Legance

What's up in the Italian courts?

Legance Dispute Resolution Bulletin

01

Ottobre 2023

Indice

03
L'Editoriale

04
Capitolo 1
La riforma della giustizia civile: *focus* sui poteri cautelari degli arbitri

06
Capitolo 2
L'impugnazione del lodo per motivi di diritto nell'arbitrato internazionale

07
Capitolo 3
Fideiussione e locazione a uso non abitativo

08
Capitolo 4
Accordo transattivo concluso a seguito dell'emissione di un decreto ingiuntivo

09
Capitolo 5
L'azione rappresentativa a tutela degli interessi collettivi dei consumatori

11
Capitolo 6
Rapporto fra prescrizione del credito e concordato preventivo

L'Editoriale

Il contenzioso, l'arbitrato, e le procedure concorsuali costituiscono, da sempre, oggetto di grande attenzione, non solo da parte degli operatori del diritto, ma anche e soprattutto di coloro – investitori ed imprese – che, ogni giorno, sono chiamati ad adeguare le proprie scelte di *business* a schemi e cornici normative sempre più complessi, tenendo conto dei rischi e delle opportunità che derivano dagli strumenti per azionare i diritti.

Si tratta di strumenti in continua evoluzione, anche alla luce degli sviluppi e dei *trend* politici ed economici degli ultimi anni.

Proprio recentemente, sono intervenute nel nostro ordinamento due "storiche" riforme:

> il **nuovo Codice della crisi d'impresa** (D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e successive modifiche), applicabile alle procedure aperte a partire dal 15 luglio 2022, e

> la **Riforma della Giustizia "Cartabia"** (D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149), applicabile – con talune eccezioni relative a previsioni entrate in vigore già a partire dal 1 gennaio 2023 – ai procedimenti instaurati a partire dal 28 febbraio 2023.

A ciò si aggiunga il rafforzamento di strumenti di tutela collettiva (*class action*) a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 31 del 12 aprile 2019, alla quale si affianca la disciplina di cui al recente D.Lgs. 28/2023, di attuazione della Direttiva (UE) n. 2020/1828.

Nel contesto descritto, e più in generale in riferimento a questioni di diritto civile sostanziale, nasce questo nuovo progetto del Dipartimento contenzioso, arbitrati e ADR di Legance, che si propone di raccogliere quelle novità, a livello normativo e giurisprudenziale, di maggiore interesse per tutte quelle realtà economiche cui lo Studio presta assistenza.

Con l'auspicio che questo primo numero del Legance Dispute Resolution Bullettin, sia per noi e per Voi anche un'occasione di confronto, restiamo a vostra disposizione all'indirizzo disputeresolutionbulletin@legance.it

Stefano Parlatore, Daniele Geronzi, Daria Pastore, Enrico Attanasio, Cecilia Carrara.

La riforma della giustizia civile: *focus* sui poteri cautelari degli arbitri

Nel contesto della riforma della giustizia civile, il legislatore è intervenuto anche sulla disciplina dell'arbitrato, con disposizioni entrate in vigore il 28 febbraio 2023.

L'attribuzione agli arbitri di poteri cautelari rappresenta, certamente, uno degli interventi più rivoluzionari.

Intervenendo sul divieto storico – diremmo anacronistico – presente nella previgente disciplina e che in qualche modo isolava l'Italia dagli altri ordinamenti *arbitration-friendly*, l'attuale formulazione dell'art. 818 c.p.c. riconosce agli arbitri, previo accordo tra le parti e in via esclusiva, il potere di concedere provvedimenti cautelari.

Due prime considerazioni sul punto.

Anzitutto, la portata innovativa della norma è mitigata dal fatto che il potere cautelare degli arbitri sussiste solo nella misura in cui le parti si siano espressamente accordate in tal senso. Pertanto, una clausola arbitrale che non faccia menzione di tale facoltà non sarebbe idonea a legittimare un'istanza di natura cautelare all'arbitro / collegio arbitrale nominato. Nel rinnovato sistema, dunque, il potere cautelare degli arbitri non è ancora la regola generale, ma è frutto di un'ulteriore manifestazione di volontà negoziale ad opera delle parti, le quali dovranno premurarsi di chiarire, nella convenzione di arbitrato, o in un atto comunque anteriore all'instaurazione del procedimento, la comune volontà di attribuire agli arbitri poteri cautelari. Allo stesso tempo, la norma prevede che la scelta delle parti possa essere manifestata "*anche mediante rinvio a regolamenti arbitrali*": secondo i primi commenti, il rinvio contenuto in clausole arbitrali già efficaci tra le parti alla data di entrata in vigore della riforma può essere considerata un'esplicita attribuzione di potestà cautelare in capo agli arbitri. Ove tale impostazione venisse accolta dalla prassi arbitrale, sarebbe confermata la portata innovativa della riforma, dal momento che la gran parte dei regolamenti arbitrali più diffusi prevede la possibilità, per gli arbitri, di disporre misure cautelari.

In secondo luogo, la riforma ha optato per un regime di competenza esclusiva e non concorrente. Pertanto, in presenza di una volontà delle parti attributiva di poteri cautelari agli arbitri, la competenza cautelare del giudice ordinario sarebbe circoscritta alla sola fase anteriore alla costituzione del collegio arbitrale.

La riforma si preoccupa poi di regolare le modalità di impugnazione e di attuazione del provvedimento cautelare disposto dagli arbitri.

Quanto all'impugnazione, il rimedio prescelto è il reclamo, da proporsi dinanzi alla Corte d'Appello nel cui distretto si trova la sede dell'arbitrato (*i.e.*, lo stesso ufficio giudiziario competente a decidere dell'impugnazione del lodo).

Le differenze rispetto al reclamo consentito avverso le misure cautelari del giudice ordinario sono però significative:

> il provvedimento cautelare disposto dall'arbitro può essere impugnato solo per i motivi di cui all'art. 829, comma 1, c.p.c. in quanto compatibili *i.e.*, i medesimi motivi che legittimano l'impugnazione del lodo – e per contrarietà all'ordine pubblico. Al di là dei casi in cui il giudizio di compatibilità è immediato – ad esempio, nel caso in cui il provvedimento cautelare sia stato reso in violazione del principio del contraddittorio l'analisi di compatibilità dei singoli motivi di impugnazione sarà probabilmente oggetto di ampia discussione in giurisprudenza e dottrina;

> sotto il profilo procedurale, si applicano le norme che disciplinano il procedimento di reclamo dinanzi al giudice ordinario: i primi commenti alla norma ritengono dunque applicabile, *inter alia*, (i) il termine di quindici giorni per la proposizione del reclamo e (ii) la possibilità per il collegio di sospendere l'esecuzione del provvedimento. La dottrina ha manifestato già alcuni dubbi, invece, sull'applicabilità delle previsioni che consentono l'introduzione di circostanze nuove in sede di reclamo, in ragione della natura vincolata dei motivi di impugnazione del provvedimento degli arbitri.

Da ultimo, la riforma si preoccupa di disciplinare l'attuazione delle misure cautelari adottate dagli arbitri, affidandone l'esecuzione al Tribunale nel cui circondario è fissata la sede dell'arbitrato o, se la sede è all'estero, al Tribunale del luogo dove la misura cautelare deve essere attuata.

L'impugnazione del lodo per motivi di diritto nell'arbitrato internazionale

Per decidere se un lodo sia o meno impugnabile per violazione delle regole di diritto, occorre considerare la legge vigente al momento della stipulazione della clausola arbitrale e non, invece, la legge vigente al momento dell'instaurazione del procedimento arbitrale.

È questo il principio enunciato in una recente sentenza del 7 novembre 2022 relativa ad una fattispecie di vendita internazionale (Cass., Sez. I civile, 7 novembre 2022, n. 32752), e già elaborato in precedenti pronunce della Suprema Corte relative a fattispecie di diritto interno.

Il caso è il seguente:

> a seguito di una compravendita internazionale, l'acquirente lamentava vizi e difetti del bene venduto e instaurava dunque un procedimento arbitrale contro il venditore;

> l'arbitrato si concludeva con il rigetto dell'eccezione di prescrizione sollevata dal venditore (con lodo non definitivo) e l'accoglimento delle domande dell'acquirente (con lodo definitivo);

> la Corte d'Appello competente adita in sede di impugnazione annullava i lodi, rilevando un errore di diritto, da parte dell'arbitro, nell'individuazione delle norme sulla prescrizione applicabili alla fattispecie;

> la sentenza d'appello veniva dunque impugnata dinanzi alla Suprema Corte, *inter alia* in ragione del fatto che il giudice d'appello avrebbe effettuato un sindacato – *i.e.*, l'applicazione, da parte dell'arbitro, delle norme di diritto – che, tuttavia, era allo stesso precluso, poiché la normativa allora vigente escludeva la possibilità di impugnazione per motivi di diritto.

La Suprema Corte ha accolto il ricorso per errata individuazione della normativa transitoria da applicare ad un lodo internazionale reso successivamente al 2006 in base ad una convenzione stipulata in data anteriore.

Più in dettaglio, per stabilire se la pronuncia arbitrale sia impugnabile per violazione delle regole di diritto, nel caso in cui l'impugnazione sia proposta dopo l'entrata in vigore dell'art. 829, comma 3, c.p.c., occorre considerare la legge vigente al momento della stipulazione della convenzione di arbitrato. Di conseguenza, la Corte d'Appello, in conformità al richiamato insegnamento, avrebbe dovuto applicare la precedente formulazione dell'art. 838 c.p.c. perché coeva alla sottoscrizione della clausola arbitrale e conseguentemente dichiarare l'inapplicabilità del vigente art. 829 c.p.c. e rigettare l'impugnazione proposta avverso i lodi.

Fideiussione e locazione a uso non abitativo

Con sentenza n. 33968 del 17 novembre 2022, la terza sezione della Corte di Cassazione è tornata sul tema della durata della fideiussione concessa a garanzia delle obbligazioni del conduttore in un rapporto di locazione ad uso non abitativo.

Il caso sottoposto alla Corte riguardava un terzo fideiussore che, condannato in primo e secondo grado al pagamento dei canoni d'affitto di un locale ad uso commerciale dovuti dal conduttore, ha proposto ricorso per cassazione affinché fosse accertato che la garanzia fideiussoria era da considerarsi valida solo per il periodo di sei anni intercorrente tra la sottoscrizione del contratto e la sua prima scadenza e non anche per i sei anni successivi alla rinnovazione tacita.

La Corte di Cassazione, tuttavia, confermando le sentenze di merito, ha ritenuto la fideiussione valida fino alla scadenza del secondo sessennio del contratto di locazione. In particolare, ha osservato che, in virtù del necessario coordinamento della disciplina generale degli artt. 1597, 1598 e 1938 c.c. con quella speciale degli artt. 28 e 29 della l. n. 392/1978, la fideiussione prestata a garanzia delle obbligazioni del conduttore di un immobile adibito ad uso diverso da quello abitativo si protrae necessariamente, salva diversa volontà negoziale, fino alla scadenza del secondo sessennio di durata.

Solo a partire da tale momento, chiarisce la Suprema Corte, la locazione può cessare per un comportamento meramente potestativo delle parti (secondo la logica sottesa all'art. 1597 c.c.), mentre, alla scadenza del primo sessennio, la cessazione può intervenire solo in casi specifici e secondo particolari modalità e termini.

Accordo transattivo concluso a seguito dell'emissione di un decreto ingiuntivo

Con la recentissima sentenza n. 372 del 10 gennaio 2023, la Suprema Corte ha espresso un principio in materia di tutela monitoria di grande rilevanza pratica.

La Suprema Corte è stata chiamata ad esaminare una sentenza d'appello che, confermando la pronuncia di primo grado, rigettava un'opposizione a decreto ingiuntivo. In particolare, avendo l'opponente allegato di aver concluso un accordo transattivo con l'opposto in relazione alle somme dovute in virtù del decreto ingiuntivo – somme peraltro interamente corrisposte –, il tema oggetto di indagine era la sussistenza dell'interesse ad opporre il decreto ingiuntivo.

La Suprema Corte, accertato che l'accordo transattivo era stato concluso successivamente all'emanazione del decreto ingiuntivo e durante la pendenza del termine per l'opposizione, ha cassato la sentenza d'appello, chiarendo come, invero, solo il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo sia la sede naturale per far valere fatti estintivi o modificativi della pretesa azionata in sede monitoria e non, invece, il giudizio di opposizione all'esecuzione. In quest'ultima sede, infatti, è possibile solo far valere fatti estintivi o modificativi del titolo esecutivo giudiziale che siano verificati in epoca successiva al formarsi del giudicato su quest'ultimo.

Nel caso di specie, le parti hanno concluso la transazione prima dello scadere del termine per l'opposizione – momento che, in assenza di opposizione, determina il passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo – e, pertanto, tale transazione non avrebbe potuto essere fatta valere in una eventuale opposizione all'esecuzione, in quanto conclusa prima del formarsi del giudicato.

L'azione rappresentativa a tutela degli interessi collettivi dei consumatori

Lo scorso 7 aprile 2023 è stato approvato il decreto legislativo n. 28/2023, che recepisce la direttiva UE 2020/1828, il cui obiettivo è quello di fornire ai consumatori degli Stati membri uno strumento efficace e uniforme di tutela collettiva, tanto a livello nazionale quanto europeo, anche grazie alla possibilità di instaurare azioni di classe transfrontaliere.

La disciplina contenuta nel decreto – entrata in vigore il 25 giugno 2023 – si affianca a quella già vigente in Italia, di recente riformata con la legge n. 31 del 2019, e prende il nome di "azione rappresentativa".

L'ambito oggettivo della nuova disciplina è descritto dall'Allegato I della direttiva e include violazioni delle norme europee in materia di: pratiche commerciali sleali; pubblicità ingannevole; contratti di trasporto; energia elettrica e gas; telefonia mobile; protezione dei dati personali; sicurezza alimentare; assicurazioni e fondi di investimento.

Quanto all'ambito soggettivo, la legittimazione attiva spetta alle associazioni di consumatori ed utenti iscritte presso appositi registri tenuti dal Ministero delle imprese e del made in Italy, recanti l'indicazione delle associazioni autorizzate all'esercizio dell'azione di classe transfrontaliera. Nell'ambito di tale disciplina, tali associazioni sono titolari del diritto da far valere in giudizio e, pertanto, non necessitano della previa adesione dei consumatori. La legittimazione attiva spetta, inoltre, agli organismi pubblici indipendenti nazionali di cui all'art. 3, n. 6, del Regolamento (UE) 2017/2394, ossia "*qualsiasi autorità pubblica a livello nazionale, regionale o locale e designata da uno Stato membro come responsabile dell'applicazione delle norme dell'Unione sulla tutela degli interessi dei consumatori*", che facciano richiesta di essere legittimati.

Lo scorso 26 luglio 2023 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il decreto del Ministero delle imprese e del made in Italy che dettaglia le modalità con cui le associazioni dei consumatori, nonché gli organi pubblici, devono inviare, ad un indirizzo PEC predisposto dallo stesso ministero, le domande – corredate della documentazione indicata nel decreto – per legittimarsi alle azioni rappresentative transfrontaliere e/o comunicare la loro intenzione di abilitarsi per promuovere le azioni nazionali. La procedura è più semplice per le associazioni già iscritte nell'elenco dell'art. 137 del codice del consumo. L'elenco delle associazioni e degli organi legittimati alle azioni rappresentative dovrà essere comunicato alla Commissione Ue e pubblico sul sito del Ministero delle Imprese. Il Ministero verifica la permanenza dei requisiti richiesti per le associazioni dal codice del consumo, anche su indicazione della Commissione Ue o di uno Stato membro, si occupa della cancellazione della associazione o dell'ente dalla sezione speciale e raccoglie notizie sulle azioni iniziate dagli enti legittimati.

La legittimazione passiva spetterà invece ai professionisti, da intender-

si come "*qualsiasi persona fisica o giuridica che, indipendentemente dal fatto che si tratti di un soggetto pubblico o privato, agisce, anche tramite un altro soggetto che opera in suo nome o per suo conto, per fini relativi alla propria attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale*".

Quanto alle tutele ottenibili, la nuova disciplina consente di richiedere tanto **provvedimenti inibitori**, ai quali possono essere accompagnate anche sanzioni pecuniarie in caso di ritardo nell'adempimento, quanto, ovviamente, **provvedimenti risarcitori**. Le due forme di tutela sono cumulabili.

Con riferimento ai provvedimenti inibitori, v'è da segnalare che l'ente legittimato non avrà l'onere di provare né la colpa o il dolo del professionista, né le perdite o i danni subiti dai consumatori. Per quanto attiene i provvedimenti compensativi, oltre alla possibilità per le parti di depositare una proposta transattiva o conciliativa, è anche previsto che il tribunale, sentite le parti, possa invitarle a raggiungere una transazione.

Infine, il decreto legislativo menziona espressamente il finanziamento dell'azione rappresentativa. Sebbene non ne preveda una disciplina specifica ma si limiti a porre regole in punto di conflitto d'interessi, tale menzione potrebbe essere interpretata come un'apertura dell'ordinamento al *third party funding*.

Rapporto fra prescrizione del credito e concordato preventivo

La sentenza n. 35960, pronunciata dalla terza sezione della Corte di cassazione il 7 dicembre 2022, propone interessanti riflessioni circa il rapporto tra la procedura di concordato preventivo e la prescrizione del credito.

In particolare, il caso originava dal rigetto della domanda di ammissione allo stato passivo presentata dal creditore a seguito della risoluzione del concordato preventivo della società debitrice. Il rigetto da parte del giudice delegato trovava fondamento proprio nella ritenuta prescrizione del credito.

Il giudice di merito ha poi confermato il provvedimento del giudice delegato, escludendo che potesse trovare applicazione la sospensione della prescrizione di cui all'art. 2941, n. 6, c.c. con riferimento al periodo di tempo in cui risultava aperta la procedura di concordato preventivo.

Il creditore ha quindi proposto ricorso per cassazione rilevando *(i)* che il termine di prescrizione sarebbe decorso solo a partire dalla sentenza di fallimento, *(ii)* che la cessione dei beni del concordato liquidatorio, spogliando il debitore dell'amministrazione dei beni, concretizzerebbe l'ipotesi di cui all'art. 2941, n. 6, c.c., e *(iii)* che in ragione della mancata contestazione da parte del debitore del credito in contestazione, il titolare dello stesso non avrebbe avuto alcun interesse ad agire per ottenere un accertamento giudiziale del medesimo, e ciò avrebbe determinato la mancata decorrenza del termine prescrizionale.

La Corte di cassazione è partita nel proprio percorso argomentativo dall'art. 184 l.f. che rende obbligatorio il concordato omologato per tutti i creditori aventi crediti anteriori alla pubblicazione del ricorso *ex* art. 161 l.f., a salvaguardia della *par condicio creditorum*. Tale obbligatorietà, ha argomentato la Corte, e l'impossibilità di pagare un debito concorsuale al di fuori dei casi e dei modi previsti dal sistema, deve far concludere per l'applicabilità al caso di specie dell'ipotesi di cui all'art. 2953 c.c. Detta norma, come confermato in altre occasioni dalla stessa Corte di legittimità, trova infatti applicazione ogni qualvolta vi sia un ostacolo giuridico all'esercizio del diritto.

La Corte di cassazione ha quindi concluso che la prescrizione del credito che risulti essere anteriore alla pubblicazione del ricorso *ex* art. 161 l.f., non decorre fintanto che, divenuto definitivo il decreto di omologazione del concordato, la condizione di temporanea inesigibilità del medesimo venga meno. Alla luce di ciò, la Corte ha quindi accolto il ricorso.

Legance

Contatti
marketing@legance.it

www.legance.it

Edited by
Legance

Graphic Design
VitamineD