

SEZIONE VII

LE PROCEDURE CONCORDATARIE IN UN'OTTICA COMPARATISTICA

di *Diego Corapi, Barbara De Donno, Domenico Benincasa**

SOMMARIO - I. *Le procedure concordatarie per l'impresa*. - 1. L'evoluzione delle procedure concordatarie. - 2. Il *Bankruptcy Code* statunitense. - 3. Il diritto inglese: dal *Companies Act* ed *Insolvency Act* all'*Enterprise Act*. - 4. Dalla *faillite* alle *difficultés des entreprises* nel diritto francese. - 5. Dalla *Konkursordnung* all'*Insolvenzordnung* nel diritto tedesco. - 6. Il *concurso de acreedores* del diritto fallimentare spagnolo. - 7. L'impresa come elemento comune delle procedure concordatarie. - 8. La prevenzione della crisi dell'impresa e la salvaguardia del nucleo produttivo dei beni organizzati. - 9. Collocazione della prevenzione e del risanamento tra le procedure concordatarie. - 10. Le tecniche di prevenzione della crisi: le sanzioni per il ritardo nell'apertura delle procedure. - 11. Giurisdizionalizzazione degli accordi stragiudiziali. - 12. L'attenuazione del carattere sanzionatorio delle procedure concordatarie. - 13. Carattere giudiziario o amministrativo delle procedure concordatarie. - 14. La procedura unica e flessibile. - 15. I presupposti oggettivi per l'applicazione delle procedure concordatarie. - 16. Le procedure semplificate. - 17. La liquidazione dell'impresa. - II. *Le procedure concordatarie per il consumatore*. - 18. Emergenza ed attualità del problema. - 19. "Debitore civile" e fallimento. - 20. Segue il ruolo della *discharge*. - 21. Procedure (concordatarie) alternative per il consumatore. - III. *Considerazioni conclusive*. - 22. La linea comune dell'evoluzione delle procedure concordatarie nei diversi ordinamenti.

I. LE PROCEDURE CONCORDATARIE PER L'IMPRESA

1. *L'evoluzione delle procedure concordatarie*

Nella seconda metà del secolo XX nella maggior parte dei Paesi occidentali la crisi degli schemi posti alla base delle tradizionali procedure concordatarie ha determinato l'avvio di un vasto processo di riforma.

Nuove leggi fallimentari sono state adottate già dalla fine degli anni '70 negli Stati Uniti e negli anni '80 e '90 in alcuni dei più significativi ordina-

* DIEGO CORAPI è autore della Parte III, BARBARA DE DONNO è autrice dei §§ 1-17, DOMENICO BENINCASA è autore dei §§ 18-21.

menti europei, come il Regno Unito, la Francia e la Germania, seguiti dalla Spagna nel 2003 e dall'Italia nel 2006. Ulteriori interventi del primo decennio del XXI secolo sono stati determinati dalla crisi economica mondiale e, ancora più che in passato, seguono direzioni convergenti, segnate dalla necessità di dare risposta a esigenze comuni.

Anche se permangono le specificità e diversità di ciascuna delle esperienze prese in considerazione, l'esame dell'evoluzione delle procedure concorsuali negli ordinamenti sopra indicati, tutti appartenenti alla *western legal tradition*, consente di individuare dei modelli prevalenti che hanno circolato in modo spesso trasversale rispetto alla tradizionale classificazione dei sistemi giuridici come di *civil law* o di *common law*¹.

¹ Sulle procedure concorsuali nel diritto comparato: FRASCABOLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009; GIANNELLI, *Le soluzioni giudiziarie delle crisi d'impresa. La gestione della crisi nel diritto spagnolo e italiano*, in *Dir. fall.*, 2009, I, p. 125; GIANNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 258; FLEISHER, *L'idea dell'impresa nel diritto fallimentare europeo*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 489; BONFAITI-FALCONE (a cura di), *La legislazione concorsuale in Europa*, Milano, 2004; MUSY, *Fallimento: una riforma per le imprese*, in MONATERI-MUSY, *Globalizzazione e giustizia. L'impatto della globalizzazione sul sistema giuridico italiano e sull'organizzazione degli studi legali*, Milano, 2003; NIGRO, *Procedure concorsuali e società in Italia e in Europa*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2003, I, p. 3; BANCA D'ITALIA, *Bankruptcy legislation in Belgium. Italy and The Netherlands*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, n. 92, giugno 2001; CANDELA MACIAS, *Il diritto concorsuale in Europa*, Padova, 2001; WORLD BANK, *The World Bank. Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*, april 2001; AA.VV., *Insolvency & Restructuring in 31 jurisdictions worldwide - 2000*, Law Business Research, London, 1998; BANCA D'ITALIA, *La riforma delle procedure concorsuali. Le soluzioni normative negli Stati Uniti e in alcuni Paesi europei*, a cura di Bianchi e Maricchi, novembre 1999; FRASCABOLI SANTI, *Insolvenza e crisi dell'impresa*, Padova, 1999; GALGANO, *La soggezione al fallimento dei commercianti e degli insolventi civili*, in *Atlante di diritto comparato*, Bologna 1999, p. 209; IORIO, *Modelli europei e scelta tra sistemi a gestione giudiziaria o amministrativa*, in *Il fall.*, 1998, 951; SANTI, *Soluzioni giudiziarie allo stato di crisi dell'impresa nei sistemi di economia di mercato*, in *Giur. it.*, 1998, I, p. 609; IORIO, *Riforma della legge fallimentare: relazioni negli U.S.A., Germania, Francia*, in *Studi in onore di Giuseppe Ragusa Maggiore*, Padova 1997, p. 609; NERI, *Il ruolo delle banche nelle crisi d'impresa: esperienze di Regno Unito, Stati Uniti, Germania, Giappone*, in *Banca, impresa, società*, 1996, p. 379; PERNAZZA, *La revocatoria fallimentare nel diritto italiano e francese e nelle prospettive di uniformazione europea*, in *Saggi di diritto commerciale europeo*, a cura di Corapi, Napoli, 1995; ZIEGEL (ed. by), *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law*, Oxford, 1993; IORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, p. 492; RAGUSA MAGGIORE-TORTORELLI (a cura di), *Crisi di impresa e procedure concorsuali in Italia e in Europa. Prospettive di riforma*, Padova, 2002; SCHIANO DI PEPE, voce *Insolvenza in diritto comparato*, in *Dir. dir. priv., sez. comm.*, VII, Torino, 1992; CORAPI-PIERFELICI, voce *Procedure concorsuali. Il Diritto comparato e stranieri*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991; C. FERRI, *Fini pubblici e interessi privati nelle procedure concorsuali (note comparatistiche)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 1041; INZITARI, *Sistema del concorso e modello di garanzia nell'esperienza italiana e straniera*, in *Dir. fall.*, 1991, I, p. 341; Y. PAVEE, *Les procédures collectives dans les pays de la CEE*, in *Rev. jurisp. com.*, 1984, p. 121; P. WOODLAND, *Observations sur les crises*

Per comprendere l'attuale configurazione delle procedure concorsuali nei singoli ordinamenti sembra opportuno ripercorrere, sia pure per cenni, le tappe fondamentali che hanno segnato la loro evoluzione.

2. Il Bankruptcy Code statunitense

Negli Stati Uniti⁷ la materia fallimentare è tra quelle a cui la Costituzione attribuisce una rilevanza di carattere generale e che pertanto riserva alla competenza del legislatore federale (art. I, *sect.* 8 Costituzione).

La prima legge fallimentare federale risale al 1800, seguita da nuove versioni (nel 1841, 1898 e 1933) sino al significativo *Chandler Act* o *Bankruptcy Act* del 1938, in vigore per quaranta anni fino al *Bankruptcy Reform Act* del 1978, a cui si deve il nucleo centrale dell'attuale disciplina (il primo titolo di tale legge è stato inserito nel *Title 11* dello *U.S. Code*, noto come *Bankruptcy Code, sections* da 101 a 1330). Negli anni si sono succedute numerose modifiche di tale normativa (le più significative nel 1984, nel 1986, nel 1990, nel 1994, nel 2001 e nel 2005).

Gli aspetti processuali sono disciplinati anche dal *Title 28* dello *U.S. Code*, dalle *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* (*Bankruptcy rules*) e da "local rules" che forniscono i modelli degli atti necessari per adire le Corti.

⁷ *tatunus des droits européens de la faillite*, in *J.C.P.*, 1984, I, p. 3137; BONELLI, *La crisi delle tradizionali procedure concorsuali: uno sguardo oltre frontiera*, in *Giur. comm.*, 1981, I, p. 687.

⁸ Sul diritto delle procedure concorsuali negli Stati Uniti: Administrative Office of the United States Courts, *Bankruptcy Basics*, II ed., April 2004; AYER-BERENSTEIN, *Bankruptcy in practice*, American Bankruptcy Institute, 2002; C. FERRI, *L'esperienza del Chapter 11. Procedura di riorganizzazione dell'impresa in prospettiva di novità legislative*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 65; AYER, *Goodbye to Chapter 11. The End of Business Bankruptcy As We Know It Amicus Curiae*, Issue 34, March/April 2001; VICARI, *I doveri degli amministratori in caso di insolvenza della società nel diritto statunitense*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 1244; MARELLI, *Aspetti della liquidazione nella procedura di "riorganizzazione" prevista dal Bankruptcy Code negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, II, p. 810; LANZALONI, *Il Chapter XI dell'US Bankruptcy Code*, in *Crisi dell'impresa e sul riguarda dell'azienda*, Padova, 1995; PERRINI, *La disciplina sul risanamento delle imprese in crisi negli USA*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, II, p. 769; ALIEMAS, *Corporate Financial Distress, a complete guide to predicting, avoiding and dealing with bankruptcy*, New York, 1993; PICONE, *La riorganizzazione nel diritto fallimentare statunitense*, in *Quad. Giur. comm.*, Milano, 1993; MARELLI, *La procedura di "riorganizzazione" prevista dal Capitolo 11 del "Bankruptcy Code" degli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 365; RASMUSSEN, *The Efficiency of Chapter 11*, in *Bankruptcy Developments Journal*, 1991, p. 319; CASTAGNOLA, *La nuova disciplina del fallimento negli USA*, in *Giur. comm.*, 1987, I, p. 323; BRONZINI, *Crisi fallimentare e concordato negli Stati Uniti d'America*, in *Dir. fall.*, 1968, I, p. 384; NELA, *Sulla "reorganization" nel nuovo diritto fallimentare statunitense*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, p. 1023; SANGIORGI, *La crisi dell'impresa e i salvataggi industriali negli Stati Uniti d'America*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 417; G. ROSSI, *Il fallimento nel diritto americano*, Padova, 1956 e 1977.

Il diritto statunitense utilizza il termine "bankruptcy", di chiara derivazione medioevale, in un'accezione ampia e comprensiva di tutte le procedure previste dal *Chapter 11* dello *U.S. Code*, che prendono il nome dal numero o dalla denominazione del capitolo dello *U.S. Code* in cui sono disciplinate.

È prevista una procedura liquidatoria (*Chapter 7 - Liquidation*), e quattro procedure finalizzate ad evitare, se possibile, la liquidazione e a tentare il superamento della crisi. Di queste, tre riguardano delle specifiche tipologie di creditori, i Comuni, l'impresa agricola a carattere familiare e le persone fisiche con un reddito da lavoro dipendente (*Chapter 9 - Adjustment of Debts of a Municipality*, *Chapter 12 - Adjustment of Debts of a Family Farmer with Regular Annual Income*, *Chapter 13 - Adjustment of Debts of an Individual with Regular Income*) ed una, originariamente destinata esclusivamente alle *corporations*, è ora di carattere generale (*Chapter 11 - Reorganization*).

La normativa statunitense è stata la prima a individuare, fin dagli anni trenta, alternative alla liquidazione per far fronte alla crisi delle imprese. La sua evoluzione è stata influenzata dalla prassi dei grandi centri finanziari, che ha sviluppato procedure informali dirette alla ricerca di soluzioni prevalentemente concordate tra debitori e creditori.

Le procedure concorsuali si svolgono davanti alle *U.S. Bankruptcy Courts*, corti federali di primo grado che sono inserite nell'organizzazione delle *District Courts*, e sono soggette alla vigilanza di un organo amministrativo, lo *U.S. Trustee*, un funzionario del *Department of Justice* con ampi compiti di controllo sull'andamento della procedura (nei distretti dell'Alabama e del North Carolina lo *U.S. Trustee* è sostituito da un *Bankruptcy Administrator* nominato dalla Corte).

Le *Bankruptcy Courts* e lo *U.S. Trustee* sono autorità pubbliche, tra loro coordinate, che hanno un ruolo molto incisivo soprattutto nelle procedure di *reorganization* e di *liquidation*.

3. Il diritto inglese: dal *Companies Act* ed *Insolvency Act* all'*Enterprise Act*

Nel diritto inglese¹ la disciplina fallimentare non è in un unico testo

¹ Sul diritto inglese delle procedure concorsuali: V. FINCH, *Re-Invigorating Corporate Rescue*, in *The Journal of Business Law*, 2003, p. 527; GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi di impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, in *Quad. ricerca giurid.*

adamentale, ma è sparsa in numerosi testi legislativi: è nei *Companies Acts* (del 1985 e 2006), nell'*Insolvency Act* 1986 (modificato nel 1994 e nel 2000), nel *Company Directors Disqualification Act* 1986, nell'*Employment Rights Act* 1996 e nell'*Enterprise Act* 2002.

Norme regolamentari sono inoltre nelle *Civil Procedure Rules*, nelle *Insolvency Rules* 1986, nelle *Financial Markets and Insolvency Regulations* e nelle *Insolvent Companies Rules* 1986 (modificate da ultimo nel 2012).

Molte regole sono inoltre esclusivamente giurisprudenziali, soprattutto per quanto concerne la procedura di *administrative receivership*.

A differenza del diritto statunitense, il diritto inglese distingue tra *bankruptcy*, la procedura destinata alle persone fisiche insolventi, imprenditori e non (*insolvency of individuals*), e *winding up*, che indica lo scioglimento delle società dotate di personalità giuridica (*public limited companies - plc* e *limited liability companies - Ltd.* o *private companies*), che può verificarsi per varie cause, tra cui vi è anche l'insolvenza (*inability to pay debts*).

L'apertura della procedura di *winding up*, cui segue la liquidazione e l'estinzione della società, è dichiarata dalla Corte competente per territorio con riferimento alla sede della società (*High Court of London* o *County Court*).

Nell'ambito delle forme associative d'impresa diverse dalle *companies*, mentre i *partners* di *partnerships* sono soggetti alla procedura di *bankruptcy*, le *limited liability partnerships*, introdotte nel 2000 sull'esempio delle *limited liability companies* statunitensi e utilizzate soprattutto da studi professionali, sono assoggettate a *winding up*, sia pure con degli adattamenti.

Sulla scia della *reorganization* statunitense, anche nel diritto inglese si è affermata la logica del risanamento dell'impresa in difficoltà, la *rescue culture*, perseguita con l'introduzione nel 1986 di due procedure destinate alle *companies*, l'*Administration* ed i *Company Voluntary Arrangements - CVA*.

Un diverso bilanciamento tra gli interessi del credito *secured* e quello dell'impresa ed una palese inversione di tendenza rispetto al passato è stata inaugurata dall'*Enterprise Act* 2002 (entrato in vigore per la parte

co, 2000, M. HUNTER, *The Nature and Functions of a Rescue Culture*, in *Journ. Bus. Law*, 1999, p. 491; L.S. GRIER-RE FLOYD, *Personal Insolvency a Practical Guide*, London, 1998; VALLATE, *The London approach to procedure de "concertazione della crisi" secondo le banche inglesi*, in *Dir. fall.*, 1998, I, p. 359; V. FISCH, *The measures of Insolvency Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1997, p. 227; R. GOODE, *Principles of Corporate Insolvency Law*, London, 1997; A. KURT, *Corporate workouts: a UK perspective* (1997) 6 *International Insolvency Review*, p. 165; FLETCHER, *The Law of Insolvency*, London, 1996; GABRIELLI-DANESE, *Le garanzie sui beni dell'impresa: profilo della floating charge nel diritto inglese*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1995, I, p. 631; A. HENT, *La ristrutturazione finanziaria nell'esperienza inglese: la proposta londinese*, in *Banca, imp. succed.*, 1993, p. 196; DI FRANCOSI, *Fallimento in diritto anglo-americano*, in *Dir. dir. priv. sez. comm.*, Torino, 1990; SROGOSZ, *Il fallimento nel diritto inglese*, in *Dir. fall.*, 1983, I, p. 434.

che qui interessa nel settembre 2003), che ha attenuato gli aspetti più vistosamente *creditor oriented* della normativa fallimentare inglese.

Il nuovo orientamento ha rafforzato l'*Administration* a discapito dell'*Administrative Receivership* (la fino ad allora privilegiata e prevalente procedura di esecuzione individuale, spesso liquidatoria, sul patrimonio delle *companies* riservata al creditore garantito da *floating charge* – una banca) in quanto ha abolito il privilegio del creditore con *floating charge* consistente nell'impedire lo svolgimento dell'*Administration*.

4. Dalla *faillite* alle *difficultés des entreprises* nel diritto francese

Il diritto francese delle procedure concorsuali⁴ è disciplinato nel Livre VI, *Des difficultés des entreprises* del *Code de commerce* del 2000 (artt. da L. 610-1 a L. 680-7), i cui primi quattro Titoli sono dedicati rispettivamente

⁴ Sul diritto francese delle procedure concorsuali: BONNARD, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 2006; JEANTIN-LE CANNU, *Entreprises en difficulté*, Paris, 2006; CAMPANA, *L'impresa in crisi. L'esperienza del diritto francese*, in *Fallimento*, 2005, p. 982; COQUELET, *Entreprises en difficulté, instruments de paiement et de crédit*, Paris, 2005; GUYON, *Droit des affaires. Tome 2. Entreprises en difficulté. Redressement judiciaire – Faillite*, Paris, 2003; JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 2003; JEANTIN-LE CANNU, *Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit, entreprises en difficulté*, VI ed. Précis Dalloz 2005; PEROCHON-BONHOMME, *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, Paris, 2001; SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 2001; DERRIDA-GODE-SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Paris, 1999; FRASCARDI SANTI, *Insolvenza e crisi dell'impresa*, cit. MARTIN, *Redressement et liquidations judiciaires*, ds. *Lamy droit commercial*, 1999; ALPA, *Sovraindebitamento del consumatore, l'esperienza francese*, in *Fallimento*, 1998, p. 954; DUFRENNE, *Le droit de la nouvelle faillite, les récentes modifications à la L.f.i.*, in *Journal du barreau*, 1998, 30, p. 16; KERCKHOFF, *Procédures collectives de paiement*, Montchrestien 1998; PETEL, *Procédures collectives*, Paris, 1998; CHARVERIAT-MARTIN, *Defaillances d'entreprises*, Paris, 1997; PEROCHON-BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, Paris, 1997; CHAPUT, *Droit du redressement et de la liquidation judiciaires des entreprises*, Paris, 1996; RANGON, *La prévention des difficultés des entreprises nella legge francese di riforma n. 473 del 10 giugno 1994*, in *Dir. fall.*, 1996, I, p. 274; ROBLÓY-DELEBECQUE-M. GERMAIN, *Droit commercial*, t. II, Paris, 1996; SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 1996; VALLANSAN, *Redressement et liquidations judiciaires*, Paris, 1996; COURET-MORVILLIERS-DE SAINTENAC, *Le traitement amiable des difficultés des entreprises*, Paris, 1995; DIDIER, *Droit commercial*, t. V, *L'entreprise en difficulté*, Parigi, 1995; IORIO, *La riforma delle leggi francesi dell'insolvenza: un modello da imitare?*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 705; JEANTIN, *Droit commercial (instruments de paiement et de crédit – Entreprise en difficulté)*, Paris, 1995; SCHNEG, *Traité des procédures collectives*, Paris, 1995; LE CANNU (sous la direction de) *Entreprises en difficulté*, Paris, 1994; MARINONI, *Il redressement judiciaire des entreprises nel diritto fallimentare francese*, Milano, 1998; CASSANDRO SOLFASSO, *La legge francese n. 85-98 del 25.1.1985 "relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises" e i mezzi "normali" di pagamento*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 321; IORIO, *La nuova legge francese sull'insolvenza ça va, ça ira, ça va, le créancier ou le prendra?*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 625.

te alla *prévention des difficultés des entreprises*, alla *sauvegarde*, al *redressement judiciaire* e alla *liquidation judiciaires*.

La disciplina originaria era nel *code de commerce* del 1807 (libro III, *Des faillites et des banqueroutes*). Dopo una serie di modifiche (nel 1838, nel 1889, nel 1935 e nel 1955), nel 1967 la materia è stata radicalmente riformata dalla *loi n. 67-563 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes*, che ha abrogato e sostituito la disciplina del codice.

La *loi n. 67-563* ha eliminato i riferimenti al fallimento e alla bancarotta nella denominazione delle procedure collettive. Da allora di fallimento si continua a parlare solo come eventuale sanzione personale del debitore (*faillite personnelle*). Inoltre, si è data autonoma considerazione al destino dell'impresa rispetto alle conseguenze che ricadono su chi dirige o possiede l'impresa a seguito dell'apertura della procedura concorsuale. La normativa prevedeva, accanto alla tradizionale *liquidation des biens* diretta ad eliminare l'impresa, anche un *règlement judiciaire* finalizzato a riorganizzarla, eventualmente accompagnato dalla *suspension provisoire des poursuites*.

Una seconda riforma, che ha sostituito la *loi n. 67-563*, è stata in seguito attuata con le *lois n. 84-148, n. 85-98 e n. 85-99* e i relativi regolamenti di attuazione, che hanno introdotto dei meccanismi di *prévention* (*procédure d'alerte* del capo dell'impresa e nomina di un *mandataire ad hoc* per agevolare la negoziazione con i creditori) e una procedura di *règlement amiable des difficultés des entreprises*. Le procedure di *règlement judiciaire* e di *liquidation des biens* sono state inoltre sostituite da un'unica procedura di *redressement judiciaire*, che poteva condurre al *redressement avec cession ou continuation* o alla *liquidation judiciaire*.

L'introduzione di misure per evitare che un'impresa in difficoltà arrivi alla *cessation des paiements* ha indotto a definire la materia fallimentare «*droit des entreprises en difficulté*» invece che «*droit commercial des procédures collectives*».

Dopo dieci anni l'aumento del ricorso alle procedure di *redressement* e l'esito negativo della maggior parte delle stesse, sfociate nella quasi totalità (oltre il 90%) in *liquidations judiciaires*, hanno indotto il legislatore ad introdurre le necessarie correzioni. La *loi n. 94-475* ha pertanto rafforzato il tratto caratteristico delle procedure francesi, e cioè il sistema della prevenzione della crisi, e ha "moralizzato" le procedure attribuendo maggior rilievo al *règlement amiable* ed al ruolo dei creditori nel *redressement judiciaire*.

L'esperienza di "decodificazione" del *droit des entreprises en difficulté*, iniziata nel 1967, ha avuto termine nel 2000, quando l'*ordonnance n. 2000-912* del 18 settembre 2000 ha reintrodotto la materia nel *Nouveau code de commerce* (senza tuttavia apportarvi modifiche).

Ancora una volta, dopo dieci anni di applicazione la normativa del 1994 è stata riformata dalla *loi n. 2005-845 du 26 juillet 2005 (loi de sauvegarde des entreprises)*, accompagnata dal *décret 28.12.2005*. L'obiettivo principale è stato quello di attivare meccanismi di *sauvegarde* che, per evitare che l'impresa incorra nella *cessation des paiements*, favoriscano ancor più che in precedenza l'anticipazione dell'individuazione di difficoltà economiche e il ricorso a ristrutturazioni negoziate.

Le procedure, che possono essere tra loro concatenate, sono ora quelle di *prévention des difficultés* e le vere e proprie *procédures collectives*.

La *prévention des difficultés* comprende la disciplina, rafforzata, sull'*information comptable (comptabilité annuel e prévisionnelle)*, le *procédures d'alerte* (avviate dal *commissaire aux comptes*, dal *comité d'entreprise*, dagli *associés* o dallo stesso *président du tribunal* che, venuto a conoscenza delle difficoltà dell'impresa, può convocare i *dirigeants* o nominare un *mandataire ad hoc*) e la *procédure de conciliation*, non giudiziaria né collettiva, che come il precedentemente soppresso *règlement amiable* conserva lo scopo di raggiungere un accordo con i creditori.

Le *procédures collectives* sono quelle di *sauvegarde* e di *redressement judiciaire*, destinate alle imprese risanabili, e la procedura di *liquidation judiciaire*.

La procedura di *sauvegarde* è stata dapprima semplificata e resa più attraente dall'*ordonnance n. 2008-1345 du 18 décembre 2008* e in seguito, con la *loi n. 2010-1249 du 22 octobre 2010*, è stata affiancata da una versione accelerata della stessa, la *sauvegarde financière anticipée - SFA*, destinata alle imprese grandi e molto grandi che hanno già avviato la procedura di *conciliation* e che possono risolvere rapidamente la crisi con l'intervento di creditori finanziari (banche e obbligazionisti).

È significativa l'evidenza data dalla *loi n. 2005-845* alla «*difficulté des entreprises*» (*Livre VI*) e non all'insolvenza, al concorso, al fallimento o alla bancarotta e il riferimento esplicito della legge all'*entreprise* invece che alla figura tradizionale del *commerçant*.

Come per le controversie tra *commerçants* di primo grado, anche per le procedure concorsuali sono competenti i *Tribunaux de commerce*, che presentano la particolarità, di origine medievale, di essere composti da giudici consolari provenienti dal mondo degli affari ed eletti dai *commerçant*.

I *Tribunaux de commerce* francesi, che pur sono oggetto di critica e di proposte di riforma (la più recente, del 1998, è stata peraltro abbandonata nel 2002), consentono, perciò, una gestione delle controversie in materia commerciale e di procedure concorsuali più consapevole anche dal punto di vista delle esigenze delle imprese.

5. Dalla Konkursordnung all'Insolvenzordnung nel diritto tedesco

Nel diritto tedesco la *Insolvenzordnung* – InsO del 5.10.1994 (in vigore dal 1° gennaio 1999) ha sostituito la precedente legge sul fallimento (*Konkursordnung*) del 1877 (già modificata nel 1898 e integrata nel 1935 dalla legge sul concordato preventivo – *Vergleichsordnung*) e la legge della Repubblica democratica tedesca sull'insolvenza civile del 1975 (*Gesamtvollstreckungsordnung*), mantenuta in vigore anche dopo la riunificazione dall'accordo del 31 agosto 1990¹.

La *Insolvenzordnung* è stata accompagnata da una legge di attuazione in pari data (*Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung*) che contiene, tra l'altro, la disciplina dell'azione revocatoria, norme di diritto concorsuale internazionale e la disciplina dei contratti a termine.

La nuova impostazione del diritto fallimentare tedesco è stata più volte "messa a punto" da una serie di interventi (nel 2001, nel 2003, nel 2008, nel 2011 e nel 2012) diretti a completare o modificare la disciplina della procedura semplificata per l'insolvenza dei consumatori e dei piccoli imprenditori, del fallimento transfrontaliero e delle procedure destinate alle imprese (soprattutto accentuando il ruolo dei creditori e incentivando il ricorso ad accordi stragiudiziali di ristrutturazione).

La legge del 1994 nasce per ovviare ai difetti della precedente disciplina e, anche in occasione delle successive modifiche, tiene ampiamente conto delle esperienze straniere, soprattutto di quella statunitense e inglese, dalle quali mutuò alcune soluzioni, sia pure adattandole al diverso spirito della normativa tedesca, decisamente meno *debtor oriented* di quella anglo-americana.

¹ Sulle procedure concorsuali nel diritto tedesco: BORG, *I poteri dei creditori nella procedura tedesca di riorganizzazione*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 765; GRUNSEY, *La procedura di insolvenza nell'esperienza tedesca alla luce del regolamento comunitario*, in *Annuario di dir. tedesco*, a cura di S. Patti, Milano, 2003, p. 479 ss.; GUGLIELMUCCI, *Il diritto concorsuale tedesco fra risanamento e liquidazione*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 152; FRASCAROLI SANTI, *Cenni comparatistici con la riforma tedesca e con gli altri sistemi concorsuali europei*, in *Annuario di dir. tedesco*, a cura di S. Patti, Milano, 2003, p. 505 ss.; C. FERRE, *L'esperienza del Ch. II. Procedure di riorganizzazione dell'impresa in prospettiva di novità legislative*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 65; GUGLIELMUCCI (a cura di), *La legge tedesca sull'insolvenza (Insolvenzordnung) del 5 ottobre 1994*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 2000, p. 204; GUGLIELMUCCI, *Il diritto concorsuale tedesco fra risanamento e liquidazione*, in *Fallimento*, 2003, p. 993; MANGANO, *L'insolvenza nell'esperienza tedesca*, in *Lo stato di insolvenza*, a cura di Terranova, Torino, 1998; HANSEN, *Neuer Höchststand der Insolvenzen*, in *AG*, 1997, p. 328; C. FERRE, *La "grande riforma" del diritto fallimentare nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Riv. proc. civ.*, 1995, p. 176; SCHMIDT-RANTSCH, *Insolvenzordnung mit Einführungsgesetz*, Bundesanzeiger Köln, 1995; GOTTWALD, *Das neue Insolvenzrecht*, Berlin, 1994; SCHMIDT-RANTSCH, *Insolvenzordnung mit Einführungsgesetz*, Bundesanzeiger Köln, 1995; NABELMAN, *From the "International bankruptcies law" bill progress in West Germany "Kasmat" overruled*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1984, p. 47.

I principali problemi che emergevano nel vigore della *Konkursordnung*, comuni a gran parte delle legislazioni fallimentari di prima generazione, consistevano nell'insufficienza dell'attivo della maggior parte delle procedure aperte, alternativa alla liquidazione dell'impresa soltanto accedendo ad un concordato che offrisse ai creditori il pagamento di almeno il 40% dei crediti, nella separazione tra le procedure e nella necessità di soddisfare tutti i debiti residui anche dopo la chiusura della procedura concorsuale.

Un primo cambiamento rispetto alla normativa precedente è sembrato evidente già nel nome della legge (*Insolvenzordnung* invece che *Konkursordnung*), che ha posto l'accento sull'insolvenza del debitore piuttosto che sul concorso tra creditori. Nonostante tale cambio di prospettiva, l'interesse dei creditori è ancora perseguito prioritariamente, anche se con una maggiore attenzione per la configurazione dell'insolvenza quale presupposto oggettivo della procedura concorsuale e per le circostanze concrete che l'abbiano determinata, soprattutto quando si tratta di un'impresa.

Al riguardo, ancorché il § 1 della legge indichi che la procedura di *Insolvenzverfahren*, letteralmente di "regolazione dell'insolvenza", è diretta alla soddisfazione concorsuale dei creditori attraverso la liquidazione del patrimonio del debitore e la conseguente ripartizione del ricavato, le norme che seguono sono soprattutto norme di *default* e pertanto è possibile che debitore e creditori sostituiscano la disciplina *standard* prevista dalla legge con quella contenuta in un piano di regolazione dell'insolvenza. Quest'ultimo può prevedere che la liquidazione si svolga con modalità diverse da quelle previste dalla legge oppure, se possibile, può prevedere la conservazione e la continuazione dell'impresa (mantenendo la titolarità in capo al debitore o organizzando un piano di cessioni dell'azienda, in blocco o per singoli rami di attività).

Appare evidente che, facendo probabilmente tesoro dell'esperienza francese, la conservazione dell'impresa è stata considerata un obiettivo importante, anche se non da perseguire ad ogni costo, bensì subordinatamente e strumentalmente rispetto alla soddisfazione degli interessi dei creditori.

Modifiche legislative più recenti non hanno cambiato l'impostazione generale dell'*Insolvenzordnung*, hanno invece rafforzato il ruolo dei creditori nella fase iniziale della procedura di insolvenza delle imprese di dimensioni maggiori (è ora possibile nominare il Comitato provvisorio dei creditori con poteri di ispezione e di indirizzo sulla procedura, l'*Insolvenzplan* può agevolare l'assunzione da parte dei creditori della posizione di azionisti della società debitrice e può prevedere che gli azionisti siano destinatari dei riparti previsti dal piano) e hanno agevolato la realizzazione di soluzioni concordate (piani di insolvenza *pre-packaged*). Inoltre, il debitore in stato di imminente insolvenza (*drohende Zahlungsunfähigkeit*) o sovraindebitamento (*Überschuldung*) può usufruire di procedure ombrello (*Schutzschirmverfahren*)

che, con il consenso del Comitato provvisorio dei creditori, gli consentono di conservare l'amministrazione dell'impresa, di sospendere per tre mesi le azioni esecutive e di presentare, con la supervisione di un fiduciario (*Sachwalter*), un piano di insolvenza per la cui realizzazione possono essere create passività di massa (*Masseverbindlichkeiten*) che saranno soddisfatte con priorità.

È stato inoltre introdotto un importante strumento, unico in Europa, per consentire la continuazione dell'impresa: durante le procedure preliminari di insolvenza il curatore provvisorio può chiedere la concessione dell'*Insolvenzgeld*, grazie al quale salari e stipendi non sono pagati dal debitore, ma dalla *Bundesagentur für Arbeit - BA* (l'Agenzia Federale del Lavoro).

Sull'*Insolvenzordnung* è competente l'*Amtsgericht* (giudice ordinario di primo grado), appartenente all'organizzazione giudiziaria dei singoli *Länder*.

6. Il concurso de acreedores del diritto fallimentare spagnolo

L'attuale diritto fallimentare spagnolo⁶ è frutto della radicale riforma del 2003.

La precedente disciplina nasceva da numerose fonti, datate e tra loro non coordinate: il codice civile del 1889 (libro IV, titolo XVII), il codice di commercio del 1829 (parte del quale era rimasta applicabile anche dopo l'entrata in vigore del codice di commercio del 1885), la *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 1881 (artt. da 1318 a 1396), il codice di commercio del 1885 (libro V) e la *Ley de suspensión de pagos* del 26 luglio 1922.

Le procedure concorsuali erano diverse a seconda della natura, civile o commerciale, del debitore. Il debitore civile persona fisica poteva avvalersi del *concurso de acreedores* e della *quita y espera*, l'imprenditore della *suspension de pagos* (un concordato preventivo giudiziale) e della *quiebra* (procedura di liquidazione).

Con la *Ley Concursal 22/2003* del 9 luglio 2003 e la *Ley Organica para la reforma concursal 8/2003* del 9 luglio 2003 è stato introdotto un procedimento unico, il *concurso de acreedores*, che sostituisce le precedenti procedure concorsuali civili e commerciali e che, dopo una fase iniziale comune,

⁶ Sulle procedure concorsuali in Spagna: PLAGIAR EIZENBERG, *La riforma della Ley concursal spagnola ad opera del RDE 3/2009: gli "ombrelli protettivi" della nuova finanza preconcorsuale*, in *Dir. fall.*, 2009, I; FALCONE, *La riforma concorsuale spagnola. Contributo allo studio del diritto concorsuale comparato*, Milano, 2006; PENAS MORAÑO, *El derecho concursal español. La ley concursal de 9 de julio de 2003*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 778; ALVAREZ VEGA, *Funciones conservativas del "concurso de acreedores" nella riforma del diritto fallimentare spagnolo*, in *Dir. fall.*, 2004, p. 760.

LA PRESENTE DISPENSA E' TRATTA DAL TESTO: Profili storici, comunitari, internazionali e di diritto comparato. Volume V, "trattato di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali" Ed. Giappichelli.