



LE MISURE PROTETTIVE E IL PROCEDIMENTO UNITARIO

ALESSANDRA MIRABELLI, TRIBUNALE DI BOLOGNA

CORSO P23058: «IL PROCEDIMENTO UNITARIO» - SCANDICCI 25/09/2023

PRIMA DEL CCI

Misure protettive

► **art. 168 Legge Fallimentare:**

automatic stay senza limiti di durata per il solo fatto della pubblicazione al registro imprese del ricorso per CP anche in bianco, con effetto anche di inibire l'acquisto di diritti di prelazione non concordati e inefficacia delle ipoteche iscritte nei 90 giorni antecedenti;

► **art. 182 bis commi 3, 6 e 7 Legge Fallimentare:**

automatic stay con i medesimi contenuti del 168 commi 1 e 2 (con la sola esclusione dell'inefficacia delle ipoteche) per il solo fatto della pubblicazione dell'accordo; possibilità di ottenere la protezione per 60 giorni durante la fase delle trattative

Misure cautelari

► **art. 15 comma 8 Legge Fallimentare:**

durante il procedimento per la dichiarazione di fallimento a istanza di parte il tribunale emette i provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa.

Misure protettive e cautelari: disciplinati congiuntamente nel CCI - artt. 54 e 55 CCI

3

Finalità e caratteristiche comuni: misure provvisorie funzionali a evitare la dispersione dei valori dell'impresa nel tempo necessario a dichiarare aperta una procedura concorsuale.

Nell'ambito del PU (perché nella CNC la questione si atteggia diversamente) hanno però ambiti di applicazione potenzialmente diversi, diversi sono i soggetti legittimati a richiederle, e diversa è la disciplina.

La definizione si rinviene nell'art. 2 lett. p) e q) CCI ed è relativa a tutte le misure previste nel CCI, quindi sia nella CNC che nel PU

MISURE PROTETTIVE:

“misure temporanee, richieste dal debitore, per evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare fin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell’insolvenza, anche prima dell’accesso ad uno degli strumenti di regolazione della crisi o dell’insolvenza”.

CONTENUTO: tipiche o atipiche

Misure protettive c.d. tipiche sono descritte dall'art. 54, comma 2, primo e secondo periodo:

- ▶ (i) divieto di iniziare o proseguire azione esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore o sui beni e diritti (anche di terzi) con i quali viene esercitata l'attività d'impresa (es. beni in *leasing* di cui possa essere chiesta la restituzione in via esecutiva o cautelare) -> nullità dei pignoramenti iniziati e sospensione *ex art. 623 c.c.* di quelli già pendenti ?;
- ▶ (ii) sospensione della prescrizione e inibitoria delle decadenze;
- ▶ (iii) divieto di pronunciare sentenza di apertura della LG o dichiarazione di insolvenza -> è possibile proseguire l'istruttoria ed emettere pronuncia di rigetto?

Non rientrano più nella misura gli altri effetti latamente protettivi del patrimonio a tutela della *par condicio* che erano previsti dall'art. 168 L.F. (divieto di acquisire prelazioni non concordate e inefficacia delle ipoteche nei 90 giorni) e che oggi sono inseriti nell'art. 46 comma 5 (rubricato “effetti della domanda di concordato preventivo”) e operano automaticamente, ma sembrerebbe solo per la domanda di omologa del concordato, se del caso “prenotativa” e non per la domanda di omologa di accordi di ristrutturazione; peraltro la cessazione dell'inibitoria è disciplinata in sede di misure protettive perché l'art. 55 ultimo comma prevede che in caso di revoca o cessazione delle misure protettive cessi con effetto *ex nunc* anche il divieto di acquisire prelazioni.

P.S.

La domanda prenotativa con richiesta di misure protettive deve necessariamente indicare a quale strumento il debitore mira (ferma la possibilità della c.d. “passerella” con mantenimento della protezione – art. 54 comma 5) al fine di produrre gli effetti “protettivi” aggiuntivi (inefficacia delle ipoteche iscritte nei 90 giorni anteriori; divieto di acquisire diritti di prelazione se non concordati e autorizzati)? Oppure l’art. 46 si applica in ogni caso anche laddove non sia stata formulata alcuna anticipazione quanto allo strumento di regolazione della crisi oppure addirittura in caso si sia preannunciato un ADR?

Misure tipiche:

- ▶ 1) possono essere richieste solo dal debitore e (apparentemente) solo nell'ambito della domanda di cui all'art. 40 o 44 CCI
- ▶ 2) il giudice non le dispone ma le conferma (*semi-automatic stay*), perché operano su richiesta del debitore dalla pubblicazione della domanda di accesso allo strumento di regolazione nel registro imprese, tranne che nel c.d. pre-accordo (art. 54 comma 3 CCI)
- ▶ 3) operano anche prima del deposito del ricorso ad uno strumento per la regolazione della crisi o dell'insolvenza anche ex art. 44 (comma 4 art. 54), fin dalle trattative, con chiaro riferimento alla CNC
- ▶ 4) ne va sempre stabilita la durata nell'ambito del periodo (minimo e) massimo stabilito dalla legge, salva sempre la possibilità di proroga ed entro la durata massima di 12 mesi di cui all'art. 8 CCI comprensiva anche delle misure protettive ottenute nella CNC
- ▶ 5) cessano in ogni caso quando non sono più necessarie perché incompatibili con l'esito del procedimento (art. 55 comma 3 ultimo periodo CCI): in caso di omologa dello strumento di regolazione della crisi perché superate dalla positiva ristrutturazione (conformazione dei crediti e relativa inesigibilità) e in caso di apertura della liquidazione giudiziale perché assorbite dal divieto di azioni esecutive e cautelari (art. 150 CCI).

Le misure protettive tipiche nel procedimento unitario per la regolazione della crisi e dell'insolvenza riguardano tutti i creditori e non solo quelli anteriori e non è espressamente previsto che siano “graduabili” su singole iniziative di creditori come nella CNC, ma a tale risultato il legislatore nazionale probabilmente intendeva giungere tramite la concessione delle misure protettive atipiche (cfr. relazione illustrativa al d. lgs. 83/2022 che menziona le “misure protettive selettive”).

Misure protettive c.d. atipiche sono previste al terzo periodo del comma 2 art. 54: misure temporanee ulteriori per evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalle trattative, il buon esito delle iniziative per la regolazione della crisi; sono latamente cautelari e possono essere richieste solo dal debitore ma “con successiva istanza” e quindi a procedimento unitario già pendente; non c’è automatismo e devono essere individuate dal debitore istante, l’unico presupposto è che si tratti di “inibitoria di azioni” (di cognizione promossa da un creditore? -> sembrerebbe escluso perché non può impedirsi al creditore di procurarsi il titolo; di inibitoria dei poteri di autotutela negoziale? -> ma c’è l’automatico divieto di risoluzione o rifiuto di adempimento degli artt. 94 *bis* per il CP in continuità e 64 commi 3 e 4 per gli ADR; convalida di sfratto?; misure protettive selettive cioè nei confronti di solo alcuni creditori o iniziative? protezione nei confronti di terzi garanti?).

Diversamente dalle misure protettive tipiche non è previsto che sia possibile chiederle presentando la domanda c.d. prenotativa (art. 54 comma 4), ma si deve ritenere che sia possibile farlo successivamente durante la pendenza del termine perché diversamente non avrebbe senso il riferimento “sin dalle trattative” contenuto nel comma 2 terzo periodo, e in ogni caso il quarto comma sembra voler legittimare la richiesta anticipata delle misure tipiche, non escludere anche le diverse ipotesi nella fase “prenotativa”.

Anche se non indicato, dovrebbero avere una durata come le tipiche oppure avendo funzione cautelare seguono la disciplina di queste ultime (come del resto nel procedimento di concessione) e non è necessario fissarne un termine e che siano contenute nei 12 mesi?

Lo strumento protettivo atipico potrebbe essere utilizzato anche per rinnovare una protezione tipica decaduta o che abbia superato il termine massimo di legge oppure non richiesta con la domanda introduttiva del PU?

MISURE CAUTELARI:

13

“provvedimenti emessi dal giudice competente a tutela del patrimonio o dell’impresa del debitore, che appaiano secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente il buon esito delle trattative e gli effetti degli strumenti di regolazione della crisi o dell’insolvenza e delle procedure di insolvenza».

- ▶ 1) possono essere chieste non solo dal debitore, ma anche dal PM, dai creditori e dai sindaci;
- ▶ 2) possono essere chieste nel PU non solo per l'apertura della LG (come era nel vigore della l. fallimentare), ma anche per l'omologazione di CP o ADR per assicurare provvisoriamente l'attuazione delle rispettive sentenze.

La legittimazione spetta alla “parte”: è solo la parte che ha introdotto il procedimento *ex art. 40 CCI*, o anche le eventuali diverse parti dello stesso? A ben vedere la questione, che pure si è posta in dottrina, ha rilievo pratico con riferimento alla possibilità che i creditori, a prescindere da una loro richiesta di apertura di LG, possano essere parti del procedimento e comunque possano chiedere la cautela (ad es. con l'opposizione all'omologa). La tesi preferibile ricollega la legittimazione all'iniziativa specifica in vista della quale può essere domandata la cautela, dato che la funzione è quella di assicurare provvisoriamente gli effetti dello strumento di regolazione o dell'apertura della LG.

- ▶ 3) possono essere chieste solo una volta introdotto il procedimento o contestualmente ad esso, ma non anche in sede di domanda di concessione di termine *ex art. 44 CCI* dato che il comma 4 art. 54 non prevede questa possibilità e il comma 1 che si occupa di misure cautelari dal punto di vista temporale indica “nel corso del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale o della procedura di concordato preventivo o di omologazione di ADR o PRO”);
- ▶ 4) non operano mai automaticamente ma solo a seguito di provvedimento del giudice;
- ▶ 5) per quanto attiene al contenuto deve sempre essere un provvedimento provvisorio di tutela del patrimonio in attesa delle decisione sullo strumento di regolazione della crisi o apertura della LG ed è esclusa l'anticipazione di un effetto conseguibile solo con la pronuncia di merito o un effetto che non potrebbe essere conseguito nemmeno con il provvedimento con cui si dichiara aperta la LG -> ad es. è ammessa anche espressamente la nomina di un custode giudiziario, ma mai la sostituzione degli amministratori; inibitoria di pagamenti potenzialmente revocabili in caso di LG; sequestri di beni.

Il PROCEDIMENTO disegnato dall'art. 55 CCI è differenziato a seconda che si tratti di misure protettive tipiche (da confermare) da una parte o di misure cautelari o protettive atipiche ovvero generalizzate pre-accordo (da concedere) dall'altra.

In ognuno dei due casi è necessaria la designazione del giudice monocratico *ad hoc* oppure provvede il giudice relatore già designato nel PU e delegato all'audizione delle parti.

La richiesta di conferma o di concessione va fatta con ricorso a mezzo difensore. Mentre per la richiesta di conferma delle misure protettive tipiche l'istanza è necessariamente (o solo fisiologicamente?) contenuta nella domanda *ex art.* 40 (e 44 – vedi *infra*) CCI che va pubblicata al registro imprese, per le altre misure è necessario un ricorso apposito.

P.S.

L'evenienza che le misure tipiche possano non essere contenute nella domanda *ex art. 40 CCI* ma siano oggetto di una apposita domanda è ventilata dall'art. 55 comma 3 penultimo periodo che in caso di inefficacia delle misure per ritardo nella pronuncia del giudice ammette la riproposizione della (evidentemente sola) domanda protettiva.

Il procedimento per la conferma delle MISURE PROTETTIVE tipiche diverse da quelle pre-accordo è disciplinato dal comma 3 dell'art. 55:

- ▶ il giudice provvede assunte sommarie informazioni, senza necessario contraddittorio (che peraltro sarebbe generalizzato, cioè vedrebbe coinvolti tutti i creditori), entro 30 giorni dall'iscrizione dell'istanza al registro delle imprese, con decreto reclamabile al collegio

P.S. nonostante la norma non faccia riferimento al “caso previsto dall'art. 52, comma 2 primo e secondo periodo” il quale a sua volta si riferisce alla sola domanda *ex* art. 40, il procedimento del comma 3 è applicabile anche in caso di domanda di misure protettive tipiche contenute nel ricorso prenotativo *ex* art. 44

- ▶ -> come vengono assunte le sommarie informazioni? In presenza di un commissario giudiziale già nominato (con il decreto che concede i termini ai sensi dell'art. 44) si può chiedere un suo parere, in assenza si potrebbero sentire per iscritto i principali creditori o semplicemente attendere le informative richieste dalla cancelleria ai sensi dell'art. 42; risulta comunque utile la nomina del CG, che però in caso di domanda “piena” sarebbe possibile solo contestualmente all'ammissione del CP (art. 47) o al decreto che fissa l'udienza per l'omologa degli ADR (art. 40 comma 4 e 48 comma 4) e quindi non immediatamente al deposito del ricorso; in questi casi si può valutare la nomina di un professionista come ausiliario del Tribunale *ex art. 68 c.p.c.*, poi destinato in caso di prosecuzione a essere nominato CG

- ▶ -> termine di 30 giorni per provvedere a pena di inefficacia e salva riproponibilità; non è un silenzio-rigetto (che pure è stato ricostruito come tale per la mancata fissazione di udienza ex art. 19 comma 3 nella CNC), ma una disposizione di favore per i creditori per evitare di sacrificare eccessivamente i loro diritti in caso di ritardo del giudice; la riproposizione (che richiede evidentemente un nuovo e autonomo ricorso) deve essere effettuata con le formalità dell'art. 54 comma 2 e quindi con pubblicazione al registro delle imprese?

- ▶ -> parrebbe non necessario fissare udienza e del resto questo incombente potrebbe essere di ostacolo alla tempestività della pronuncia; tuttavia non è esclusa l'audizione del debitore e dei suoi professionisti (mentre quasi impossibile il preventivo contraddittorio con tutti i creditori) e in ogni caso il contraddittorio pieno può essere recuperato nella fase di reclamo;
- ▶ -> il decreto del giudice che conferma o revoca le misure va trasmesso in ogni caso al registro delle imprese, così come la decisione sul reclamo se disponga, in riforma del decreto monocratico, la conferma delle misure;

- -> qual è l'oggetto del vaglio del giudice, in assenza di una indicazione normativa? Si possono recuperare i presupposti del cautelare (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) oppure si tratta di una valutazione del tutto peculiare, in cui ad esempio il pericolo è sempre da ritenersi *in re ipsa* ed è indispensabile solo verificare che l'accesso allo strumento di regolazione non sia dilatorio/abusivo? In ogni caso sono fondamentali:
- (i) la completezza della domanda di regolazione della crisi con riferimento a tutti i documenti richiesti dall'art. 39 CCI;
 - (ii) le allegazioni del debitore in ordine sia allo strumento di regolazione cui tende il suo ricorso *ex* art. 44 CCI e alla necessità di ricevere la protezione per la predisposizione della domanda “piena”;
 - (iii) la “storia” dell'imprenditore e della sua crisi come emerge dalle iscrizioni al registro delle imprese e dai registri di cancelleria del tribunale;
 - (iv) le ulteriori indicazioni che emergono dall'istruttoria d'ufficio e in particolare dal parere del CG o dell'ausiliario.

- ▶ -> il decreto deve necessariamente fissare la durata, non superiore a 4 mesi dal momento di prima efficacia della misura, della protezione;

Come regolare la durata delle misure protettive?

- a) dare da subito il termine massimo, anche in caso di concessione del solo primo termine di 60 giorni *ex art. 44* ovvero di valutazione di ammissibilità del CP o di proposizione di opposizioni negli ADR? A favore di questa soluzione la convenienza di non dover provvedere più volte, ma contro il rischio di dare un termine eccedente, specie se si ritenga che sulla revoca il tribunale non possa provvedere d'ufficio (vedi *infra*);
- b) dare il termine strettamente necessario in relazione alla fase in cui ci si trova.

Nel dare il termine il giudice deve necessariamente tenere conto della durata della protezione generalizzata già goduta in sede di CNC, per cui in ogni caso va verificata la visura camerale del debitore.

P.S.

Problematica non ancora emersa in questa prima fase di applicazione del Codice, ma destinata ad essere oggetto di attenta analisi è quella della durata massima annuale, se già consumata all'interno di un percorso di CNC e PU non sfociato in un positivo esito della CNC o nell'omologa dello strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza -> la protezione è da considerarsi consumata una volta per tutte in relazione a quella specifica crisi/insolvenza, oppure va valutata in termini strettamente cronologico-funzionali in rapporto allo strumento di regolazione della crisi cui il debitore abbia effettivamente fatto accesso (art. ex art. 47 comma 6 sulla riproponibilità del CP inammissibile)?

PROROGA disciplinata dall'art. 55 comma 4 CCI con riferimento a tutte le misure (non solo alle protettive)

E' di competenza del collegio ("tribunale"), scelta che crea notevoli problemi organizzativi per cui sarebbe stato meglio mantenere la competenza monocratica quantomeno per la prima fase (es. "in bianco" o fino all'ammissione del CP);

ci vuole apposita istanza che, secondo le regole ordinarie processualcivilistiche, dovrebbe essere presentata entro la scadenza del termine; si pone quindi il problema della possibilità di rinnovazione della protezione per l'ipotesi di scadenza senza tempestiva proposizione dell'istanza di proroga: la richiesta di proroga tardiva può essere riqualificata in termini di istanza di rinnovo della misura scaduta e a che condizioni (le stesse previste dall'art. 55 comma 3 previa nuova iscrizione della domanda al registro imprese *ex* art. 54 comma 2? Oppure nelle forme della misura cautelare/protettiva atipica e quindi senza automatismi e previo necessario contraddittorio ai sensi dell'art. 55 comma 2?)

la legittimazione spetta alla parte che ha ottenuto la misura, quindi per le protettive sempre e solo al debitore e del resto è inconcepibile una richiesta del creditore;

è previsto un doppio requisito (significativo progresso nelle trattative sul piano di ristrutturazione e mancanza di ingiusto pregiudizio per i creditori – entrambi ricalcati dalla Direttiva Insolvency) che è coerente con la fase precedente alla domanda “piena”, ma che può essere declinato anche per la fase successiva proprio in ragione della presentazione del piano di ristrutturazione e del primo vaglio di ritualità/ammissibilità (o quantomeno di non abusività) secondo il principio generale contenuto nell’art. 7 CCI;

è necessario il parere del commissario giudiziale se nominato;

non è prevista fissazione di udienza e neppure un contraddittorio preventivo;

il provvedimento da adottarsi con decreto non è specificamente indicato come impugnabile e si pone quindi un problema dei rimedi attivabili considerato che si tratta di un provvedimento collegiale;

non è prevista la trasmissione al registro imprese per l’iscrizione, ma la necessità della formalità si può ricavare in via sistematica;

secondo la dottrina in sede di proroga la protezione si potrebbe limitare ad alcuni soltanto dei creditori o a singole iniziative, ma a mente della Direttiva Insolvency questo richiederebbe il contraddittorio preventivo con i creditori interessati;

REVOCA (e MODIFICA) disciplinata dall'art. 55 comma 5 CCI con riferimento alle sole misure protettive

competenza collegiale (“Tribunale”)

legittimazione alla richiesta: debitore o CG in ogni caso, creditori o PM in caso di atti di frode

è possibile la pronuncia d'ufficio in caso di appurata inidoneità delle misure protettive a soddisfare l'obiettivo di agevolare le trattative (comma 5 ultimo periodo), oppure il riferimento alla “disposizione di cui al primo periodo” individua solo un'ulteriore ipotesi sostanziale di revoca/modifica lasciando invariata la necessaria iniziativa di parte? E' difficile non ritenere che il tribunale possa pronunciarsi d'ufficio quando accerta che lo strumento di regolazione della crisi non è ammissibile/omologabile e provvede ai sensi degli artt. 47 comma 4 (inammissibilità del CP), 48 comma 6 (mancata omologa di CP o ADR) e 49 commi 1 e 2 (definizione negativa delle domande di accesso a uno strumento di regolazione della crisi o insolvenza), perché diversamente non potrebbe definire la domanda di apertura della liquidazione giudiziale.

Il procedimento per la concessione delle MISURE CAUTELARI e delle MISURE PROTETTIVE ATIPICHE (nonché delle misure protettive tipiche pre-accordo) è disciplinato dal comma 2 dell'art. 55:

si tratta di un procedimento costruito sulla falsariga dell'art. 669 *sexies* c.p.c., anche in ragione del fatto che qui, diversamente da quanto previsto dal comma 3, il contraddittorio va instaurato preventivamente e va fissata udienza, salvo decreto emesso *inaudita altera parte* e poi confermato, revocato o modificato con ordinanza all'esito del contraddittorio d'udienza

i contraddittori necessari (resistenti) si individuano in relazione al *petitum*:

- ▶ i singoli creditori destinatari delle misure protettive atipiche chieste dal debitore nell'ambito di uno strumento di regolazione della crisi;
- ▶ il debitore se è richiesta una misura cautelare dai soggetti ricorrenti *ex art. 40 comma 6 CCI* nel corso del procedimento di apertura della liquidazione giudiziale, ma anche le altre parti del procedimento (interventuti, ulteriori autonomi ricorrenti) se presenti;
- ▶ i creditori, il PM o i sindaci in caso di misura cautelare richiesta dal debitore in caso di strumento di regolazione della crisi da lui proposto in costanza di istanza di apertura della sua liquidazione giudiziale; se la misura cautelare è diretta ad un terzo, anche con costui il contraddittorio dovrà essere instaurato;
- ▶ in caso di misure protettive richieste in pre-accordo di ristrutturazione, legittimati a contraddire nel procedimento saranno i creditori coinvolti nelle trattative.