ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI MILANO

FONDAZIONE COMMERCIALISTI ODCEC di MILANO

Università Bocconi MILANO

ORDINE DEGLI AVVOCATI DI MILANO

Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza

LE MISURE CAUTELARI E PROTETTIVE

MONICA SELVINI - PH.D. - AVVOCATO IN MILANO

7 novembre 2022

INDICE

1. Le misure cautelari e protettive nella legge fallimentare e nel CCII.
2. Definizioni di misure cautelari e protettive nel CCII e legittimazione.
3. Misure cautelari e protettive nell'accesso agli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza di cui al CCII:
    - 3.1 Durata
    - 3.2 Procedimento – norme comuni
    - 3.3 Procedimento per adozione misure cautelari
    - 3.4 Procedimento per adozione misure protettive
    - 3.5 Revoca delle misure protettive
    - 3.6 Quadro riassuntivo per tipologia di procedura
4. Misure protettive e cautelari nella composizione negoziata.

1.1 Le misure cautelari e protettive nella legge fallimentare – quadro riassuntivo

La legge fallimentare:

- **Non fornisce una definizione di misure protettive e cautelari:**

- misure protettive sono tese a proteggere il complesso dei beni dell'imprenditore dall'aggressione dei creditori, al fine di evitarne la disgregazione;
- misure cautelari ricomprendono tutela atipica riconducibile ad art. 700 c.p.c. e misure strumentali a declaratoria di fallimento e ai suoi effetti (ovvero a limitare poteri dispositivi del debitore sul suo patrimonio).

- **Campi di applicazione prevalente per le misure protettive sono il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione.**

La legge fallimentare – concordato preventivo:

- **art. 168 l.fall. – effetti della presentazione del ricorso**

c. 1 «*Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore.*»

c. 2 «*Le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese e le decadenze non si verificano.*»

c. 3 «*I creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice nei casi previsti dall'articolo precedente. Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato.*»

La legge fallimentare – accordi di ristrutturazione dei debiti:

- **art. 182*bis* c. 3 e c. 6-7 l.fall.**

c. 3 «*Dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, né acquisire titoli di prelazione se non concordati*»

c. 6 «*Il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive […] può essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo di cui al presente articolo. […] L'istanza di sospensione […] è pubblicata nel registro delle imprese e produce l'effetto […] dalla pubblicazione*»

c. 7 «*Il tribunale, verificata la completezza della documentazione depositata, fissa con decreto l'udienza entro il termine di trenta giorni dal deposito dell'istanza di cui al sesto comma […]. Nel corso dell'udienza, riscontrata la sussistenza dei presupposti […] dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione se non concordati […]*»

La legge fallimentare – procedimento per la dichiarazione di fallimento:

- **art. 51 l.fall. – divieto di azioni esecutive e cautelari individuali**

«*Salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante il fallimento, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento.*»

- **art. 15 c. 8 l.fall. – istruttoria prefallimentare**

«*Il tribunale, ad istanza di parte, può emettere i provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento, che hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento, ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza.*»

1.2 Le misure cautelari e protettive nel Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza - panoramica

Il codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza:

- **Novità introdotte dal CCII in materia di misure protettive e cautelari rispetto alla legge fallimentare – artt. 54 e 55:**
- Ambito applicativo;
- Procedimento per adozione.

- **D.L. 24 agosto 2021 n. 118 prevede possibile adozione misure protettive e cautelari nella composizione negoziata della crisi.**

- **D.lgs. 17 giugno 2022 n. 83 ha modificato artt. 54-55 CCII recependo Direttiva UE 2019/1023.**

2. Definizione di misure cautelari e di misure protettive nel CCII e legittimazione

MISURE PROTETTIVE – DEFINIZIONE

Art. 2 c. 1 lett. p

«*le misure temporanee richieste dal debitore per evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza, anche prima dell'accesso a uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*».

Art. 54 c. 2

«*Se il debitore ne ha fatto richiesta […] i creditori non possono iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul suo patrimonio, beni e diritti con i quali viene esercitata attività di impresa. Dalla stessa data le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano e la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale […] non può essere pronunciata. Il debitore può richiedere […] ulteriori misure temporanee per evitare che determinate azioni di uno o più creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza*»

MISURE PROTETTIVE – DEFINIZIONE

Sono misure tipiche.

Legittimazione: richiesta del debitore.

Meccanismo semi-automatico.

MISURE CAUTELARI – DEFINIZIONE

Art. 2 c. 1 lett. q

«*i provvedimenti cautelari 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 e dell'insolvenza e delle procedure di insolvenza*»

Art. 54 c. 1

«*Su istanza di parte, il Tribunale può emettere i provvedimenti cautelari, inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente l'attuazione delle sentenze di omologazione di strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e di apertura delle procedure di insolvenza*»

MISURE CAUTELARI – DEFINIZIONE

Possono essere chieste misure tipiche e misure atipiche.

Legittimazione: richiesta di parte.

Meccanismo: non automatiche, disposte dal Tribunale.

3. Misure cautelari e protettive nell'accesso agli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza di cui al CCII: 3.1 Durata

MISURE CAUTELARI:

- **Esauriscono la loro funzione con l'emanazione dei provvedimenti cui erano strumentalmente collegate e pertanto durano:**

- **nella liquidazione giudiziale:** fino alla sentenza che dichiara apertura della liquidazione giudiziale;
- **nel concordato preventivo:** fino all'omologa del concordato;
- **negli accordi di ristrutturazione dei debiti:** fino all'omologa dell'accordo.

MISURE PROTETTIVE:

- **Ai sensi dell'art. 8 CCII la durata massima è pari a 12 mesi**.
- **Cessazione degli effetti è automatica.**
- **Cosa succede se giungono a scadenza mentre le procedure di accesso alla regolazione della crisi o dell'insolvenza sono ancora in corso?**

PROROGA:

- **Ai sensi dell'art. 55 comma 4 CCII la durata delle misure può essere prorogata:**
  - istanza: debitore o creditore;
  - parere commissario giudiziale (se nominato);
  - proroga totale o parziale delle misure concesse entro il termine massimo di 1 anno di cui all'art. 8 CCII;
  - presupposti:
    - i) compiuti significativi progressi nelle trattative sul piano di ristrutturazione;
    - ii) proroga non reca ingiusto pregiudizio ai diritti e agli interessi delle parti interessate.

3. Misure cautelari e protettive nell'accesso agli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza di cui al CCII: 3.2 Procedimento – norme comuni

- **La disciplina del procedimento per l'adozione di misure cautelari e protettive è disciplinato dall'art. 55 CCII e si differenzia a seconda della tipologia di misura richiesta.**

- **Vi sono tuttavia alcune norme in comune riguardanti la fase introduttiva:**

  - competenza non più del Tribunale Collegiale ma del giudice monocratico al quale è stata assegnata (dal presidente del tribunale o della sezione) la trattazione del procedimento unitario;
  - richiesta formulata con ricorso;
  - assistenza di un legale.

- **La disciplina contempla due macro-categorie:**

1. **Misure protettive per le quali l'intervento giudiziale è in funzione di conferma o revoca della protezione automatica** (art. 54 comma 2 primo e secondo periodo -> art. 55 comma 3).

2. **Misure cautelari e misure protettive per le quali l'intervento del giudice è in funzione di attivazione della protezione** (art. 54 comma 1 e art. 54 comma 2 terzo periodo e art. 54 comma 3 -> art. 55 comma 2).

3. Misure cautelari e protettive nell'accesso agli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza di cui al CCII: 3.3 Procedimento per adozione misure cautelari

MISURE CAUTELARI:

- **Legittimazione**: parti del procedimento unitario.
- **Trattazione – regola**: modalità di cui all'art. 669sexies, comma 1, c.p.c. – il giudice, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione alla misura richiesta e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda.
- **Trattazione – eccezione**: emissione *inaudita altera parte* se la convocazione potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento ex art. 669sexies, comma 2, c.p.c. – il giudice provvede con decreto motivato assunte se occorre sommarie informazioni e fissa successiva udienza di comparizione delle parti (assegnando un termine massimo di 8 giorni per la notifica del ricorso e del decreto alle altre parti); all'udienza il giudice, con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti emessi con il decreto.

MISURE CAUTELARI:

- **Conclusione**: ordinanza di accoglimento o di rigetto della domanda cautelare.
- **Reclamo**: ex art. 669terdecies c.p.c.
- **Efficacia**: fino al momento della pubblicazione del provvedimento di omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o fino all'apertura della liquidazione giudiziale.
- **Attuazione**: non disciplinata espressamente, si ipotizza rinvio ad art. 669duodecies c.p.c.

3. Misure cautelari e protettive nell'accesso agli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza di cui al CCII: 3.4 Procedimento per adozione misure protettive

MISURE PROTETTIVE:

- **Si possono individuare, a grandi linee, tre tipologie di misure protettive, in dipendenza del momento in cui vengono chieste:**

  a) misure protettive collegate alla domanda introduttiva del procedimento unitario ex art. 54 comma 2 (primo e secondo periodo) CCII;

  b) misure protettive anticipatorie:

  i. dalle trattative per l'accordo di ristrutturazione ex art. 54 comma 3 CCII,

  ii. dalla domanda di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza in bianco ex art. 44 CCII,

  iii. dalla domanda di composizione negoziata (di cui si tratterà in seguito);

  c) misure protettive concesse nel corso del procedimento di regolazione della crisi o dell'insolvenza ex art. 54 comma 2 terzo periodo CCII.

MISURE PROTETTIVE DI CUI ALLA DOMANDA INTRODUTTIVA (sub lett. a):

- **Legittimazione**: debitore, con domanda introduttiva del procedimento unitario (sono automatiche).
- **Trattazione**: il giudice, assunte se occorre sommarie informazioni, conferma o revoca le misure protettive con decreto, entro 30 giorni dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese.
- **Durata:** possibilità di modulazione da parte del giudice nel termine massimo di 4 mesi.
- **Reclamo**: ex art. 669terdecies c.p.c.
- **Efficacia**: dalla pubblicazione del decreto nel RRII e fino al momento della pubblicazione del provvedimento di omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o fino all'apertura della liquidazione giudiziale.

MISURE PROTETTIVE ANTICIPATORIE (sub lett. b) i.) e NEL CORSO DEL PROCEDIMENTO (sub c)):

- **Legittimazione**: debitore, nel corso delle trattative per gli accordi di ristrutturazione o nel corso del procedimento introdotto con domanda ex art. 40 CCII (non sono automatiche).
- **Trattazione**: v. misure cautelari.
- **Reclamo**: ex art. 669terdecies c.p.c.
- **Efficacia**: dalla pubblicazione del decreto nel RRII e fino al momento della pubblicazione del provvedimento di omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o fino all'apertura della liquidazione giudiziale.

- Per misure protettive di cui alla composizione negoziata (sub. lett. b) iii. cfr. in prosieguo.

3. Misure cautelari e protettive nell'accesso agli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza di cui al CCII: 3.5 Revoca delle misure protettive

- **Legittimazione**:

  - istanza del debitore o del commissario giudiziale;

ma, se compiuti atti di frode:

  - Istanza dei creditori o del pubblico ministero.

- **Procedimento**: il tribunale, sentite le parti e omessa ogni formalità non necessaria al contraddittorio, revoca o modifica le misure protettive.

- **Ipotesi di cui all'art. 55 comma 5 seconda parte CCII:**

  - Il tribunale revoca le misure protettive qualora accerta che le misure concesse non soddisfano più l'obiettivo di agevolare le trattative.

3. Misure cautelari e protettive nell'accesso agli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza di cui al CCII: 3.6 Quadro riassuntivo per tipologia di procedura

QUADRO RIASSUNTIVO PER ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE:

- Se debitore ha fatto specifica istanza nella domanda di accesso alla procedura ex art. 40 CCII, il tribunale può emettere provvedimenti cautelari, inclusa nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiano secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza che omologa gli accordi di ristrutturazione.

- Dalla data di pubblicazione della domanda nel RRII:

- i creditori non possono iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul suo patrimonio o sui beni o diritti con i quali viene esercitata l'attività di impresa;
- le prescrizioni restano sospese e le decadenze non si verificano;
- la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale non può essere pronunciata.

- Il debitore, nel corso delle trattative e prima dell'omologa, può chiedere con successiva istanza ulteriori misure temporanee per evitare che certe azioni di uno o più creditori possano pregiudicare il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza (cfr. art. 54 comma 3 per doc da allegare).

QUADRO RIASSUNTIVO PER CONCORDATO PREVENTIVO:

- Se debitore ha fatto specifica istanza nella domanda di accesso alla procedura ex art. 40 CCII, il tribunale può emettere provvedimenti cautelari, inclusa nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiano secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza che omologa gli accordi di ristrutturazione.

- Dalla data di pubblicazione della domanda nel RRII:

- i creditori non possono iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul suo patrimonio o sui beni o diritti con i quali viene esercitata l'attività di impresa;
- le prescrizioni restano sospese e le decadenze non si verificano;
- la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale non può essere pronunciata.

- La durata complessiva delle misure protettive non può superare i 12 mesi ai sensi dell'art. 8 CCII: se prima del concordato preventivo il debitore, ad esempio in sede di composizione negoziata della crisi, ha già chiesto misure protettive, il giudice ne dovrà tenere conto nel disporre la durata delle nuove misure.

DIFFERENZE CON LEGGE FALLIMENTARE:

- **Legge fallimentare**: gli artt. 168 e 182bis l.fall., se pur con sfumature anche sulla durata, prevedevano il cosiddetto **automatic stay**, ovvero l'effetto automatico all'iscrizione del ricorso nel Registro Imprese del divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore.

- **Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza**: l'art. 54 prevede analoga possibilità di misure cautelari e protettive ma soltanto se il debitore ne formula specifica istanza nella domanda introduttiva. Sarà il giudice a concederle, nel caso di misure cautelari (**nessun automatismo**), o a confermarle, nel caso di misure protettive (in sintesi rinviando per le distinzioni relative alle varie tipologie a quanto detto con riferimento al procedimento di concessione) – (**semi-automatismo**).

PECULIARITA' PER LA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE:

- Ai sensi dell'art. 150 CCII dal giorno di apertura della liquidazione giudiziale, nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante la liquidazione giudiziale, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella procedura.

- È divieto assoluto, salvo diversa disposizione di legge, al fine di salvaguardare l'operatività della procedura di liquidazione giudiziale sulla base dell'attività svolta dal Curatore e la par condicio creditorum evitando che possa essere lesa da azioni individuali di creditori che vadano ad intaccare il patrimonio della procedura.

4. Misure protettive e cautelari nella composizione negoziata

MISURE PROTETTIVE:

- **Ai sensi dell'art. 18 CCII, le misure protettive consistono nelle seguenti:**
  - divieto per i creditori di acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore;
  - divieto per i creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio, sui suoi beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'impresa;
  - divieto per i creditori di rifiutare adempimento contratti pendenti o provocarne risoluzione, o modificarli in danno all'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento dei crediti anteriori;
  - divieto di pronunciare apertura liquidazione giudiziale per la durata delle trattative o fino ad archiviazione.

N.B. Possibile anche applicazione solo parziale a certi creditori o solo a certe loro iniziative.

MISURE PROTETTIVE:

- **Ai sensi dell'art. 20 CCII, l'imprenditore può, con istanza di nomina o con dichiarazione successiva, dichiarare che, dalla pubblicazione della istanza nel RRII e sino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione, non si applicano nei suoi confronti:**
  - artt. 2446 commi 2 e 3 c.c. – riduzione del capitale SPA per perdite;
  - art. 2447 c.c. – riduzione del capitale SPA al di sotto del minimo legale, aumento del capitale sociale o trasformazione della società;
  - art. 2482bis commi 4, 5 e 6 c.c. – riduzione del capitale SRL per perdite;
  - art. 2482ter c.c. – riduzione del capitale SRL al di sotto del minimo legale, aumento del capitale sociale o trasformazione della società;
  - artt. 2484 comma 1 n. 4 e 2545duodecies c.c. – scioglimento società per riduzione o perdita del capitale sociale.

MISURE CAUTELARI:

- **Ai sensi dell'art. 19 CCII, le misure cautelari consistono nelle seguenti:**
  - provvedimenti cautelari che siano necessari per condurre a termine le trattative per il risanamento dell'impresa.

N.B. in ciò si differenziano dalle misure cautelari ex art. 54 CCII, funzionali ad assicurare il conseguimento degli effetti delle procedure (liquidatorie o concordatarie).

- Esempi: divieto pubblicazione di segnalazioni in centrale rischi, rilascio DURC nonostante pregresse inadempienze contributive, ecc..

PROCEDIMENTO:

- **Legittimazione misure protettive**: debitore, con istanza per la nomina dell'esperto ex art. 17 CCII o con atto successivo (sono automatiche con pubblicazione nel RRII) chiede applicazione misure protettive (pubblicata su RRII con accettazione nomina esperto) e deposita il giorno successivo ricorso presso il tribunale competente ex art. 27 CCII per la conferma/modifica misure protettive.

- **Legittimazione misure cautelari**: il debitore con richiesta di conferma/modifica misure protettive può chiedere provvedimenti cautelari.

- **Pubblicità**: entro 30 gg dalla pubblicazione dell'istanza ex art. 18 CCII, debitore chiede pubblicazione nel RRII del numero di RG del procedimento instaurato

- **Durata**: fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza o fino alla loro revoca.

PROCEDIMENTO - artt. 19 CCII e 669bis e ss. c.p.c.:

- **Tribunale in composizione monocratica, fissa l'udienza entro 10 giorni dal deposito del ricorso.**
- **All'udienza, sentite le parti e l'esperto su funzionalità delle misure al buon esito delle trattative, il tribunale:**

- nomina, se occorre, un ausiliario;
- procede agli atti di istruzione ritenuti indispensabili in relazione ai provvedimenti cautelari o di conferma delle misure protettive richiesti;
- con ordinanza stabilisce la durata delle misure protettive/cautelari non inferiore a 30 gg. e non superiore a 120 gg., tenendo conto delle misure eventualmente già concesse ex art. 54 (su richiesta delle parti e con parere dell'esperto può disporre una proroga di ulteriore 240 giorni, per assicurare buon esito trattative);
- su istanza delle parti o su segnalazione dell'esperto, può revocare o abbreviare le misure disposte con ordinanza reclamabile ex art. 669 terdecies c.p.c. (se non soddisfano esigenza di assicurare buon esito trattative o risultano sproporzionate rispetto al pregiudizio ai creditori).

ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI
MILANO

FONDAZIONE COMMERCIALISTI ODCEC di MILANO

Università Bocconi MILANO

ORDINE DEGLI AVVOCATI DI MILANO

Grazie per l'attenzione !

Monica Selvini

Avvocato in Milano

Ph.D in Diritto Civile

Iscritta nell'elenco degli esperti per la composizione negoziata

monica.selvini@essebylaw.it