

APPROFONDIMENTI

Misure protettive e autonomia contrattuale

L'art 94 bis CCII e la sua eventuale
applicazione estensiva

Aprile 2024

Simone Bertolotti, Partner, La Scala Società tra Avvocati
Luca Scaccaglia, Managing Associate, La Scala Società tra Avvocati



Simone Bertolotti, Partner, La Scala Società tra Avvocati

Luca Scaccaglia, Managing Associate, La Scala Società tra Avvocati

> Simone Bertolotti

Simone Bertolotti è Partner dal 2016 e svolge la sua attività nel team Concorsuale. Specializzato in diritto fallimentare e restructuring, si occupa principalmente di ristrutturazione e riorganizzazione di imprese in situazione di difficoltà finanziaria. Fornisce inoltre assistenza alle principali banche italiane in tutte le problematiche giuridiche connesse al contenzioso.

Società tra Avvocati

La Scala



Sommario: 1. Premessa; 2. Le misure protettive nel concordato preventivo; 3. La speciale disposizione contenuta nell'art. 94 bis CCII e la sua applicabilità al c.d. concordato in bianco. 4. Le misure protettive e i loro effetti nel concordato semplificato. 5. Le misure protettive e i loro effetti negli accordi di ristrutturazione. 6. Conclusioni.

1. Premessa

Le misure protettive e cautelari nell'ambito del "nuovo" diritto concorsuale hanno ormai - dopo oltre un anno e mezzo dall'entrata in vigore del Codice della Crisi - trovato una loro prassi applicativa via via sempre più consolidata. Numerose sono, infatti, le pronunce di merito che hanno esaminato e approfondito il tema delle misure protettive, e non solo nell'ambito della composizione negoziata.

Tuttavia, un aspetto che ancora non appare del tutto chiaro è l'ampiezza che possono avere le misure protettive e cautelari nell'ambito del c.d. concordato in bianco di cui agli artt. 40 e 44 CCII e, in particolare, se nell'ambito della fase prenotativa possa trovare applicazione o meno il disposto di cui all'art. 94 bis CCII, in grado, come noto, di incidere notevolmente sull'autonomia negoziale dei creditori e dei contraenti *in bonis*.

2. Le misure protettive

L'art. 54, comma 2, CCII così testualmente dispone: *"Se il debitore ne ha fatto richiesta nella domanda di cui all'articolo 40, dalla data della pubblicazione della medesima domanda nel registro delle imprese, i creditori non possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa. Dalla stessa data le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano e la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata.(...)"*.

Queste sono le c.d. misure protettive tipiche, che hanno effetto automatico dalla data della pubblicazione della medesima domanda nel registro delle imprese e devono meramente essere confermate dal Tribunale come previsto all'art. 55, comma 3, CCII per cui: *"Nel caso previsto dall'articolo 54, comma 2,*

> vedi l'articolo online

primo e secondo periodo, il giudice, assunte, ove necessario, sommarie informazioni, conferma o revoca le misure protettive entro trenta giorni dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese con decreto reclamabile ai sensi dell'articolo 669-terdecies del codice di procedura civile".

La non necessarietà della instaurazione del contraddittorio in questa ipotesi è stata confermata anche dalla giurisprudenza di merito che ha avuto modo di affermare che *"In caso di domanda prenotativa di concordato con contestuale richiesta di misure protettive ex art. 54, comma 2, CCII, tenuto conto che il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore si applica automaticamente sin dalla pubblicazione della domanda ex art. 40 CCII mediante iscrizione nel registro delle imprese e che l'art. 55 CCII, disposizione riguardante il relativo procedimento, non prevede la fissazione di un'udienza né la comunicazione ai controinteressati diversa da quella consistente nella pubblicazione della domanda, non si ravvisa la necessità di individuare nel ricorso in modo specifico i controinteressati, né questi ultimi devono essere in altro modo notiziati della domanda"*¹.

Le misure tipiche, tuttavia, sono limitate al c.d. blocco delle azioni esecutive, alla sospensione delle prescrizioni ed impedimento delle decadenze nonché all'impedimento dell'apertura della procedura della liquidazione giudiziale. Non hanno, dunque, di per sé alcun impatto sulla autonomia negoziale delle parti.

Il legislatore ha poi previsto al terzo periodo del secondo comma dell'art. 54 CCII, che il debitore *"può richiedere al tribunale, con successiva istanza, ulteriori misure temporanee per evitare che determinate azioni di uno o più creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza"*.

Queste sono le c.d. misure atipiche, con le quali l'imprenditore potrebbe chiedere ulteriori misure temporanee, tra le quali ipoteticamente anche un divieto di intervenire sui contratti in essere (che, ricordiamo, nel concordato preventivo, ai sensi dell'art. 97 CCII proseguono salvo specifica richiesta da parte del debitore di sospensione – questa unica opzione possibile nella fase c.d. "in bianco" del concordato – o scioglimento).

¹ Cfr. Trib. Roma, 21 luglio 2022, in www.dirittodellacrisi.it e Trib. Bari, 15 marzo 2023, in www.dirittodellacrisi.it;

Inoltre, ai sensi dell'art. 54, comma 1, CCII il debitore potrebbe chiedere anche le misure cautelari: *"Nel corso del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale o della procedura di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione e del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione, su istanza di parte, il tribunale può emettere i provvedimenti cautelari, inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente l'attuazione delle sentenze di omologazione di strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e di apertura delle procedure di insolvenza"*.

Tuttavia, tali misure (sia cautelari che atipiche) non hanno effetto automatico come quelle di cui all'art. 54 comma 2 primo e secondo periodo CCII e devono essere pronunciate dal Tribunale nel contraddittorio tra le parti, come espressamente previsto dall'art. 55 comma 2 CCII per cui: *"Il giudice, nei casi di cui all'articolo 54, commi 1, 2, terzo periodo, e 3, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione alla misura richiesta e, quando la convocazione delle parti potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, provvede con decreto motivato, assunte, ove occorra, sommarie informazioni. In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti avanti a sé, ove già non disposta ai sensi dell'articolo 41, assegnando all'istante un termine perentorio non superiore a otto giorni per la notifica del ricorso e del decreto alle altre parti. All'udienza il giudice conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto"*.

Tale circostanza è stata confermata anche dalla giurisprudenza di merito che ha affermato che *"In tema di misure protettive, le misure c.d. "atipiche" regolate dal terzo periodo dell'art. 54, comma 2, CCII, non godono del regime di semi-automaticità previsto per le misure c.d. "generali" di cui al primo e secondo periodo del medesimo comma e, diversamente da quanto avviene per queste ultime, non producono effetti sin dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese (salva successiva conferma o revoca giudiziale), essendo a tal fine necessario che il Giudice accolga la relativa domanda"*².

Inoltre, la giurisprudenza di merito – nell'ambito di una domanda ai sensi degli artt. 40 e 44 CCII in cui è stata chiesta l'applicazione di una misura cautelare – ha avuto modo di esprimersi in relazione alla di-

² cfr. Trib. Milano, 30 marzo 2023, in www.dirittodellacrisi.it;

stinzione tra misure protettive e misure cautelari affermando che la stessa è da cogliere sul piano funzionale. Le misure protettive, infatti, sarebbero più genericamente finalizzate a “non pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell’insolvenza”, mentre le misure cautelari sarebbero orientate “alla tutela del patrimonio o dell’impresa del debitore e devono mirare ad assicurare non solo il buon esito delle trattative, ma anche, ed in senso anticipatorio, gli stessi effetti degli strumenti di regolazione della crisi o dell’insolvenza e delle procedure di insolvenza”³.

3. L’art. 94 bis nel concordato c.d. in bianco.

Ciò posto in merito alle misure protettive tipiche o atipiche e alle misure cautelari, che la giurisprudenza di merito ha ritenuto potersi pacificamente richiedere (ed al ricorrere dei presupposti concedere) nell’ambito del concordato c.d. in bianco, vale la pena chiedersi se quanto disposto dall’art. 94 bis CCII rubricato “Disposizioni speciali per i contratti pendenti nel concordato in continuità aziendale”, è applicabile anche alla fase prenotativa della domanda di concordato ex artt. 40 e 44 CCII.

L’art. 94 bis CCII così testualmente dispone:

“1. I creditori non possono, unilateralmente, rifiutare l’adempimento dei contratti in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell’imprenditore per il solo fatto del deposito della domanda di accesso al concordato in continuità aziendale, dell’emissione del decreto di apertura di cui all’articolo 47 e della concessione delle misure protettive o cautelari. Sono inefficaci eventuali patti contrari.

2. Fermo quanto previsto dal comma 1, i creditori interessati dalle misure protettive concesse ai sensi dell’articolo 54, comma 2, non possono, unilateralmente, rifiutare l’adempimento dei contratti essenziali in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell’imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori rispetto alla presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo in continuità aziendale”.

Ai sensi del citato comma 2, devono intendersi come “essenziali” i contratti “necessari per la continuazio-

³ cfr. Trib. Trento, 10 Ottobre 2023, in www.ilcaso.it;

ne della gestione corrente dell’impresa, inclusi i contratti relativi alle forniture la cui interruzione impedisce la prosecuzione dell’attività del debitore”.

Detta norma riduce l’autonomia negoziale dei creditori su due livelli.

Uno di carattere generale, secondo il quale è previsto il divieto per i creditori di rifiutare l’adempimento dei contratti in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, di anticiparne la scadenza o di modificarli in danno dell’imprenditore per il solo fatto del deposito della domanda di accesso al concordato in continuità aziendale, dell’emissione del decreto di apertura e della concessione delle misure protettive o cautelari.

Uno più specifico e legato alla concessione delle misure protettive di cui all’art. 54, comma 2, CCII che fissa il divieto per creditori interessati dalle misure protettive di rifiutare l’adempimento dei contratti essenziali in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione di anticiparne la scadenza o di modificarli in danno dell’imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori rispetto alla presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo in continuità aziendale.

Ciò premesso, a noi pare che l’art. 94 bis CCII non sia applicabile alla domanda di concordato c.d. in bianco ai sensi degli artt. 40 e 44 CCII, in quanto è norma che si applica, come chiarito sia dalla rubrica stessa della norma, sia dal dato letterale di entrambi i commi, al solo concordato in continuità.

Anche nella relazione tecnica e nella relazione illustrativa al Decreto Legislativo di attuazione della Direttiva (UE) 2019/1023 non viene lasciato spazio a interpretazioni diverse. All’art. 21 (rubricato “Modifiche alla Parte Prima, Titolo IV, Capo III, Sezione III, del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14”) si legge: “L’articolo interviene inserendo l’art. 94-bis del CCI per disciplinare i rapporti esistenti tra i creditori ed il debitore riguardo ai contratti pendenti e in corso di esecuzione, mentre si stanno svolgendo le trattative del concordato in continuità aziendale. A tale proposito, viene sancito che i creditori non possono unilateralmente rifiutarne l’esecuzione o risolvere i suddetti contratti né anticipare la loro scadenza o modificarli in danno dell’imprenditore perché è stata presentata domanda di accesso alla procedura di concordato in continuità aziendale né, in caso di concessione di misure protettive, possono optare per le soluzioni sopra indicate a seguito del mancato pagamento di crediti anteriori rispetto alla domanda di accesso al concordato in continuità aziendale”. Anche qui dunque il riferimento è unicamente al concor-

dato in continuità aziendale.

Inoltre, al di là del chiaro dato testuale, qualora una società faccia accesso al concordato con riserva ai sensi degli artt. 40 e 44 CCII, anche se nella domanda potrà certamente fare intendere di prospettare il deposito di un piano in continuità diretta o indiretta, non sarà mai possibile affermare di trovarsi certamente al cospetto di una domanda di accesso ad un concordato in continuità aziendale.

Del resto, l'imprenditore in tale ipotesi rimane in ogni caso pienamente libero di depositare nel termine fissato dal Tribunale una domanda di omologa di un accordo di ristrutturazione o di accesso al PRO, oppure potrà anche far decorrere il termine senza depositare la domanda di concordato piena.

Di conseguenza, secondo tale interpretazione, l'art. 94 bis CCII non potrà ritenersi applicabile al concordato c.d. in bianco e i creditori, in virtù della prosecuzione dei contratti ai sensi dell'art. 97 CCII e salvo eventuale sospensione (quest'ultimo unico rimedio attivabile dal debitore nella fase con riserva), potranno esercitare i rimedi contrattuali previsti al ricorrere delle condizioni stabilite nei contratti stessi.

Ovviamente non si può escludere (pur non rilevandocene come detto i presupposti) che la giurisprudenza interpreti in senso estensivo la disposizione di cui all'art. 94 bis CCII al punto da applicarla anche alle domande di concordato c.d. in bianco, quantomeno a quelle in cui viene prospettata chiaramente la volontà di depositare una domanda di concordato in continuità aziendale, ma si tratta di opzione interpretativa allo stato priva di specifici precedenti.

Al contrario, il Tribunale di Milano, in una recente ordinanza⁴ - pur se in *obiter dictum* - pare avere specificato che l'art. 94 bis CCII sia applicabile solo in caso di domanda "piena" di concordato preventivo in continuità aziendale, peraltro escludendo che il debitore possa con le misure protettive atipiche domandare la limitazione della autonomia negoziale dei creditori, affermando che *"In sede di presentazione di una domanda di concordato prenotativo, nel perimetro applicativo dell'art. 54, secondo comma, terzo periodo, C.C.I. non rientra la facoltà di richiedere, quali misure protettive "atipiche", misure specifiche volte a inibire l'esercizio dei poteri di autotutela contrattuale dei creditori, in relazione alle quali*

⁴ cfr. Trib. Milano, 30 marzo 2023, cit.

ben più specifiche norme si rinvergono nel corpus normativo del CCII. Il legislatore infatti ha stabilito, in deroga alla normativa di rango parimenti ordinario prevista dal codice civile, l'inibitoria dei poteri di autotutela negoziale dei creditori a salvaguardia della continuità aziendale dell'impresa debitrice in casi espressamente determinati, ovvero in sede di composizione negoziata ex art. 18, comma 5, C.C.I., in caso di domanda di concessione delle misure protettive in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 64, commi 3 e 4, C.C.I., in caso di domanda "piena" di concordato preventivo in continuità aziendale ex art. 94 bis C.C.I."

Non solo, dunque, l'imprenditore che fa accesso alla domanda prenotativa di cui agli artt. 40 e 44 CCII non potrà usufruire della protezione di cui all'art. 94 bis CCII esclusiva della fase di concordato piena, ma nemmeno potrà - secondo la corretta interpretazione del Tribunale di Milano - tentare di aggirare tale limitazione chiedendo, con la domanda di cui al terzo periodo del secondo comma dell'art. 54 CCII, misure atipiche e specifiche volte a inibire l'esercizio dei poteri di autotutela contrattuale dei creditori.

Tale interpretazione è confermata anche da una pronuncia del Tribunale di Trento⁵, ove nell'ambito di una domanda presentata da un debitore ai sensi degli artt. 40 e 44 CCII è stata concessa una misura cautelare ai sensi dell'art 54, comma 1, CCII volta a inibire a una Banca in merito a un rapporto di leasing *"qualsivoglia iniziativa stragiudiziale o giudiziale volta alla risoluzione del contratto, per qualsivoglia titolo contrattuale o legale, in ragione del mancato pagamento dei canoni antecedenti alla domanda con riserva del debitore ex art. 44 CCII (21.04.2023), così come ogni altra iniziativa o azione comunque volta o finalizzata alla restituzione dell'immobile"*, anche sul presupposto che l'art. 94 bis CCII è applicabile alla sola ipotesi del concordato in continuità.

Il Tribunale ha affermato che la misura cautelare invocata nella fattispecie considerata e nell'ambito di una procedura di concordato preventivo va correlata, in chiave strumentale e anticipatoria - e alla stregua dell'ordinario strumento cautelare atipico di cui all'art. 700 c.p.c. - alla sentenza di omologazione del concordato preventivo stesso, e in definitiva deve mirare a consentire che il diritto del debitore di accesso allo strumento di regolazione della crisi non possa subire un irreparabile pregiudizio, ossia essere definitivamente frustrato.

⁵ Cfr. Tribunale Trento, 10 Ottobre 2023, cit.

Ciò premesso, ha rilevato che *“nel delineato quadro, e coerentemente con quanto sinora affermato, deve ritenersi che l’art. 94 bis CCII, quale effetto automatico delle misure protettive nel caso di concordato in continuità aziendale, non possa rappresentare l’unica e ultima occasione di tutela di cui il debitore di sponga nei confronti delle controparti di contratti essenziali per la prosecuzione della gestione corrente dell’impresa (se non per la stessa sua esistenza, come nel caso in esame), dovendosi altrimenti prendere atto che – proprio nel caso di accesso ad uno strumento conservativo dei valori della continuità aziendale, come tale visto con maggior favore da parte del legislatore – la scadenza del termine di cui all’art. 8 CCII lascerebbe inevitabilmente il debitore esposto alla volontà delle singole controparti contrattuali, la cui sola inerzia consentirebbe al debitore di dare seguito al percorso iniziato (così come opportunamente vigilato dal controllo giudiziale), senza alcuna possibilità di accedere ad una tutela giudiziale di natura cautelare – per quanto legislativamente prevista in via generale nel CCII – che, nel bilanciamento delle rispettive posizioni, e tenendo presenti gli interessi superindividuali perseguiti dalle procedure concorsuali, valuti se al debitore possano essere provvisoriamente ed in via anticipata assicurati gli effetti dello strumento di soluzione della crisi prescelto”* e che *“nel caso in esame, e come già chiarito del decreto del 16 agosto 2023, la misura cautelare invocata presenta carattere strumentale e anticipatorio rispetto alla possibile omologazione del concordato in continuità aziendale proposto, in linea con la previsione di cui all’art. 2, lett. q), CCII poiché mira precisamente ed inequivocabilmente alla conservazione, in via temporanea e provvisoria, dell’impresa, nella sua continuità, con ciò consentendo al debitore di dare seguito al procedimento di concordato preventivo, là dove la singola iniziativa di tutela assunta dalle controparti del contratto di leasing dell’immobile alberghiero condurrebbe, per converso, a definitivamente frustrare l’accesso allo strumento di regolazione della crisi prescelto, prima ancora che la proposta del debitore sia sottoposta al voto dei creditori e al vaglio giudiziale, tenendo presente che il contratto di leasing in esame presenta carattere di essenzialità in relazione all’esistenza stessa dell’impresa, prima ancora che in relazione alla sua continuità (così come riferita alla “gestione corrente dell’impresa” dall’art. 94 bis, comma 2, ultimo periodo, CCII)”*.

In sintesi, secondo il Tribunale di Trento, il debitore che presenta domanda di concordato c.d. in bianco, al fine di ottenere un effetto inibitorio che possa incidere sulla autonomia negoziale dei contraenti *in bonis*, non potrà confidare sulla automatica applicabilità dell’art 94 bis CCII in quanto norma applicabile alla sola fase piena del concordato in continuità aziendale. Al più il debitore potrà tentare di ottenere

un effetto simile chiedendo l’applicazione di una misura cautelare ai sensi dell’art. 54 comma 1 CCII, che potrà essere concessa dal Tribunale al ricorrere dei relativi presupposti e nel contraddittorio tra le parti mediante il procedimento regolato dall’art. 55, comma, 2 CCII⁶.

Un’ulteriore conferma della possibilità di utilizzare lo strumento cautelare anche al fine di non lasciare il debitore che sta tentando di definire un percorso di ristrutturazione soggetto alla mera volontà delle singole controparti contrattuali si trova anche in un precedente del Tribunale di Imperia⁷. In questa fattispecie il Giudice ha precisato che la consumazione del termine massimo di durata delle misure protettive, previsto dall’art. 19 CCII, non osta alla concessione di una misura cautelare volta ad inibire a creditori predeterminati l’esercizio di azioni esecutive o cautelari ovvero l’acquisizione di diritti di prelazione non concordati.

In tal modo, con lo strumento delle misure cautelari – sempre chiaramente al ricorrere dei presupposti – sarebbe possibile “aggirare” il termine massimo delle misure protettive, e sia con riguardo a quello previsto nella composizione negoziata di 240 giorni di cui all’art. 19 CCII che a quello massimo di cui all’art. 8 CCII, proprio in quanto tali limiti temporali sarebbero riferiti alle sole misure protettive e non anche alle misure cautelari.

Secondo il Tribunale di Imperia infatti *“L’impostazione, proposta dai primi commentatori del codice, volta a distinguere le misure protettive e quelle cautelari sulla base del potere di iniziativa (le prime proprie*

⁶ Art. 55 comma 2, CCII: *“Il giudice, nei casi di cui all’articolo 54, commi 1, 2, terzo periodo, e 3, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione alla misura richiesta e, quando la convocazione delle parti potrebbe pregiudicare l’attuazione del provvedimento, provvede con decreto motivato, assunte, ove occorra, sommarie informazioni. In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l’udienza di comparizione delle parti avanti a sé, ove già non disposta ai sensi dell’articolo 41, assegnando all’istante un termine perentorio non superiore a otto giorni per la notifica del ricorso e del decreto alle altre parti. All’udienza il giudice conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto. L’ordinanza è reclamabile ai sensi dell’articolo 669-terdecies del codice di procedura civile. Le misure perdono efficacia al momento della pubblicazione delle sentenze di omologazione degli strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza e di apertura delle procedure di insolvenza”*.

⁷ Tribunale di Imperia, 22 novembre 2023, in www.dirittodellacrisi.it; e cfr, I Pagni, L Baccaglioni, *Misure cautelari e misure protettive nel Codice della crisi: una chiave di lettura per l’impiego anche combinato dei diversi strumenti di tutela*, 4 marzo 2024, in www.dirittodellacrisi.it.

del debitore e le seconde riservate ai creditori) non appare coerente con l'impianto normativo che non opera alcuna diversificazione in tal senso, così come non appare condivisibile la tesi di una preclusione per il debitore a richiedere misure cautelari volte a paralizzare le azioni esecutive e concorsuali di alcuni creditori, motivata dal rischio di aggirare il termine fissato per la concessione delle misure protettive, ex art. 8 e 19 c. 5 CCII (cfr. in questo senso Tribunale di Milano, 22.11.2023). Tale termine perentorio deve essere, invece, circoscritto alle sole "misure protettive" che costituiscono un ombrello generalizzato a garanzia della conservazione del patrimonio del creditore nella fase iniziale delle trattative non potendosi escludere la possibilità di concedere misure determinate e riguardanti singoli creditori qualora queste si rendano necessarie a non pregiudicare la contrattazione (e i risultati già conseguiti, nel caso di trattative avanzate). La possibilità di prorogare la composizione negoziata della crisi sarebbe incoerente se non accompagnata da misure idonee a renderne effettivo lo scopo, specie laddove aggressioni esecutive o iniziative concorsuali potrebbero vanificarne totalmente il percorso.

L'obiezione dell'elusione normativa del termine di 240 giorni o del termine annuale di cui all'art. 8 CCII, appare superabile rimettendo al giudice il vaglio concreto della proporzionalità del sacrificio imposto ai singoli creditori oggetto di inibitoria cautelare e la risoluzione negoziata della crisi di impresa (cfr. in tal senso Tribunale di Torino del 5.12.2023), non essendo al giudicante preclusa la fissazione di un ulteriore termine, coerente con la proroga della composizione negoziata, per contemperare i contrapposti interessi. Deve, quindi, ritenersi ammissibile la richiesta di misure cautelari proposta da e volta ad inibirne le azioni esecutive e concorsuali, con ricorso del 24.1.2024".

4. Le misure protettive e i loro effetti nel concordato semplificato

La giurisprudenza di merito ormai pacificamente ha ritenuto applicabili al concordato semplificato gli artt. 54 e 55 CCII, di fatto correggendo una dimenticanza del legislatore, al quale è sfuggito di prevedere agli artt. 25 sexies e septies del CCII uno specifico richiamo alle suddette disposizioni.

La questione è stata attentamente valutata dal Tribunale di Milano con il decreto del 16 settembre 2022. Il Tribunale, di fronte ad una richiesta di applicazione di misure protettive nell'ambito di un concordato semplificato, ha in primo luogo evidenziato come l'art. 25 sexies CCII non richiami in effetti il disposto di cui all'art. 54 CCII, pur richiamando espressamente altre disposizioni applicabili al concordato pre-

ventivo.

Ha, poi, evidenziato come invece l'art. 25 sexies CCII richiami in modo specifico l'art. 46 CCII (divieto di acquisto dei diritti di prelazione e inefficacia delle ipoteche). Tale richiamo, ad avviso del Tribunale, si giustifica col fatto che l'art. 46 CCII costituisce previsione dettata in via specifica per il concordato preventivo, con la conseguenza che il suo mancato richiamo ne avrebbe precluso l'applicazione al concordato semplificato.

Ciò premesso, il Giudice ha affermato che tale esigenza di specifico richiamo non opera per l'art. 54 CCII, in quanto è uno strumento applicabile in via generale al procedimento per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e della insolvenza.

A supporto di tale conclusione il Tribunale ha rilevato che:

- a) il concordato semplificato risulta incluso nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza come definiti nell'art. 2, lettera m-bis) CCII e in particolare tra "le misure, gli accordi e le procedure volti (...) alla liquidazione del patrimonio, o delle attività che, a richiesta del debitore, possono essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi";
- b) l'art. 40, comma 1, CCII stabilisce che il procedimento per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza si svolge con le modalità previste nella Sezione II che contiene la disciplina del procedimento unitario e l'art. 54, comma 2, CCII si applica alle richieste contenute nella domanda ex art. 40 CCII;
- c) la procedura di concordato semplificato risulta espressamente richiamata dall'ultimo comma dell'art. 40 CCII, laddove si legge che il termine di cui al primo periodo non si applica se la domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e della insolvenza è proposta all'esito della composizione negoziata, entro sessanta giorni dalla comunicazione di cui all'art. 17, comma 8, CCII riferendosi la fattispecie - all'evidenza - al concordato semplificato;
- d) il legislatore, nello stabilire il termine di dodici mesi quale durata massima per le misure protettive, "impone di far salva la possibilità di chiedere ulteriori misure protettive ai sensi dell'art. 54 CCII

nel caso di accesso a una procedura concorsuale aperta dopo le trattative" (cfr. relazione illustrativa allo schema di d.lgs. 17.6.2022 n. 83);

e) il concordato semplificato è senza dubbio una procedura concorsuale in quanto caratterizzata da specifica regolamentazione della distribuzione delle risorse ai creditori.

Ciò premesso e vista tale a nostro avviso corretta interpretazione estensiva, vale la pena chiedersi se, oltre agli artt. 54 e 55 CCII, possa applicarsi al concordato semplificato, pur in assenza di specifico richiamo ma proprio in ragione della ritenuta applicazione di dette disposizioni normative, anche l'art. 94 bis CCII.

A nostro parere la risposta deve essere negativa.

E ciò non tanto in ragione del mancato esplicito richiamo alla norma da parte degli artt. 25 sexies e septies CCII, ma in considerazione del fatto che la procedura di concordato semplificato è necessariamente liquidatoria, mentre l'art. 94 bis CCII fa riferimento al solo concordato in continuità aziendale. La disciplina di favore dettata all'art. 94 bis CCII, dunque, non sembrerebbe ontologicamente compatibile con la procedura di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio.

5. Le misure protettive e i loro effetti negli accordi di ristrutturazione

Agli accordi di ristrutturazione di cui agli artt. 57 e 61 CCII è applicabile la disciplina delle misure protettive di cui agli artt. 54 e 55 CCII e l'impresa potrà chiedere l'applicazione delle stesse nel ricorso per l'omologa dell'accordo di ristrutturazione.

Inoltre, in base all'articolo 54, comma 3, CCII, le misure protettive di cui al comma 2 articolo 54 CCII possono essere richieste dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima del deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione, allegando la documentazione di cui all'articolo 39, comma 1, CCII e la proposta di accordo corredata da un'attestazione del professionista indipendente che attesta che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e che la stessa, se accettata, è idonea ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la pro-

pria disponibilità a trattare. La disposizione si applica anche agli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa di cui all'articolo 61 CCII.

Non tutte le misure protettive però possono essere richieste ai sensi dell'art. 54, comma 3, CCII.

E infatti il predetto articolo prevede che solo *"le misure protettive di cui al comma 2, primo e secondo periodo, possono essere richieste dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima del deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione (...)"*.

Le misure protettive di cui al comma 2 dell'art. 54 CCII primo e secondo periodo corrispondono esclusivamente al divieto per i creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa e dalla previsione della sospensione delle prescrizioni, dell'impedimento delle decadenze e della pronuncia di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza.

Non viene invece richiamato dall'art. 54, comma 3, CCII il terzo periodo dell'art. 54, comma 2, CCII che prevede che: *"Il debitore può richiedere al tribunale, con successiva istanza, ulteriori misure temporanee per evitare che determinate azioni di uno o più creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza"*.

La mancata possibilità di richiedere in questa fase le misure atipiche è in qualche modo bilanciata dal fatto che nell'ambito della fase negoziale degli accordi di ristrutturazione il legislatore, in caso di concessione delle misure previste all'art. 54, comma 3, CCII, ha previsto un limite alla libertà negoziale e di autotutela dei creditori analogo a quello di cui all'art. 94 bis CCII, specificato all'art. 64, commi 3 e 4, CCII che dispone espressamente quanto segue: *"In caso di domanda proposta ai sensi dell'articolo 54, comma 3, o di domanda di concessione delle misure protettive in funzione della omologazione degli accordi di ristrutturazioni, i creditori non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del deposito delle medesime domande. Sono inefficaci eventuali patti contrari. Fermo quanto previsto dal comma 3, i creditori interessati dalle misure protettive non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti essenziali in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto*

di non essere stati pagati dal debitore. Sono essenziali i contratti necessari per la continuazione della gestione corrente dell'impresa, inclusi i contratti relativi alle forniture la cui interruzione impedisce la prosecuzione dell'attività del debitore".

Pertanto, per espressa previsione legislativa contenuta nell'art. 54, comma 3, CCII, nella fase negoziale degli accordi ogni altra misura rispetto a quelle previste al primo e secondo periodo del comma 2 dell'art. 54 CCII è preclusa, fatto salvo quanto previsto all'art. 64, commi 3 e 4, CCII.

6. Conclusioni

In conclusione, chiariti alcuni aspetti relativi all'ampiezza delle misure protettive e cautelari nell'ambito del concordato preventivo e non solo, riteniamo di poter affermare che l'art. 94 bis CCII sia norma che possa essere esclusivamente applicabile al concordato in continuità e che non possa spiegare effetti nel c.d. concordato in bianco di cui agli artt. 40 e 44 CCII.

Tuttavia, per ottenere un effetto inibitorio che possa incidere sulla autonomia negoziale dei contraenti *in bonis*, il debitore che presenta una domanda di concordato c.d. in bianco - non potendo confidare sulla automatica applicabilità dell'art 94 bis CCII - potrà al più tentare di ottenere un effetto simile chiedendo l'applicazione di una misura cautelare ai sensi dell'art. 54 comma 1 CCII, che potrà essere concessa dal Tribunale al ricorrere dei relativi presupposti e nel contraddittorio tra le parti mediante il procedimento regolato dall'art. 55, comma, 2 CCII.



DB non solo
diritto
bancario

A NEW DIGITAL EXPERIENCE

 **dirittobancario.it**
