



Immobili & DIRITTO

Mensile
di documentazione giuridica
e pratica professionale

6

GIUGNO 2005

Le distanze tra le costruzioni
e il principio della prevenzione

di Roberto Lenti

Pag. 45

Cass. Civ., Sez. II, 29 aprile 2004, n. 8296

Pag. 57

Il privilegio speciale previsto
sulle ipoteche antiche

di Silvio Ruggieri e Massimo...

Pag. 65

Cass. Civ., Sez. I, 19 aprile 2004, n. 8295

Pag. 103

GIURISPRUDENZA CIVILE E PENALE

Legittimità e durata

Pag. 113

IL PUNTO SU

Opposizione agli atti esecutivi,
reclamo ed estinzione della procedura

di Francesco Della Ventura

Pag. 120

FOCUS

PROJECT FINANCING, il paracadute dello *step in right* in caso di inadempienza

In ogni progetto di finanza è presente il cosiddetto *security package* il quale prevede, tra l'altro, forme contrattuali che, assicurando l'esatta attuazione del progetto, garantiscono il rimborso del debito. Tali garanzie, pur ampie, risultano spesso inferiori ai rischi effettivi per cui, a rafforzare le stesse, è stato introdotto lo *step in right* (o diritto di subentro), di derivazione anglosassone, che prevede, in determinate circostanze, il subentro dei finanziatori nella gestione del progetto.

di Claudio F. Fava

Pag. 7

COMMENTI E SENTENZE

CONDOMINIO, i criteri di ripartizione delle spese di manutenzione dell'ascensore

La Corte di Cassazione, nella sentenza 17 febbraio 2005, n. 3264, dovendo verificare la correttezza di una ripartizione di spese inerenti alla conservazione e alla manutenzione dell'ascensore condominiale, ribadisce la legittimità, in mancanza apposite di tabelle convenzionali, del ricorso analogico al criterio dell'art. 1124 cod. civ. in ordine alle spese relative alle scale, norma di cui si precisa l'identità di *ratio* rispetto ai principi generali dettati dall'art. 1123 cod. civ. (valore e utilità).

di Antonio Scarpa

Pag. 36

IL PUNTO SU

ESECUZIONE IMMOBILIARE, opposizione agli atti esecutivi, reclamo ed estinzione della procedura

L'opposizione agli atti esecutivi ha assunto il ruolo fondamentale di tutela contro ogni atto viziato compiuto nel corso del processo. Nonostante l'opposizione agli atti si riferisca solo alla regolarità formale del titolo esecutivo, del precetto e dei singoli atti di esecuzione, dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'affermare la possibilità di far valere con tale rimedio anche l'inopportunità o l'incongruenza dei singoli atti o provvedimenti che, altrimenti, rimarrebbero privi di tutela.

di Francesco Della Ventura

Pag. 120



Il paracadute dello *step in right* in caso di inadempienza

■ Claudio F. Fava

Una parte determinante di ogni progetto di finanza è rappresentata dal cosiddetto *security package* il quale prevede, tra l'altro, forme contrattuali che garantendo l'esatta attuazione del progetto, finiscono con il garantire il rimborso del debito. Tali garanzie, per ampie che siano, risultano sempre inferiori ai rischi effettivi per cui, a rafforzare le stesse, è stato introdotto l'istituto dello *step in right*, già da tempo utilizzato nel mondo anglosassone che prevede, in determinate circostanze, il subentro dei finanziatori nella gestione del progetto stesso. A differenza della prassi anglosassone, però, in Italia la procedura di subentro è prevista solo per progetti riguardanti lavori od opere pubbliche e solo qualora ci si trovi di fronte a inadempienze della società di progetto tali da comportare la risoluzione del contratto di concessione.

L'importanza del *project financing* sta cominciando a dare i suoi primi segni tangibili non solo nell'area infrastrutturale ma anche in quella immobiliare specializzata, come ospedali, scuole, caserme, parcheggi e cimiteri rilevati puntualmente dall'Unità di Finanza e Progetto istituita presso il Ministero dell'economia, con un report che indica un incremento del 70% nel 2004 rispetto al 2003 (12,6 miliardi di euro contro 8,3 miliardi, secondo i dati dell'Osservatorio Nazionale Project Financing, elaborazione CRE-SME per AeT).

Nel mese di marzo 2005 le iniziative in *project financing* hanno registrato nel primo tri-

mestre un incremento del 100% sul corrispondente periodo del 2004 segnalando 157 opere per oltre 2 miliardi di euro.

Le infrastrutture e il nord d'Italia, tanto per cambiare, fanno la parte del leone; finalmente, però, turismo, servizi e sanità, così come Lazio, Sicilia, Campania e Puglia si fanno notare per vivacità: basti pensare che le due maggiori opere del mese di marzo 2005, sono il nuovo Ospedale dei Castelli Romani e i parcheggi pubblici coperti di Catania. In totale due sole opere per circa 230 milioni di euro di investimento. Ponte sullo Stretto a parte, naturalmente.

La norme della legge 21 dicembre 2001, n. 443 (cosiddet-

ta «legge obiettivo») e, prima ancora, la legge quadro (11 febbraio 1994, n. 109) hanno indicato alcuni criteri, ma non tutti, delle varie situazioni che si possono prospettare all'interno della catena del *project financing*, ma l'esperienza che deriva dall'impatto della realtà sta evidenziando ulteriori aspetti spesso gravi, spesso nuovi, spesso di difficile soluzione che necessitano di essere regolati da un istituto che aiuti la procedura realizzativa degli investimenti come, per esempio, un'Authority.

In particolare, va sottolineato che, soprattutto per *project financing* di grandi dimensioni, oltre alla sicurezza durante la costruzione e dopo, in corso d'esercizio, oltre ai problemi assicurativi diversi da caso a caso, vi è anche un altro aspetto da valutare con attenzione: *chi fa e che cosa in caso di interruzione dell'opera per motivi interni o esterni al contratto BOOT (Built-Own Operate and Transfer)?*

La disciplina dello *step in right* è indicata dal legislatore, ma non è sufficiente.

Riteniamo utile fare ancora una volta una riflessione particolare per evidenziare la necessità di maggiore coerenza tra gli interessi della Pubblica Amministrazione, i promotori e i gestori.



STEP IN RIGHT, O DIRITTO DI SUBENTRO

Con l'art. 37-octies della n. 109/1994 (legge Merloni), in applicazione delle modifiche normative successivamente apportate dalla legge 18 novembre 1998 n. 415 (Merloni-ter) e dalla legge 1 agosto 2002, n. 166 (collegato infrastrutture, Merloni-quater) ha fatto il suo ingresso, nella legislazione italiana, il diritto di *step in right* o diritto di subentro. Con tale strumento il legislatore ha ritenuto opportuno affiancare, nelle operazioni di finanza di progetto, alle ormai canoniche clausole di garanzia, ulteriori difese agli interessi dei finanziatori.

Naturalmente una cosa è l'opera ingegneristica *tout-court*, altra la realizzazione di immobili destinati a servizi privati di interesse pubblico. Qui entriamo nel campo del *project financing* "caldo", "tiepido" o "freddo", in relazione all'assenza di contributo pubblico in conto capitale, alla contribuzione parziale o alla totalità dell'erogazione. È evidente che nel caso di immobili un risvolto di interesse di mercato di fine periodo rende più *appealing* l'intervento. Se non altro perché, a momento debito, si potrà cartolarizzare.

Il progetto si basa sulla *vis atractiva* che genera nei finanziatori ma è evidente che siffatte operazioni, presentando un livello di rischio estremamente elevato, vadano attentamente vagliate allo scopo di ricorrere, preventivamente, a tutte le forme di garanzia immaginabili. Si sa che una parte determinante di ogni progetto di finanza è il cosiddetto *security package* il quale prevede, tra l'altro, forme contrattuali che, garantendo l'esatta attuazione del progetto, finiscono con il garantire il rimborso del

debito. Tali garanzie, comunque, per ampie che siano, risultano sempre inferiori ai rischi effettivi per cui, a rafforzare le stesse, è stato introdotto, anche in Italia, l'istituto dello *step in right*, già da tempo utilizzato nella prassi anglosassone che prevede, al verificarsi di determinate circostanze, il subentro dei finanziatori nella gestione del progetto stesso. Può accadere, infatti, che nell'esecuzione del progetto la società preposta incappi in forme più o meno gravi di inadempienze, scaturite generalmente da difficoltà finanziarie tali da inficiare la

CON LA FINANZA DI PROGETTO NON PIÙ SOLO OPERE INFRASTRUTTURALI MA ANCHE IMMOBILIARI

riuscita dell'operazione.

La prassi anglosassone prevede, proprio in siffatte evenienze, che i finanziatori, escutendo il pegno sulle azioni, si appropriino del diritto di voto e procedano all'immediata sostituzione del vecchio consiglio di amministrazione. In alternativa, gli stessi potrebbero affidare a terzi l'incarico di portare a termine il progetto. Mentre nei casi più gravi, come quello del fallimento, rappresentando i finanziatori la parte preponderante della massa passiva, lo *step in right* verrà attuato, nella generalità dei casi, in base a un accordo tra i finanziatori stessi e la curatela. Tale accordo potrà prevedere l'affidamento dell'ese-

cuzione a un nuovo gestore il quale subentrerà in tutti i *project agreement*, ossia la ragnatela contrattuale originariamente prevista.

LA TUTELA DEI FINANZIATORI

A differenza della prassi anglosassone, in Italia la procedura di subentro è prevista solo per progetti riguardanti lavori od opere pubbliche e la sua attuazione è prevista solo qualora ci si trovi di fronte a inadempienze della società di progetto tali da comportare la risoluzione del contratto di concessione. Ma la risoluzione, che comprometterebbe notevolmente gli interessi dei finanziatori, può essere evitata dagli stessi designando una nuova società che si surrogi all'originaria concessionaria. Tale designazione dovrà avvenire «entro 90 giorni dal ricevimento della comunicazione scritta da parte del concedente dell'intenzione di risolvere il rapporto». Si evince, così, che lo *step in right* non opera automaticamente ma solo su richiesta dei finanziatori; richiesta, tra l'altro, subordinata all'accettazione dell'amministrazione concedente. Quest'ultima dovrà verificare la sussistenza di due condizioni fondamentali per l'effettiva operatività dello *step in right*: la prima è che la società «designata dai finanziatori abbia caratteristiche tecniche e finanziarie sostanzialmente equivalenti a quelle possedute dal concessionario all'epoca dell'affidamento della concessione». La seconda è che vengano eliminate le cause di inadempimento che avrebbero determinato la risoluzione, entro un termine di 90 giorni successivi alla scadenza del termine di designazione o in un tempo più ampio eventualmente concor-

LE NOVITÀ DELLA COMUNITARIA 2004

Quantunque estremamente singhiozzante e affannoso, il percorso di adeguamento della normativa italiana alla pratica del *project financing* continua il suo inarrestabile *restyling*.

La recente legge 18 aprile 2005 n. 62 («Disposizioni per l'adeguamento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004», s.o. 76, G.U. 27 aprile 2005, n. 96) introduce, infatti, nell'art. 24, comma 9, un'importante integrazione all'art. 37-bis, comma 2-bis, della legge quadro 11 febbraio 1994 n. 109 in materia di lavori pubblici, laddove viene stabilito che l'autorità aggiudicatrice è tenuta a indicare espressamente, nell'avviso dei Programmi triennali di lavori pubblici «... il diritto a favore del promotore a essere preferito ai soggetti previsti dall'art. 31-quater, comma 1, lett. b), ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose...».

Si tratta, in sostanza, di un diritto di prelazione già noto agli addetti ai lavori e richiamato nell'art. 37-ter della legge n. 109/1994. Ma, allora, che cosa cambia? Dov'è la novità?

Nella precedente struttura normativa, il diritto di prelazione all'aggiudicazione della concessione poteva essere esercitato soltanto in un momento successivo alla gara a base della quale era stata posta la proposta del promotore. Infatti, qualora, in sede di gara, fossero state presentate proposte economicamente più convenienti, era necessaria l'apertura di una fase di negoziazione, ovvero di trattativa tra l'Amministrazione aggiudicatrice, il promotore e i due (eventuali) soggetti che avevano presentato le due migliori offerte. Solo in tale sede il promotore avrebbe potuto esercitare il diritto di prelazione, procedendo a un adeguamento della propria proposta a quella economicamente più vantaggiosa.

La modifica all'art. 37-bis, comma 2-bis della legge n. 109/1994 anticipa, per così dire, l'applicazione del diritto di prelazione (nell'aggiudicazione della concessione), che potrebbe essere così esercitato già in fase di gara, sempreché il promotore eserciti la facoltà di adeguare la propria proposta a quella ritenuta economicamente più vantaggiosa.

Tuttavia, la nuova normativa risulta ancora monca, poiché la facoltà citata può essere esercitata dal promotore a condizione che la suddetta venga prevista espressamente nell'avviso del Programma triennale di lavori pubblici secondo le modalità stabilite all'art. 80 del regolamento (D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554). Ciò implica che qualora l'avviso segua modalità diverse verrebbe a cadere di fatto la facoltà di adeguamento e di modifica del progetto presentato dal promotore e, quindi, anche l'esercizio del diritto di prelazione in via anticipata. Tra l'altro non è data possibilità al promotore di pubblicare, a proprie spese, l'omesso avviso (secondo le modalità del regolamento) così come era stato suggerito e previsto dal disegno di legge di riforma della finanza di progetto presentato dal Governo il 23 marzo 2005.

Permane ancora, pertanto, una certa e alquanto rilevante discrezionalità della Pubblica Amministrazione e una scarsa possibilità per il promotore di attivarsi, sostituendosi all'Amministrazione nell'adempimento dell'obbligo dell'avviso nella fase prenegoziale.

dato tra finanziatori e Amministrazione concedente (art. 37-octies, primo comma). Viene rimessa, poi, al Ministro dei lavori pubblici, la competenza a stabilire i criteri e le modalità di attuazione dello *step in right* con proprio decreto (art. 37-octies, secondo comma).

Da quanto detto si evince ancora una certa rigidità nella previsione normativa italiana dello *step in right* considerato che il suo esercizio, presuppone-

nendo la costituzione di una nuova società, esclude altre modalità, come quelle previste nello *step in right* anglosassone, più flessibili e meno onerose per i finanziatori. In secondo luogo, la sottoposizione della designazione della nuova società all'accettazione dell'Amministrazione concedente, nel rispetto delle condizioni sopra descritte, ci sembra non garantisca *ipso iure* il diritto di subentro.

RISOLUZIONE PER COLPA DELL'AMMINISTRAZIONE

Ma c'è un altro aspetto che potrebbe "frenare" i finanziatori ed è quello legato all'ipotesi di risoluzione del rapporto concessorio per inadempimento della stessa Amministrazione concedente o, nell'ipotesi più grave, di revoca della concessione stessa per motivi di pubblico interesse (art. 37-septies). È naturale che in caso di immobili anziché di infrastrutture, le soluzioni sono maggiori per la duttilità del manufatto; comunque, occorre analizzare tutte le possibilità.

In tali ipotesi, secondo il disposto normativo del primo comma dell'art. 37-septies della legge n. 109/1994, l'Amministrazione concedente e inadempiente può recedere dal contratto rimborsando al concessionario:

- a. il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario;
- b. le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione;
- c. un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10% del valore delle opere ancora da eseguire, ovvero della parte del servizio ancora da gestire valutata sulla base del piano economico-finanziario.

A salvaguardia degli interessi dei finanziatori il concessionario non potrà disporre di tali somme fino a che non vengano soddisfatti i crediti dei finanziatori stessi (art. 37-septies, secondo comma). Inoltre, fino a quando il concessionario non avrà ricevuto tutte le somme dovute, la revoca della concessione non potrà produrre i suoi effetti (art. 37-

septies, terzo comma).

Risulta evidente, a questo punto, quanto sia diversa la *ratio* dei due istituti:

– la revoca, infatti, mira, a eliminare un atto non più rispondente alle mutate esigenze pubbliche e attraverso il quale si estrinseca un'attività lecita della Pubblica Amministrazione;

– la risoluzione per inadempimento, invece, mira a eliminare un atto viziato nel suo sinallagma funzionale per il verificarsi di un'azione illecita, dolosa o colposa, della stessa Amministrazione.

Di conseguenza, nell'ipotesi di revoca l'accordo contrattuale, che costituisce il presupposto della concessione, non costituirà più un vincolo per la Pubblica Amministrazione che potrà o recedere dal contratto o non adempierlo senza, per questo, essere obbligata al risarcimento del danno se non nei limiti di un indennizzo come forma di ristoro patrimoniale.

Nell'ipotesi di risoluzione, invece, l'inadempimento obbliga la Pubblica Amministrazione a risarcire non solo il danno emergente ma anche il lucro cessante (ovvero il mancato guadagno che la società di progetto avrebbe ottenuto se non si fosse verificata la risoluzione), per cui, sulla base di tali considerazioni, si ritiene impropria, almeno da un punto di vista terminologico, l'espressione della lett. c) dell'art. 37-septies laddove si riferisce a «... un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno ...» e sembre-

rebbe poi che, nella sostanza, esso si riferisca solo all'ipotesi di revoca e non anche della risoluzione contraddicendo al significato giuridico degli stessi istituti; in più la lett. b) del citato articolo fa espresso richiamo a penali e costi «in conseguenza della risoluzione» e non anche, quindi, dell'ipotesi di revoca. Così, l'intento del legislatore di garantire i finanziatori con la previsione, nel secondo comma, di una prioritaria soddisfazione dei loro crediti, finisce per essere smorzato non solo dall'esiguità delle penali, risarcimenti e indennizzi, ma anche,

STEP IN RIGHT, DIRITTO DI SUBENTRO, STRUMENTO A ULTERIORE DIFESA DEGLI INTERESSI DEI FINANZIATORI

e soprattutto, dall'incertezza dell'inquadramento giuridico degli istituti menzionati.

CONCLUSIONI

Riteniamo interessante ribadire la diversa gamma di soluzioni a favore dell'investimento rappresentato da un immobile, sia ospedale sia casa di riposo, caserma, scuola, parcheggio a pagamento o cimitero. Altresì, è evidente che l'ap-

parente incoerenza di alcuni strumenti legislativi è determinata dalla novità della materia. Il raffronto fra le proposte e le adesioni da parte di promotori, così come evidenziato da Infrastrutture Spa, Holding pubblica presieduta dal Prof. Andrea Monorchio, è ancora insufficiente rispetto alle aspettative delle Amministrazioni Pubbliche.

Non a caso la volontà di chi partorisce l'idea è esplicativa rispetto alle possibilità di sopravvenuta determinazione del caso di *step in right*: i privati preferiranno sempre la versatilità di un partenariato relativo alla realizzazione di un immobile rispetto a quello di un'infrastruttura.

Per questo motivo vi sono continue modifiche che si traducono spesso in aggiornamenti legislativi, come quelle indicate dalla riforma organica della procedura di finanza di (progetto di legge S 3320, all'esame della Commissione lavori pubblici del Senato) che adatta la legge quadro alle esperienze del primo triennio.

Ciò non toglie comunque che la sostituzione, soprattutto per appalti importanti, del costruttore gestore incide globalmente su aree molto diverse tra di loro in relazione all'ambiente ove l'opera è in fase di realizzazione.

Per le grandi opere, a questo punto, è fortemente auspicabile l'istituzione di un'Authority dedicata, che indichi la strada ai promotori e la semplifichi ai giuristi.