

Il concordato preventivo

A cura del dott. Luigi D'Orazio

I *principi generali* nella legge delega

La *grande scommessa* del legislatore del 2005

Piena fiducia al professionista indipendente di cui all'art. 67 comma 3 lettera d l.f., che attesta la fattibilità del piano e la veridicità dei dati aziendali

Arretramento della figura del Giudice, che poteva fondare il suo convincimento proprio sulla relazione del professionista, *senza ulteriore istruttoria*

I *principi generali* nella legge delega

Art. 2

a. Sostituire il termine *fallimento*, e i suoi derivati, con espressioni equivalenti, quali "*insolvenza*" o "*liquidazione giudiziale*"

b. *eliminare* l'ipotesi del *fallimento d'ufficio* di cui all'art. 3, primo comma, d.lgs. 8.7.99 n. 270

c. Introdurre una definizione dello stato di *crisi*, mantenendo l'attuale nozione di insolvenza di cui all'art. 5 l.f.

"*probabilità di futura insolvenza*"

I *principi generali* nella legge delega

Art. 2

Ora crisi ex art. 160/3 (“Ai fini di cui al primo comma *per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*”)

La crisi “*ricomprende l'insolvenza*” ed è nozione più ampia

c.Introdurre una definizione dello stato di *crisi*, mantenendo l'attuale nozione di insolvenza di cui all'art. 5 l.f.

“*probabilità di futura insolvenza*, anche tenendo conto delle elaborazioni della *scienza aziendalistica*” (approvazione Camera 1.2.2017)

I principi generali nella legge delega

Art. 2

d. adottare un *unico modello processuale* per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore, ispirato al *vigente articolo 15 l.f.*, e con caratteristiche di particolare celerità, anche in fase di reclamo,

prevedendo la *legittimazione ad agire dei soggetti con funzioni di controllo e vigilanza* sull'impresa,

ammettendo *l'iniziativa del pubblico ministero in ogni caso* in cui egli abbia notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza,

I principi generali nella legge delega

Art. 2

e. assoggettare al procedimento di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza *ogni categoria di debitore*, sia esso persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore esercente un'attività commerciale, *agricola* o artigianale, *con esclusione dei soli enti pubblici*, disciplinandone distintamente i diversi esiti possibili...in particolare assimilando il trattamento dell'imprenditore che *dimostri di rivestire un profilo dimensionale inferiore a parametri predeterminati*, in linea con il vigente articolo 1 *lf a quello riservato a debitori civili, professionisti e consumatori* di cui al successivo articolo 9 (sovraindebitamento)

I principi generali nella legge delega

Art. 2

f.recepire, ai fini della competenza territoriale, la *nozione europea di "centro degli interessi principali del debitore"* (COMI)

Insolvenza Transfrontaliera (regolamento comunitario 1346/2000)

COMI: *center of main interest*

Occorre avere riguardo al territorio in cui è situato il centro degli interessi principali del debitore *al momento di proposizione della domanda* di apertura della procedura di insolvenza

I principi generali nella legge delega

Insolvenza Transfrontaliera (regolamento comunitario 2015/848 del 20 maggio 2015)

Art. 3 : "Sono competenti ad aprire la procedura di insolvenza i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore ("procedura principale di insolvenza"). Il *centro degli interessi principali* è il luogo in cui il debitore *esercita la gestione* dei suoi interessi in modo *abituale e riconoscibile dai terzi*"

Il COMI *si presume* coincidente con la sede legale sino a prova contraria.

Il trasferimento tre mesi prima della domanda di apertura della procedura è irrilevante (*forum shopping*)

Art.4: verifica d'ufficio da parte del giudice

I principi generali nella legge delega

Art. 2

g.dare *priorità di trattazione*, salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi *assicurando la continuità aziendale, anche per il tramite di un diverso imprenditore (continuità indiretta)* "purchè funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori e purchè la valutazione di convenienza sia illustrata nel piano" (modifica del 1-2-2017 Camera)

Prevenzione nei rapporti con il fallimento, dopo Cass.Civ., Sez.Un., 15 maggio 2015 n.9935

I principi generali nella legge delega

Art. 2

h.prevedere che la notificazione nei confronti del debitore, che sia un professionista o un imprenditore, degli atti delle procedure concorsuali e, in particolare, dell'atto che dà inizio al procedimento di accertamento dello stato di crisi abbia luogo *obbligatoriamente all'indirizzo di posta elettronica certificata* (1.2.2017 Camera)

Se la notifica a mezzo pec *non è possibile per cause imputabili al destinatario*, copia degli atti è inserita nell'*area del sito internet della società Infocamere scpa riservata al debitore*

I principi generali nella legge delega

Art. 2

i. ridurre la durata e i costi delle procedure concorsuali, anche attraverso misure di responsabilizzazione degli organi di gestione

e di contenimento delle ipotesi di prededuzione,

anche con riguardo ai compensi dei professionisti, al fine di evitare che il pagamento dei crediti prededucibili assorba in misura rilevante l'attivo delle procedure

I principi generali nella legge delega

Art. 6 (procedura di concordato preventivo)

a. L'ammissibilità di *proposte esclusivamente liquidatorie solo in caso di apporto di risorse esterne* che aumentino, in misura apprezzabile, la soddisfazione dei creditori

Schema di disegno di legge-delega come modificato al 10.2.2016

a. prevedendo: "L'*inammissibilità* di proposte che, in considerazione del loro contenuto sostanziale, abbiano *natura essenzialmente liquidatoria*"

I principi generali nella legge delega

Art. 6 (procedura di concordato preventivo)

Testo dopo i pareri delle Commissioni Permanenti della Camera dei Deputati (1.2.2017)

a.L'ammissibilità di *proposte liquidatorie* esclusivamente quando è previsto l'*apporto di risorse esterne* che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori; è "assicurato", *in ogni caso, il pagamento di almeno il 20 % dell'ammontare complessivo dei crediti chirografari*

I principi generali nella legge delega

Art.110 d.lg.s.18.4.2016 n. 50 , pubblicato sulla GU del 19.4.2016 *Nuovo codice dei contratti pubblici*

Art. 110 comma 4

“L'impresa ammessa al concordato con cessione dei beni o che ha presentato domanda di concordato a norma dell'art. 161 sesto comma, del rd 16.3.1942 n. 267, *può eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC*”

I principi generali nella legge delega

Art. 6 (procedura di concordato preventivo)

b. La *legittimazione del terzo* a promuovere il procedimento nei confronti del debitore che versi in stato di *insolvenza*, nel rispetto del principio del contraddittorio.

L'art. 41 Cost («L'iniziativa economica privata è libera»)

L'art. 42/3 Cost. (“la proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e *salvo indennizzo*, *espropriata* per motivi di interesse generale”)

Occorrerà accertare lo *stato di insolvenza* – e non di mera crisi - già nel decreto di ammissione alla procedura

I principi generali nella legge delega

Art. 6 (procedura di concordato preventivo)

c. la revisione della disciplina delle *misure protettive*, specie quanto a durata ed effetti, prevedendone la *revocabilità*, su *ricorso* degli *interessati*, ove non arrechino beneficio al buon esito della procedura

I principi generali nella legge delega

Art. 6 (procedura di concordato preventivo)

d. la fissazione delle *modalità di accertamento della veridicità* dei dati aziendali e di verifica della *fattibilità* del piano,

nonché la determinazione dell'*entità massima dei compensi spettanti ai professionisti* incaricati dal debitore,

da commisurarsi *proporzionalmente* all'attivo dell'impresa soggetta alla procedura

I principi generali nella legge delega

Corte App L'Aquila 9 dicembre 2015,
www.osservatorio-oci.org Ms00960

I compensi ai professionisti per l'attività svolta dopo la presentazione della domanda di conc prev con riserva ex art. 161 comma 6, per attività di "*ordinaria amministrazione*" sono in "*prededuzione*" e possono essere pagati subito dal debitore purchè "*pertinenti*" e "*proporzionali*" all'ammontare dell'attivo concordatario

Non si applica l'art. 111 bis (crediti sorti nel corso del fallimento)

Nè l'art. 182 quinquies comma 5 (crediti *anteriori* nella continuità aziendale)

I principi generali nella legge delega

Cass. 19.2.16 n. 3324 (PUNTO CRAI)

I *pagamenti* per debiti *sorti successivamente* al deposito della domanda di conc prev sono in *predeuzione* e quindi non necessitano della autorizzazione del gd ex art. 167 lf

Quanto ai pagamenti di *debiti anteriori*, la violazione dell'art. 182 quinquies comma 5 , in difetto di autorizzazione, non comporta la revoca della procedura ex art. 173 ultimo comma lf

Occorre per la revoca ex art. 173 lf la natura "*fraudolenta*" dell'atto non autorizzato

I principi generali nella legge delega

Cass. 11.4.16 n. 7066

I pagamenti non autorizzati di debiti scaduti (nella specie rateizzazione per il pagamento di tributi scaduti), dopo il deposito della domanda di concordato preventivo con riserva, non comporta automaticamente l'inammissibilità della proposta, ove non costituiscano atti di straordinaria amministrazione e non siano in frode ai creditori

L'accordo con il fisco era un contratto pendente, il cui inadempimento avrebbe comportato un aggravio del debito tributario, maggiorato delle sanzioni

I principi generali nella legge delega

Art. 6 disegno di legge delega approvato dalla camera l'1.2.2017

“prevedere altresì che i crediti dei professionisti sorti un funzione del deposito della domanda, anche ai sensi dell'art. 161 sesto comma..., della proposta, del piano e della documentazione...siano *prededucibili a condizione che la procedura "sia aperta" a norma dell'art. 163*”

I principi generali nella legge delega

Art. 6 (procedura di concordato preventivo)

e.L'esplicitazione dei *poteri del tribunale*, con particolare riguardo alla valutazione di *fattibilità del piano*, "tenuto conto dei criteri desumibili da consolidati orientamenti del giudice di legittimità"
C Sez.Un 1521/2013

Dopo il 10.2.2016

Lettera f: L'esplicitazione dei poteri del tribunale, con particolare riguardo alla valutazione della fattibilità del piano, attribuendo anche poteri di verifica in ordine alla realizzabilità economica dello stesso

I principi generali nella legge delega

Art. 6 (procedura di concordato preventivo)

Dopo il 26.1.2017 (approvazione Camera)

Lettera f: L'esplicitazione dei poteri del tribunale, con particolare riguardo alla valutazione della fattibilità del piano, attribuendo anche poteri di verifica in ordine alla realizzabilità economica dello stesso ... tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale

I principi generali nella legge delega

Art. 6 (procedura di concordato preventivo)

e. la *suddivisione obbligatoria* dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei

Si supera il principio giurisprudenziale della facoltatività delle classi C 10.2.2011 n. 3274

Maggiori difficoltà per ottenere la "*doppia maggioranza*"

I principi generali nella legge delega

Art. 6 (procedura di concordato preventivo)

Testo modificato dopo il parere delle Commissioni Permanenti il 1-2-2017 (approvato dalla Camera)

e."individuare in casi in cui la suddivisione dei creditori in classi...è obbligatoria, prevedendo, in ogni caso, che tale obbligo sussiste in presenza di creditori assistiti da garanzie esterne"

I principi generali nella legge delega

C 25.5.2016 n. 10819, *inammissibilità* del CP

Prima del d.l. 83/2015 (dopo il d.lgs. 5/2006)

4 classi

2 classi favorevoli

1 classe dissenziente

1 *classe "astenuta"*

Art. 177 : occorre il *voto favorevole* non solo dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto, ma *anche delle classi*

Il dl 83/2015

Le scelte *antitetiche*

Da un lato si aggiunge un'altra ipotesi di autorizzazione preliminare del trib senza l'attestazione del professionista (*finanziamenti funzionali a urgenti necessità* ex art. 182 quinquies/3) – 169 bis sospensione e scioglimento – 182 quinquies/5 – pagamento debiti anteriori con nuove risorse – atti “urgenti” di straordinaria amministrazione – 161 comma 7 l.f

Dall'altro si affida al professionista attestatore il *controllo della doppia omogeneità* fra i creditori interessati alla moratoria ex art. 182 septies/5 – convenzione di moratoria (posizione giuridica ed interessi economici). Si tratta di <<*valutazioni giuridiche*>> e non di <<*attestazioni aziendalistiche*>>

Il dl 83/2015

La dimenticanza

Il decreto di inammissibilità di cui all'art. 162 lf., non tiene conto della inammissibilità per la mancata assicurazione sul "pagamento " del 20 % dei creditori chirografari in caso di cp con cessione dei beni (*160 comma 4 lf*)

"Il Tribunale, se all'esito del procedimento verifica che non ricorrono i presupposti di cui agli articoli 160, *commi primo e secondo*, e 161...."

Il dl 83/2015

La palude normativa

Il procedimento di revoca ex art. 173 l.f.

1. Non più solo dopo il decreto di ammissione al concordato ex art. 163 l.f.

2. Ma anche nella fase del *preconcordato* ex art. 161 comma 6 l.f. sotto forma di "improcedibilità"

3. E nella *fase esecutiva* ai sensi dell'art. 185 l.f. , in caso di proposta concorrente del terzo non eseguita dal debitore, quindi *dopo approvazione ed omologazione*, nella fase della esecuzione ("Fermo restando il disposto dell'art. 173") con nomina di amministratore giudiziario (ex art. 2409 cc?)

Il dl 83/2015

La palude normativa

Il procedimento di revoca ex art. 173 l.f.

4. anche nella fase di *annullamento* del concordato preventivo ex art. 186 l.f. che richiama l'art. 138 l.f. in quanto compatibile

Quando la rappresentazione dell'effettiva situazione patrimoniale della società proponente sia risultata falsata per effetto di "*altri atti di frode*" idonei ad indurre in errore i creditori sulla fattibilità e sulla convenienza del concordato proposto C 14.9.16 n. 18090

Il dl 83/2015

La palude normativa

Il procedimento di revoca ex art. 173 l.f.

Le tre tesi:

I tesi: tale rimando all'art. 173 l.f. si spiega con l'*avvenuta impugnazione* del decreto di omologazione di cui all'art. 180 l.f.

II tesi: "fermo restando il disposto dell'art. 173 ". Il procedimento ex art. 173 l.f. si applica quando il debitore, prima della omologazione, *non si adopera per compiere atti relativi alla proposta del terzo.*

III tesi: se dopo la presentazione di *offerte concorrenti* ex art. 163 bis e la gara che ne segue il *debitore non modifica la proposta*

Il dl 83/2015

La fretta e l'imprecisione del legislatore

L'art. 160 comma 4 l.f. fa riferimento al <<*pagamento*>> dei creditori chirografari

Tale disposizione *stride* con altre. Ma è evidente che trattasi di <<*soddisfacimento*>> di tali creditori, stante l'*atipicità* della proposta concordataria che può anche consistere nell'attribuzione ai creditori anche di *azioni, quote, ovvero obbligazioni*, anche convertibili in azioni (art. 160 comma 1).

L'art. 161 comma 2 lettera e («*in ogni caso* la proposta deve indicare l'*utilità* specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente *si obbliga* ad assicurare a *ciascun* creditore»)»)

Il dl 83/2015

La fretta e l'imprecisione del legislatore

Ma anche in caso di "continuità aziendale" si deve assicurare un certa percentuale, anche se non del 20 %

1.l'art. 161Comma 2 lettera e prevede che "in ogni caso" la proposta deve indicare l'utilità

2.l'art. 163/5 le proposte concorrenti non sono ammissibili se il professionista attesta che la proposta del debitore assicura il pagamento del 30 % dei crediti chirografari. Vi deve essere la percentuale "*base*" di riferimento

3.*causa in concreto* di cui a C SU 1521/2013 vale anche per la continuità aziendale

Il dl 83/2015

La fretta e l'imprecisione del legislatore

L'art. 161 comma 2 lettera e) fa riferimento a «*ciascun creditore*» ma è chiaro che la proposta non potrà indicare singolarmente *l'utilità* per ogni creditore;

La causa in concreto del conc prev è la soluzione della crisi di impresa con il soddisfacimento anche modesto dei creditori chirografari, *nel loro insieme*.

L'utilità riguarda *ciascuna* «*categoria*» di creditori (Ambrosini 15)

Anche allora «*classi zero*» perché l'interesse del creditore è solo quello della continuazione dell'attività di impresa del debitore

Il dl 83/2015

L'utilità

Tale termine si trova 21 volte nel codice civile e solo 2 volte in materia societaria

1027 c.c.. La servitù...consiste nel peso imposto sopra un fondo per *l'utilità* di un altro fondo

1028: *l'utilità* puo' consistere anche nella maggiore comodità o amenità del fondo dominante (1074 e 1075)

2635 c.c. corruzione tra privati

2592 Modelli di utilità

51 volte nel codice penale 317 cp concussione; 318 corruzione (riceve denaro o altra utilità)

Il dl 83/2015

L'utilità

Tale nozione viene utilizzata anche nello *schema di legge delega di riforma*

Art. 6 lettera h (*Conc Prev.* "La regolazione del diritto di voto dei creditori con diritto di prelazione il cui pagamento sia dilazionato, e dei creditori soddisfatti con *utilità* diverse dal denaro")

Art. 9 lettera c (*sovraindebitamento*) "consentire al debitore *meritevole*, che non sia in grado di offrire ai creditori alcuna *utilità, diretta o indiretta*, nemmeno futura, di accedere all'esdebitazione solo per una volta, salvo l'obbligo di pagamento del debito entro tre anni, laddove sopravvengano *utilità*"

Il dl 83/2015

Un ritorno al passato?

Il vecchio concordato preventivo ed il pagamento del 40% dei chirografari

La *profonda liberalizzazione* con l'eliminazione del pagamento di una percentuale indicata dal debitore (tranne l'ipotesi dell'impegno espresso) C su 1521/13

L'attuale pagamento del 20 % con riferimento al conc prev con cessione dei beni e l'*inammissibilità* delle *proposte concorrenti* se si assicura il pagamento del 40 % o del 30 % a seconda che si tratti di conc liquidatorio o in continuità aziendale

Il dl 83/2015

L'eccezione alla regola

É stata prevista la seconda ipotesi di nomina giudiziale del professionista, chiamato "*ausiliario*", come nel *concordato fallimentare* (art. 124/3 "*...designato dal tribunale*")

Art. 182 septies/4 ("Il tribunale procede all'omologazione previo accertamento, avvalendosi ove occorra di un *ausiliario*")

Il dl 83/2015

La buona fede

182 septies

I creditori cui estendere gli effetti dell'accordo devono essere messi in condizione di partecipare alle trattative in "*buona fede*"

Omologazione solo se le trattative si sono svolte in "*buona fede*"

Moratoria dei crediti (*convenzione di moratoria*) solo se i creditori non aderenti (banche) sono stati messi in condizione di partecipare alle trattative in "*buona fede*"

Il dl 83/2015

La buona fede oggettiva

Fondamentale principio di *solidarietà* che il codice sancisce nella disciplina del contratto

Le parti del rapporto contrattuale devono comportarsi secondo buona fede già nella fase delle *trattative* e della formazione del contratto (art. 1337 cc), in *pendenza di condizione* (1358 cc), nella *interpretazione* (1366 cc) e nella *esecuzione* (1375 cc).

Tale principio si specifica negli obblighi della *lealtà* e della *salvaguardia*

Il dl 83/2015

La buona fede soggettiva

Ignoranza di ledere l'altrui diritto (art. 1147 cc)

É possessore di buona fede chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto

La buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave

La buona fede è presunta e basta che vi sia al tempo dell'acquisto

Il dl 83/2015

Eraclito: l'Oscuro

L'art. 165 comma 3 ultima parte prevede che «In ogni caso si applica *il divieto di cui all'art. 124, comma primo, ultimo periodo*»

124 l.f. CF«[la proposta] non può essere presentata dal fallito , da società cui egli partecipi o da società sottoposte a comune controllo *se non dopo il decorso di un anno dalla dichiarazione di fallimento*»

I tesi: la norma si riferisce "*inutilmente*" al *divieto assoluto* delle società a parti correlate di presentare le proposte concorrenti (163/4)

II tesi: tali società possono presentare proposte concorrenti *dopo un anno* (.....?)

III tesi: si sanziona con il limbo di un anno chi ha avuto *privilegi informativi* dal comm giud.

Il dl 83/2015

Il nuovo ruolo del Commissario giudiziale:

Prima funzione meno impegnativa, con compiti esclusivamente di vigilanza ex art. 167 l.f. e 185 c.c. (“ne sorveglia l'adempimento”, dell'omologazione del concordato)

Il dl 83/2015

Il nuovo ruolo del Commissario giudiziale:

Ora, invece:

1. *Oneri informativi* verso i creditori che vogliono presentare proposte concorrenti ex art 165 l.f. oppure verso i creditori ed i terzi che intendano presentare offerte concorrenti

2. Maggiori responsabilità e *stretti rapporti con il PM* ex art. 165 comma 5 (“Il CG comunica senza ritardo al pubblico ministero i fatti che possono interessare ai fini delle indagini preliminari...”);

Art. 161 comma 5 , va trasmessa al PM anche l copia della relazione ex art. 172 l.f.

3. Attività di *gestione in sede esecutiva* (art. 185 l.f.)

Il concordato preventivo con riserva

Il concordato preventivo con riserva: natura

I. vera e propria procedura concorsuale

II. solo un procedimento *atipico ed amorfo* che si trasforma "miracolosamente come per incanto" in una procedura concorsuale solo con l'ammissione al concordato preventivo ai sensi dell'art. 163 lf. "*dal bozzolo nascerebbe la farfalla*"

Il concordato preventivo con riserva

Il concordato preventivo con riserva: natura

I. vera e propria procedura concorsuale

Norma di interpretazione autentica dell'art. 111 l. 9/2014

(sono prededucibili "i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo "aperta" ai sensi dell'*art. 161 comma 6...*")

Dalla *pubblicazione* del ricorso si verifica l'effetto del blocco delle azioni esecutive e cautelari ex art. 168

Dal deposito del ricorso ex art. 161/6 l. 9/2014 sorgono le *prededuzioni* per gli atti di *ordinaria amministrazione*, proprio come avviene nel conc prev ordinario e nel fall

Il concordato preventivo con riserva

Il concordato preventivo con riserva: natura
I.vera e propria procedura concorsuale

È stata prevista la figura del *Precommissario*
giudiziale ex art. 161/6

Si applica l'art 170 /2 ("I libri sono restituiti al
debitore, che *deve tenerli a disposizione* del giudice
delegato e del *commissario giudiziale*")

Il primo comma non si applica ("annotazione" de
giudice delegato) perchè non c'è stata ancora
l'ammissione e non c'è il giudice delegato ma solo il
trib., che ha concesso il termine

"Obblighi informativi" *obbligatorii* 161/8

Il concordato preventivo con riserva

Il concordato preventivo con riserva: natura

I. vera e propria procedura concorsuale

Improcedibilità della domanda per atti di frode ai sensi dell'art. 173 lf

Abbreviazione del termine anche d'ufficio ai sensi dell'art. 161 comma 8 – attività inidonea -

Scioglimento e sospensione dai contratti pendenti ai sensi dell'art. 169 bis lf

Art. 169 lf “si applicano, con riferimento alla data di *presentazione della domanda di concordato preventivo (senza alcuna altra specificazione)*, le disposizioni degli articoli 45, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63”

Il concordato preventivo con riserva

Il concordato preventivo con riserva: natura

Art. 23 del dl 83/15 convertito in legge 132/15

“..Le disposizioni di cui agli articoli 2, comma 1 si applicano ai procedimenti di concordato preventivo *introdotti successivamente* all'entrata in vigore del presente decreto” (27 giugno 2015)

Il concordato preventivo con riserva

In giurisprudenza:

Per la tesi della natura di vera e propria procedura concorsuale

T Benevento 19.11.15 (*decreto di ammissione*)

Domanda con riserva 23.12.2014 con proposta, piano e documentazione del 7.7.15 (si applica il vecchio rito)

Art. 69 bis quando alla domanda di concordato preventivo (*senza alcuna altra specificazione*) segua il fall i termini di cui agli artt. 64, 65, 67/1 e 2, 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di conc nel registro delle imprese – *periodo sospetto*

Art. 184 : i creditori "*concorsuali*" quelli anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso ex art. 161 (*senza altra specificazione*)

Il concordato preventivo con riserva

Il concordato preventivo con riserva: natura

In giurisprudenza:

Per la tesi della natura di vera e propria procedura concorsuale

T Ancona 26.11.15 osservatorio-oci.org Ms 00951

La *nuova disciplina* di cui al dl 83/2015 non si applica ai procedimenti per conc prev introdotti (quindi *depositati*), anche solo con riserva, in epoca precedente alla sua entrata in vigore, ma *solo ai concordati con riserva depositati dopo l'entrata in vigore della novella del 2015*

Il concordato preventivo con riserva

Il concordato preventivo con riserva: natura

In giurisprudenza:

Per la tesi che nega la natura di procedura concorsuale al conc prev con riserva. *Il conc prev è "introdotto" solo con il decreto di ammissione*

T Pistoia 29.10.15 www.osservatorio-oci.org Ms
00944

Conseguenza: applicazione 160/4 (assicurazione del pagamento del 20 %) e 161/2 lett e ("in ogni caso la proposta deve indicare l'*utilità* specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad *assicurare* a ciascun creditore") oltre alla possibilità delle "*proposte concorrenti*" ex art. 163 comma 4 lf

Il concordato preventivo con riserva

Il concordato preventivo con riserva: natura

Le ragioni del T Pistoia 29.10.15

1.vi è solo la "*riserva*" di un deposito di conc prev oppure di un accordo di ristrutturazione

Causa del preconcordato diversa da quella del conc prev (richiesta di un termine di riflessione protetto dalle iniziative dei creditori)

In realtà però: la causa è quella "*in concreto*" la stessa del conc prev, che può essere *disvelata* pian piano che si chiedono le varie autorizzazioni

Il concordato preventivo con riserva

Il concordato preventivo con riserva: natura

Le ragioni del T Pistoia 29.10.15

Analogia con gli *artt. 669 sexies e 669 octies cpc*

Blocco immediato delle azioni esecutive e cautelari
e *contraddittorio differito*

*"sommarie informazioni", "atti urgenti di straor
amm", "pregiudizio imminente e irreparabile"*

Natura cautelare del procedimento che *deve saldarsi*
con la fase di merito coincidente con il *decreto di
ammissione* al concordato preventivo dopo il
deposito di piano, proposta e documentazione

Se non vi è il decreto di ammissione tornano in
auge le misure cautelari ed i procedimenti esecutivi,
come, *se non si inizia la fase di merito*, perdono
efficacia i provvedimenti cautelari (*669 novies cpc*)

Il concordato preventivo con riserva

Il concordato preventivo con riserva: natura

Le ragioni del T Pistoia 29.10.15

2.La lettera della norma (procedimenti "introdotti" e non domande di concordate "depositate")

Non pare una motivazione decisiva, anche perchè con la legge di interpretazione autentica di cui all'art. 111 lf, si faceva riferimento alle procedure di concordato preventivo "*aperte*" ai sensi dell'art. 161/6, quindi con il *mero deposito* della domanda di conc prev con riserva.

Il concordato preventivo con riserva

Il concordato preventivo con riserva: natura

C Appello Torino 19.4.16 n. 617

Il *Trib. di Torino* dichiara inammissibile il conc prev (deposito 9.7.15) e dichiara il fall. Per mancata assicurazione 20 % del pagamento dei chirografari né era stata indicata l'utilità specifica (*"la fase prenotativa meramente prodromica all'inizio della procedura"*).

La Corte di Appello riforma la sentenza di 1° grado

Con il deposito della domanda di conc prev con riserva non si apre una sorta di *"vuoto processuale"*

Il concordato preventivo con riserva

Il concordato preventivo con riserva: natura
C 14.3.2016 n. 4977

La regola del *silenzio assenso* (178/4 *lf*), introdotta dal d.l. 83/2012, convertito in legge 134/12, in vigore dall'11.9.2012, si applica ai concordati *con riserva depositati dopo l'11.9.12*, e non a quelli depositati prima di tale data, ma con decreto emesso in seguito (ricorso del 18.6.2012 e decreto di ammissione del 3.1.13).

Gli *effetti della procedura, erroneamente* collocati dal ricorrente in una "evanescente zona amministrativa", sorgono , per quanto *non nella loro interezza o stabilità*, sin dalla domanda del debitore e dunque sono già appartenenti con pienezza al processo di concordato preventivo

Il concordato preventivo con riserva

Il concordato preventivo con riserva (dl 83/2012):

Domanda di concordato con richiesta di termine per depositare "proposta", "piano" e "documentazione"

Ratio dell'istituto

1. *emersione immediata* della crisi

2. *tutela* del *patrimonio* del debitore in questa delicatissima fase che lo accompagna verso il decreto di ammissione

Il concordato preventivo con riserva

Il concordato preventivo con riserva: documenti richiesti dalla norma (161/6)

Domanda di concordato con riserva

Bilanci degli ultimi tre anni

Elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti (dl 69/2013)

Indicazione delle cause di prelazione dei crediti?

Visura camerale per individuare la competenza per territorio

Il concordato preventivo con riserva

L'utilizzo indiscriminato dell'istituto (dl 83/2012):

Per ogni istruttoria prefallimentare sorgeva una domanda di cp in bianco

Conseguenze: Blocco azioni esecutive e cautelari con la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese ex art. 168 lf

Durata massima del blocco: 120 giorni + 60 per la proroga, *oppure* + 60 per il passaggio alla richiesta di accordi di ristrutturazione + 60 giorni ex 182 bis comma 3 + 120 giorni per i creditori estranei – da pagare “integralmente” + un mese per la sospensione feriale (*1 anno 1 mese*)

Il concordato preventivo con riserva

L'organo deputato alla concessione del termine ("termine fissato dal *giudice*" ex 161/3)

I. Tribunale in composizione collegiale

1. *procedimento camerale* ex art. 50 bis cpc

2. delicatezza delle questioni da trattare

3. si fa sempre riferimento al "tribunale" in tutti gli altri commi (161/7 atti urgenti di straord amm; 161/8 obblighi informativi)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

1.difesa tecnica

I tesi: occorre la difesa tecnica T Milano 26.10.12

a.Blocco delle azioni esecutive e cautelari

b.procedimento camerale plurilaterale

c.processo contenzioso art. 82 cpc

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

1.difesa tecnica

II tesi: non occorre la difesa tecnica

a.Blocco delle azioni esecutive e cautelari c'è anche nel concordato prev ordinario

b.procedimento instaurato dal debitore *senza contrapposizione* con i creditori

c.non è un processo contenzioso

d.la formula "*sottoscritto dal debitore*" vale sia per il conc. prev. ordinario che per quello in bianco

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

1.difesa tecnica

C 12.1.2017 n. 599

Domanda in bianco presentata dall'*Avvocato munito di procura regolarmente rilasciata*, ma senza la sottoscrizione della domanda da parte del debitore

Nel conc. Prev. ai sensi dell'art. 161/6 è *sufficiente* che il debitore (in questo caso il liquidatore di srl), pur non sottoscrivendo il ricorso, abbia *conferito la procura* alle liti all'Avvocato.

Del resto, l'art. 152 l.f. prevede la necessità della "sottoscrizione" di chi ha la rappresentanza legale dell'ente, ma solo per la "*proposta*".

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

2. Pubblicazione della delibera societaria ex art. 152

lf ("la proposta e le condizioni del concordato")

I tesi (negativa) T Pistoia 30.10.12

1. collocazione topografica (4 comma 161)

2. concordato fallimentare "completo"

3. si può passare agli accordi di ristrutturazione

4. pubblicazione della domanda ex art. 161/5

- blocco azioni esecutive e cred "concorsuali"

5. *urgenza* dell'atto da compiere

II tesi positiva

1. anche comunicazione al PM (5 comma 161)

2. contenuto "minimo" del cp

3. procedura "madre" è cp

4. 2436 cc altra finalità (responsabilizzare i soci)

5. blocco delle azioni esecutive e cautelari

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Se non v'è stata la pubblicazione della delibera societaria ex art. 152 l.f

A.Terni 16.10.12

Si convoca il debitore per la inammissibilità ex art. 162 l.f.

B. termine concesso per l'integrazione, ma con sanatoria ex nunc

C.*art. 182 c.p.c.*, norma generale, di cui l'art. 162/1 è solo specificazione: sanatoria con effetti ex tunc

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Art. 182 c.p.c.

Quando rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione...il giudice <<*assegna*>> alle parti un *termine perentorio*...per il rilascio delle necessarie autorizzazioni...l'osservanza del termine <<*sana*>> i vizi, e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono *fin dal momento della prima notificazione*”

1.Obbligo del Giudice

2.Termine perentorio

3.Sanatoria con effetti ex tunc

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

3° controllo: la *legitimatio ad processum*

1. *Amministratore* che presenta la domanda di cp dopo che la società si è sciolta, è stata iscritta la dichiarazione degli amministratori di avvenuto scioglimento della società, sono stati nominati i liquidatori e *si è proceduto alla iscrizione dei liquidatori nel registro delle imprese* (art. 2487 bis c.c.) - difetto di legittimazione -

2. Se, invece, gli amministratori hanno provveduto alla iscrizione della causa di scioglimento della società (2484/3), ma non sono stati ancora nominati i liquidatori, la legittimazione processuale resta agli amministratori

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

3° controllo: la *legitimatio ad processum*

3.Cass. 14.6.2016 n. 12273

Il liquidatore può presentare domanda di concordato preventivo solo se ha ricevuto tali poteri dalla assemblea ex art. 2478 lettera c (deliberare “i criteri in base ai quali deve svolgersi la liquidazione; *i poteri dei liquidatori, con particolare riguardo alla cessione dell'azienda sociale, di rami di essa...*”)

Non osta a tale interpretazione l'art. 2489 c.c. “...i liquidatori hanno il potere di compiere tutti gli atti utili per la liquidazione della società”)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

4° controllo: giurisdizione e competenza per territorio

Translatio iudicii

Gli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale rimangono fermi.

I tesi: in caso di incompetenza territoriale il tribunale trasmette gli atti a quello competente. Non c'è soluzione di continuità né cesura (*art. 9bis analogia*)
T Milano 22.11.12

II tesi: occorre la riassunzione delle parti: c'è soluzione di continuità. Effetti: 69 bis per l'azione revocatoria; blocco delle azioni esecutive e cautelari ex art. 168 lf.; preclusioni art. 111 norma interpretativa T Pavia 28.11.12

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

5° controllo:

Presupposto oggettivo (crisi o insolvenza)

Crisi intesa come <<*pericolo di insolvenza*>> nel senso che si è in grado di pagare i debiti scaduti ma non saranno pagati i debiti di imminente scadenza

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

6° controllo:

Presupposto soggettivo di cui all'art. 1 lf

Bilanci non sempre attendibili

Bilanci irrilevanti in alcune ipotesi:

Affidamento in house

Imprenditore agricolo

Fondazioni e associazioni (che svolgono attività commerciale o meno)

Start up

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I **bilanci** devono essere oltre che approvati dall'assemblea anche **depositati** presso il registro delle imprese?:

I tesi: è *sufficiente l'approvazione* da parte dell'assemblea dei soci

II tesi: è necessario anche il deposito

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I **bilanci** sono la base documentale imprescindibile per valutare la sussistenza delle soglie di fallibilità ex art. 1 l.f., ma **non** sono **prova legale**, anche se il giudice, qualora li ritenga inattendibili, deve **specificare** le **ragioni** di tale inattendibilità (C. 30.6.14 n. 14790)

L'imprenditore agricolo

Prima del d.l. 179/2012

I tesi: principio di *specialità* per cui può accedere dopo il d.l. 6-7-2011, n. 98, convertito in l. 15-7-2011, n. 111, *esclusivamente ad accordi di ristrutturazione* e transazione fiscale

II tesi: può *scegliere* tra accordo di composizione di cui alla legge n.3 del 2012 e accordi di ristrutturazione

L'imprenditore agricolo

Prima del d.l. 179/2012

Attualmente gli accordi di ristrutturazione come procedura concorsuale:

1. *moratoria* di pagamento dei creditori estranei 182 bis /1 (ma il contratto vincola solo le parti ex art. 1372 c.c.)

2. 182 quinquies/5 (autorizzazione del trib. per *pagamento debiti anteriori*)

3. 182 quinquies/1 (autorizzazione trib. per *finanziamenti in prededuzione*)

4. legge n. 428 del 1990 deroga al 2112 anche per omologazione accordi di ristrutturazione

5. CIGS ex decreto ministeriale del 2009

L'imprenditore agricolo

6. perdite su crediti: è procedura concorsuale

7. *passaggio* tra concordato con riserva e accordi (161/6)

8. *182 bis 6-7* (blocco azioni esecutive e cautelari), con analogie con il decreto di ammissione al concordato preventivo

9. nomina Precommissario (Trib. Velletri, 2.3.2014, www.osservatorio-oci.org) che mantiene i suoi effetti anche quando il debitore sceglie di depositare un accordo di ristrutturazione

L'imprenditore agricolo

10. Nuovo articolo 182 septies l.f. (indebitamento bancario non inferiore alle metà di quello complessivo). Specie del *genus* art. 182 bis. “la disciplina di cui all'articolo 182 bis, *in deroga agli articoli 1372 e 1411 c.c.*, è integrata dalle disposizioni contenute nei commi 2, 3 e 4”

11.182 quinquies comma 3:*nuovi finanziamenti prededucibili* indifferibili ed urgenti fino all'udienza di *omologazione* (provvede il trib. senza attestazione, sentito il CG se nominato ed assunte sommarie informazioni).

L'imprenditore agricolo

Vecchio art. 6 ("al fine di porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento non soggette né assoggettabili alle *vigenti procedure concorsuali*")

Vecchio art. 7 (la proposta di composizione è ammissibile solo se il debitore "non è assoggettabile alla *procedura prevista dall'art.1 del rd 16-3-1942 n. 267*"), quindi solo fallimento e concordato preventivo

I tesi: se gli accordi sono una procedura concorsuale, allora l'imprenditore agricolo può accedere solo agli accordi e *non al sovraindebitamento* (art. 6 è disposizione generale)

II tesi: se la natura degli accordi è privatistica, l'imprenditore agricolo *può accedere agli accordi di sovraindebitamento*

L'imprenditore agricolo

Nuovo art. 7 comma 2 bis "Ferma l'applicazione del comma 2 lettere b) c) e d) , l'imprenditore agricolo in stato di sovraindebitamento può proporre ai creditori un accordo di composizione della crisi secondo le disposizioni delle presente sezione".

Non richiama la lettera a del comma 2 dell'art. 7 ove si fa riferimento al mancato assoggettamento ad una procedura concorsuale diversa da quelle regolate dal presente capo. Ma allora gli accordi di ristrutturazione sono una procedura concorsuale.

L'imprenditore agricolo

L'imprenditore agricolo e l'agriturismo

nuovo art. 2135 c.c. (il *ciclo biologico*) : “per coltivazione...si intendono le *attività dirette alla cura ed allo sviluppo di un ciclo biologico...possono* utilizzare il fondo...comunque connesse le attività...dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, *commercializzazione....*”

L'irrilevanza del volume di affari (C. 24995/10)

Corte Cost. 20-4-2012, n. 104 (*attività effettivamente svolta* e non iscrizione nel registro delle imprese)

Cass.Civ., 10-4-2013, n. 8690 (per accertare se vi è un *agriturismo*, non deve farsi riferimento alle leggi Regionali e quindi all'utilizzo prevalente di materie prime ottenute dalla coltivazione del fondo, ma all'uso di dotazioni (locali per ricezione ospiti) e ulteriori risorse dell'azienda “*che sono normalmente impiegate nell'attività agricola*”)

L'imprenditore agricolo

L'imprenditore agricolo

Trib. Rovigo 20 novembre 2014

È stata ritenuta impresa agricola quella la cui attività consisteva nell'acquisto di semi di specie orticole, nella germinazione in apposite camere di polistirolo e nell'*accrescimento* delle *piantine* in serra

Trib. Mantova 18 novembre 2014

È impresa agricola anche quella che concede in *affitto* i fondi rustici ed i fabbricati agricoli, oltre che le attrezzature, di cui è proprietaria, dovendosi tenere conto *anche dell'attività svolta con riferimento al periodo anteriore* alla concessione in affitto dei fondi

L'imprenditore agricolo

Non è struttura agrituristica e può quindi fallire un *resort pentastellato*, con stabilimento di sauna, piscina, suites e ristorante, sala congressi, biblioteca, giardino e terrazzi, in quanto tali locali non sono utilizzati a scopo agrituristico e non sono assimilabili alle abitazioni rurali (Cass. 14.1.2015, n. 490). Si prescinde dalla normativa regionale. La attività di ricezione deve essere *complementare* alla *coltivazione* del fondo, che *deve restare* quella *principale*

L'imprenditore agricolo

Art. 2 d.lgs. 18.5.2001 n. 228

“si considerano imprenditori agricoli le cooperative di imprenditori agricoli ed i loro *consorzi* quando *utilizzano* per lo svolgimento delle attività.....*prevalentemente prodotti dei soci*, ovvero forniscono prevalentemente ai soci beni e servizi diretti alla cura ed allo sviluppo del ciclo biologico”

È stata revocata dalla Corte di appello di L'Aquila la sentenza di fallimento del consorzio agricolo (21 soci tutti imprenditori agricoli)

Attività consorzio: commercializzazione prodotti agricoli

Le leggi tributarie, con requisiti peculiari, solo ai fini previdenziali e fiscali

L'imprenditore agricolo

T.Velletri aprile 2013

Si è ritenuta fallibile società che per statuto svolgeva attività di silvicoltura, ma *non aveva ancora iniziato l'attività in concreto.*

Le società commerciali falliscono indipendentemente dall'effettivo esercizio di una specifica attività, acquistando la qualità di imprenditore commerciale dal momento della loro costituzione (C.9084/1994)

L'imprenditore agricolo

C. App. Palermo 7.9.13

Non sussiste impresa agricola se l'attività commerciale di vendita di olio è "connessa" a quella di produzione, ma la quantità di olive acquistate è superiore a quella prodotta

L'imprenditore agricolo

T Cremona 17.4.14

Anche l'imprenditore agricolo deve depositare documentazione che consenta di ricostruire compiutamente la sua situazione economica e patrimoniale ai sensi dell'art. 7 comma 2 lettera d. La norma vale anche per le società a contabilità semplificata.

L'imprenditore agricolo

Bozza disegno di legge delega Commissione Rordorf
Si prevedeva (pare) la fallibilità e la assoggettabilità
al concordato preventivo dell'impresa agricola
"sopra-soglia" ex art. 1 l.f.

Unica procedura per la dichiarazione di insolvenza di
tutti i soggetti modellata sullo schema dell'art. 15
l.f.

Art. 6 disegno legge delega (tutti gli imprenditori –
*eccetto quelli qualificati dalla legge come enti
pubblici* – che svolgano, in qualunque forma, attività
commerciale, artigiana o *agricola*, prevedendo che,
ove essi dimostrino di avere un *profilo dimensionale
inferiore*...all'art. 1...regime previsto per debitori
civili, professionisti, consumatori

L'imprenditore agricolo

Bozza di legge Commissione Rordorf

Nuovo art. 2 (lettera e) della bozza di disegno di legge:

“assoggettare al procedimento di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza ogni categoria di debitore, sia esso persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore esercente un'attività commerciale, *agricola* o artigianale, *con esclusione dei soli enti pubblici*, disciplinandone distintamente i diversi esiti possibili...in particolare assimilando il *trattamento dell'imprenditore che dimostri di rivestire un profilo dimensionale inferiore* a parametri predeterminati...a quello riservato a *debitori civili, professionisti e consumatori* di cui al successivo art. 9”

L'imprenditore agricolo

Bozza di legge Commissione Rordorf
Nuovo art. 2 (lettera e) della bozza di disegno di legge:

Ha accomunato all'art. 2 lettera e), quanto al procedimento per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza, "ogni categoria di debitore", compreso l'imprenditore che esercita una *impresa agricola*, lasciando all'imprenditore la possibilità di dimostrare il mancato raggiungimento dei parametri dimensionali.

Tali parametri dimensionali si applicano anche all'imprenditore agricolo?

Le società in house

Le società **in house** (capitale interamente pubblico) e le **società miste** (con partecipazione sia pubblica che privata)

I tesi: si applica in toto il diritto civile (panprivatistica)

II tesi: prevalenza della sostanza sulla forma (indici sintomatici): Trib.SMCV 9-1-2009 – natura pubblica

-
III tesi: si distingue tra servizi pubblici essenziali e non; per i primi non è possibile il fallimento: A) non si può interrompere il servizio; B) sostituzione di organi politici con organi della procedura fallimentare (T Napoli 31.10.12)

Le società in house

Tesi panprivatistica:

1. principio dell'*affidamento* dei *terzi* che contrattano con un soggetto iscritto nel registro delle imprese

2. legge *n. 70 del 1975*

3. artt. 2449, 2450, 2451 c.c. (nomina e revoca degli amministratori pubblici), derogano al codice civile solo per questa limitatissimo aspetto, ma resta la fallibilità ex art. 2221 c.c.

Le società in house

Tesi panprivatistica:

4. relazione al codice del 1942

“in questi casi è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge della spa...la disciplina comune della società per azioni deve pertanto applicarsi anche alla società con partecipazione dello Stato e degli Enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente”

5.art. 4 comma 13 d.l. 95/2012 (“le disposizioni del presente articolo...in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo espresse deroghe, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di soc di cap”)

Le società in house

Tesi panprivatistica:

6.Cass 11417/2013 *la società a prevalente capitale pubblico* non intendeva versare i contributi per la disoccupazione involontaria

La scelta della PA di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta

Ciò trova conferma nel dl 95/2012 art. 4/13 che può valere come norma di "chiusura di sistema"

Le società in house

Nella giurisprudenza **comunitaria**

Non vi è gara di appalto pubblico se società in house

Consorzio di Comuni (*sentenza Teckal 18.11.1999*)

Controllo analogo:

Non possibilità di alienazione quote ai privati

Poteri maggiori di quelli del diritto societario

Non vocazione commerciale

Non espansione territoriale a tutta l'Italia o all'estero

Decisioni più importanti al vaglio preventivo dell'ente affidante

Le società in house

Nella giurisprudenza **amministrativa**

Controllo analogo

1. controllo del bilancio
2. controllo sulla qualità dell'amministrazione
3. poteri ispettivi diretti e concreti
4. *Totale dipendenza* in tema di *strategie*
5. *subordinazione gerarchica*
6. anche in caso di frantumazione o polverizzazione del capitale sociale
7. non è impresa ma *solo braccio operativo* dell'ente

Le società in house

T Catania 26.3.10

Società pubblica (e quindi non fallibile)se:

1.Disposizioni statutarie con partecipazione solo per soggetti pubblici

2.Oggetto sociale:*gestione integrata dei rifiuti*

3.Costituzione della società da parte del commissario delegato per l'emergenza rifiuti

Le società in house

Suprema Corte e **società miste**

Cass. 6.12.12 21991

Società "mista" fallibile:

1. oggetto sociale: realizzazione parcheggi e gestione servizi portuali e turistici

2. riscossione di tariffa per il servizio svolto

3. **non poteri speciali di influenza** ed ingerenza **ulteriori** rispetto agli strumenti del diritto societario da parte dell'azionista pubblico

Le società in house

Il contrasto tra le pronunce di legittimità:

I tesi: Cass.Civ., 27-9-2013, n. 22209 (tutte fallibili le società miste)

II tesi: Cass.Civ., 25-11-2013, n. 26288 (in materia di responsabilità di amministratori delle società degli enti locali; C. 10.3.14 n. 5491). Le società sono *longa manus* dell'ente locale se: 1) capitale interamente pubblico; 2) attività in prevalenza a favore della società; 3) controllo *analogo*

Le società in house

I tesi: Cass.Civ., 27-9-2013, n. 22209

Legge *n. 70 del 1975*

Tutela dell'*affidamento* dei terzi contraenti

Si può dichiarare il fallimento anche di soc che gestiscono servizi pubblici essenziali; il dl 134/2008 ha previsto la ristrutturazione industriale di *grandi imprese in crisi* che operano nei servizi pubblici essenziali

L'ente locale può affidare la gestione del servizio *ad altri*

"*danno grave*" è quello della generalità dei terzi che può derivare dalla interruzione del servizio e non solo quello dei creditori

Principio della "*concorrenza*"

Le società in house

II tesi C 26288/13:

Prima Sez. Unite 26806/2009

Danno diretto alla immagine della P.A.
(erariale): Corte conti

Danno al patrimonio sociale: Giudice Ordinario

Il “controllo analogo”

Totale *assenza* di *potere decisionale* della società, a
differenza che nei gruppi di imprese

Totale assoggettamento al *potere gerarchico* della
PA

La soc è “*longa manus*” della PA

Mera *articolazione interna* della PA

Le società in house

Le *direttive appalti e concessioni* di servizi pubblici 23 e 24 del febbraio 2014 (art. 17 e 12)

Società in house se:

1. **anche** ingresso di **capitali privati**
2. influenza **determinante** nelle decisioni come nei gruppi societari (2359 c.c.)
3. è sufficiente l'80% dell'attività a favore dell'ente pubblico

Le società in house

Il contrasto tra le pronunce di merito:

I tesi: per la fallibilità di tutte le società pubbliche e l'accesso al concordato preventivo: Trib. Velletri 14.1.13; anche dopo Cass. 26288/2013 vedi Trib. Palermo 3.10.14; T. Ancona 19.6.14: *T. Pescara 5.2.15*,

II tesi: per la non fallibilità delle società in house: Trib. Catania 26.3.10; *Trib. Avezzano 26.7.13*; anche dopo Cass. 26288/13 vedi Trib. Benevento 28.8.13 *C. App. L'Aquila 2.3.15*; T. Teramo 20.10.14; T. Napoli Nord, 6.5.15

Le società in house

Le ragioni della tesi fondata sugli indici sostanziali

1. Gli artt. 2249 e ss. c. derogano al diritto societario sostanziale per nomina e revoca, ma non al diritto fallimentare ed alla sua disciplina speciale di cui all'art. 1 l.f. (esclude gli enti pubblici dal fallimento)

2. Corte Cost. 20-3-2013, n. 46: il patto di stabilità interno va rispettato anche dalle società in house e non solo dagli enti pubblici di cui sono emanazione

Le società in house

Bozza legge delega

Pare che le società in house siano fallibili, in quanto sono esclusi solo “[gli imprenditori] qualificati dalla **legge** come enti pubblici”

Riferimento, quindi, alla legge 70 del 1975

Ma nella nuova bozza “scompare” il riferimento alla “legge” che qualifica gli enti pubblici come tali

Le società in house

T Benevento 28.8.13:

Ammissione al concordato preventivo di società di trasporto pubblico

Capitale pubblico al 100 %

Non penetranti controlli sulle decisioni da parte dell'ente pubblico

Anche trasporto privato

Anche servizi a carattere internazionale

Senza limiti territoriali

Accesso in futuro anche al capitale privato

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

7° controllo: Il *contenuto "minimo"*

Le ragioni:

DI 69/2013

Esordisce il *Precommissario*

Il decreto che fissa il termine per il deposito di proposta, piano e documentazione deve essere *"motivato"*

Vanno *indicati* anche *i creditori* (elenco nominativo dei creditori) con *"l'indicazione dei rispettivi crediti"*

Le rispettive *"cause di prelazione"*?

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

7° controllo: Il *contenuto "minimo"*

I *finanziamenti indifferibili ed urgenti* (182 quinquies comma 3)

Anche in assenza del piano

Predeuzioni ex art. 111 lf

Urgenti necessità relative all'esercizio della attività aziendale fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ex 161/6

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Il ricorso deve *specificare* (finanziamenti indifferibili)

La *destinazione* dei finanziamenti

Impossibilità per il debitore di reperire altrimenti tali finanziamenti

In assenza degli stessi "*pregiudizio imminente ed irreparabile*" all'azienda (come per l'art. 700 cpc)

Non occorre l'attestazione del professionista

Non si fa riferimento al miglior soddisfacimento dei creditori

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

L'istruttoria del Tribunale sui finanziamenti

Assunte *sommario* informazioni sul piano e sulla proposta in corso di elaborazione (si inizia a *disvelare il piano*)

Sentito il *commissario giudiziale se nominato*

Sentiti senza formalità i *principali creditori*

Decisione con decreto motivato *entro dieci giorni* dal deposito dell'istanza

Si può chiedere anche il mantenimento di linee di credito autoliquidanti

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Gli argomenti specifici del contenuto "*minimo*" del concordato con riserva

1. il ricorso di cui all'art. 125 c.p.c.: indicazione di petitum e causa petendi ("giurisdizionalizzazione") del concordato, con la scissione tra domanda giudiziale, da un lato, e proposta, piano e documentazione, dall'altro

In ogni caso, ma di sicuro se si chiede:

Autorizzazione a compiere atti urgenti di straordinaria amministrazione (161/7)

Autorizzazione ai finanziamenti (182 quinquies/1)

Autorizzazione ai finanziamenti "urgenti"

Autorizzazione al pagamento di crediti anteriori (art. 182 quinquies/5)

Scioglimento e sospensione dai contratti (169 bis)

Termine superiore a 60 giorni

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Gli argomenti specifici

2. Produzione dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, sicchè occorre anche la esplicitazione del contenuto degli stessi

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Gli argomenti specifici

3. Il raggiungimento dello scopo proprio degli atti processuali.

Il combinato disposto tra l'art. 121 (libertà delle forme) e l'art. 156 comma 3 ("La nullità non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato")

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Gli argomenti specifici

4. La *natura cautelare* del concordato preventivo con riserva

Come art. 669 sexies : provvedimento inaudita altera parte e poi conferma, modifica o revoca nel contraddittorio delle parti

Così blocco azioni cautelari con la pubblicazione del ricorso e provvedimento del tribunale che fissa il termine (dopo i controlli) dopo la verifica del "*fumus boni iuris*"

Sommario informazioni

Atti *urgenti* straord amm (161/7)

Funzionali a "*urgenti necessità*" (182 quinquies/3)

"*pregiudizio imminente e irreparabile*" per l'azienda

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Gli argomenti specifici

5. Dopo C sez un 1521/2013 la *causa in concreto* del concordato: superamento della crisi di impresa con soddisfacimento anche se modesto e parziale dei creditori, ed in tempi ragionevoli, costituisce la "*stella polare*" anche del concordato con riserva

6. Se vanno autorizzati gli atti *urgenti* di straord. amm., ci deve essere un parziale "*svelamento*" del piano

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Gli argomenti specifici

7. Al fine dello *scioglimento* e della *sospensione* dei contratti pendenti ex art. 169 bis l.f.

Il debitore deve *indicare già con il ricorso* i contratti da cui intende sciogliersi, in tal modo il credito da "indennizzo" del contraente in bonis viene inserito tra i creditori e può esercitare il *diritto di voto*, magari all'interno di una specifica classe

Il nuovo art. 169 bis dopo il dl 83/15 prevede ora che il debitore possa sciogliersi da contratto anche "*successivamente*" al ricorso, ma in tal caso il credito è in prededuzione (169 bis/2 seconda parte)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Gli argomenti specifici

8.Elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti . DI 69/13

9.Decreto di fissazione del termine "*motivato*"

10.Nomina del *precommissario* che vigila anche sulla "attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta"

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Gli argomenti specifici

11. Possibilità per l'impresa in concordato *con riserva* di partecipare alle *gare di appalto* (186 bis)

186 bis/5

L'ammissione al concordato preventivo *non impedisce la partecipazione* a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in *gara*:

a) relazione di un professionista (67/3 lettera d) che attesta la "*conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto*"

b) la dichiarazione di altro operatore che si impegna a mettere a disposizione le risorse necessarie oppure a subentrare (*avvalimento*)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Gli argomenti specifici

Possibilità per l'impresa in concordato con riserva di partecipare alle gare di appalto (186 bis)

186 bis/4

“Successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere *autorizzata* dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, *se nominato*; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale”

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Gli argomenti specifici

I tesi: Cons. Stato 27.12.13; anche 3.7.14. Può partecipare alle gare di appalto anche l'impresa che ha *solo depositato* un concordato preventivo “*con riserva*”

II tesi: occorre il decreto di ammissione alla procedura (Cons. Stato 14.1.14)

L'iniziale provvedimento di “*autorizzazione*” del tribunale

Deve intervenire prima della aggiudicazione definitiva (“in gara”) il decreto di ammissione ex art. 163 l.f

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Gli argomenti specifici

Per la prima tesi

Autorità Nazionale Anticorruzione 8.4.15 n.5

A condizione che l'istanza (di concordato con riserva) presenti *chiari ed inconfutabili effetti prenotativi del concordato in continuità aziendale*

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Il nuovo codice dei contratti pubblici

Art. 110 d.lgs. 50 del 2016

Lo scorrimento della graduatoria

Comma 1: "le stazioni appaltanti, in caso di fallimento...*concordato preventivo...* dell'*appaltatore*....interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del "completamento" dei lavori"

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Art. 110 d.lgs. 50/2016

Solo le società in concordato in continuità aziendale che hanno già depositato il piano e la documentazione possono partecipare alle gare pubbliche

Comma 3 *"l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC, possono:*

A: partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto;"

Autorizzazione del gd o del tribunale?

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Art. 110 d.lgs. 50/2016

Avvalimento non più obbligatorio

Comma 4: "L'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale *non necessita di avvalimento* di requisiti di altro soggetto"

Comma 5: L'avvalimento obbligatorio "L'ANAC, sentito il giudice delegato può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che il cur o l'impresa in concordato si avvalgano di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale...che si impegni...a mettere a disposizione...le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata...."

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Art. 110 d.lgs. 50/2016

La società in concordato con riserva può solo proseguire i contratti pubblici già stipulati (comma 4 "L'impresa ammessa al concordato con cessione dei beni o che ha presentato domanda di concordato a norma dell'art. 161, sesto comma,*può eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'Anac*")

Non può partecipare a gare di appalto

Ma il giudice delegato è nominato solo con il decreto di ammissione ex art. 163 l.f..

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Se non vi è il contenuto minimo

1. *non* potranno essere concesse tutte le autorizzazioni richieste (atti urgenti di straordinaria amministrazione ex 161/7, scioglimento dai contratti pendenti ex 169 bis, finanziamenti urgenti ed indifferibili ex art. 182 quinquies comma 3, finanziamenti ex art. 182 quinquies comma 1, pagamento dei crediti anteriori ex art. 182 quinquies comma 5)

2. potrà essere convocato il debitore per i necessari *chiarimenti* ex art. 162 /1

3. *Sanzione processuale*

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Se non vi è il contenuto minimo

Sanzioni processuali

1.*Inammissibilità*, come previsto per il non tempestivo deposito di proposta, piano e documentazione (161/6) o per mancata predisposizione degli obblighi informativi (161/8) o per la recidiva biennale (161/9)

2.*Improcedibilità* della domanda, come per l'ipotesi di condotte previste dall'art. 173 lf

2.*Nullità* ex art. 163 n. 4 cpc (esposizione dei fatti e degli elementi di rito costituenti le ragioni della domanda) e nullità 164/5 (omessa o assolutamente incerta la causa petendi) termine per "*integrare*" la domanda

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Gli atti urgenti di straordinaria amministrazione
Non sono atti urgenti di *straord amm*

Nomina del professionista attestatore ex art. 161/3
(Terni 28.12.12)

Continuazione di operazioni di anticipo e sconto
fatture – Terni 12.10.12 - (ma il nuovo 182
quinquies /3 ultima parte pare ritenere obbligatorio
il rilascio dell'autorizzazione del trib)

Cessione di immobili se questa è l'attività
dell'impresa (T Modena 15.11.12)

Licenziamento collettivo per riduzione del personale
(T Cosenza 6.3.13) ne la mobilità (Milano 23.11.12)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Gli atti urgenti di straordinaria amministrazione

Sono atti "urgenti" di straord. Amm.

La ripresa della attività produttiva da parte di un'impresa in liquidazione (T Pinerolo 9.1.13)

La stipulazione di un contratto di locazione
Padova 26.2.14

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Gli atti di straordinaria amministrazione nella giurisprudenza di legittimità

C 5.12.70 n 2556:

a. "*ordinaria amministrazione*" se c'è conservazione o miglioramento del patrimonio b. "*straordinaria amministrazione*" se effetti pregiudizievoli, come diminuzione o disperdimenti

Pertanto, l'azione del debitore per la *riduzione delle ipoteche* su immobili di grande valore è ordinaria amministrazione

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Nell'interpretazione dell'art. 167 lf

Atti di straordinaria amministrazione

Negozi con cui si alienano *titoli azionari* di rilevante valore – lire 60 milioni - (C 26.8.71 n. 2593)

Compensazione volontaria da parte del debitore senza l'autorizzazione del gd (C 17.5.74, n. 1433)

Stipula del contratto di vendita anche se preceduto da preliminare concluso dalla impresa edilizia nello svolgimento della ordinaria attività di gestione con prezzo interamente versato dalla compratrice prima dell'ammissione della venditrice al concordato preventivo (C 13.12.96 n. 11144)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Attività istruttoria del Tribunale

Convocazione del debitore 162 comma 1 lfl

Termine perentorio ex art. 182 cpc per il rilascio di procura al difensore, per pubblicazione delibera 152 lf al registro delle imprese, con effetti ex tunc

Assunzione di *sommario informazioni*: 161/7 (atti urgenti di straord.amm.; finanziamenti senza piano e documentazione ex art. 182 quinquies comma 1; finanziamenti "funzionali a urgenti necessità" ex art. 182 quinquies comma 3)

Nomina precommissario (prima esperto ex art. 68 cpc)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Attività istruttoria del Tribunale

Art. 738 comma 3

Art. 213 cpc richiesta di informazioni alla PA

Art 15/4 "può richiedere eventuali informazioni urgenti"

Richiesta, allora, alle cancellerie delle esecuzioni mobiliari ed immobiliari; Centrale rischi della Banca d'Italia, Concessionario alla riscossione, Enti Previdenziali ed Assistenziali

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Audizione dei creditori

Art. 161/8

Il tribunale può in ogni momento sentire i creditori

Art. 182 quinquies comma 3 "e, se del caso, sentiti senza formalità i *principali creditori*"

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

L'integrazione della documentazione

1. è possibile concedere al debitore termine ex art. 162 comma 1 per integrare la documentazione relativa alla domanda di conc con riserva? Si possono chiedere i bilanci mancanti o l'elenco nominativo dei creditori?

2. è possibile concedere al debitore termine ex art. 162/1 per integrare la domanda dopo il deposito di piano, proposta e documentazione?

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Ipotesi in cui il trib. potrebbe *rifiutare* la concessione del termine di 60 gg.

Se pende istanza di fallimento; C 1521/2013 – *bilanciamento* degli interessi – C 15.5.9935/2015 – principio della *prevenzione* del conc prev tranne l'ipotesi dell'abuso del diritto

Se sta per scadere il termine annuale di cui all'art. 10 l.f.?

1. riduzione del termine con il consenso del debitore
2. si blocca il decorso del termine come ex 69 bis
3. non si concede solo se c'è abuso del diritto
4. non può accedere al conc prev la società cancellata dal registro delle imprese da meno di 1 anno C 26.10.15 n. 21286
5. abbreviazione termine 161/8 anche d'ufficio

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La *natura* del *termine* di cui all'art. 161 comma 6 lf

La questione si è riaperta con la legge 9/2014

(art. 111 "i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di conc prev <<*aperta*>> ai sensi dell'art. 161 comma 6, sono prededucibili alla condizione che la *proposta, il piano e la documentazione...siano presentati* entro il <<*termine*>> eventualmente prorogato...e che la procedura sia <<*aperta*>> ai sensi dell'art. 163...*senza soluzione di continuità*")

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Il termine di cui all'art. 161 comma 6 lf

Tale termine è di natura "processuale"

<<*segue*>> la presentazione del ricorso per conc prev e la pubblicazione nel registro delle imprese (con l'automatic stay – blocco azioni esecutive e cautelari ex art. 168 lf)

Si inserisce all'interno di un procedimento concorsuale

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Il termine <<*sostanziale*>>, *incide* sui *diritti* e sulle *obbligazioni* delle parti

Termine di grazia concesso al conduttore di immobile ad uso abitativo per sanare la morosità (art. 55 legge 392/1978)

1.C12424/2008 termine di grazia è termine sostanziale perchè elide l'inadempimento

2.Termine annuale per chiedere la reintegrazione nel possesso (C 18058/2012)

3.Condono fiscale che <<*incide*>> sul rapporto sostanziale C 7701/2013

4.Termine di prescrizione per l'azione revocatoria (quinquennale) è sostanziale C 22366/2007

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Il termine <<*processuale*>> ex art. 161/6

La pubblicazione del ricorso ha solo l'effetto di bloccare le azioni esecutive o cautelari <<*senza elidere i diritti e le obbligazioni delle parti*>>

Nella concessione del termine di grazia la citazione per la convalida di sfratto è <<completa>> in tutti i suoi aspetti; non occorre completare la domanda con successiva documentazione

Nell'art. 161/6 il Trib. concede il termine per <<*completare*>> la domanda con il successivo deposito di proposta, piano e documentazione

Come i termini per *precisare* o *modificare* la domanda (*mutatio o emendatio libelli*) ex 183 c.p.c.

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Il termine ex art. 72/2 lf

È termine *sostanziale* in quanto se il curatore non assume decisioni entro 60 giorni , il *contratto si intende <<sciolto>>* ed il curatore non può più subentrare nel contratto

È *sostanziale* il termine entro il quale il debitore deve comunicare al trib ed ai creditori le attività svolte attraverso gli *obblighi informativi* di cui all'art. 161/8. Si incide sui diritti dei terzi

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La *sospensione feriale* dei termini processuali

Varie pronunce di incostituzionalità dell'art. 1 legge 742 del 1969

Necessità di assicurare un periodo di riposo a favore degli Avvocati e dei Procuratori legali (Corte Cost. 13.7.97)

Si applica anche al termine per proporre *opposizione* alla *stima* in materia espropriativa

Art. 1337 c.c. per l'impugnazione di *delibere assembleari condominiali*

Non si applica alla deliberazione delle decisioni dei giudici

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Decorrenza del termine

- 1.dalla data di pubblicazione del ricorso – ma si riduce il termine concesso al debitore per predisporre proposta e piano
- 2.dal deposito del ricorso (la pubblicazione avviene entro un giorno dal deposito)
- 3.dalla data di *deposito* del provv del Trib che concede il termine
- 4.dalla comunicazione del provv da parte della Cancelleria

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Natura perentoria o ordinatoria

Parrebbe perentorio perchè in caso di ritardo *scatta* la sanzione della *inammissibilità* ex art. 161/6 , come avviene nelle impugnazioni tardive

Anche in difetto di una previsione di legge nelle *impugnazioni* il ritardo nella presentazione comporta l'inammissibilità del gravame (art. 325 cpc "Il termine per proporre l'appello...è di 30 giorni...il termine per proporre il ricorso per cassazione è di giorni 60 ")

Lo dice l'art. 326 comma 1 cpc "I termini stabiliti nell'articolo precedente sono perentori"

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Natura *ordinatoria*

Art. 152/1 "I termini...possono essere stabiliti dal giudice anche a pena di decadenza, *soltanto se la legge lo permette espressamente*"

Art. 152/2 "I termini stabiliti dalla legge sono *ordinatori*, tranne che la legge li dichiari espressamente *perentori*"

Equa riparazione: è ammessa la concessione di un nuovo termine per la notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza (C 7020/2012)

La perentorietà potrebbe desumersi dal <<sistema>>

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I termini *ordinatori* nel << sistema >> delle procedure concorsuali

Termine di 60 giorni per il provvedimento del trib che provvede sulla opposizione allo stato passivo, prima del Correttivo del 2007 C 20363/2011

Termine per la costituzione delle parti nel giudizio di *omologazione* C 18987/2011 – ordinatorio -

Durata del procedimento di omologazione (nove mesi) C 2706/2009 – termine ordinatorio -

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Nella procedura di sovraindebitamento

Art. 9 comma 3/ter legge n. 3 del 2012

“Il giudice può concedere un termine <<*perentorio*>> non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni alla proposta e produrre nuovi documenti”

A differenza dell'art. 162/1 l.f. “Il Tribunale può concedere al debitore un *termine* non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti”

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

È prevista espressamente la possibilità di *proroga*

Art. 161/6 “ entro un termine fissato dal giudice... e *prorogabile*, in presenza di giustificati motivi, di *non oltre 60 giorni*”

I termini *perentori*, invece, *non sono prorogabili*, “nemmeno sull'accordo delle parti” (art. 153/1 cpc)

(art. 154/1 “Il giudice, prima della scadenza, può abbreviare o *prorogare*, anche d'ufficio, *il termine che non sia stabilito a pena di decadenza*”)

Possibile soluzione: richiesta di *rimessione in termini ex art. 153/2 cpc*, norma generale inserita tra le disposizioni generali e non riferita più solo al giudizio di cognizione ordinaria (art. 184 bis)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Anche se è termine solo <<ordinatorio>>

La richiesta di proroga deve essere *presentata prima* della scadenza del termine ai sensi dell'art. 154/1 cpc

La violazione del termine ordinatorio può perpetuarsi ma fino alla verifica di una situazione processuale incompatibile con il suo tardivo adempimento (*tolleranza logica*)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La proroga del termine ex 161/6

Sia su istanza di parte che *d'ufficio*, valorizzando l'art. 154 cpc ("Il giudice....può ...prorogare, *anche d'ufficio*")

Ragioni della proroga:

Proposta e piano sono in fase di gestazione

Se si intendono compiere operazioni straordinarie come fusioni o scissioni

Procedura per la Cassa Integrazione o la Mobilità

Contratti da sospendere o sciogliere

Continuità aziendale da organizzare e programmare

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La seconda proroga

Per la Suprema Corte si può concedere una <<*seconda*>> proroga, ma *motivi particolarmente gravi adeguatamente evidenziati* C 23227/2010

La norma non pare vietare espressamente una seconda proroga (161/6 “prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni”)

In altre disposizioni *vietata* la seconda proroga in modo espresso (artt. 181 e 169 l.f. “il termine può essere prorogato <<*per una sola volta*>> dal tribunale di sessanta giorni”)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Il termine di cui all'art. 161 comma 6 l.f. come perentorio

C 31.3.2016 n. 6277

Tale termine, infatti, *non è prorogabile a mera richiesta della parte o addirittura d'ufficio*, ma solo in presenza di "giustificati motivi", che devono essere allegati dal richiedente e verificati dal giudice, cosicché la sua disciplina, lungi dall'essere assimilabile a quella di cui all'art. 154 cpc (prorogabilità del termine ordinatorio), risulta, piuttosto, mutuata da quella dell'art. 153 cpc (improrogabilità dei termini perentori)

Termine decadenziale con la sanzione della inammissibilità della domanda

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Il termine di cui all'art. 161 comma 6 l.f. come perentorio

Ma la richiesta di proroga del termine deve essere *sempre motivata*

C 24.10.1983 n. 6239

La *motivazione* della *proroga* di un termine ordinatorio, ai sensi dell'art. 154 cpc *non è soggetta a forme particolari e può essere implicitamente contenuta nel contesto del provvedimento di proroga*

Proroga del termine per la notifica ai contraddittori necessari per difficoltà di accertare la residenza

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Provvedimento che nega il termine o la proroga, o conceda un termine inferiore a quello richiesto

I tesi: impugnazione ai sensi dell'art. 739 cpc dinanzi alla Corte di appello

II tesi:impugnazione ex art. 26 lf

III tesi: *sistema concordatario ben delineato*:
Audizione del debitore in camera di consiglio ai sensi dell'art. 162 lf

Dichiarazione di inammissibilità della proposta concordataria con <<decreto non soggetto a reclamo>>

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Se però dopo il decreto di inammissibilità vi è la pronuncia di *fallimento*, allora si impugnano dinanzi alla Corte di appello ai sensi dell'art. 18 l' sia il decreto di inammissibilità che la sentenza di fallimento con riferimento ai motivi specifici di ciascun provvedimento

Si applica, *se non vi è stata l'audizione* del debitore, l'art. 354 c.p.c., con *rimessione degli* atti al primo giudice

Se c'è, invece, *rifiuto del termine maggiore* o della *proroga*, occorre dimostrare che se fosse stata concesso un margine temporale maggiore, il deb sarebbe stato in grado di predisporre piano e proposta

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Il decreto di inammissibilità ex art. 162 l.f. è ricorribile in cassazione ai sensi *dell'art. 111 Cost* solo se l'inammissibilità si fonda sulla inesistenza della qualità soggettiva di imprenditore commerciale o dell'insolvenza, in quanto in tali casi il provvedimento è *<<decisorio>> escludendosi la conseguenziale dichiarazione di fallimento* C su 9743/2008

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Cass.Cic., Sez.Un., 27.12.2016 n. 26989

Il ricorso straordinario ex art. 111 Cost. riguarda solo provvedimenti "decisori", ossia che decidono e "incidono" su "diritti soggettivi", nel senso che vi incidano con la particolare efficacia del "giudicato"

E provvedimenti che siano anche "definitivi" nel senso che non siano soggetti ad altri mezzi di impugnazione.

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Cass.Cic., Sez.Un., 27.12.2016 n. 26989

Inammissibilità ex art. 162 l.f.

Non presenza il carattere della "decisorietà"

Viene emesso dal tribunale "a prescindere da una controversia, anche solo potenziale, tra parti contrapposte, nonché all'esito di un procedimento che *non prevede alcun contraddittorio*, bensì la sola audizione del debitore"

Il tribunale deve provvedere d'ufficio a tutela di un interesse più generale, che prescinde dall'interesse individuale di ciascun creditore

Non si decide su diritti soggettivi di parti contrapposte e con *efficacia di giudicato*

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Cass.Cic., Sez.Un., 27.12.2016 n. 26989

Decreto di omologazione o di rigetto ex art. 180 l.f.

È decisorio, ha idoneità al giudicato

Ma non è definitivo, in quanto è previsto il reclamo dinanzi alla corte di appello ai sensi dell'art. 180 l.f., sicchè non può essere presentato ricorso straordinario per Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Cass.Cic., Sez.Un., 27.12.2016 n. 26989

Revoca della ammissione ex art. 173 l.f.

Non è decisorio, perchè il contraddittorio con i creditori, ai sensi dell'art. 15 l.f. (richiamato dall'art. 173 comma 2), vi è solo se i creditori presentano istanza per il fallimento

Se non sono presentate istanze di fallimento il procedimento si conclude con la revoca (o con il diniego della revoca), che non è decisorio.

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Gli obblighi informativi art. 161/8

Anche in ordine alla gestione finanziaria dell'impresa

Ora vi è un vero e proprio obbligo ("il tribunale <<*deve*>> disporre gli obblighi informativi")

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Se il Trib concede un termine superiore ai 60 giorni ed anche di 120 giorni *senza disporre gli obblighi informativi*

1. reclamo dei creditori dinanzi alla Corte di appello ai sensi dell'art. 26 lf (164 lf). Ma vi è interesse concreto ad agire se il deb sta predisponendo piano proposta e gestendo l'azienda con oculatezza?

2. procedimento per l'integrazione dei provvedimenti istruttori ex art, 289 cpc

3. modifica e revoca delle ordinanze ex 177/2

4. correzione errore materiale (287 cpc)

5. abbreviazione del termine ex art 161/8

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

d.lgs 169/2013

Il deb , con *periodicità mensile*, deposita una *situazione finanziaria* dell'impresa

Publicata nel registro delle imprese a cura del Cancelliere

Le notizie *sensibili* vengono apprese dai terzi, anche al fine di presentare domanda di conc prev concorrente

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Se la "gestione" finanziaria è in <<perdita>> o vi è sottrazione di beni (atti di frode) oppure vengono compiuti atti di straord amm urgenti "senza autorizzazione del Trib"

Se *atti in frode*: art. 161/6 Il precomm giud ne riferisce al trib per far dichiarare l'improcedibilità della domanda ex art. 173 lf

Il Trib può provvedere *anche d'ufficio* se non c'è il precomm giud?

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Se la "gestione" finanziaria è in <<*perdita*>>

Con riduzione del capitale sociale anche al di sotto dei limite legale

1. non convocazione ex art 162 perchè il deb potrebbe anche improvvisamente ricevere "nuova finanza" esterna

2. si applica il meccanismo per la inammissibilità ai sensi dell'art. 162 lf

3. si applica l'art. 173 lf

4. *abbreviazione anche d'ufficio del termine* ai sensi del 161/8 quando l'attività del deb è manifestamente inidonea alla predisposizione di proposta e piano

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Se il deb deposita la relazione periodica mensile ma in modo <<*lacunoso*>>

1. si applica l'art. 173 lf

2.186/6, ma conc prev con continuità aziendale in caso di cessazione della attività o attività manifestamente dannosa per i creditori

3.riduzione del termine anche d'ufficio ai sensi dell'art. 161/8

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

L'ausiliario del giudice ex art. 68 cpc

In giurisprudenza si è applicato l'art. 68 cpc ("nei casi previsti dalla legge o quando ne sorga la necessità il giudice si può far assistere da esperti in una determinata arte o professione...")

Art. 738/3

Art. 191 cpc e 61 cpc la possibile utilizzazione della CTU

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La similitudine con l'*ispettore giudiziale* di cui all'art. 2409 c.c.

Non vi è lo spossessamento dell'amministrazione della società

Poteri invasivi forti nella vita dell'impresa

Vi è l'esercizio di *poteri inquisitori* a differenza del CTU

Non si nominano CT di parte: rapidità e snellezza della procedura, non rendere accessibili a terzi dati sensibili sulla organizzazione societaria

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I poteri dell'ausiliario

- 1.come quelli del CTU ai sensi dell'art. 194 cpc: può chiedere chiarimenti alle parti, assumere informazioni da terzi
- 2.accedere nella sede dell'impresa
- 3.chiedere all'imprenditore la visione delle scritture contabili
- 4.chiedere all'amministratore di mostrargli i contratti in corso di esecuzione e quelli inerenti i rapporti con gli istituti di credito

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I poteri del precommissario

1.attività di *vigilanza* per verificare se il deb sta compiendo condotte *manifestamente inidonee alla predisposizione di proposta e piano*, con eventuale *abbreviazione* del termine anche d'ufficio

2.parere del comm giud *obbligatorio* per il rilascio dell'autorizzazione ad atti urgenti di straord amm (“acquisire il parere del comm giud , se nominato” 161/7, 182 quinquies/3; 186 bis comma 4)

3.accertamento del compimento di *atti di frode* ex 173 lf per l'*improcedibilità* della domanda

4.parere del comm *non obbligatorio* sulle altre autorizzazioni

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Il controllo di fattibilità giuridica ed economica

C Sez.Un. 1521 del 2013

Non è controllo di secondo grado

L'attestatore è assimilabile ad un ausiliario del giudice, con facoltà per questi di discostarsi dalle sue conclusioni

Sindacato *d'ufficio* della fattibilità giuridica del piano (C 1726/2015) in caso di contrasto con norme inderogabili

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Controllo identico nelle 3 fasi: anche in fase di ammissione si valuta l'esistenza di atti di frode(173)

Ammissione (163)-revoca(173)-omologazione (180)

Ancora presenti *interessi pubblicistici*

Interessi dei terzi non aderenti alla proposta (coobbligati, fideiussori, obbligati in via di regresso, dipendenti, contraenti in bonis, creditori che non hanno avuto notizia del concordato)

Fattibilità economica (plausibilità che il piano possa essere portato a compimento):spetta ai creditori, ampi margini di opinabilità, serio fattore di rischio per gli interessati. *Prognosi di realizzabilità dell'attivo* nei termini indicati dal debitore

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Causa concreta del "procedimento"

Non ha contenuto fisso e predeterminato

Occorre tenere conto delle *concrete modalità* proposte dal debitore per la composizione della propria esposizione debitoria

A.superamento della crisi

B.riconoscimento in favore dei creditori di una sia *pur minimale consistenza* del credito da essi vantato in *tempi ragionevolmente contenuti*

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Il controllo nel concordato con *cessione dei beni*

1. delibazione sulle *argomentazioni* svolte dal professionista a sostegno del giudizio sulla fattibilità del piano

2. valutazione *coerenza complessiva* delle *conclusioni finali*

3. rilievo della *impossibilità giuridica* della proposta (*cessione di beni altrui*)

4. rilevazione del dato emergente *prima facie* da cui desumere l'inidoneità della proposta a soddisfare in qualche misura i diversi crediti

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Il controllo del tribunale nel concordato

C. 4.5.2016, n. 8799

Fattibilità giuridica: non vi deve essere violazione di norme inderogabili

Verifica che i *documenti prodotti* dal debitore siano idonei, per completezza e regolarità, a corrispondere alla funzione che è loro propria, ossia di *fornire elementi di giudizio ai creditori*.

Rientrano nell'ambito di detto controllo la *correttezza e la coerenza delle argomentazioni svolte* e delle *motivazioni* addotte dal *professionista* a sostegno del giudizio di fattibilità del piano

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Il controllo nel concordato con cessione dei beni

Prima del dl 83/15 non occorre l'indicazione della percentuale di soddisfacimento C 1521/2013

Salva l'assunzione di *specificata obbligazione* in tal senso

DI 83/15 legge 132/15

In ogni caso la proposta deve "assicurare" il *pagamento* di almeno il 20 % dell'ammontare dei crediti chirografari

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Le modifiche di cui al *dl 83/2012: nuovi poteri al tribunale, che sembravano aumentati*

Autorizzazione art. 161/7 atti *urgenti* di straord amm, senza attestazione del professionista

169 bis autorizzare *sospensione e scioglimento*

180/4 contestazione *convenienza* 20 % creditori ammessi in assenza di classi: Valutazione della convenienza da parte del trib.

186 bis cessazione attività in caso di *manifesta dannosità* della stessa per i creditori

179 *avviso* del *mutamento* delle condizioni fattibilità ai creditori

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Le modifiche di cui al dl 83/2012: nuovi poteri al tribunale (C 1521/2013)

Ma tali nuovi poteri trovano giustificazione nella "*anticipazione*" degli effetti del concordato già alla data di deposito del ricorso (161/7 e 169),

oltre che nella nuova configurazione del concordato "*con continuità aziendale*",

e nel *favorire la soluzione concordataria*.

Interventi "*urgenti*" con *assenza momentanea* di tutti i controlli altrimenti previsti

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I tempi ragionevoli del piano

Legge Pinto 6 anni per i procedimenti fallimentari di particolare complessità

9 mesi di durata del procedimento sino alla omologazione

Termine annuale per presentare la domanda di risoluzione ex art. 137 l.f.

Termine annuale per la moratoria dei creditori prelatori nel concordato con continuità aziendale ex art. 186 bis

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Pronunce di legittimità sul controllo

Previsione di *realizzo dei crediti* (fattibilità giuridica C 22045/2014; fattibilità economica C 4810/14)

Il trib *non può sindacare*:

l'esistenza o meno di offerte di acquisto del magazzino (C 4810/14)

L'*effettiva volontà* delle banche di concedere i finanziamenti (C 24970/13)

L'affidabilità del cessionario o *affittuario* in relazione al *pagamento* (C 11423/14)

Valore dei beni indicato nella proposta, tranne ipotesi di manifesta illogicità (C2130/14)

La disponibilità di *terzi* a fornire *garanzie* (C11497/14)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Pronunce di legittimità sul controllo

Il trib *può sindacare*:

La presenza di ipoteca giudiziale sui beni e la proposizione di azioni revocatorie sui beni concessi in garanzia da terzi (C 11496/14)

L'effettiva consistenza delle *giacenze* di magazzino (C 2130/14)

Se l'assenza di indicazioni precise sul cessionario dei beni possa comportare l'eventuale perdita delle agevolazioni finanziarie pubbliche per il concordato (c 12549/14)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La percentuale di soddisfacimento del 20 %

Se la proposta di concordato con cessione dei beni prevede (<<assicura>>) il pagamento di *meno del 20 %* dei creditori chirografari, vi è *infattibilità giuridica*

Se la proposta di concordato con cessione dei beni prevede (<<assicura>>) il pagamento del 20 % dei chirografari comunque il trib può valutare *l'infattibilità economica prima facie* del piano

Se non vi è infattibilità economica prima facie la plausibilità del successo del piano spetta *in via esclusiva ai creditori*

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La percentuale di soddisfacimento del 20 %

Altre norme che contengono il verbo "assicurare" ma non impongono un vero e proprio dovere ("garanzia") di soddisfacimento dei creditori (solo una valutazione ragionevole)

Art. 182 quinquies/5: *pagamenti dei debiti anteriori*, purchè prestazioni "essenziali" per la prosecuzione con attestazione di un professionista che attesta che tali prestazioni sono funzionali ad "assicurare" la *migliore soddisfazione dei creditori*

Art. 182 bis /6 *accordi di ristrutturazione*

Dichiarazione del professionista circa l'idoneità della proposta, se accettata, ad "assicurare" *l'integrale pagamento* dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La percentuale di soddisfacimento del 20 %

Art. 67 comma 3 lettera d (piano attestato)

“gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purchè posti in essere in esecuzione di un piano idoneo...ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria”

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La percentuale di soddisfacimento del 20 %

I tesi: il piano deve dare al creditore chirografario la "*quasi certezza*" che dalla liquidazione dei beni si otterrà almeno la percentuale del 20 %, con *elementi concreti* che rendano certo il raggiungimento del risultato

Se c'è vendita di immobili occorre produrre *rogiti recenti* di alienazione di cespiti con le medesime caratteristiche

Resta la distinzione giurisprudenziale tra fattibilità economica e fattibilità giuridica

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La percentuale di soddisfacimento del 20 %

Assicurare significa <<*dare certezza*>>

Non vi è una *obbligazione specifica* del debitore al pagamento (soddisfacimento) del 20 % dei chirografari

T Pistoia 26.11.15 www.osservatorio-oci.org

Si presuppone un <<*grado di certezza*>> che *seppure relativo* trattandosi di valutazioni prognostiche, è estraneo alla mera previsione probabilistica

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La percentuale di soddisfacimento del 20 %

T Firenze 8.1.16

Il debitore deve proporre "*fondatamente*" il pagamento di almeno il 20 % dei chirografari

"*fondatamente*" significa "una prospettazione *a metà strada fra il concetto di garanzia e quello della ragionevole previsione*"

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La percentuale di soddisfacimento del 20 %

Tra l'altro, *a contrariis*, l'art. 161 comma 2 lettera e prevede una vera e propria obbligazione di "assicurare"

"in ogni caso, la proposta deve indicare l'*utilità* specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente *si obbliga ad assicurare* a *ciascun creditore*"

In questo caso (art. 160 comma 4) pare che vi sia un "*vero e proprio obbligo*" di assicurare

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La percentuale di soddisfacimento del 20 %

II tesi: l' "assicurazione" del pagamento del 20 % implica un controllo di merito del tribunale su proposta e piano

Il tribunale avrebbe il *controllo pieno anche della fattibilità economica*

Il debitore *si "obbliga"*, contrae dunque l'obbligazione di pagamento del 20 % dei chirografari

La *tutela dei creditori* è rafforzata

Maggiori aspetti pubblicistici: art. 161/5 Al pubblico ministero copia di atti e documenti e della relazione del CG ex art. 172 l.f.

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La percentuale di soddisfacimento del 20 %

L'unica norma che conferisce espressamente al tribunale il controllo sulla fattibilità del piano è l'art. 12 bis legge 3/2011, con riferimento al *piano del consumatore*

12 bis/2 se *specifici procedimenti* di esecuzione forzata potrebbero pregiudicare la "fattibilità del piano" il giudice può disporre la sospensione degli stessi

12 bis/3 "verificata la fattibilità del piano...il giudice, quando esclude che il consumatore....omologa il piano"

Ma qui non c'è la votazione dei creditori ed il giudice ha un controllo che concerne anche la "meritevolezza"

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La soddisfazione (“il pagamento”) del 20 % dei creditori chirografari si applica anche ai *creditori prelaزيونari falcidiati* ex art. 177 l.f

Diversamente vi sarebbe una *violazione della par condicio creditorum*, in quanto solo i chirografari “*puri*” dovrebbero essere pagati almeno al 20 %, mentre i chirografari («*contaminati*» dal privilegio) per “*incapienza*” subirebbero una minore percentuale di pagamento

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

III tesi: Linee guida del Tribunale di Roma

Vi è una *vera e propria obbligazione* di pagare una percentuale di chirografari non inferiore al 20 %

Art. 161 comma 2 lettera e: "*utilità...che il proponente si obbliga ad assicurare*"

Relazione di accompagnamento "finalità di evitare che possano essere presentate proposte ...che lascino del tutto indeterminato e aleatorio il conseguimento di una utilità specifica per i creditori"

Ma il controllo del Tribunale resta ancorato ai parametri di C SU 1521/2013

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

In caso di *classi* di creditori:

I tesi: sarà *sufficiente il pagamento del 20 % dei creditori complessivi* (l'istituto delle classi mira proprio a diversificare le percentuali di pagamento). Si possono organizzare, allora, *anche classi "a zero"*, purchè nel complesso vi sia il soddisfacimento di almeno il 20 % dei chirografari

II tesi: è necessario il pagamento del 20 % dei creditori di ciascuna classe.

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La possibile *risoluzione* ex art. 186 lf

In sede di esecuzione se si soddisfa solo il 5 o il 10 % dei chirografari

Non vi è risoluzione perchè *non* trattasi di *grave inadempimento* ai sensi dell'art. 186 lf

Si deve tenere conto degli *interessi economici* della *massa dei creditori*, non dei singoli creditori

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Il controllo nelle *offerte concorrenti* 163 bis

Nel dl 83/15

Se il "piano" comprende una *offerta* da parte di *soggetto già individuato*

Oggetto:trasferimento di azienda, rami d'azienda, specifici beni verso corrispettivo in denaro

Il commissario giudiziale valutava la "congruità" dell'offerta

Istanza motivata al tribunale per l'apertura di una procedura competitiva

Il tribunale *accoglieva o rigettava* la proposta "tenuto conto del valore dell'azienda o del bene" (*fattibilità economica*)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Il controllo nelle offerte concorrenti 163 bis

Con la legge di conversione 132/15

Si apre d'ufficio la procedura competitiva

("...il tribunale dispone la ricerca degli interessati all'acquisto disponendo l'apertura di un procedimento competitivo...")

Verso un corrispettivo in danaro "o comunque a titolo oneroso"

Trasferimento "*anche prima dell'omologazione*"

Gara che si conclude "*prima dell'adunanza dei creditori*".

Anche contratto con finalità di trasferimento non immediato

Modifica di proposta e piano all'esito della gara

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Il controllo nelle "proposte" concorrenti

La *ratio* nella relazione al disegno di legge:

1. "offrire ai creditori strumenti per impedire che il debitore presenti *proposte che non rispecchiano il reale valore dell'azienda*"

2. *Stimolare investitori* a compiere operazioni di risanamento (mercato delle *aziende "contendibili"*)

Profili di costituzionalità: art. 41 Cost («L'iniziativa economica privata è libera»)

Ma l'art 41 *tutela anche il diritto di credito* (Fabiani 2015). Vanno contemperate le ragioni dell'impresa e dell'imprenditore con quelle dei creditori se c'è «*insolvenza*»

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Il controllo nelle "proposte" concorrenti: il *dies a quo*

I tesi: già quando si presenta la domanda di concordato preventivo con riserva 161/6

II tesi: dopo che il deb ha prodotto il *piano*, la proposta e la documentazione

III tesi: *solo dopo il decreto di ammissione al concordato*, quindi dopo le eventuali integrazioni e modifiche della proposta e del piano (art. 163 comma 4)

Anche la collocazione sistematica della previsione all'interno dell'art. 163 lf

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Il controllo nelle "proposte" concorrenti:

Nel decreto di ammissione va specificato che l'impresa è «*insolvente*» e non solo in mera crisi

Occorre *per escludere* la proposta del terzo che il professionista *attesti* il pagamento del 40 % in caso di conc prev con cessione dei beni o il 30 % dei chirografari in caso di conc prev con continuità aziendale (art. 163 comma 5)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Il controllo nelle "proposte" concorrenti

L'adunanza dei creditori non oltre 120 giorni dalla data del decreto di ammissione ex 163 lf

Relazione del commissario giudiziario ex art. 172 almeno 45 giorni prima dell'adunanza

Le proposte concorrenti almeno 30 giorni prima dell'adunanza (*termine finale*)

La *modifica* delle proposte, compresa quella del debitore fino a 15 giorni prima dell'adunanza (172/2)

Relazione integrativa del Cg in merito alle proposte concorrenti almeno 10 giorni prima

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Il controllo nelle "proposte" concorrenti

La *natura perentoria* del termine di 30 giorni prima dell'adunanza

1. Si ricava dal "*sistema*". L'invasione di campo del terzo è di assoluta rilevanza

2. I *tempi* del procedimento, in questa fase, sono *estremamente rigidi*

3. se il comm giud non deposita la relazione 45 giorni prima, si rinvia l'adunanza ed il termine - perentorio - si colloca 30 giorni prima della nuova adunanza

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I requisiti "*processuali*" della proposta concorrente

Non occorre la *delibera* di cui all'art. 152 If

Non occorre la *difesa tecnica* ex art. 82 cpc come nella proposta di concordato fallimentare da parte del terzo

Quorum del 10% dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale ex art, 161 comma 2 lettera a). In genere le Banche

Condizione dell'azione ("*anche per effetto di acquisti successivi*"); non è presupposto processuale

Quindi sino al termine di *trenta giorni prima* dell'adunanza

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I requisiti *soggettivi* della proposta concorrente

I tesi: anche *terzi*, cioè soggetti *che non erano creditori prima* della presentazione della domanda di cui all'art. 161 lf, ma lo divengono solo dopo

Relazione illustrativa alla conversione del dl83/15

“*eventuali investitori interessati* a compiere un'operazione di acquisto e risanamento di un'impresa in concordato, per poter presentare una proposta alternativa, *dovrebbero infatti acquistare crediti nei confronti dell'impresa in concordato* per un valore almeno pari al 10 % dell'indebitamento di quest'ultima”

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

II tesi: i requisiti della proposta concorrente: *solo i creditori anteriori*

Solo nel *conc fall* è possibile che il *terzo* (non creditore) proponga un concordato, perchè la società è in stato di insolvenza ed è stato già dichiarato il fallimento

Nel con prev, invece, la società è *solo in crisi*, sicchè non pare possibile la proposta "concorrente" da parte di un "terzo" che non è creditore

La norma è chiara 163/4: "*uno o più creditori che, anche per effetto di acquisti successivi....., rappresentano almeno il dieci per cento dei crediti*"

Art. 124 "la proposta.. può essere presentata da uno o più creditori o da un terzo"

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

II tesi: i requisiti della proposta concorrente: *solo i creditori anteriori*

Art. 214 (concordato nella lca)

2" L'autorità che vigila sulla liquidazione, su parere del commissario liquidatore, sentito il comitato di sorveglianza, *può autorizzare* l'impresa in liquidazione, uno o più creditori o *un terzo a proporre al tribunale un concordato a norma dell'art. 124...."*

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I requisiti "soggettivi" della proposta concorrente

Il *socio di minoranza* che ha effettuato finanziamenti prima dell'accesso al conc prev nel periodo in cui avrebbe dovuto effettuare un conferimento ex art. 2467 cc ("*eccessivo squilibrio dell'indebitamento*") -Ratti -

I tesi: È vero che "il rimborso dei finanziamenti...è postergato", ma si tratta, comunque, di *un creditore* a tutti gli affetti, legittimato a proporre una proposta concorrente. È anche in *prededuzione* all'80 % 182 quater/3

II tesi: *ma il creditore postergato non può votare*, mentre i creditori che presentano la proposta concorrente possono votare se inseriti in una apposita classe (163 comma 6)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I requisiti "soggettivi" della proposta concorrente

Il *creditore «indiretto»*?

Debitore concordatario *terzo datore di ipoteca* o che ha acquistato un bene ipotecato (ipotesi di «responsabilità» «senza debito»»).

La banca è titolare di un diritto reale sui beni del debitore concordatario, ma non vanta un credito nei suoi confronti

Non è un vero e proprio creditore, tanto che si dubita che possa insinuarsi al passivo in caso di fallimento, ma debba partecipare solo alla ripartizione delle somme C 9.2.16 n. 2540

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I requisiti "soggettivi" della proposta concorrente

Il *fideiussore* del debitore prima del pagamento

1. Solo creditore eventuale (non legittimato a presentare la proposta concorrente)

2. Creditore effettivo, seppure dopo l'avvenuto pagamento, con l'azione di regresso

C 7.1.16 n. 119: *esclusa le legittimazione attiva ex art. 98 lf del fideiussore del fallito avverso l'ammissione al passivo di un terzo creditore. Infatti, l'opposizione allo stato passivo può essere presentata solo dal curatore, ma non dal fallito e neppure dal fideiussore del fallito*

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Art. 163/4

“ai fini del computo della percentuale del 10 %, non si considerano i crediti della società che controlla la società debitrice, delle società da questa controllate e di quelle sottoposte a *comune controllo*”

Minano alla base il principio di «*concorrenza* tra le proposte». Potrebbero sfruttare un «*patrimonio informativo*» *suppletivo*

Art. 124 If

“[la proposta di concordato] non può essere presentata dal fallito, da società cui *egli partecipi* o da società sottoposte a comune controllo”

Art. 127 If

“ [sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze] i crediti delle società controllanti o controllate o sottoposte a comune controllo”

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La nozione di "comune controllo"

1. Società che sono sotto l'attività di direzione e coordinamento esercitata dalla società debitrice ex art. 2497 c.c.

Quid pluris rispetto al controllo: *scelte strategiche* che spettano alla controllante (fallita o debitrice concordataria) sull'intero gruppo per una finalità comune, ma distinta da quella delle singole società del gruppo. E' un tipo di collegamento *qualitativamente diverso* dal controllo e *più incisivo* (*dipendenza gerarchica*)

Interesse di gruppo che *trascende* gli obiettivi delle singole società del gruppo

Vantaggio compensativo

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La nozione di "comune controllo"

2. Le società che *saranno controllate* dalla società debitrice proprio a seguito della esecuzione del concordato o in virtù di un *patto paraconcordatario*

3. Le *società collegate* ossia quelle sulle quali un'altra società esercita una *influenza notevole*, quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti? (art. 2359/2)

4. *il controllo di fatto*: proposta presentata da una società in cui la maggioranza del capitale o tutto il capitale appartiene a *stretti familiari del debitore concordatario*?

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Il *tempo* per elaborare la *proposta concorrente*

Tra la data di deposito del decreto di ammissione

Sino a 30 giorni prima dell'adunanza fissata a 120
giorni

Quindi *al massimo 90 giorni*

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Il *tempo concesso al comm giud* per l'esame della proposta del debitore e di quelle concorrenti

Dal decreto di ammissione (con nomina del comm giud) 120 giorni per l'adunanza

Relazione 45 giorni prima dell'adunanza: allora 75 giorni per l'esame della proposta del deb

Per l'esame delle proposte concorrenti (vanno presentate fino a 30 giorni prima dell'adunanza e poi 10 giorni prima per la relazione "integrativa"), solo 20 giorni

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La *relazione del commissario* ex art. 172 l.f. (45 gg. prima)

Oltre che sulle cause del dissesto, sulla condotta del deb, *sulle "proposte"* di concordato

Deve illustrare le *"utilità"* che, in caso di fallimento, possono essere apportate dalle *azioni* risarcitorie, recuperatorie o revocatorie

1. Se sono depositate proposte concorrenti trenta gg. prima dell'adunanza, allora *"relazione integrativa"* del comm giud 10 gg. prima.

Particolareggiata comparazione tra tutte le proposte depositate

2. Oppure se *emergono "informazioni"* che i cred. devono conoscere ai fini del voto

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La prima proposta concorrente deve essere *migliorativa* rispetto a quella del debitore (ma quale organo effettuerà tale controllo?)

Le *successive proposte*, pur dovendo essere migliorative rispetto a quella del debitore, non devono essere migliori rispetto alla prima proposta concorrente già presentata.

Saranno i creditori a scegliere

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Se viene attivato il procedimento ex art. 173 lf (atti non autorizzati, atti di frode, venir meno delle condizioni di ammissibilità) *prima della votazione*

1. si può presentare la proposta concorrente perchè sussiste ancora la proposta principale, sino alla eventuale revoca del concordato. *Al voto solo la proposta del terzo*

2. è inammissibile la proposta concorrente perchè il meccanismo di votazione è congiunto e onnicomprensivo

3. si deve attendere l'esito del procedimento ex art. 173 lf, ma non si rispetta il termine dei 9 mesi per la definizione del procedimento

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Se vi è *rinuncia* al concordato da parte del deb
La rinuncia, trattandosi di domanda giudiziale, è consentita *sino* al *deposito* del provvedimento di *omologazione* da parte del tribunale C 8575/2015

1.cadono anche tutte le proposte concorrenti, in quanto la rinuncia è possibile nel giudizio di omologazione fino alla pronuncia del decreto di omologazione (*simul stabunt simul cadent*) (Ratti 2015, Ambrosini 2015). I terzi presentano, infatti, "proposte" concorrenti, *non "domande"*.

2.*persiste* la domanda concorrente anche dopo la rinuncia. Altrimenti, vi sarebbe uno spreco immenso di tempo e di risorse, con un evidente utilizzo distorsivo dell'istituto. Le *domande* sono *ricomprese* nelle "*proposte*" concorrenti

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Se vi è *rinuncia* al concordato da parte del *terzo proponente*

Anche in questo caso *prosegue* la *seconda proposta* che ha avuto più voti

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Se vi è *rinuncia* al concordato

Come *si riavvia* il giudizio di omologazione con la proposta concorrente giunta seconda alle votazioni

Non occorre che il gd riferisca al trib della intervenuta rinuncia in sede di omologazione, in quanto il trib ne è già al corrente (art. 180/1), ma il *gd deve indicare* al trib che vi è una *seconda proposta* che ha raggiunto il quorum nelle votazioni

Fissazione dell'udienza da parte del tribunale e notifica del decreto da parte del debitore al comm giud ed ai creditori dissenzienti

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La votazione delle proposte concorrenti

I tesi: ciascun creditore può votare *anche più di una proposta* (Spadaro 2015)

Art. 175 lf ("*sono sottoposte alla votazione dei creditori tutte le proposte* presentate dal debitore e dai creditori, seguendo, per queste ultime, l'ordine temporale"): solo profilo <<*organizzativo*>> ma tutte le proposte vanno votate (non ci si ferma alla prima approvata)

Eliminazione del silenzio assenso: art. 178/4 "i creditori che non hanno esercitato il voto possono far pervenire lo stesso per telegramma...nei 20 giorni successivi alla chiusura del verbale"

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La votazione delle proposte concorrenti

II tesi: si può votare una *sola proposta*

Vi è il caso in cui nessuna proposta raggiunge il quorum e si rimetta al voto solo la proposta che ha raggiunto la *maggioranza "relativa"* (art. 177 l.f. "quando nessuna delle proposte concorrenti poste al voto sia stata approvata con le maggioranze di cui al primo e secondo periodo del presente comma, il gd...rimette al voto la sola proposta che ha *conseguito la maggioranza relativa...*")

Ma se tutti i creditori votano tutte le proposte dovrebbe assai difficilmente verificarsi l'ipotesi che nessuna proposta raggiunga la maggioranza relativa

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La votazione delle proposte concorrenti

I creditori aventi diritto al voto potrebbero essere *diversi* a secondo della tipologia della proposta (Spadaro 15)

Prelazionari *falcidiati* e non falcidiati

Prelazionari con dilazione di pagamento ultrannuale e diritto di voto

Proposta "eterogenea" con continuità aziendale e moratoria annuale (186 bis comma 2 lettera c) senza diritto di voto

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

La votazione delle proposte concorrenti

In caso di parità *prevale la proposta del debitore*,
come nel conc fall (C 12.2.10 n. 3327)

In caso di parità fra proposte di creditori quella
presentata per prima

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

C 20.4.2016, n. 7972

I provvedimenti del gd emessi in seno alla adunanza dei creditori servono a stabilire solo i limiti del "*diritto di voto*" ex art. 176 l.f.

Se una banca *non vota perchè prelazionaria* deve, comunque, dimostrare il proprio diritto alla prelazione in sede di accertamento del passivo del successivo fallimento

Non si applica il principio di non contestazione, perchè il curatore è organo diverso dal commissario giudiziale e diversa è la procedura concorsuale

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I controlli del trib sulla *proposta concorrente*
Non controllo di fattibilità giuridica ed economica prima facie (per Ratti 15, invece, controllo anche di tale tipo)

Se il professionista attesta che la proposta del debitore assicura il pagamento del 40 % dei chirografari (conc prev con cessione dei beni) o il 30 % degli stessi in caso di concordato con continuità aziendale, tali proposte concorrenti sono inammissibili (il trib si affida alla attestazione del professionista) art. 163 comma 5 l.f.

La *relazione del professionista* può essere *più scarna* ("per gli aspetti che non siano già oggetto di verifica da parte del comm giud") od *omessa* (qualora non vi siano aspetti nuovi)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I controlli del trib sulla *proposta concorrente*

I tesi: il trib *controlla solo* i criteri di correttezza di formazione delle *classi*

Art. 163/7 ("Qualora la *proposta concorrente* preveda diverse classi di creditori essa, prima di essere comunicata ai creditori...deve essere sottoposta al giudizio del *tribunale* che *verifica la correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi*")

Come nel conc fall: il controllo del gd è solo di ritualità, dopo i pareri del cur e del cdc (vincolante)

125/3 "Qualora la proposta contenga condizioni differenziate per singole classi....essa, prima di essere comunicata ai credit, deve essere sottoposta...*al giudizio del tribunale che verifica il corretto utilizzo dei criteri...*"

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I controlli del trib sulla *proposta concorrente*

La lettera della norma e soprattutto la “*rapidità*” della procedura sembrano scongiurare il controllo preventivo del trib sulla fattibilità giuridica ed economica (prima facie)

Relazione art. 172 (45 giorni prima)

Proposta concorrente 30 giorni prima adunanza

Modifica proposte 15 giorni prima

Relazione integrativa del comm giud 10 giorni prima

Quando interviene il tribunale?

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I controlli del trib sulla *proposta concorrente*

Non vi è un controllo "preliminare" del Tribunale, tanto che in sede di "discussione della proposta di concordato" ex art. 175 l.f., prima delle votazioni, sia il debitore che i creditori possono contestare la stessa "ammissibilità" delle proposte concorrenti, sicchè non v'è stato alcun vaglio preliminare di ammissibilità da parte del trib

Art. 175 "Nell'adunanza dei creditori il comm giud illustra la sua relazione...e le proposte definitive del deb e quelle eventualmente presentate dai creditori....ciascun creditore può esporre le ragioni per le quali *non ritiene ammissibili o convenienti le proposte* ...il deb può esporre le ragioni per le quali non ritiene *ammissibili o fattibili le ...prop concurr.*"

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I controlli del trib sulla *proposta concorrente*

Quindi, ciascun creditore incentra le sue osservazioni sulla "ammissibilità" o "convenienza" (questa di sicuro non affidata al tribunale)

La *valutazione di convenienza spetta solo ed esclusivamente ai "creditori*, mai al tribunale

Ed il debitore può contestare la "ammissibilità" o la "*fattibilità*" (ma la fattibilità economica non spetta al tribunale), ma non la convenienza.

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I controlli del trib sulla *proposta concorrente*

Nelle proposte concorrenti *parassitarie* non c'è nemmeno l'attestazione del professionista ex art. 161/3

A.: il controllo del Tribunale potrebbe sconfinare nel merito- 163 comma 4 – *omessa l'attestazione del professionista*

La fattibilità (tutta) sarebbe veramente ad appannaggio esclusivo del tribunale

B: in realtà il *Commissario Giudiziale, quale pubblico ufficiale* (art. 165 lf), ha effettuato ogni controllo, sicchè al tribunale resterebbe ben poco da scrutinare

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I controlli del trib sulla *proposta concorrente*

II tesi: ma allora potrebbe essere il *gd* a “*bloccare*” la proposta concorrente inammissibile se, per esempio, i creditori non raggiungono il quorum del 10 % oppure sono stati conteggiati erroneamente anche i crediti delle società “controllanti”, “controllate” o “sottoposte a comune controllo”.

Si attiva il *procedimento ex art. 173/3 lf*

1.d'ufficio

2.oppure il comm giud deve riferire immediatamente al trib, che apre d'ufficio il procedimento

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I controlli del trib sulla *proposta concorrente*

III tesi: come nel conc fall con il controllo di "ritualità" verifica del *gd* ai fini della *votazione*

Anche se solo ai fini della votazione (art. 175 /2

"Ciascun creditore può esporre le ragioni per le quali non ritiene <<ammissibili>> o convenienti le proposte di concordato...il deb può esporre le ragioni per le quali non ritiene <<ammissibili>> o <<fattibili>> le eventuali proposte concorrenti)

Quale *tutela* per i *terzi proponenti*?

I creditori contestati possono instaurare un giudizio ordinario di cognizione

I terzi proponenti? Reclamo al tribunale ex art. 26?

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I controlli del trib sulla *proposta concorrente*

IV tesi: Se però l'art. 175 comma 2 (in sede di discussione della proposta) prevede contestazioni sulla fattibilità delle proposte concorrenti ciò significa che un *controllo di legittimità non vi è stato in precedenza da parte del Tribunale*

La revoca dell'ammissione ex art. 173/3 si scontra con la non avvenuta ammissione della proposta di conc prev concorrente

Ma si potrebbe provvedere con una improcedibilità come accade nella fase del conc con riserva (161 comma 7 e richiamo all'art. 173 lf)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I vantaggi della proposta del terzo:

1. *Vantaggi informativi del terzo* (attende la relazione del comm giud 45 giorni prima) che ha 15 giorni per aggiustare il tiro (deposito della proposta concorrente almeno 30 giorni prima dell'adunanza dei creditori)

2. Se il debitore è spa o srl si può prevedere un "aumento di capitale" della società *con esclusione o limitazione del diritto di opzione* e quindi stravolgimento della compagine sociale.
Anche conservando l'opzione soci in crisi

3. Diritto di *voto* seppure nell'ambito di una apposita classe (evidente *conflitto di interesse*)

4. Acquisizione di informazioni direttamente dal comm ex art. 165

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I vantaggi della proposta del terzo:

L'esclusione del diritto di opzione nelle srl

1. Con riguardo alle srl l'art. 2481 bis cc prevede che in caso di aumento di capitale il *diritto di opzione spetta ai soci, tranne diverse disposizioni dell'atto costitutivo*

2. Tuttavia, (se l'atto costitutivo non prevede deroghe al diritto di opzione spettante ai soci) l'art. 163 comma 5, ove prevede l'esclusione o la limitazione del diritto di opzione dei soci, è norma speciale, che pare derogare all'art. 2481 bis cc

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I controlli del trib sulla proposta concorrente

Le tre tipologie di proposte concorrenti (prof. Rossi)

1. *proposte originali*, con un autonomo piano di concordato, *anche "eterogeneo"* rispetto alla proposta del debitore: *occorre la attestazione di fattibilità del piano*, mentre quella di veridicità pare sostituita dalla relazione del commissario giudiziale ex art. 172 lf (redige l'inventario del patrimonio del debitore)

Tempi tecnici molto ristretti se si attende la relazione del commissario giud (45 giorni prima dell'adunanza), con soli 15 giorni (30 giorni prima dell'adunanza) per il deposito della nuova proposta "originale"

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I controlli del trib sulla proposta concorrente

2. La proposta "derivata"

Solo soggetti che conoscono l'attività del debitore

Si mantiene l'impostazione del piano del conc prev del debitore, tenendo conto della relazione ex art. 172 lf del comm giud

Lievi differenze che impongono però una attestazione del professionista (161/3) sulla fattibilità del piano per "gli aspetti che non siano già oggetto di verifica da parte del comm giud"

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I controlli del trib sulla proposta concorrente

3. La proposta "parassitaria"

Ove si adottano il piano del debitore e la relazione del comm giud, come una sorta di "*fotografia*"

A costo zero

Non occorre l'attestazione di fattibilità ("può essere omessa" ex art. 163 comma 4 lf)

Si promette il pagamento del 2 % in più ai chirografari

Quali conseguenze negative per il creditore che si lancia in questo "azzardo"?

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I controlli del trib sulla proposta concorrente

Si può ipotizzare una proposta concorrente che metta in aggiunta solo *l'azione di responsabilità* nei confronti degli amministratori e degli organi di controllo?

Il *comm giud* nella relazione di cui all'art. 172 l.f. «deve illustrare le utilità che, in caso di fallimento, possono essere apportate dalle *azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie* che *potrebbero essere promosse nei confronti di terzi*»

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I controlli del trib sulla proposta concorrente

I. l'azione di responsabilità verso i creditori sociali ex art. 2394 c.c. è inammissibile in sede di concordato preventivo, *non potendo gli amministratori essere equiparati ai fideiussori*, nei confronti dei quali l'art. 184 l.f. consente di agire per ottenere l'intero credito

II. è inammissibile perchè i creditori sociali non possono ricevere un soddisfacimento superiore alla percentuale indicata dal debitore con la proposta

III. è esperibile l'azione ex art. 2394 c.c. per la sua natura autonoma e diretta, avendo ad oggetto un *rapporto obbligatorio sul quale non può incidere l'effetto remissorio* del concordato.

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I controlli del trib sulla proposta concorrente

In *giurisprudenza ammissibile* nel concordato preventivo l'azione di responsabilità verso i creditori presentata nei confronti degli amministratori (T. Piacenza 12.2.15)

L'azione del creditore si fonda su un *titolo differente* ed è finalizzata al risarcimento dei danni nei confronti di un soggetto diverso dalla società in concordato (gli amministratori)

Non è di ostacolo l'art. 184 comma 1 ultima parte

Né l'omologazione del concordato implica un giudizio di approvazione della condotta degli organi sociali

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I controlli del trib sulla proposta concorrente

Gli amministratori non sono equiparati ai fideiussori ed agli obbligati in via di regresso, esentati dall'effetto esdebitatorio, dovendo pagare il residuo debito

L'azione ex art. 2394 ha *natura autonoma extracontrattuale* e non surrogatoria

La *legittimazione attiva* resta al *creditore* e non passa al Commissario giudiziale, in quanto non c'è spossessamento completo

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I controlli del trib sulla proposta concorrente

Art. 6 comma 2 schema di legge delega Riforma Rordorf

Nel caso di procedura riguardante società, va introdotta una apposita disciplina diretta a: *"esplicitare presupposti, legittimazione ed effetti dell'azione sociale di responsabilità e dell'azione dei creditori sociali, in conformità ai principi dettati dal codice civile"*

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I controlli del trib sulla proposta concorrente

Il proponente terzo (creditore) può "*utilizzare*" per il soddisfacimento dei creditori chirografari anche il *patrimonio* posto dal debitore a disposizione dei creditori?

I tesi:art. 161/2 ("in ogni caso la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il *proponente si <<obbliga>> ad assicurare a ciascun creditore*")

Il proponente non potrebbe utilizzare l'attivo del debitore (<<si obbliga>>)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I controlli del trib sulla proposta concorrente

II tesi: si possono utilizzare i beni del debitore già offerti in conc prev

1. le proposte concorrenti "*parassitarie*" *senza obbligo di attestazione* della fattibilità

2. l'*aumento di capitale* previsto dall'art. 163/5. E' evidente che tale aumento è necessario per l'adempimento delle obbligazioni della società. Non si tratta delle ipotesi di perdita integrale del capitale sociale, ma di un aumento *solo facoltativo*.

3. il *debitore* deve provvedere alla *esecuzione* del conc prev del terzo, altrimenti il trib attribuisce al *comm giud* i poteri di "*surroga*" (*poteri gestori*)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I controlli del trib sulla proposta concorrente

III tesi: solo se il terzo proponente utilizza i beni del debitore è possibile l'*effetto esdebitatorio* del conc prev ex art. 184 l.f., mancando altrimenti uno scambio "permutativo" con il sacrificio imposto ai creditori, i quali potrebbero presentare istanze di fallimento nei confronti del debitore (Lamanna)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I controlli del trib sulla proposta concorrente

Se il debitore, che inizialmente ha offerto solo il 20 % di soddisfacimento dei chirografari, a seguito della presentazione di una proposta concorrente che offra di più e con diverse modalità, "rilancia" al 40 % per il concordato liquidatorio o al 30 % per quello con continuità aziendale, in modo da "sterilizzarle" cosa accade?

Il Comm giud nella relazione integrativa da depositare 10 giorni prima dell'adunanza dovrà valutare se effettivamente tale "rilancio" "assicuri" tali percentuali di soddisfacimento

Vi sarebbe una *inammissibilità sopravvenuta*

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I controlli del trib sulla proposta concorrente

Se la proposta del terzo è stata approvata con maggioranza superiore a quella dei creditori, ma non v'è stata ancora l'omologazione

Il terzo non è «al comando» dell'impresa, che è gestita ancora dal debitore che esegue il «suo» piano

Come si risolvono le divergenze tra i due «distinti» piani di concordato, aventi atti in comune?

Probabilmente facendo applicazione dell'art. 185 l.f. seppure dettato in tema di esecuzione del conc prev (che *richiama il 173 l.f.*), quindi provvedimenti del gd coadiuvato dal commissario giudiziale

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I nuovi poteri del tribunale e del comm giud in caso di inadempimento del debitore (art. 185 lf)

Comma 3: *se il comm giud lo rileva*, il trib. può attribuire al comm giud i poteri necessari a provvedere in luogo del deb (proposta del terzo)

Comma 4: *il terzo che ha presentato la proposta approvata ed omologata può "denunziare" al trib i "ritardi" e le "omissioni" da parte del deb; il trib può attribuire al comm i poteri in luogo del deb*

Comma 5: Il trib può "*revocare*" l'organo amm e nominare un "*amministratore giudiziario*" attribuendogli i poteri di compiere gli atti necessari alla esecuzione. Compresa la convocazione dell'assemblea per l'aumento di capitale ed il voto

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I nuovi poteri del tribunale e del comm giud in caso di inadempimento del debitore (art. 185 lf)

Può farsi *applicazione analogica* dell'art. 92 delle disp. att. del codice civile

"All'amministratore giudiziario possono essere attribuiti per determinati atti i poteri dell'assemblea. Le relative deliberazioni non sono efficaci senza l'approvazione del tribunale"

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

I nuovi poteri del tribunale in caso di inadempimento del debitore (art. 185 lf)

Come si *impugna* la delibera societaria di aumento del capitale sociale adottata dall'assemblea su convocazione dall'amministratore giudiziario

I. dinanzi al *giudice ordinario* come una ordinaria delibera societaria

II. dinanzi al tribunale fallimentare, in quanto esecutiva della proposta di concordato del terzo approvata ed omologata

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

L'impugnazione in base allo schema di legge delega della Commissione Rordorf deve avvenire in sede "concorsuale"

Articolo 6 comma 2 lettera b

*"imporre agli organi della società il dovere di dare tempestiva attuazione alla proposta omologata, stabilendo che, in caso di comportamenti dilatori od ostruzionistici, l'attuazione possa essere affidata ad un amministratore provvisorio, nominato dal tribunale, dotato dei poteri spettanti all'assemblea ovvero del *potere di sostituirsi ai soci nell'esercizio del diritto di voto*...con la *garanzia di adeguati strumenti d'informazione e di tutela, in sede concorsuale, dei soci*"*

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Il rito applicabile per l'impugnazione dei provvedimenti dell'amministratore giudiziario ex art. 185 If

1.rito ex art. 2409 c.c. e ss in quanto compatibile (quindi con la possibile nomina dell'ispettore giudiziario e la possibilità di bloccare il procedimento con la "sostituzione" degli amministratori)

2.rito camerale uniforme ex art. 737 e ss cpc

3.Rito sommario di cognizione ex art. 702 bis cpcp

4.Rito ordinario di cognizione ex art. 163 e ss cpc

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

L'inadempimento della proposta del terzo

Se il terzo non è in grado di adempiere cosa accade?

I. Non è prevista la risoluzione del concordato ex art. 186 l.f.

II. Non è prevista la richiesta di risarcimento del danno nei confronti del terzo

III. Si applica la risoluzione del concordato su istanza di ciascun creditore ai sensi dell'art. 186 l.f. e possibilità di fallimento del debitore

IV. si applica l'art. 137 l.f.: le disposizioni di questo articolo non si applicano quando gli obblighi sono stati assunti da uno o più creditori con liberazione imm

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

I tesi. le istanze fallimentari restano sospese (sosp in senso improprio o atipica)

II tesi. C 12986/2009: pregiudiziale la decisione sul concordato preventivo

III. C 19214/09 *Non* vi è il *diritto* del debitore ad ottenere un *differimento* della *trattazione* della istruttoria prefallimentare per presentare una domanda di soluzione negoziale della crisi

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

IVtesi:C 3059/11 *non* vi può essere *sospensione necessaria* ex art. 295 cpc (il Trib. di Roma aveva sospeso l'istruttoria prefallimentare a causa della presentazione di una domanda di conc prev da parte del debitore).

Viene accolto il regolamento di competenza sollevato ex art. 42 cpc avverso il provvedimento di sospensione «atipica» non riconducibile all'art. 295 cpc

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

Vtesi:C 18190/2012 *Bilanciamento degli interessi*

a. Non c'è più l'inciso che l'imprenditore può chiedere il concordato prev «fino a che il suo fallimento non è dichiarato» (prevenzione)

b. Il debitore potrebbe reiterare indiscriminatamente istanze di conc prev paralizzando la dichiarazione di fallimento per tempi lunghissimi

c. 168lf: il blocco delle azioni esecutive cautelari non riguarda il procedimento prefallimentare (giudizio a cognizione piena, non cautelare né esecutiva)

d. Favor concordatario principio «generico»

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

VI tesi: *SezUn. 23.1.13 1521*

Bilanciamento degli interessi: pubblicistico alla dichiarazione di fallimento ed alla espunzione dal mercato della impresa insolvente; privatistico alla soluzione negoziale della crisi di impresa come proposta dal debitore

1. *Eliminato l'inciso* «fino a che il suo fallimento non sia stato dichiarato»

2. La pregiudizialità del conc prev *non* si può desumere dai *principi generali* vigenti in materia

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

VI tesi: SezUn. 323.1.13 1521

3. *Non* sussiste l'ipotesi della *pregiudizialità necessaria* di cui all'art. 295 cpc., istituto *eccezionale*

4. Non esiste nel cpc la sospensione discrezionale, impropria o atecnica

5. Mera esigenza di *coordinamento* tra le procedure

6. La possibilità per il debitore di chiedere una soluzione alternativa di uscita dalla crisi non è fatto impeditivo della dichiarazione di fallimento. Il deb *non* può *disporre unilateralmente* e *potestativamente* dei *tempi* del processo fallimentare

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

VI tesi: SezUn. 23.1.13 1521

7. Tra le due pronunce vi è solo *conseguenzialità logica* ma non procedimentale

C. 6.11.13 n. 24969

La presentazione di una domanda di *omologazione di accordo di ristrutturazione* ex art. 182 bis l.f. non implica la sospensione della procedura prefallimentare

182 bis comma 6: l'istanza di sospensione provoca il blocco delle azioni esecutive e cautelari, quindi non riferibile al procedimento prefallimentare che è a cognizione piena

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

Il nuovo concordato «in bianco» 161/6

«fermo quanto disposto dall'art. 22 comma 1, *quando pende il procedimento* per la dichiarazione di fallimento il termine di cui al sesto comma ...è di 60 giorni, prorogabili, in presenza di giustificati motivi, di non oltre 60 giorni »

Se l'istanza di fallimento è da *rigettare*:

Il Trib. pronuncia decreto di rigetto sicchè il deb può avere un termine sino a 120 giorni per piano e prop

Se l'istanza è stata rigettata e pende reclamo ex art. 22lf in corte di appello, il deb può avere un termine sino a 120 giorni

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

Il nuovo concordato «in bianco» 161/6

Laddove l'art. 161 comma 10 si riferisce alla «*pendenza*» del «procedimento per la dichiarazione di fallimento» (imponendo il termine massimo di 60 giorni) si riferisce all'*istruttoria prefallimentare* di cui all'art. 15 lf, non alla pendenza del reclamo ex art. 22 dinanzi alla corte di appello (si richiama solo il comma 1 dell'art. 22 e non gli altri commi).

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

Il nuovo concordato «in bianco» 161/6

Se il ricorso per fallimento *appare fondato*, invece, il trib deve concedere il *termine minimo di 60 giorni* per il deposito di proposta, piano e documentazione e solo all'esito può valutare la fondatezza dell'istanza di fallimento

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

Il nuovo concordato «in bianco» 161/6

Se il reclamo è fondato la corte rimette gli atti d'ufficio al tribunale per la dichiarazione di fallimento «salvo che, anche su segnalazione di parte, accerti che sia venuto meno alcuno dei presupposti necessari»

La corte invita il trib a tenere conto dell'intervenuto deposito di domanda di conc prev con riserva. Il trib se ha concesso un termine superiore a 60 giorni lo riduce

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

Il nuovo concordato «in bianco» 161/6

Altri elementi che giustificano la concessione del termine di 60 giorni per depositare piano, proposta e documentazione anche se pende l'istruttoria prefallimentare

1. Il termine è «*fissato*» dal giudice, potere vincolato

2. Nomina del *precomissario* che vigila sulla predisposizione della proposta e del piano da parte del debitore

3. Solo se atti di *frode* si applica l'improcedibilità ex art. 173 l.f. richiamato dal 161/6

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

L'ordinanza di rimessione alle sezioni unite (C 30.4.14 n. 9476 est De Chiara)

Dal sistema si ricava che il con prev ha la funzione di "*prevenire*" il fallimento attraverso una *soluzione alternativa*

Anche da singole disposizioni:

162/2 dichiarazione di fall solo a seguito della declaratoria di inammissibilità della proposta di conc ("tuttavia se all'esito del procedimento [il Tribunale] verifica che non ricorrono i presupposti di cui agli artt. 160, commi 1 e 2, e 161,...dichiara inammissibile la proposta...in tali casi , su istanza del creditore o su richiesta del pm...")

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

180 ultimo comma ("Il tribunale, se respinge il conc, su istanza del creditore o su richiesta del pm, accertati i presupposti di cui agli artt. 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore, con separata sentenza, emessa contestualmente al decreto")

173 lf comma 2 ("all'esito del procedimento....")

161/10 se pende il procedimento prefallimentare in pendenza di conc prev con riserva c'è una "riduzione del termine" (solo 60 giorni): accelerazione dei tempi, che non si spiegherebbe se il trib potesse dichiarare il fall prima della decisione sulla procedura minore

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

Art. 69 bis (“Nel caso in cui alla domanda di conc prev segua la dichiarazione di fall, i termini di cui agli artt. 64, 65, 67 1 comma e 2 comma, e 69, decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di conc nel registro delle imprese”)

169 che richiama espressamente *l'art. 45 lf*

Non si corre il rischio del consolidamento degli atti pregiudizievoli . Il ritardo nella dichiarazione di fall , con il previo esame della domanda di conc, non incide negativamente sulla par condicio creditorum

Non si deve attendere l'esito delle impugnazioni per poter dichiarare il fallimento

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

La nuova pronuncia delle SS.UU. C.9936/15

Ha *precedenza* la domanda di *conc prev* anche con riserva

I due procedimenti (con *prev* e istruttoria prefal) sono avvinti dalla "*continenza*" ex art. 39 cpc)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

Le "ragioni" della decisione

L'inciso non ha alcun valore, poiché è chiaro che l'imprenditore può chiedere il conc prev "fino a che il suo fallimento non è dichiarato"

Inciso ridondante e sostanzialmente "*neutro*" rispetto all'ordine di trattazione delle procedure

L'art. 168 lf (blocco azioni esecutive e cautelari con la pubblicazione del ricorso per conc prev nel registro delle imprese) non conferma la tesi della prevenzione del conc prev.: *attua la par condicio creditorum*, ma non può impedire la dichiarazione di fall che realizza proprio la par condicio;

Non v'è divieto per la richiesta del fall da parte del pm

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

Le "ragioni" della decisione

Il trib *non* può procedere al "*bilanciamento*" degli interessi, in quanto gli sono *sottratte* le valutazioni di *convenienza* e di *fattibilità* nel *merito*

Non può essere utilizzato il *meccanismo* di *competizione* tra fall e conc prev (si decide prima quella che per prima giunge a maturità istruttoria) perchè risultati paradossali: dichiarato il fall (con istruttoria completa) mentre vi è una convenientissima proposta di conc (con intervento di un terzo) già approvata dai creditori ed in attesa solo di omologazione

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

Le "ragioni" della decisione

Gli artt. 162, 173 e 180 non stabiliscono solo che per chiedere il fallimento occorre una espressa domanda di fallimento da parte del creditore o del pm, ma stabiliscono il principio che *"finchè la procedura di concordato non ha avuto un esito negativo, il creditore che ha chiesto di regolare la crisi attraverso il fallimento non può ottenere la relativa dichiarazione"*

161/10 "fermo restando quanto previsto dall'art. 22/1"

Il concordato preventivo non sospende né rende improcedibile la procedura prefallimentare, che prosegue e termina con un *"decreto di rigetto"*

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

Le "ragioni" della decisione

161/10 : ma non è possibile la dichiarazione di fall, in quanto l'*assegnazione del termine* per il deposito di proposta, piano e documentazione di 60 giorni *non è discrezionale*; termine dato proprio per "prevenire" la dichiarazione di fallimento.

È possibile solo il "rigetto" della istanza di fall

69 bis/2 il "*periodo sospetto*" si computa "a ritroso" a partire dalla pubblicazione della domanda di conc prev (dl83/2012) evitare che i creditori possano subire un danno per il ritardo nella dichiarazione di fallimento, derivante dalla necessità del previo esame della domanda di conc prev. Art 45-169

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

Le "ragioni" della decisione

Favor per il conc prev: *esclusione* del requisito della *meritevolezza*

Silenzio-assenso in sede di votazione (178 lf) , ora però voto espresso dopo dl 83/2015

Raccomandazione Commissione Europea 12.3.2014

Prevedere, allo scopo di facilitare i negoziati sui piano di ristrutturazione, la "*sospensione*" delle "domande dei creditori di aprire la procedura di insolvenza contro il debitore" *presentate dopo* la domanda di concordato

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

La temporanea non dichiarabilità del fallimento non riguarda le fasi di impugnazione dei provvedimenti che pongono fine alla prospettiva concordataria (162, 173, 179 e 180)

Per dichiarare il fallimento non è necessario attendere l'esito di dette impugnazioni

Con la dichiarazione di inammissibilità diviene possibile la dichiarazione di fallimento ed entrambi i provvedimenti sono impugnabili dinanzi alla corte di appello ai sensi dell'art. 18 l.f.(162/3).

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

L'abuso del diritto

Non vi è sospensione della proc prefall (si deve pronunciare il decreto di rigetto della richiesta di fallimento ex art 161/10 che richiama 22/1)

Non vi è improcedibilità

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

Rapporto tra i due procedimenti

1. *parziale coincidenza dei soggetti* (se l'iniziativa per il fall è assunta dai creditori)

2. *coincidenza della causa petendi (insolvenza)*

3. *parziale coincidenza del petitum* (regolazione della crisi anche se con diverse modalità e regole)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

La dichiarazione di fallimento presuppone l'esito negativo del conc prev e *non consente la presentazione di ulteriori domande di conc prev*

L'*omologazione* del conc prev rende *improcedibili le istanze di fallimento già presentate e "rimuove lo stato di insolvenza"* ; nuove istanze di fall possono essere presentate solo per "fatti sopravvenuti" o per la risoluzione o l'annullamento del conc prev,

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

La *continenza*: concetto ampio

Non solo due cause caratterizzate da identità di soggetto e titolo e *differenza quantitativa* dell'*oggetto*, di petitum ("due cerchi concentrici") - continenza in senso stretto -

Anche se tra due cause vi è un rapporto di "*interdipendenza*" (coincidenza parziale di causa petendi): *domande contrapposte* riferite ad un unico rapporto negoziale oppure *domande alternative* - *continenza per specularità* (domanda di risoluzione del contratto e risarcimento, rispetto ad una domanda di adempimento dello stesso contratto)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

Se proc conc prev e prefall pendono dinanzi allo stesso giudice, "riunione" ai sensi dell'art. 273 cpc

Se dinanzi a giudici diversi (in caso di trasferimento di sede) si applica l'art. 39/2 cpc

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

Con la riunione dei procedimenti

Fruibilità del materiale probatorio in entrambi i procedimenti

Pieno contraddittorio fra le parti in ordine ai presupposti soggettivi ed oggettivi di entrambe le procedure

Al momento della pronuncia negativa (162, 173, 179, 180) il tribunale può decidere in via definitiva anche le istanze di fall riunite

Se c'è omologazione (180) il trib può dichiarare l'improcedibilità delle istanza di fall riunite

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

Abuso del diritto: rimedi e "cautele" del legislatore

Autorizzazione atti urgenti di straord amm (161/7)

Obblighi informativi periodici (161/8)

Precommissario giudiziale (161/6)

Improcedibilità ex art. 173 lf

Abbreviazione dei termini anche d'ufficio, attività compiuta dal debitore manifestamente inidonea alla predisposizione del piano

Recidiva biennale (161/9)

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

Abuso del diritto:

Se il debitore presenta domande di conc prev , con o senza riserva, con una *"mera finalità dilatoria"*. Lo scopo del debitore, quindi, non è quello di regolare la crisi d'impresa attraverso un accordo con i creditori, ma quello di *"differire la dichiarazione di fallimento"*.

Violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede, oltre che dei principi di lealtà processuale e del giusto processo, utilizzando strumenti processuali per perseguire *finalità eccedenti o deviate rispetto a quelle per cui l'ordinamento li ha predisposti*

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

Abuso del diritto:

Si procede "prima" alla dichiarazione di inammissibilità della proposta, se viziata da abuso del diritto e solo in un secondo momento, dopo tale pronuncia, si dichiara il fallimento ove chiesto dal creditore o dal pm

Il concordato preventivo con riserva: i controlli

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo

C 17.8.16 n. 17156

Se la proposta di *concordato preventivo*, anche con riserva, è depositata *dopo* che il giudice relatore ha *trattenuto la causa in decisione* e si è svolta la *camera di consiglio* con la decisione per il fallimento, va dichiarata *inammissibile* la proposta di concordato giunta *prima della pubblicazione della sentenza*.

Il professionista attestatore

Accentuazione delle caratteristiche negoziali

Alleggerimento dei poteri di controllo del giudice

Sono state rese *omogenee* le attestazioni

1.veridicità dati aziendali

2.fattibilità del piano

67 comma 3 lette d; 161/3; 182 bis (attuabilità dell'accordo)

Dichiarazione art. 182 bis/6 circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative: si fonda sulla *veridicità* dei dati

Il professionista attestatore

Art. 15 legge 3/2012

“*verifica*” di veridicità (“lo stesso organismo verifica la veridicità dei dati contenuti nella proposta e nei documenti allegati, attesta la fattibilità del piano ...”), ma trattasi di vera e propria “attestazione”

La verifica dei dati:

1.a campione, ma altamente rappresentativo

2.analitica

Riscontro “*fisico*” delle immobilizzazioni, della giacenze di magazzino, della cassa, visione delle schede dei fornitori, dei creditori, delle banche, dei clienti, raffronto incrociato con la documentazione dei terzi, rapporti con istituti di credito, enti previdenziali, anagrafe tributaria

Il professionista attestatore

Attestazione non soggetta a condizione

In caso di *modifica* della proposta 15 giorni prima dell'adunanza (art. 172/2) l'art. 161/3 prevede che "analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano"

Il professionista attestatore

Le varie attestazioni

182 quinquies /1 (*i finanziamenti*)

Autorizzazione del tribunale

Anche prima del deposito della documentazione
(161 commi 2 e 3)

Sommarie informazioni

Verifica complessivo fabbisogno finanziario

*Attestazione: finanziamenti funzionali alla migliore
soddisfazione dei creditori*

Il professionista attestatore

Le varie attestazioni

182 quinquies /5 (pagamento crediti anteriori)

Autorizzazione del tribunale

Solo conc prev con *continuità aziendale*

Pagamento crediti anteriori

Prestazioni di beni o servizi

Assunte sommarie informazioni

Attestazione: prestazioni "essenziali" per la prosecuzione dell'attività di impresa

Funzionali ad assicurare la *migliore soddisfazione dei creditori*

Il professionista attestatore

Le varie attestazioni

186 bis

Il professionista che assiste il debitore:

Nel piano *analitica indicazione* dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività di impresa

Risorse finanziarie necessarie e relative *modalità di copertura*

Il professionista indipendente:attesta che la prosecuzione è funzionale “al *miglior soddisfacimento dei creditori*”

Continuazione contratti pubblici e gare di appalto:attestazione di *conformità* al piano e *ragionevole capacità di adempimento* del contratto;
Dichiarazione di *avvalimento* di altro operatore

Il professionista attestatore

I requisiti del professionista attestatore

Iscritto nel registro dei revisori contabili

In possesso dei requisiti per la nomina a curatore ex art. 28 lf lettera a) e b)

Non è richiamata dall'art. 67 la lettera c) (chi ha svolto funzioni di amministratore)

Il professionista attestatore

Casi in cui *non occorre il professionista attestatore*

1. Finanziamenti ex art. 182 quinquies /3

Preveducibili

Funzionali a *urgenti necessità*

Attività aziendale fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell'art. 161/6

Pregiudizio imminente e irreparabile all'azienda

2. scioglimento o sospensione art. 169 bis

3. *pagamento crediti anteriori con nuove risorse* finanziarie apportate senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori

4. atti urgenti straordinaria amministrazione 161/7

Il professionista attestatore

L'indipendenza (art. 67/3)

Non è legato da “*rapporti personali*” all'impresa e a coloro che hanno interesse alla operazione di risanamento

Tali da *compromettere l'indipendenza* di giudizio

Nozione ampia di “indipendenza”

28/2 : coniuge, parente o affine entro il quarto grado dell'imprenditore

Il professionista attestatore

L'indipendenza (art. 67/3)

Ipotesi di astensione del CTU nel processo civile (63 e 51 cpc)

Rapporto di convivenza o *commensalità abituale* (con il debitore) 51 n. 2 cpc

Grave inimicizia (51 n.3)

36 cpp (51 n. 4 "*se ha dato consiglio*"): se il professionista ha dato consigli o manifestato il suo parere sull'oggetto del procedimento fuori dall'esercizio delle sue funzioni – tale ipotesi non vale per l'attestatore che ha coadiuvato il debitore in una "diversa" attestazione non andata a buon fine -

"*Le gravi ragioni di convenienza*" 51/2 cpc

Il professionista attestatore

L'indipendenza (art. 67/3)

Non è legato da rapporti di *natura professionale*

Anche con "coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento", quindi *anche i creditori dell'impresa*

Il professionista non deve aver prestato attività di lavoro autonomo o subordinato in favore del debitore ovvero *partecipato agli organi di amministrazione o di controllo*

I requisiti di cui all'art. 2399 cc

Il professionista attestatore

La relazione *aggiornata* (161 comma 2 lettera a)

Situazione patrimoniale: stato patrimoniale di cui all'art. 2424 cc

La più ravvicinata possibile al momento della presentazione della domanda di conc prev (*"aggiornata"* relazione)

I bilanci relativi agli ultimi tre esercizi? Come per il conc prev in bianco

Fondamentale per il controllo del trib (fattibilità giuridica ed economica prima facie) e per il voto dei creditori

Anche per la falcidia dei prelatori

Il professionista attestatore

La relazione *aggiornata* (151 comma 2 lettera a)

Situazione economica

Va preso come riferimento il conto economico ex art. 2425 cc

I dati economici dell'ultimo triennio

Ricavi e costi annuali

Situazione finanziaria

Analisi dei debiti verso le banche ed i fornitori e valutazione della possibilità di far fronte alle obbligazioni a breve termine con la necessaria liquidità

Il professionista attestatore

Il professionista che redige la "relazione giurata" per la falcidia dei prelazionari (160/2)

L'attestatore di cui all'art. 161/3 deve essere "indipendente" e non può redigere la relazione "aggiornata" ex 161/2 lettera a) né quella "giurata" (160/2)

Invece, il professionista che redige la relazione "aggiornata" ex art. 161 /2 lettera a) può stilare la "relazione giurata" per la falcidia

Le prededuzioni

Prima del d.lgs. 5/2006

111 lf. (prededuzioni)

Pagamento immediato dei crediti prededucibili al di fuori della verifica del passivo (se non contestati)

“Spese, comprese le spese anticipate dall'erario”

“debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, se questo è autorizzato”

Solo spese per l'attività svolta dal curatore nel corso della procedura

Le prededuzioni

Prima del d.lgs. 5/2006

Consecutio tra procedure (di matrice giurisprudenziale)

Debitore prima "ammesso" alla amm controllata e poi "ammesso" al conc prev e quindi dichiarato fallito

Fasi diverse di una "unica procedura"

Alcune norme dell'ultima procedura (compatibili) si applicavano retroattivamente dalla prima procedura

1. prededuzioni

2. periodo sospetto per l'esercizio delle revocatorie

3. sospensione del corso degli interessi

Le prededuzioni

Prima del d.lgs. 5/2006

Consecutio tra procedure (di matrice giurisprudenziale)

I crediti maturati nella amm contr erano prededucibili anche nel successivo fall (natura cautelare)

I crediti maturati nel conc prev (liquidatorio) non erano prededucibili nel successivo fall

Solo compensi Liquidatore e Commissario erano in prededuzione

Oppure prosecuzione dell'attività prevista nel ricorso, nel decreto di ammissione e nel giudizio di omologazione (C 2192/1999)

Le prededuzioni

Prima del d.lgs. 5/2006

Mutuo contratto per il deposito delle spese ex art. 163 n. 4 lf non è debito di massa, perchè contratto solo nell'interesse esclusivo del debitore né è sorto per la gestione della procedura C 13056/2002

Le predeuzioni

Dopo il d.lgs. 5/2006

C 3402/2012

Il necessario collegamento occasionale o funzionale con la procedura ex art. 111 lf (nuovo rito) va inteso anche tenendo conto degli "interessi della massa" e quindi della "*utilità*" alla gestione fallimentare

Sono in predeuzione anche le obbligazioni che "*interferiscono* con l'amministrazione fallimentare" ed "*influiscono*" sugli interessi dell'intero ceto creditorio

Il credito del *subappaltatore* è in predeuzione, perchè pagando questo si ottiene il pagamento dalla stazione appaltante (committente): art. 118 d.lgs. 163/2006

Le predeuzioni

Dopo il d.lgs. 50/2016

Codice dei contratti pubblici e pagamento "diretto" della stazione appaltante direttamente ai lavoratori del subappaltatore (art. 30 comma 6)

Non c'è più predeuzione dei crediti del subappaltatore

"comma 6 "In caso di *ritardo* nel pagamento delle *retribuzioni* dovute al personale...[dell'affidatario o del subappaltatore], il responsabile unico del procedimento invita per iscritto il soggetto inadempiente....ove non sia stata contestata formalmente motivatamente la fondatezza della richiesta...la *stazione appaltante paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni...*"

Le predeuzioni

Dopo il d.lgs. 50/2016

Codice dei contratti pubblici e pagamento "diretto" della stazione appaltante direttamente ai lavoratori del subappaltatore (art. 105 comma 8)

"L'aggiudicatario principale è responsabile in solido con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi"

Le predeuzioni

Dopo il d.lgs. 50/2016

Codice dei contratti pubblici e pagamento "diretto" della stazione appaltante direttamente ai lavoratori del subappaltatore (art. 105 comma 13) – pagamento diretto

"La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore...l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi:

a)quando il subappaltatore...è una microimpresa o piccola impresa

b)in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore

c)su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente"

Le predeuzioni

La *predeuzione* nella consecutio dopo il d.lgs. 5/2006

Sussiste ancora la predeuzione in caso di consecutio tra procedura di concordato prev e fall. C 18437/10

1. la crisi ricomprende l'insolvenza; l'accertamento dello stato di insolvenza da parte del trib che dichiara il fallimento è imprescindibile, con un accertamento ex post, rilevando che la crisi era in realtà irreversibile, ossia una vera e propria insolvenza

2.111 If prededucibili i crediti sorti "in occasione" o "in funzione" delle "*procedure concorsuali*" al plurale

Le predeuzioni

La nuova disposizione dell'art. 111 lf; il perimetro

1. Predeucibili i crediti "così qualificati da una specifica disposizione di legge"

2. Sorti "in occasione"

3. Sorti "in funzione" delle procedure concorsuali di cui alla presente legge.

Le predeuzioni

La nuova disposizione dell'art. 111 lf; il perimetro

L'interpretazione giurisprudenziale

1. "in occasione" e "in funzione" sono "sinonimi" o equivalenti

Per la predeuzione occorre che una procedura concorsuale sia stata aperta (dopo il decreto di ammissione al conc prev)

Solo superamento della vecchia concezione "liquidatoria" del conc prev

Non spetta la predeuzione ai crediti maturati "prima" dell'apertura della procedura

Le predeuzioni

La nuova disposizione dell'art. 111 lf; il perimetro

L'interpretazione giurisprudenziale

2. "in occasione" e "in funzione" sono due espressioni diverse

In occasione: crediti che sorgono dopo l'ammissione del creditore al conc prev, a prescindere dalla concreta "utilità" (anche per la soccombenza in un giudizio civile)

In funzione: anche quelli che originano da rapporti sorti prima dell'ammissione al conc prev; quindi, anche il credito del professionista che ha redatto la relazione con cui attesta la fattibilità del piano e la veridicità dei dati aziendali (161/3)

Le predeuzioni

Viene introdotto l'*art. 182 quater*

Vi è predeuzione del professionista attestatore ex 161/3 *solo se il tribunale la riconosca espressamente nel provvedimento di ammissione al conc prev*

1. Quindi, solo se il trib ne valuta in concreto la sussistenza si può riconoscere la predeuzione a crediti sorti prima dell'ammissione al conc prev

2. la norma nuova si è limitata a prendere atto dell'orientamento favorevole alla predeuzione anche per crediti sorti prima dell'ammissione

L'art. 182 quater è una *specificazione* dell'art. 111 lf ("quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge")

Le predeuzioni

Viene introdotto l'*art. 182 quater*

Per la II tesi, allora:

La predeuzione anche ai professionisti che coadiuvano l'imprenditore nella predisposizione del piano e della proposta (161/2 lettera a)

Anche il professionista che redige la relazione giurata per la falcidia dei prelaionari ex 160/2

Le predeuzioni

Viene introdotto l'*art. 182 quater*
Ratio della II tesi (estensiva):

“in occasione” e “in funzione” non sono sinonimi

Vi è un *favor* per il concordato preventivo e per il superamento della crisi di impresa con soluzioni negoziali

Esenzione da revocatoria per atti, pagamenti e garanzie poste in essere in esecuzione del conc prev (67/3 lett.e)

Esenzione da revocatoria dei pagamenti per debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso al conc prev (67/3 lett. g)

Le predeuzioni

Viene introdotto l'*art. 182 quater*

Ratio della II tesi (estensiva):

Esenzione dai reati di bancarotta semplice e di bancarotta fraudolenta preferenziale ex art. 217 bis

Aumento del campo di applicazione delle predeuzione, anche ai finanziamenti effettuati dai soci

Le prededuzioni

Il credito del professionista nella giurisprudenza di legittimità dopo l'abrogazione del comma 4 dell'art. 182 quater

Il “giallo” della scomparsa

1. per alcuni, ciò significava che non vi era più la possibilità di riconoscimento della prededuzione al compenso del professionista attestatore (prima era sufficiente il riconoscimento del trib al momento dell'ammissione del conc prev)

2. per altri, la soppressione si spiegava con la presenza dell'art. 111 (in occasione e in funzione) e con l'ultroneità dell'art. 182 quater comma 4 – mera specificazione dell'art. 111; prededuzione anche per il professionista che coadiuva il debitore

Le predeuzioni

Il credito del professionista nella giurisprudenza di legittimità dopo l'abrogazione del comma 4 dell'art. 182 quater

C 8533/2013

Si alla predeuzione del professionista che coadiuva il debitore nella predisposizione del piano

111/2 portata generale

Favorire le procedure di soluzione negoziale della crisi

Eliminazione comma 4 art. 182 quater

Tutti i crediti sorti "in funzione"

Le predeuzioni

Il credito del professionista nella giurisprudenza di legittimità dopo l'abrogazione del comma 4 dell'art. 182 quater

La restrizione dell'interpretazione
C 8534/13

Predeuzione al professionista che coadiuva il debitore, ma solo se la prestazione è stata "*in concreto utile*" per i creditori, consentendo "una sia pur contenuta realizzazione dei crediti"

Occorre un sia pure minimo soddisfacimento dei creditori (C sez Un 1521/13)

Le predeuzioni

Il credito del professionista nella giurisprudenza di legittimità dopo l'abrogazione del comma 4 dell'art. 182 quater

L'interpretazione torna ampia

C 1513/14; C 8958/14

Non occorre verificare il risultato "concreto" ottenuto, ossia la "concreta utilità" per la massa

Dalla sopravvenuta dichiarazione di fallimento non si può presumere necessariamente la mancanza di "utilità" per la massa

I rapporti giuridici pendenti

L'applicabilità dell'art. 169 bis anche al conc prev con riserva

I tesi negativa:

1. Non vi è la dizione "anche ai sensi dell'art. 161/6" (182 quinquies /1, 182 quinquies comma 5, 182 sexies)

2. il deb potrebbe anche non presentare alcunchè oppure un accordo di ristrutturazione

3. lo scioglimento è molto diverso dalla autorizzazione di atti urgenti di straord amm

I rapporti giuridici pendenti

L'applicabilità dell'art. 169 bis anche al conc prev con riserva

I tesi affermativa:

1.l'art. 169 bis rimanda al ricorso di cui all'art. 161 lf senza altra specificazione

2.la domanda in bianco consente gli atti "urgenti" di straordinaria amm

3. di norma alla domanda di conc prev con riserva seguono piano, proposta e documentazione

4.l'art. 169 bis non richiama neppure l'art. 168 lf, ma è certo che tale norma si applica anche al conc con riserva, come pure l'art. 169 lf

I rapporti giuridici pendenti

L'applicabilità dell'art. 169 bis anche al conc prev con riserva

Legge delega art. 6 lettera h

“ai presupposti della sospensione e, dopo la presentazione del piano, anche dello scioglimento”

I rapporti giuridici pendenti

L'applicabilità dell'art. 169 bis anche *al conc prev liquidatorio*

1.collocazione topografica (169 bis) "effetti dell'ammissione al conc prev" con carattere "generale"

2.utilità della norma anche in caso di liquidazione, come per il leasing su beni non utili

3.la continuazione dei contratti è principio generale , valevole per ogni tipo di concordato

4.art. 186 bis ("fermo quanto previsto nell'articolo 169 bis"); solo un rimando espresso alla disciplina generale dello scioglimento (che concerne anche quello liquidatorio)

I rapporti giuridici pendenti

L'inapplicabilità dell'art. 169 bis

1. rapporti di lavoro subordinato

2. contratti di cui all'articolo 72/8: contratti preliminari di compravendita di immobili ad uso abitativo destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado

3. art. 80/1, contratto di locazione di immobili in caso di ammissione al conc prev del locatore

4. contratti di finanziamento destinati ad uno specifico affare ex art. 2447 bis comma 1 lettera b cc

I rapporti giuridici pendenti

Il perimetro dell'art. 169 bis

72 lf.: si applica solo se i contratti sono *ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti;*
altrimenti rapporto di credito-debito

La vecchia formulazione lasciava adito a dubbi

Autorizzazione a “sciogliersi dai contratti *in corso di esecuzione*”

I rapporti giuridici pendenti

I tesi: stesso perimetro artt. 72 e 169 bis If
Prima il contratto "si perfeziona" , poi segue la fase
"esecutiva"

Contratti consensuali si perfezionano con il semplice scambio dei consensi

I contratti reali si perfezionano con la consegna della cosa (res perfitur obligatio), come il contratto di mutuo

Il mutuo comporta il trasferimento della proprietà dei beni consegnati dal mutuante al mutuatario C 7116/1998

Residua *solo* un *credito* della banca verso il cliente.
Non si applica allora l'art. 169 bis

I rapporti giuridici pendenti

II tesi: diverso perimetro

Si applica l'art. 169 bis anche quando il contratto è già stato eseguito da una delle parti ma è ancora "in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso"

169 bis si applica anche ai contratti unilaterali

L'art. 169 bis ha un perimetro molto più ampio del 72 lf

I rapporti giuridici pendenti

II tesi: diverso perimetro (contr in corso di esecuz)

Le differenze con l'art. 72 (rapporti pendenti)

1.il trattamento della clausola compromissoria (83 bis "se il contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria è sciolto...il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito"; art. 169 bis "lo scioglimento del contratti non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta)

2.il 169 bis non si applica ad alcune fattispecie, come i finanziamenti di destinazione ex art. 72 ter

3.diversa disciplina operativa del 72 (sospensione, subentro, scioglimento)

4.l'art. 72 non si applica in caso di esercizio provvisorio ex art. 104 (i contratti pendenti proseguono), continuità aziendale

I rapporti giuridici pendenti

II tesi: diverso perimetro

Se è più ampio l'ambito di applicazione dl 169 bis

Allora il debitore si può sciogliere anche dal contratto di mutuo con la banca, al quale ha diritto solo ad un<<*indennizzo*>> in via chirografaria, anche se il credito era assistito da ipoteca

I rapporti giuridici pendenti

II tesi: stesso perimetro

Se non si applica l'art. 169 bis perchè stesso perimetro del 72

Allora il debitore non si può sciogliere dal contratto di mutuo ma resta un rapporto di debito-credito con la banca che ha diritto all'ammissione al passivo in via prelazionaria

Il debito pecuniario si considera scaduto ai sensi dell'art. 55 lf

I rapporti giuridici pendenti

Se non si applica l'art. 169 bis perchè stesso perimetro del 72

Allora il debitore non si può sciogliere dal contratto di mutuo ma resta un rapporto di debito-credito con la banca che ha diritto all'ammissione al passivo in via prelazionaria

L'intero debito privilegiato va pagato entro l'anno, comprese le rate a scadere

Se si vuole *spalmare* il credito privilegiato per più di un anno, deve consentirsi il diritto di voto dei privilegiati

I rapporti giuridici pendenti

In caso di contratti ad effetti reali la proprietà si trasferisce con il semplice scambio dei consensi (principio consensualistico) – Pezzano 2015 -

Art. 72 If non si applica in questo caso la disciplina dei rapporti pendenti

169 bis: non è previsto espressamente, ma vale la stessa regola

I rapporti giuridici pendenti

I contratti bancari in corso (apertura di credito con patto di compensazione)

1. l'istituto di credito, dopo aver erogato i fondi, non si limita alle operazioni di incasso dei crediti vantati dai propri clienti nei confronti dei terzi e dalle conseguenti compensazioni, ma "continua a mantenere a disposizione del cliente le linee di credito" T Venezia 20.1.15.

Possibilità di scioglimento ex art. 169 bis

2. Non si possono sciogliere tali contratti perchè la banca ha già effettuato la sua prestazione (A Venezia 26.11.14). è rimasta ineseguita solo la prestazione a carico del debitore, la quale trova esecuzione con il patto di compensazione.

I rapporti giuridici pendenti

Il dl 83/2015

Stesso perimetro delle due norme (art, 72 e 169 bis)

La rubrica da "Contratti in corso di esecuzione" a "contratti pendenti"

Relazione: "indica i contratti a prestazione corrispettive ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti"

Anche se non è norma di interpretazione autentica, tuttavia serve per interpretare la vecchia disciplina

I rapporti giuridici pendenti

L'opponibilità del negozio al concordato prev

Contratto concluso prima della pubblicazione del ricorso per conc nel registro delle imprese (art 169, 184 (individuazione dei crediti concorsuali), 168

L'art. 169 richiama l'art. 45

Deve farsi riferimento al perfezionamento del contratto

Contratti consensuali: lo scambio dei consensi

contratti reali: consegna della cosa

I rapporti giuridici pendenti

L'organo deputato alla decisione

Decide il Tribunale sino al decreto di ammissione al conc prev

Dopo il decreto di ammissione di cui all'art. 163 lf decide il gd

Prima del dl 83/15

La richiesta di scioglimento doveva essere presentata insieme con il ricorso per conc prev; in tal caso il credito del contraente in bonis era in chirografo.

Se era presentata dopo, il creditore era in prededuzione, come per gli atti di ord amm

I rapporti giuridici pendenti

Dopo il dl 83/15

La richiesta di sospensione o di scioglimento può essere presentata *anche successivamente* al ricorso di cui all'art. 161

Matura, però, in tal caso la *prededuzione* ("ferma restando la prededuzione del credito conseguente ad eventuali prestazioni *eseguite legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali, dopo la pubblicazione della domanda* ai sensi dell'art. 161")

I rapporti giuridici pendenti

I confini della delibazione del Trib.

Autorizzazione : eliminazione di un ostacolo all'esercizio di un diritto altrui

Il debitore, una volta ottenuta l'autorizzazione, può non utilizzarla

Lo scioglimento solo quando il deb manifesta la sua volontà di recedere al contraente in bonis

Può essere sufficiente la comunicazione, da parte del deb, all'altro contraente del provv di autorizzazione emesso dal trib

DI 83/15 ("Lo scioglimento e la sosp del contr hanno effetto dalla comunicazione del provv autorizzativo")

I rapporti giuridici pendenti

I confini della delibazione del Trib.

Non c'è diritto potestativo del debitore alla sospensione o allo scioglimento (per il dir potestativo t Salerno 15.10.12)

Coerenza e funzionalità della autorizzazione rispetto al programma stilato dal debitore

Nel conc con riserva:

1. non è possibile lo scioglimento ma solo la sospensione

2. è possibile lo scioglimento ma il deb deve "chiarire" le ragioni della richiesta di autorizzazione, con una apertura quasi totale del contenuto del piano, pur in assenza del deposito dello stesso

I rapporti giuridici pendenti

I *confini* della *delibazione* del Trib.

L'appiglio al “*miglior soddisfacimento dei creditori*”, anche se la norma non ne fa menzione

Oppure verifica della sussistenza della *causa in concreto* del concordato: uscita dalla crisi con la soddisfazione in misura anche modesta dei chirografari ed in tempi ragionevoli

Se il contratto è nullo per vizio di forma

I tesi: il Trib può rilevare d'ufficio la nullità del contr per il quale si chiede lo scioglimento

II tesi: il trin si limita a rimuovere un impedimento all'esercizio del diritto altrui

I rapporti giuridici pendenti

Gli effetti dello scioglimento

I tesi: una volta sciolto il contratto, anche se il conc prev non è omologato, lo *scioglimento è definitivo*

II tesi: lo scioglimento è solo provvisorio e si consolida solo con l'omologazione del conc prev. Non è assimilabile al recesso di cui all'art. 1373 cc (T Pistoia 9.7.13)

I rapporti giuridici pendenti

Il contraddittorio

I tesi: non vi è alcun obbligo di sentire il contraente in bonis, in quanto la sua tutela è solo "successiva" al momento della quantificazione dell'indennizzo.
Proprio come avviene nell'art. 72 l.f. A Salerno 7.2.13

II tesi: è necessario il contraddittorio A Brescia 23.8.13

Principio del contraddittorio art. 111 Cost
Art. 101 cpc come modificato dalla legge 69/09

Nel fallimento il debitore è spossessato completamente ed è sostituito dal curatore (interesse pubblicistico della procedura)

Nel con prev vi è solo spossessamento attenuato, situazione paritaria con il contraente in bonis

I rapporti giuridici pendenti

Udienza di convocazione

Se c'è urgenza: provv inaudita altera parte e contraddittorio differito in analogia con l'art. 669 sexies cpc

DI 83/15 si deve sentire la controparte (“il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione il gd con decreto motivato *sentito l'altro contraente*, assunte, ove occorra, sommarie informazioni”)

È opportuno sentire anche il Precomm, se nominato

Nella relazione si attenua la disposizione (“si prevede che il giudice sia libero secondo il suo prudente apprezzamento di convocare... la parte in bonis...”)

I rapporti giuridici pendenti

Impugnazione

I tesi: ai sensi dell'art. 26 e 164 l.f. dinanzi alla Corte di appello

II tesi: ai sensi dell'art. 739 c.p.c.

II tesi: non è impugnabile dinanzi alla Corte di appello, in quanto l'art. 164 prevede la reclamabilità ex art. 26 solo per i provvedimenti del gd, ma non per quelli del trib

Intromissione della Corte nel piano concordatario

Iv tesi: opposizione in sede di omologazione per la (in)fattibilità giuridica e per la convenienza (20 % dei creditori ammessi al voto)

I rapporti giuridici pendenti

Ricorso per Cass. 111 Cost

Inammissibile per assenza di decisorietà (si limitano tali provvedimenti ad autorizzare lo scioglimento o la sospensione) e definitivi (si consolidano con la omologazione)

C 17520/15

Richieste reiterabili nel corso della procedura

I rapporti giuridici pendenti

Il giudizio ordinario di cognizione

Il credito per indennizzo viene inserito al passivo in via chirografaria

Se vi è contrasto sull'ammontare dell'indennizzo

I tesi: giudizio ordinario di cognizione

II tesi: vi provvede il gd

Ma solo in casi specifici è stato previsto tale potere del gd (art. 79 contratto di affitto di azienda; art. 80 recesso nei contratti di locazione di immobili)

III tesi: se vi era clausola penale o caparra confirmatoria: quella è la somma da pagare a titolo di indennizzo

La continuità aziendale

186 bis l.f.

1. prosecuzione dell'attività di impresa

2. conferimento dell'azienda "*in esercizio*", vanno valutati gli "utili" ("dividendi") della nuova società

3. cessione dell'azienda "*in esercizio*"

La continuità aziendale

186 bis l.f.

La *continuità aziendale* era già conosciuta dal legislatore

Esercizio provvisorio art. 104 l.f.

d.lgs. 270/99 art. 27 (“tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni”)

Art. 105 l.f. vendita dell'azienda (passaggio parziale dei lavoratori previa consultazione sindacale e purgazione dai debiti anteriori)

La continuità aziendale

186 bis l.f.

Il *favor* per la continuità aziendale dopo il dl 83/15

1. autorizzazione a finanziamenti funzionali a urgenti necessità ex art. 182 quinquies /3 senza attestazione del professionista

2. non occorre il soddisfacimento del 20 % dei creditori chirografari

3. Non sono ammissibili le proposte alternative se il professionista attesta che la proposta assicura il pagamento del 30 % dei creditori chirografari

La continuità aziendale

186 bis l.f.

Il *favor* per la continuità aziendale nella bozza di legge delega della Commissione Ministeriale

Art. 2 lettera g (principi generali)

“dare priorità di trattazione, salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi <<assicurando>> la continuità aziendale, anche per il tramite di un diverso imprenditore...”

Art. 6 lettera a (procedura di concordato preventivo)
Prevedendo *“l'ammissibilità di proposte esclusivamente liquidatorie solo in caso di apporto di risorse esterne che aumentano, in misura apprezzabile, la soddisfazione dei creditori”*

La continuità aziendale

186 bis/ 2 *lettera A* l.f. **Piano rinforzato:**

1.Indicazione di *costi e ricavi* attesi dalla prosecuzione dell'attività (comma 2 Lettera A)

2.indicazione delle *risorse finanziarie* necessarie e delle *modalità di copertura* (Lettera A)

3.*Lettera B*) "attestazione" che la prosecuzione è funzionale al *miglior soddisfacimento dei creditori*

4.Per continuazione contratti pubblici e partecipazione alle gare di appalto: "attestazione" di *conformità al piano e ragionevole capacità di adempimento* del contratto (art. 186 bis comma 5 lettera A)

La continuità aziendale

186 bis/ 2 lettera A l.f. **Piano rinforzato:**

Il piano deve, comunque, avere *anche le caratteristiche "minime"* di cui all'art. 161 comma 2 lettera e) "un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta; in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore"

Occorre il "*bilancio di previsione*" dell'attività di impresa destinata a proseguire

La continuità aziendale

186 bis/ 2 lettera B l.f. L'attestazione :

La funzionalità del piano al "*miglior soddisfacimento dei creditori*"

i creditori devono ricevere una soddisfazione migliore, sotto il profilo quantitativo o qualitativo, rispetto alla liquidazione

Non vanno soddisfatti necessariamente i chirografari nella misura del 20 %, perchè tale presupposto vale solo per il concordato liquidatorio

Il miglior soddisfacimento va valutato con riferimento alla *massa complessiva* dei creditori e non ai singoli creditori

La continuità aziendale

Vantaggi della continuità aziendale:

1.art. 182 quinquies/1: finanziamenti in predeuzione

2.pagamento *debiti anteriori "essenziali"* per la prosecuzione dell'attività

3.*moratoria annuale* ex art. 186 bis/2 lettera c l.f., senza diritto di voto

La continuità aziendale

Non c'è continuità e non occorre piano rinforzato se:

1. **cessione immediata** dell'azienda e pagamento contestuale del prezzo
2. affitto di azienda preesistente e cessione successiva all'affittuario che è anche promissario acquirente

La continuità aziendale

C'è continuità e occorre piano rinforzato, anche in caso di cessione di azienda, se:

1. *prezzo* dell'azienda ceduta *modulato* in base ai flussi di cassa della cessionaria

2. i creditori sono pagati non con il prezzo della cessione, ma con i *flussi economici* della cessionaria

3. Il prezzo della cessione è *dilazionato* e *non garantito*

4. la *cessione avverrà non subito* ma dopo un periodo di tempo in cui l'impresa resta "in esercizio"

La continuità aziendale

L'affitto di azienda:

I tesi: è continuità aziendale "indiretta", anche se l'affitto è preesistente al concordato (T Roma 24.3.15; T Bolzano 10.3.15; T Firenze 19.3.13; T Terni 2.4.13)

1.c'è rischio di impresa

2.retrocessione debiti di lavoro 2112 c.c.

3.retrocessione debiti 2560 c.c.

La continuità aziendale

L'affitto di azienda:

II tesi: non è continuità aziendale

1. lettera della norma (non si menziona l'affitto)
2. 186 bis /3 richiama solo la cessionaria o la conferitaria in ordine alla continuazione di contratti pubblici
3. cancellazione di iscrizioni e trascrizioni (186 bis/3)
4. non c'è rischio di impresa (art. 2558 c.c.: l'affittuario subentra nei contratti)
5. Non hanno ragione di essere le norme di favore: finanziamenti e pagamento di debiti anteriori
6. all'art. 2112 si può derogare con l'accordo sindacale (art. 47 l. 428 del 29.12.90) oppure 104 bis ultimo comma ("la retrocessione al fallimento di aziende...non comporta responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga ...agli artt. 2112 e 2560")

La continuità aziendale

L'affitto di azienda:

III tesi: è continuità aziendale se l'affitto di azienda è successivo al deposito della domanda di conc prev

La continuità aziendale

L'affitto di azienda:

IV tesi: è, però, **continuità aziendale se:**

1.connessione con preliminare di acquisto da parte dell'affittuario ma con *prezzo dilazionato*

2.affitto con durata minima e *poi prosecuzione* dell'attività da parte dell'imprenditore affittante

3.corrispettivo dell'affitto determinato in base ai *flussi finanziari* della affittuaria

La continuità aziendale

C'è continuità aziendale "indiretta" anche se il trasferimento o l'affitto dell'azienda avvengano prima della omologazione nel tempo che intercorre tra il deposito della domanda anche con riserva e il decreto di ammissione

Art. 163 bis "quando il piano di concordato ...comprende una offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, *anche prima dell'omologazione, ...dell'azienda ...il tribunale dispone la ricerca...*"

Art. 163 bis ultimo comma "la disciplina del presente articolo si applica, in quanto compatibile, *anche agli atti da autorizzare ai sensi dell'art. 161, settimo comma, nonché all'affitto di azienda o di uno o più rami di azienda*"

La continuità aziendale

La liquidazione dei beni è compatibile con la continuità aziendale

Art. 186 bis "il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa"

Vi può essere, dunque, continuità aziendale "parziale"

Beni non funzionali perchè non destinati, secondo il piano, alla continuazione

Ricavato dalla liquidazione di beni non funzionali:
Ai creditori titolari di prelazione sui beni
Anche come finanziamento per la prosecuzione

La continuità aziendale

La *liquidazione* dei *beni "funzionali"* all'esercizio dell'impresa

I tesi: inammissibilità del conc prev con continuità aziendale

II tesi: riqualificazione del concordato come meramente liquidatorio (T Ancona 14.3.13)

III tesi: inefficacia di tali liquidazioni nei confronti dei creditori

La continuità aziendale

La *qualificazione* del concordato se è prevista anche la liquidazione dei beni

I tesi:criterio della *prevalenza*: si applica la disciplina del concordato in continuità solo se le dismissioni sono prevalenti, in termini quantitativi e qualitativi, rispetto al valore dell'azienda che resta in esercizio T Roma 24.3.15

II tesi:teoria della *combinazione*. Si applica per ogni singolo aspetto la disciplina relativa, in base alla causa concreta. Per la porzione di piano liquidatoria si applica l'art. 182 lf.

T Torre Annunziata 13.4.16, www.osservatorio-oci.orgMs0999

La continuità aziendale

La *qualificazione* del concordato ai fini della ammissibilità della proposta

DI 83/15

1. Il concordato con continuità aziendale non deve assicurare il pagamento del 20 % dei chirografari

2. Le proposte concorrenti non sono ammissibili se il concordato con continuità aziendale assicura il soddisfacimento del 30 % dei chirografari

Vi è l'interesse del debitore a far rientrare il conc prev nell'ambito di quello in continuità

Criterio della prevalenza

La continuità aziendale

Il concordato in continuità aziendale e le gare pubbliche

I.
Interesse dei creditori della impresa in crisi, presidiato anche dal controllo del tribunale

Art. 186 bis l.f. comma 2 lettera b (attestazione del professionista che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al "miglior soddisfacimento dei creditori")

Art. 182 quinquies comma 5 (pagamento dei debiti anteriori) ma solo per assicurare "la migliore soddisfazione dei creditori"

La continuità aziendale

Il concordato in continuità aziendale e le gare pubbliche

I.

Interesse dei creditori della impresa in crisi, presidiato anche dal controllo del tribunale

Art. 182 quinquies comma 1

Norma che vale anche per il concordato liquidatorio

Autorizzazione, anche prima del deposito della documentazione ex 161 commi 2 e 3, assunte sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti prededucibili, se un professionista, verificato il complessivo *fabbisogno finanziario*, attesta la funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori

La continuità aziendale

Il concordato in continuità aziendale e le gare pubbliche

II.

Interesse pubblico della stazione appaltante

Cons. Stato 4.6.2015 n. 2737

L'esclusione della società ammessa al concordato preventivo è giustificata dalla *“ovvia esigenza di garantire l'affidabilità economica dell'esecutore contrattuale dell'Amministrazione”*

La continuità aziendale

Il concordato in continuità aziendale e le gare pubbliche

Interesse pubblico della stazione appaltante

Tar Brescia 20.1.2016 n. 92

“Si vuole evitare che entri in rapporto con il settore pubblico un soggetto che *non dà affidamento di prestare con precisione e puntualità quanto gli si commissiona*”

La continuità aziendale

Il concordato in continuità aziendale e le gare pubbliche

Interesse pubblico connesso al sistema delle “qualificazioni”

Delle stazioni appaltanti

Assicurare migliori livelli di *performance* e di professionalità delle stazioni appaltanti (art. 38 del D.Lgs. 50/2016)

La continuità aziendale

Il concordato in continuità aziendale e le gare pubbliche

Interesse pubblico connesso al sistema delle "qualificazioni"

Degli operatori economici (art. 83 del D.Lgs. 50/2016)

Si può richiedere un fatturato "minimo" annuo

Informazioni sui rapporti tra attivo e passivo

Livello di adeguata copertura assicurativa contro i rischi professionali

Rating di impresa

La continuità aziendale

Il concordato in continuità aziendale e le gare pubbliche

III.

Il terzo interesse, anch'esso pubblico, teso ad impedire la commissione di reati, con la consegna di penetranti poteri all'ANAC (art. 110 del D.Lgs. 50/2016)

Organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC attestano (art. 84) anche il possesso di certificazione di *rating di impresa*

La continuità aziendale

Il concordato in continuità aziendale e le gare pubbliche

Le tre fasi del rapporto tra appalti e concordato preventivo

*Normativa comunitaria più flessibile: solo "possibile" l'esclusione del concorrente in difficoltà finanziaria con accesso alle procedure concorsuali (*favor participationis*)*

Normativa nazionale più severa: "obbligo" di esclusione dalle gare

La continuità aziendale

I.fase: fino al d.l. 83/2012 (concordato con riserva e 186 bis l.f.)

Art. 38 del D.Lgs. 163/2006 – Motivi di esclusione-
“*sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti....i soggetti : a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta amministrativa, di concordato preventivo o nei cui confronti sia “in corso” un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni”*”

Se dopo la domanda di partecipazione alla gara, ma prima della conclusione del contratto, sopraggiungeva il *fallimento* o il *concordato preventivo* vi era l'esclusione dalla stessa

La continuità aziendale

I.fase: fino al d.l. 83/2012 (concordato con riserva e 186 bis l.f.)

Se il fallimento sopraggiunge dopo la stipulazione del contratto con "scioglimento" del contratto e "scorrimento" discrezionale della graduatoria

Art. 140 del D.Lgs. 163/2006

"Le stazioni appaltanti prevedono nel bando di gara che, in caso di fallimento dell'appaltatore...potranno interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara...al fine di stipulare un nuovo contratto"

La continuità aziendale

I.fase: fino al d.l. 83/2012 (concordato con riserva e 186 bis l.f.)

Deroga allo scorrimento

Solo per il *raggruppamento temporaneo di imprese* ex art. 37 commi 17 e 18 , in caso di fallimento del mandatario o del mandante, vi era la possibilità di "prosecuzione" del rapporto contrattuale, ma solo nella "*fase esecutiva*" e non nella fase di "partecipazione alla gara"

Art. 37 del D.Lgs. 163/2006

La continuità aziendale

I.fase: fino al d.l. 83/2012 (concordato con riserva e 186 bis l.f.)

Ma da quando sorge l'esclusione dalla gara per il fallimento e per il concordato preventivo?

Cons. Stato 8.6.1999 n. 516

Per il fallimento, per la verifica del requisito della non pendenza della procedura "in corso" per il fallimento, anche il *mero ritiro della domanda di fallimento (desistenza)*, pur se non seguito dal decreto di archiviazione è *sufficiente per far venire meno la "pendenza" della procedura* (che è solo ricognitiva della inesistenza di istanze di fallimento)

Occorre un *"pronunciamento istruttorio del giudice"* che accerti oggettivamente lo stato di insolvenza

La continuità aziendale

I.fase: fino al d.l. 83/2012 (concordato con riserva e 186 bis l.f.)

La nozione di "procedura in corso" nel concordato preventivo

Cons. Stato Ad. Plen., 15.4.2010 n. 2155

Già al momento del deposito della domanda di concordato preventivo vi è una vera e propria "confessione" di insolvenza da parte del debitore

Né il recesso dal raggruppamento della mandante in concordato prima della aggiudicazione definitiva sana ex post il vizio di partecipazione, per violazione della par condicio tra i concorrenti se si aderisse a tale tesi

La continuità aziendale

I.fase: fino al d.l. 83/2012 (concordato con riserva e 186 bis l.f.)

La nozione di “procedura in corso” nel concordato preventivo “con riserva”

Per i *fallimentaristi*: il procedimento di concordato inizia con il deposito della domanda di concordato preventivo con riserva.

La continuità aziendale

I.fase: fino al d.l. 83/2012 (concordato con riserva e 186 bis l.f.)

La nozione di "procedura in corso" nel concordato preventivo "con riserva"

Il Consiglio di Stato (ord. 4.6.2015, n. 2737) chiede alla Corte di Giustizia:

1.se la domanda di concordato preventivo in bianco comporti la sussistenza di una "procedura in corso" ai fini dell'esclusione dalla gara

2.Se la presentazione della domanda di conc prev in bianco costituisca una "confessione" del debitore di trovarsi in stato di insolvenza

La continuità aziendale

I.fase: fino al d.l. 83/2012 (concordato con riserva e 186 bis l.f.)

Cons. Stato 19.4.2012 n. 2305

La nozione di "procedura in corso" nel concordato preventivo termina con l'omologazione del concordato

Art. 181 l.f. "La procedura di concordato si chiude con il decreto di omologazione ai sensi dell'art. 180"

A nulla rileva il *successivo eventuale provvedimento di chiusura della procedura* all'esito della *esecuzione del concordato preventivo*

La continuità aziendale

I.fase: fino al d.l. 83/2012 (concordato con riserva e 186 bis l.f.)

Se l'*amministrazione controllata* -soppressa con il d.lgs. 5/2016 - è procedura concorsuale - Temporanea difficoltà di adempiere

I.non è parificabile al fallimento (Cons.Stato, 21.5.2010 n. 3222 : funzione di "risanamento dell'impresa" e può partecipare alle gare pubbliche)

II.è procedura concorsuale assimilabile al fallimento

Eppure art. 48 comma 17 "Salvo quanto previsto dall'art. 110 comma 5, in caso di fallimento, ...amministrazione controllata....del mandatario...."

La continuità aziendale

I.fase: fino al d.l. 83/2012 (concordato con riserva e 186 bis l.f.)

Se l'*amministrazione straordinaria* delle grandi imprese in crisi è procedura che impedisce la partecipazione alle gare

I.può partecipare alle gare pubbliche, anche perchè non è menzionata né nell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006, né nell'art. 80 del D.Lgs. 50/2016

Natura "risanatoria" Cons. Stato 17.11.2006, n. 6726

II.non può partecipare alle gare pubbliche perchè rappresenta l'insolvenza delle grandi imprese in crisi

La continuità aziendale

I.fase: fino al d.l. 83/2012 (concordato con riserva e 186 bis l.f.)

Se l'impresa in liquidazione volontaria può partecipare alle gare di appalto

Cons. Stato 6.4.2006, n. 1873

Può partecipare alle gare di appalto in quanto l'art. 2490 c.c. consente la continuazione dell'attività di impresa (art. 2490/5 c.c. "*quando sia prevista una continuazione anche parziale* , dell'attività di impresa, le relative poste di bilancio devono avere una indicazione separata")

La continuità aziendale

I.fase: fino al d.l. 83/2012 (concordato con riserva e 186 bis l.f.)

Se l'impresa ha stipulato un accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis l.f.

Non vi è alcun ostacolo a partecipare alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici: norme di stretta interpretazione (art. 80 D.Lgs. 50/2016)

Ma è procedura concorsuale?

Art. 110 comma 1: *“insolvenza concorsuale” e “scorrimento” della graduatoria; ma si riferisce solo alla fase dopo la stipulazione del contratto.*

Ma qui non v'è insolvenza, v'è soltanto “crisi”

La continuità aziendale

I.fase: fino al d.l. 83/2012 (concordato con riserva e 186 bis l.f.)

Se l'impresa ha predisposto un "*piano di risanamento*" ex art. 67 comma 3 lettera d

Può partecipare alle gare di appalto

Non è procedura concorsuale

Non v'è un provvedimento del Tribunale

L'art. 80 è norma di stretta interpretazione

La continuità aziendale

II.fase: dopo d.l. 83/2012 (concordato con riserva e continuità aziendale 186 bis l.f.)

Art. 38 comma 1 lettera a come modificato dal D.L. 83/2012

“Sono *esclusi* dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, nè possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, *salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni

La continuità aziendale

II.fase: dopo d.l. 83/2012 (concordato con riserva e continuità aziendale 186 bis l.f.)

Art. 186 bis comma 5 l.f.prevede:

“L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta "in gara":

a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67 comma terzo lettera d, che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento”

La continuità aziendale

I Tesi

Cons. Stato 14.1.2014, n. 101

È necessario il *provvedimento di ammissione al concordato preventivo* ai sensi dell'art. 163 l.f.

Il dato *letterale* depone in tal senso (“*L'ammissione al concordato*”)

L'art. 38 include con il fallimento e la liquidazione coatta amm anche il “concordato preventivo”, salvo il caso di cui all'art. 186 bis, quindi “*già ammesso*” e non quale procedimento “in corso”

Deroga ai requisiti di carattere generale, per cui è *vietata* una *interpretazione estensiva*

La continuità aziendale

I Tesi

Cons. Stato 14.1.2014, n. 101

Si conciliano due esigenze contrapposte:

1.tutela dell'impresa ammessa al concordato ex art 163 l.f.: *salvaguardia delle imprese in crisi*

2.tutela dell'*interesse pubblico specifico alla realizzazione di lavori*, affidando la gara ad un soggetto che ha presentato solo una domanda con incerto esito positivo, potendo essere dichiarata l'*inammissibilità* della stessa con nocumento all'interesse pubblico: obiettivi di stabilità e di crescita

La continuità aziendale

I Tesi

Cons. Stato 14.1.2014, n. 101

Se si consentisse la partecipazione alle gare anche all'impresa che ha presentato solo la domanda di concordato con riserva, si creerebbe una situazione di *“incertezza ed indeterminatezza”* disattendendo i principi di *economicità, efficacia, tempestività e correttezza*

principi inseriti nel nuovo art. 30 D.Lgs. 50/2016

La continuità aziendale

I Tesi

Cons. Stato 14.1.2014, n. 101

La società era in bonis quando scadono i termini della gara per presentare le offerte (1 ottobre 2012)

Domanda di conc prev 161/3 il 3-12-2012

Decreto del Trib. di concessione del termine ex art. 161/6 del 5-12-2012 ed autorizzazione a partecipare a nuove gare nel rispetto dell'art. 186 bis (non è l'autorizzazione ex 186 bis comma 4)

Aggiudicazione definitiva ad altro concorrente il 12-12-2012

Occorreva l'ammissione al cp prima di tale data

La continuità aziendale

II. Tesi: occorre almeno il piano

È necessaria la predisposizione del piano, anche se non v'è stata ancora la ammissione da parte del Tribunale

L'art. 186 bis comma 5 lettera a) fa riferimento alla relazione del professionista che attesta “la conformità al piano” e la “ragionevole capacità di adempimento del contratto”

La continuità aziendale

III. Tesi: è *sufficiente* anche *la domanda di concordato con riserva* ex art. 161 comma 3

La *ratio* della riforma è proprio quella di consentire la *rapida emersione della crisi* e di facilitare la *continuità aziendale*

La continuità aziendale

III. Tesi: è *sufficiente* anche *la domanda di concordato con riserva* ex art. 161 comma 3

Il nuovo art. 186 bis comma 4 introdotto con d.l. 145/2013, convertito con legge 9/2014

“Successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale”

“il parere del CG se nominato”

Elemento forte per ammettere alle gare anche il concordato prev con riserva

La continuità aziendale

III. Tesi: è *sufficiente* anche *la domanda di concordato con riserva* ex art. 161 comma 3

Cons. stato 27.12.2013 n. 6672

“inibire all'impresa di partecipare alle gare per affidamento dei pubblici contratti nelle more tra il deposito della domanda e l'ammissione al concordato...palesamente confligge con la finalità della norma volta a *preservare la capacità dell'impresa* a soddisfare al meglio i creditori attraverso l'acquisizione di nuovi appalti”

La continuità aziendale

III. Tesi: è *sufficiente* anche *la domanda di concordato con riserva* ex art. 161 comma 3

Cons. stato 3.7.2014 n. 3344

Il deposito di domanda di concordato preventivo con riserva tesa alla continuità aziendale *non è elemento ostativo* ai fini del conseguimento, della verifica o del rinnovo dell'attestazione di qualificazione

L'art. 186 bis "*non pone alcuna inibizione relativamente alla posizione della mandataria o di mandante dell'impresa interessata che partecipa ad una associazione temporanea*"

In realtà vi è divieto normativo per la mandataria

La continuità aziendale

III. Tesi: è *sufficiente* anche *la domanda di concordato con riserva* ex art. 161 comma 3

Cons. stato 3.2.2016 n. 426

La finalità della riforma fallimentare è quella di "guidare l'impresa oltre la crisi, *anche preservando la capacità dell'impresa a soddisfare al meglio i creditori attraverso l'acquisizione di nuovi appalti*"

La continuità aziendale

III. Tesi: è *sufficiente* anche *la domanda di concordato con riserva* ex art. 161 comma 3

Cons. stato 16.8.2016 n. 3639

Nuovo art. 186 bis comma 4 solo con efficacia *ex nunc* per l'innovazione che opera solo per il futuro

La continuità aziendale

III. Tesi: è *sufficiente* anche *la domanda di concordato con riserva* ex art. 161 comma 3

Determinazione ANAC n. 3 del 23.4.2014

“Poichè la presentazione del piano è presupposto per l'applicabilità dell'art. 186 bis l.f. , le domande di *concordato in bianco* non risultano essere idonee, di per sé, a permettere la prosecuzione dell'attività”

Tale ipotesi costituisce causa ostativa per la “qualificazione”

La continuità aziendale

III. Tesi: è *sufficiente* anche *la domanda di concordato con riserva* ex art. 161 comma 3

Determinazione ANAC 8.4.2015

È possibile la partecipazione alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici anche per le società che hanno solo depositato la domanda di concordato in bianco ai sensi dell'art. 161 comma 6 l.f. *alla condizione*, però, che l'istanza di concordato presenti *chiari ed inconfutabili effetti prenotativi del concordato in continuità aziendale*

La continuità aziendale

III. Tesi: è *sufficiente* anche *la domanda di concordato con riserva* ex art. 161 comma 3

Quale provvedimento deve intervenire *in gara*?

1. decreto di autorizzazione del Tribunale ex art. 186 bis comma 4

2. decreto di ammissione al concordato preventivo

3. decreto di omologazione

La continuità aziendale

III. Tesi: è *sufficiente* anche *la domanda di concordato con riserva* ex art. 161 comma 3

Quale provvedimento deve intervenire in gara?

Il decreto di autorizzazione del Tribunale ex art. 186 bis comma 4 è stato introdotto proprio per ottenere con "rapidità" una decisione del Tribunale prima dell'adozione del decreto di ammissione

Bilanciamento di interessi:

1. Tutela dei creditori e quindi ammissione alla gara

2. tutela dell'interesse pubblico con la ponderata, *anche se "anticipata"* decisione del tribunale.

La continuità aziendale

III. Tesi: è *sufficiente* anche *la domanda di concordato con riserva* ex art. 161 comma 3

Tar Brescia 20.1.2016

Ovviamente la partecipazione alla gara è consentita *anche se il deposito della domanda di concordato preventivo con riserva avviene dopo la presentazione della offerta di partecipazione* alla gara e prima della aggiudicazione (definitiva) – quando la società era *in bonis*

In tal caso dovranno prodursi i *documenti* di cui all'art. 186 bis (attestazione del professionista sulla “conformità al piano” e sulla “ragionevole capacità di adempimento” ed “avvalimento speciale”)

La continuità aziendale

Il sindacato del Tribunale – *a monte* -

Il *Tribunale*: - nei limiti della fattibilità giuridica ed economica prima facie - valuta la relazione del professionista in ordine alla funzionalità del piano al "miglior soddisfacimento dei creditori" ex art. 186 bis comma 2 lettera b) e l'idoneità del piano "rinforzato" (con indicazione analitica dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione, oltre che delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura)

La continuità aziendale

Il sindacato della Stazione appaltante- a valle -

La stazione appaltante:

Effettua il controllo sulle attestazioni di "conformità al piano" della partecipazione alla gara e sulla "ragionevole capacità di adempimento" dell'impresa in concordato con continuità aziendale

Quindi verifica della "coerenza" con il piano di concordato dello specifico segmento di attività corrispondente alla partecipazione alla gara pubblica

Come avviene per il controllo in ordine allo scioglimento dai contratti ex art. 169 bis l.f. (ma in quel caso l'autorizzazione è del giudice)

La continuità aziendale

Il sindacato della Stazione appaltante- a valle -

La stazione appaltante:

1.tesi: Tar Marche 29.7.2016 n. 456, Tar Brescia 20.1.2016 n. 92 controllo solo sulla presenza della attestazione di conformità al piano da parte del professionista

Non può certo valutare se trattasi di concordato in continuità aziendale o di concordato solo liquidatorio

2.tesi: controllo nel merito della valutazione, soprattutto con riferimento al requisito della "ragionevole capacità di adempimento del contratto".

La continuità aziendale

Il sindacato della Stazione appaltante- a valle -

La stazione appaltante e proposte concorrenti:

Se la domanda di partecipazione alla gara è presentata dalla una società che ha depositato domanda di concordato con continuità aziendale, senza assicurare il soddisfacimento del 30 % dei chirografari

Ma poi un terzo presenta la proposta concorrente ex art, 163 comma 4, dopo l'ammissione al concordato, con un *piano "liquidatorio"*

Viene meno la legittimazione della società a partecipare alla gara della società in continuità aziendale ex art. 80 comma 5 D.Lgs 50/2016?

La continuità aziendale

Il sindacato della Stazione appaltante- a valle -

La stazione appaltante e proposte concorrenti:

E se poi la società in concordato con continuità aziendale ex art. 186 bis, che non aveva indicato la percentuale di soddisfacimento dei creditori al 30 %

“rilancia” nel termine tra i “trenta giorni” ed il 15 giorni (art. 172/2), assicurando il soddisfacimento del 30 %

A quel punto torna la legittimazione in gara della società in concordato ex art. 186 bis

La continuità aziendale

Il sindacato della Stazione appaltante- a valle -

La stazione appaltante e proposte concorrenti:

La legittimazione alla partecipazione (requisiti generali)

I tesi: Si perde con l'*approvazione* da parte dei creditori della proposta concorrente "liquidatoria"

II. solo con l'*omologazione* della proposta concorrente "liquidatoria"

La continuità aziendale

Il sindacato della Stazione appaltante- a valle -

La stazione appaltante e proposte concorrenti:

E se la società presenta domanda di concordato con cessione dei beni, non assicurando il pagamento del 40 % dei creditori chirografari

Ma poi il terzo propone una domanda di concordato con continuità aziendale presentando domanda di partecipazione ad una gara per l'affidamento di contratti pubblici

È ammissibile tale partecipazione?

E se poi la società originaria "rinuncia" al concordato?

La continuità aziendale

Il *raggruppamento temporaneo di imprese* e le gare di appalto

Art. 186 bis comma 6 (microcosmo)

“Fermo quanto previsto al comma precedente [attestazioni a avvalimento obbligatorio], l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, *purchè non rivesta la qualità di mandataria*”

E sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale....”

La continuità aziendale

Il *raggruppamento temporaneo di imprese* e le gare di appalto

Art. 186 bis comma 6

“In tal caso la dichiarazione di cui al quarto comma lettera B – [poi quinto comma lettera B, ossia la dichiarazione di *avvalimento*] può provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento”

La continuità aziendale

Il *raggruppamento temporaneo di imprese* e le gare per l'affidamento di contratti pubblici (art. 45 e ss-D.L.g.s. 50/2016)

I raggruppamenti, costituiti da imprenditori individuali, società, consorzi, i quali, prima della presentazione dell'offerta, hanno conferito *mandato collettivo speciale* ("gratuito ed irrevocabile") con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti

Ratio: assicurare la concorrenza e la *competizione* consentendo l'ampliamento del bacino delle offerte

La continuità aziendale

Il *raggruppamento temporaneo di imprese* e le gare per l'affidamento di contratti pubblici (art. 45 e ss-D.L.g.s. 50/2016)

Il pagamento "*diretto*" alle mandanti

In precedenza solo in determinate ipotesi

Art. 118 comma 3 bis D.Lgs. 163/2006: "*è sempre consentito alla stazione appaltante ...nella pendenza della procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, provvedere ai pagamenti dovuti per le prestazioni eseguite dagli eventuali diversi soggetti che sostituiscano l'affidatario, quali le mandanti...."*

La continuità aziendale

Il *raggruppamento temporaneo di imprese* e le gare per l'affidamento di contratti pubblici (art. 45 e ss-D.L.g.s. 50/2016)

Il pagamento “diretto” alle mandanti: istituto “generalizzato”

Art. 48 comma 13 D.Lgs. 50/2016

“in caso di inadempimento dell'impresa mandataria, è ammessa, con il *consenso* delle *parti*, la revoca del mandato collettivo speciale...al fine di consentire alla stazione appaltante il pagamento diretto nei confronti delle altre imprese del raggruppamento”

La continuità aziendale

Il raggruppamento temporaneo di imprese

La disciplina (art. 48 comma 17) – la mandataria -

“salvo quanto previsto dall'articolo 110 comma 5 (avvalimento), in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale....del mandatario...

La stazione appaltante può “proseguire” il rapporto di appalto con *altro operatore economico* che sia costituito mandatario....non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dal contratto...”

La continuità aziendale

Il raggruppamento temporaneo di imprese

La disciplina (art. 48 comma 17) – la mandante -

“salvo quanto previsto dall'articolo 110 comma 5 (avvalimento), in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale....di uno dei mandanti....

Il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purchè questi abbiano i requisiti....”

La continuità aziendale

Il raggruppamento temporaneo di imprese

*Proprio la diversa disciplina che riguarda la mandataria o le mandanti costituisce la ratio dell'*art. 186 bis comma 6* (la mandataria non può essere sottoposta alla procedura di concordato preventivo)*

Cons.Stato, 22.2.2016 n. 709

Va considerata la speciale posizione di garanzia della mandataria nei confronti della stazione appaltante per conto delle restanti imprese facenti parte del raggruppamento

La continuità aziendale

Il raggruppamento temporaneo di imprese

Cons stato 20.7.2016, n. 3270

Se la mandataria del RTI chiede il concordato in continuità aziendale *dopo aver partecipato alla gara in bonis*

Non v'è alcun divieto

Perchè una volta esauritasi la fase della gara (con partecipazione in bonis della mandataria) l'impegno assunto dal concorrente raggruppato è ormai già interamente definito dall'offerta

La continuità aziendale

Il raggruppamento temporaneo di imprese

Le altre imprese non devono essere assoggettate ad una procedura concorsuale

Se vi sono più imprese nel raggruppamento

1. Se *tutte* le imprese del gruppo sono assoggettate a procedura concorsuale vi è impedimento alla partecipazione alle gare

2. oppure vi è difetto di legittimazione – carenza dei requisiti generali - a partecipare alla gara anche se *una sola di esse* è soggetta a procedura concorsuale

La continuità aziendale

Il *raggruppamento temporaneo di imprese* e concordato: possibili contrasti giurisprudenziali

La società Asfaltronto , ancora in bonis (29-8-2013) partecipa quale "mandataria" del raggruppamento di imprese a due gare di appalto (scadenza 13.5.2013)

Ricorso ex art. 161/6 (2-9-2013)

21-11-2013 *aggiudicazione provvisoria*

4-12-2013 (depositati piano, proposta e documentazione); continuità aziendale ex art 186 bis l.f. La società si qualifica come "mandante"

20-12-2013:*aggiudicazione definitiva*

Avvalimento di altro operatore *17-1-2014*

La continuità aziendale

Il *raggruppamento temporaneo di imprese* e concordato: possibili contrasti giurisprudenziali

22-1-2014 la terza classificata presenta "preavviso di ricorso" ma la PA non attiva il procedimento di autotutela per revocare l'aggiudicazione

Ricorso al Tar della 3 classificata in data 27-1-2014

Decreto di ammissione ex art. 163 in data 3-2-2014

I 3 Commissari giudiziali segnalano al Tribunale ex art. 173 l'atto in frode per illegittima partecipazione della società Asf ai contratti di appalto quale "mandataria"

Istanza di fallimento il 25-3-2014 dopo l'udienza

La continuità aziendale

Il *raggruppamento temporaneo di imprese* e concordato: possibili contrasti giurisprudenziali

Revoca decreto di ammissione del 9-4-2014

9-7-2014 dichiarazione di fallimento

La continuità aziendale

Il *raggruppamento temporaneo di imprese* e concordato: possibili contrasti giurisprudenziali

Sentenza Tar Marche n. 482/2014

Non interrotto il giudizio

Accolto il ricorso della terza classificata Costram

Occorreva comunque l'attestazione del professionista ex art. 186 bis comma 4 (conformità al piano e ragionevole capacità di adempimento)

Era carente anche la dichiarazione di avvalimento

La procedura di conc prev non era "pendente" alla data della aggiudicazione in assenza del decreto di ammissione (art. 38), non esclusione del RTI

La continuità aziendale

Sentenza Tar Marche n. 482/2014

La Asfaltronto non poteva essere “esclusa” dalla gara perchè l'art. 38 d.lgs. 163/2006 inserisce tra i requisiti di esclusione “la pendenza di una procedura di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'art. 186 bis ”

Alla data della aggiudicazione alla Asflatronto non vi era stato il decreto di ammissione

Ma non era stata prodotta la documentazione ex a 186 bis

Effettiva violazione delle norme sulla verifica della affidabilità professionale dell'aggiudicatario

La continuità aziendale

Il *raggruppamento temporaneo di imprese* e concordato: possibili contrasti giurisprudenziali

Sentenza Tar Marche n. 482/2014

È stato, però, dichiarato il fallimento delle mandataria

Con applicazione dell'art. 37/comma 18 vecchio codice

Si può proseguire il contratto con l'operatore economico designato dalla mandante del RTI in sostituzione della mandataria dichiarata fallita

La continuità aziendale

Il *raggruppamento temporaneo di imprese* e concordato: possibili contrasti giurisprudenziali

Sentenza Tar Marche n. 482/2014

La Provincia di Ascoli è tenuta ad *invitare la mandante del RTI* risultato aggiudicatario alla *designazione* di un *operatore economico quale mandatario* in luogo di Asfaltronto srl dichiarata fallita

La continuità aziendale

Il *raggruppamento temporaneo di imprese* e concordato: possibili contrasti giurisprudenziali

Corte appello L'Aquila 10.10.2014

Revoca il fallimento per violazione del contraddittorio

Dichiara illegittima la revoca del concordato preventivo, in assenza di atti di frode

Sono rimaste in piedi due "poste attive"

Vi è stata l'aggiudicazione definitiva

Confermata dal Tar Marche

La continuità aziendale

Il *raggruppamento temporaneo di imprese* e concordato: possibili contrasti giurisprudenziali

Appello della terza classifica Costram

Consiglio di Stato 22.12.2014 n. 6303

Rigetta il ricorso, con *diversa motivazione*

Il *procedimento di concordato non è iniziato*

Non dovevano essere prodotti dalla Asfaltronto i documenti ex art. 186 bis l.f.

Era legittima l'aggiudicazione

La continuità aziendale

Il *raggruppamento temporaneo di imprese* e concordato: possibili contrasti giurisprudenziali

Parere Anac del 3.3.2016 n. 208

1. *L'amministrazione aggiudicatrice non è legittimata a mettere in discussione le decisioni assunte dal giudice fallimentare circa l'ammissione di Asflatronto al concordato in continuità*

2. vi è soluzione di continuità dei requisiti di partecipazione alla gara – attestazione SOA -: non può essere utilizzato l'avvalimento postumo del 17.1.2014

La continuità aziendale

Il *raggruppamento temporaneo di imprese* e concordato: possibili contrasti giurisprudenziali

Nuova pronuncia Tar Marche 29.7.2016, n. 456

La Provincia di Ascoli revoca l'aggiudicazione in via di autotutela alla Asfaltronto (mandataria) e Rossetti Costruzioni (mandante di ati costituenda) € 7.000.000,00

Aggiudica l'appalto alla Costram

Accolto il ricorso della Asfaltronto

La continuità aziendale

Nuova pronuncia Tar Marche 29.7.2016, n. 456

Prevale la "sostanza" (esistenza di poste attive) sulla "forma" (partecipazione alla gara di società mandataria in concordato preventivo)

Analogo metro in ottica pubblicistica

La documentazione di cui all'art. 186 bis comma 5 può essere prodotta anche dopo l'aggiudicazione, compreso l'avvalimento

Non è, allora, avvalimento postumo

Viene annullato il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione

La continuità aziendale

La continuazione dei contratti pubblici (art. 186 bis comma 3)

Perimetro più ampio dei contratti (concessioni e appalti) relativi alle gare pubbliche

Art. 186 bis comma 3 “contratti in corso di esecuzione...anche stipulati con pubbliche amministrazioni”

Non solo concessioni ed appalti, ma ogni tipologia di contratto in cui una parte è costituita dalla Pubblica amministrazione

La continuità aziendale

La continuazione dei contratti pubblici (art. 186 bis comma 3)

L'art. 186 bis comma 3 l.f. fa riferimento a “i contratti in corso di esecuzione *alla data di deposito del ricorso*, anche stipulati con pubbliche amministrazioni”

Tali contratti “non si risolvono per effetto della apertura alla procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari”

La continuità aziendale

La continuazione dei contratti pubblici (art. 186 bis comma 3)

In realtà i contratti in corso "non si risolvono" neppure nel fallimento e nel concordato preventivo liquidatorio

Nel fallimento: art. 72 e sospensione generale degli effetti dei contratti, tranne ipotesi specifiche in cui lo scioglimento è automatico (art. 78/2 contratto di mandato; art. 76 contratto di borsa; art. 77 associazione in partecipazione)

Art. 72/6 "sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento"

La continuità aziendale

La continuazione dei contratti pubblici (art. 186 bis comma 3)

La possibilità di scioglimento ex art. 169 bis l.f. vale anche per il concordato preventivo "liquidatorio", sicchè *i contratti proseguono* naturalmente anche in caso di ricorso per concordato preventivo con cessione dei beni

Art. 186 bis comma 3 "sono inefficaci eventuali patti contrari"

La continuità aziendale

La continuazione dei contratti pubblici (art. 186 bis comma 3)

Laddove nell'art. 186 bis si legge "non si risolvono"

Va inteso nel senso che "*non deve operare la sospensione degli effetti*", come invece accade per il fallimento ex art. 72 (sospensione generale) o ai sensi dell'art. 1461 c.c. (sospensione degli effetti del contratto per mutamento delle condizioni patrimoniali del contraente)

La continuità aziendale

La continuazione dei contratti pubblici (art. 186 bis comma 3)

Non si applica l'art. 81 l.f.

Come non si applicano gli artt. 72 e ss. Non richiamati dall'art. 169 l.f.

Art. 81 "Sono salve le norme relative al contratto di appalto per le opere pubbliche"

La continuità aziendale

La continuazione dei contratti pubblici (art. 186 bis comma 3)

Per i contratti con la pubblica amministrazione:

Anche in questo caso occorre l'attestazione del professionista che attesti la "*conformità al piano*" e la "*ragionevole capacità di adempimento*"

La continuità aziendale

La continuazione dei contratti pubblici (art. 186 bis comma 3)

Il debitore può chiedere la "sospensione" o lo scioglimento dal contratto pendente ex art. 169 bis l.f.

Art. 186 bis comma 3 : "fermo quanto previsto dall'art. 169 bis "

La continuità aziendale

La continuazione dei contratti pubblici (art. 186 bis comma 3)

Per i contratti con la pubblica amministrazione:

Non occorre l'autorizzazione del Tribunale ai sensi dell'art. 186 bis comma 4 l.f.

La continuità aziendale

La continuazione dei contratti pubblici (art. 186 bis comma 3)

Cons. Stato, 14.1.2014, n. 101

Pertanto, la sola presentazione della domanda di concordato preventivo in continuità (“data di deposito del ricorso”) *non risolve i contratti in corso*, anche quelli con la pubblica amministrazione

Le imprese *poi devono conseguire l'ammissione* al concordato per continuare l'esecuzione del contratto

“L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista.....”

La continuità aziendale

La continuazione dei contratti pubblici (art. 186 bis comma 3)

In assenza di diversa disposizione il contratto con la pubblica amministrazione *può proseguire anche se la "mandataria" di una ATI presenta domanda di concordato preventivo*

Infatti, l'*art. 186 bis comma 6* esclude la mandataria di ATI che ha presentato domanda di concordato preventivo dalla possibilità di partecipare alle gare pubbliche ("L'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, *purchè non rivesta la qualità di mandataria...*")

La continuità aziendale

L'avvalimento obbligatorio (art., 186 bis comma 5 lettera b)

Avvalimento specifico, diverso da quello di cui al vecchio art. 49 dlgs. 163/2006

Deve essere presentata in gara:

“La *dichiarazione* di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato a mettere a disposizione , per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara, ovvero non sia per qualsiasi ragione in grado di dare regolare esecuzione all'appalto”

La continuità aziendale

L'avvalimento obbligatorio (art., 186 bis comma 5 lettera b)

Avvalimento generale: l'operatore economico ("ausiliato") non è in possesso di determinati requisiti e si fa affiancare dalla impresa "ausiliaria". L'impresa ausiliaria consente la partecipazione alla gara - si allarga la platea dei partecipanti -

Avvalimento speciale: l'operatore economico (anche se in concordato in continuità) ha tutti i requisiti per partecipare alla gara, ma il legislatore ha chiesto un ulteriore supporto "eventuale" da parte di altra impresa

Il "supplente" dell'*appaltatore*

Difficoltà di trovare l'impresa "ausiliaria"

La continuità aziendale

La nuova disciplina dell'avvalimento (art. 89 D.Lgs. 50/2016)

Chiarisce una serie di dubbi interpretativi

L'avvalimento *non* concerne i requisiti di cui all'art. 80 – requisiti generali – (motivi di esclusione)

Dichiarazione sottoscritta dalla ausiliaria con cui si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante

È necessaria la stipulazione di un contratto, che va allegato alla domanda di partecipazione

La continuità aziendale

La nuova disciplina dell'avvalimento (art. 89 D.Lgs. 50/2016)

Con riferimento a *titoli di studio* o professionali l'avvalimento di altri soggetti è possibile solo costoro *eseguono direttamente* i lavori o i servizi

Anche *avvalimento* da parte di imprese che fanno parte dello *stesso raggruppamento*

La continuità aziendale

Le gare pubbliche dopo le direttive comunitarie del 2014

Raccomandazione europea del 12-3-2014

Tar Marche 2.4.2016 n. 188

1.incentivare meccanismi di *early intervention*:

2.*temporary stay* prima che i creditori aggrediscano il loro patrimonio

3.misure di *win-win* (vantaggiose per tutti)

4.veloce *discharge* per il fallito onesto per consentirgli un nuovo ingresso sul mercato

La continuità aziendale

Le gare pubbliche dopo le direttive comunitarie del 2014

Art. 57 paragrafo 4 comma 1 direttiva 2014/24/UE

Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere ...dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni:b)*se l'operatore economico è in stato di fallimento o è oggetto di una procedura di insolvenza o di liquidazione, se è in stato di amministrazione controllata, se ha stipulato un concordato preventivo con i creditori, se ha cessato le sue attività o si trova in qualsiasi altra situazione analoga derivante da una procedura simile"*

La continuità aziendale

Le gare pubbliche dopo le direttive comunitarie del 2014

Art. 57 paragrafo 4 comma 2 direttiva 2014/24/UE

Pare affidare alla stazione appaltante il *potere* di valutazione ampio della affidabilità dell'operatore economico

"...Gli Stati membri possono esigere o prevedere la possibilità che l'amministrazione aggiudicatrice non escluda un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui a tale lettera [lettera b], qualora l'amministrazione aggiudicatrice abbia stabilito che l'operatore economico in questione sarà in grado di eseguire il contratto, tenendo conto delle norme e misure nazionali applicabili in relazione alla prosecuzione delle attività...."

La continuità aziendale

La legge delega 28.1.2016 n. 11 lettera vv)

“disciplina del procedimento per la decadenza e la sospensione delle attestazioni secondo i seguenti principi e criteri direttivi:

La continuità aziendale

La legge delega 28.1.2016 n. 11 lettera vv)

1. "attribuzione della relativa competenza all'ANAC

La continuità aziendale

La legge delega 28.1.2016 n. 11 lettera vv)

2"Previsione che il curatore del fallimento possa partecipare alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, che possa essere affidatario di subappalti e che possa stipulare i relativi contratti quando l'impresa fallita è in possesso delle necessarie attestazioni ed è stato autorizzato l'esercizio provvisorio"

La continuità aziendale

La legge delega 28.1.2016 n. 11 lettera vv)

3"Previsione che il curatore del fallimento, quando è stato autorizzato l'esercizio provvisorio, possa eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita"

La continuità aziendale

La legge delega 28.1.2016 n. 11 lettera vv)

4"Previsione che l'impresa "ammessa" al concordato con continuità aziendale possa partecipare alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, o essere affidataria di subappalti e stipulare i relativi contratti, senza necessità di avvalersi dei requisiti di altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto"

La società deve essere già "ammessa" al concordato con continuità aziendale

Avvalimento "discrezionale"

La continuità aziendale

La legge delega 28.1.2016 n. 11 lettera vv)

5"Previsione che l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale o con cessione dei beni o che ha presentato domanda di concordato a norma dell'art. 161, sesto comma, del regio decreto 267/1042, possa eseguire i contratti già stipulati dall'impresa stessa"

Quindi per il concordato con riserva pare esservi solo la possibilità di "proseguire" i contratti pubblici già stipulati

La continuità aziendale

La legge delega 28.1.2016 n. 11 lettera vv)

6"Disciplina dei casi in cui l'ANAC può, nelle fattispecie di cui ai numeri 2), 3) , 4) e 5) , *sentito il giudice delegato* alla procedura di fallimento o di concordato preventivo e *acquisito il parere del curatore o del commissario giudiziale, subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che il curatore o l'impresa in concordato si avvalgano di altro operatore in possesso dei requisiti...."*

Casi di avvalimento obbligatorio

La continuità aziendale

Le gare pubbliche dopo il D.Lgs. 50/2016

Evidenti contrasti con l'art. 186 bis l.f.

Non vi è stata espressa abrogazione dell'art. 186 bis l.f.

Dovrebbe prevalere la lex specialis successiva e quindi la normativa sulle gare pubbliche

Per lo meno nelle parti in cui v'è evidente contrasto, conservando le parti dell'art. 186 bis "compatibili" con il nuovo art. 110 d.lgs. 50/2016

La continuità contrattuale

La "continuità contrattuale" : la prosecuzione dei contratti pubblici dopo il D.Lgs. 50/2016

Dopo la "stipulazione" del contratto pubblico

3 opzioni:

1. il mantenimento del rapporto contrattuale (art. 110 comma 3 lettera B e comma 4)

2. Modifica soggettiva: lo scorrimento della graduatoria ai sensi dell'art. 110 commi 1 e 2

3. cessione del contratto ex art. 106/1 lettera d e 175/1 lett. d.

L'avvalimento facoltativo? Precede la stipulazione

La continuità contrattuale

Il mantenimento del rapporto contrattuale (art. 110 comma 3 lettera B e comma 4)

110/3 lettera B

“Il curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio, ovvero l'impresa ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC, possono:

...B) eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita o ammessa al concordato con continuità aziendale

La continuità contrattuale

Il mantenimento del rapporto contrattuale (art. 110 comma 3 lettera B e comma 4)

110/4

“...L'impresa ammessa al concordato con cessione dei beni o che ha presentato domanda di concordato a norma dell'articolo 161, sesto comma, del rd 1942/267, può eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC”

La continuità contrattuale

Il mantenimento del rapporto contrattuale (art. 110 comma 3 lettera B e comma 4)

Le ipotesi di "prosecuzione" dei contratti pubblici

1. Concordato con continuità aziendale (186 bis)
2. Concordato con cessione dei beni
3. Concordato con riserva ex art 161/6, senza preventiva "ammissione"
3. Fallimento in esercizio provvisorio 104 lf

La continuità contrattuale

Il *mantenimento del rapporto contrattuale* (art. 110 comma 3 lettera B e comma 4)

1. *In passato*: i contratti non si bloccavano ("186 bis comma 3 ("i contratti in corso...non si risolvono...").

Poi occorreva l'attestazione del professionista ex art, 186 bis comma 3 (conformità al piano e ragionevole capacità di adempimento)

Non occorreva l'autorizzazione del Tribunale , come accadeva per la partecipazione alle gare ex art. 186 bis comma 4

La continuità contrattuale

Il mantenimento del rapporto contrattuale (art. 110 comma 3 lettera B e comma 4)

1.Ora:

Autorizzazione del giudice delegato (ma quando c'è domanda di conc prev con riserva non c'è ancora un giudice delegato)

Parere dell'Anac: obbligatorio ma non vincolante

La continuità contrattuale

Il mantenimento del rapporto contrattuale (art. 110 comma 3 lettera B e comma 4)

Quale è la sorte dei contratti già stipulati nelle more tra l'ammissione al concordato con cessione dei beni o in continuità, oppure dal deposito della domanda di concordato con riserva *sino al provvedimento di autorizzazione del giudice?*

I tesi: sono *sospesi* gli effetti dei contratti in corso in *analogia* alla sospensione degli effetti di cui all'art. 72 l.f.

II tesi: maturano debiti in *prededuzione*

III tesi: il debitore concordatario chiede l'*autorizzazione* alla sospensione ex 169 bis

La continuità contrattuale

Il mantenimento del rapporto contrattuale (art. 110 comma 3 lettera B e comma 4)

Ma le attestazioni del professionista ex art. 186 bis comma 3?

I tesi: non occorrono più, tacita abrogazione dell'art. 186 bis l.f.

II tesi: l'art 186 bis resta in vigore per le parti "non incompatibili" con l'art. 111 D.Lgs. 50/2016

Le attestazioni ex art 186 bis comma 3 vanno portate al giudice delegato per il rilascio della "autorizzazione"

La continuità contrattuale

Il mantenimento del rappporto contrattuale (art. 110 comma 3 lettera B e comma 4)

Ma entro quale termine deve concludersi il procedimento autorizzatorio?

La norma non ne prevede, sicchè pare che la decisione spetti alla stazione appaltante che evidentemente ha fretta di procedere alla esecuzione dell'opera

Se, infatti, non v'è il mantenimento del soggetto contraente e se non v'è stata risoluzione o recesso, operano il meccanismo dello scorrimento della graduatoria e della cessione del contratto

La continuità contrattuale

Il mantenimento del rapporto contrattuale (art. 110 comma 3 lettera B e comma 4)

Ma il potere della stazione appaltante è espressione di discrezionalità piena

Comparazione tra l'interesse privatistico al miglior soddisfacimento dei creditori e comunque alla prosecuzione dell'attività aziendale

E interesse pubblicistico alla rapida esecuzione dell'appalto

Impugnabile dinanzi al Tar solo per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere (sviamento di potere in base agli indici sintomatici della motivazione)

La continuità contrattuale

La “continuità contrattuale” : la prosecuzione dei contratti pubblici dopo il D.Lgs. 50/2016

Art. 80 comma 5

Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura di appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita ad un suo subappaltatore....b)l'operatore economico di trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta amministrativa, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110”

La continuità contrattuale

Le gare pubbliche dopo il D.Lgs. 50/2016

Art. 110 commi 1 e 2 (lo "scorrimento della graduatoria") - fase esecutiva -

Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione dell'appaltatore, o di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 108 ovvero di recesso dal contratto ...ovvero in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura...al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dei lavori"

La continuità contrattuale

Le gare pubbliche dopo il D.Lgs. 50/2016

Art. 110 commi 1 e 2 (lo "scorrimento della graduatoria") - fase esecutiva -

"L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta"

La continuità aziendale

Lo scorrimento diviene "obbligatorio"

Nell'art 140 del d.lgs. 163/2006 era facoltativo

Non v'è un limite allo scorrimento

La continuità contrattuale

Lo scorrimento

Occorre la pronuncia della sentenza di fallimento dopo la stipulazione del contratto

Ma se la sentenza di fallimento è oggetto di *reclamo* ex art. 18 l.f.?

Pare che comunque la stazione appaltante debba procedere all'interpello degli altri partecipanti

Se arriva la *revoca* del fallimento?

Se non v'è stato ancora l'interpello, la società tornata in bonis dovrebbe proseguire nell'esecuzione del contratto pubblico

La continuità contrattuale

Lo scorrimento

Occorre la pronuncia della sentenza di fallimento dopo la stipulazione del contratto

Ma se con la sentenza di fallimento è disposto l'*esercizio provvisorio* ex art. 104 l.f., non potrà procedersi allo "scorrimento" della graduatoria,

Il giudice delegato potrebbe autorizzare la continuazione dei contratti con la pubblica amministrazione

Allora la scelta di *altro contraente* dovrebbe essere recessiva rispetto alla "continuità aziendale"

La continuità contrattuale

Lo scorrimento

Anche se la società è stata ammessa alla liquidazione coatta amministrativa

Ma quale è il dies a quo della Ica?

1.dalla data di *accertamento* dello *stato* di *insolvenza* ex art. 195 l.f

2.dal provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ex art. 197 l.f.; ma questo è un provvedimento amministrativo "*vincolato*", sicchè la causa di esclusione dovrebbe intervenire dall'accertamento del tribunale

La continuità contrattuale

Lo scorrimento

Anche se la società è stata ammessa alla liquidazione coatta amministrativa

Ma quale è il dies a quo della Ica?

Se il provvedimento amministrativo precede l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza (art. 202 l.f.)

Provvedimento amministrativo "*discrezionale*"

Allora lo "scorrimento" dalla data del provvedimento amministrativo

La continuità contrattuale

Lo scorrimento

“in caso di insolvenza concorsuale”

Anche se la società è stata ammessa alla amministrazione straordinaria

Ma l'amministrazione straordinaria non è ricompresa tra i “requisiti generali di esclusione” di cui all'art. 80 comma 5 lettera B

Tuttavia l'amministrazione straordinaria, oltre alla amministrazione controllata, è ricompresa nell'art 48 comma 17 con riferimento alla posizione del mandatario e del mandante nel raggruppamento temporaneo di imprese

La continuità contrattuale

Lo scorrimento

“in caso di insolvenza concorsuale”

Potrebbero esservi incluse anche le procedure di sovraindebitamento ex lege n. 3 del 2012?

D.lgs. 50/2016 e favor verso le “*microimprese*”

Art. 3 lette. aa) microimprese “quelle che hanno meno di dieci occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro”

La continuità contrattuale

Lo scorrimento

“in caso di insolvenza concorsuale” da
sovraindebitamento

1.decreto di omologazione dell'accordo di
composizione ex art. 12 oppure decreto di
fissazione dell'udienza ex art. 10?

2.decreto di apertura del procedimento di
liquidazione dei beni ex art. 14 quinquies

La continuità contrattuale

Lo scorrimento

“in caso di concordato preventivo” art. 110 /1

Probabilmente *solo in caso di concordato preventivo con cessione dei beni*

Ma in realtà, *anche per i concordati preventivi con cessione dei beni vi è la continuità contrattuale*, previa autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC (quindi vi dovrebbe essere il “mantenimento” del soggetto che ha stipulato il contratto)

Scelta di altro contraente “*recessiva*” rispetto alla continuità aziendale.

La continuità contrattuale

La modifica soggettiva: la cessione del contratto
(art. 106 D.Lgs. 50/2016)

I contratti di appalto nei settori ordinari ...possono essere *modificati* senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti:.....*se un nuovo contraente sostituisce* quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze:....

All'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o per contratto, *anche a seguito di* ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizioni o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente....

La continuità contrattuale

La modifica soggettiva: la cessione del contratto
(art. 106 D.Lgs. 50/2016)

I tesi: potrebbe essere l'ipotesi in cui la società in bonis sia ammessa alla procedura di concordato preventivo (contratto anche a seguito di insolvenza)

Ma in tal caso non vi sarebbe una "modifica soggettiva"

La continuità contrattuale

La modifica soggettiva: la cessione del contratto
(art. 106 D.Lgs. 50/2016)

II tesi:

La società dopo la stipulazione del contratto viene dichiarata fallita o ammessa al concordato preventivo

Si procede alla *fase liquidatoria* con cessione del contratto di appalto già stipulato (vendita di azienda o di ramo di azienda coattiva ma effettuata con "contratto" ex art. 182 l.f. o 107 l.f.)

La continuità contrattuale

La modifica soggettiva: la cessione del contratto
(art. 106 D.Lgs. 50/2016)

II tesi:

Art. 186 bis comma 3 “Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti”

La continuità contrattuale

La modifica soggettiva: la cessione del contratto
(art. 106 D.Lgs. 50/2016)

II tesi:

Vanno effettuate le *vendite competitive* ex art. 163 bis l.f. (offerte concorrenti)

Con allungamento dei tempi ed anche qui non è previsto un termine per concludere l'operazione di cessione e bloccare lo "scorrimento" della graduatoria

La continuità contrattuale

Rapporto tra *mantenimento* dell'impresa insolvente (art. 110 D.Lgs. 50/2016) – continuazione dei contratti per l'impresa con cessione dei beni, in continuità , concordato con riserva e fallimento con esercizio provvisorio, e

Recesso o *risoluzione* del contratto (art. 108 e 109)

Modificazione Soggettiva:

Scorrimento della graduatoria ed interpello progressivo (art. 110 commi 1 e 2)

Cessione del contratto (art. 106)

La continuità contrattuale

La nuova continuità contrattuale

Occorre l'autorizzazione del giudice delegato

Sentita l'Anac

Non più quindi "Automatismo assistito"

La continuità contrattuale

La nuova continuità contrattuale

Ma occorre ancora l'attestazione del professionista ex art. 186 bis comma 3

Su "conformità al piano" e "ragionevole capacità di adempimento"?

I tesi: norma tacitamente abrogata dall'art. 110 D.Lgs. 50/2016

II tesi: tale attestazione viene *utilizzata dal giudice delegato e (dall'Anac?) per il rilascio della autorizzazione* prevista dall'art. 110

La continuità contrattuale

La nuova continuità contrattuale

Nel concordato con cessione dei beni

Si prevede la continuità contrattuale ex art. 110 comma 4

Ma nel disegno di legge delega si prevede la soppressione del concordato con cessione dei beni

La continuità contrattuale

La nuova continuità contrattuale

Nella domanda con riserva ex art. 161/3 non si comprende l'autorizzazione rilasciata dal giudice delegato

Vi è solo il Tribunale fallimentare

La partecipazione alle gare

La nuova partecipazione alle gare

Può partecipare alla gare anche il fallimento in *esercizio provvisorio* ("il curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio")

Autorizzazione del giudice delegato

Sentita l'Anac

La partecipazione alle gare

La nuova partecipazione alle gare

Può partecipare alla gare anche il fallimento in esercizio provvisorio

1.esercizio provvisorio disposto dal Tribunale

2.esercizio provvisorio autorizzato dal giudice delegato

3.esercizio provvisorio "approvato dal comitato dei creditori" con l'approvazione del programma di liquidazione

La partecipazione alle gare

La nuova partecipazione alle gare

Può partecipare alla gare anche il fallimento in esercizio provvisorio

In caso di esercizio provvisorio disposto in sede di liquidazione coatta amministrativa ex art. 206 comma 2 ?

La partecipazione alle gare

La nuova partecipazione alle gare

L'impresa in continuità aziendale pare debba essere stata "già ammessa" alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale ex art. 186 bis l.f.

Autorizzazione del giudice delegato

Sentita l'ANAC

Non è più necessario l'avvalimento rinforzato o specifico (art. 110 /4 "L'impresa ammessa al concordato in continuità aziendale non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto").

La partecipazione alle gare

La nuova partecipazione alle gare

Se la società in concordato, già ammessa, omette il deposito in gara del decreto di ammissione?

Si utilizza il "*soccorso istruttorio*" di cui all'art. 83 comma 9 del D.Lgs. 50/2016

La partecipazione alle gare

La nuova partecipazione alle gare

L'avvalimento speciale solo se l'ANAC subordina la partecipazione , sentito il giudice delegato,

Nei seguenti casi:

a)se l'impresa *non è in regola con i pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali ed assistenziali*

b)se l'impresa non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida

Pertanto, quasi sempre ci sarà l'avvalimento speciale

La partecipazione alle gare

La nuova partecipazione alle gare

L'avvalimento: mira ad ampliare la possibilità per gli operatori economici di partecipare alle gare non possedendo i requisiti di capacità

Attiene alla fase di partecipazione alla gara di impresa già ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale prima della aggiudicazione

Lo "scorrimento" si applica alla diversa ipotesi in cui la società è ammessa al concordato preventivo "dopo la stipulazione del contratto"

La partecipazione alle gare

La nuova partecipazione alle gare

Sentito il giudice delegato

Mero parere del g.d, parere obbligatorio ma non vincolante

Con quali modalità? Per iscritto, verbalmente....

Peraltro, dopo l'ammissione al concordato preventivo v'è anche la nomina del Commissario Giudiziale

La partecipazione alle gare

La nuova partecipazione alle gare

L'autorizzazione del giudice delegato

Tra i poteri concessi al giudice delegato ai sensi dell'art. 167 l.f. , dopo l'ammissione al concordato preventivo

Il tribunale ha già vagliato con il decreto di ammissione il piano di concordato comprendente la partecipazione alla gara pubblica

Ma la gara potrebbe essere stata indetta anche dopo il decreto di ammissione

Ecco forse la necessità dell'autorizzazione del giudice delegato

La partecipazione alle gare

La nuova partecipazione alle gare

L'autorizzazione può essere rilasciata dal Tribunale con l'emissione del decreto di ammissione ex art. 163 l.f.?

I.tesi: no perchè un provvedimento "funzionale" del g.d.

II tesi: può rilasciare anche l'autorizzazione il Tribunale, che è organo cui partecipa anche il gd

La partecipazione alle gare

La nuova partecipazione alle gare

Tar Lombardia 15.11.2016

È sufficiente

L'autorizzazione del giudice delegato

Anche se manca il parere dell'Anac come pure l'attestazione ex art. 186 bis comma 5 lettera a (conformità al piano e ragionevole capacità di adempimento)

La partecipazione alle gare

La nuova partecipazione alle gare

Trib. Trento 30.1.2017

Dopo l'omologazione il gd non può rilasciare alcuna autorizzazione per la partecipazione alle gare pubbliche

Gli organi della procedura hanno solo compiti di vigilanza sulla corretta esecuzione della procedura

La partecipazione alle gare

La nuova partecipazione alle gare

La valutazione della stazione appaltante

Dovrebbe limitarsi al controllo della *esistenza* della autorizzazione del giudice delegato (quindi della documentazione)

E dell'avvalimento speciale se l'Anac ha subordinato a partecipazione a tale adempimento

Non può qualificare come liquidatorio il concordato con continuità aziendale

La partecipazione alle gare

La nuova partecipazione alle gare

Il concordato con riserva non consente la partecipazione

1.si fa riferimento alla autorizzazione del giudice delegato, sicchè v'è stato il *decreto di ammissione ex art. 163 l.f.*

2.l'art. 110 fa riferimento al comma 3 all'*impresa "ammessa"* al concordato con continuità aziendale

3.nella legge delega si fa riferimento alla impresa ammessa

La partecipazione alle gare

La nuova partecipazione alle gare

Il concordato con riserva non consente la partecipazione

II tesi (Pezzano-Ratti)

1.1.art. 186 bis comma 4 *non è stato abrogato (art. 217 TU gare)*

2.110 comma 5: avvalimento obbligatorio proprio per l'impresa che presenta domanda di conc prev con riserva, ma in continuità aziendale

3.art. 110 comma 5 si riferisce alla "impresa in concordato" senza altra specificazione, quindi ricomprendendo anche il concordato con riserva

La continuità aziendale

Il DURC:

Necessario per ottenere pagamenti dalla PA e per partecipare alle gare di appalto

Art. 30 comma 5 D.Lgs. 50/2016

In caso di *inadempienza contributiva* risultante dal documento unico di regolarità contributiva relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore....impiegato nella esecuzione del contratto, la *stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento* l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali

La continuità aziendale

Il DURC:

Necessario per ottenere pagamenti dalla PA e per partecipare alle gare di appalto

Art. 80 comma 4 D.Lgs. 50/2016 (*motivi di esclusione*)

Un operatore economico è escluso ...se ha commesso violazioni gravi...rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse e dei contributi previdenziali....costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziali quelle ostative al rilascio del DURC di cui al DM 30.1.2015

La continuità aziendale

II DURC:

Necessario per ottenere pagamenti dalla PA e per partecipare alle gare di appalto

Art. 5 comma 2 lettera b dm 24.10.2007 "La regolarità contributiva sussiste inoltre in caso di:....**sospensioni** dei pagamenti a seguito di *disposizioni legislative*"

L'art. 168 l.f. che impedisce i pagamenti dei debiti anteriori sia coattivamente che volontariamente rientra tra tali disposizioni legislative?

La continuità aziendale

Il DURC:

C 12.1.2007 n. 578

Il divieto di azioni esecutive e cautelari di cui all'art. 168 l.f. comporta **implicitamente** il **divieto** di **pagamento** di **debiti anteriori**, perchè sarebbe incongruo che ciò che il creditore non può ottenere in via di esecuzione forzata possa conseguire in virtù di spontaneo adempimento

La continuità aziendale

Il DURC:

Interpello del Ministero del lavoro 21.12.2012 n. 41:

È possibile ottenere il DURC per l'impresa in concordato con continuità aziendale ex art. 186 bis l.f. se il piano omologato contempla "l'integrale assolvimento" dei debiti previdenziali e assistenziali contratti prima dell'attivazione della procedura concorsuale

Occorreva però almeno l'ammissione al concordato preventivo ai sensi dell'art. 163 l.f.

La società in concordato con riserva non poteva avere il DURC e non poteva partecipare alle gare

La continuità aziendale

Il DURC:

I tesi: Milano 22.2.13: inammissibile la richiesta di nulla osta al rilascio del DURC perchè non c'era il piano né l'attestazione (concordato in bianco)

La continuità aziendale

Il DURC:

Il tesi: i Tribunali **rigettano** le istanze di pagamento di debiti pregressi Inps e Inail ai sensi dell'art. 161/7 l.f. in quanto vi è la sospensione dei pagamenti per legge (art. 168 l.f.); T. Pavia, 29.12.14; T. Cosenza 19.12.12; T. Siracusa, 2.10.13; T. Udine, 25.2.14

Il DURC poteva essere legittimamente rilasciato all'impresa in concordato

T. Roma, 5.12.14 (in relazione a concordato in bianco) accerta che **nulla** osta al pagamento

La continuità aziendale

II DURC:

III tesi: autorizzano il pagamento di debiti anteriori
ex art. 182 quinquies /4 l.f. (T.Milano, 29.4.13)

La continuità aziendale

Il DURC:

IV tesi: è stato accolto il *ricorso ex art. 700 c.p.c.* proposto dalla società debitrice nei confronti dell'Inps dinanzi al giudice ordinario per conseguire l'ordine all'immediato rilascio della attestazione di regolarità contributiva positiva (Trib. Firenze 21.12.2015)

La continuità aziendale

Messaggio INPS del 24.4.2015 n. 2835 per cui la pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese integra la fattispecie di cui all'art. 5 comma 2 lette. B del dm 24-10-2007, in virtù del quale la **regolarità contributiva** può essere attestata in caso di sospensioni dei pagamenti a seguito di disposizioni legislative

Parere del Ministero del Lavoro del 21.4.2015

Già la pubblicazione della domanda di concordato preventivo integra la fattispecie di cui all'art. 5 del dm 24.10.2007

La continuità aziendale

Durc on line

Decreto Ministero del Lavoro e delle politiche sociali **30.1.2015**, n. 84785

In attuazione del D.L. 20.3.2014 n. 34, convertito in L. 16.5.2014 n. 78

Le stazioni appaltanti, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono *verificare "in tempo reale"* la regolarità contributiva nei confronti dell'Inps, dell'Inail e delle Casse edili

Viene abrogato il D.M. 24.10.2007

La continuità aziendale

Durc on line

Decreto Ministero del lavoro e delle politiche sociali
30.1.2015, n. 84785

Polifunzionalità del durc:

1.per l'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari

2.Nell'ambito delle procedure di appalto di opere, servizi e forniture pubblici e nei lavori privati dell'edilizia

3.per il rilascio dell'attestazione SOA

La continuità aziendale

Durc on line

Decreto Ministero del lavoro e delle politiche sociali
30.1.2015, n. 84785

La verifica della regolarità avviene in "*tempo reale*"
ed ha durata di *120 giorni*

Riguarda i pagamenti dovuti dall'impresa in relazione ai lavoratori subordinati e a quelli impiegati con contratto di collaborazione coordinata e continuativa, che operano nell'impresa "*scaduti sino all'ultimo giorno del secondo mese antecedente a quello in cui la verifica è effettuata*"

La continuità aziendale

Durc on line

Se non è possibile attestare la regolarità contributiva in tempo reale

Preavviso di rigetto del DURC

L'interessato può *regolarizzare* entro 15 giorni

La regolarizzazione genera un *documento in formato PDF*

Se non c'è la tempestiva regolarizzazione, la risultanza negativa è comunicata ai soggetti che hanno effettuato l'interrogazione con indicazione degli importi a debito e delle cause di irregolarità

La continuità aziendale

Durc on line

Decreto Ministero del lavoro e delle politiche sociali
30.1.2015, n. 84785

Art. 6 (procedure concorsuali)

In caso di concordato preventivo con *continuità aziendale ex art. 186 bis l.f.* l'impresa si considera regolare nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del ricorso e il decreto di omologazione, a condizione che nel piano di cui all'art. 161 sia prevista l'integrale soddisfazione dei crediti dell'Inps, del'Inail e delle Casse edili e dei relativi accessori di legge

Ma si va ad incidere sulla scala dei "*privilegi*"

La continuità aziendale

Durc on line

Decreto Ministero del lavoro e delle politiche sociali
30.1.2015, n. 84785

Art. 6 comma 2 (procedure concorsuali),
modificato dal D.M. 23.2.2016

In caso di *fallimento* o *liquidazione coatta amministrativa* con *esercizio provvisorio* di cui agli articoli 104 e 206 l'impresa *si considera regolare* con riferimento agli obblighi contributivi nei confronti di Inps, Inail e Casse edili *scaduti anteriormente alla data di autorizzazione dell'esercizio provvisorio*

La continuità aziendale

Durc on line

Decreto Ministero del lavoro e delle politiche sociali
30.1.2015, n. 84785

Art. 6 comma 2 (procedure concorsuali), modificato
dal D.M. 23.2.2016

In caso di "concordato in bianco" ex art. 161
comma 6 l.fall non v'è alcuna previsione normativa

La regolarità contributiva non sussiste per l'impresa
che abbia richiesto l'ammissione al concordato in
bianco, "stante l'assenza di un piano concordatario",
non essendovi quindi per gli istituti di previdenza la
possibilità di verificare i termini di soddisfacimento
dei propri crediti.

La continuità aziendale

Durc on line

Messaggio Inps n. 5223 del 6.8.2015

Vi è obbligo di rilascio del DURC regolare alle imprese che abbiano conseguito il *decreto di omologazione* ex art. 180 l.f., *anche laddove il relativo piano non contempi l'integrale soddisfazione dei crediti Inps ed Inail muniti di privilegio.*

L'esdebitazione ex art. 184 l.f. vale per tutti i creditori "concorsuali"

La continuità aziendale

Soluzione per il concordato con riserva

1. Si possono pagare i debiti previdenziali con i *finanziamenti indifferibili e urgenti* ex art. 182 quinquies comma 3 (Filocamo)

La continuità aziendale

Soluzione per il concordato con riserva

2. (Pezzano-Ratti) art. 80 /4 "Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse *superiore all'importo di cui all'art. 48 bis commi 1 e 2 bis del dpr 29.9.1973 n. 602*"

Ma per la circolare n. 22 del 29.7.2008 del Ministero dell'Economia e delle Finanze *tale norma non si applica alle procedure concorsuali*

Sicchè il DURC positivo spetta anche alle società che depositano domanda di concordato preventivo con continuità aziendale *anche se persistono debiti previdenziali anteriori al deposito e per il concordato con riserva* (Trib. Cassino 25.5.2016).

La continuità aziendale

Nuovo art 183 ter l.f.

Modifica di cui alla legge 232/2016 (IVA)

Si può effettuare la falciatura dei contributi previdenziali previa valutazione del professionista indipendente ai sensi dell'art. 160 comma 2 l.f.

Obbligo di utilizzo dell'istituto ex art. 183 ter ("Con il piano di cui all'art. 160 il debitore, esclusivamente mediante proposta presentata ai sensi del presente articolo, può proporre il pagamento parziale....dei contributi")

Il DURC va rilasciato anche in caso di pagamento solo parziale dei contributi previdenziali

La continuità aziendale

Impugnazione avverso il DURC negativo:

Se il DURC è impugnato *in via autonoma*

1. dinanzi al *giudice del lavoro* con ordinaria controversia previdenziale e assistenziale (se impugnazione autonoma del durc), trattandosi di dichiarazione di scienza, oppure eventualmente con la querela di falso (Tar Pescara 20.3.12)

La continuità aziendale

Impugnazione avverso il DURC negativo:

2. Se il DURC negativo è impugnato quale "*atto interno*" alla *gara* per l'affidamento di un contratto pubblico, allora l'accertamento rientra nella giurisdizione del *giudice amministrativo*

Se c'è durc negativo ed esclusione dalla gara: obbligo della stazione appaltante di esclusione dalla gara, senza effettuare apprezzamenti sulla gravità degli adempimenti (Cds 20.4.2016, n. 1557; Cds 26.6.12. n. 3738)

La continuità aziendale

Impugnazione avverso il DURC negativo:

3. per la SC sez Un 9.2.11, n. 3169: il *giudice amministrativo può valutare la gravità dell'inadempimento* al fine di esclusione dalla gara, *ma non può annullare il durc negativo*

La continuità aziendale

La "sanatoria" del Durc negativo

Art. 80 comma 4 D.Lgs. 50/2016

"Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi *pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare* le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, *purchè il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande*"

Il subappalto

Il subappalto (art. 105 D.Lgs. 50/2016)

Requisiti generali ex art. 80 anche per il subappaltatore

Le stazioni appaltanti escludono...un operatore economico in una delle seguenti situazioni, *anche riferita ad un suo subappaltatore...*

Il subappalto

Il subappalto (art. 105 D.Lgs. 50/2016)

Art. 105 comma 1

“di norma” i soggetti affidatari eseguono i lavori, i servizi e le forniture

Il contratto non può essere ceduto a pena di nullità

Art. 105 comma 2

Il subappalto non può superare la quota del 30 % dell'importo complessivo del contratto

Il subappalto

Il subappalto (art. 105 D.Lgs. 50/2016)

Art. 105 comma 4

I soggetti affidatari possono affidare in subappalto...previa autorizzazione della stazione appaltante purchè...

a.facoltà espressamente prevista nel bando

b.all'atto della offerta vi è stata l'indicazione dei lavori da subappaltare

c.i concorrenti dimostrino l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'art. 80

Il subappalto

Il subappalto (art. 105 D.Lgs. 50/2016)

Art. 105 comma 6

Indicazione della terna dei subappaltatori

Ma l'autorizzazione può essere chiesta anche a distanza di tempo dalla indicazione della terna con la domanda di partecipazione

Imprese designate ormai in decozione o non più affidabili

Il subappalto

Il subappalto (art. 105 D.Lgs. 50/2016)

Art. 105 comma 12

L'affidatario deve sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica ha dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80

Il subappalto

Il subappalto (art. 105 D.Lgs. 50/2016)

Art. 105 comma 13 (il pagamento diretto)

Era solo una eccezione nel vecchio codice delle gare pubbliche

118 comma 3

Se la stazione appaltante lo prevedeva in sede di bando di gara

In pendenza di concordato preventivo in continuità

Il subappalto

Il subappalto (art. 105 D.Lgs. 50/2016)

Art. 105 comma 13 (il pagamento diretto)

Ora diviene la "regola"

a. quando il subappaltatore è una microimpresa

b. in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore

c. su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente

Il subappalto

Il subappalto (art. 105 D.Lgs. 50/2016)

Art. 105 comma 13 (il pagamento diretto)

Determinazione del "*quantum*"

Lo stato di avanzamento riguarda le opere progressivamente realizzate dall'appaltatore, non quelle del subappaltatore

Dovrebbe essere l'appaltatore ad indicare alla committente il valore delle opere sino a quel momento eseguite dal subappaltatore

Il subappalto

Il subappalto (art. 105 D.Lgs. 50/2016)

Art. 105 comma 13 (il pagamento diretto)

Come si individua l'inadempimento?

Se il subappaltatore ha realizzato opere difformi o con vizi e l'appaltatore ha eccepito l'inesatto adempimento ex art. 1460 c.c.

Il subappalto

Il subappalto (art. 105 D.Lgs. 50/2016)

Deroga a Cass. 5.3.2012 n. 3402

Credito del subappaltatore va pagato in "predeuzione" dal fallimento dell'appaltatore, in quanto solo così è possibile riscuotere il credito nei confronti della stazione appaltante

I finanziamenti

Le varie categorie di finanziamenti

1.i finanziamenti "ponte" di cui all'art. 182 quater comma

2 lf

2.i finanziamenti in esecuzione ex art. 182 quater comma 1

3.i finanziamenti dei soci sia "ponte" sia "in esecuzione"

3.i finanziamenti "funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale" ex art. 182 quinquies comma 3

4.i finanziamenti di cui al comma 1 dell'art. 182 quinquies

5.i finanziamenti autorizzati dal gd dopo il decreto di ammissione ai sensi dell'art. 67 lf

I finanziamenti

I finanziamenti "ponte" di cui all'art. 182 quater comma 2 l.f.

Non vi sono limitazioni soggettive per gli erogatori di finanza

"Già erogati" in funzione della presentazione della domanda di ammissione al conc prev o della domanda di omologazione dell'adr

"previsti" dal piano o dall'accordo

Purchè la *"prededuzione"* sia *espressamente disposta nel provvedimento* con cui il trib accoglie la domanda di ammissione al conc prev ovvero l'accordo sia omologato

I finanziamenti

I finanziamenti "ponte" di cui all'art. 182 quater comma 2 l.f.

Il professionista attestatore deve riconoscere la "funzionalità" del finanziamento già erogato ai fini della presentazione della domanda di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione

I finanziamenti

I finanziamenti "ponte" di cui all'art. 182 quater comma 2 l.f.

Il debitore deve "chiedere espressamente" nella domanda di conc prev il riconoscimento della prededuzione al finanziamento-ponte

I finanziamenti

I finanziamenti "ponte" di cui all'art. 182 quater comma 2 l.f.

Il debitore deve presentare oltre alla domanda di conc prev anche il piano, la proposta e la documentazione di cui all'art. 161 lf, non potendosi chiedere la "prededuzione" dei finanziamenti-ponte con la domanda "in bianco"

Il professionista attestatore deve, infatti, riconoscere la "funzionalità" del finanziamento rispetto al piano concordatario

I finanziamenti

I finanziamenti "ponte" di cui all'art. 182 quater comma 2 l.f.

Anche i soci possono concedere tali finanziamenti ed in tal caso sono "*antergati*" nei limiti dell'80 %

Art. 182 quater comma 3 ("In deroga agli articoli 2467 e 2497 quinquies ...il primo e il secondo comma del presente articolo si applicano anche ai finanziamenti effettuati dai soci fino alla concorrenza dell'80 per cento del loro ammontare").

I finanziamenti

I finanziamenti "ponte" di cui all'art. 182 quater comma 2 l.f.

Se i finanziamenti "ponte" o quelli "in esecuzione" vengono effettuati da soggetti che *acquisiscono la qualità di "soci" in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione o del conc prev*, non vi sono limiti percentuali alla prededuzione.

Il finanziamento dei soci in tal caso è in prededuzione al 100 % e non all'80 %.

I finanziamenti

I finanziamenti "*in esecuzione*" di cui all'art. 182 quater comma 1 l.f.

In questi casi la prededuzione è ex lege ("I crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati in esecuzione...sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111").

I finanziamenti

I finanziamenti *dopo la presentazione della domanda di con prev ex art. 182 quinquies comma 1 l.f.*

Si possono chiedere anche con il deposito della domanda "in bianco" ex art. 161 comma 5 l.f.

Anche prima del deposito della documentazione di cui all'articolo 161 commi secondo e terzo

1. finanziamenti "prededucibili ai sensi dell'art. 111" se

2. il professionista di cui all'art. 67 comma 3 lettera d verifica il "complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa"

3. attesta che tali finanziamenti sono "funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori"

Anche finanziamenti individuati solo per tipologia e entità

I finanziamenti

I finanziamenti "indifferibili e urgenti"

Art. 182 quinquies comma 3 lf

In questo caso *non occorre l'attestazione del professionista ex art. 67 comma 3 lettera d* (come in caso di sospensione o scioglimento dei rapporti pendenti ex art. 169 bis lf oppure per il pagamento dei debiti anteriori quando vengono utilizzate nuove risorse finanziarie senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori ex art. 182 quinquies comma 5)

I finanziamenti

I finanziamenti "indifferibili e urgenti"

Art. 182 quinquies comma 3 lf

Finanziamenti "funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale *fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell'art. 161 comma 6...*"

Si possono chiedere, quindi, solo nella fase del "preconcordato" cioè in caso di domanda ai sensi dell'art. 161 comma 6 l.f. T Benevento 4.2.16

Per importi "*limitati*" (vedi relazione illustrativa del disegno di legge)

I finanziamenti

I finanziamenti "indifferibili e urgenti"

Il ricorso deve specificare :

1. la destinazione dei finanziamenti

2. che il debitore non è in grado di reperire altrimenti tali finanziamenti

3. che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda" (non si valuta il miglior soddisfacimento dei creditori)

I finanziamenti

I finanziamenti "indifferibili e urgenti"

Istruttoria assunzione di *sommario informazioni* sul piano e sulla proposta in corso di elaborazione

Sentito il *Commissario giudiziale "se nominato"*

Sentiti senza formalità i *principali creditori*

I finanziamenti

I finanziamenti "indifferibili e urgenti"

Procedimento in camera di consiglio

Decisione entro dieci giorni dal deposito dell'istanza di autorizzazione con decreto motivato

Particolare celerità della decisione

I finanziamenti

I finanziamenti autorizzati dal giudice delegato ai sensi dell'art. 167 l.f.

Dopo il decreto di ammissione

Preveducibili perchè sorti "in occasione della procedura concorsuale"

Accordo di ristrutturazione

Art. 182 bis

Natura pubblica: il presupposto è lo stato di crisi

Natura privata: non occorre lo stato di crisi

Accordo di ristrutturazione

Art. 182 bis

I tesi: Non è procedura concorsuale

Non c'è una fase di ammissione

Non c'è lo spossessamento

Si vincolano solo i creditori aderenti

Si può derogare all'ordine delle cause legittime di prelazione

Accordo di ristrutturazione

Art. 182 bis

II tesi: é procedura concorsuale

182 bis commi 6 e 7 (divieto di azioni esecutive e cautelari)

Occorre l'autorizzazione del tribunale per pagare i debiti anteriori (182 quinquies comma 6)

Occorre l'autorizzazione del trib per ottenere finanziamenti (182 quinquies comma 1)

Occorre l'autorizzazione del trib. per i finanziamenti indifferibili e urgenti (182 quinquies 3)

Controllo omologatorio

Moratoria dei pagamenti (120 giorni)

Accordo di ristrutturazione

Art. 182 bis

La fase prodromica eventuale

L'istanza di sospensione blocca le azioni esecutive e cautelari dalla pubblicazione

Fissazione da parte del tribunale dell'udienza entro 30 giorni

Il trib, all'esito dell'udienza, dispone il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive, assegnando il termine di 60 giorni per il deposito dell'accordo e della relazione del professionista

Si ritiene inammissibile la richiesta di "proroga" del termine di 60 giorni T Novara 2.5.11

Accordo di ristrutturazione

Art. 182 bis

Una volta depositato l'accordo scatta il blocco delle azioni esecutive di cui al comma 3 dell'art. 182 bis per ulteriori 60 giorni

L'omologazione deve avvenire in questi 60 giorni

Se si rigetta l'omologazione vi è la caducazione ex tunc del divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari

I creditori possono riavviare le procedure cautelari ed esecutive "sospese"

Accordo di ristrutturazione

Art. 182 bis comma 6

La “*dichiarazione*” del professionista

Si inserisce in una sorta di *procedimento “cautelare”*

“dichiarazione” è qualcosa di meno della
“attestazione”

Sono importanti le “conclusioni” del professionista
piuttosto che le ragioni poste a base di tali
conclusioni

Accordo di ristrutturazione

Art. 182 bis

La struttura del procedimento

I parte: matrice privatistica (accordo con il 60 % dei creditori, non importa se chirografari o prelazionari)

II parte: pubblicistica (omologazione del tribunale)

Accordo di ristrutturazione

Art. 182 bis

La percentuale del 60 %

I tesi: presupposto processuale che deve necessariamente essere presente al momento di deposito dell'accordo

II tesi: *condizione dell'azione* che è sufficiente sussista in sede di omologazione T Milano 24.1.07; T Piacenza 2.3.11

Accordo di ristrutturazione

Art. 182 bis

Contratto plurilaterale a comunione di scopo, agganciato ad una causa unitaria, intesa come "sopravvivenza del complesso produttivo"

Non si rispetta il principio della par condicio creditorum. Si può pagare una percentuale maggiore ai chirografari rispetto ai prelazionari

Accordo di ristrutturazione

Deposito del ricorso

Tribunale del luogo competente ai sensi dell'art. 9 l.f.

Documenti di cui all'art. 161:

a. aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria

b. stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori

c. elenco titolari dei diritti reali o personali

d. valore dei beni e creditori particolari dei soci illimitatamente responsabili

Relazione dell'esperto ex art. 67 comma 3 lettera d

Accordo di ristrutturazione

E' consentita la "dilazione" del pagamento (pagamento "integrale" e non più "regolare")

Accordo risultante dal documento scritto con firma autenticate dal Notaio

L'accordo

I tesi: va prima depositato presso il Tribunale e poi depositato presso il registro delle imprese

II tesi: va prima depositato presso il registro delle imprese e poi presso il tribunale

Difficoltà per i terzi di venire a conoscenza della presentazione dell'accordo di ristrutturazione

Accordo di ristrutturazione

Il piano negli accordi di ristrutturazione

I tesi: non occorre la predisposizione di un piano a pena di inammissibilità

Nel testo di legge non v'è traccia di tale adempimento

L'art. 182 bis comma 1 richiama solo la documentazione di cui all'art. 161 lf, senza richiamare l'art. 160 comma 1

182 bis comma 6 richiama il 161 commi 1 e 2 lettere a, b, c, d, ma non la lettera e)

II tesi: occorre predisporre un piano

Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari

La relazione (art. 182 septies)

“con la *finalità di togliere ai creditori finanziari che vantano un credito di piccola entità* la possibilità di dichiararsi contrari ad operazioni di ristrutturazione concordate fra il debitore e la maggioranza dei creditori finanziari...”

Raccomandazione Europea 12.3.14 “per rendere più efficace l'adozione del piano di ristrutturazione, gli Stati membri dovrebbero inoltre garantire che possano *adottarlo [piano di ristrutturazione] soltanto determinati creditori...*che a condizione che gli altri creditori non siano coinvolti”

Accordo di ristrutturazione

182 septies

È una species del genus accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis

Per la collocazione topografica (dopo l'art. 182 bis)

Chiari riferimenti normativi all'art. 182 bis

“la disciplina di cui all'art. 182 bis, in deroga agli articoli 1372 e 1411 c.c., è *integrata* dalle disposizioni contenute nei commi secondo, terzo e quarto”

L'accordo “vincola” anche i creditori bancari <<non aderenti>>

Accordo di ristrutturazione 182 septies

I tesi: La natura negoziale

1. il chiaro riferimento agli artt. 1372 e 1411 c.c.

2. La relazione "le modifiche che si propongono...mantenendo una impostazione contrattuale..."

3. applicazione solo del principio di maggioranza, come nelle materie condominiali e societarie per le rispettive delibere

Accordo di ristrutturazione 182 septies

La natura concordataria

1. Le norme civilistiche vengono piegate per consentire il *cram down* di alcuni creditori

2. la relazione illustrativa nella parte dedicata all'art. 236 bis "con l'introduzione dell'art. 182 septies ...in considerazione *dell'effetto parzialmente concordatario dell'accordo di ristrutturazione*"

3. Accordo che si raggiunge con l'adesione del 60 % dei crediti anche solo finanziari

Accordo di ristrutturazione 182 septies

I presupposti

Debiti verso banche ed intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo

La disciplina del 182 bis è "integrata"

Imprenditore sia commerciale che agricolo

Stato di crisi

Deposito documentazione ex art. 182 bis

Accordo con il 60 % dei creditori

Attestazione del professionista

Accordo di ristrutturazione 182 septies

La difesa tecnica

Non pare necessaria trattandosi di un accordo con i creditori (non vi è contrasto tra posizioni giuridiche soggettive)

In caso di opposizione alla omologazione (difesa tecnica)

Accordo di ristrutturazione 182 septies

La debitoria verso le banche non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo

I dati sui debiti si rinvencono nella documentazione di cui all'art. 161

Passaggio attraverso il conc prev con riserva ex 161 comma 6

Le *categorie* dei creditori bancari

Non servono ai fini della votazione, solo assenso o dissenso dei singoli (*non meccanismo di voto*)

Non occorre la maggioranza delle categorie

Accordo di ristrutturazione 182 septies

Cram down parziale verso le banche non aderenti della <<stessa categoria>>

3 presupposti:

1. tutti i creditori della categoria *sono stati informati* dell'avvio delle trattative

2. siano stati *messi in condizione di parteciparvi in buona fede*

3. i crediti delle banche aderenti *rappresentino il 75 % dei crediti* della categoria

Contraddittorio effettivo: il ricorso e la documentazione *vanno notificati* alle banche nei confronti delle quali si intende estendere gli effetti dell'accordo

Accordo di ristrutturazione 182 septies

Cram down parziale verso le banche non aderenti della <<stessa categoria>>

Omologazione del tribunale: buona fede nelle trattative

1. se le banche sottoposte al cram down hanno *posizione giuridica ed interessi economici omogenei* rispetto alle banche aderenti

2. hanno *ricevuto complete ed aggiornate informazioni* e siano state messe in condizione di partecipare alle trattative

3. possono risultare *soddisfatti* in base all'accordo *in misura non inferiore* rispetto alle alternative concretamente praticabili

Accordo di ristrutturazione 182 septies

Non c'è un professionista attestatore che si esprime sul terzo punto (come invece avviene nel conc prev 160/2 e nel conc fall 124/3)

Nomina da parte del tribunale di un *ausiliario*

L'unico caso di espressa nomina di un ausiliario da parte del tribunale, unitamente al concordato fallimentare (art. 124 comma 3 "relazione giurata")

Accordo di ristrutturazione 182 septies

La convenzione di moratoria

Non c'è decurtazione del credito

Solo una moratoria o dilazione dei tempi di pagamento

Non occorre un *indebitamento bancario* non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo

Non è una species del genus 182 bis

Non vi è alcun richiamo all'art. 182 bis

Accordo con il 60 % dei creditori

Accordo di ristrutturazione 182 septies

Professionista che attesta la omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati alla moratoria

Ma in genere tale valutazione è sempre riservata al Trib. anche in caso di proposte di conc prev concorrenti, oltre che per le classi del conc fall e del con prev

Attengono a *valutazioni* più che ad *attestazioni*

Accordo di ristrutturazione 182 septies

I presupposti del cram down:

1.crediti di banche

2.maggioranza del 60 %

3.attestazione del professionista sulla doppia omogeneità

4.informazione ai creditori non aderenti

5.messi in condizione di partecipare in buona fede

Accordo di ristrutturazione 182 septies

Non è procedura concorsuale

1. *mancato controllo omologatorio* del trib in assenza di opposizioni

2. solo dilazione dei crediti

3. non vi è blocco azioni esecutive e cautelari

4. non si fa menzione di classi o categorie ma solo di "creditori interessati alla moratoria"

Accordo di ristrutturazione 182 septies

Legge delega bozza (art. 5 accordi di ristrutturazione dei debiti e piani attestati di risanamento)

“I piani attestati di risanamento, gli accordi di ristrutturazione dei debiti e le convenzioni di moratoria...*vanno incentivati:a)* consentendo al debitore, il quale nell'ambito di soluzioni non esclusivamente liquidatorie concluda l'accordo di ristrutturazione ovvero una convenzione di moratoria con creditori <<*anche diversi da banche*>>...rappresentanti almeno il 75 % del credito di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee, di estenderne gli effetti <<ai creditori della medesima categoria non aderenti>>....”

La responsabilità civile del professionista attestatore

La responsabilità verso i creditori

I tesi: responsabilità extracontrattuale ex art. 2043
cc

II tesi: resp contrattuale ex art, 1218

II tesi: resp. da *contatto sociale* contrattuale ex art.
1218 cc

Responsabilità verso il debitore: contrattuale