

Roma, 18 novembre 2008

Chiar.mo prof. avv.

Augusto Fantozzi

Commissario straordinario

Alitalia s.p.a.

Roma

P A R E R E

1. In data 13 novembre 2008 ANIMA S.G.R. p.a. ha indirizzato a Lei, al giudice delegato per la procedura di amministrazione straordinaria Alitalia, dottor Umberto Gentili, al Ministro dello Sviluppo Economico, onorevole Claudio Scajola, e al rappresentante comune degli obbligazionisti Alitalia, professor avvocato Gianfranco Graziadei, una lettera intesa a segnalare “profili di criticità” nella proposta di rilievo presentata da CAI s.p.a. ed avente ad oggetto un compendio di beni e di cespiti vari di pertinenza delle procedure di amministrazione straordinaria del gruppo Alitalia.

Siffatti profili di criticità consisterebbero, secondo ANIMA, nel rischio che la *par condicio creditorum* sia lesa per effetto delle modalità con le quali sarà regolato, secondo le notizie rese pubbliche, il corrispettivo offerto dalla CAI a fronte dell'operazione sopra citata.

Tale lesione, giusta quanto esposto nella lettera, si determinerebbe in particolare sotto due aspetti:

- per un verso, perchè detto corrispettivo verrebbe parzialmente regolato attraverso l'accollo da parte dell'acquirente di debiti, debiti

dunque che essendo appunto assunti da un soggetto *in bonis* sarebbero destinati ad essere soddisfatti per intero e non già in “moneta fallimentare”, come gli altri di pari rango destinati invece a rimanere in capo ad Alitalia;

- per altro verso, perchè quel corrispettivo verrebbe in parte regolato anche attraverso l'accollo di debiti ipotecari gravanti su cespiti trasferiti a CAI, debiti che dunque una volta di più verrebbero ad essere soddisfatti integralmente, e ciò pur nell'ipotesi che, per l'incapienza del bene oggetto della garanzia, una parte di essi fosse destinata, ove fosse restata soggetta alla legge del concorso, ad essere invece trattata come chirografaria.

Mi si chiede di esprimere il mio parere sui problemi sollevati da ANIMA.

Espongo qui appresso le mie considerazioni nei modi sintetici imposti dalla brevità del tempo a disposizione. Per la stessa ragione saranno ridotti al minimo indispensabile i riferimenti di dottrina e sarà fatto rinvio, per la giurisprudenza, alle decisioni indicate nella letteratura citata.

2. Prendendo l'avvio dal secondo rilievo, osservo anzitutto che esso si fonda su un'ipotesi fattuale particolare e ben precisa, e cioè non solo che la procedura di amministrazione straordinaria ceda beni gravati da garanzia ipotecaria contro un corrispettivo costituito, in tutto o in parte, dall'accollo del relativo debito, ma anche che l'entità del debito sia tale da non trovare capienza nel valore del bene oggetto della corrispondente garanzia.

Se è vero, come mi viene rappresentato, che siffatta situazione non trova riscontro nel divisato accordo con CAI, il problema puramente e semplicemente non si pone.

In altri termini: se tutti i debiti ipotecari assunti da CAI trovano piena capienza nel valore dei beni gravati dalla garanzia e parimenti ceduti a CAI, l'operazione non muta la sorte dei creditori ipotecari. Questi, in linea generale, saranno (dovranno essere) integralmente pagati dall'accollante

così come sarebbero stati integralmente pagati dalla procedura di amministrazione straordinaria se l'operazione non fosse stata fatta e se essi fossero pertanto rimasti in capo alla procedura stessa.

Se viceversa l'ipotesi paventata da ANIMA avesse riscontro nella realtà, varranno anche a questo proposito, e per quanto di ragione, le considerazioni esposte appresso a proposito dell'altro problema.

3. E' innegabile in astratto che la *par condicio creditorum* subirebbe un *vulnus* qualora alcuni crediti fossero assunti da un terzo *in bonis*, e così soddisfatti da questo per intero, mentre altri di pari grado restassero in capo alla procedura concorsuale e fossero quindi destinati ad essere pagati, come si dice, in moneta concorsuale.

Che siffatto risultato non fosse in linea di principio ammissibile risultava dal sistema della legge fallimentare del 1942, che pure non si esprimeva sul punto in modo espresso.

Oggi, dopo la recente novellazione della legge (mi riferisco, com'è chiaro, alla complessa vicenda normativa costituita dal decreto-legge 14 marzo 2005, convertito con la legge 14 maggio 2005, n. 80, e dai due decreti legislativi 9 gennaio 2006, n.5, e 12 settembre 2007, n.169), il principio è assunto al rango di regola espressa (anche se, paradossalmente, l'orientamento del legislatore appare negli ultimi tempi, come sarà accennato anche in seguito, meno rigoroso in tema di *par condicio*).

Mi riferisco al nono ed ultimo comma dell'art. 105 l. fall., nuovo testo, dove, sia pure a proposito della vendita di aziende, di rami d'azienda, o di beni e rapporti in blocco (ma non par dubbio che la disposizione rappresenti manifestazione di una regola generale), si dice che “ il pagamento del prezzo può essere effettuato mediante accollo di debiti da

parte dell'acquirente solo se *non viene alterata la graduazione dei crediti*".¹

4. Premesso quanto sopra, va tuttavia considerato che, secondo ciò che mi viene riferito, il divisato accordo con CAI prevede effettivamente l'accollo da parte di questa di debiti non privilegiati nella sola ipotesi che si tratti di debiti traenti origine da contratti non ancora eseguiti (o non ancora totalmente eseguiti) da entrambe le parti.

Si tratterebbe di contratti essenziali per assicurare la continuità del pubblico servizio di trasporto aereo e il cui passaggio all'acquirente costituisce pertanto elemento indispensabile dell'accordo attraverso il quale le procedure di amministrazione straordinaria del gruppo Alitalia contano di assolvere al compito di "recuperare l'equilibrio economico delle attività imprenditoriali", nella specie "tramite la cessione di complessi di beni e contratti sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa" (così l'art. 27 decreto legislativo 8 luglio 1999, n 270, "Nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza", nel testo risultante dalle successive modifiche; d'ora innanzi anche: "Prodi-bis").

La circostanza appena indicata impone un radicale mutamento della prospettiva nella quale va considerato il nostro problema.

Da essa è infatti giocoforza desumere che i debiti di cui si tratta (*i.e.*: quelli destinati ad essere assunti dall'acquirente) non sono semplici debiti chirografari, ma costituiscono invece obbligazioni della massa, aventi pertanto rango prededucibile.

¹ Sul punto v. per tutti. V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006, p.251 s.; F. FIMMANÒ, in A. JORIO *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, vol II, p.1745 ss.)

Prima di passare a dimostrare l'affermazione appena fatta, vale la pena metterne subito in luce il corollario, determinante ai fini del quesito qui affrontato.

Se quei debiti costituiscono obbligazioni della massa, come si dice, la loro collocazione poziore rispetto ai debiti concorsuali, e anzi la loro naturale destinazione ad essere pagati in moneta buona e non già in moneta fallimentare, è *in re ipsa*. Onde il passaggio all'acquirente CAI non conferisce loro alcun indebito vantaggio nei confronti della massa concorsuale: essi certamente sfuggono alla dura legge del concorso perché assunti da un terzo *in bonis*; ma sarebbero del pari sfuggiti a quella legge quando pure fossero rimasti in capo alla procedura di amministrazione straordinaria. Nessuna ferita è apportata al principio della *par condicio* per l'ottima ragione che quel principio riguarda i creditori concorrenti, non anche, e per definizione, quelli della massa.

5. Ho appena scritto che i debiti destinati ad essere assunti dall'acquirente, ossia i debiti derivanti dai contratti in corso, hanno rango di obbligazioni della massa da collocarsi in prededuzione.

Giova adesso dare dimostrazione dell'assunto.

Si deve muovere dal fatto che si tratta di contratti necessari per assicurare la continuità del pubblico servizio di trasporto aereo.

Tali contratti possono suddividersi in due categorie: (i) contratti stipulati dal commissario straordinario nell'esercizio dei suoi poteri-doveri d'ufficio, volti, come già accennato, al recupero dell'equilibrio economico tramite la prosecuzione dell'attività in vista della cessione di complessi di beni e di contratti; (ii) contratti stipulati invece dall'impresa prima dell'assoggettamento ad amministrazione straordinaria e ancora (almeno parzialmente) ineseguiti da entrambe le parti, sia al momento dell'apertura della procedura, sia a quello della cessione "in blocco" o "in blocchi".

Per ciò che attiene alla prima categoria, elementari e tradizionali principi di diritto fallimentare stabiliscono che le obbligazioni assunte dall'ufficio concorsuale devono essere soddisfatte appunto fuori concorso, come anche si dice, in prededuzione. Per l'amministrazione straordinaria, la regola, quantunque *ad abundantiam*, è oggi espressamente ribadita dall'art.52 Prodi-bis. "I crediti sorti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa e la gestione del patrimonio del debitore sono soddisfatti in prededuzione."

Ma a non diverse conclusioni si deve giungere per quanto riguarda la seconda categoria, ancorché questa richieda discorso appena più articolato.

Un primo punto, sebbene ovvio, va fermato.

La procedura di amministrazione straordinaria non può cedere se non quei contratti nei quali essa stessa sia a sua volta subentrata. Invero, se si prescinde dalla fase interinale (di sospensione *ex art.72*, comma 1, l. fall, o di esecuzione provvisoria, *ex art. 50*, comma 2, Prodi-bis), la sorte dei contratti in corso non può sfuggire all'alternativa tra scioglimento e subentro della procedura concorsuale. E mentre non si può cedere un contratto ormai sciolto, neppure si può d'altra parte disporre, attraverso la cessione, di un contratto al quale la procedura voglia rimanere e sia rimasta estranea².

Ora è principio pacifico quello secondo il quale, ove l'ufficio concorsuale subentri in un contratto in corso, le obbligazioni da questo derivanti acquistino lo *status* di debiti della massa³.

² E' peraltro opinione prevalente che il commissario dell'amministrazione straordinaria non necessiti di autorizzazione per subentrare nei contratti in corso (se non, forse, in quelli previsti dall'art. 42 Prodi-bis) e che possa manifestare la propria volontà in tal senso anche attraverso fatti concludenti (v. però la norma di interpretazione autentica dell'art. 1-bis del decreto "Alitalia" n.134/2008, inserita ora dalla legge di conversione 27 ottobre 2008, n.166). Sul tema cfr., anche per le indicazioni, N. BACCETTI, in A. CASTAGNOLA e R. SACCHI *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Torino, 2000, p 258 ss.

³ V., tra i tanti, N.BACCETTI, *op.cit.*,p.250; E.MARINUCCI, in A. CASTAGNOLA e R. SACCHI, *op.cit.*, p.267 s.; G.ALESSI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milano, 2000, p.161s.; A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, 4^a ediz., Padova, 2000, pp. 284 e 504; A. JORIO, *Le crisi d'impresa - Il fallimento*, Milano, 2000, p.682; M.

Soltanto, si soleva distinguere a seconda che si trattasse, da un lato, di un contratto di durata o a prestazioni ripartite⁴, ovvero, dall'altro lato, di un contratto a prestazione unica. Assumendosi che, nel primo caso, solo le obbligazioni afferenti al futuro divenissero prededucibili, conservando invece carattere concorsuale quelle che il contratto avesse generato in passato e fossero rimaste inadempite; nel secondo caso, invece, assurgessero a debiti della massa tutte le obbligazioni che il contratto poneva a carico della parte decotta.⁵

Questa distinzione appare tuttavia travolta ora dal nuovissimo testo dell'art. 74 l.fall. (introdotto dal cd. "decreto correttivo": decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169, entrato in vigore il 1° gennaio c.a.), secondo il quale il subentro della procedura "in un contratto ad esecuzione continuata o periodica" obbliga la medesima "a pagare integralmente il prezzo anche delle consegne già avvenute o dei servizi già erogati".⁶

La regola generale pertanto risulta ormai semplificata, con indubbio vantaggio della certezza: in ogni ipotesi non altrimenti disciplinata da una norma speciale, il subentro della procedura conferisce alle obbligazioni derivanti dal contratto il rango di debiti della massa, senza possibilità di distinguere tra l'uno e l'altro tipo di contratto, né tra obbligazioni preesistenti e obbligazioni nate successivamente al subentro.

Alla luce di queste premesse emerge la mancanza di fondamento dei timori di ANIMA.

MONTANARI, in G.U. TEDESCHI, *Le procedure concorsuali - Il fallimento*, vol. II, Torino, 1996, p. 1074 s.; A. BONSIGNORI, in A. BONSIGNORI, G. NARDO e M. LAZZARA, *I contratti nelle procedure concorsuali*, Milano, 1992, p.9; *id.*, in *Comm. Scialoja-Branca, Legge fallimentare* a cura di F. BRICOLA, F. GALGANO e G. SANTINI, Bologna-Roma, 1976, p.234 s.; L. GUGLIELMUCCI, in *Comm. Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, cit., 1979, p.2.

⁴ Per l'individuazione della figura è d'obbligo il rinvio almeno al classico saggio di G.OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p.143 ss., e 1944, I, p.18 ss., ora anche in *id.*, *Scritti giuridici*, vol. III, Padova, 1992, p.200 ss.

⁵ V. per tutti la chiara sintesi di L. GUGLIELMUCCI, in A. JORIO, *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., vol. I, p. 1133 ss.; cfr. pure gli autori citati alla nota 3.

⁶ Sulla nuovissima disposizione v. F.NICOLINI, in S.BONFATTI e L. PANZANI, *La riforma organica delle procedure concorsuali*, s.l., 2008, p. 285 s.

L'operazione divisata non discrimina alcuni creditori chirografari (quelli destinati a restare a carico dell'amministrazione straordinaria) rispetto ad altri (quelli destinati invece ad essere soddisfatti dal cessionario-accollante). Questi ultimi, come già accennato non conseguono affatto una posizione peggiore in virtù dell'assunzione del debito da parte del terzo *in bonis*. Essi godevano già in origine del superiore rango di crediti prededucibili, che li candidava comunque al soddisfacimento integrale.⁷

Nessuna lesione alla regola di trattamento paritario può dunque configurarsi nella vicenda oggetto di questo parere: non può essere violata una regola che già in partenza non si applicava alla specie.

6. Prima di lasciare l'argomento, conviene dedicare qualche cenno, in linea subordinata ed ancor più sommaria di quella fin qui seguita, al significato e alla portata attuali del principio espresso con la tradizionale formula della *par condicio creditorum*.

La crisi di questo principio è denunciata da tempo da una cospicua letteratura. Su di esso si esercita da decenni la pressione dello Stato sociale, spesso più attento alle istanze volte alla conservazione dell'impresa (e alla protezione dei ceti più deboli tra quelli minacciati dal dissesto) che non a quelle intese alla liquidazione come strumento necessario per il soddisfacimento paritetico dei creditori.

Si è così assistito, nella legislazione speciale (spesso assumente schietta natura di legge-provvedimento) e talora in alcune forzature "evolutive" della giurisprudenza, ad un ampio e variegato spettro di soluzioni, che sono andate dal moltiplicarsi incontrollato di privilegi e perfino di sedicenti "prededuzioni" all'impiego cd. alternativo delle

⁷ E invero, la possibilità che la procedura concorsuale ponga in essere operazioni di liquidazione dell'attivo con corrispettivo costituito in tutto o in parte dall'accollo di passività prededucibili è riconosciuta da diffusa opinione. V. p. es. V. ZANICHELLI, *op. cit.*, p. 251 s. (che esclude espressamente ogni violazione della *par condicio creditorum*); F.FIMMANO, *op. cit.*, p. 1745 ss; G.C.M.RIVOLTA, *l'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano 1973, p. 138 s.

procedure concorsuali minori, dalla previsione della distribuzione di acconti ai creditori minori ad esercizi “provvisori” dell’impresa decotta protratti per lustri, dalla costituzione semi-coattiva di consorzi bancari di risanamento alla previsione di alienazioni di aziende con vincolo dell’acquirente al mantenimento dei livelli occupazionali e prezzo scontato in ragione del (conseguente) avviamento negativo.⁸

Da questa tendenza non è immune, nonostante qualche segno di respiscenza, neppure la legislazione più recente.

Esempi potrebbero facilmente essere tratti, anche con specifico riferimento alle deroghe alla *par condicio*, sia dalla riforma della legge fallimentare del 2005-2007, sia dalla legislazione sulla crisi della grande impresa, dalle leggi “Prodi” di prima e seconda maniera alla legge Marzano, o “Parmalat”, e allo stesso decreto “Alitalia”. Per non citarne che uno, basti pensare che nella legge Marzano si legge ora (art.3, comma 1 *bis*) che il commissario può addirittura essere autorizzato a pagare creditori anteriori “quando ciò sia necessario per evitare un grave pregiudizio alla continuazione dell’attività d’impresa”.⁹

Sembra lecito desumere da questi elementi (che possono piacere o no, ma dei quali non si può fare a meno di prendere atto) che il principio di *par condicio* non è più considerato come assoluto e inderogabile. Esso rimane fondamentale, ma solo fin quando la sua attuazione non contrasti con gli interessi a volta a volta considerati dal legislatore come prioritari.

⁸ Ometto per brevità i riferimenti ad una vicenda troppo articolata e complessa per poter essere qui ricostruita anche solo per sommi capi e del resto largamente nota. Per una critica della tendenza ad utilizzare (disperati) tentativi di risanamento dell’impresa come impropri ammortizzatori sociali, ponendone il costo a carico dei creditori, mi permetto di rinviare al mio *Interesse pubblico alla conservazione dell’impresa e diritti privati sul patrimonio dell’imprenditore*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p.53 ss.

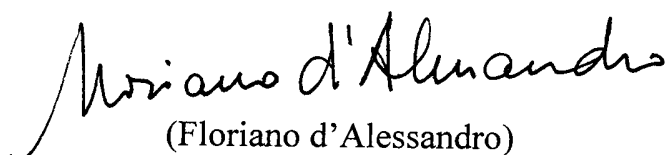
⁹ Per la verità, simile norma era già contenuta, sia pure in contesto parzialmente diverso, nella “Prodi-bis”. L’art.18, comma 2, d. lgs. n. 270/1999 dispone infatti che “sono inefficaci rispetto ai creditori i pagamenti di debiti anteriori alla dichiarazione dello stato di insolvenza eseguiti dall’imprenditore dopo la dichiarazione stessa senza l’autorizzazione del giudice delegato”. V. in proposito G. ALESSI, *op. cit.*, p.48; G. LO CASCIO, *Commentario alla legge sull’amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, s.l., 2000, p. 117 s.; N. BACCETTI, in A. CASTAGNOLA e R. SACCHI, *op. cit.*, p. 110 ss.

Orbene, a quest'ultimo riguardo non è senza rilievo che la vicenda di cui si discute abbia sollecitato l'emanazione di strumento normativo *ad hoc*, nella forma di un decreto-legge, dichiaratamente inteso a modificare la previgente disciplina dell'amministrazione straordinaria in funzione delle peculiari e preminenti esigenze legate alla crisi delle imprese che producono servizi pubblici, e particolarissimamente dell'esigenza che l'erogazione del servizio non soffra interruzioni (cfr. premesse al d.-l. 28 agosto 2008, n. 134).

Se ne può almeno concludere, se non prendo abbaglio, che il sistema del "decreto Alitalia" possa e debba essere interpretato, all'occorrenza, tenendo conto del peso preminente dei valori cui la disciplina speciale dichiaratamente si ispira.

* * *

Nell'esprimere la speranza di aver dato sufficiente risposta ai quesiti, nonostante la sintesi cui mi ha costretto la ristrettezza del tempo a disposizione, mi dichiaro comunque a disposizione per fornire ogni ulteriore elemento o chiarimento che potesse essere giudicato necessario e intanto, ringraziando della fiducia, porgo i migliori saluti.


(Floriano d'Alessandro)