi generali) si legge: “*Nell’esercizio della delega di cui all’articolo 1, il Governo provvede a riformare in modo organico le procedure concorsuali attenendosi ai seguenti criteri direttivi: a) sostituire il termine “fallimento”, e suoi derivati, con espressioni equivalenti, quali “insolvenza” o “liquidazione giudiziale”, adeguando dal punto di vista lessicale anche le relative disposizioni penali, ferma restando la continuità delle fattispecie criminose*”.

¹⁶² Vedi art. 7 dello “Schema di disegno di legge delega”

proficua liquidazione dell'impresa fallita, ma è anche volto alla conservazione del valore dell'azienda (intesa come all'art. 2555 c. c.) che in alcuni casi verrebbe immediatamente disgregato da una liquidazione subitanea. Si ritiene pertanto che l'istituto sia già adeguato e non vi sia la necessità di riformarlo, tranne forse per il cambiamento formale della trasformazione della parola "fallimento" in "liquidazione giudiziale".

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Il nuovo diritto fallimentare. Commento al r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (agg. al d.l. 35/2005 e al d. lgs. 5/2006)*, tomo secondo, diretto da Jorio A. e coordinato da Fabiani M., Zanichelli Editore, Bologna, 2007
- ABETE L., “Il novello esercizio provvisorio: brevi notazioni”, in *Diritto fallimentare*, CEDAM, 2006, 659
- AMBROSINI S., *Le nuove procedure concorsuali: dalla riforma organica al decreto correttivo*, Zanichelli, Bologna, 2008
- BASSI A., “La illusione della prededuzione”, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 38.3, Giuffrè, Milano, 2011
- BELLAMIO P., “La stagione delle insolvenze nel calcio. Occasione per un cambiamento”, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, CEDAM, Padova, 2005
- BONELLI A., “Commissione Rordorf: per una riforma organica del fallimento”, in *Quotidiano IPSOA*, 2016, <http://www.ipsoa.it/documents/impresa/fallimento-e-procedure-concorsuali/quotidiano/2016/01/20/commissione-rordorf-per-una-riforma-organica-del-fallimento>
- CAIAFA A., “Esercizio provvisorio dell’impresa e contratti di lavoro”, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, CEDAM, Padova, 2008, 827
- CAIAFA A., ROMEO S., a cura di, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, tomo secondo: Fallimento delle società, Wolters Kluwer Italia, CEDAM, Padova, 2014
- CAMPIONE L., “Esercizio provvisorio dell’impresa e liquidazione dell’attivo fallimentare”, in *Ventiquattrore Avvocato*, dicembre 2008, n. 12
- CHERUBINI G., “Fallimento: il decreto correttivo”, in *Il civilista*, Giuffrè, Milano, novembre 2007
- CODAZZI E., “Società in mano pubblica e fallimento”, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 42.1, Giuffrè, Milano, 2015
- CODEBÒ R., “Stabilimenti sotto sequestro, possibile la riapertura provvisoria” in *Sistema Sicurezza Ambiente*, rivista on-line di Wolters Kluwer Italia, http://shop.wki.it/Wolters_Kluwer_Italia/Servizi_on_line/Sistema_Sicurezza_Ambiente_s20770.aspx

- FERRO M., *La legge fallimentare: commentario teorico-pratico*, CEDAM, Padova, 2014
- FIMMANÒ F., “Esercizio provvisorio dell’impresa e riallocazione dell’azienda nella riforma della legge fallimentare”, relazione del 9 febbraio 2006, Latina
- FIMMANÒ F., “L’esercizio provvisorio “anticipato” dell’impresa “fallenda” tra spossessamento cautelare dell’azienda e amministrazione giudiziaria della società”, in *ilcaso.it*, doc. 191/2010
- FIMMANÒ F., “La crisi delle società di calcio e l’affitto dell’azienda sportiva”, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, CEDAM, Padova, 2006
- FIMMANÒ F., “La crisi delle società di calcio professionistico a dieci anni dal *caso Napoli*”, http://www.ilcaso.it/articoli/fal.php?id_cont=790.php
- FIMMANÒ F., “La crisi delle società sportive *in bilico* tra diritto comune e diritto speciale”, <http://www.ilcaso.it/opinioni/fimmano-26-09-05.pdf>
- FIMMANÒ F., “La società in mano pubblica, anche se *in house*, è soggetta alle procedure concorsuali”, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, IPSOA, Milano, 2013
- FIMMANÒ F., “La successione *di fatto* nell’impresa sportiva fallita”, <http://www.ilcaso.it/articoli/153.pdf>
- FIMMANÒ F., “Prove tecniche di *esercizio provvisorio* riformato”, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 34.6, Giuffrè, Milano, 2007
- FIORANI L. E., “Società “pubbliche” e fallimento”, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 39.4, Giuffrè, Milano, 2012
- GALLETTI D., PANIZZA A., DANOVÌ A., FERRI A., RIVA P., CESARE F., QUAGLI A., *Esercizio provvisorio e strumenti alternativi per la continuità aziendale*, Wolters Kluwer Italia, IPSOA, Milano, 2013
- GENTILE G., “Le società di calcio” in *Trattato delle procedure concorsuali*, Vol. I, UTET Giuridica, Wolters Kluwer Italia s.r.l, Milano, 2010
- GHIA L., *L’esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, Wolters Kluwer Italia, IPSOA, Milano, 2008
- GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Giappichelli Editore, 2014, Torino
- MEOLI B., “La continuazione temporanea dell’esercizio dell’impresa”, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, IPSOA, settembre 2005
- MEOLI B., *Le vicende del contratto nella crisi d’impresa*, Giappichelli Editore, Torino, 2013

- MULAZZANI G., “Presupposti di fallibilità delle società in mano pubblica e concordato preventivo”, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 42.1, Giuffrè, Milano, 2015
- NICCOLINI G., “La liquidazione volontaria delle società tra passato e presente”, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 37.4, Giuffrè, Milano, 2010
- NIGRO A., VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Il Mulino, Bologna, 2014
- PACCHI S., “Il giuoco delle parti nella liquidazione fallimentare”, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 36.3, Giuffrè, Milano, 2009
- PASQUARIELLO F., *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, Giuffrè Editore, Milano, 2010
- PATTI A., “Rapporti pendenti ed esercizio provvisorio tra prededuzione e concorsualità, alla ricerca della regola da applicare”, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, IPSOA, ottobre 2012
- PERRINO M., “La liquidazione dei beni nel fallimento e nei concordati mediante cessione”, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 36.4, Giuffrè, Milano, 2009
- RACUGNO G., “Interessi, poteri e criteri nella liquidazione dei beni degli enti”, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 41.1, Giuffrè, Milano, 2014
- RICCI E. F., “Note sugli organi del fallimento dopo le riforme”, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 35.2, Giuffrè, Milano, 2008
- ROSSI A., “L'esercizio provvisorio nella *mission* della procedura fallimentare”, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 37.6, Giuffrè, Milano, 2010
- SABATELLI E., “L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento fra interessi concorsuali, interessi particolari dei creditori e interessi c.d. 'sociali’”, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, CEDAM, Padova, 2011
- SIMEON M., “La tutela cautelare nell'istruttoria prefallimentare”, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 41.5, Giuffrè, Milano, 2014
- SOLIDORO A., “L'esercizio provvisorio: prime riflessioni operative”, in *Rivista dei dottori commercialisti*, n. 1, Giuffrè, Milano, 2007
- STASI E., “L'esercizio provvisorio”, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, IPSOA, luglio 2007

- TOBIA G., “Le società sportive” in *Trattato delle procedure concorsuali*, Vol. I, UTET Giuridica, Wolters Kluwer Italia s.r.l, Milano, 2010
- TRISORIO LIUZZI G., “L’esercizio provvisorio e la liquidazione dell’attivo”, in *Foro Italiano*, Giappichelli, Roma, 2006
- VARI NEGOZIANTI E INDUSTRIOSI ITALIANI, a cura di, *Enciclopedia del negoziante ossia gran dizionario del commercio, dell’industria, del banco e delle manifatture*, Tomo quarto, Co’ tipi dell’ed. Giuseppe Antonelli, Venezia, 1842

SITOGRAFIA

- <http://bur.regione.veneto.it>
- pluris-cedam.utetgiuridica.it/main.html
- www.ac-perugia.com
- www.altalex.com
- www.dirittobancario.it
- www.eur-lex.europa.eu
- www.fallimentiesocieta.it
- www.fallimentiparma.com
- www.fallimentipescara.com
- www.fallimentivenezia.com
- www.figc.it
- www.fondazione nazionale commercialisti.it
- www.francocrisafi.it
- www.ilcaso.it
- www.ilfallimentarista.it
- www.ilfallimento.it
- www.ipsoa.it
- www.istat.it
- www.iusexplorer.it
- www.normattiva.it
- www.senato.it
- www.vinylsitalia.com