

NUMERO 3 - 2015

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA

GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

STEFANIA PACCHI

La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza
anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE 848/2015



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	430
---	-----

LUIGI ROVELLI

<i>Un primo inquadramento sistematico sul tema della responsabilità civile dei magistrati.</i>	433
--	-----

GIOVANNI AMOROSO

<i>Sul bilanciamento tra responsabilità civile dei giudici e garanzie costituzionali della giurisdizione: dubbi di legittimità costituzionale dell'eliminazione del filtro di ammissibilità della domanda risarcitoria</i>	455
--	-----

GIOVANNI DORIA

<i>Il contratto tra post-modernità e tradizione</i>	485
---	-----

ANGELO FEDERICO

<i>L'interesse alla trascrizione e la pubblicità dell'atto di destinazione</i>	515
--	-----

STEFANIA PACCHI

<i>La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE 848/2015</i>	537
--	-----

FILIPPO SARTORI

<i>Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti: a proposito del diritto al credito</i>	569
---	-----

PAOLOEFISIO CORRIAS

<i>Le aree di interferenza delle attività bancaria e assicurativa tra tutela dell'utente e esigenze di armonizzazione del mercato finanziario</i>	617
---	-----

RICCARDO CAMPIONE

<i>Il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti tra (preminente) interesse del minore e principio di intangibilità delle competenze «forti»</i>	641
--	-----

La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE 848/2015

Il saggio si propone di esaminare criticamente la Raccomandazione della Commissione Europea del 12 marzo 2014 su “Un nuovo approccio al fallimento e all’insolvenza”. Il soggetto principale della Raccomandazione è il trattamento giuridico delle imprese in crisi ma vitali. L’obiettivo è di assicurare che tutti gli Stati membri dispongano di una procedura che permetta a tali imprese di ristrutturarsi in una fase iniziale, al fine di evitare fallimento. Il saggio si concentra sugli elementi della Raccomandazione che consentono la ristrutturazione. L’autore sintetizza anche i punti principali del recente Regolamento comunitario dell’insolvenza n. 858/2015.

This paper aims to examine the European Commission Recommendation of 12 March 2014 on “A new approach to business failure and insolvency”. The subject is the legal treatment of distressed but viable businesses. Its objective is to ensure that all Member States have in place a procedure that enables such businesses to “restructure at an early stage with a view to preventing their insolvency”. This article focuses on the restructuring components of the Recommendation. The author also summarizes the main points covered by the recent EU Regulation 858/2015 on insolvency Proceedings.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Verso una presa di coscienza da parte dell'Unione Europea. – 3. La proposta di modifica del Regolamento Comunitario 1346/2000. – 4. Il Regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 relativo alle procedure d'insolvenza. – 5. La Raccomandazione del 12 marzo 2014: i presupposti – 6. La protezione delle negoziazioni. – 7. Il piano e l'omologazione. – 8. La liberazione dai debiti residui per la seconda opportunità. – 9. Conclusioni.

1. - Premessa.

La crisi, che sta dominando l'economia del mondo occidentale e dei Paesi storici dell'Unione Europea ¹, spinge gli Ordinamenti a rivedere di continuo le regole per affrontarla e risolverla, anche perché, come è stato evidenziato «la domanda di qualità della regolazione si acuisce in tempo di crisi» e «la riforma della regolazione diventa per questo urgente» ².

Così dai primi anni del duemila più o meno a tutte le latitudini si sono avute profonde e frenetiche modificazioni nella legge fallimentare ³ che ha subito un rovesciamento di prospettiva e quindi della sua storica funzione. Il fenomeno è stato efficacemente descritto come un'evoluzione «*from a law of morality to a law of continuity*» ⁴.

Nella misura in cui la crisi non è più ritenuta una sconfitta bensì un'opportunità per apprendere dagli errori, per migliorare e per crescere ⁵, la

¹ AA.VV., *The restructuring Review*, 5^a ed., London, 2012, VII (consultabile in www.blg.com/): «*The past year has been dominated by uncertainty caused by the economic and sovereign debt crisis in the eurozone, which appears to have had a profoundly unsettling effect on the global economy*».

² U. MORERA-N. RANGONE, *Sistema regolatorio e crisi economica*, in *An. giur. econ.*, 2013, 384, nota 4, riprendendo la Comunicazione della Commissione Europea sulla *Smart regulation in European Union*, del 2010.

³ In www.doingbusiness.org/data/exploretopics/resolving-insolvency/reforms, leggiamo che: «*In the past 5 years Doing Business recorded 92 insolvency reforms in 62 economies. These reforms have different purposes and objectives and can be classified into 2 categories: foundational and evolutionary. Foundational reforms create an insolvency framework or establish new insolvency procedures and usually require legislative action. Evolutionary reforms improve existing procedures by strengthening the legal framework or the institutions applying it, to achieve the most economically efficient outcomes*».

⁴ B. WESSELS, *Europe deserves a new approach to insolvency proceedings*, in *European Company law*, 2007, vol. 4, issue 6, 253.

⁵ Nel documento «*Entrepreneurship 2020 action plan*» COM(2012)795 della Commissione Europea (in www.eur-lex.europa.eu) leggiamo che «*“second starters” are more successful and survive longer than average start-ups; they grow faster and employ more workers. Thus, a failure in entrepreneurship should not result in a “life sentence” prohibiting any future entrepreneurial activity but should be seen as an opportunity for learning and improving – a viewpoint that we already today fully accept as the basis of progress in scientific research*». Ugualmente in un comunicato stampa della

liquidazione disgregativa, infatti, ha ceduto la supremazia ad operazioni sul patrimonio e sull'impresa finalizzate alla continuità⁶.

Il suddetto rinnovamento consente di passare da un'azione basata sul «metodo autoptico» (autopsia *post mortem*) a una basata sul «*real time action*»⁷. Si tratta della transizione da una passiva accettazione delle cause dell'insolvenza, con autoritario smembramento del patrimonio per ripartire il ricavato delle vendite dei singoli *assets* tra i creditori, ad immediati interventi sull'azienda e sull'impresa, negoziati e autogestiti, per conservare il valore dei complessi produttivi in funzione di una loro ristrutturazione o di una cessione.

In questo processo, che impone e suppone l'esistenza di supporti esterni all'impresa, non potevano, infatti, rimanere estranei i creditori. Costoro, per gli interessi che hanno nel mercato e, spesso, nello stesso settore di attività, non potevano permanere nel ruolo di meri antagonisti sia del debitore che di ogni altro soggetto che vantasse una pretesa creditoria, dovendo piuttosto assumere una posizione di interlocutore nel tavolo della crisi.

Così oggi la trama degli Ordinamenti concorsuali – ispirati anche alla Guida Legislativa di Uncitral del 2004⁸ – è per lo più intessuta con «il filo»

Commissione Europea del 12 dicembre 2012, (in www.europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1354_it.htm) si legge che: «Le situazioni d'insolvenza sono eventi fisiologici in un'economia dinamica e moderna. Circa la metà delle imprese ha una durata di vita inferiore a cinque anni, mentre sono circa 200.000 le imprese che falliscono ogni anno nell'UE, ovvero quasi 600 società al giorno; un quarto di questi fallimenti presenta un elemento transfrontaliero. Ma i fatti dimostrano che gli imprenditori che falliscono imparano dai loro errori e hanno in genere più successo la seconda volta: il 18% di quelli che proseguono l'attività con successo hanno fallito al loro primo tentativo. È pertanto cruciale disporre di leggi moderne e procedure efficienti per aiutare le imprese che hanno basi economiche sufficientemente robuste a superare difficoltà finanziarie e ad approfittare di una "seconda opportunità". Entrambi i documenti muovono dallo studio di E. STAM-D. AUDRETSCH-J. MELJAARD, *Renasant entrepreneurship, entrepreneurial preferences subsequent to firm exit*, in www.indiana.edu.

⁶ «For a company in economic and financial difficulty, a formal insolvency proceeding is a powerful corporate restructuring tool, while an arrangement with creditors is one of its key instruments» (A. FERNÁNDEZ-B. GARCÍA-ALAMÁN-A. THIERY-J. VERDUGO, in AA.VV., *The restructuring Review*, 6ª ed., London, 2013, 329, consultabile in www.garrigues.com).

⁷ Cfr. B. WESSELS, *Europe deserves a new approach to Insolvency Proceedings*, in 4 *Europe Company Law*, 2007, 253 ss., ivi 255.

⁸ Nell'intento di promuovere la stabilità e la crescita economica additava ai vari Legislatori il percorso: «*Laws and institutions should promote restructuring of viable business and efficient closure and transfer of assets of failed businesses, facilitate the provision of finance for start-up and reorganization of businesses and enable assessment of credit risk, both domestically and internationally*» (p. 10).

dell'accordo, modello negoziale del quale ogni Legislatore cerca, ormai spasmodicamente, di ottimizzarne l'utilizzazione. Gli Ordinamenti, non più assisi tutti su uno statico modello concorsuale liquidativo-satisfattivo, hanno iniziato tra loro una gara.

La concorrenza si è manifestata nell'incessante creazione e affinamento di strumenti agili, flessibili e, soprattutto, preventivi, caratterizzati dal mantenimento della gestione nelle mani del debitore, da un intervento ridotto del giudice, idonei a far proseguire le attività, a preservare le entità economiche, a proteggere i contribuenti e i lavoratori dalle ripercussioni della crisi ⁹, assicurando nel contempo una seconda *chances* ¹⁰ attraverso una condizionata liberazione dai debiti residui.

Due sono le istanze che ogni Ordinamento considera prioritarie: quella della tempestività e quella del "*debtor in possession*". La prima è legata alla convinzione, radicata da tempo, che il successo di uno strumento di composizione della crisi dipenda da un suo utilizzo «precoce».

La seconda ("*debtor in possession*") vuole assicurare la permanenza dell'imprenditore, se pur "vigilato", evitando che la gestione dell'impresa venga affidata a un terzo, necessariamente privo della conoscenza "storica" dell'andamento pregresso e delle possibili evoluzioni future. È per il perseguimento di tali istanze che sono stati creati e via via raffinati, gli strumenti concorsuali preventivi anche da parte di paesi, come l'Italia, che non hanno recepito il seducente richiamo dei sistemi di allerta e prevenzione, tipici dell'Ordinamento francese.

Uno studio condotto dall'Università di Heidelberg ha rivelato che quasi due terzi degli Stati dell'Unione Europea prevedono procedure di pre-insolvenza o procedure ibride (che non producono lo spossessamento del debitore) dirette a conservare l'impresa e i posti di lavoro. In ogni modo gli Ordinamenti rivelano una resilienza – come capacità di persistere nel perseguire obiettivi sfidanti – rispetto alle esigenze dell'attuale economia. Ciò è segno di un'evoluzione raggiunta negli ultimi dieci anni dagli ordinamenti concorsuali dell'Unione Europea, che, peraltro, non è stata senza

⁹ Così in un Rapporto del 2011 del Parlamento Europeo (*Rapport contenant des recommandations à la Commission sur le procédures d'insolvabilité dans le cadre du droit européen de sociétés*, 17 ottobre 2011, A7-0355/2011, p. 4, lett. H).

¹⁰ E. STAM-D.B. AUDRETSCH-J. MEJJAARD, *Renascent Entrepreneurship*, Rotterdam, 2006.

conseguenze mettendo in luce l'inadeguatezza del Regolamento comunitario 1346/2000 sulle procedure d'insolvenza ¹¹ e la conseguente urgenza di un suo aggiornamento i cui lavori sono iniziati nel 2010, nell'ambito del programma "Giustizia per la crescita", enunciato nell'*Action Plan*. È del 20 maggio 2015 il nuovo Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle procedure di insolvenza ¹², che sostituisce quello attualmente vigente n. 1346/2000 e che si applicherà, (artt. 84 e 92) alle procedure di insolvenza aperte a partire dal 26 giugno 2017 ¹³.

Se il cammino ha avuto una direzione comune – verso strumenti o procedure negoziali – ancora manca tuttavia una uniformità tra i diritti concorsuali dei vari Paesi dell'Unione Europea. Fino ad oggi l'unica armonizzazione raggiunta, peraltro parzialmente, si registra in ambito processuale, attraverso il regolamento di insolvenza transfrontaliera (Regolamento CE n. 1346/2000 del Consiglio d'Europa oggetto di refusione da parte del

¹¹ Questa evoluzione ha messo in luce lo scollamento con il Regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure d'insolvenza a causa, in particolare, della mancata previsione, tra le procedure concorsuali giudiziarie o amministrative, delle procedure provvisorie (*interim proceedings*) «disciplinate dalle norme in materia d'insolvenza o di ristrutturazione del debito, nelle quali alternativamente o il debitore è totalmente o parzialmente spossessato del suo patrimonio ed è nominato un liquidatore ovvero i beni e gli affari del debitore sono soggetti al controllo o alla sorveglianza del giudice» (L. PANZANI, *Il progetto della Commissione Europea di riforma del regolamento 1346/2000*, in *www.ilfallimentarista.it*, 24 aprile 2013, 2). Attualmente in 15 Stati membri dell'Unione vigono procedure di preinsolvenza o procedure ibride non elencate nel regolamento (allegato A). Da tale assenza ne discende che gli effetti prodotti da queste procedure non sono riconosciuti all'interno dell'Europa, per cui i creditori che contestano tali procedure possono aggredire beni del debitore che si trovano in altro Stato dell'Unione, pregiudicando in tal modo le possibilità di riuscita della procedura (sul punto, in senso contrario e a favore per ricomprendere anche il concordato tra le procedure d'insolvenza elencate nell'attuale testo del regolamento 1346/2000, C.P. D'ARIELLO, *Il concordato «con riserva» alla prova del regolamento CE n. 1346/2000*, in *Dir. fall.*, 2014, I, 756). A ciò si aggiunge che la mancanza di riconoscimento delle procedure, induce le parti a non avvalersene. Al di là di tale carenza del regolamento, la pratica aveva rilevato anche incertezze applicative rispetto sia a procedure d'insolvenza non elencate ma aventi comunque i requisiti previsti dalla definizione del regolamento, sia a procedure elencate ma non rispondenti a quella definizione. In sostanza il proliferare di procedure (anche d'insolvenza) insieme alla frequente loro riformulazione hanno reso l'elencazione e le definizioni contenute nel Regolamento non più adeguate. Per questi motivi è emersa l'urgenza per aiutare le imprese solide, ma in difficoltà finanziarie, a resistere piuttosto che a essere liquidate – come il Vicepresidente e Commissario Europeo per la Giustizia Viviane Reding ha sottolineato – di aggiornare il Regolamento Comunitario che, peraltro, così come attualmente formulato, presentava problemi applicativi per quanto riguarda il *forum shopping*, o derivanti dalla mancanza di un sistema pubblicitario centralizzato o di una disciplina dei gruppi multinazionali di imprese.

¹² Pubblicato il 5 giugno 2015 nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea L 141.

¹³ Le procedure aperte prima di tale data restano sottoposte al regolamento n. 1346/2000.

Regolamento del 20 maggio 2015, n. 848) che regola questioni di competenza, riconoscimento, esecuzione, legislazione applicabile e cooperazione nei procedimenti transfrontalieri di insolvenza.

L'assenza di armonizzazione nel diritto sostanziale dell'insolvenza fa sì che esistano differenze tra i distinti diritti concorsuali europei, nel modo di regolare i meccanismi che permettano al debitore di superare o almeno minimizzare gli effetti dell'incapacità di adempiere le obbligazioni, il che, in un contesto di crisi economica come l'attuale, può costituire un incentivo al *forum shopping* con debitori che emigrano, in particolare le persone giuridiche, verso modelli normativi europei che siano più favorevoli ai loro interessi. La situazione si riflette sul tasso di recupero dei crediti transfrontalieri, sulle decisioni di investimento, sulla ristrutturazione dei gruppi sparsi nei differenti Paesi.

2. - Verso una presa di coscienza da parte dell'Unione Europea.

Soltanto negli ultimi anni l'Unione Europea pare aver preso coscienza della situazione ponendo mano all'opera, da una parte (come è già stato detto) di riforma del Regolamento comunitario n. 1346 del 2000 e dall'altra spingendo – senza tuttavia emanare una direttiva – verso l'armonizzazione delle leggi concorsuali.

I primi passi importanti sono stati la Risoluzione del Parlamento europeo del 15 novembre 2011 – con raccomandazioni alla Commissione sul procedimento di insolvenza nell'ambito del diritto europeo delle società per armonizzare aspetti specifici delle legislazioni nazionali, inclusi gli effetti e il contenuto dei piani di ristrutturazione – e la comunicazione del 3 ottobre 2011 sull'Atto del Mercato unico II ¹⁴ con la quale la Commissione, con l'obiettivo di promuovere la mobilità transfrontaliera dei cittadini e delle imprese, ha iniziato la modernizzazione delle norme di insolvenza dell'Unione Europea per facilitare la sopravvivenza delle imprese e offrire una seconda opportunità agli imprenditori.

Emerge l'impulso comunitario alla creazione di un diritto fallimentare moderno «che consenta alle imprese fondamentalmente sane di sopravvi-

¹⁴ COM(2012)573 final.

vere, che incoraggi gli imprenditori a prendere rischi ragionevoli e che permetta ai creditori di concedere prestiti a condizioni più favorevoli»¹⁵. Iniziato questo sentiero la Commissione non si ferma e il 12 dicembre 2012¹⁶ emana un'altra comunicazione¹⁷ «*A new European approach to business failure and insolvency*» dove, oltre a ripetere la propria convinzione in ordine alla necessità di uniformare il diritto dell'insolvenza perché «*The creation of a level playing field of national insolvency laws should lead to greater confidence in the systems of other Member States for companies, entrepreneurs and private individuals willing to operate in the internal market. Efficient insolvency rules also improve access to credit, which encourages investment*»¹⁸.

La specificazione dei concreti obiettivi è stata realizzata dalla Commissione con il piano di azione sulla imprenditorialità 2020 adottato il 9 gennaio 2013 dove gli Stati membri sono stati invitati, in primo luogo a ridurre entro il 2013, a un massimo di tre anni il tempo per concedere la *discharge* agli imprenditori onesti falliti. In secondo luogo gli Stati dovranno offrire strumenti di supporto, in particolare alle piccole e medie imprese, per consentire loro una ristrutturazione precoce evitando il fallimento.

543

Le medesime raccomandazioni di armonizzare le legislazioni in materia di insolvenza, rimuovendo le barriere ai flussi di capitale all'interno dell'Unione Europea, giungevano sia dall'Organizzazione per la cooperazione economica e lo sviluppo (OCSE) nella *Economic Review for European Union* del 2014¹⁹; sia da un gruppo di alti specialisti sulle piccole medie

¹⁵ Così si esprime l'azione chiave 7 dell'Atto per il mercato unico II «*Insieme per una nuova crescita*» che può leggersi in www.ec.europa.eu/internal_market/smact/docs/single-market-act2_it.pdf.

¹⁶ Risale a questa medesima data l'approvazione da parte della Commissione europea della proposta di modificazione del regolamento comunitario n. 1346 del 2000.

¹⁷ Precisamente la Commissione nel dicembre 2012 presentava un pacchetto di misure per modernizzare le norme sull'insolvenza (IP/12/1354, MEMO/12/969). Il 5 febbraio 2014, il Parlamento europeo ha votato a favore della proposta della Commissione, che «*deve ora essere approvata dai ministri in sede di Consiglio perché diventi legge*» (MEMO/14/88).

¹⁸ La creazione di condizioni di parità delle leggi nazionali di insolvenza dovrebbe portare ad una maggiore fiducia nei sistemi di altri Stati membri per le aziende.

¹⁹ OCSE ha più volte sottolineato che le differenze tra le leggi fallimentari dei diversi Stati creano costi aggiuntivi per gli investitori stranieri per dover valutare il rischio correttamente e per ciò ha più volte invitato l'Unione Europea ad affrontare questo problema mediante direttive o orientamenti comuni (v. pp. 25-26 della Rivista). Già in *Studi economici dell'OCSE. Italia 2003*, OECD, 2003, 151; e da ultimo in *Going for growth 2015*.

imprese e sulla *Infrastructure financing*²⁰, sia dall'*Association for financial market in Europe*²¹.

Intanto proseguendo con l'elaborazione del nuovo Regolamento comunitario sull'insolvenza, la Commissione aveva promosso una consultazione pubblica su un nuovo approccio europeo della durata di tre mesi (5 luglio-11 ottobre 2013) sull'impatto del regolamento durante la sua vigenza e sulle possibili soluzioni, avvalendosi anche di una serie di studi²².

3. - La proposta di modifica del Regolamento Comunitario 1346/2000.

La prima proposta di revisione del Regolamento comunitario 1346/2000 veniva presentata dalla Commissione nel dicembre 2012 (17883/12) e si incentrava fondamentalmente su alcuni punti la cui importanza era stata evidenziata da un *Impact assessment* che, confermando l'efficacia del Regolamento come strumento facilitatore, all'interno dell'Unione, dei procedimenti di insolvenza transfrontalieri, nel medesimo tempo ne rilevava però, alla luce dei casi specifici e degli strumenti ivi elencati, una serie di carenze disciplinari²³. L'approvazione del nuovo Regolamento che fa seguito alla proposta della Commissione del 12 dicembre 2012 [COM (2012) 744 def.], insieme alle soluzioni giurisprudenziali intervenute nel corso dei tredici anni di vigenza del regolamento 1346, è quindi da considerare la matrice del nuovo Regolamento 848/2015.

I punti sui quali veniva portata l'attenzione possono essere così sintetizzati:

²⁰ «*Finance for Growth – Report of the High Level Expert Group on SME and Infrastructure Financing*», 11 dicembre 2013, 13-16, che si può leggere in www.europa.eu/efc/working_groups/hleg_2013_en.htm.

²¹ «*Unlocking funding for European investment and growth – An industry survey of obstacles in the European funding markets and potential solutions*», Association for financial markets in Europe, 2013, in www.afme.eu/unlocking-funding-for-European-investment-and-growth.

²² *Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices*, INSOL Europe, 2015; *Fostering a rescue culture in the EU: preventive corporate restructuring procedures and second chance for entrepreneurs*, DG ECFIN, 2014; *A second chance for entrepreneurs*, Final Report of an Expert Group, DG ENTR.

²³ *Impact assessment Accompanying the Revision of regulation (EC) No. 1346/2000 on Insolvency Proceedings*, 12 dicembre 2012, SWD (2012) 416 Final. Sull'invito verso l'utilizzo di *impact assessment*, *stakeholder consultation* e *evaluation* rivolto dalla Commissione agli Stati membri, U. MORERA-N. RANGONE, *Sistema regolatorio e crisi economica*, cit., 386 nota 10.

1) la necessità di introdurre, accanto alle procedure d'insolvenza che comportano lo spossessamento del debitore, le c.d. procedure ibride e quelle preventive ²⁴. Si assiste al superamento dell'unico presupposto dell'insolvenza che rendeva difficile se non impossibile prevedere soluzioni conservative e che produceva inevitabilmente lo spossessamento del debitore con dispersione di quelle conoscenze dell'impresa che soltanto lo stesso imprenditore possiede. Una volta che l'obiettivo è quello di favorire la conservazione del complesso aziendale, devono essere assicurati interventi tempestivi da assumersi quando l'impresa inizia a mostrare segnali di pericolo di insolvenza senza tuttavia versare in tale stato ²⁵;

2) la precisazione del COMI (*Debtor's center of main interests*) per agevolarne la individuazione e per evitare il c.d. forum shopping a fini elusivi. La proposta, recependo la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea elaborata nei casi Eurofood, Interedil e Rastelli, prevede (art. 3, comma 1) che «il centro degli interessi principali è il luogo in cui il debitore esercita la gestione dei propri interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi». Per le persone giuridiche e per le società si presume, fino a prova contraria, che il COMI coincida con il luogo in cui si trova la sede statutaria. Tale presunzione è tuttavia superabile dal giudice nazionale sulla scorta di una valutazione globale di tutti gli elementi rilevanti e tenendo conto della riconoscibilità da parte dei terzi del luogo in cui si trova «il centro effettivo

²⁴ Nel documento sul quale vi è stato l'accordo politico tra Parlamento Europeo e Consiglio si legge che: «*The scope of this Regulation should extend to proceedings which promote the rescue of economically viable but distressed businesses and give a second chance to entrepreneurs. It should notably extend to proceedings which provide for the restructuring of a debtor at a stage where there is only a likelihood of insolvency and proceedings which leave the debtor fully or partially in control of his assets and affairs. It should also extend to proceedings providing for a debt discharge or a debt adjustment of consumers and self-employed persons, for example by reducing the amount to be paid by the debtor or by extending the payment period granted to him*». Ma non solo, perché, sulla scia della più recente acquisizione della legislazione italiana che comunque si è mossa sulla falsariga di quella Statunitense, «*This Regulation should also apply to procedures which grant a temporary moratorium on enforcement actions brought by individual creditors where such actions may adversely affect negotiations and hamper the prospects of a restructuring of the debtor's business. Such procedures should not be detrimental to the general body of creditors and should be preliminary to other procedures covered by the scope of this Regulation if no agreement on a restructuring plan can be reached*».

²⁵ Con ciò discostandosi dall'impostazione del Bankruptcy Code assiso sull'unitaria procedura di insolvenza, sul punto cfr. P. FAZZINI-M.M. WINKLER, *La proposta di modifica del regolamento sulle procedure d'insolvenza*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2013, 141 ss., ivi 145.

di direzione e controllo della società stessa, nonchè della gestione dei suoi interessi».

La proposta indica anche che, per le persone fisiche svolgenti attività d'impresa, il COMI coincide con il luogo in cui si trova la sede effettiva dell'attività mentre per le altre persone fisiche, con il luogo di residenza;

3) la ristrutturazione della procedura secondaria – che attualmente ha natura territoriale ed «è obbligatoriamente una procedura di liquidazione» (art. 3, comma 3) – come procedura risanatoria coordinandola con le altre procedure instaurate e ponendo un sistema di cooperazione tra organi;

4) l'introduzione di una disciplina dei gruppi multinazionali di imprese.

La *Roadmap* della riforma del Regolamento comunitario era, dunque, tracciata verso alcuni obiettivi che si ricollegano al mutamento di impostazione che il diritto delle crisi ha subito negli ultimi dieci anni. In particolare, la realizzazione di una ristrutturazione d'impresa, quando questa opera in diversi Stati, impone coordinamento delle procedure, informazione in tempo reale (attraverso l'istituzione di registri Elettronici interconnessi), valorizzazione dell'autonomia privata promuovendo tra tutti coloro che collaborano nella realizzazione dell'obiettivo, *best practices* e *insolvency protocols*. La revisione del Regolamento puntava a dare una migliore risposta alla crisi economica e finanziaria creando un quadro normativo di favore per le imprese, prevedendo misure di conservazione e ristrutturazione delle attività in crisi o insolventi²⁶, rendendo più efficienti

²⁶ «Il passaggio odierno rappresenta un momento importante della nostra strategia di “giustizia per la crescita”», ha commentato il guardasigilli Andrea Orlando, Presidente di turno del Consiglio dei Ministri della Giustizia UE. «È un risultato da sottolineare in un contesto di crisi economica quale quello che stiamo attraversando. La tutela delle imprese e dei creditori potrà trovare una realizzazione entro un quadro che avrà come stella polare non più il fallimento dell'imprenditore in crisi ma, al contrario, la sua salvezza e l'opportunità di riavvio dell'attività. Per la Presidenza italiana si tratta di un dossier prioritario e ci impegneremo al massimo nei negoziati con il Parlamento Europeo, con l'obiettivo di raggiungere un'intesa su tutto il testo entro dicembre». Sul varo della riforma di questo regolamento entro il dicembre 2014 era stato conseguito, lo scorso 10 ottobre 2014, un accordo tra i Ministri dell'UE. In quella data il Consiglio dei Ministri della Giustizia dell'Unione Europea, sotto la Presidenza italiana, aveva raggiunto l'accordo politico sulla parte finale del nuovo regolamento sulle procedure di insolvenza transfrontaliere. Il Consiglio è pervenuto ad un orientamento generale in merito alla proposta di regolamento che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio relativo alle procedure d'insolvenza (10284/14). I considerando ancora in sospeso e gli allegati saranno discussi ulteriormente a livello tecnico. Tale orientamento generale servirà da base per i negoziati con il Parlamento europeo in vista di un accordo sul testo finale del regolamento. Il 4 dicembre 2014 il Consiglio giustizia e affari interni ha approvato un

ed efficaci le procedure d'insolvenza transfrontaliere al fine di assicurare il buon funzionamento del mercato interno nonché la sua resilienza in tempi di crisi economica e assicurando infine una coerenza con l'evoluzione delle legislazioni nazionali in materia di insolvenza introdotte dopo l'entrata in vigore, nel 2002, del regolamento 1346/2000.

Questo obiettivo è in linea con le attuali priorità politiche dell'Unione europea, – promuovere la ripresa economica e la crescita sostenibile, un tasso di investimento più elevato e la conservazione dei posti di lavoro – quali definite dalla strategia Europa 2020, nonché garantire lo sviluppo armonioso e la sopravvivenza delle imprese, come enunciato nello *Small Business Act 2*.

I punti sinteticamente rammentati sono quelli nei quali si è sviluppata la Riforma del Regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza. In questo scritto, dedicato prevalentemente alla Raccomandazione della Commissione Europea, diamo conto esclusivamente dei principi attinenti ai presupposti così come risultano dall'ultimo approdo del legislatore comunitario.

4. - Il Regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 relativo alle procedure d'insolvenza.

Da una lettura del Regolamento 848/2015, e nei limiti di quanto interessa per comprendere la posizione comunitaria sul tema delle procedure volte a risolvere le crisi d'impresa, osserviamo innanzi tutto che se l'intitolazione del nuovo Regolamento riproduce esattamente quella del suo antecedente (il Regolamento 1346/2000), il suo contenuto si allontana fin dalle prime «battute» da quel tracciato normativo. Ciò avviene per quanto riguarda sia il presupposto oggettivo – non occorre attendere l'insolvenza per adottare una soluzione efficace – sia la tipologia dei procedimenti e delle procedure in esso incluse.

Tra i diversi *input* alla revisione del Regolamento uno che balza immedia-

accordo politico raggiunto con il Parlamento europeo sulle nuove norme UE in materia alle procedure di insolvenza (il testo sortito dall'accordo si legge nel doc. n. 15414/14-ADD1 del registro dei documenti del Consiglio). Tale accordo prelude alla conclusione in tempi brevi dell'iter legislativo della proposta presentata dalla Commissione del 2014.

tamente agli occhi del lettore è quello che ha come obiettivo quello di contrastare il *Forum shopping* che, in una dimensione sovranazionale, non solo può corrispondere alla ricerca di legislazioni della crisi e di prassi applicative più favorevoli al debitore, ma anche essere guidato da tentativi di imboscare beni onde sottrarli alla garanzia di creditori.

Su questa linea assistiamo al necessario ampliamento tipologico delle procedure comprese nel Regolamento ²⁷: oltre al fallimento sono comprese tutte le procedure d'insolvenza (concordatarie e affini) elencate nell'allegato A «indipendentemente dal fatto che il debitore sia una persona fisica o giuridica, un professionista o un privato». Ne discende che l'appartenenza di una procedura (aperta in uno Stato dell'UE) all'elencazione di cui all'allegato A ²⁸, esime il giudice di altro Stato membro dall'accertamento di ulteriori requisiti.

Il *target* delle procedure considerate dal Legislatore comunitario è rappresentato da quelle aventi funzione conservativa «dell'organizzazione esistente». Mi pare, infatti, importante sottolineare che ai sensi del 10° considerando si fa enfasi essenzialmente sulla «ristrutturazione del debitore» – di qualunque debitore sia esso o meno imprenditore – intrapresa *a)* a fronte di una vitalità economica dell'impresa. Il regolamento parla di «salvataggio» ma forse, più propriamente, avrebbe dovuto utilizzare il meno «inquietante» vocabolo «conservazione»; *b)* fin da quando esista soltanto una probabilità d'insolvenza; *c)* con mantenimento del controllo totale o parziale del patrimonio e dell'impresa da parte del debitore e, per conseguenza, senza necessariamente dover ricorrere alla nomina di un amministratore giudiziario sempre che – e questa è condizione perchè lo strumento rientri nel perimetro disciplinare del Regolamento – vi sia il

²⁷ Possiamo osservare che il Regolamento 848/2015 è più articolato rispetto al precedente, constando di 89 considerando e di 82 articoli.

²⁸ Di conseguenza nel nuovo allegato A risultano inserite, per l'Italia, oltre alle procedure già previste nell'allegato A al precedente regolamento (fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria), gli accordi di ristrutturazione, le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento del consumatore (accordo o piano) e la liquidazione dei beni. Continuano invece a rimanere escluse dall'ambito di applicazione del regolamento comunitario sia le procedure disciplinate dal diritto societario generale, non destinate esclusivamente alle situazioni di insolvenza, che le procedure d'insolvenza relative alle imprese assicuratrici, gli enti creditizi, le imprese d'investimento cui si applica la Direttiva 2001/24/CE e gli organismi d'investimento collettivo, che restano dunque assoggettate a una disciplina particolare.

«controllo o sorveglianza del giudice»²⁹; d) utilizzando anche lo strumento della ristrutturazione dei debiti fino a giungere, per il consumatore e il lavoratore autonomo, alla «rimessione del debito o adeguamento del debito».

Nel quadro proposto dal Regolamento 848/2015 vengono poi inserite, accanto alle procedure tese comunque (anche) al soddisfacimento dei creditori, sia pure in un auspicato progetto conservativo, quelle immediatamente funzionali ad ottenere la protezione delle trattative che, comunque, non dovrebbe essere concessa – così almeno lascia supporre la lettera del 11° considerando – quando una «copertura» dalle azioni esecutive possa pregiudicare immediatamente i creditori. Ciò lascia intravedere quel *leit motiv* già accennato nella Raccomandazione della Commissione (14 marzo 2014) di un controllo del giudice sui motivi della richiesta di un termine di protezione, controllo peraltro accentuato nella sede di cui discorriamo nella misura in cui predica l’inserimento del procedimento protetto in alvei procedimentali che «qualora non fosse possibile giungere ad un accordo su un piano di ristrutturazione, dovrebbero essere preliminari ad altre procedure contemplate dal presente regolamento». In pratica il Regolamento sta affermando che la protezione delle trattative, implicando una verifica giudiziale dei presupposti oggettivo e soggettivo, immette il debitore nel “circuito” concorsuale che potrà svilupparsi o in un percorso “autogestito” o in uno “eterogestito”.

Tutte le procedure inserite nell’allegato A del Regolamento sono inoltre caratterizzate dall’essere oggetto di pubblicità³⁰. Pur riconoscendo la

²⁹ Nel pensiero del Legislatore comunitario la differenza tra controllo e sorveglianza sarebbe da ricondursi alla presenza o meno di un’iniziativa di un’impugnativa.

³⁰ Ai sensi dell’art. 1 del Regolamento 848/2015 «Il presente Regolamento si applica a tutte le procedure concorsuali pubbliche, comprese le procedure provvisorie, disciplinate dalle norme in materia d’insolvenza» (...) «a fini di salvataggio, ristrutturazione del debito, riorganizzazione o liquidazione». Uno degli obbiettivi del nuovo Regolamento, quindi, è quello di assicurare una completa informazione e una capillare circolazione delle notizie relative a procedure previste, stati d’insolvenza accertati. A tal fine l’Unione si munisce di un Registro fallimentare europeo nel quale confluiranno le notizie provenienti dai singoli Registri fallimentari. Di conseguenza per le norme in materia di informazione – considerando che in alcuni casi si deve approntare un nuovo strumento – sono previste date diverse per la loro entrata in vigore che entrano in vigore (diversamente dalla restante parte della disciplina la cui entrata in vigore è fissata per il 26 giugno 2017). Si tratta degli artt.: 86 relativo alle informazioni sul diritto fallimentare nazionale e dell’Unione, che si applicherà già dal 26 giugno 2016; 24, paragrafo 1, relativo ai registri fallimentari degli stati membri in cui sono

rilevanza economica dei procedimenti “di carattere riservato”, attesa la loro esistenza “ectoplasmatica”, sono espunti dall’area disciplinare del regolamento (12° e 13° considerando). Tutte le procedure oggetto di pubblicità rientrano inoltre nel perimetro giudiziale, indipendentemente dal fatto che inizino su base volontaria e autogestita ed il provvedimento del giudice intervenga soltanto a sancire la legittimità del percorso privato. È questo il modello dei nostri accordi di ristrutturazione.

Se da un lato l’ampliamento dell’orizzonte concorsuale inclina verso nostalgici ritorni a una presenza invasiva dell’autorità giudiziaria, dall’altro propugna una lettura d’avanguardia che vuole la permanenza entro i binari della concorsualità di quelle procedure – in questo caso il fine (la conservazione o, per dirla con le parole del 14° considerando, «il salvataggio del debitore stesso») deve giustificare il mezzo – che non siano rivolte a tutti i creditori del debitore in crisi bensì soltanto ad una categoria, salvo il soddisfacimento integrale (o regolare?) dei creditori non coinvolti ³¹. In tal caso ben può essere ammissibile una procedura che si rivolga anche soltanto ai creditori finanziari (o ai fornitori ecc.) offrendo (soltanto a loro) una ristrutturazione del debito.

Di contro la procedura che conduca alla liquidazione di tutto il patrimonio o, comunque, alla cessazione dell’attività dovrà rivolgersi a tutta la massa creditoria, questa dovendo essere messa nella condizione di partecipare, a vario titolo, alle operazioni di monetizzazione e di ripartizione del ricavato e, quindi, di controllare, interloquendo con il giudice, lo svolgimento del percorso “eterogestito” della crisi.

Rispetto al presupposto oggettivo il Regolamento pone un duplice *caveat*: da una parte non è procedura di ristrutturazione del debito quella nella quale si libera il debitore/consumatore dai debiti, vista l’inesistenza di una massa attiva e di una prospettiva reddituale, dall’altra non lo è quella che si fonda su difficoltà di natura non finanziaria a meno che questa non comporti «una reale e grave minaccia per la capacità effettiva o futura del

pubblicate informazioni relative alle procedure d’insolvenza, che si applicherà a decorrere dal 26 giugno 2018; e 25 del Regolamento relativo all’interconnessione dei registri fallimentari che si applicherà a partire dal 26 giugno 2019.

³¹ In realtà il Regolamento pone come condizione che «non siano pregiudicati i crediti di quei creditori che non sono coinvolti in tali procedure», lasciando impregiudicate le due opzioni (integrale o regolare).

debitore di pagare i suoi debiti in scadenza». Nel primo caso il Regolamento invita ad assegnare una precisa collocazione a ciascun procedimento, quello per liberare dai debiti costituendo il punto di sbocco di un procedimento liquidativo mentre nel secondo, pur assecondando il favor verso le imprese che attraversino difficoltà momentanee anche non finanziarie, mette in guardia rispetto ad aiuti che lungi dal supporre uno stato di temporanea emergenza nella gestione, si possano convertire in un surrettizio strumento per mantenere in vita imprese decotte con pregiudizio dei creditori. A me pare che il *favor*, già all'inizio evidenziato, per il mantenimento della titolarità dell'impresa, sia comunque perorato non indiscriminatamente bensì soltanto rispetto ad attività economicamente valide.

5. - La Raccomandazione del 12 marzo 2014: i presupposti.

La riforma del Regolamento della Unione europea in materia di procedimenti di insolvenza rappresenta soltanto un primo passo fondamentale per adeguare il diritto concorsuale dell'Unione alle esigenze del secolo 21°. Ulteriore recente espressione della volontà di modernizzare e uniformare il diritto concorsuale dell'Unione è la Raccomandazione della Commissione europea del 12 marzo 2014: «Un nuovo approccio all'insolvenza e al fallimento imprenditoriale»³².

Questa Raccomandazione – pur collocandosi nell'ambito di un approccio di *soft law*, nonostante l'invito rivolto agli Stati Membri a recepire i principi esposti entro il 14 marzo 2015 ed a trasmettere alla Commissione le statistiche annuali sul numero di procedure di ristrutturazione aperte, sulla loro durata e sul loro esito³³ – vorrebbe costituire un passo decisivo

³² Per un commento v. anche: D. BENINCASA, *Una seconda opportunità va concessa (concretamente, quasi) a tutti. La Raccomandazione della Commissione sul nuovo approccio al fallimento*, in www.diritticomparati.it, 23 giugno 2014; U. MACRÌ, *La raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza. Un commento a prima lettura*, in *Fall.*, 2014, 398; G. LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, in *Fall.*, 2014, 734; G. CORNO, *Un altro (significativo) passo avanti a livello comunitario verso l'armonizzazione di alcuni aspetti della normativa in materia di crisi d'impresa. La Raccomandazione della Commissione Europea 12 marzo 2014 e il possibile impatto sulla normativa italiana*, in www.ilfallimentarista.it, 20 giugno 2014; F. DI MARZIO, *Su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza*, in *Giustiziacivile.com*, 28 aprile 2014; V. DE SENSI, *Orientamenti comunitari ed evoluzione della disciplina italiana della crisi di impresa*, in *Riv. dir. fall.*, 2014, I, 798.

³³ D. BENINCASA, *Una seconda opportunità va concessa (concretamente, quasi) a tutti*, cit.

verso la costruzione di un diritto europeo della prevenzione, armonizzato sotto il profilo del diritto sostanziale e non solo processuale ³⁴.

L'intitolazione è fuorviante: la Raccomandazione, infatti lascia, fuori qualsiasi riferimento diretto sia alla procedura liquidativa, quale è il nostro attuale fallimento, sia allo stato d'insolvenza quale presupposto al quale venga dedicata una o più soluzioni concorsuali. Entrambi – fallimento e insolvenza – rimangono dunque sullo sfondo non essendo destinatari di alcuna attenzione, ma essendo evocati soltanto indirettamente come qualcosa da evitare o, quanto meno, da superare velocemente per ritornare nel mercato. Da una parte l'insolvenza è lo stato da evitare, dall'altra il fallimento è la procedura per giungere rapidamente all'esdebitazione. Lo slogan iniziale della Raccomandazione potrebbe quindi essere: tempestività, prevenzione, esdebitazione.

Il target è l'impresa commerciale (individuale e societaria) a prescindere dalla sua dimensione con esclusione delle imprese aventi particolare oggetto: le imprese bancarie, assicuratrici, di investimento, gli organismi di investimento collettivo, sono assoggettate ad un particolare statuto della crisi. La Raccomandazione non si occupa del c.d. debitore civile e del suo sovraindebitamento ma ciononostante invita gli Stati membri a valutare la possibilità di applicare anche a tale soggetto i sentieri descritti per risolvere dell'impresa commerciale.

Due sono i sentieri ³⁵ tracciati dalla Raccomandazione: il primo è diretto a rafforzare e uniformare nei vari Ordinamenti le soluzioni contrattuali e preconcorsuali, che permettano una ristrutturazione precoce dell'impresa; il secondo sentiero conduce ai meccanismi di seconda opportunità ³⁶.

Per quanto riguarda il primo sentiero – rendere prevalenti le soluzioni contrattuali di carattere preconcorsuale, che permettano la ristruttura-

³⁴ U. MACRÌ, *La raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza*, cit., 398; G. LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, cit., 734.

³⁵ Al considerando n. 1.

³⁶ A differenza della Risoluzione del Parlamento Europeo del 15 novembre 2011 che aveva appuntato l'attenzione in particolare sulle procedure d'insolvenza, la Commissione Europea si è concentrata sulla prevenzione. Sul punto G. LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, cit., 733; F. DI MARZIO, *Su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza*, cit., 1.

zione dell'impresa – la Raccomandazione puntualizza immediatamente le condizioni basilari per la loro adozione: che *a*) si tratti di imprese sane con difficoltà finanziarie; che *b*) esista il pericolo (di) ma non vi sia ancora insolvenza ³⁷.

Quello del presupposto oggettivo individuato nelle difficoltà finanziarie costituisce il primo cardine della Raccomandazione.

La Commissione Europea non adotta formule onnicomprensive, come quella di stato di crisi, né perimetra la situazione di difficoltà finanziaria. È escluso in radice che l'intervento possa avvenire sia quando manchi qualunque elemento premonitore, sia quando ci sia insolvenza in atto o già aggravata in dissesto.

L'impostazione assunta dalla Commissione Europea è fortemente riduttiva là dove adotta quale presupposto oggettivo soltanto una possibile manifestazione della crisi: la difficoltà finanziaria, escludendo dall'accesso alle procedure preventive le imprese che versino in difficoltà economiche o di tipo industriale ³⁸.

Diversa può essere, infatti, la causa di una crisi così come diverso può essere il settore in cui si manifesta. La crisi è un fenomeno economico a fattori variabili: può essere esogena o endogena, a seconda che la sua matrice possa essere rinvenuta principalmente all'esterno (nel sistema d'impresa, nella contingenza politico-economica nazionale o anche internazionale, ecc.) o all'esterno dell'impresa; può essere finanziaria o economica a seconda che sveli una problematica relativa soltanto ai rapporti di debito-credito o, invece, investa la stessa collocazione dell'impresa sul mercato; può essere, infine, reversibile o irreversibile, a seconda della prognosi che può essere formulata, una volta compiuta l'analisi sulla situazione economica e su quella finanziaria dell'organismo produttivo.

³⁷ La questione è connessa con le misure di allerta e prevenzione che possiede il sistema francese e che, invece, non possiede l'italiano.

³⁸ Secondo G. LO CASCIO (*Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, cit., 735) l'impostazione della Commissione è, invece, quella alla quale aveva aderito il nostro Riformatore nella prima stesura dell'art. 160 l. fall. poi sovvertita nella pratica applicazione fino a quando è stato introdotto anche lo stato d'insolvenza. In verità, però, anche il §.5 («Definizioni») alla lettera *b*), dove la Commissione definendo ciò che intende per Ristrutturazione, rimanda a interventi sull'attivo e sul passivo, tipici, appunto, di manovre finanziarie. Nel senso del testo, F. DI MARZIO, *Su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza*, cit., 1.

Nella consapevolezza di tale varietà di situazioni che possono essere comprese nel concetto di crisi, il legislatore italiano non l'ha definita facendovi rientrare ³⁹ sia situazioni iniziali e più lievi di difficoltà finanziarie o economiche, sia lo stato d'insolvenza. Per quanto riguarda l'impostazione del nostro ordinamento, probabilmente l'apertura allo stato d'insolvenza ha compromesso, in molti casi, l'efficacia del concordato preventivo ma nel contempo la latitudine del presupposto ha consentito a imprese sia in un situazione finanziaria che economica di utilizzare lo strumento. La limitazione tracciata dalla Commissione Europea, lasciando fuori dall'area degli strumenti preventivi le imprese in crisi industriali, fa pensare così ad un'estensione di fatto dell'area della procedura liquidativa.

Il secondo cardine dell'impostazione della Raccomandazione – strettamente collegato al primo – è rappresentato dalla tempestività. La Commissione ha presente un quadro di ordinamenti nazionali che, pur contemplando strumenti per la ristrutturazione, presentano tra loro differenze di non poco conto o perché rendono possibile la ristrutturazione all'interno di procedure formali di insolvenza quando ormai la situazione è degenerata o perché scarsamente efficaci a causa della richiesta – perfino per gli strumenti stragiudiziali – di eccessive formalità.

L'idea espressa in questa Raccomandazione è che soltanto interventi assunti ai primi segnali di un pericolo di insolvenza possono portare al successo, diminuendo i costi – in termini di costo vuoi del risanamento vuoi del processo – e velocizzando il ritorno all'equilibrio finanziario. In questo modello risulta possibile, infatti, il mantenimento del debitore nella gestione dell'impresa senza controlli invasivi o sostituzioni gestorie e con un intervento giudiziale circoscritto all'omologa.

La Raccomandazione sottolinea la necessità di evitare sistemi dove esistano soltanto strumenti di ristrutturazione tardiva, prevedendo la possi-

³⁹ Come è noto all'indomani della riforma del 2005 parte della giurisprudenza riteneva che l'assunzione del nuovo presupposto oggettivo indicasse la volontà legislativa di consentire l'accesso al concordato preventivo soltanto all'imprenditore che versasse in una situazione di pericolo d'insolvenza: Trib. Treviso, 22 luglio 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 912; Trib. Treviso, 15 luglio 2005, in *Fallimento*, 2006, 63; Trib. Modena, 18 ottobre 2005, in *Dir. fall.*, 2006, II, 661; Trib. Prato, 5 dicembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 942; Trib. Alessandria, 7 giugno 2006, in *Giur. it.*, 2006, I, 990. Con l'introduzione dell'art. 36, d.l. 30 dicembre 2005, n. 273 fu confermata però un'altra lettura del nuovo presupposto della crisi, ricomprendendovi anche lo stato d'insolvenza.

bilità di non finire immediatamente in un procedimento formale di insolvenza. La Raccomandazione traccia regole minime: come modello la Raccomandazione adotta quello dell'accordo stragiudiziale tra il debitore e i suoi creditori con mantenimento del debitore nel controllo della gestione, vincolante, se omologato, per tutti i creditori.

L'autonomia dell'imprenditore nella scelta dello strumento di soluzione della crisi e nella conduzione dell'attività è rafforzata con la possibilità di chiedere la protezione delle trattative (§.10). È questo un indirizzo assunto da varie legislazioni dell'UE, ma qui dotato di tipicità che lo rendono, a mio giudizio, uno strumento non accostabile né a quello di cui al nostro art. 161, comma 6, l. fall., né a quello di cui all'art. 182-*bis*, comma 6, l. fall.

6. - La protezione delle negoziazioni.

La Commissione considera che dovrebbe esser riconosciuto al debitore il diritto di chiedere la sospensione delle azioni esecutive individuali e delle richieste di fallimento presentate quando possa derivare pregiudizio per i negoziati e per le prospettive di ristrutturazione.

555

Intanto tale agevolazione – peraltro in sintonia con l'impostazione di fondo della Commissione Europea – è prevista soltanto per i piani di ristrutturazione – che possono essere favoriti anche dalla presenza di un mediatore/facilitatore ⁴⁰ che comprenda gli interessi delle parti e le aspettative, indicando i percorsi possibili ed aiutando a trovare un punto di convergenza sugli interventi finanziari da effettuare e sulle modalità, tempi e importi del soddisfacimento – ma non per quelli di liquidazione. La durata della copertura dalle azioni esecutive e dalla procedura d'insolvenza sarà calcolata tenendo conto della dimensione dell'impresa e della complessità delle operazioni che dovranno essere poste in essere (§. 13). Esemplificativamente potrà essere prevista una durata non superiore a 4 mesi rinnovabile – in presenza di un dimostrato stato di avanzamento nelle

⁴⁰ L'esperto facilitatore presenta alcune somiglianze con figure presenti nella legislazione francese che prevede un procedimento di conciliazione all'interno della *Loi de sauvegarde*. A favore del facilitatore/mediatore si esprime anche L. PANZANI, *La Raccomandazione 12 marzo 2014 della Commissione europea per l'adozione di una disciplina uniforme in materia di insolvenza*, in www.Questionegiustizia.it.

trattative – per giungere a un massimo complessivo non superiore ad un anno durante il quale saranno “sospesi” i ricorsi per il fallimento che dovranno fondarsi su uno stato diverso da quello che ha condotto alla richiesta di protezione. La protezione non dovrebbe incidere sui contratti in corso. Niente si dice circa la possibilità di incidere su di essi durante questa fase.

La durata della protezione è ampia, ma non è scevra da vincoli.

In generale nel concedere la protezione il giudice – che in tal modo non potrà che esprimere un giudizio di convenienza, in controtendenza con le più avanzate legislazioni concorsuali – deve cercare di realizzare un giusto equilibrio tra gli interessi delle parti (debitore e creditori), in particolare avendo l'attenzione puntata sui creditori privilegiati che in questa Raccomandazione sono i naturali interlocutori dell'imprenditore, coinvolti quanto e più dei chirografari nella valutazione della proposta ⁴¹. La fase d'altra parte è delicata rimanendo il debitore libero di gestire l'impresa e il patrimonio ed essendo facoltativa la nomina di un supervisore «per sorvegliare l'attività del debitore e dei creditori e prendere le misure necessarie per tutelare i legittimi interessi di uno o più creditori o terzi eventuali».

In particolare, poi, (§ 11) – «negli Stati membri che subordinano la concessione della sospensione a determinate condizioni» – la richiesta di protezione dovrebbe essere vincolata dalla presenza o meno della manifestazione di assenso ai negoziati espressa dai creditori che rappresentino una parte significativa dei crediti interessati al piano che, per quanto detto sopra, dovrà comprendere anche i privilegiati. Ma non è tutto. La Raccomandazione richiederebbe inoltre agli Stati che limitano la concessione delle protezioni, l'inserimento della condizione che vi siano ragionevoli elementi per ritenere il piano fattibile e idoneo a impedire l'insolvenza. Con tali ultime affermazioni è evidente la reintroduzione di un controllo di merito da parte del giudice.

Per quanto riguarda il tema della protezione delle trattative il legislatore italiano è intervenuto a più riprese, radicando nell'ordinamento delle crisi

⁴¹ L. PANZANI, *La Raccomandazione 12 marzo 2014 della Commissione europea per l'adozione di una disciplina uniforme in materia di insolvenza*, cit., osserva che «Il diritto di credito è dunque tutelato come espressione del diritto di proprietà ed è conseguentemente costituzionalmente garantito a livello comunitario (19° Considerando)».

il principio apparso per la prima volta nel d.lgs. n. 270 del 1999 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e poi ripreso nel 2010 per gli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis*. Con gli ultimi interventi la legge attribuisce al debitore, stante la sua qualifica di imprenditore fallibile e la presenza di uno stato di crisi, la possibilità di preannunciare al giudice la sua intenzione di adottare una soluzione concordataria per il cui confezionamento chiede l'attribuzione di uno *spatium temporis* – protetto dalle azioni esecutive e cautelari – non solo per il tempo a venire dalla pubblicazione di tal ricorso ma anche con effetto a ritroso rispetto a posizioni, al tempo legittimamente acquisite, ma che, alla luce della crisi in atto, nocive perché non pattuite e pertanto inefficaci rispetto ai creditori anteriori. L'impostazione è confermata dalla norma che lascia aperta la possibilità di attribuire diritti di prelazione se concordati e autorizzati.

È bene osservare che l'anticipazione degli effetti protettivi è prodotta non già da una "bozza" di accordo bensì soltanto da una domanda di concessione di un termine per la successiva (ed eventuale) presentazione di una proposta e di un piano o di un accordo di ristrutturazione.

557

Come è stato osservato «si tratta di una sorta di *automatic stay* molto più elastico, semplice ed immediato di quello previsto per l'accordo di ristrutturazione (e che finisce per assorbire quello), poiché da questo è possibile passare al deposito diretto anche di un accordo di ristrutturazione»⁴².

La concessione del termine costituisce – una volta verificata la competenza e la presenza dei presupposti soggettivo ed oggettivo – atto dovuto da parte del giudice il quale nella concessione del termine non deve né operare bilanciamenti di interessi né richiedere altri documenti oltre a quelli previsti dall'art. 161, comma 6. «A fronte di una domanda di concordato preventivo con riserva *ex* articolo 161, comma 6, l. fall., il tribunale può

⁴² Così A. PALUCHOWSKY nell'intervento svolto al Corso di Alta Formazione in diritto fallimentare tenuto nell'Università di Siena il 5 aprile 2013. In pratica ciò che qualche imprenditore aveva tentato in sede di istruttoria prefallimentare, facendo ricorso all'art. 15, comma 8, viene accordato dalla norma in esame che, oltre tutto, riconosce all'imprenditore la facoltà di avvalersi di un periodo di «operosa riflessione» per decidere quale dei due strumenti di composizione della crisi convenga avvalersi. L'imprenditore ha diritto, infatti, – come ho già ricordato – a deviare dall'originaria ipotesi di presentare una proposta concordataria, optando per un accordo di ristrutturazione e viceversa, trascinando nel contempo dall'una all'altro gli effetti conquistati con la domanda in bianco.

rifiutare la concessione del termine» soltanto «qualora emergano situazioni di particolare gravità, specie con evidenti implicazioni di carattere penale»⁴³ ma in ogni caso dovrà motivare la propria decisione.

Per concludere sul punto ritengo che se il nostro Legislatore potrà non tenere in conto i vincoli alla sospensione che sono indicati per gli Ordineamenti che limitano la richiesta della protezione, dovrà forse interrogarsi sul § 13 che senza dubbio costituisce la norma con la quale la Commissione, in ordine ai poteri del giudice, dà il «la» ad un ritorno al passato (sviluppato in successive norme della Raccomandazione) che pareva superato⁴⁴.

7. - Il piano e l'omologazione.

Per agevolare la fruibilità degli strumenti preventivi di ristrutturazione la Commissione ipotizza che l'inizio dei negoziati avvenga senza dover presentare immediatamente la domanda al giudice. È quanto avviene negli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis l. fall.* dai quali tuttavia la Raccomandazione si distingue predicando – una volta ottenuta l'omologazione – l'applicazione del principio di maggioranza⁴⁵.

Il piano è la chiave della ristrutturazione. Non si accenna al contenuto probabilmente perchè il presupposto oggettivo è individuato nelle difficoltà finanziarie. La semplificazione sembrerebbe imporsi anche per questo documento. Non viene indicata la documentazione di corredo e non sono richieste – in armonia con una più volte predicata riduzione dei costi – attestazioni di alcun genere che, viceversa nel nostro ordinamento sono proliferate⁴⁶.

Nella Raccomandazione spunta, invece, il mediatore e rimane un supervi-

⁴³ Trib. Terni 26 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*, 4 marzo 2013, aggiunge che «non a caso il quinto comma dell'articolo 161 citato prevede (anche con riferimento al ricorso di cui al sesto comma), accanto alla pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese, anche la sua comunicazione al pubblico ministero, evidentemente in vista di una eventuale richiesta di fallimento *ex art. 7 l. fall.*»

⁴⁴ G. LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, cit., 740, ritiene, diversamente da quanto affermato nel testo, che il nostro preconcordato sia in linea con la Raccomandazione.

⁴⁵ G. LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, cit., 738 e 739.

⁴⁶ G. LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, cit., 739.

sore: il primo per facilitare i negoziati, il secondo per tutelare gli interessi in gioco controllando non solo l'attività del debitore, ma anche quella dei creditori. Quest'ultimo controllo, non previsto nella nostra legge fallimentare, «sarebbe opportuno nel caso di operazioni con parti correlate e di atti che vadano a detrimento della massa»⁴⁷.

Si tratta di figure nominate dal giudice che però ha una mera facoltà di prevederle in considerazione della difficoltà e dell'entità della procedura. Questo deve contenere l'indicazione: dei creditori coinvolti nel piano; degli effetti della ristrutturazione sui crediti della garanzia della continuità imprenditoriale e, nel caso, delle condizioni per nuovi finanziamenti.

A questi ultimi viene, infatti, dedicata particolare attenzione, proponendo la Raccomandazione un triplice ambito di protezione nel caso in cui l'accordo sia omologato. Tale disciplina dovrebbe estendersi alle vendite di beni non strumentali e alla conversione dei debiti in capitale per la quale, se configurata come un finanziamento da parte dei creditori concorsuali, non richiederebbe l'intervento degli organi societari per la sua approvazione.

Le protezioni consistono:

- Da un lato nella non rescindibilità in un eventuale concorso dei nuovi finanziamenti, della vendita di attivo, della capitalizzazione dei debiti, (Conversione dei debiti in capitale),
- Da un altro, l'esenzione dei finanziatori da una eventuale responsabilità civile (per concessione abusiva di credito) e penale, in relazione al processo di ristrutturazione, tutto questo condizionato all'assenza di una prova che si è agito con frode nella concessione del finanziamento. Sotto quest'ultimo aspetto è stato notato che «l'occasione dell'intervento della Commissione europea potrebbe indurci a chiarire l'interpretazione ed evitare che tra il giudice civile e quello penale possano delinearsi taluni contrasti certamente inopportuni»⁴⁸.

In relazione ai creditori, al fine di individuare la loro posizioni nella ristrutturazione, la Commissione europea raccomanda la loro identifica-

⁴⁷ L. PANZANI, *La Raccomandazione 12 marzo 2014 della Commissione europea per l'adozione di una disciplina uniforme in materia di insolvenza*, cit.

⁴⁸ G. LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, cit., 743-744.

zione e il raggruppamento in categorie al fine di aumentare le prospettive di ristrutturazione dal momento che anche i creditori con garanzie reali possono risultare coinvolti nell'accordo. Rispetto a questi ultimi la Raccomandazione non prende posizione circa il trattamento dei creditori privilegiati ⁴⁹, lasciando così ipotizzare – visto il loro coinvolgimento nel piano – una proposta loro diretta di soddisfacimento sulla quale essi dovranno esprimere il loro voto. Sul punto la normativa italiana ha anticipato alcuni aspetti, da ultimo con la possibilità di dilazione.

La Commissione d'altra parte si spinge più avanti predicando un mutamento di prospettiva nella votazione dell'accordo. Gli aventi diritto al voto dovrebbero essere soltanto i creditori coinvolti nell'operazione di ristrutturazione – quelli sui quali si fa ricadere più pesantemente il costo della ristrutturazione – mentre gli altri dovrebbero essere soddisfatti integralmente. Da ciò ne risulterebbe in verità una semplificazione procedurale e la garanzia di una votazione tra pari.

Si rafforzerebbe, in presenza di interessi disomogenei, la funzionalità di una disparità di trattamento alla conservazione dei valori che, in quanto tale, impone la propria legge basata sul riconoscimento di diritti diversi al soddisfacimento e per apporti (e quindi interessi) diversi alla soluzione della crisi.

Nella prospettiva della Commissione non vi sarebbero interventi del giudice in fase di ammissione e non vi sarebbero organi rappresentativi dei creditori facenti funzione di controllo sull'attività del debitore. Manca qualsiasi riferimento a una perimetrazione della gestione nella fase antecedente all'omologa. L'eventualità, e non l'obbligatorietà, della nomina del supervisore, né di altro organo di controllo (giudice delegato o comitato dei creditori) in una procedura preventiva che non comporta lo sposessamento del debitore, lascia perplessi. Senza dubbio si tratta di procedura nella quale vi è continuazione dell'impresa, la quale comporta anche il compimento di atti di straordinaria amministrazione ⁵⁰.

Ci sorprende, così, – vista la delicatezza di tali atti – l'assenza di una loro

⁴⁹ G. LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, cit., 742.

⁵⁰ G. LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, cit., 737.

disciplina sia per fissarne tipologia e contenuto, sia per disporne un regime autorizzatorio. D'altra parte nella Raccomandazione è assente anche la previsione di una disciplina degli atti in frode e dell'inadempimento dell'impegno assunto dal debitore. Sotto questo aspetto il controllo o, quanto meno, la sanzione giudiziale finale, è completamente assente. L'intervento del giudice, come ho già anticipato, è circoscritto alla fase omologatoria.

A questi contratti per la soluzione della crisi si applica il principio di maggioranza utilizzato nei concordati, rendendo l'accordo vincolante per tutti i creditori ma soltanto in seguito alla verifica giudiziale. Al § 21 si legge che: «Onde evitare che il piano di ristrutturazione abbia ripercussioni indebite sui diritti dei creditori, e nell'interesse della certezza del diritto, il piano di ristrutturazione che abbia ripercussioni sugli interessi dei creditori dissenzienti o preveda nuovi finanziamenti dovrebbe essere vincolante solo se omologato dal giudice». Ne discende che il giudizio di omologazione si aprirebbe soltanto o in caso di approvazione del piano dalla maggioranza dei creditori, a meno che i dissenzienti non vengano soddisfatti integralmente, o in caso di nuovi finanziamenti, anch'essi lesivi degli interessi dei creditori ove non si inseriscano in un piano di ristrutturazione che offra la prospettiva di impedire l'insolvenza del debitore e di garantire la redditività dell'impresa (§ 23).

Nella Raccomandazione l'omologazione costituisce la condizione perché negli accordi sulla crisi, la volontà della maggioranza si imponga sulla minoranza. Se il contratto ha conseguito l'omologazione giudiziale, infatti, viene superato il principio di relatività dei contratti secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti.

Questa sarebbe la maniera per ridurre i costi temporali, economici e reputazionali che portano con sé le tradizionali soluzioni delle crisi economiche, attraverso i procedimenti giudiziari di insolvenza.

Dopo aver predicato la necessità di limitare l'intervento del giudice perché da ciò ne consegue una riduzione dei costi e dei tempi, in nome della tutela dei diritti dei creditori e dei terzi, reintroduce nei § 21-23 il controllo di merito.

In primo luogo (§ 21 e 22) vari sono i punti demandati al controllo giudiziale: dall'esame circa la omogeneità degli interessi come fattore aggre-

gante i creditori votanti (siano essi suddivisi o meno in classi), a quello sulla completezza dell'informazione a quello circa la convenienza della proposta per i dissenzienti, a quello sulla necessità e non dannosità per i dissenzienti dei finanziamenti richiesti ⁵¹. In secondo luogo (considerando 19 e § 23) chiaro è il conferimento di ampi poteri al giudice perché «possa respingere il piano di ristrutturazione che manifestamente non ha nessuna prospettiva di impedire l'insolvenza del debitore né di garantire la redditività dell'impresa, ad esempio perché non prevede i nuovi finanziamenti necessari per proseguire l'attività».

Al di fuori del caso di approvazione del piano all'unanimità, esso sarà vincolante «per il singolo creditore interessato ed identificato dal piano». «Questa regola produrrà effetti rilevanti nella redazione del piano perché oggi si parte dal presupposto che esso sia comunque vincolante per tutti i creditori anteriori, lasciando a successive controversie l'accertamento di crediti contestati o neppure denunciati» ⁵².

8. - La liberazione dai debiti residui per la seconda opportunità.

Nella seconda parte della Raccomandazione la Commissione delinea, per l'imprenditore persona fisica, la propria impostazione sui meccanismi di seconda opportunità, in particolare di liberazione dai debiti contratti nel corso dell'attività imprenditoriale. In tal modo si vuol far sì che questi meccanismi operino come assicurazione – insieme alle figure delle società unipersonali a responsabilità limitata – di fronte al timore di insuccesso imprenditoriale e delle sue conseguenze. Una loro assenza, oltre a impedire una ripartenza “fresca”, frenerebbe l'iniziativa economica.

La Commissione raccomanda perciò ai Paesi membri l'introduzione di meccanismi di condono totale del passivo rimasto insoddisfatto in un procedimento concorsuale.

La Raccomandazione attribuisce la prevalenza all'idea del *fresh start* im-

⁵¹ G. LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, cit., 742-743 rileva che la insistendo la commissione sulle idonee garanzie, sul diritto di difesa, sulla tutela dei creditori sembra andare oltre un giudizio di legittimità formale.

⁵² L. PANZANI, *La Raccomandazione 12 marzo 2014 della Commissione europea per l'adozione di una disciplina uniforme in materia di insolvenza*, cit.

prenditoriale come mezzo per favorire anche il mantenimento dell'occupazione e evitare l'esclusione sociale derivante dalla perdita del lavoro come conseguenza della distruzione del valore o l'assenza di iniziativa imprenditoriale. In sintesi il *fresh start* dell'imprenditore sarebbe un indiretto beneficio anche per il consumatore. Si tratta di una impostazione innovatrice.

Nella Raccomandazione pare che si irrigidiscano le condizioni personali richieste non solo per l'accesso al beneficio (*test di discharge*) ma anche per il suo mantenimento (di imprenditori disonesti o in mala fede tanto rispetto a prima come a dopo l'emersione dell'insolvenza si parla nel § 32 della Raccomandazione), però a sua volta si ampliano e flessibilizzano molto i debiti compresi nell'ambito della liberazione, così come si abbrevia il periodo per la concessione. Alla esdebitazione si dovrebbe arrivare, senza necessità di iniziare un autonomo giudizio, allo scadere dei tre anni dal fallimento. La Commissione propugna una esdebitazione automatica⁵³ che però suppone una previa analisi della colpevolezza del debitore nella genesi e nell'aggravamento del dissesto. In sostanza l'impostazione pare indurre verso la qualificazione dell'insolvenza secondo il modello spagnolo.

563

La Commissione propone che «si debbano liberare totalmente» gli imprenditori «dai debiti contratti durante l'insolvenza nel periodo massimo di 3 anni». Pare quindi che si possano includere nell'ambito della liberazione debiti che tradizionalmente nei paesi membri dell'UE sono stati esclusi (p.e. crediti pubblici o per responsabilità contrattuale), senza tuttavia impedire che gli Stati membri possano escludere specifiche categorie di debiti come «quelli connessi alla responsabilità da delitto».

La Commissione raccomanda come termine massimo per la concessione della esdebitazione, 3 anni. Il periodo è assai ridotto rispetto ai tradizionali lunghi periodi di quegli ordinamenti che prevedono *test di discharge* con anteriorità e posteriorità alla esonerazione, come la legge tedesca che tuttavia, nell'ultima riforma del 1° luglio 2014 del diritto dell'insolvenza della persona fisica, ha già proceduto a ridurre il periodo tradizionalmente

⁵³ G. LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, cit., 734, approva l'automatismo senza la necessità di un'istanza al giudice.

lungo. Lungo è anche il periodo dell'Ordinamento italiano legato da una parte ad una durata ancora eccessiva del fallimento e dall'altra al giudizio che il fallito deve intraprendere per chiedere l'esdebitazione.

La Commissione rileva all'interno dei vari Ordinamenti una varietà nei tempi della concessione del beneficio e nei requisiti richiesti. Si tratta di disparità che influiscono negativamente sull'economia, sugli investimenti e sul credito.

9. - Conclusioni.

In questa Raccomandazione la Commissione – richiamando sia la risoluzione del Parlamento Europeo del 2011 che i due precedenti interventi, quello del 2012 (*“L'atto per il mercato unico II”* e *“Un nuovo approccio europeo al fallimento delle imprese e all'insolvenza”*) e quello del 2013 (il “piano d'azione imprenditorialità 2020”) nei quali già aveva segnalato l'importanza di una armonizzazione dei diritti concorsuali nazionali, di una riabilitazione veloce (in un periodo massimo di 3 anni) e di un sostegno alle PMI per ristrutturarsi e rilanciarsi – ha lo sguardo diretto esclusivamente agli strumenti di prevenzione, con ciò non volendo escludere la previsione in ogni ordinamento di procedure d'insolvenza riservate auspicabilmente ai casi più gravi. Certamente vista l'impostazione assunta, per la quale l'insolvenza è mal compatibile con una ristrutturazione, queste, che dovranno comunque essere armonizzate all'interno dell'Unione, saranno dirette alla liquidazione: non vi dovrà essere posto, invece, per il concordato liquidativo.

In questo appello della Commissione alla semplificazione e alla riduzione dell'intervento del giudice, che ruolo gioca l'omologazione?⁹ Rimane necessaria – anzi dalla lettura della raccomandazione pare uscirne rafforzata nella sua funzione di tutela – per garantire quella proporzionalità tra limitazioni dei diritti dei creditori e benefici della ristrutturazione. Insomma se la Commissione propugna un bilanciamento tra tutela della proprietà e dell'impresa, sanciti dalla carta dei diritti fondamentali della UE, non omette però un rilancio del ruolo del giudice nelle procedure preventive dove decisamente afferma che «il giudice dovrebbe respingere il piano di ristrutturazione se è probabile che il tentativo di ristruttura-

zione limiti i diritti dei creditori dissenzienti in misura superiore rispetto a quanto questi potrebbero ragionevolmente prevedere in assenza di ristrutturazione dell'impresa del debitore».

Dinanzi a questa raccomandazione quali prospettive si aprono per il nostro Ordinamento?

Da tempo il legislatore italiano si sta dedicando alla creazione di «un diritto fallimentare moderno che consenta alle imprese fondamentalmente sane di sopravvivere, che incoraggi gli imprenditori ad assumere rischi ragionevoli e che permetta ai creditori di concedere prestiti a condizioni più favorevoli»⁵⁴. Sotto questo aspetto l'Italia è in linea con quanto predica la Commissione Europea.

La nostra riforma ha puntato verso un sistema di soluzioni della crisi d'impresa che, mirando alla conservazione e, quando possibile, al risanamento dei valori aziendali, fosse efficiente, flessibile, disponibile dalle parti e, soprattutto, protetto. Il legislatore dà fiducia alle imprese. Oggi la legge non blocca più l'attività ai primi segnali di crisi, dando all'imprenditore la possibilità di scegliere tra strumenti più o meno invasivi e più o meno rivelatori all'esterno dello stato di difficoltà in cui versa. La Raccomandazione è decisamente propensa a favorire gli strumenti più *soft* che consentono al debitore di gestire in autonomia senza controlli penetranti e con minimi interventi giudiziali. Il nostro concordato preventivo è meno in linea con la Raccomandazione rispetto agli accordi di ristrutturazione. Il primo è denso di controlli e di attestazioni e l'intervento del giudice, se pur circoscritto ad un esame sulla fattibilità giuridica, non è affatto eventuale. Negli accordi *ex art. 182-bis*, poi, l'omologazione caratterizza lo strumento anche se nasce come extragiudiziale e se prevede il soddisfacimento integrale dei non aderenti.

L'Ordinamento italiano che ricollega all'impresa una libertà costituzio-

⁵⁴ In proposito cfr. la Risoluzione del Parlamento europeo del 15 novembre 2011 e sulle raccomandazioni alla Commissione sulle procedure d'insolvenza nel contesto del diritto societario dell'UE, in www.europarl.europa.eu; l'Atto per il mercato unico II del 3 ottobre 2012 (in www.ec.europa.eu/internal_market/smact/docs/single-market-act2_it.pdf) con cui la Commissione propone l'Azione chiave 7 volta a «modernizzare le norme UE in materia di insolvenza per facilitare la sopravvivenza delle imprese e offrire una seconda possibilità agli imprenditori» e la Comunicazione «*Entrepreneurship 2020 Action Plan: Reigniting the entrepreneurial spirit in Europe*» del 9 gennaio 2013.

nale (art. 41 Cost.), riconosce all'imprenditore il diritto di salvare la propria attività, anche se poi «la nuova prospettiva di recupero delle capacità produttive dell'impresa», incisivamente affermata nella Relazione di accompagnamento, non è stata tradotta in un principio chiaramente enunciato. In posizione preminente rispetto all'impresa rimane il soddisfacimento dei creditori che, se inteso con granitica assolutezza, dovrebbe escludere: *a*) l'attribuzione al debitore del potere di gestire in autonomia la crisi e, quindi, il patrimonio; *b*) operazioni di ristrutturazione in presenza di insolvenza irreversibile.

Per cercare di rendere possibile la conservazione dei valori il Legislatore ha puntato su un ampio presupposto oggettivo (lo stato di crisi che comprende sia il pericolo che l'insolvenza in atto) e una più o meno accentuata negoziabilità – solo nel concordato preventivo stemperata dal principio di maggioranza – cui fa da contrappeso il controllo necessario o eventuale, (preventivo, *in itinere* o successivo) dell'autorità giudiziaria. La partecipazione dei creditori alla gestione della crisi dovrebbe quindi tutelarli rispetto a operazioni che sono compiute in presenza di uno stato d'insolvenza ma ricevendo il loro assenso e/o valutate da un professionista/attestatore in punto di loro idoneità a realizzare il miglior soddisfacimento dei creditori.

Pur nella riaffermazione di un diritto della crisi funzionale al soddisfacimento concorsuale delle obbligazioni, si nota il tentativo di favorire «l'attività d'impresa» – anche attraverso la vendita, o il conferimento in una nuova società (*newco*), del complesso aziendale in un'operazione di risanamento indiretto – attribuendo esplicita ed autonoma collocazione al concordato di «continuità»⁵⁵ e affinando strumenti, già creati per altri

⁵⁵ Fino ad oggi l'obiettivo di recuperare almeno i residui valori dell'attività quando non sia possibile praticare la sua conservazione faceva capolino soltanto dietro le quinte, come quando la nostra legge detta una sintetica disposizione per porre al riparo dalla revocatoria il piano attestato redatto unilateralmente dall'imprenditore e «idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa» o quando suggerisce come possibile contenuto di una proposta concordataria le operazioni straordinarie, le attribuzioni di partecipazioni ai creditori, la costituzione di *newco*, o come quando introduce nell'art. 124 la proposta di concordato fallimentare per mano di un creditore o di un terzo, certo finalizzata a rimettere in circolazione quel patrimonio che è l'azienda, tentando la conservazione degli *assets* [Sul punto v. M. ARATO, *Il concordato preventivo con continuazione dell'attività d'impresa*, in F. BONELLI (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, 2011, 137 ss. Sulla dilatazione rispetto al passato della nozione di concordato con continuità aziendale introdotta nel

istituti (penso alla domanda prenotativa di un accordo di ristrutturazione introdotta con il d.l. n. 78 del 31 maggio 2010, convertito nella l. n. 122 del 30 luglio 2010), che divengono di generale applicazione⁵⁶, al punto che possiamo ritenerli ormai tratti caratteristici del nostro ordinamento delle crisi⁵⁷.

Direi che mentre il nostro Ordinamento sta faticosamente tentando di diventare progressivamente più efficace e per questo cerca anche di rielaborare il rapporto tra diritto delle crisi e diritto delle obbligazioni, sia la

186-bis, cfr. M. ARATO, *Il concordato con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it. Accanto a questi accenni che aprono squarci di attenzione per l'impresa, abbiamo però la riaffermazione del soddisfacimento dei creditori (aggiunge il legislatore: attraverso la ristrutturazione dei debiti ed in qualsiasi forma, quasi a voler stemperare quell'obiettivo del soddisfacimento che altrimenti apparirebbe di granitica assolutezza) che, come sappiamo, condiziona ragionamenti, soluzioni e pronunce. Sul punto si rinvia anche per profili comparativi al mio scritto, *Debitore, creditori e patrimonio: legislazioni a confronto. Alcune riflessioni a partire dall'opera di Ariel Angel Dasso "Derecho concursal comparado"*, in *Riv. dir. fall.*, 2011, I, 286 ss.

⁵⁶ Mi riferisco a quella che i primi commentatori hanno definito domanda di concordato preventivo in bianco (o prenotativa o con riserva) disciplinata nell'art. 161, comma 6, che dispone: «L'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni. Nello stesso termine, in alternativa e con conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso, il debitore può depositare domanda ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma. In mancanza, si applica l'articolo 162, commi secondo e terzo». In fondo per le grandissime imprese il nostro Legislatore era andato anche oltre. Dinanzi all'urgenza di mettere mano alla sistemazione del dissesto di Parmalat l'accelerata impresa al procedimento di apertura dell'amministrazione straordinaria si traduceva di fatto «in un totale *bypass* dell'accertamento dei presupposti assegnati al tribunale dalla Prodi-bis» mentre «la decisione sull'ammissibilità del risanamento per ristrutturazione viene assegnata solo all'autorità amministrativa» (U. APICE-S. MANCINELLI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, 430). Il Governo emanava un provvedimento d'urgenza (d.l. n. 347 del 23 dicembre 2003 «*Misure urgenti per la ristrutturazione di grandi imprese in stato di insolvenza*») introducendo nel nostro ordinamento una «variante» – o, a seconda della tesi dottrinale seguita, una ulteriore e diversa procedura giudiziario-amministrativa dedicata alle imprese di rilevante dimensione vuoi per numero di addetti (nella prima versione, con oltre mille dipendenti) vuoi per l'ammontare dell'indebitamento (non inferiore al miliardo di euro) – dell'amministrazione straordinaria (indicata sovente come procedura Marzano dal nome dell'allora Ministro delle attività produttive o come Decreto Parmalat o come Prodi-ter) disciplinata dal d.lgs. n. 270 del 1999. Nel «modello» Parmalat/Alitalia l'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza è postposto all'apertura da parte dell'Autorità amministrativa della procedura che può essere, oltre a ciò, richiesta soltanto dal debitore. Sul tema rinvio al mio lavoro «*L'amministrazione straordinaria delle imprese di "rilevanti" dimensioni*», in U. APICE (a cura di), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, III, Torino, 2011, 833 ss.

⁵⁷ L'art. 33 del d.l. n. 83 del 2012, dedicato al concordato preventivo, trova appunto collocazione nel Capo III del decreto contenente le «*Misure per facilitare la gestione delle crisi aziendali*».

Raccomandazione che il Regolamento UE 848/2015 proseguono nel porre al centro il rapporto obbligatorio, lasciando in penombra gli altri interessi che ruotano attorno all'impresa.