



Roma, 2 agosto 2017

Avv. Michele Roma
Avv. Alberto Lauro
Avv. Carla Mariani
Avv. Alessandro Mangano
Avv. Simona Sainato
Avv. Francesca Rauso
Avv. Matteo Borgini
Avv. Mario Buonaiuto
Avv. Caterina Naso
Avv. Sara Farina
Avv. Federica Wancolle
Avv. Valeria Proto

Spett.le
..... spa
Via 716
00138-Roma

a mezzo e-mail e corriere

Alla c.a. attenzione di: Avv.
Dott.
Dott.ssa

00193 Roma
Piazza Cavour, 19
Tel. 06. 32651896 - 3214240
Fax 06.32120199
studio@studiolegalerlp.com
www.studiolegalerlp.com

Rif. / spa – Iniziative recuperatorie dei crediti.

20122 Milano
Piazza San Pietro in Gessate, 2

1. Breve premessa.

.....ha prestato i propri servizi istituzionali in favore di S.p.A. (“.....”), la quale: i) è stata ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria (delle grandi aziende in crisi), ai sensi del d.l. n. 347/2003 (c.d. legge Marzano), con decreto del MISE del 2 maggio 2017, ii) è stata dichiarata insolvente con provvedimento del Tribunale di Civitavecchia dell’11 maggio 2017; iii) mentre con Decreto del MISE, sempre del 2 maggio, sono stati insediati nella carica i tre Commissari; iv) con decreto dell’8 luglio 2017 è stata rinviata l’udienza di verifica dei crediti all’8.2.2018, con termine di 120 giorni dalla pubblicazione dello stesso provvedimento per il deposito delle domande di insinuazione.

Dopo il 2 maggio, la Società ha continuato ad erogare prestazioni in favore dell’Amministrazione Straordinaria (‘.....’), ma al momento del ‘cambio di gestione’ erano maturati crediti per € 19.134,3 migliaia di euro (per le mensilità di marzo ed aprile 2017).

A seguito della dichiarazione di insolvenza di la Procedura è divenuta l’interlocutrice di per entrambe le situazioni creditorie

Consulenti:
Avv. Francesca R. Turitto

Studi Corrispondenti in
Bruxelles, Londra, Parigi,
Atene, Madrid, Amburgo

(*ante 2 maggio e post 2 maggio*), che devono essere tutelate in eguale misura; con la precisazione che, mentre i crediti post 2 maggio sono stati pagati dai Commissari (almeno in parte), quelli ante 2 maggio versano in un limbo.

Si tratta quindi di analizzare le iniziative che possano garantire al meglio i crediti di verso il vettore italiano, tenuto conto delle limitazioni introdotte dall'amministrazione straordinaria 'generale' (dlgs. 270/1999 e smi) e 'speciale' (d.l. 347/2003. (Legge Marzano), quest'ultima deliberata dall'autorità amministrativa sulla base delle indicazioni dell'impresa richiedente e delle sue dimensioni. Le due leggi, comunque, interagiscono, dato che la *ratio* delle differenze intercorrenti tra le due 'amministrazioni straordinarie' è l'affrancamento, nella seconda, dalla fase dell'osservazione', a beneficio della tempistica complessiva. Per il resto, le norme della Prodi bis si integrano con quelle successive. Sullo sfondo, restano, naturalmente, le disposizioni fallimentari, che completano la normativa speciale relativamente a quanto oggetto di rinvio. Occorre segnalare che la recente riforma del fallimento ha accentuato i limiti precedentemente previsti per le tutele individuali dei creditori, per cui, quanto è possibile fare per la tutela degli interessi di, va ricercato all'interno delle disposizioni che introducono una qualche deroga alle regole del *concorso* e della *par condicio creditorum*.

000

2. e rapporti contrattuali pendenti – analisi degli effetti e iniziative recuperatorie dei crediti ante 2 maggio.

[Iniziativa possibile: *L'istanza ai sensi dell'art. 3, comma 1 bis della Legge Marzano per il pagamento dei crediti anteriori.*]

Anche le disposizioni sull'..... prevedono, come per il Fallimento, una modalità di selezione dei rapporti contrattuali pendenti da parte dei Commissari, pur se in una forma leggermente diversa, che innanzitutto dà luogo alla prosecuzione (automatica) dei rapporti pendenti, in luogo della loro sospensione e scioglimento (come per il fallimento).

Di conseguenza, il preesistente rapporto di fornitura servizi tra e, in questo momento, sta proseguendo, per legge, con la (cfr. art. 50 dlgs. n. 270/1999), ai fini della conservazione del valore aziendale di Con l'effetto che le prestazioni contrattuali che concernono questa fase producono crediti prededucibili (cfr. art.111 bis l.f.), ricomprensivi di spese ed interessi.

Tali crediti, secondo la legge Marzano sono di competenza diretta dei Commissari e normalmente non richiedono neppure l'ammissione al

passivo nelle forme consuete, ove non siano contestati nell'*an* e nel *quantum*.

L'art. 3, comma 1-bis, prevede che il giudice delegato, prima dell'autorizzazione del programma, può autorizzare il commissario straordinario al pagamento di creditori anteriori, *quando ciò sia necessario per evitare un grave pregiudizio alla continuazione dell'attività d'impresa o alla consistenza patrimoniale dell'impresa stessa*.

La norma concede uno strumento rivolto ai crediti pregressi, da attuarsi mediante istanza motivata al Giudice delegato.

Ovviamente l'istanza provoca una valutazione di merito, da parte del Tribunale, che cade sulla sussistenza di quelle ragioni di opportunità che devono giustificare la deroga alla *par condicio*.

I servizi offerti da sono essenziali per, come è essenziale che venga remunerata per la continuazione dell'assistenza. Ed è sul bilanciamento di questi contrapposti interessi che si gioca la partita.

In concreto, le prospettive di soddisfacimento dei crediti anteriori dipendono dalle disponibilità di cassa della procedura. Sarà possibile acquisire elementi prospettici più precisi a seguito del deposito del Programma, che, nel caso dell'..... dovrebbe essere prossimo.

E tuttavia l'istanza di cui sopra (ai sensi dell'art.3, comma 1 bis della Legge Marzano) può costituire la prima iniziativa da mettere in programma.

000

3. La necessità del subentro dei commissari nei contratti in corso – estensione degli effetti della prededucibilità ai crediti ante 2 maggio.

[Iniziativa possibile: *La diffida dei Commissari perché scioglano, nell'arco di 15/20 giorni, ogni riserva sul subentro nel contratto in corso con, allo scopo di far rientrare nella prededucibilità anche il credito di marzo e aprile 2017*].

Quale che sia la disciplina applicabile, il peculiare effetto di tutela del credito, che sfocia nella 'prededuazione', e nasce da un rapporto che va avanti con i commissari, si realizza in automatico solo per le prestazioni eseguite dopo il decreto di (loro) nomina (cfr. art. 52), al punto che tale momento funge da spartiacque tra un regime dei crediti e l'altro: prededuazione per i primi e normale concorso per i secondi.

Ci troviamo di fronte ad una differenziazione di *status* tra crediti ante procedura e crediti post procedura, ma la norma prevede anche un rimando alle disposizioni della legge fallimentare (cfr. art.74), per regolare la sorte dei rapporti contraddistinti dal subentro (in questo caso) del curatore (cfr. art. 51 e 52 dlgs. n.270/1999). Per tali rapporti (e solo per

questi) vale il principio che al subentro corrisponda l'obbligo del curatore di pagare integralmente anche il prezzo delle consegne già avvenute o dei servizi già erogati.

La previsione va estesa, a mio parere, a quanto prevede l'art. 52 surrichiamato, dato che non basta la semplice anteriorità del credito, in quanto deve trattarsi di crediti che concernono prestazioni indispensabili per la continuazione dell'attività economica della società. Tali prestazioni sono quelle che riguardano rapporti che si protraggono durante la procedura perché *strategici* e per questo necessitano del succedersi dei Commissari all'imprenditore.

E' alla stregua di questa norma che può reclamare il pagamento dei crediti ante procedura. Il rapporto che contraddistingue i servizi in favore di, prima e l'....., dopo è unitario perché le attività sottostanti sono accomunate da un'unica causa, la quale dà luogo a ripetute prestazioni contrattuali legate dalla medesima fonte negoziale. Si delinea, così, un quadro che offre una disciplina differenziata per i creditori che 'lavorano' con la procedura e quelli che vi hanno lavorato esauendo le collaborazioni; quadro, che però fa emergere un'ulteriore, rilevante differenziazione ai fini del regime applicabile ai crediti (contestuali e preesistenti). Tutto il sistema ruota attorno al *subentro* dei Commissari nei contratti che proseguono (in apparenza) automaticamente, nonostante il sopravvenire della procedura concorsuale; ed in particolare, richiedono il subentro per ricevere le tutele dell'art. 51 legge n.270/1999.

Va detto che: i) la decisione di subentrare non contempla autorizzazioni ed è appannaggio esclusivo dei Commissari; ii) non va assolutamente inteso come subentro *implicito* (rilevante quindi ai fini della prededuzione) quello che interviene automaticamente per effetto del provvedimento che introduce l'amministrazione straordinaria. Segnalo, anzi, come nella precedente procedura il decreto rimarcava la necessità espressa del subentro contrattuale dei Commissari per l'applicabilità delle prerogative di cui all'art. 51 legge n.270/1999. Attenzione che pertanto va attuata anche oggi.

Il subentro è un atto recettizio e in assenza dell'iniziativa spontanea, deve senz'altro sollecitarlo (anche se l'art. 50 legge Prodi, comma 3, fissa la possibilità di un sollecito una volta depositato il Programma) per pretendere, innanzitutto, il pagamento dei crediti ante procedura, dovendosi vedere nella successione una condizione limitativa dei pagamenti.

Se il Commissario subentra nel rapporto deve pagare integralmente anche il prezzo delle consegne già avvenute o dei servizi già erogati.

Nella tradizione della legge fallimentare, il mutamento soggettivo, accompagnato dal consenso del Commissario, determinano un cambio nella figura del debitore e il riconoscimento che quel debito, anche se precedente alla procedura, appartiene ad essa e segue un corso preferenziale.

Considerato il silenzio dei Commissari rispetto alla prima richiesta di pagamento rivolta da, si tratta ora di procedere con una diffida nei loro confronti, perché sciolgano, nell'arco di 15/20 giorni, ogni riserva sul subentro nel contratto in corso con, allo scopo di far rientrare nella prededucibilità anche il credito di marzo e aprile 2017.

Va affrontato l'ulteriore problema introdotto dall'art. 51 legge Prodi bis secondo cui:

(...) 2. Nel caso di subentro del commissario straordinario nei contratti di somministrazione, la disposizione del secondo comma dell'articolo 74 della legge fallimentare non si applica se il somministrante opera in condizione di monopolio (...).

La disposizione evoca i casi classici di somministrazione (legati alla fornitura di energia elettrica, per esempio) in cui il commissario non aveva scelta tra scioglimento e prosecuzione, e doveva di fatto subentrare, a tutto vantaggio del fornitore monopolista. La deroga costituisce pertanto una sorta di sanzione contro la parte in bonis.

..... opera in regime di esclusiva, ma la disposizione implica che vi sia una espressa contestazione della deroga da parte dei Commissari. E comunque l'art. 52, sopra richiamato, prescinde da condizioni escludenti e prevede il regime del pagamento in prededuazione per i crediti preesistenti, di rilievo strategico, quale che siano le caratteristiche di mercato. Ed è su tale aspetto che occorre focalizzarsi per la tutela della Società.

000

4. Le altre opportunità di pagamento – Le anticipazioni.

[Iniziative possibili: *L'istanza ai Commissari per il pagamento di "acconti".*]

La legge Prodi bis, prevede all'art. 68 la possibilità di concedere acconti da parte dei Commissari; acconti che dipendono dalla consistenza dell'attivo, ma riguardano anche i crediti sorti nei sei mesi ante procedura. Gli acconti si inseriscono nella fase del riparto dell'attivo e presuppongono il parere del comitato di sorveglianza e quello del giudice delegato. Gli acconti parziali si differenziano dai riparti parziali

dell'art. 67 perché sono pagamenti anticipati su somme dovute anche al di fuori del riparto concorsuale.

Si tratta pertanto di uno strumento che si aggiunge a quelli esaminati in precedenza, da utilizzarsi, preferibilmente, dopo il subentro dei Commissari e nel caso in cui la Procedura non avesse effettuato il saldo dei crediti precedenti.

000

5. Le tutele del credito in attesa del recupero dei crediti.

[Le iniziative possibili: *L'intimazione di sospensione delle prestazioni ex art. 1460 c.c.*]

La domanda è se, nell'attesa di recuperare i crediti vantati, siano praticabili speciali tutele che abbiano un valore 'incentivante' del pagamento dovuto.

La Legge fallimentare prevede che i creditori non possano intraprendere azioni cautelari a garanzia di crediti. Ciò comporterebbe la violazione della regola del concorso. Vedo praticabile, però, una tutela di carattere generale che nel caso specifico può assumere un valore d'impulso. Nella lettera di diffida rivolta ai Commissari, ai fini del subentro nel contratto, rinnoverei l'intimazione ad eseguire il pagamento dei crediti ante 2 maggio, preavvisandoli che in assenza di pagamento in un termine dato, sospenderà le prestazioni, ai sensi dell'art.1460 c.c.

000

6. I rimedi speciali: l'autotutela di cui all'art. 802 cod nav.

La regola è che sono inammissibili interventi di tutela cautelare dei crediti.

L'analisi investe, comunque, quello che si profila come un rimedio speciale previsto dal Codice della Navigazione: l'art. 802.

L'..... avrebbe negato l'operatività dell'art. 802 cod. nav., a seguito della richiesta di Assoaeroporti (cfr. Nota Prot. N. 0050158-P). Secondo l'Ente, infatti, tale forma di "autotutela" non può essere attivata, nell'ipotesi di procedure concorsuali, al di fuori delle garanzie previste dalla Legge e senza l'autorizzazione del Tribunale.

Non si rinvencono precedenti in termini e/o di segno opposto, e va letto in dettaglio il provvedimento per coglierne appieno le argomentazioni.

La linea seguita dall'Autorità desta comunque delle perplessità, dal momento che la previsione di cui all'art. 802 cod. nav. integra sia uno strumento di natura pre-cautelare, come peraltro precisato nelle premesse della Circolare, sia preliminare rispetto ad una



eventuale azione esecutiva. Sta di fatto che esso non incide direttamente sull'attivo favorendo un creditore rispetto alla massa.

Il rimedio potrebbe essere invocato nella sua funzione "pre-cautelare" e di "autotutela" in aggiunta allo strumento civilistico di cui all'art. 1460 c.c.

000

Resto disponibile per ogni ulteriore approfondimento ed invio

Cordiali saluti
Michele Roma