

### Misure cautelari

#### Tribunale di Trento 18 ottobre 2023 - Giudice B. Sieff

Concordato preventivo - Misure protettive e cautelari - Contratti pendenti - Disciplina

(C.C.I. artt. 2, 8, 54, 55, 94-bis)

**Nel concordato preventivo il giudice delegato può disporre misure cautelari innominate oltre il periodo di dodici mesi dalla concessione di misure protettive per indefettibili esigenze dello strumento di regolazione della crisi.**

#### Il Tribunale (*omissis*).

considerato preliminarmente che, con decreto del 16 agosto 2023 pronunciato ai sensi dell'art. 55, comma 2, c.c.i.i., questo giudice, prima dell'instaurazione del contraddittorio, ha accolto la domanda cautelare del debitore, e precisamente inibito "a M.G. s.p.a., quale cessionaria del contratto di leasing immobiliare n. (...), e a G.S. s.r.l., quale cessionaria del credito da esso riveniente, 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 c.c.i.i. (21.04.2023), così come ogni altra iniziativa o azione comunque volta o finalizzata alla restituzione dell'immobile", considerando: "

- che la misura invocata dal debitore è volta ad impedire lo scioglimento del contratto di leasing immobiliare - intercorrente tra il debitore e le controparti - avente ad oggetto un immobile alberghiero;

- che tale misura cautelare appare strettamente funzionale ad assicurare provvisoriamente l'attuazione dell'eventuale sentenza di omologazione del concordato in continuità diretta proposto dal debitore, giacché è con il contratto di leasing in parola che il debitore si assicura la disponibilità, ossia il godimento (anche in funzione del successivo trasferimento in proprietà) dell'immobile alberghiero nel quale svolge la propria attività di impresa alberghiera, sì che il contratto medesimo è direttamente e strettamente correlato alla continuità aziendale;

- che, in tal senso, l'eventuale scioglimento del contratto, con gli obblighi restitutori che ne conseguirebbero, pregiudicherebbe definitivamente ogni possibilità di dare attuazione alla proposta concordataria, ove venisse omologata, e perderebbe altresì di senso coltivare la stessa proposta;

- che preme in particolare evidenziare che i canoni anteriori sono, come tali, soggetti alla eventuale falcidia concordataria, mentre in seguito all'eventuale omologazione del concordato l'esecuzione del contratto di leasing troverebbe prosecuzione secondo le previsioni del piano e della proposta concordatari, come tali vincolanti per la controparte del contratto, come per qualsiasi creditore; per il resto, il debitore ha assunto iniziative volte ad assicurare il pagamento dei canoni successivi al deposito della domanda ex art. 44 c.c.i.i., considerandoli prededucibili;

- che deve ritenersi che la posizione di un singolo creditore debba - almeno provvisoriamente - recedere rispetto alla posizione del debitore che abbia fatto accesso, nelle forme e nei modi di legge, ad una procedura collettiva di regolazione della sua crisi in via alternativa alla liquidazione giudiziale, come tale potenzialmente mirante a salvaguardare gli interessi della massa dei creditori e di ogni altro soggetto orbitante attorno alle economie generate dalla conduzione aziendale, tanto più quando tale procedura sia volta alla conservazione dei valori aziendali mediante la continuità d'impresa;

- che deve in tal senso ritenersi che le misure cautelari atipiche di cui al c.c.i.i. siano precipuamente volte ad impedire che l'interesse di un singolo creditore - specie quanto strategico nell'economia dell'azienda condotta dal debitore, mettendo il debitore in una condizione di dipendenza economica della quale occorre evitare abusi - possa prevalere su quelli superindividuali riconducibili alla pendenza di una procedura concorsuale, impedendo che essa possa avere seguito;

- che la preventiva convocazione delle controparti potrebbe definitivamente compromettere l'attuazione della misura e, dunque, del concordato stesso, il che - unitamente all'imminente scadenza delle misure protettive, operanti ex art. 94 bis c.c.i.i. nei confronti di M.G. s.p.a. e G.S. s.r.l. - giustifica la concessione della misura prima della instaurazione del contraddittorio, non vedendosi per converso particolari ragioni di pregiudizio per le dette controparti, considerando i ristretti termini entro i quali il presente procedimento cautelare si volge e, invero, gli stessi contenuti termini di definizione della procedura di concordato preventivo";

considerato:

- che gli elementi emersi a seguito dell'istaurazione del contraddittorio non introducono alcuna ragione che imponga di rivedere quanto già ritenuto con il decreto di cui sopra;

- che non è dato dubitare che la misura cautelare, quale strumento distintamente denominato e definito nel c.c.i.i. rispetto alla misura protettiva (cfr. art. 2, lett. p) e q), c.c.i.i.), non può in alcun modo veicolare una replica di misure protettive già in precedenza disposte al mero fine di aggirare il termine di durata massima delle misure protettive stabilito dall'art. 8 c.c.i.i.;

- che, d'altro canto, e nonostante il contenuto atipico delle misure cautelari, oltre al contenuto atipico che, del pari,

possono avere anche le misure protettive (art. 54, comma 2, terzo periodo, c.c.i.i.), va al contempo valorizzata la distinzione che il c.c.i.i. traccia tra le due tipologie di misure sul piano funzionale, là dove le seconde sono 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” (v. lett. p) cit.), mentre le prime devono più precisamente essere 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” (cfr. lett. q) cit.);

- che, in tal senso, la misura cautelare invocata nell’ambito di una procedura di concordato preventivo, come nel caso in esame, 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;

- che, peraltro, va annotato che il termine complessivo di cui al cit. art. 8 riguarda precisamente le misure protettive, e pertanto la relativa scadenza non necessariamente deve condurre alla frustrazione del diritto del debitore di vedere regolata la propria crisi secondo uno degli strumenti approntati dall’ordinamento, diritto al quale soccorrono, in via temporanea e provvisoria, proprio le misure cautelari atipiche, così come precisamente orientate nei confronti delle pressioni esercitate dai singoli soggetti vantanti diritti nei confronti dell’imprenditore in crisi (là dove solo le misure protettive tipiche si prestano ad assumere contenuto generalizzato, cfr. art. 54, comma 2, c.c.i.i.);

- che, nel delineato quadro, e coerentemente con quanto sinora affermato, deve ritenersi che l’art. 94 bis c.c.i.i., 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 disponga 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 c.c.i.i. 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 c.c.i.i. - 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;

- 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), c.c.i.i., 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, c.c.i.i.);

- che va peraltro considerato che l’istanza cautelare tende ad una compromissione eccessiva e, dunque, sproporzionata, dei diritti della controparte nel momento in cui mira ad impedire qualsiasi azione stragiudiziale o giudiziale volta alla risoluzione del contratto, tenendo in particolare conto che una rigida inibizione nelle tutele della controparte potrebbe essere ragione di ingiustificato pregiudizio in correlazione al tempo di attivazione delle tutele stesse - tenendo conto di possibili termini di decadenza o di prescrizione, o di altri termini di origine negoziale, e più in generale degli effetti del tempo sullo svolgimento del rapporto contrattuale, oltre che dello stesso tempo necessario per ottenere tutela innanzi al giudice civile -, occorrendo per converso osservare che la tutela cautelare che si può accordare in questa sede - proprio per la sua natura strumentale e anticipatoria - deve restare confinata nell’ambito dei possibili effetti conseguibili all’esito della qui pendente procedura concorsuale - che non può in alcun modo contemplare poteri di cognizione giudiziale in relazione al contratto di leasing intercorrente tra le parti (come tali rimessi ad altra e competente autorità giurisdizionale) -, là dove ciò che più precisamente e concretamente si correla alle esigenze cautelari qui emerse va rinvenuto nella necessità che la controparte non consegua, e comunque non faccia valere gli effetti della risoluzione contrattuale, ferma la necessità di impedire alla controparte di assumere qualsiasi iniziativa mirante ad ottenere la restituzione dell’immobile alberghiero;

- che la novità delle questioni affrontate induce all’integrale compensazione delle spese processuali tra le parti; visti gli artt. 54 e 55 c.c.i.i.,

P.Q.M.

modifica il decreto del 16 agosto 2023 nei termini che seguono:

inibisce a M.G. s.p.a., quale cessionaria del contratto di leasing immobiliare n. (...), e a G.S. s.r.l., quale cessionaria del credito da esso riveniente, di conseguire o comunque di fare valere nella presente procedura concorsuale gli effetti di una eventuale risoluzione del contratto, per qualsivoglia titolo contrattuale o legale essa possa intervenire, in

ragione del mancato pagamento dei canoni antecedenti alla domanda con riserva del debitore *ex art. 44 c.c.i.i.* (21.04.2023), così come ogni altra iniziativa o azione comunque volta o finalizzata alla restituzione dell'immobile; (*omissis*).

### Tribunale di Udine 26 ottobre 2023, ord. - Giud. G. Calienno - Rizzani de Eccher S.p.a.

*Composizione negoziata - Misure cautelari e protettive - Doveri delle parti - Documentazione da produrre*

(CCII artt. 2, 4, 17, 18, 19, 23)

**Nella composizione negoziata il giudice delegato può confermare le misure protettive anche quando non sia stato approvato e depositato l'ultimo bilancio se la società abbia illustrato la propria posizione in modo completo, veritiero e trasparente.**

*Composizione negoziata - Misure cautelari e protettive - Delibazione per la concessione della misura*

(CCII artt. 2, 4, 17, 18, 19, 23)

**È richiesta la non manifesta implausibilità delle prospettive di risanamento come parametro per la delibazione ai fini della concessione della misura.**

*Composizione negoziata - Misure cautelari e protettive - Conclusione delle trattative*

(CCII artt. 2, 4, 17, 18, 19, 23)

**Il risultato prefisso potrà essere ipotizzato non solo nelle forme di cui al primo comma dell'art. 23 CCII, ma anche mediante la predisposizione di un piano attestato e la stipulazione degli accordi di risanamento di cui al combinato disposto degli artt. 23, 2 comma, lett. a) e 56 CCII.**

#### Il Tribunale (*omissis*).

Le misure protettive richieste dalla società *erga omnes*, ossia indistintamente nei confronti di tutti i creditori, vanno confermate per il periodo massimo di 120 giorni di cui all'art. 19 4 comma CCII, salvo eventuale proroga, con le declaratorie di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 18 CCII. Per offrire la doverosa motivazione di siffatta conclusione giova premettere che nell'impianto del Codice della Crisi, le misure protettive, differentemente dai provvedimenti cautelari, non hanno di norma uno o più soggetti "passivi" determinati, ma possono produrre effetti, quanto meno in astratto e nella fase iniziale del procedimento di composizione negoziata della crisi, nei confronti di una platea indeterminata di destinatari (creditori e/o terzi).

Vi rientrano, anzitutto quelle misure che a norma dell'art. 18 1 comma CCII conseguono quale effetto automatico, sino all'eventuale conferma o revoca *ex art. 19 CCII*; dalla pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza di applicazione delle misure protettive e dell'accettazione dell'esperto, ossia il divieto per creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore.

Va, però, evidenziato che l'art. 18 1 comma CCII, così come in precedenza previsto dall'6, comma 1, D.L. n. 118

del 2021 estende l'efficacia delle misure protettive ai "beni e diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa": è possibile, ad esempio, che la misura protettiva sia diretta ad inibire l'esecuzione forzata su un bene, di proprietà di un terzo, ma che il debitore detiene in forza di un contratto di locazione o di leasing o di comodato, in quanto funzionale all'esercizio dell'impresa oppure, per lo stesso motivo, su un bene di proprietà della società debitrice, su cui il terzo vanta un di un diritto reale di garanzia. Sono, invece, esclusi dalle misure protettive i diritti di credito dei lavoratori.

Il CCII, come già in precedenza disposto dal D.L. n. 118 del 2021, ha confermato il divieto per i creditori di acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti. Tuttavia, mentre nella normativa concorsuale comune il divieto non è disponibile dalle parti, nell'ambito della composizione negoziata della crisi -che per l'appunto non è una procedura concorsuale- il divieto è, invece, "disponibile": difatti, il debitore ed il singolo creditore possono accordarsi per l'acquisto della prelazione, anche a dispetto degli altri creditori.

Ai sensi del CCII, come anche in precedenza previsto dal D.L. n. 118 del 2021, devono altresì considerarsi misure "protettive", in quanto poste a presidio del tentativo di composizione negoziata della crisi: i) l'impossibilità di

dichiarare l'apertura della liquidazione giudiziale o di accertare lo stato d'insolvenza fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata della crisi; ii) il divieto per i creditori interessati dalle misure protettive di rifiutare unilateralmente l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, nonché il divieto di anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento dei crediti anteriori rispetto alla pubblicazione dell'istanza di cui al comma 1 dell'art. 18 CCII.

È bene evidenziare sin da subito che il Tribunale ritiene che il sistema così delineato non legittimi il ricorso a misure protettive atipiche, ossia al di fuori di quelle previste dall'art. 18, considerando atipiche anche quelle relative al patrimonio di soggetti che non coincidono con quello dell'imprenditore che ha chiesto l'accesso alla composizione negoziata e l'applicazione di misure protettive, salvo il caso che la misura riguardi determinati beni e diritti di terzi di cui l'imprenditore si avvalga per l'esercizio della propria impresa.

Ciò trova conferma nel dato letterale dell'art. 19 CCII, che attribuisce al debitore che abbia presentato, unitamente alla domanda di nomina dell'esperto, anche l'istanza di misure protettive, la facoltà di domandarne al tribunale la conferma o la modifica delle stesse, senza fare riferimento ad ulteriori e non previste misure, fermo restando che il tribunale, su richiesta dell'imprenditore e sentito l'esperto, può limitarne l'effetto a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori.

A questo punto, però, occorre soffermarsi sulla questione nodale che si agita nel procedimento che ci occupa, ossia quali siano i limiti della delibazione che il giudice deve compiere al fine dell'emissione del provvedimento di conferma, modifica e/o revoca delle misure protettive.

A tale proposito occorre prendere le mosse dal dibattito sviluppatosi all'indomani dell'entrata in vigore delle D.L. n. 118 del 2021 che aveva fatto propendere la maggioranza degli interpreti e della giurisprudenza pronunciatisi sul punto, tra cui lo stesso Tribunale di Udine con il decreto del 28/7/22, per la tesi che la delibazione rimessa al giudice fosse rivolta non tanto a verificare in astratto l'attitudine delle misure protettive a perseguire la funzione di salvaguardare le trattative in sé, ma ad accertare, sebbene sommariamente, la concreta strumentalità delle stesse ad assicurarne il buon esito, ossia, la funzionalità delle misure protettive rispetto alla ragionevole possibilità di superamento da parte dell'impresa dello stato di squilibrio patrimoniale, economico e/o finanziario, e di prosecuzione dell'attività.

Tale chiave interpretativa è stata fatta propria dal CCII che ha recepito il legame funzionale delle misure protettive al buon esito delle trattative, richiedendo espressamente, al 4 comma dell'art. 19 CCII, il parere dell'esperto sul punto.

Si tratta quindi di una delibazione che impone al giudice, come osservato da autorevole dottrina, di mutare prospettiva rispetto a quella tradizionale, in quanto al tribunale si

chiede di verificare *ex ante*, non *ex post*, "l'utilità di un percorso che dovrebbe restituire valore e benessere collettivo e consociato e nuove opportunità all'imprenditore senza pregiudicare ingiustamente i creditori."

Pertanto, siffatta delibazione, stante la natura cautelare del procedimento di conferma delle misure protettive, sarà rivolta, quanto al *fumus*, nell'accertamento sommario della condizione oggettiva rappresentata da uno stato di crisi o insolvenza sia essa prospettica o già concretizzatasi, purché reversibile, tale cioè da rendere tuttora ragionevolmente perseguibile il risanamento; quanto al *periculum* nell'accertare il rischio che la mancata concessione di misure positive possa pregiudicare il buon esito delle trattative, indagine quest'ultima che si estende a tre distinti profili: a) esistenza di concrete trattative in corso e la conduzione delle stesse da parte dell'imprenditore con correttezza e buona fede; b) la strumentalità delle misure protettive attivate dall'imprenditore rispetto al buon esito delle trattative; c) il bilanciamento dei contrapposti interessi in modo che le misure non risultino sproporzionate rispetto al pregiudizio in concreto arrecato e creditori.

Così delineate le linee guida della delibazione che il giudice è chiamato a compiere, occorre soffermarsi sul *fumus*, non prima di aver sottolineato, come già anticipato nel decreto di nomina dell'ausiliario del 4/10/23, che il fulcro della composizione negoziata è costituito dalla risanabilità dell'impresa ossia dalla prognosi che il progetto del piano di risanamento proposto, in uno con il relativo piano finanziario semestrale e il prospetto delle iniziative da adottare, sia funzionale ad affrontare e a risolvere tutte quelle situazioni di squilibrio economico e patrimoniale che, pur rilevando l'esistenza di una crisi o di uno stato di insolvenza, appaiono reversibili.

Ciò perché nella presente fase, è bene ribadirlo, il tribunale deve operare un bilanciamento tra gli interessi debitori e le aspettative dei creditori, rispetto al quale assume valore preminente la valutazione positiva sul percorso di risanamento intrapreso ossia la ragionevole perseguibilità del risanamento al fine di valutare la funzionalità delle misure protettive richieste per assicurare il buon esito delle trattative sottese al progetto proposto.

Orbene, come riportato nel parere dell'Esperto, il Piano predisposto dalla R. si sviluppa nell'arco temporale 2023-2027 e si pone l'obiettivo, da un lato, di creare un nuovo leader del comparto delle costruzioni generali, anche per effetto del perfezionamento dell'ipotizzata operazione straordinaria con A. e, dall'altro lato, di garantire un riequilibrio della situazione economico-finanziaria della Società per il tramite di interventi diretti sulla struttura di *governance* ed amministrativa interna, nonché attraverso una modifica degli accordi di finanziamento in essere con le Banche Finanziatrici.

In sintesi, il Piano poggia sulle seguenti principali assunzioni di natura industriale e finanziaria:

(i) transformation plan della *governance* e della struttura organizzativa interna, con conseguente efficientamento e riduzione dei costi;

(ii) rifocalizzazione del business aziendale sul comparto infrastrutture in Italia, con contestuale rafforzamento nell'area dell'Unione Europea e progressiva riduzione della presenza in Africa e Medio Oriente;

(iii) svolgimento di importanti commesse appaltate da A. e R. anche nell'ambito del PNRR;

(iv) operazione straordinaria con A. denominata "Progetto Titanus" (meglio rappresentata nel ricorso ex art. 19 CCII);

(v) supporto delle banche finanziatrici in parte mediante concessione di nuove linee di firma, eventualmente anche assistite dal beneficio della prededuzione, e in parte mediante la rinegoziazione degli accordi finanziari in essere;

(vi) richiesta di aumento delle linee di credito per factoring attualmente concesse;

(vii) conclusione della valutazione in corso circa il trattamento del POSC (Prestito Obbligazionario Subordinato Convertibile) nell'ambito della Proposta di Manovra Finanziaria e conseguenti eventuali modifiche;

(viii) la cessione ad istituti di credito diversi dalle banche finanziatrici dei crediti anche futuri afferenti le commesse nell'ambito del "Superbonus 110%".

Tutte operazioni da attuarsi in esito al perfezionamento di un accordo che la Società ambisce di poter definire nelle forme di cui al primo comma dell'art. 23 CCII e che potranno anche eventualmente essere perseguite mediante la predisposizione di un piano attestato e la stipulazione degli accordi di risanamento di cui al combinato disposto degli artt. 23, secondo comma, lettera a) e 56 CCII.

Al fine di valutare compiutamente le concrete prospettive di risanamento sulla scorta di siffatto piano, viene in soccorso il parere dell'ausiliario che ha consentito al Tribunale, nella oggettiva difficoltà del giudizio che è chiamato ad esprimere, di convincersi pienamente, per le ampie e condivisibili argomentazioni espresse dal dott. T. nel proprio parere rispetto al quadro delineato sul punto dall'Esperto, che le prospettive della situazione di squilibrio economico, finanziario e patrimoniale in cui versa la R. possano allo stato essere ritenute suscettibili di concreta aspettativa di attuazione, anche alla luce degli accadimenti successivi al deposito del parere dell'Esperto e all'udienza dello scorso 28 settembre.

In altri termini, l'ausiliario, sulla base delle circostanze riscontrate, ritiene, allo stato, sussistente una non manifesta implausibilità delle prospettive di risanamento e, quindi, sussistenti quelle concrete prospettive di risanamento di cui all'art. 17 5 comma CCII sulla scorta della Proposta di Manovra Finanziaria e Business Plan 2023-2027 elaborata dalla ricorrente, non senza sottolineare che sia in qualche modo fisiologico che siffatta proposta sia soggetta a integrazioni e modifiche che potrebbero anche riguardare l'inserimento nelle ipotesi di piano dell'operazione straordinaria con A., ove venisse confermata a breve la sua concreta attuabilità.

Ciò per la condivisibile considerazione che nel corso di un procedimento di risanamento aziendale sia necessario affrontare incertezze ed eventi imprevisi, connessi ad

una molteplicità di circostanze, che nella fase delle trattative, che qui in particolare interessa, comportano anche, nella maggioranza dei casi, modifiche alle proposte ai creditori e dei piani ad esse funzionali.

In particolare, quanto al profilo dell'idoneità dei flussi di cassa previsionali al ripristino dell'equilibrio finanziario ed alla connessa criticità evidenziata dall'Esperto con riferimento alle scoperture previste negli ultimi due anni di piano, l'ausiliario ha evidenziato che "va in primo luogo considerato che al realizzarsi delle ulteriori condizioni operative e gestionali attese, la Società potrebbe trovarsi in una situazione economica, finanziaria e patrimoniale idonea a prefigurare la concessione di nuove linee di finanziamento funzionali alla copertura di detto squilibrio. Va altresì considerato che le previsioni conseguenti all'eventuale perfezionamento dell'accordo con A. evidenziano un ulteriore miglioramento dei flussi finanziari attesi, sì da far venir in tal caso meno dette previsioni di scoperture."

Basandosi su quanto riferito dall'Esperto, in relazione all'incontro cui lo stesso ha partecipato il 25 settembre scorso con i manager apicali di A. (Presidente del CdA, *managing director*, responsabile legale e CFO), l'ausiliario ha evidenziato come risultino concrete le prospettive di addivenire al prefigurato accordo, essendo stato confermato lo stato avanzato delle trattative, delle quali è stata ipotizzata la definizione entro il prossimo mese di novembre.

Sul punto è significativo, altresì, che lo stesso Esperto abbia anche preannunciato che nel corso delle trattative con A. è emersa la possibilità di addivenire ad una semplificazione delle operazioni inizialmente previste in funzione dell'accordo, che a quanto consta attualmente risulta prevedere: - una struttura più semplificata delle operazioni societarie, che riguarderebbero una sola società controllata da R.D.E.; - l'affidamento a R.D.E. di opere per corrispettivi compresi tra 1 e 2 miliardi di Euro, in 10 anni; - l'affidamento alla controllata Tensacciai di forniture per circa 150 milioni di Euro.

Il che costituisce un ulteriore rafforzamento delle concrete prospettive di risanamento le quali derivano anche dalle concrete attività poste in essere dalla R. al fine dell'approvazione del bilancio 2022 e della nomina di un amministratore indipendente, così come il rafforzamento della struttura organizzativa con l'affidamento ad A.P. dell'incarico avente ad oggetto, tra l'altro, la funzione di CRO nella persona del suo *managing partner* dott. P.R., che l'ausiliario riferisce di nota competenza ed esperienza, oltre all'avvio delle interlocuzioni con i creditori commerciali.

Ciò per offrire adeguata risposta a quelle criticità che lo stesso ausiliario, ritenendo non infondate talune valutazioni del Collegio Sindacale e dell'Esperto e in parte condivise dai creditori finanziari circa gli assetti organizzativi funzionali alla complessa gestione del processo di risanamento e alla necessità di un certo grado di discontinuità quanto meno tra *governance* e compagine azionaria, ha considerato non prive di rilievo, così come il rinvio dell'approvazione del bilancio 2022 nonché le attività

integrative resesi necessarie per la formazione degli elenchi dei creditori.

Prima, però, di affrontare gli ulteriori argomenti su cui il tribunale fonda il proprio convincimento rispetto alle concrete prospettive di risanamento, occorre prendere posizione per l'appunto sul mancato deposito, con l'istanza di conferma delle misure, del bilancio relativo all'esercizio 2022, considerato che il 2 comma lett. a) dell'art. 19 CCII prevede che unitamente al ricorso vadano depositati i bilanci degli ultimi tre esercizi.

Sul punto ritiene il Tribunale che la mancata produzione del bilancio dell'ultimo esercizio non precluda di per sé l'esame della domanda di conferma delle misure protettive tenuto conto che gli elementi fondamentali che connotano la composizione negoziata della crisi - che, è bene sottolinearlo, non è una procedura - sono, da un lato la ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa, ossia la continuità aziendale, e dall'altro il dovere per l'imprenditore che vi acceda, sancito dall'art. 4 del CCII, di comportarsi secondo buona fede e correttezza e, soprattutto per quanto qui interessa, di illustrare la propria posizione in modo completo, veritiero e trasparente, offrendo le informazioni necessarie e appropriate rispetto alle trattative avviate.

Pertanto, ogniqualvolta le assunzioni e le valutazioni che gli amministratori devono compiere nella redazione del bilancio siano condizionate dalla continuità, o meno, dell'attività caratteristica e tale continuità dipenda per l'appunto dal progetto di piano risanamento proposto nell'ambito della composizione negoziata, i doveri di cui al citato art. 4, in uno con il principio di veridicità del bilancio, fan sì che possa ritenersi giustificato, come nella fattispecie concreta al vaglio del tribunale, il rinvio dell'approvazione del bilancio per il tempo strettamente necessario allo svolgimento delle trattative nell'ambito della composizione negoziata, pena al contrario la frustrazione della finalità di risanamento dell'impresa cui sono funzionali le misure protettive richieste, fermo restando comunque il dovere per l'imprenditore di illustrare con ogni altro possibile mezzo la propria posizione in modo completo, veritiero e trasparente, offrendo le informazioni necessarie e appropriate rispetto alle trattative avviate.

In quest'ottica, è significativo come riportato nella nota 2), che il 13.10.2023 il dott. S., CFO della Società, trasmetteva all'Esperto e all'Ausiliario una comunicazione (vedi allegato 1 al parere dell'ausiliario) relativa all'avvio delle interlocuzioni con i creditori commerciali con crediti scaduti, che la Società ha ritenuto di instaurare mediante apertura di una apposita piattaforma telematica dedicata stante la numerosità e dislocazione degli stessi ("migliaia di soggetti nelle geografie più disparate"), con la quale rendere più agevolmente disponibili le informazioni già in essere nella piattaforma telematica della composizione negoziata.

Oltre a ciò assume rilievo, come sottolineato dall'ausiliario, che la R. abbia dato corso, su sollecitazione dei creditori finanziari, alla prima fase delle attività inerenti l'Independent Business Review ("IBR") sul piano, affidata a società di consulenza di primario standing, con emissione

nel giugno scorso di un interim report con il quale sono state analizzate criticamente le assunzioni e le incertezze sottese all'attuazione del piano, anche mediante analisi delle principali commesse e delle loro marginalità.

Quanto poi alla fondatezza e razionalità delle assunzioni strategiche poste a fondamento del piano, e alla loro coerenza con il contesto del mercato di riferimento, l'ausiliario ha evidenziato che non sono stati individuati elementi che portino a ritenere non condivisibili le valutazioni dell'Esperto sul punto.

L'ausiliario ha poi valorizzato l'affidabilità dei processi volti all'identificazione degli effetti economici, finanziari e patrimoniali conseguenti alle azioni pianificate, evidenziando l'esistenza di un sistema informativo e di reporting interno sulla base del quale la Società provvede all'aggiornamento delle stime previsionali con un grado di analiticità riferito, tra l'altro, ai diversi contratti d'appalto in portafoglio (*backlog*). Ha poi rilevato che "Le incertezze relative alla continuità aziendale sono state peraltro valutate dagli amministratori anche sulla base di un aggiornamento delle previsioni dei flussi di cassa, su base mensile sino ad ottobre 2024, che tiene conto della svalutazione di crediti per 3,5 milioni da ultimo iscritta in bilancio e che evidenzia una copertura delle necessità finanziarie sulla base di determinate assunzioni (incluso un ulteriore incremento degli scaduti verso fornitori); non vi sono inclusi gli eventuali effetti dell'operazione straordinaria con A. ma si prevede l'utilizzabilità degli affidamenti di firma in essere, tenuto conto degli spazi formalmente già disponibili e di quelli che la Società prevede si libereranno per effetto del revolving connesso al completamento delle iniziative in essere. È verosimile che tale ultima circostanza possa comportare a breve la richiesta di autorizzazione al loro utilizzo in via di prededuzione, ex art. art. 22 primo comma lett. a) CCII."

Vi è poi un ulteriore significativo aspetto che rafforza il convincimento del tribunale sulla sussistenza delle concrete prospettive di attuazione del risanamento basato sui flussi derivanti dalla continuità diretta dell'attività, avendo l'ausiliario evidenziato che esse "trovano un certo grado di riscontro nella rilevante crescita dei volumi di produzione conseguiti nel corso del 2023, ancorché in minor misura all'emergere della situazione di squilibrio finanziario. L'ulteriore crescita dei volumi per le annualità successive è prevista sulla base delle commesse che per i primi anni di piano (in via decrescente) risultano già in gran parte acquisite. L'esame della situazione patrimoniale al 30.06.2023 e dei report direzionali disponibili evidenzia un miglioramento della capacità di generazione di marginalità e della redditività operativa, salvo ulteriori eventi straordinari o non ricorrenti. La misura in cui la Società sarà in grado di conseguire gli obiettivi prefissati dovrà pertanto essere tempestivamente monitorata."

Infine, trattandosi di condizione essenziale per il successo di qualsiasi piano di risanamento, emerge dalla relazione dell'ausiliario che pare possibile "una convergenza di interessi che contempra quelli della Società e dei suoi creditori e stakeholder, tale da configurare i presupposti per il raggiungimento dell'accordo di risanamento", tenuto

conto che, salvo l'unico caso di un creditore costituitosi nel presente procedimento successivamente all'udienza dello scorso 28 settembre, non constano, all'esito di tale udienza, posizioni contrarie alla conferma delle misure protettive, in ragione verosimilmente delle aspettative degli esiti alternativi, suscettibili di rilevarsi di gran lunga più penalizzanti.

Valutata positivamente la ricorrenza del *fumus*, occorre, quindi, soffermarsi sul requisito del *periculum* che si sostanzia nell'accertare sommariamente la ricorrenza del rischio che la mancata concessione di misure positive possa pregiudicare il buon esito delle trattative.

È bene subito anticipare che il tribunale ritiene che siffatto requisito sussista pienamente alla luce dei tre distinti profili in cui esso si articola: a) esistenza di concrete trattative in corso e la conduzione delle stesse da parte dell'imprenditore con correttezza e buona fede; b) la strumentalità delle misure protettive attivate dall'imprenditore rispetto al buon esito delle trattative; c) il bilanciamento dei contrapposti interessi in modo che le misure non risultino sproporzionate rispetto al pregiudizio in concreto arrecato e creditori.

Quanto al punto a), occorre ribadire che la composizione negoziata della crisi non costituisce una procedura concorsuale. Da ciò discende che non c'è alcun obbligo a carico dell'imprenditore che vi accede di coinvolgere tutti i creditori nelle trattative; non vi è alcun ordine di distribuzione delle somme, non dovendosi rispettare la par condicio creditorum; non c'è necessità di impedire ai creditori di acquisire posizioni di vantaggio, non a caso non sono inibiti pagamenti e il debitore rimane *in bonis*. Ribadito questo concetto e le conseguenze che ne derivano, lo stesso Esperto ha confermato che la società ricorrente ha da tempo ingaggiato una serrata trattativa con gli istituti di credito, ossia con i creditori finanziari, evidenziando che tale trattativa ha consentito alla Società di ottenere un accordo di standstill sino al 31.3.2023, poi prorogato sino al 31.5.2023 e da ultimo richiesto sino al 31.7.2024. Senonché, per effetto dell'accesso di R. alla procedura di composizione negoziata della crisi "tale nuova richiesta di proroga dello standstill può considerarsi assorbita".

In ogni caso, nel corso dell'incontro cui ha partecipato anche l'Esperto è emersa una generica disponibilità degli istituti di credito a continuare a supportare l'impresa pur segnalando che, allo stato, le linee di credito sono esaurite e che la mancata approvazione del bilancio e la conseguente incertezza circa la continuità aziendale non consentono nuove istruttorie di credito. Allo stesso tempo, gli istituti di credito, in attesa di garanzie sulla continuità, non hanno manifestato all'Esperto particolare contrarietà alla conservazione delle misure protettive, invero quasi auspicandole nell'attesa di conoscere gli sviluppi delle (separate) trattative volte al perfezionamento della c.d. operazione Titanus.

Al contempo l'Esperto ha rilevato nel suo parere che nessuna trattativa è stata promossa, né stimolata da parte dell'imprenditore nei confronti dei fornitori e dei creditori aventi natura non finanziaria, fermo restando che successivamente al deposito del parere, come dato atto

dall'ausiliario nel suo parere, sono iniziate le interlocuzioni della società con i creditori commerciali.

Ritiene, però, il tribunale che tale ritardata iniziativa nei confronti dei creditori commerciali non assuma, per quanto sopra esposto, di per sé un elemento contrario alla conferma delle misure perché, da un lato, nell'ambito della composizione negoziata non vi è un obbligo di coinvolgere nelle trattative tutti i creditori e, dall'altro, soprattutto nel caso di specie, è del tutto comprensibile la scelta dell'imprenditore di privilegiare, almeno nella fase iniziale, le trattative con i creditori finanziari che gli consentano, attraverso il piano di risanamento, di garantire l'auspicata continuità aziendale, onde acquisire concretezza, nella successiva trattativa con i creditori commerciali, appartenenti per lo più al rango chirografario, delle proprie disponibilità finanziarie e/o della possibilità di avviare nuovi ordini e commesse su cui basare un'eventuale ristrutturazione di tale ingente debito, offrendo le soluzioni ritenute dalle parti più consone ai loro rispettivi interessi.

Né infine l'Esperto ha rilevato in relazione alle trattative comunque avviate dalla società la violazione da parte dell'imprenditore degli obblighi di correttezza e di buona fede.

Sicché il tribunale ritiene che ricorra nella fattispecie il profilo *sub a)*.

Quanto al profilo *sub b)*, risulta del tutto evidente che la conferma delle misure protettive nei confronti della generalità dei creditori, ossia con efficacia *erga omnes*, è indispensabile in relazione all'entità del debito maturato (i debiti verso i fornitori e verso gli altri creditori diversi dalle banche ammonta al 30/6/23 rispettivamente a Euro 258.967.001 e a Euro 361.852.073) che, se fosse posto in esecuzione nella presente fase, non consentirebbe la realizzazione di quelle condizioni su cui si fondano le concrete prospettive di risanamento sopra illustrate, anche in previsione dell'eventuale perfezionamento dell'operazione straordinaria con A.

Resta, infine, il profilo *sub c)*, ossia il bilanciamento dei contrapposti interessi in modo che le misure non risultino sproporzionate rispetto al pregiudizio in concreto arrecato e creditori.

In merito a tale requisito, ritiene il tribunale che assuma particolare rilievo la posizione assunta dai creditori i quali, anche con riguardo a quelli costituiti nel presente procedimento, salvo per una singola posizione, hanno manifestato sostanzialmente, anche mutando l'originaria posizione nel corso dell'udienza del 28/9/23, di non essere contrari alla conferma delle misure protettive, verosimilmente perché gli esiti alternativi alla continuità aziendale potrebbero rilevarsi, specie per il ceto chirografario, ben più penalizzanti rispetto alle loro ragioni creditorie.

Il che costituisce il fulcro del bilanciamento tenuto anche conto del limitato arco temporale del sacrificio imposto ai creditori rispetto ai benefici che gli stessi potrebbero ottenere nell'ipotesi di successo del piano di risanamento. In definitiva, ritiene il tribunale che il ricorso vada accolto e le misure protettive vadano confermate *erga omnes* per il periodo massimo di legge, ossia per 120 giorni, salvo

eventuale proroga, con le declaratorie di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 18 CCII.

Ricorrono nella fattispecie giustificati motivi per la compensazione integrale delle spese del giudizio.

P.Q.M.

visto l'art. 19 CCII (D.Lgs. n. 14 del 2019)

a) conferma per il termine massimo di centoventi giorni ex art. 19, comma 4, CCII, salvo l'eventuale proroga ai sensi del successivo comma 5 dell'art. 19 CCII, le seguenti misure protettive *erga omnes*:

1. il divieto, rivolto a tutti i creditori sociali, di acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore, ex art. 18, comma 1, CCII;

2. il divieto, rivolto a tutti i creditori sociali, di iniziare o proseguire azioni esecutive (ivi comprese quelle collettive) o cautelari sul patrimonio della Società e sui beni e

diritti attraverso i quali è esercitata l'attività di impresa, ex art. 18, comma 1, CCII;

b) dichiara che, ai sensi dell'art. 18, comma 4, CCII, dal giorno della pubblicazione della presente istanza e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata, salvo che il tribunale disponga la revoca delle misure protettive;

c) dichiara, ex art. 18, comma 5, CCII, che i creditori sociali nei cui confronti operano le misure protettive non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti 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 pubblicazione dell'istanza di cui al comma 1 dell'art. 18 CCII;

(*omissis*).

## Spigolature in tema di misure protettive e cautelari di Fabio Santangeli (\*)

Le ordinanze in commento attengono a profili problematici sulla concessione di misure cautelari o protettive nella composizione negoziata della crisi d'impresa e nel concordato preventivo.

Si affronta il tema della durata massima delle misure protettive ex art. 8 CCII seguito dalla concessione di misure cautelari innominate e dei requisiti necessari alla concessione delle misure protettive nella composizione negoziata.

*The orders concern problematic issues on the granting of precautionary or protective measures in the negotiated settlement of the companies' business crisis and in the preventive agreement with creditors. The issue of the maximum duration of protective measures, under article 8 CCII, is addressed, followed by the granting of unnamed precautionary measures; and the requirements for the granting of protective measures in the negotiated settlement.*

### L'argomentazione orientata alle conseguenze ed il precedente giudiziale

Le ordinanze in commento trattano della concessione di misure protettive o cautelari l'una in un procedimento di composizione negoziata per la soluzione di crisi d'impresa, l'altra in un procedimento di concordato preventivo in continuità aziendale.

In entrambi i casi le misure vengono, in buona sostanza, concesse.

Ed è evidente come i due giudici siano convinti della opportunità di procedere al tentativo di risanamento, perché nei casi di specie ne rilevano la serietà.

I provvedimenti risolvono, incidentalmente, una serie di ulteriori potenziali difficoltà, sgombrando con giustificazioni non prive di eleganza eventuali

ostacoli giuridici alla non concessione o alla revoca delle misure richieste.

Mai come in queste situazioni, tuttavia, mi pare che l'interprete debba essere consapevole della strumentalità delle soluzioni adottate. Così come questa mia riflessione vale per molti provvedimenti che revocano o non concedono misure protettive o cautelari; spesso, anche in tali ipotesi, alcune chiusure per ragioni formali nascondono o accompagnano espressamente un giudizio negativo sulla correttezza e potenziali *chances* di successo del percorso di composizione negoziata o del procedimento concorsuale minore.

Da questo ricavo un metodo di lavoro che il saggio interprete dovrà adottare allorquando utilizzerà le ordinanze in materia alla stregua di precedente

(\*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

giudiziale; applicare, nell'esame di successive fattispecie, con molta cura e parsimonia le ragioni formali adottate, perché strumentali ad una soluzione predefinita e così non sempre suscettibile di immediate applicazioni analogiche.

Di seguito, brevi considerazioni su alcuni tra i punti trattati nelle decisioni in esame.

### L'ordinanza del tribunale di Trento

L'ordinanza del giudice relatore trentino segue un decreto *inaudita altera parte* con misura cautelare che aveva inibito alla creditrice del contratto di *leasing* immobiliare "qualsiasi 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, così come ogni altra iniziativa o azione comunque volta o finalizzata alla restituzione dell'immobile".

In estrema sintesi. Si tratta di un concordato in continuità diretta di società che esercita l'attività di impresa alberghiera, e l'immobile in questione è l'albergo; se glielo toglie, l'impresa muore.

Evidente la funzionalità della misura ad assicurare preventivamente gli effetti del concordato con continuità.

Il giudice relatore pronuncia pertanto quella che definisce una misura cautelare atipica, ritenendo prevalente l'interesse del debitore, della massa, della conservazione dell'azienda rispetto all'interesse di quel creditore sacrificato.

La soluzione, a tutta prima, sorprende; è infatti già prevista la misura protettiva di cui all'art. 94 bis,

comma 2, CCII che disciplina positivamente ed in via automatica la faccenda (1).

Tuttavia, nel caso che ci occupa, la necessità della misura cautelare origina proprio dal fatto che è quasi trascorso l'anno per cui, ai sensi dell'art. 8 CCII, le misure protettive perdono efficacia (2).

Nell'udienza di cui all'art. 54, comma 2, CCII, il giudice relatore, ascoltate le parti, pronuncia una ordinanza in parziale modifica del precedente decreto (che seguiva pedissequamente il tenore anche letterale dell'art. 94-bis, comma 2, CCII); mantiene l'inibizione al creditore di assumere qualunque iniziativa mirante ad ottenere la restituzione dell'immobile alberghiero all'interno della procedura concorsuale, ma (magra consolazione) gli consente di agire in via ordinaria per ottenere la risoluzione del contratto (3).

### Segue. La difficile contemperazione tra esigenze della procedura e disposizioni di legge

Il giudice trentino risolve con un provvedimento originale un problema talora ineludibile; la impossibilità, o l'estrema difficoltà, di contemperare il disposto chiaro dell'art. 8 CCII (4), che pretende che le misure protettive cessino al compimento di dodici mesi, alle necessità delle procedure concorsuali che talora quasi fisiologicamente sfornano questo termine; ed è evidente che, nella più parte dei casi, senza la protezione assicurata da tali misure, la prospettiva di risanamento è destinata a sicuro insuccesso.

E però, l'art. 8 CCII esiste, ed è coerente con la direttiva *Insolvency* all'art. 6, par. 8 (Dir. UE 1023/2019) (5).

(1) Sull'art. 94-bis CCII, M. Spadaro, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Commento al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e successive modifiche*, a cura di Santangeli, Milano, 2023, 646 ss.

(2) Sull'art. 8 CCII, F. De Santis, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Commento al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e successive modifiche*, cit., 62 ss.

(3) Trib. Trento 10 ottobre, 2023, in *www.ilcaso.it*, 6-7, osserva che "va peraltro considerato che l'istanza cautelare tende ad una compromissione eccessiva e, dunque, sproporzionata, dei diritti della controparte nel momento in cui mira ad impedire qualsiasi azione stragiudiziale o giudiziale volta alla risoluzione del contratto, tenendo in particolare conto che una rigida inibizione nelle tutele della controparte potrebbe essere ragione di ingiustificato pregiudizio in correlazione al tempo di attivazione delle tutele stesse - tenendo conto di possibili termini di decadenza o di prescrizione, o di altri termini di origine negoziale, e più in generale degli effetti del tempo sullo svolgimento del rapporto contrattuale, oltre che dello stesso tempo necessario per ottenere tutela innanzi al giudice civile -, occorrendo per converso osservare che la tutela cautelare che si può accordare in questa sede - proprio per la sua natura strumentale e anticipatoria - deve restare confinata nell'ambito dei

possibili effetti conseguibili all'esito della qui pendente procedura concorsuale - che non può in alcun modo contemplare poteri di cognizione giudiziale in relazione al contratto di leasing intercorrente tra le parti (come tali rimessi ad altra e competente autorità giurisdizionale) -, là dove ciò che più precisamente e concretamente si correla alle esigenze cautelari qui emerse va rinvenuto nella necessità che la controparte non consegua, e comunque non faccia valere gli effetti della risoluzione contrattuale, ferma la necessità di impedire alla controparte di assumere qualsiasi iniziativa mirante ad ottenere la restituzione dell'immobile alberghiero". Una lettura differente, quanto alla ammissibilità dell'azione di risoluzione contrattuale durante la fase introduttiva del concordato preventivo, è offerta da P. Farina, *Le misure protettive richieste dopo la domanda di accesso allo strumento negoziale: dall'inibitoria dell'azione di sfratto per morosità alla iscrizione, nel registro delle imprese, della domanda integrativa*, in questa *Rivista*, 687 ss.

(4) C. Briguglio, *Il Codice della crisi. Commentario*, a cura di Valensise - G. Di Cecco - D. Spagnuolo, Torino, 2024, 64 ss.

(5) In tema, M. Morotti, *Temporaneità delle misure protettive*, in *Riv. dir. proc.*, 1408.

La disposizione, in effetti, ha anticipato e rappresenta una scelta a monte predeterminata in astratto già dal legislatore europeo nella distribuzione dei sacrifici che possono essere imposti ad un creditore.

E sarebbe, verosimilmente, perfetta per altri paesi dove le procedure concorsuali hanno lodevolmente tempi di svolgimento assai rapidi; ma così, purtroppo non è in Italia (almeno, non ancora). Anzi, paragoniamo questo stop alla mezzanotte entro la quale, nella omonima fiaba, Cenerentola deve abbandonare il ballo di Corte; perfetto in altri paesi, ma, se il ballo si fosse tenuto in Italia, verosimilmente a mezzanotte il ballo non sarebbe ancora iniziato, ed il principe non l'avrebbe neanche vista, Cenerentola. Che fare, allora?

Rassegnarsi al fallimento, o inventare una soluzione innovativa (una supercazzola, intendiamoci), specialmente ipotizzando la successiva adozione di una misura cautelare atipica e a carattere protettiva, un provvedimento che potrebbe sostenersi rientrare in astratto anche nelle misure cautelari, che possono avere uno spettro di finalità ed oggetto più ampio?

Le opinioni (6), naturalmente, si differenziano (7), se pure la dottrina ha quasi unanimemente e condivisibilmente optato per la soluzione più permissiva.

L'ordinanza in oggetto tenta una contemperazione tra le diverse esigenze, adottando una misura che definisce cautelare innominata a carattere protettivo, tuttavia, non identica alla precedente misura protettiva (8). Il provvedimento distingue, così, le misure protettive di cui all'art. 2, lett. p), CCII, finalizzate a non pregiudicare il buon esito delle trattative per la regolazione della crisi e dell'insolvenza, dalle misure cautelari di cui alla lett. q) che devono non solo aiutare il "buon esito delle trattative", ma anche "gli effetti degli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza". In questo senso, per l'ordinanza in commento, la misura cautelare invocata

nell'ambito di "una procedura di concordato preventivo... va correlata, in chiave strumentale ed anticipatoria - e alla stregua dell'ordinario strumento cautelare atipico di cui all'art. 700 c.p.c., alla sentenza di omologazione del concordato preventivo".

La soluzione proposta lascia perplessi; naturalmente le misure cautelari sono e possono essere anche altro rispetto alle misure protettive, e ben si possono ricavare differenze. Non soltanto, ad esempio, la misura cautelare può andare ben oltre la misura protettiva concedendo misure "attive" e non soltanto inibitorie, ma ancora la misura cautelare può rivolgersi anche nei confronti di terzi, mentre la misura protettiva richiamata dall'art. 2, lett. p) si rivolge espressamente solo ai creditori.

Il punto che però ora ci occupa, è un altro. Se le misure protettive concesse contro un creditore possono durare oltre l'anno, traducendosi oltre l'anno in pratica in misure cautelari-protettive, oppure no; in questo senso, le differenze ricavate dall'ordinanza trentina sono francamente forzate. La misura in concreto adottata dal giudice relatore, in primo luogo, è la continuazione di una parte della precedente misura protettiva, che pertanto supera per quella parte i dodici mesi (9). Ipotizzare poi una differenza tra assicurare il buon esito delle trattative ed il risanamento, ed assicurare il buon esito ma strumentalmente ad una procedura concorsuale, francamente, è distinzione probabilmente in astratto perseguibile, ma di dubbia intellegibilità.

Interessante, ma discutibile, sarebbe tentare di ricavare una distinzione tra il presupposto del *periculum* nella misura protettiva, che chiede anche semplicemente l'utilità, l'opportunità della concessione della misura, ad un *periculum* più "colorato" per la misura cautelare, che potrebbe essere resa solo se la misura sia invece indispensabile (come se fosse un art. 700 c.p.c.); la soluzione, tuttavia, non mi convince.

(6) Analogo tema è stato trattato in pendenza di una composizione negoziata, laddove, concesse le misure protettive, il termine di 240 giorni di cui all'art. 19 CCII, o il termine di dodici mesi di cui all'art. 8 CCII fosse scaduto o prossimo alla scadenza. Trib. Imperia 22 novembre 2023, ha ritenuto possibile la concessione di future misure cautelari se richieste selettivamente solo per alcuni creditori (ovvero il caso in specie), naturalmente se nel caso di specie il sacrificio dei creditori sia ritenuto opportuno; contra, Trib. Milano 22 novembre 2023.

(7) Ritiene ammissibili le misure cautelari M. Fabiani, *Il codice della crisi e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche omissione*, in *Foro it.*, 2019, I, 168; Id., *Le misure cautelari e le misure protettive nel nuovo codice della crisi*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 865 ss.; M. Morotti, *Temporalità delle misure protettive*, cit., 1405 ss.; I. Pagni, *Il "sistema" delle misure protettive e cautelari negli di regolazione della crisi e dell'insolvenza: note a margine di un provvedimento del Tribunale di Milano*, in questa

*Rivista*, 2024, 273 ss.; L. Baccaglioni - I. Pagni, *Misure cautelari e misure protettive nel Codice della crisi: una chiave di lettura per l'impiego anche combinato dei diversi strumenti di tutela*, in *dirittodellacrisi*, 4 marzo 2024.

Tendenzialmente contrario appare invece G. Bozza, *Le misure protettive e cautelari nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in [www.ristrutturazionaziendali.ilcaso.it](http://www.ristrutturazionaziendali.ilcaso.it), 18 luglio 2021, par. 5.

(8) Si dispone una misura cautelare meno invasiva, che non vieta più la risoluzione contrattuale anche per via giudiziale, ma solo la restituzione dell'immobile in pendenza della procedura di concordato preventivo.

(9) La misura adottata, inoltre, sembra assimilabile alle "ulteriori misure temporanee", di cui all'art. 54, comma 2, terzo periodo, CCII, cui si applica il procedimento per la concessione o no di una misura cautelare ex art. 55, comma 2, CCII, ma che non diventa cautelare per questo.

Il requisito del *periculum* della misura cautelare (10), va inteso non certo come per il 700 c.p.c., ma va desunto dalla disciplina delle misure concorsuali, ed una lettura coerente lo riterrà assolto anche se caratterizzato dalla semplice opportunità, utilità della misura, non della sua assoluta indispensabilità.

Fermo invece, aggiungerei, ma appunto è altra cosa, un diverso e più penetrante sindacato e confronto sul bilanciamento tra gli interessi del debitore, della massa e del risanamento, ed il contrapposto interesse del creditore sacrificato quando la misura (cautelare o protettiva atipica) sia semplicemente opportuna, e, ancora di più, quando il soggetto sacrificato sia un terzo.

### L'ordinanza del tribunale di Udine

La seconda ordinanza in commento tratta il tema delle misure protettive e cautelari nella composizione negoziata.

Scelte, quelle del legislatore, innovative (11) nell'attribuzione ad un giudice di concedere misure strumentali ad un percorso (la composizione negoziata) che non è giurisdizionale, e che la giurisprudenza comprensibilmente sta, certo con incertezza, avviandosi a ricostruire appoggiandosi alle tradizionali figure della cautela nel processo civile (12), individuandone così formalmente i presupposti nel *periculum in mora* e nel *fumus boni iuris* (13) (ma con differenziazioni e temperamenti, nelle decisioni più attente, che testimoniano la consapevolezza della diversità dei presupposti rispetto alle misure del processo civile).

Il provvedimento in esame conferma le misure protettive richieste dalla società indistintamente nei confronti di tutti i creditori (esclusi i diritti di credito dei lavoratori); al giudice è richiesto di delibare la concreta strumentalità delle misure alla ragionevole possibilità di reversibilità della crisi

con il superamento per l'impresa della situazione di difficoltà, che, nel caso che ci occupa, dovrebbe attuarsi con una complessa riorganizzazione e grazie al perfezionamento "di un accordo che la Società ambisce di poter definire nelle forme di cui al primo comma dell'art. 23 CCII e che potranno eventualmente essere perseguite mediante la predisposizione di un piano attestato e la stipulazione degli accordi di risanamento di cui al combinato disposto degli art. 23 secondo comma, lettera a) e 56 CCII". Sulla scorta delle valutazioni dell'ausiliario, il giudice ritiene allo stato sussistente "una non manifesta implausibilità delle prospettive di risanamento", diffondendosi sull'analisi in concreto dei progetti aziendali, e valutando così positivamente la ricorrenza del *fumus*.

Sempre in tale ambito, il giudice prende atto della mancata produzione del bilancio dell'ultimo esercizio, evidentemente richiesto dall'art. 19, comma 2, lett. a), CCII; ritiene però superabile questa mancanza perché la correttezza richiesta dall'art. 4 CCII di comportarsi secondo buona fede e di illustrare la propria posizione in modo completo e trasparente deve essere primariamente diversamente assolto, e che l'incertezza sulla continuità dell'attività caratteristica, se dipendente dal successo del piano di risanamento, possa giustificare il "rinvio dell'approvazione del bilancio per il tempo strettamente necessario allo svolgimento delle trattative nell'ambito della composizione negoziata".

Successivamente, il giudice da conto dell'esistenza di altre condizioni necessarie per la conferma delle misure protettive, (forse impropriamente) accomunate nella figura del *periculum*; a) l'esistenza di concrete trattative, requisito ritenuto assolto dal complessivo comportamento pur se alcuni creditori non siano stati interpellati; b) la necessità delle misure protettive per impedire

(10) Laddove tale definizione si ritenga doversi applicare alle misure di cui all'art. 54, comma 1, CCII.

(11) F. De Santis, *Commento agli artt. 18-20*, in *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Commento al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e successive modifiche*, a cura di Santangeli, cit., 116 ss.

Sui profili processuali relativi alle misure cautelari e protettive nella composizione negoziata della crisi, v., con riferimento alle norme contenute nel D.L. n. 118/2021, i contributi di L. Baccaglini - F. De Santis, *Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali*, in *Dirittodellacrisi.it*, 12 ottobre 2021; F. De Santis, *Le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi d'impresa*, in questa *Rivista*, 2021, 1536 ss.; M. Montanari, *Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari nel sistema della composizione negoziata della crisi d'impresa: brevi notazioni*, in *www.ilcaso.it*, 24 dicembre 2021, 1 ss.; L. Baccaglini, *Il procedimento di*

*conferma, revoca o modifica delle misure protettive e di concessione delle misure cautelari, nella composizione negoziata della crisi*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 635 ss.; Id., *Composizione negoziata della crisi e misure protettive: presupposti, conseguenze ed effetti della loro selettività sulle azioni esecutive individuali*, in questa *Rivista*, 2022, 1105 ss.; A. Carratta, *Misure protettive e cautelari e composizione negoziata della crisi*, in *www.ristrutturazi aziendali.ilcaso.it*, 19 maggio 2022; Didone, *Le misure protettive/cautelari*, in questa *Rivista*, 2022, 1251 ss.; G. Rana, *Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata di cui al D.L. n. 118/2021*, in *Dir. fall.*, 2022, 285; A. Tedoldi, *Le misure protettive (e cautelari) nella composizione negoziata della crisi*, in M. Irrera - S. Cerrato (diretto da), *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento*, Torino, 2022, 36.

(12) Gli artt. 669-bis ss. c.p.c. sono peraltro richiamati, se pur solo a fini procedurali, dall'art. 19, comma 7, CCII.

(13) Trib. Piacenza 18 dicembre 2023, in *www.ilcaso.it*.

l'altrimenti possibile esecuzione forzata, alla luce della notevole entità del debito, che renderebbe impossibile la realizzazione di quelle condizioni su cui il piano si fonda; c) il bilanciamento con gli interessi dei creditori, anche in considerazione del contenuto lasso temporale del sacrificio imposto ai creditori paragonato ai benefici ottenibili dal successo del piano di risanamento.

### Segue

Cosa vorrei sottolineare della ordinanza di Udine. La severità, ad esempio, con cui si nega l'ammissibilità di misure protettive innominate (14), che, però, a ben vedere, è un mero *obiter* rispetto alla decisione.

E, viceversa, una certa positività nel superare un non indifferente ingombro, ovvero la mancanza dell'ultimo bilancio, un presupposto espressamente richiesto dall'art. 19 CCII e che si sarebbe potuto ritenere ineludibile (se pur in assenza di una espressa sanzione), alla luce del disposto esegetico e della lettura talora offerta per ipotesi in certo modo simili nel vigore della legge fallimentare (15).

Ma, è evidente, e francamente condivisibile, che la serietà di un progetto di risanamento, la buona fede e professionalità nello svolgimento dell'impresa e nella gestione delle trattative con i creditori, debba prevalere su eventuali intralci di carattere eminentemente formale; siamo all'interno di un percorso, la composizione negoziata, che non è appunto neppure una misura concorsuale, che richiede perciò a maggior ragione un approccio "laico", teso alla sostanza delle cose, nella ricerca della costruzione delle migliori

condizioni per tentare il risanamento della impresa, pur con la doverosa attenzione a non pregiudicare i diritti del creditore, anche alla luce della possibilità per il debitore di effettuare pagamenti selettivi, che affida così già in questa fase al giudice un ruolo di controllo in via generale ed inoltre nello specifico valutativo se chiamato alla conferma di misure protettive nominate, ma ancor più nell'eventualità di concedere ulteriori misure protettive o cautelari innominate.

La stessa lettura "sostanzialista" guida bene il giudice nella valutazione dell'assolvimento del requisito della buona fede nella trattativa con i creditori; ferma la premessa di come il debitore già ben possa limitare la propria interlocuzione ai soli soggetti chiamati a condividere modifiche o sacrifici dei propri diritti (eminentemente di credito), l'ordinanza ancora, e condivisibilmente, compie un passo ulteriore, ovvero ritiene assolto allo stato il dovere di partecipazione se pur non ancora compiuto nei confronti di tutti gli interessati, quando il ritardo per alcuni di essi risponda a logiche di buon senso e buona fede (16).

Infine, mi sembra opportuno sottolineare due ulteriori passaggi dell'ordinanza:

1) il primo, tendenzialmente riferito al *fumus*, ovvero gli strumenti con i quali raggiungere il risanamento nella composizione negoziata; l'ordinanza li individua, condivisibilmente, non solo con gli strumenti di cui all'art. 23, comma 1, CCII, ma anche con quegli ulteriori richiamati dall'art. 23, comma 2, CCII, in particolare il piano di risanamento.

Una soluzione questa, che mi sembra opportuno condividere tutte le volte in cui lo strumento

(14) Così anche F. De Santis, *Commento agli artt. 18-20, in Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Commento al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e successive modifiche*, cit., 121; A. Carratta, *Misure protettive e cautelari e composizione negoziata della crisi*, in [www.ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it](http://www.ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it), 2022; L. Baccaglini - F. De Santis, *Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali*, cit., 7, (che aggiunge però che per lo stesso obiettivo possono soccorrere le misure cautelari); per la natura potenzialmente innominata delle misure protettive Trib. Napoli nord 24 gennaio 2024, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

(15) Nel vigore della legge fallimentare, ad una lettura severa pur se in *obiter* di Cass. Civ. 11 novembre 2021, n. 33594 quanto alle conseguenze del mancato deposito dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, si contrappongono Cass. Civ. 23 luglio 2021, n. 21188; Cass. Civ. 23 febbraio 2022, n. 6054, per l'ammissibilità purché sia garantita la piena conoscenza attraverso una produzione documentale alternativa.

Gli artt. 39, 40, 44, CCII regolano il deposito dei bilanci negli strumenti di regolazione della crisi; anche alla luce del potere assicurato dal codice della crisi di impresa agli amministratori nell'attivare gli strumenti di regolazione della crisi, in luogo della

assemblea, è probabilmente auspicabile una differente lettura delle nuove disposizioni in senso più permissivo.

(16) L'ordinanza non tratta, e bene fa perché la fattispecie concretamente in esame è altra, di un tema altre volte fondamentale; ovvero, la tesi talora avanzata da alcune pronunce, che ritengono necessario per la concessione delle misure la funzionalità di queste non solo per assicurare il mantenimento ed il risanamento della impresa, ma anche e necessariamente anche per garantire il buon esito delle trattative; ipotesi di salvezza dell'impresa che non poggino anche sul buon esito delle trattative, che possano essere adottate a prescindere dal successivo di tale specifica attività, non potrebbero godere delle misure di cui agli artt. 18-19, e, forse, in assoluto non sarebbero neanche adottabili con lo strumento della composizione negoziata. Così, Trib. Avellino 30 ottobre 2023, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Modena 26 dicembre 2022, in [www.dirittodellacrisi](http://www.dirittodellacrisi), in riferimento alle misure cautelari. Allo stesso modo, non si affronta il tema della tutela cautelare, che da taluno è estensivamente declinata nel senso di assicurare gli effetti pratici necessari al successo del risanamento. Così, in riferimento al concordato preventivo, L. Baccaglini - M. Ratti, *Concordato preventivo e strumentalità delle misure cautelari alla prova del DURC*, in questa *Rivista*, 2023, 67 ss.

concorsuale, sia esso il piano di risanamento (17), sia esso ad esempio l'accordo di ristrutturazione, sia esso il concordato preventivo, non è rivolto alla liquidazione atomistica dell'azienda, ma tende appunto alla perpetuazione, in forma diretta o indiretta, della impresa.

2) il secondo, con una lettura che sembra a ragione consolidarsi in giurisprudenza, che ritiene sufficiente la "non manifesta implausibilità", e non invece la probabilità, del successo del piano proposto dal debitore per ottenere la conferma delle misure protettive.

Una valutazione comunque complessa (18), basata non su un piano definito come per il giudizio di fattibilità ad esempio di cui all'art. 47 CCII, ma su un progetto di piano (19) necessariamente meno definito e soggetto spesso a continue integrazioni in corso d'opera, a seconda anche delle diverse risposte dei soggetti coinvolti, che possono legittimamente condurre ad una modifica anche radicale delle prospettazioni iniziali, come anche ad esempio ad una revisione dell'iniziale favorevole giudizio prognostico quando un piano che necessita della comprensione dei creditori o di alcune categorie dei creditori sia nel corso della composizione rifiutato.

(17) Cfr. F. Santangeli, *Il piano attestato di risanamento ex art. 56 D.lgs. n. 14/2019 a seguito del correttivo*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 29 dicembre 2020, ho sostenuto che il nei piani attestati di risanamento ex art. 56 CCII possono essere adottati anche con finalità esclusivamente liquidatorie.

(18) F. De Santis, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 135, "Più in generale, la decisione del giudice presuppone la delibazione di opzioni tecnico-economiche di non agevole soluzione.

Il decreto dirigenziale del Ministero della giustizia del 28 settembre 2021 - adottato in forza dell'art. 3, comma 2, d.l. n. 118/2021 e recepito dall'art. 13, comma 2, c.c.i. - stabilisce, al punto 6.1, che il giudice, in sede di esame del ricorso, valuti l'opportunità delle misure protettive e cautelari, il loro contenuto ed i soggetti destinatari, tenuto conto, a titolo esemplificativo, del fabbisogno e delle disponibilità finanziarie occorrenti per l'esecuzione dei pagamenti dovuti; delle conseguenze delle misure protettive sugli approvvigionamenti e del rischio che i fornitori pretendano pagamenti delle nuove forniture all'ordine o alla consegna; nel caso di estensione delle misure protettive agli istituti di credito, del rischio che le esposizioni bancarie del debitore siano riclassificate a 'crediti deteriorati', con inevitabile conseguenze sulla nuova concessione di credito". Trib. Torre Annunziata 24 gennaio 2024, offre una analisi sulle diverse interpretazioni offerte dalla giurisprudenza di merito sugli elementi da cui trarre riflessioni per definire la realtà del piano di risanamento.

(19) Trib. Avellino 30 ottobre 2023: "La valutazione delle prospettive di risanamento è rimessa in primis alla valutazione dell'esperto, il quale avvia le trattative solo quando ritiene che esse siano concrete e possano essere dunque discusse con le parti interessate a darvi corso (art. 17, co. 5, CCII).

In caso di accesso alle misure protettive le verifiche compiute dall'esperto sono quindi rimesse anche al vaglio del Tribunale, che non basa il proprio giudizio esclusivamente sulla dichiarazione dell'imprenditore in merito alla perseguibilità del risanamento sulla base di criteri di ragionevolezza e proporzionalità, ma è chiamato ad acquisire un motivato parere dell'esperto (art. 19, co. 4, CCII), nonché a valutarne la congruità e coerenza logica sulla

base di precisi riscontri estrinseci, potendo anche provvedere in casi di insuperabile incertezza alla nomina di un ausiliario (cfr. Trib. Lecco 20/01/2023 e Trib. Palermo 2/03/2023 sul web).

Al riguardo va evidenziato che il Codice della Crisi ha recepito la disciplina della composizione negoziata introdotta dal D.L. 118/2021 senza apportarvi significative modifiche, salvo prevedere fra gli atti da allegare al ricorso 'un progetto di piano di risanamento', nel quale devono essere elaborate, sia pure in termini non necessariamente completi (potendo il piano subire variazioni alla luce dell'andamento delle trattative e della compartecipazione dei creditori al processo di recupero degli equilibri aziendali), le linee guida del percorso che l'imprenditore intende seguire in condizioni di coerenza e congruità con gli esiti del test pratico.

Il sindacato giudiziale, da compiersi in via sommaria tenuto conto delle caratteristiche dell'accertamento cautelare, deve dunque basarsi: a) sugli esiti del test pratico, finalizzato a valutare in via preliminare la complessità del risanamento sulla base di un indice di riferimento dato dal rapporto 'fra il debito che deve essere ristrutturato e l'ammontare annuo dei flussi a servizio del debito', nonché a stabilire, di conseguenza, la tipologia degli interventi da compiere per raggiungere nuovamente l'equilibrio finanziario, economico e patrimoniale; b) sul piano di risanamento predisposto dall'imprenditore in base alla lista di controllo messa a sua disposizione, la cui produzione in giudizio, sia pure sotto forma di mero progetto, è oggi prevista sin dall'avvio della procedura; c) sull'analisi di coerenza effettuata dall'esperto, consistente nella vaglio critico delle premesse e degli obiettivi del progetto di risanamento, attraverso adeguati riscontri ed eventuali proposte di modifica, ovvero in ultima analisi in un'attestazione di veridicità dei dati contabili forniti dall'imprenditore e di fattibilità del piano. Si impone in sintesi che le strategie indicate dall'imprenditore siano non solo coerenti con i risultati del test pratico, salvo discostarsene motivatamente alla luce di soluzioni alternative che sia ben chiarite nel piano di risanamento, ma altresì verificabili, sulla scorta di elementi concreti, quali possono essere, ad esempio, i risultati della gestione o gli impegni e le garanzie eventualmente assunti da terze parti interessate."