

## COMPOSIZIONE NEGOZIATA E MISURE PROTETTIVE: APPUNTI SULLA GIURISPRUDENZA BRESCIANA \*

SIMONETTA BRUNO

È il quinto anno che ho il piacere di partecipare a questo convegno e ogni anno con sempre maggiore entusiasmo. Come di consueto, prendo in esame dei casi concreti decisi dal Tribunale di Brescia, ritenendo giusto – anche tramite la condivisione con tutti gli operatori – che gli orientamenti giurisprudenziali della sezione fallimentare siano noti.

Quale premessa di metodo, penso anche sia opportuno dar conto della prassi decisionale della sezione; sebbene i provvedimenti in tema di misure protettive<sup>1</sup> nell’ambito della composizione negoziata della crisi d’impresa abbiano carattere monocratico, nondimeno le tematiche che li contraddistinguono sono oggetto di un continuo confronto durante le camere di consiglio; infatti, per precisa scelta di sezione, il collegio che compone la camera di consiglio vede partecipare la totalità dei giudici della sezione stessa, così da poter ascoltare e discutere la totalità delle opinioni. Naturalmente, ciò non pregiudica l’autonomia del singolo magistrato che è chiamato a decidere in via monocratica, così come non diminuisce l’autonomia di giudizio in sede di eventuale reclamo poiché tutti i componenti della sezione sono sempre pronti a rivedere le precedenti posizioni in relazione alle ragioni di impugnazione.

---

\* L’articolo costituisce la rielaborazione della Relazione “*Casi pratici e misure protettive e cautelari*”, tenuta il 30 settembre 2022 in Brescia, al Convegno di studi “La crisi d’impresa: le prospettive della riforma e il punto sulla gestione quotidiana”.

<sup>1</sup> Sulle misure protettive cfr. A. Carratta, *Misure protettive e cautelari nella composizione negoziata delle crisi*, in *ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*, 18 maggio 2022; A. DIDONE, *Appunti su misure protettive e cautelari nel d.l. 118/2021*, in *ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*, 17 novembre 2021; M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari nel sistema della composizione negoziata della crisi d’impresa: brevi notazioni*, in *ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*, 24 dicembre 2021; L. BACCAGLINI e 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 *Fallimento*, 2021, 1536 ss. Da ultimo: A. PERNIGOTTO, *Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata della crisi: una ricognizione minima di questioni e possibili soluzioni*, in corso di stampa.

Fatta questa premessa, si può passare ad illustrare gli orientamenti della sezione più rilevanti in materia, tramite l'esame di quattro articolati casi concreti relativi alla composizione negoziata<sup>2</sup>.

Il primo<sup>3</sup> di essi, che si colloca nel novembre 2021, attiene al tema dell'abuso dello strumento di composizione negoziata.

Infatti, proprio il 15 novembre del 2021, ossia il giorno stesso in cui ai sensi dell'articolo 27 del decreto legislativo 118 del 2021 (confermato poi con legge 147/2021) entrava in vigore la normativa sulla composizione negoziata, il debitore rinunciava alla procedura di "preconcordato", già durata un anno e mezzo, dopo aver usufruito di tutte le proroghe accordate anche dalla normativa emergenziale.

Tuttavia non era ancora stata celebrata l'udienza prevista dell'art. 162 l.fall., ancora non erano stati convocati i creditori istanti per la dichiarazione di fallimento, e neppure udito l'intervento del pubblico ministero; in altre parole, la questione era ancora sub iudice. Sicché, una volta scaduto il termine finale per la presentazione del piano e della proposta ai creditori, la questione veniva rimessa in camera di consiglio ai sensi dell'articolo previgente 162 l.fall., come d'obbligo.

Il debitore riteneva di poter semplicemente rinunciare al "preconcordato" per richiedere l'applicazione delle misure protettive previste dalle norme appena entrate in vigore, beneficiando così nel frattempo del divieto normativo di pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento sino alla conclusione delle trattative.

In proposito, l'articolato provvedimento del dott. Pernigotto ha dichiarato inammissibile l'istanza innanzitutto perché il ricorrente si era limitato a formulare alla Camera di commercio di Brescia l'istanza di nomina dell'esperto ai sensi dell'art. 5, comma 1°, del D.L. n. 118/2021, mentre non risultava intervenuta né la nomina dell'esperto né la sua accettazione. Era dunque mancata la pubblicazione "complessiva" prevista dal primo comma dell'art. 6 del D.L. n. 118/2021, così da rendere inammissibile la richiesta di conferma degli effetti delle misure protettive che in realtà non si erano prodotti.

Inoltre, si era ritenuto di applicare l'art. 23, comma 2, del D.L. n. 118/2021, che pone un limite di accesso alla composizione negoziata, individuato nella pendenza di un procedimento introdotto con ricorso per

---

<sup>2</sup> Sull'istituto della composizione negoziata si vedano, tra i molti: S. AMBROSINI, *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del cci, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. Fall.*, 2021, I, p. 901 ss.; M. FERRO, *La composizione negoziata e il riposizionamento delle istituzioni della concorsualità giudiziale dopo il D.L. n. 118/2021*, in *Fallimento*, 2021, pp. 1573 ss.; I. PAGNI-M. FABIANI, *Introduzione alla composizione negoziata*, in *Fallimento*, 2021, p. 1477 ss.; L. PANZANI, *La composizione negoziata alla luce della Direttiva Insolvency*, in *ristrutturazioniazendali.ilcaso.it*, 31 gennaio 2022.

<sup>3</sup> Trib. Brescia, 2 dicembre 2021, est. Pernigotto, in *ristrutturazioniazendali.ilcaso.it*

l'ammissione al concordato preventivo, anche ai sensi dell'art. 161, sesto comma, proprio allo scopo di evitarne l'utilizzo strumentale. Di quest'ultimo punto si era dato atto anche nella sentenza dichiarativa di fallimento, poi confermata dalla Corte d'Appello.

Il debitore aveva sostenuto la tesi del carattere retroattivo degli effetti della rinuncia che avrebbe natura dichiarativa. Il Tribunale ha invece ritenuto che la perdurante pendenza del procedimento preconcordatario non consentiva di invocare contemporaneamente anche la protezione accordata dalla normativa sulla composizione negoziata, dichiarando conseguentemente l'inammissibilità dell'istanza.

Il debitore ha poi proposto un ulteriore ricorso ma, nelle more, era stata emessa la sentenza dichiarativa di fallimento, confermata – come detto – in Corte d'Appello.

La sentenza della Corte ha ritenuto che la seconda istanza del ricorrente fosse questa volta improcedibile, venendo a mancare la legittimazione a proporla da parte dell'imprenditore ormai fallito; si trattava, infatti, di un presupposto processuale che deve essere presente per tutta la durata della procedura. Inoltre è stato messo in luce anche il difetto di interesse ad agire, poiché l'art. 51 l.fall. riconnette temporalmente alla dichiarazione di fallimento il divieto di azioni esecutive e cautelari; sotto questo profilo, l'istanza è stata dichiarata improcedibile.

Il provvedimento del dr. Pernigotto ha, dunque, acutamente messo in rilievo l'abusiva strumentalizzazione del ricorso alle protezioni previste dalla composizione negoziata, posto che il debitore prima si era avvalso dell'ombrello protettivo del preconcordato e poi, subito dopo, con una mera rinuncia al medesimo, intendeva inammissibilmente accedere alle altre misure protettive.

\* \* \*

Il secondo caso, che ha dato luogo a un'ordinanza del dott. Franchioni del 25 marzo 2022, attiene a un'istanza di applicazione delle misure protettive rispetto alla quale non era stato pubblicato presso il registro delle imprese, nei termini previsti di 30 giorni, il numero di ruolo generale della procedura. Tale omissione ha comportato il rigetto del ricorso per la conferma delle misure.

Il punto di interesse della vicenda processuale sta soprattutto nel fatto che il ricorrente si era difeso sostenendo di averlo pubblicato nel portale di composizione negoziata; si trattava allora di stabilire se una simile pubblicazione potesse ritenersi equipollente e il tribunale lo ha negato perché le norme sulla pubblicità al registro delle imprese sono fondamentali per la corretta informazione dei creditori, che devono poter conoscere i riferimenti del procedimento nel quale possono eventualmente intervenire.

Si deve comunque dare atto che la questione è controversa in giurisprudenza: infatti, il Tribunale di Roma, in un provvedimento con

relatore il dott. Rana, ha invece affermato – diversamente dal Tribunale di Brescia - che si tratta di una mera irregolarità, non tale da precludere la conferma delle misure protettive.

\* \* \*

Il terzo caso<sup>4</sup> attiene a una fattispecie nella quale si è conclusa la composizione negoziata mentre ancora pende l'istanza di fallimento.

Il procedimento di composizione negoziata, affidato al dott. Pernigotto, ha visto prima la conferma, poi la proroga e, infine, la declaratoria di cessazione delle misure protettive perché, a norma dell'art. 5, l'esperto ha regolarmente depositato la sua relazione. Resta da celebrare l'udienza prefallimentare, nella quale si vedrà l'esito delle trattative e se il creditore desisterà o meno dall'istanza di fallimento.

Il caso presenta diversi spunti di interesse. I legali del ricorrente avevano chiesto una sospensione del procedimento prefallimentare, istanza meritevole di considerazione da un punto di vista tecnico, però il tribunale, onde valorizzare la celerità, ha deciso di disporre un mero rinvio, adottando però il termine di 240 giorni, che è quello massimo per la conclusione delle trattative.

Inoltre il tribunale si è anche posto il problema di valutare se sia necessaria la conferma delle misure protettive quando l'intenzione del ricorrente sia soltanto quella di bloccare la sentenza di fallimento. Ebbene, la risposta è stata negativa perché se si chiede solo questo basta che all'udienza prefallimentare si depositi la prova di aver depositato e pubblicata al registro delle imprese l'istanza di applicazione delle misure protettive, senza alcuna necessità della loro conferma.

Di là da tale valutazione, con riguardo al tema delle misure selettive ovvero *erga omnes*, merita notare come le misure protettive sono state confermate in particolare nei confronti del creditore rispetto al quale erano state chieste.

Al momento di disporre la proroga si è posto il problema della scadenza del termine, quando esso cada durante il periodo feriale; il tribunale ha ritenuto non applicabile la sospensione feriale dei termini innanzitutto perché lo stesso decreto-legge 118, convertito con la legge 147, richiama il procedimento cautelare uniforme che, come noto, sfugge alla sospensione feriale; in ogni caso, la questione è già disciplinata nel nuovo codice dall'articolo 9, che appunto prevede che la sospensione feriale dei termini non si applichi a questi procedimenti disciplinati dal nuovo codice. Inoltre, esisteva già un precedente giurisprudenziale in tal senso, sebbene più sintetico e non motivato

---

<sup>4</sup> Tribunale di Brescia, 05 agosto 2022 G.D. Pernigotto, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*

In sede di proroga, poi, il tribunale ha ripreso il percorso che era stato già compiuto dal giudice della prima ordinanza, chiedendo nuovamente il parere dell'esperto, così da poter effettuare una delibazione sommaria dello stato delle trattative. L'intento era quello di verificare la permanenza dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. Quindi, anche al momento della proroga, si è verificato il permanere della presenza del *fumus* e del *periculum*, e lo stato delle trattative (che, nella specie, stavano andando avanti bene).

Poi, questo provvedimento ha indotto il tribunale anche a un'altra riflessione. Vale a dire, ove l'imprenditore chieda misure protettive *erga omnes* ossia nei confronti di tutti i creditori, se il giudice possa invece adottare un provvedimento selettivo, individuando i reali legittimati passivi. In proposito, ci sono due tesi: la prima sostiene la facoltà, anzi il dovere, del giudice di discernere in tal senso; la seconda, che incarna l'orientamento maggioritario, ritiene invece che, nel caso in cui l'imprenditore chieda protezione *erga omnes*, il giudice debba concederla conformemente alla richiesta anche se i creditori non hanno ancora notificato il precetto o iniziato delle azioni esecutive.

Quindi, in base al principio anche della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, l'orientamento maggioritario concede le misure nelle modalità richieste, così da evitare al debitore – come è già accaduto con provvedimenti selettivi – di dover ricorrere poi a eventuali richieste di ampliamento delle misure protettive col rischio di inammissibilità dell'istanza.

Invece se concesse subito *erga omnes* chiaramente si evitano questi problemi, ferma restando la necessità di valutare la sussistenza del *fumus* e del *periculum*; il tribunale di Brescia, come quello di Milano del resto, valutando l'ampiezza soggettiva delle misure cautelari con riferimento al contraddittorio, ritiene che sia una misura proporzionata, idonea a contemperare l'interesse dei creditori e quello dell'imprenditore.

\* \* \*

Il quarto caso, pubblicato di recente, è stato deciso con provvedimento<sup>5</sup>, che ha visto relatore il dott. Canali, di rigetto della conferma di misure protettive. Il provvedimento è stato oggetto di reclamo, respinto anch'esso<sup>6</sup>.

Il provvedimento è particolarmente rilevante in quanto affronta il problema del ruolo dell'esperto: in tal caso l'esperto si era sostanzialmente limitato a riportare quanto rappresentatogli da parte dell'imprenditore senza svolgere al riguardo nel proprio parere alcuna considerazione critica

---

<sup>5</sup> Trib. Brescia, 7 luglio 2022. Est. Canali, in *ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*

<sup>6</sup> Trib. Brescia, 15 settembre 2022. Pres. Bruno. Est. Pernigotto, in *ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*

o verifica di sorta; ma in tal modo, il parere dell'esperto preclude al giudice la possibilità di valutazione, privandolo sostanzialmente del necessario contributo di carattere tecnico. Il tribunale per effettuare le opportune valutazioni necessita del tecnico e l'esperto deve approfondire i temi oggetto del proprio parere, dando così la possibilità al giudice di entrare nel merito del *fumus* e del *periculum* in sede di conferma.

Il reclamo si basava sulla tesi secondo cui il giudice si deve attenere al parere dell'esperto; tuttavia, proprio perché il parere era favorevole però asettico, immotivato, il tribunale è andato in contrario avviso passando in rassegna i poteri che la legge assegna all'organo giudicante, da quello di sentire l'esperto, nominare quando occorra un ausiliario, compiere gli atti di istruzione.

Non si poteva, dunque, affermare l'obbligo del giudice di confermare le misure a fronte di un mero parere asettico, e ciò anche in omaggio ai principi costituzionale, all'obbligo di motivazione (sia pure in forma sintetica, il giudice per motivare deve avere elementi anche di carattere tecnico) e poi anche all'articolo 116 del Codice di procedura civile, considerando che il parere dell'esperto rientra tra gli atti in base ai quali il giudice si forma il suo libero convincimento.

Chiaramente il tribunale ha affermato che l'esperto deve svolgere una relazione approfondita, perché il suo ruolo è fondamentale, quale punto di riferimento per informazioni qualificate, offrendo al tribunale la possibilità di avere un approccio conoscitivo anche di carattere tecnico.

Più precisamente, Il Tribunale di Brescia ha confermato un provvedimento di reiezione della richiesta di misure protettive sulla scorta del corretto rilievo in base al quale *“l'esperto, per mezzo del proprio parere, si è sostanzialmente limitato a riportare quanto rappresentatogli da parte dell'imprenditore senza svolgere al riguardo alcuna considerazione critica o verifica di sorta (e quindi neppure in termini sommari, come pur imposto dalle esigenze di speditezza della procedura e dalla dimensione embrionale del percorso negoziato)”*.