

Avv. Marco Alfonso Terenghi
Via P.R. Giuliani n. 10 – 20900 Monza
Via Archimede n. 94 – 20129 Milano
Tel. +39 039367367
e-mail avvocato.marco.terenghi@gmail.com

MILANO PerCorsi

**“MASTER DELLA CRISI E
RISTRUTTURAZIONE D’IMPRESA”**

INCONTRO DEL 6.3.2023:
**“IL PROCEDIMENTO UNITARIO PER L’ACCESSO
ALLA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE”**

RELAZIONE
DELL’AVV. MARCO ALFONSO TEREINGHI

Premessa. Le norme della Parte Seconda del D. Lgs. 12.1.2019, n. 14 (“Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza” o “CCII”) sono entrate in vigore a far tempo dal 15.7.2022, a seguito di diversi rinvii. Poiché il CCII detta una (relativamente) nuova disciplina processuale relativa all’accesso agli strumenti di regolazione ed alla liquidazione giudiziale nonché alla modulazione dei relativi procedimenti, il primo aspetto da passare velocemente in rassegna è quello intertemporale di raccordo tra la disciplina della Legge Fallimentare e quella del CCII.

DISCIPLINA TRANSITORIA

La disciplina transitoria è contenuta nell’art. 390 CCII, e viene configurata come segue:

1. I ricorsi per dichiarazione di fallimento e le proposte di concordato fallimentare, i ricorsi per l’omologazione degli accordi di

ristrutturazione, per l'apertura del concordato preventivo, per l'accertamento dello stato di insolvenza delle imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa e le domande di accesso alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento depositati prima dell'entrata in vigore del presente decreto sono definiti secondo le disposizioni del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché della legge 27 gennaio 2012, n. 3.

2. Le procedure di fallimento e le altre procedure di cui al comma 1, pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché le procedure aperte a seguito della definizione dei ricorsi e delle domande di cui al medesimo comma sono definite secondo le disposizioni del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché della legge 27 gennaio 2012, n. 3.

La soluzione individuata dall'[art. 390 CCII](#) appare lineare e detta uno spartiacque piuttosto chiaro da applicare in concreto, quantomeno nelle situazioni più normali.

In sede applicativa, peraltro, si è già assistito ad interpretazioni giudiziali tra loro dissonanti: per Tribunale di Messina 21.9.2022 l'istanza di fallimento presentata dopo il 15.7.2022 può essere riqualficata dal giudice in quella di apertura della l.g., con la quale presenta una sostanziale affinità strutturale (si vedano anche Trib. Bergamo 13.9.2022 per una richiesta di fallimento formulata dal P.M. nel mese di agosto, dichiarata ammissibile, e Trib. Catania 14 settembre 2022). In senso contrario si sono posti Trib. Roma 4.8.2022, che ha dichiarato inammissibile *de plano* l'istanza di fallimento presentata dopo il 15.7.2022, e Trib. Verona 27.7.2022.

Il criterio dell'art. 390 CCII sembra poi non prendere in considerazione un'**ipotesi non insolita** e che si è più volte presentata in concreto: il debitore, come reazione ad un'istanza di fallimento depositata prima del 15 luglio 2022, presenta successivamente a tale data, ovvero in sede di istruttoria prefallimentare, una domanda di accesso al concordato preventivo o di omologazione di un ADR, anche in forma prenotativa.

Sul punto si è già registrato un contrasto giurisprudenziale. Da una parte, infatti, il Tribunale di Udine (decreto del 24.7.2022) ed il Tribunale di Verona (decreto del 27.7.2022) hanno affermato la regola secondo cui in tal caso la legge fallimentare prevale sul Codice della crisi d'impresa, poiché tra le due procedure aventi ad oggetto la regolazione della medesima situazione di crisi esiste una stretta connessione, in quanto il debitore non avrebbe depositato la domanda di ammissione al concordato preventivo se non fosse stato raggiunto dall'istanza di fallimento. Anche secondo il Tribunale di Trento (decr. 17.8.2022) *“il procedimento di concordato preventivo introdotto successivamente all'entrata in vigore del CCII è retto dalla Legge Fallimentare se la domanda è presentata in pendenza di una procedura per la dichiarazione di fallimento iniziata precedentemente al 15 luglio 2022, poiché, in tal caso, l'insuccesso del concordato deve lasciare il posto alla dichiarazione di fallimento secondo le norme applicabili a quest'ultimo, e non si può, perciò, ammettere che il primo sia governato da un apparato normativo diverso; del resto, nella scelta se applicare, a entrambe le procedure, la Legge fallimentare o il CCII, l'art. 390, secondo comma, CCII tende ad*

attribuire prevalenza alla prima”. Sulla stessa scia si pone Trib. Monza 21.9.2022, che valorizza a tal fine la portata dell’art. 390, comma 2..

Di contrario avviso, invece, è il Tribunale di Bologna (decreto del 29.9.2022), secondo cui *“in presenza di istanza per la dichiarazione di fallimento presentata sotto il vigore della legge fallimentare, il ricorso per la concessione del termine per il deposito del piano e della proposta di concordato depositato dopo il 15 luglio 2022 è regolato dall’art. 44 del Codice della crisi e dell’insolvenza in quanto deve darsi prevalenza al dato letterale di cui all’art. 390 CCII che prevede l’applicazione della legge fallimentare alle procedure “aperte a seguito della definizione dei ricorsi e delle domande” depositati prima dell’entrata in vigore del Codice e quindi a quelle che sono conseguenza dei medesimi; si deve dunque escludere che sia applicabile la disciplina che regola la domanda di fallimento alle procedure concorsuali che, rispetto al medesimo, sono del tutto autonome ed autosufficienti”* (anche secondo il Tribunale di Roma, decr. 21.7.2022, pronunciandosi con un *obiter dictum* nell’ambito di un procedimento volto alla conferma delle misure protettive, vale la regola opposta secondo cui deve trovare applicazione la nuova disciplina in quanto la domanda di concordato è stata depositata in vigenza del CCII; allineato sul punto anche il Tribunale di Catania decr. 22.12.2022, anche se in modo non perspicuo).

Interessante ai fini pratici è il provvedimento del Tribunale di Mantova in data 6.9.2022, secondo cui, ove sia stata proposta domanda di concordato prenotativo in data successiva al 15.7.2022

da società nei confronti della quale sia stata presentata istanza di fallimento in data anteriore all'entrata in vigore del CCII, va disposta la riunione dei due procedimenti e la domanda di concordato dev'essere qualificata come proposta ai sensi dell'art. 160, comma 6, l.f., con la conseguenza per cui nessuna statuizione va adottata in ordine alla richiesta di emissione di misure protettive, derivando tale effetto automaticamente alla stregua di quanto previsto dall'art. 168 l.f..

Va segnalata la recente sentenza di Trib. Prato 17.1.2023, resa in tema di risoluzione per inadempimento del concordato preventivo omologato. Secondo tale pronuncia, qualora il concordato preventivo sia aperto ed omologato nella vigenza della Legge Fallimentare e pertanto si trovi in fase esecutiva dopo il 15.7.2022, non può applicarsi *ratione temporis* la nuova disciplina contemplata dall'art. 119, comma 7, CCII, in tema di apertura della liquidazione giudiziale solo previa risoluzione del concordato preventivo. Ne discende che l'eventuale inadempimento dell'accordo concordatario integra un "fatto sopravvenuto" idoneo a legittimare il Pubblico Ministero, prima ed indipendentemente dalla risoluzione del concordato, quindi *omisso medio*, a chiedere la dichiarazione di fallimento, ossia, in applicazione del principio generale *tempus regit actum*, a formulare istanza di apertura della liquidazione giudiziale prevista dal Codice della crisi.

IL "PROCEDIMENTO UNITARIO" (ARTT. 7-11; ARTT. 40-53 CCII)

Secondo la Relazione Illustrativa, il CCII ha adottato "*un modello*

processuale uniforme per l'accertamento dello stato di crisi e di insolvenza, che si declina diversamente, in relazione alle diverse procedure, in rapporto non tanto o non soltanto ai loro presupposti, ma anche in relazione ai soggetti legittimati ed al loro esito”.

Ciò equivale a dire che l'uniformità del procedimento è in realtà tendenziale, poiché essa viene sostanzialmente limitata alla sola fase preliminare di accesso alle varie procedure di regolazione che prevedono l'intervento del giudice (concordato preventivo, ADR, liquidazione giudiziale, piano di ristrutturazione omologato), attraverso uno schema largamente ispirato alle forme ed alle garanzie del “vecchio” art. 15 l.fall..

E' importante evidenziare, poi, che la disciplina generale del procedimento unitario contenuta nel Titolo III del CCII (ed in particolare quella prevista per l'istanza di liquidazione giudiziale) si applica anche, nei limiti di compatibilità, al procedimento per l'apertura di una procedura di liquidazione controllata, in virtù del rinvio contenuto nell'art. 65, comma 2, CCII (Trib. Verona 20.9.2022).

In concreto, il carattere “unitario” si risolve nelle norme sulla giurisdizione, sulla competenza, sulla legittimazione, sul contenuto e sui documenti da allegare all'atto introduttivo, sulla forma dei provvedimenti finali e sul regime delle impugnazioni: dopo il deposito della domanda, in linea di principio, ogni singola procedura prende una strada a sé.

La Legge-delega e la direttiva *insolvency* 1023/2019 (nonché il “secondo correttivo”), d'altra parte, non imponevano

l'implementazione di un unico procedimento bensì di un unico “modello processuale” improntato a caratteristiche di celerità e di efficienza.

Ciò nondimeno, secondo alcuni interpreti, l'impressione che si ritrae è quella di un mero “contenitore” di disposizioni variegata e multiformi, non solo inidoneo a restituire agli operatori una cornice dove muoversi con agilità, ma anche inadatto a focalizzare criteri ermeneutici o di sistema che aiutino nell'applicazione in concreto della disciplina.

I commentatori hanno quindi evidenziato una serie di discrasie nella disciplina del “procedimento unitario” dovute alla sedimentazione dei successivi interventi di modifica del testo originario del CCII, tra le quali se ne possono indicare alcune proprie della sua fase introduttiva.

- Legittimazione all'accesso alla l.g. ed alla l.c.: dopo il “secondo correttivo”, il P.M. non sembra più legittimato a chiedere l'apertura della liquidazione controllata, ma solo della liquidazione “maggiore” (nonostante il residuale tenore letterale dell'art. 271 CCII).

- Limiti quantitativi dell'indebitamento per l'accesso alla l.g. ed alla l.c.: per la prima permane l'esistenza di debiti scaduti per almeno Euro 30.000=, mentre per la seconda, paradossalmente, la soglia è stata portata ad Euro 50.000=, il che impedisce all'impresa minore di avvalersi dello strumento dei piani di rateizzazione in via automatica di cui all'art. 25-undecies, che è rimasto fissato ad Euro 30.000=.

- Necessità del difensore: ai sensi dell'art. 40, comma 5., come

vedremo, il debitore può stare in giudizio personalmente nel procedimento di accesso alla l.g.; tuttavia, se chiede l'accesso alla l.c., deve comunque depositare la relazione dell'OCC, e ciò pur teoricamente privo di difesa tecnica.

- Documentazione: l'art. 39 onera il debitore che chiede l'accesso ad una procedura di regolazione o alla l.g. del deposito di una serie di documenti, tra cui una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria, uno stato particolareggiato ed estimativo delle attività, una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel quinquennio anteriore.

Ora, posto che il deposito di tale documentazione rappresenta una condizione di ammissibilità/procedibilità della domanda, il tenore della norma sembra richiederla anche per la domanda del debitore di accesso alla l.g.. La contraddizione risiede nel fatto per cui creditori, P.M. ed organi di controllo sono esentati da tale obbligo, mentre il debitore, che rischia responsabilità anche rilevanti nel ritardo di attivazione della l.g., vi è invece tenuto, e per di più eventualmente anche senza la difesa tecnica. Un'interpretazione costituzionalmente orientata ex art. 24 Cost. dovrebbe però esentare il debitore che chiede la propria l.g. dalla produzione di tutti i documenti previsti dall'art. 39 CCII, così come d'altra parte aveva già in sostanza affermato la Cassazione sotto il vigore della Legge Fallimentare (Cass. 14.6.2019, n. 16117, secondo cui il mancato deposito della documentazione completa rileva solo in relazione alla mancata prova dei presupposti di fallibilità; App. Palermo 17.6.2013). Effettivamente, il Tribunale di

Bergamo (sentenza del 3.8.2022) e quello di Venezia (sentenza del 13.9.2022) hanno già deciso in questo senso, restringendo il novero della produzione a quella finalizzata a far emergere i requisiti di apertura della procedura (la qualità di imprenditore commerciale, il superamento delle soglie previste per l'accesso e lo stato di insolvenza), e precisando che la completezza dei documenti di cui all'art. 39 assume rilievo solo nel contesto del procedimento unitario per l'ammissione al C.P. ed agli ADR: ma, a questo punto, di "unitario" non rimane molto nemmeno sotto il profilo della documentazione, se un simile (e ragionevole) orientamento giurisprudenziale venisse confermato.

- Legittimazione dell'organo di controllo di chiedere l'apertura della l.g.: va riferita al Collegio Sindacale o al Sindaco unico, ma non anche al Revisore contabile.

Delicata appare però la situazione delle S.r.l. nel caso in cui sia la funzione di controllo della gestione (art. 2403 c.c.) che la funzione di revisione legale dei conti (art. 14 D.Lgs. 39/2010) siano attribuite ad un unico soggetto, definito dall'art. 2477 c.c. con l'espressione "organo di controllo o revisore". Laddove tale soggetto sia individuato nel revisore, è sostenibile che, avendo l'atto costitutivo ad esso assegnato anche la funzione di organo di controllo, ciò valga ad attribuirgli la legittimazione a presentare ricorso per la domanda di apertura della liquidazione giudiziale ai sensi dell'art. 37 CCII?

N.B.: sempre l'art. 2477 c.c. prevede che la nomina dell'organo di

controllo o del revisore è obbligatoria se la S.r.l.:

- è tenuta alla redazione del bilancio consolidato;
- controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti;
- ha superato per due esercizi consecutivi almeno uno dei seguenti limiti:

1. totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 4 milioni di euro;

2. ricavi delle vendite e delle prestazioni: 4 milioni di euro;

3. dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 20 unità.

Quindi, in particolare, entro l'approvazione del bilancio relativo al 2022 dovranno nominare l'organo di controllo o il revisore le S.r.l. che hanno superato, per entrambi gli esercizi 2021 e 2022, almeno uno tra i seguenti limiti: 4 milioni di totale attivo, 4 milioni di ricavi di vendita oppure 20 dipendenti occupati in media.

L'assemblea che approva il bilancio in cui vengono superati i limiti deve provvedere, entro trenta giorni, alla nomina dell'organo di controllo o del revisore. Se l'assemblea non procede in tal senso, alla nomina provvede il tribunale su richiesta di qualsiasi soggetto interessato o su segnalazione del conservatore del registro imprese.

PRINCIPI GENERALI

Benché al “procedimento unitario” siano dedicati gli artt. 40-53 (in sostanza la Sezione II del Capo IV), la disciplina di questi ultimi va integrata con alcuni principi generali sanciti in particolare dagli artt. 7-11 (c.d. “Principi di carattere processuale” delle Sezione II oltre alla giurisdizione internazionale della Sezione III), che anche sulla scia

della “direttiva *insolvency*” dovrebbero garantire maggiore efficienza e speditezza di gestione delle procedure.

- art. 7, comma 1.: tutte le domande di accesso agli strumenti di regolazione ed alle procedure di insolvenza sono trattate in un unico procedimento, ed ogni domanda sopravvenuta è riunita a quella già pendente;

- art. 7, comma 2.: nel caso di più domande, va esaminata in via prioritaria quella diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale (“l.g.”) o dalla liquidazione controllata (“l.c.”), a condizione che:

a) la domanda non sia manifestamente inammissibile;

b) il piano non sia manifestamente inadeguato a raggiungere gli obiettivi prefissati;

c) nella proposta siano espressamente indicate la convenienza per i creditori o, in caso di concordato in continuità aziendale, le ragioni della assenza di pregiudizio per i creditori;

- art. 9, comma 1.: la sospensione feriale dei termini di cui all'art. 1, L. n. 742/1969 non si applica ai procedimenti disciplinati dal CCII, salvo che lo stesso non disponga diversamente;

- art. 9, comma 2. (ed art. 40, comma 4.): salvo ove diversamente previsto, nelle procedure disciplinate dal CCII il patrocinio del difensore è obbligatorio;

- art. 10, comma 1.: gli organi preposti alle varie procedure devono effettuare le comunicazioni in forma telematica al domicilio digitale di imprese e professionisti risultante dal c.d. INI-PEC, nonché attivare un domicilio digitale a tutti i soggetti coinvolti nella procedura che non

abbiano l'obbligo di munirsene;

art. 11: la giurisdizione italiana sulla domanda di accesso alle procedure per la regolazione della crisi o dell'insolvenza sussiste ogniqualvolta il debitore abbia in Italia il centro degli interessi principali o una dipendenza (ai sensi dell'art. 2, lett. m), CCII, il COMI è il luogo in cui il debitore gestisce i suoi interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi; si veda anche il Regolamento UE 2015/848).

Per quanto riguarda la competenza, l'art. 27 CCII prevede che per i procedimenti di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o a una procedura di insolvenza diversi dall'Amministrazione Straordinaria, e per le controversie che ne derivano, è competente il tribunale nel cui circondario il debitore ha il centro degli interessi principali. Quest'ultimo si presume coincidente:

- per la persona fisica esercente attività d'impresa, con la sede legale risultante dal registro imprese o, in mancanza, con la sede effettiva dell'attività abituale;
- per la persona fisica non esercente attività d'impresa, con la residenza o il domicilio e, se questi sono sconosciuti, con l'ultima dimora nota o, in mancanza, con il luogo di nascita;
- per la persona giuridica e gli enti, anche non esercenti attività d'impresa, con la sede legale risultante dal registro imprese o, in mancanza, con la sede effettiva dell'attività abituale.

Poiché si tratta di presunzioni che non sembrano ammettere prova

contraria, all'atto pratico la competenza del tribunale si determina sulla base della sede legale, in quanto è difficile immaginare che dal registro imprese non risulti la sede legale della ditta individuale o della società.

L'art. 28, poi, ribadisce il principio per cui il trasferimento del centro degli interessi principali non rileva ai fini della competenza quando è intervenuto nell'anno antecedente al deposito della domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o di apertura della liquidazione giudiziale.

Norma-base di natura procedimentale è dunque l'art. 7, il quale enuncia alcuni principi fondamentali rivenienti dalla Legge-Delega:

I) Le domande di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza ed alle procedure di insolvenza sono trattate in un unico procedimento (quello “unitario” previsto dagli artt. 40-41), ed ogni domanda sopravvenuta è riunita a quella già pendente.

II) Ove siano proposte più domande, il tribunale esamina in via prioritaria quella diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla l.g. o dalla l.c., a condizione che:

- a) la domanda non sia manifestamente inammissibile;
- b) il piano non sia manifestamente inadeguato a raggiungere gli obiettivi prefissati (cioè sia “fattibile” ai sensi dell'art. 112, comma 1., lett. c);
- c) nella proposta siano espressamente indicate la convenienza per i creditori o, in caso di concordato in continuità aziendale, le ragioni dell'assenza di pregiudizio per i creditori. Si tratta di un raffronto

coerente con i dettami della direttiva *insolvency* n. 1023/2019, la quale introduce in via generale una sorta di “test di convenienza”, ritenendo sufficiente che il soddisfacimento dei creditori non sia inferiore a quello realizzabile in caso di alternativa liquidatoria.

Se il tribunale ritiene che tali condizioni preclusive ricorrano, esaminerà la domanda di apertura della l.g. e, ove ritenga di accoglierla, l’esame della domanda di accesso alla procedura di regolazione resterà precluso. Ove invece reputi che tali condizioni ricorrano, verrà prima esaminata la domanda alternativa e solo se all’esito istruttorio sarà da respingere nel merito, si provvederà all’esame della domanda di accesso alla l.g. o alla l.c..

Il precipitato del CCII sui meccanismi di raccordo tra le varie iniziative fa ricordare che nel vigore della L.F., a far tempo dal precedente del Tribunale di Milano 15.10.2009, il coordinamento tra procedura prefallimentare e concordataria (o di ADR) era stato raggiunto con lo strumento della riunione per connessione, integrato dal criterio della priorità/prevenzione/prevalenza della procedura concordataria (o comunque “minore”) rispetto a quella prefallimentare.

Art. 40 CCII – Domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza ed alla liquidazione giudiziale.

Comma 1.: il procedimento per l’accesso alle procedure di regolazione si svolge dinanzi al tribunale in composizione collegiale, ma per il compimento delle singole attività deve sempre ritenersi possibile la delega, essendo la decisorietà imprescindibile solo nel momento

decisorio.

Comma 2.: l'atto introduttivo è sempre il ricorso (unica forma ammessa per l'accesso a tutte le procedure, oltretutto per avviare il giudizio di risoluzione o di annullamento del concordato preventivo). Manca il riferimento alle "parti", ma sopperisce il principio generale di cui all'art. 125 c.p.c.. La sottoscrizione del difensore munito di procura non è necessaria nel ricorso del debitore per l'apertura della l.g., poiché a norma del comma 5. la parte può stare in giudizio personalmente, per evitare al debitore di sostenere costi ulteriori e per agevolare la speditezza del procedimento di accertamento dello stato di insolvenza, come la Relazione al CCII ha modo di precisare.

Quindi, se nella presentazione della domanda di l.g. il debitore si fa assistere da un difensore, il compenso di quest'ultimo non beneficia della prededuzione ai sensi dell'art. 6 CCII, ma se il relativo pagamento è stato eseguito prima della domanda, vale l'esenzione da revocatoria fallimentare prevista dall'art. 166, comma 3., lett. g).

Per le società, a norma del comma 2., la domanda è approvata e sottoscritta a norma dell'art. 120-bis, e ciò implica che la decisione degli amministratori di accedere ad uno strumento di regolazione contenga, quando sono necessari, il contenuto della proposta e le condizioni del piano, e risulti da verbale notarile depositato ed iscritto nel registro delle imprese. Da ciò può desumersi che la determina notarile dell'organo amministrativo non è necessaria, ad esempio, al momento del deposito del ricorso di pre-concordato, bensì in quello successivo di enucleazione della domanda di accesso vero e proprio all'una o all'altra procedura (nel regime della L.F. si veda Cass.

12.1.2017, n. 598). Nulla vieta di acquisire la determina già con la pre-domanda, ma in questo caso il suo oggetto dovrà ricomprendere in modo preciso il contenuto della successiva domanda, il che pare poco verosimile.

Ancora, come già stabilito in relazione al sesto comma dell'art. 161 l.fall., la pre-domanda non va sottoscritta autonomamente dal debitore, essendo sufficiente la firma della procura rilasciata al difensore (Cass. 4.9.2017, n. 20725). A dire il vero, un'interpretazione sistematica del CCII porterebbe a concludere che qualunque domanda di accesso ad una procedura di regolazione o di liquidazione (quindi, ad esempio, anche una domanda di C.P. "piena") può essere sottoscritta dal solo difensore munito di procura, ma comprensibili esigenze di cautela potrebbero indurre l'operatore ad acquisire anche la firma autonoma del debitore.

Quanto alla **legittimazione**, il debitore può ovviamente chiedere l'accesso a qualunque procedura di regolazione di crisi, insolvenza e sovraindebitamento; i creditori sono legittimati a chiedere l'apertura della l.g. e della l.c., oltretutto la declaratoria preventiva di insolvenza di imprese soggette a l.c.a.; gli organi di controllo interni e le Autorità amministrative deputate alla vigilanza possono chiedere l'apertura della l.g., e così pure il P.M., in quanto il c.d. "secondo correttivo" gli ha inibito l'iniziativa per la l.c..

Il contenuto del ricorso va modellato sull'art. 125 c.p.c., posto che l'art. 40, comma 1., appare piuttosto scarso quanto ad indicazioni, tenendo però sempre in considerazione il particolare contesto in cui ci troviamo. In quest'ottica, espressioni molto generali come "ragioni

della domanda” o “conclusioni” vanno arricchite di contenuti in considerazione dei requisiti dei singoli istituti. Ad esempio, con riferimento alla valorizzazione dell’espressione “oggetto”, appare imprescindibile l’indicazione dello strumento di regolazione prescelto, posto che, come detto, con il deposito del ricorso cessa quell’unitarietà procedimentale voluta dal legislatore e al tribunale deve essere formulata una “conclusione” specifica con riferimento alle diverse opzioni appena considerate.

Ai sensi del comma 3., la domanda del debitore (e solo del debitore), qualunque procedura tenda ad introdurre (quindi anche la l.g.):

- è soggetta alla pubblicazione nel Registro Imprese, diversamente da quella dei creditori, degli organi di controllo o del P.M., “al fine di evitare che iniziative destinate a rivelarsi infondate vengano divulgate, causando danni anche irreversibili alla reputazione dell’impresa”, come recita la Relazione;

- è trasmessa dalla cancelleria, insieme ai documenti allegati, al P.M. (che ha il ruolo di “controparte pubblica fissa” del debitore), il quale va notiziato anche in caso di richiesta di accesso al concordato “semplificato” di cui all’art. 25-bis.

L’art. 40, comma 4., impone un obbligo di pubblicazione nel registro imprese anche degli ADR in caso di domanda di accesso al procedimento di loro omologazione, tanto che acquistano efficacia dal giorno in cui vengono pubblicati. Inoltre, con il decreto mediante il quale il Tribunale fissa, ai sensi dell’art. 48, comma 4., l’udienza per la comparizione delle parti in caso di opposizione all’omologa degli

accordi, può essere nominato un commissario giudiziale o essere confermato quello già nominato in occasione della richiesta di pre-concordato; la sua nomina è però obbligatoria in presenza di istanze per la l.g., quando vi è necessità di tutela delle parti istanti.

A norma del comma 9., se pende un procedimento di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, la domanda di apertura della liquidazione giudiziale è proposta nel medesimo procedimento e fino alla rimessione della causa al collegio per la decisione, con ricorso ai sensi dell'art. 37, comma 1, e nel rispetto degli obblighi di produzione documentale cui all'art. 39. Se la domanda di apertura della liquidazione giudiziale è proposta separatamente, ma pur sempre prima della rimessione al collegio, il tribunale la riunisce, anche d'ufficio, al procedimento pendente.

Per converso, secondo il comma 10., nel caso di pendenza di un procedimento per la apertura della liquidazione giudiziale introdotto da un soggetto diverso dal debitore, la domanda di quest'ultimo per accedere ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza dev'essere proposta, sempre con ricorso ai sensi dell'art. 37, comma 1 e nel rispetto degli obblighi di produzione documentale di cui all'art. 39, nel medesimo procedimento, a pena di decadenza, entro la prima udienza (cioè l'udienza di comparizione del debitore). Laddove, entro tale termine, essa sia proposta separatamente, viene riunita, anche d'ufficio, al procedimento pendente. Successivamente alla prima udienza, la domanda non può essere proposta autonomamente sino

alla conclusione del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale, *rectius* sino a quando la domanda di apertura della l.g. non viene rigettata. In caso di accoglimento di quest'ultima, per contro, il debitore avrà visto consumarsi definitivamente la facoltà di presentare la domanda di accesso alla procedura di regolazione.

Se si considera che, ai sensi dell'art. 41 CCII, tra la data di notifica dell'istanza di l.g. e quella dell'udienza deve intercorrere un termine di almeno 15 giorni, la ristrettezza dei tempi concessi al debitore per allestire anche solo una pre-domanda ai sensi dell'art. 44 CCII risulta evidente.

Se la domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza è proposta all'esito della composizione negoziata, il termine è di sessanta giorni dalla comunicazione di cui all'articolo 17, comma 8.

Notifica (art. 40, commi 6-7-8).

Le modalità di notifica del ricorso ripetono, con minime variazioni, quella già previste dall'art. 15 l.fall..

L'utilizzo della PEC con invio all'indirizzo INI-PEC è alternativo al c.d. "servizio di recapito certificato qualificato", ma la vera novità del CCII è rappresentata dalla modalità di notifica attraverso l'inserimento del ricorso e decreto da parte della cancelleria nell'area web riservata di cui all'art. 359, una sorta di "serbatoio" in cui affluiscono le notifiche non andate a buon fine per causa imputabile al destinatario, la cui realizzazione è stata affidata al MISE ed è ancora in fase esecutiva. Di ciò ha preso atto Trib. Pistoia 19.8.2022, n. 91110,

osservando che sino all’emanazione del decreto MISE di cui all’art. 359, in caso di notifica telematica impossibile (o negativa per causa imputabile al destinatario), trovano applicazione le previsioni di cui all’art. 40, comma 8., CCII, valevoli per i casi dove la notificazione non risulta possibile per causa non imputabile al destinatario.

In tale situazione, quindi, la notificazione va eseguita esclusivamente di persona a cura del ricorrente nel rispetto del D.P.R. n. 1229/1959, presso la sede risultante dal registro imprese o presso la residenza, o in mancanza con deposito in Comune. Un’innovazione garantista è rappresentata dall’affissione alla porta dell’ufficio o dell’abitazione, in busta chiusa, e successivamente dalla comunicazione a mezzo raccomandata a.r., dell’avvenuto deposito in casa comunale.

Procedimento (art. 41).

Il tribunale convoca le parti con decreto per un’udienza da tenersi non oltre 45 giorni dal deposito del ricorso, e tra la data di notifica e quella dell’udienza deve intercorrere un termine non inferiore a 15 giorni. Entrambi i termini possono venire abbreviati se ricorrono particolari ragioni di urgenza, ed in tal caso ricorso e decreto possono venire portati a conoscenza delle parti con ogni mezzo idoneo, omessa ogni formalità non indispensabile alla loro conoscibilità.

Il debitore ha diritto ad un termine fino a sette giorni prima dell’udienza per la presentazione di memorie e documenti, in particolare i bilanci degli ultimi tre esercizi oppure delle ultime tre dichiarazioni dei redditi, se non tenuto al deposito del bilancio.

Per garantire la trattazione unitaria di più domande proposte contro il

medesimo debitore, è prevista la possibilità di intervento nel procedimento dei medesimi terzi (creditori, P.M. ed organi di controllo/vigilanza) legittimati a chiedere la l.g., che possono intervenire sino a quando la causa non sia stata rimessa al collegio per la decisione. Secondo la Relazione al CCII si tratta “dell’unico aspetto di reale novità rispetto alla Legge Fallimentare”, ma sembra essere una facoltà più di forma che di sostanza, in quanto i terzi non sono a conoscenza della pendenza del procedimento per l.g. (tranne nel caso di domanda del debitore pubblicata nel registro imprese), e non possono quindi utilmente intervenire. E’ prevedibile, quindi, che si continui ad assistere alla frequente pluralità di istanze di l.g. proposte separatamente che vengono poi riunite.

Art. 42 – Istruttoria sui debiti risultanti dai pubblici registri nei procedimenti per l’apertura della L.G. e del C.P..

Fermi gli obblighi documentali previsti dall’art. 39 a carico del soggetto che chiede l’accesso ad una procedura, la cancelleria acquisisce d’ufficio attraverso collegamento telematico con le banche dati dell’Agenzia Entrate, dell’INPS e del Registro Imprese, i dati ed i documenti relativi al debitore previsti dall’art. 367 CCII (bilanci, atti relativi ad operazioni straordinarie, dichiarazioni dei redditi e debiti fiscali, carichi contributivi).

Fino a quando l’art. 367 non avrà acquisito efficacia (sessantesimo giorno successivo alla pubblicazione in G.U. del provvedimento del responsabile dei sistemi informativi automatizzati del Ministero Giustizia, attestante la piena funzionalità del collegamento

telematico), la cancelleria continuerà a richiedere dati e documenti via PEC ai vari Enti deputati.

L'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, nella propria relazione al CCII del 15.9.2022, osserva che l'art. 43 ha positivizzato alcune delle migliori prassi già utilizzate dagli uffici giudiziari di merito in ordine all'acquisizione d'ufficio di dati ed elementi conoscitivi da enti pubblici o banche dati, finalizzata sia ad evitare l'apertura di procedure inutili (es. impresa sotto-soglia nella l.g.), sia ad evidenziare situazioni di insolvenza "pericolose" per il mercato e la tutela del credito, anche ove il credito del soggetto ricorrente per l'apertura della l.g. non sia in sé particolarmente rilevante.

Art. 43 – Rinuncia alla domanda.

Si tratta di un tema frequentissimo nella prassi, dove viene usualmente utilizzato il termine "desistenza", che peraltro, a rigore, si riferisce al "ritiro" della domanda prima che sia stato instaurato il contraddittorio con il debitore; dopo tale momento, è più corretto parlare di "rinuncia".

In caso di rinuncia alla domanda di cui all'art. 40 il procedimento si estingue, fatta salva la volontà di proseguirlo manifestata dagli intervenuti o dal pubblico ministero per l'apertura della liquidazione giudiziale. Viene espressamente stabilito che il pubblico ministero può rinunciare alla domanda di apertura della liquidazione giudiziale, come ragionevolmente dovrebbe accadere ove il debitore dimostri in modo convincente l'insussistenza dei requisiti per l'apertura della procedura.

Il tribunale provvede con decreto sull'estinzione e, nel dichiararla, può condannare alle spese la parte che vi ha dato causa.

Se la domanda è stata iscritta nel registro delle imprese, il cancelliere comunica immediatamente a quest'ultimo il decreto di estinzione per la sua iscrizione, da effettuarsi entro il giorno successivo.

La regolamentazione della rinuncia alla domanda di accesso e dei suoi effetti rappresenta una rilevante novità della riforma, in quanto, come noto, il R.D.16 marzo 1942, n. 267 (c.d. “Legge Fallimentare”) non contiene alcun riferimento normativo alla rinuncia all'istanza di fallimento. Ciò nonostante, nella prassi si è sempre ritenuto possibile il deposito, da parte del creditore, di un atto di c.d. “rinuncia” o “desistenza”, sul quale gli interpreti si sono a lungo interrogati: in particolare, ci si è domandati se la rinuncia alla domanda necessiti di accettazione del debitore, e se (ed in quale modo) il tribunale debba provvedere all'allocatione delle spese di giudizio (ex multis, ed in senso difforme tra loro, cfr. Cass. civ.11.08.2010, n. 18620; Cass. civ. 14.10.2009, n. 21834; Cass. civ. 26.02.2009, n. 4632). Più di recente, la Suprema Corte si è pronunciata sulla natura e sugli effetti della desistenza dell'unico creditore istante, distinguendo per la prima volta tra rinuncia alla domanda “da estinzione del debito” e mera rinuncia “non titolata”, ed attribuendo solo alla prima l'idoneità a determinare la revoca della sentenza di fallimento, ove prodotta in sede di giudizio di reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento (in tal senso, da ultimo, Cass. 27.7.2021, n. 21503).

Art. 44 – Domanda di accesso con riserva di deposito

La domanda va corredata con la documentazione prevista dall'art. 39, comma 3., ossia:

- i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi o, per le imprese non soggette all'obbligo di redazione del bilancio, le dichiarazioni dei redditi e le dichiarazioni IRAP concernenti i tre esercizi precedenti;
- l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, oltre che con l'indicazione del loro domicilio digitale, se ne sono muniti.

In mancanza dei bilanci (perché non ancora approvati), per il consolidato indirizzo giurisprudenziale formatosi in relazione all'art. 161, sesto comma, l.fall., l'imprenditore può avvalersi di qualunque altra documentazione che possa nel concreto risultare utile, veicolando informazioni relative alla situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa analoghe a quelle desumibili dai bilanci delle società, comprese le “situazioni patrimoniali” approntate dallo stesso imprenditore in vista della domanda; queste ultime potranno essere riscontrate dal C.G. o dallo stesso tribunale a cui dovranno essere messe a disposizione le scritture contabili e fiscali dell'imprenditore.

Il tribunale pronuncia un decreto con cui fissa un termine (decadenziale) compreso tra 30 e 60 giorni, prorogabile fino ad altri 60 giorni su istanza del debitore in presenza di giustificati motivi ed in assenza di domande per l'apertura della l.g. (secondo la Relazione, la non prorogabilità in pendenza di domande di l.g. “è finalizzata a scoraggiare un utilizzo abusivo del concordato come strumento di difesa (e differimento) della trattazione della richiesta di l.g.”). Il termine di 60 giorni è probabilmente troppo breve per predisporre un

piano ed una proposta completi se pende una richiesta di l.g., ma la *ratio legis* è evidentemente quella di favorire accessi tempestivi alle procedure di regolazione, e non “indotti” dalla minaccia della l.g..

La domanda “con riserva” prefigura un percorso tripartito “a forchetta”, e non più “ad Y rovesciata”, come nella Legge Fallimentare, poiché le procedure di sfogo della pre-domanda sono diventate tre, ossia il concordato preventivo, la domanda di omologazione degli ADR e (novità del CCII) la domanda di omologazione del piano di ristrutturazione ex art. 64-bis CCII

Alcuni commentatori (soprattutto di matrice giudiziaria) hanno peraltro già segnalato che *“costituisce una modalità operativa certamente corretta e diligente quella costituita dall’esposizione a grandi linee in domanda ab origine del percorso che, allo stato, si aspira ad intraprendere”*.

Il tribunale deve sempre nominare un commissario giudiziale, il quale deve riferire su ogni atto di frode ai creditori non dichiarato nella domanda ovvero su ogni circostanza o condotta del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi. Contestualmente, in applicazione dell'art. 49, comma 3, lettera f), il tribunale autorizza il C.G. ex artt. 155-quater, 155-quinquies e 155-sexies disp. att. c.p.c.:

- Ad accedere alle banche dati anagrafe tributaria e dell’archivio rapporti finanziari;
- Ad accedere alla banca dati degli atti soggetti ad imposta di registro;
- Ad acquisire l’elenco dei clienti e fornitori ex art. 21 D.L. 31.5.2010, n. 78;

- Ad acquisire la documentazione contabile in possesso di banche ed intermediari finanziari relativi ai rapporti con il debitore, anche se estinti;
- Ad acquisire le schede contabili dei fornitori e clienti relative ai rapporti con l'impresa debitrice.

Il tribunale dispone inoltre:

- gli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta per la predisposizione della proposta e del piano, che il debitore deve assolvere, con periodicità almeno mensile, sino alla scadenza del termine per il deposito della domanda;
- il deposito di una relazione mensile sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria che, entro il giorno successivo, è iscritta nel registro delle imprese su richiesta del cancelliere.
- il versamento, entro un termine perentorio non superiore a dieci giorni, di una somma per le spese della procedura, nella misura necessaria fino alla scadenza del termine di presentazione della domanda.

Il CCII non prevede l'obbligo di convocazione del debitore, lasciando intendere che il tribunale può concedergli i termini *de plano* in caso di accoglimento della domanda. Laddove peraltro il giudice ritenga di doverla rigettare o dichiararla inammissibile (perché mancante dei documenti o perché, ad esempio, priva dei requisiti minimi di legittimità formale e sostanziale previsti dalla legge, e come tale “manifestamente inammissibile” ai sensi dell'art.7 CCII), deve integrare il contraddittorio con il debitore consentendogli di

difendersi, come si evince indirettamente dal comma 2. dell'art. 44, che prevede la revoca (con decreto non soggetto a reclamo) del provvedimento di concessione dei termini su segnalazione di un creditore, del C.G. o del P.M., sentiti il debitore e i creditori istanti per l'apertura della liquidazione giudiziale, quando è accertata la ricorrenza di atti di frode o comunque pregiudizievoli al superamento della crisi, la grave violazione degli obblighi informativi o il mancato versamento delle spese.

Nel CCII manca una disposizione espressa che escluda la riproponibilità della domanda una volta che sia stato revocato il termine. Tra gli interpreti si è ritenuto che il debitore, benché decaduto dal termine, sia legittimato a presentare proposta e piano “completi”, salvi gli effetti derivanti dalla contestuale pendenza o dalla successiva presentazione di domande di apertura della l.g.. Va ricordato, peraltro, che l'art. 47, comma 6, CCII condiziona la riproponibilità della domanda di concordato ad un mutamento di circostanze che andrebbe segnalato e argomentato.

L'ultimo comma dell'art. 44 chiarisce che i termini previsti dalla norma non sono soggetti alla sospensione feriale: secondo la Relazione, tale disposizione persegue il fine *“di porre termine al dibattito giurisprudenziale sul regime dei termini concessi ai sensi dell'art. 161, sesto comma, l.fall. (...) e coerentemente con le esigenze di speditezza del procedimento e della natura non esclusivamente processuale di tali termini”*.

La domanda di concessione dei termini può essere proposta non solo in via principale, ma anche in via incidentale dal debitore contro il

quale sia stata proposta una domanda di apertura della l.g.. Ciò si evince anche dall'ultimo comma dell'art. 40, che consente al debitore di chiedere l'accesso alla procedura di regolazione (anche nella forma "con riserva") fino alla prima udienza di comparizione dinanzi al tribunale.

Art. 45 – Comunicazione e pubblicazione del decreto di concessione dei termini.

Entro il giorno successivo al deposito in cancelleria, il decreto di concessione dei termini (per l'accesso al C.P. oppure per il deposito della domanda di omologazione del PRO di cui all'art. 64-bis o degli ADR di cui all'art. 44, comma 1, lettera a):

- è comunicato al debitore, al P.M. ed ai richiedenti l'apertura della l.g.;
- è trasmesso per estratto a cura del cancelliere al registro imprese ai fini della sua iscrizione, da effettuarsi entro il giorno successivo. L'estratto contiene il nome del debitore, il nome dell'eventuale commissario, il dispositivo e la data del deposito. L'iscrizione è effettuata presso l'ufficio del registro delle imprese ove l'imprenditore ha la sede legale, e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso quello corrispondente al luogo ove la procedura è stata aperta. Tuttavia, poiché ai sensi dell'art. 27, comma 3., CCII, il COMI si presume coincidente, senza possibilità di prova contraria, con la sede legale risultante dal registro imprese, solo laddove tale iscrizione manchi può scattare il criterio sussidiario della sede effettiva, che non trova quindi spazio ogniqualvolta consti la presenza di una sede legale

iscritta presso il registro imprese.

NORME DEL “PROCEDIMENTO UNITARIO” APPLICABILI IN MODO SPECIFICO ALLA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE.

Art. 37, comma 2. sulla legittimazione alla presentazione: la domanda di apertura della L.G. è proposta con ricorso del debitore, degli organi e delle autorità amministrative che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa, di uno o più creditori o del pubblico ministero.

Art. 38, commi 1. e 2. dedicati al P.M.:

1. Il pubblico ministero presenta il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza.
2. L'autorità giudiziaria che rileva l'insolvenza nel corso di un procedimento lo segnala al pubblico ministero.

Art. 40, comma 5., sulla difesa tecnica: nel procedimento di apertura della L.G. il debitore può stare in giudizio personalmente.

Art. 40, commi 6., 7 e 8 sulla notifica del ricorso: già esaminati in precedenza.

Art. 40, commi 9. e 10. in tema di rapporti tra richiesta di accesso a procedura di regolazione e domanda di apertura della l.g.: già

esaminati in precedenza, e di seguito riportati:

9. Nel caso di pendenza di un procedimento di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, la domanda di apertura della liquidazione giudiziale è proposta nel medesimo procedimento e fino alla rimessione della causa al collegio per la decisione, con ricorso ai sensi dell'articolo 37, comma 1, e nel rispetto degli obblighi di cui all'articolo 39. Se la domanda di apertura della liquidazione giudiziale è proposta separatamente il tribunale la riunisce, anche d'ufficio, al procedimento pendente.

10. Nel caso di pendenza di un procedimento per la apertura della liquidazione giudiziale introdotto da un soggetto diverso dal debitore, la domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza è proposta, con ricorso ai sensi dell'articolo 37, comma 1 e nel rispetto degli obblighi di cui all'articolo 39, nel medesimo procedimento, a pena di decadenza, entro la prima udienza e se entro il medesimo termine è proposta separatamente è riunita, anche d'ufficio, al procedimento pendente. Successivamente alla prima udienza, la domanda non può essere proposta autonomamente sino alla conclusione del procedimento per la apertura della liquidazione giudiziale. Il termine di cui al primo periodo non si applica se la domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza è proposta all'esito della composizione negoziata, entro sessanta giorni dalla comunicazione di cui all'articolo 17, comma 8.

Art. 41 sul procedimento: già esaminato in precedenza.

Art. 50 sul reclamo contro il decreto che rigetta la domanda di apertura della L.G.

Il tribunale, se respinge la domanda di apertura della liquidazione giudiziale, provvede con decreto motivato. Il decreto, a cura del cancelliere, è comunicato alle parti e, quando è stata disposta la pubblicità della domanda, iscritto nel registro delle imprese.

Entro trenta giorni dalla comunicazione, il ricorrente o il P.M. possono proporre reclamo contro il decreto alla Corte d'Appello che, sentite le parti, provvede in camera di consiglio con decreto motivato. Si applicano le disposizioni di cui agli articoli 737 e 738 del codice di procedura civile.

Nello stesso giudizio, il debitore deve chiedere la condanna del creditore istante alla rifusione delle spese ovvero al risarcimento del danno per responsabilità aggravata ai sensi dell'articolo 96 c.p.c..

Il decreto della Corte d'Appello che rigetta il reclamo non è ricorribile per cassazione, è comunicato dalla cancelleria alle parti del procedimento in via telematica, ed è iscritto immediatamente nel registro delle imprese nel caso di pubblicità della domanda.

In caso di accoglimento del reclamo, la Corte d'Appello dichiara aperta la L.G. con sentenza e rimette gli atti al Tribunale, che adotta, con decreto, i provvedimenti di cui all'articolo 49, comma 3. La sentenza della corte di appello e il decreto del tribunale sono iscritti nel registro delle imprese su richiesta del cancelliere del tribunale.

Contro la sentenza può essere proposto ricorso per cassazione.

Avv. Marco Alfonso Terenghi
Via P.R. Giuliani n. 10 – 20900 Monza
Via Archimede n. 94 – 20129 Milano
Tel. +39 039367367
e-mail avvocato.marco.terenghi@gmail.com

Art. 51 sul reclamo contro il decreto che rigetta la domanda di apertura della L.G.

Il reclamo ricalca in modo significativo la disciplina di cui all'art. 18 Legge Fallimentare, e viene espressamente esteso quale rimedio contro la sentenza che pronuncia sull'omologazione del C.P., del PRO e degli ADR..

Di rilievo il comma 15 in ordine alla condanna alle spese di giudizio.

(Marco Alfonso Terenghi)