

*ISTRUTTORIA PREFALLIMENTARE
AI TEMPI DEL COVID*

Come si cambia... per non 'fallire'

PROFILI PROCESSUALI E SOSTANZIALI

- ❖ ART. 10 DL 23/20 CONVERTITO CON MODIFICAZIONI NELLA LEGGE 40/20 (fallimento in proprio e perimetro legittimazione del PM)
- ❖ ART. 91 DL 18/20 CONVERTITO CON MODIFICAZIONI NELLA LEGGE 27/20 (ratio, problemi esegetici e limiti applicativi, strumenti rimediali del c.c. ed a livello internazionale, principi UNIDROIT e clausola tipo *hardship* elaborata da ICC)

TESTO COORDINATO DEL DECRETO-LEGGE 8 aprile 2020, n. 23

Testo del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23 (in Gazzetta Ufficiale - Serie generale - n. 94 dell'8 aprile 2020), coordinato con la legge di conversione 5 giugno 2020, n. 40 (in questa stessa Gazzetta Ufficiale - alla pag. 1), recante: «Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali.». (20A03082) ([GU Serie Generale n.143 del 06-06-2020](#))

Art. 10 Disposizioni temporanee in materia di ricorsi e richieste per la dichiarazione di fallimento e dello stato di insolvenza.

1. Tutti i ricorsi ai sensi degli **articoli 15 e 195 del regio decreto 16 marzo 1942**, n. 267 e 3 del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 depositati nel periodo tra il 9 marzo 2020 ed il 30 giugno 2020 sono improcedibili.
2. **(L. CONVERSIONE)** *Le disposizioni del comma 1 non si applicano:*
 - a) *al ricorso presentato dall'imprenditore in proprio, quando l'insolvenza non è conseguenza dell'epidemia di COVID-19;*
 - b) *all'istanza di fallimento da chiunque formulata ai sensi degli articoli 162, secondo comma, 173, secondo e terzo comma, e 180, settimo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;*
 - c) *dalla richiesta presentata dal pubblico ministero quando nella medesima è fatta domanda di emissione dei provvedimenti di cui all'articolo 15, ottavo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o quando la richiesta è presentata ai sensi dell'articolo 7, numero 1), del medesimo regio decreto n. 267 del 1942.*

PERIMETRO LEGITTIMAZIONE DEL PM: ART. 7 n.1 LF

ART. 7 : "quando l'insolvenza risulta **nel corso di un procedimento penale**, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore".

COSA SI INTENDE PER «NEL CORSO DI UN PROCEDIMENTO PENALE» ?
(iscrizione a mod.

INTERPRETAZIONE LATA DELLA CASSAZIONE

Si veda la recente Cass. 27539/2019:

La S.C. ha in più occasioni precisato (Cass. n. 20400/2017) che la ratio dell'art. 7 legge fall., una volta venuto meno il potere del Tribunale di dichiarare officiosamente il fallimento, è chiaramente nel senso di estendere **la legittimazione del P.M. alla presentazione della richiesta in tutti i casi nei quali l'organo abbia istituzionalmente appreso la notitia decoctionis**, cioè nel corso dello svolgimento delle proprie attività istituzionali, siano esse di direzione dell'investigazione o di ricezione di informazioni (Cass. 8903/2017).

Il riferimento contenuto nel n. 1) dell'art. 7 legge fall. al riscontro della notitia decoctionis «nel corso di un procedimento penale» non deve perciò essere interpretato in senso riduttivo, non essendo necessaria la preventiva iscrizione di una notitia criminis nel registro degli indagati a carico del fallendo o di terzi (Cass. n. 8977/2016).

Se così è, non può essere posto in dubbio che la notitia decoctionis possa essere ricavata dal magistrato inquirente anche dalla lettura degli atti a lui trasmessi ed iscritti a modello 45 perché privi di rilevanza penale, dato che una simile attività rientra nei compiti istituzionali attribuitigli e può quindi costituire una fonte di informazione utile a legittimare l'iniziativa volta alla dichiarazione di insolvenza

ULTIMO COMMA (STERILIZZATO IL PERIODO DI IMPROSEGUIBILITA' anche per

*Quando alla dichiarazione di improcedibilita' dei ricorsi presentati nel periodo di cui al comma 1 fa seguito, **entro il 30 settembre 2020**, la dichiarazione di fallimento, il periodo di cui al comma 1 non viene computato nei termini di cui agli articoli 10, 64, 65, 67, primo e secondo comma, 69-bis e 147 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.*

Art. 91 Disposizioni in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici

1- All'articolo **3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6**, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, dopo il comma 6, è inserito il seguente:

« **6-bis.** Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è **sempre valutato** ai fini dell'esclusione, ai sensi e **per gli effetti degli articoli 1218 e 1223** del codice civile, della **responsabilita'** del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti ».

2- (omissis)

CLAUSOLA HARDSHIP TIPO ICC 2020 (Camera di Commercio internazionale)

Tra le principali novità delle nuove clausole Forza maggiore/Hardship **ICC 2020 (marzo 2020)**, che aggiornano le precedenti versioni del 2003, vi sono: una presentazione più semplice, una forma abbreviata della clausola di forza maggiore che combina brevità ed elementi indispensabili ed, ancora, un ampliamento delle opzioni per soddisfare le diverse esigenze delle imprese nella clausola di Hardship per la risoluzione e la modifica dei contratti

CONTENUTO

La clausola di forza maggiore ICC 2020 fornisce la seguente definizione generale di forza maggiore:

“Forza maggiore” indica il verificarsi di un evento o circostanza (“Forza maggiore evento”) che impedisce a una parte di eseguire uno o più dei suoi obblighi contrattuali ai sensi del contratto, se e nella misura in cui la parte colpita dall’impedimento (“la parte interessata”) dimostra:

- a) **che tale impedimento è al di fuori del suo ragionevole controllo;**
- b) **che non poteva ragionevolmente essere previsto al momento della conclusione del contratto;**
- c) **che gli effetti dell’impedimento non avrebbero potuto ragionevolmente essere evitati o superati dalla Parte interessata.**

Questa clausola contiene tre condizioni, che devono verificarsi tutte. Tuttavia, **per quanto riguarda le due prime condizioni, (a) e (b), si presume che si verifichino in caso di eventi elencati**, mentre la terza deve essere provata in ogni caso dalla parte interessata dall’evento.

EFFETTI....

- In conseguenza dell'evento di hardship , la clausola impone alle parti di intraprendere le trattative di rinegoziazione.
- Se non si raggiunge l'accordo in termini ragionevoli: 3 alternative
 - 1) Ogni parte può chiedere ad un Giudice o un Arbitro di «adattare o risolvere» l'accordo;
 - 2) la parte che invoca la clausola può risolvere il contratto;
 - 3) Ogni parte può chiedere al Giudice o ad un arbitro di dichiarare la risoluzione del contratto

APPLICAZIONE

Le clausole tipo ICC sono destinate ad applicarsi a qualsiasi contratto che le incorpora espressamente o per riferimento: mentre le parti sono, quindi, incoraggiate a incorporare le clausole nei loro contratti con il loro nome per esteso “clausola di forza maggiore/hardship ICC”, anche un qualsiasi riferimento nel contratto alla Clausola ICC, in assenza di prove contrarie, sarà considerato come un rinvio alla Clausola stessa