

Nuovo Regolamento UE sulle procedure d'insolvenza

Il Regolamento si pone l'obiettivo di rendere più efficienti le regole sulle insolvenze transfrontaliere, trovare il giusto equilibrio nella protezione sia dei debitori che dei creditori e privilegiare il risanamento delle imprese rispetto alla prospettiva liquidatoria

E' stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea L 141 del 5 giugno, il Regolamento (UE) 2015/848 (il Regolamento) relativo alle procedure d'insolvenza transfrontaliere che entrerà in vigore, salvo per alcune disposizioni, il 26 giugno 2017 e che abroga il Regolamento (UE) 1346/2000.

Il Regolamento si pone l'obiettivo di rendere più efficienti le regole sulle insolvenze transfrontaliere, trovare il giusto equilibrio nella protezione sia dei debitori che dei creditori e privilegiare il risanamento delle imprese rispetto alla prospettiva liquidatoria, in linea con la *ratio* delle recenti riforme della normativa italiana.

Entrata in vigore e efficacia

Il Regolamento entra in vigore, in via generale, 20 giorni dopo la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, vale a dire il 26 giugno 2015 ed è immediatamente applicabile in ciascuno stato membro, con l'eccezione della Danimarca, senza che siano necessari ulteriori atti di recepimento a livello nazionale.

Tuttavia, la maggior parte delle previsioni non saranno efficaci prima del 26 giugno 2017, per espressa previsione del Regolamento, in modo da consentire agli stati membri di adeguarsi. Il Regolamento (UE) 1346/2000 continuerà ad essere applicato ai procedimenti aperti prima del 26 giugno 2017, non si può tuttavia escludere che, per taluni aspetti, i tribunali competenti interpreteranno le norme vigenti alla luce dei nuovi principi espressi nel Regolamento.

Vi sono tuttavia delle eccezioni al predetto termine di entrata in vigore:

- la descrizione della legislazione e delle procedure nazionali da parte degli stati membri deve avvenire entro il 26 giugno 2016;
- la costituzione dei registri nazionali dell'insolvenza dovrà avvenire entro il 26 giugno 2018;
- l'interconnessione dei registri nazionali dovrà avvenire entro il 26 giugno 2019.

Ambito di applicazione

Il Regolamento si applica alle procedure concorsuali pubbliche, comprese le procedure provvisorie, disciplinate dalle norme in materia di insolvenza e in cui, a fini di salvataggio, ristrutturazione del debito, riorganizzazione o liquidazione,

- (a) un debitore è sprossessato, in tutto o in parte, del proprio patrimonio ed è nominato un amministratore delle procedure di insolvenza¹,
- (b) i beni e gli affari di un debitore sono soggetti al controllo o alla sorveglianza di un giudice, oppure
- (c) una sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali è concessa da un giudice o per legge al fine di consentire le trattative tra il debitore e i suoi creditori, purché le procedure per le quali è concessa la sospensione prevedano misure idonee a tutelare la massa dei creditori e, qualora non sia stato raggiunto un accordo, siano preliminari a una delle procedure di cui alle lettere a) o b).

Laddove le predette procedure possano essere avviate in situazioni in cui sussiste soltanto una probabilità di insolvenza, il loro scopo è quello di evitare l'insolvenza del debitore o la cessazione delle attività di quest'ultimo.

Le predette procedure sono elencate, per ciascuno Stato membro, nell'allegato A al Regolamento: il fallimento, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria, gli accordi di ristrutturazione, le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento del consumatore (accordo o piano) e la liquidazione dei beni. Resta dunque escluso il piano attestato di risanamento.

Infine, si noti che il Regolamento non si applica alle procedure che riguardano:

- (a) le imprese assicuratrici;
- (b) gli enti creditizi;
- (c) le imprese d'investimento e le altre imprese o enti nella misura in cui siano contemplati dalla direttiva 2001/24/CE, o
- (d) gli organismi d'investimento collettivo².

Definizione del COMI (centre of main interests) e prevenzione del cosiddetto forum shopping

Il Regolamento stabilisce le norme per individuare la giurisdizione presso cui incardinare la procedura principale di insolvenza transfrontaliera. In particolare, la procedura si potrà avviare nello Stato membro nel quale è situato il centro degli interessi principali del debitore (il cosiddetto "COMI" ovvero centre of main interests). A tal fine viene fornita una definizione di "COMI" e vengono dettate norme per prevenire gli abusi del forum shopping.

In base al Regolamento, il COMI coincide con il luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi. Con tale definizione il Regolamento fa propri i principi

elaborati dalla Corte di Giustizia Europea a partire dalla sentenza Eurofood in poi e stabilisce alcune presunzioni relative. In particolare:

- per società e persone giuridiche, si presume, fino a prova contraria, che il COMI coincida con la sede legale (la presunzione non trova comunque applicazione nel caso in cui la sede legale sia stata spostata in un altro stato membro nei tre mesi prima della richiesta di apertura del procedimento)
- per persone fisiche che svolgano un'attività imprenditoriale, si presume, fino a prova contraria, che il COMI coincida con il luogo principale di attività (la presunzione non trova comunque applicazione nel caso in cui la sede legale sia stata spostata in un altro stato membro nei tre mesi prima della richiesta di apertura del procedimento), e
- per qualsiasi altra persona fisica si presume che il COMI sia la residenza abituale salvo prova contraria (la presunzione non trova comunque applicazione nel caso in cui la residenza venga cambiata nei sei mesi precedenti la richiesta di apertura del procedimento); si rammenta al riguardo che la disciplina italiana assoggetta alla disciplina del fallimento solamente chi svolga un'attività imprenditoriale.

La giurisprudenza italiana è sostanzialmente in linea con tali principi, avendo essa già precisato che, qualora gli organi direttivi e di controllo di una società si trovino presso la sede statutaria ed in quel luogo le decisioni di gestione di tale società siano assunte in maniera riconoscibile dai terzi, la presunzione di sussistenza del COMI non è superabile; viceversa, laddove il luogo dell'amministrazione principale della società non si trovi presso la sua sede statutaria, la presenza di valori sociali nonché l'esistenza di attività di gestione degli stessi in uno stato membro diverso da quello della sede statutaria di tale società possono essere considerate elementi sufficienti a superare detta presunzione, a condizione che una valutazione globale di tutti gli elementi rilevanti consenta di stabilire, sempre in maniera riconoscibile dai terzi, che il centro effettivo di direzione e di controllo della società stessa, nonché della gestione dei suoi interessi, è situato in tale altro stato membro.

Uno dei principali nodi da risolvere della previgente disciplina era la prassi del forum shopping attraverso l'utilizzo abusivo dello spostamento della sede sociale.

Tra i considerando del regolamento vengono precisati alcuni principi per contrastare tale fenomeno: le presunzioni riguardo al COMI sono superabili ed i tribunali competenti devono valutare d'ufficio con attenzione che il COMI sia accuratamente identificato e richiedere, laddove vi siano dubbi sulla correttezza della determinazione del COMI, che il debitore fornisca elementi a supporto della propria determinazione, consentendo anche il contraddittorio con i creditori.

Procedure secondarie

Il Regolamento prevede che si possano aprire, oltre alla procedura principale di insolvenza, procedure secondarie in altri Stati membri e stabilisce le regole per il coordinamento della procedura principale con i procedimenti secondari, prevedendo la cooperazione e la comunicazione tra gli "attori" del procedimento principale e di quelli secondari.

In particolare, al fine di evitare l'apertura di una procedura secondaria, il regolamento prevede che l'amministratore della procedura principale di insolvenza possa contrarre un impegno unilaterale, relativamente ai beni situati nello Stato membro in cui potrebbe essere aperta la procedura secondaria di insolvenza, in base al quale, nel ripartire tali beni o il ricavato del loro realizzo, rispetterà i diritti relativi

alla ripartizione dei beni e i diritti di prelazione previsti dal diritto nazionale di cui avrebbero goduto i creditori se fosse stata aperta una procedura secondaria di insolvenza in quello Stato membro.

L'impegno specifica le ipotesi di fatto sulle quali si fonda, in particolare riguardo al valore dei beni situati nello Stato membro interessato nonché le opzioni disponibili per il realizzo di tali beni.

Laddove sia stato contratto tale impegno, la legge applicabile alla ripartizione del ricavato del realizzo dei beni, al grado dei crediti dei creditori e ai diritti dei creditori relativi ai beni del debitore è la legge dello Stato membro in cui si sarebbe potuta aprire la procedura secondaria di insolvenza.

Al fine di bilanciare l'esigenza di speditezza e agilità del procedimento con l'esigenza di tutela dei creditori, il Regolamento richiede che l'impegno sia approvato dai creditori locali conosciuti. Il Regolamento dispone altresì che le regole in materia di maggioranza qualificata e di voto che si applicano per l'adozione dei piani di ristrutturazione a norma del diritto dello Stato membro in cui si sarebbe potuta aprire la procedura secondaria di insolvenza si applichino anche per l'approvazione dell'impegno. I creditori possono partecipare al voto con mezzi di comunicazione a distanza, laddove consentito dal diritto nazionale. L'amministratore delle procedure di insolvenza informa i creditori locali conosciuti in merito all'impegno, alle regole e alle procedure per la sua approvazione e all'approvazione o al respingimento dell'impegno.

Il Regolamento, infine, fornisce chiarimenti riguardo all'individuazione della collocazione dei beni, nozione fondamentale ai fini dell'individuazione della giurisdizione per le procedure secondarie:

- (a) le quote di partecipazione in società di capitali diverse da quelle previste al successivo punto b), si considerano collocate nello Stato membro nel cui territorio si trova la sede legale della società emittente;
- (b) gli strumenti finanziari la cui proprietà risulta da un'iscrizione in un registro o in un conto tenuto da un intermediario o a suo nome, si considerano collocati nello Stato membro in cui è tenuto il registro o il conto nel quale risulta l'iscrizione;
- (c) il contante tenuto in un conto presso un ente creditizio, si considera collocato nello Stato membro indicato nell'IBAN del conto, oppure, il contante tenuto in un conto presso un ente creditizio senza IBAN, si considera collocato nello Stato membro in cui l'ente creditizio presso il quale è depositato il conto ha la sua amministrazione centrale o, qualora il conto sia depositato presso una filiale, un'agenzia o altra dipendenza, nello Stato membro in cui si trovano la filiale, l'agenzia o l'altra dipendenza;
- (d) i beni e i diritti che il proprietario o titolare fa iscrivere in un pubblico registro, diversi da quelli previsti al punto a), si considerano collocati nello Stato membro sotto la cui autorità è tenuto il registro;
- (e) i brevetti europei, si considerano collocati nello Stato membro per il quale un brevetto europeo viene rilasciato;
- (f) i diritti d'autore e diritti connessi, si considerano collocati nello Stato membro nel cui territorio il titolare di tali diritti ha la residenza abituale o la sede legale;
- (g) i beni materiali diversi da quelli previsti ai punti da a) a d), si considerano collocati nello Stato membro nel cui territorio si trovano i beni;
- (h) i crediti verso terzi diversi dai crediti relativi ai beni di cui al punto c), si considerano collocati nello Stato membro nel cui territorio si trova il centro degli interessi principali del terzo debitore.

Interconnessione dei registri fallimentari

Per ottenere una maggiore trasparenza e pubblicità nei confronti dei creditori e dei giudici ed evitare l'apertura di procedure d'insolvenza parallele, è prevista la creazione di un sistema decentrato di

interconnessione dei registri fallimentari che gli Stati membri devono tenere nel loro territorio, quindi una sorta di registro delle insolvenze transfrontaliere elettronico interconnesso. Tale registro verrà connesso attraverso il portale e-Justice europeo in modo da facilitare l'accesso alle informazioni contenute in esso da parte di creditori e corti nazionali.

Al fine di assicurare l'efficacia di tale strumento, ogni Stato membro dovrà quindi istituire uno o più registri con informazioni immediatamente reperibili a partire dall'apertura delle procedure d'insolvenza. Il Regolamento prevede che tali registri contengano almeno le seguenti informazioni minime: la data di apertura della procedura, necessaria anche per regolare questioni di litispendenza, il tipo di procedura aperta, il giudice e il numero della causa, il fondamento giuridico che giustifica l'apertura della procedura, il termine per l'insinuazione dei crediti, la data di chiusura della procedura principale, il giudice competente per l'impugnazione. Gli Stati membri potranno poi prevedere l'inserimento di ulteriori informazioni.

Riconoscimento delle decisioni

Allo scopo di migliorare l'efficacia e l'efficienza delle procedure d'insolvenza con implicazioni transfrontaliere, il Regolamento contiene alcune disposizioni relative al riconoscimento immediato delle decisioni relative all'apertura, allo svolgimento e alla chiusura di una procedura di insolvenza e delle decisioni strettamente collegate con detta procedura e all'esecuzione delle decisioni emesse nell'ambito di tali procedure, nonché alcune disposizioni relative alla legge applicabile alle procedure d'insolvenza.

In particolare, il Regolamento prevede che la decisione di apertura della procedura di insolvenza da parte di un giudice di uno Stato membro competente sia riconosciuta in tutti gli altri Stati membri dal momento in cui essa produce effetto nello Stato di apertura, fermo restando che tale riconoscimento non osta all'apertura di una procedura secondaria da parte del giudice di un altro Stato membro, i cui effetti non possono essere contestati negli altri Stati membri. Peraltro, qualsiasi limitazione dei diritti dei creditori, in particolare una dilazione di pagamento o la remissione di un debito risultante da tale procedura, può essere fatta valere per i beni situati nel territorio di un altro Stato membro soltanto nei confronti dei creditori che vi hanno acconsentito.

Anche le decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura di una procedura di insolvenza e le procedure di composizione approvate sono riconosciute senza altra formalità negli altri Stati membri. La medesima regola si applica alle decisioni che derivano direttamente dalla procedura di insolvenza e ad essa sono strettamente connesse, nonché alle decisioni riguardanti i provvedimenti conservativi adottati dopo la domanda d'apertura di una procedura d'insolvenza o ad essa collegati.

La disciplina dei gruppi

Il capo V del Regolamento, per il caso in cui ci siano più società del medesimo gruppo sottoposte a procedure d'insolvenza, prevede alcune norme finalizzate a favorire il coordinamento e la cooperazione degli amministratori delle procedure e dei tribunali coinvolti.

Tra queste norme, si ricorda la disposizione che attribuisce all'amministratore delle procedure di insolvenza, laddove sia coinvolto un gruppo, diverse e rilevanti facoltà, tra le quali, la facoltà di:

- (a) essere sentito nelle procedure aperte nei confronti di un'altra società dello stesso gruppo;
- (b) chiedere la sospensione di qualsiasi provvedimento relativo al realizzo dell'attivo nella procedura aperta nei confronti di un'altra società dello stesso gruppo, purché:
 - (i) sia stato proposto un piano di ristrutturazione per tutte o alcune delle società del gruppo per le quali è stata aperta una procedura d'insolvenza, che presenti ragionevoli possibilità di successo;

- (ii) tale sospensione sia necessaria al fine di garantire l'adeguata attuazione del piano di ristrutturazione;
 - (iii) il piano di ristrutturazione sia a vantaggio dei creditori nell'ambito della procedura per la quale è stata richiesta la sospensione; e
 - (iv) le procedure d'insolvenza interessate non siano soggette a coordinamento (come descritto nel seguito); e
- (c) chiedere l'apertura di una procedura di coordinamento di gruppo.

La citata procedura di coordinamento di gruppo può essere chiesta da qualsiasi amministratore nominato in procedure d'insolvenza aperte nei confronti di una società del gruppo, dinanzi a qualsiasi giudice competente ed è ammessa se:

- (a) l'apertura di tale procedura serve a facilitare la gestione efficace della procedura d'insolvenza relativa alle diverse società del gruppo;
- (b) nessun creditore di una società del gruppo di cui si prevede la partecipazione alla procedura può essere svantaggiato finanziariamente dall'inclusione di tale società nella procedura in questione; e
- (c) il coordinatore è una persona abilitata a svolgere la funzione di amministratore delle procedure di insolvenza ai sensi della legislazione di uno Stato membro e non è uno degli amministratori delle procedure di insolvenza nominati in relazione a una delle società del gruppo né ha conflitti di interesse.

La domanda relativa alla procedura di coordinamento di gruppo è presentata in conformità alle condizioni stabilite dalla legge applicabile alle procedure in cui l'amministratore delle procedure di insolvenza è stato nominato ed è corredata dei seguenti elementi:

- (a) una proposta relativa alla persona da nominare quale coordinatore di gruppo, informazioni sulla sua ammissibilità, informazioni sui suoi titoli e il suo accordo scritto a operare come coordinatore;
- (b) le linee generali del coordinamento di gruppo proposto e in particolare i motivi per i quali le condizioni di ammissibilità della procedura di coordinamento sono soddisfatte;
- (c) un elenco degli amministratori delle procedure di insolvenza nominati in relazione alle società del gruppo e, se del caso, i giudici e le autorità competenti coinvolti nelle procedure d'insolvenza delle società del gruppo;
- (d) le linee generali dei costi stimati del coordinamento di gruppo proposto e la stima della quota di tali costi a carico di ciascuna società del gruppo

Il criterio stabilito da Regolamento per individuare il giudice competente per l'apertura della procedura di coordinamento è stabilito dall'articolo 62, in base al quale, in caso di una pluralità di domande proposte a giudici di diversi Stati membri, è competente il giudice adito per primo. Eccezione a tale principio è data dalla possibilità di concordare che un giudice di un altro Stato membro avente competenza sia ritenuto il più appropriato per l'apertura delle procedure di coordinamento di gruppo da almeno due terzi di tutti gli amministratori nominati nelle procedure d'insolvenza.

Il Regolamento prevede infine la possibilità che gli amministratori delle singole procedure di insolvenza contestino l'inclusione nelle procedure di coordinamento di gruppo delle procedure d'insolvenza o la persona proposta al ruolo di coordinatore.

In caso di contestazione riguardo all'inclusione nella procedura di coordinamento, la singola procedura di insolvenza resta esclusa dalla procedura di coordinamento ed i poteri del giudice o del coordinatore non hanno effetto riguardo a tale società e non comportano costi per la stessa.

Una volta aperta la procedura di coordinamento di gruppo, viene nominato il coordinatore, che ha diverse facoltà, tra cui:

- (a) definire e formulare raccomandazioni per la conduzione coordinata della procedura d'insolvenza;
- (b) proporre un piano di coordinamento di gruppo che individua, illustra e raccomanda una serie completa di misure rispondenti a un approccio integrato alla risoluzione delle situazioni di insolvenza delle società del gruppo. In particolare, il piano può contenere proposte concernenti:
 - (i) le misure da adottare per ripristinare la redditività e la solidità finanziaria del gruppo o di una parte del medesimo;
 - (ii) la composizione delle controversie infragruppo per quanto riguarda le operazioni infragruppo e le azioni revocatorie;
 - (iii) gli accordi tra gli amministratori delle procedure di insolvenza delle società insolventi del gruppo.

Il coordinatore può inoltre:

- (a) essere sentito e partecipare alle procedure aperte nei confronti di una società del gruppo, in particolare presenziando alle assemblee dei creditori;
- (b) mediare nelle controversie tra due o più amministratori delle procedure di insolvenza di società del gruppo;
- (c) presentare e illustrare il suo piano di coordinamento di gruppo alle persone o agli organismi a cui è tenuto a riferire ai sensi della legislazione nazionale;
- (d) chiedere agli amministratori delle procedure di insolvenza informazioni su qualsiasi società del gruppo laddove tali informazioni servano o possano servire a individuare e formulare strategie e misure per il coordinamento delle procedure; e
- (e) chiedere una sospensione delle procedure aperte nei confronti di qualunque società del gruppo per un periodo non superiore a sei mesi, a condizione che tale sospensione sia necessaria per garantire la corretta applicazione del piano e sia a vantaggio dei creditori nell'ambito della procedura per la quale è stata richiesta, oppure chiedere la revoca di eventuali sospensioni esistenti. Tale richiesta è presentata al giudice che ha aperto la procedura di cui si richiede la sospensione.

In ogni caso, il coordinatore non può proporre un piano che preveda il consolidamento della procedura o della massa fallimentare.

In caso di significativo aumento delle costi rispetto alle stime e nell'eventualità di un superamento del 10 % dei costi stimati, il coordinatore informa senza indugio gli amministratori delle procedure di insolvenza partecipanti e chiede l'approvazione preventiva del giudice che ha aperto la procedura di coordinamento di gruppo.

Inoltre, gli amministratori delle singole procedure di insolvenza non sono tenuti a seguire integralmente o parzialmente le raccomandazioni del coordinatore o il piano di coordinamento di gruppo.

La facoltatività dell'inclusione nella procedura di coordinamento e la non vincolatività del piano di coordinamento e delle raccomandazioni, renderà verosimilmente meno efficace lo strumento della procedura di coordinamento.

Per eventuali approfondimenti e chiarimenti sul presente *Client Alert*, vi preghiamo di contattare gli autori ai recapiti di seguito indicati, ovvero gli altri vostri avvocati di riferimento di Latham & Watkins:

Andrea Novarese
andrea.novarese@lw.com
+39.02.3046.2043
Milano

Maria Cristina Storchi
mariacristina.storchi@lw.com
+39.02.3046.2044
Milano

Simona Bormida
simona.bormida@lw.com
+39.02.3046.2048
Milano

Client Alert is published by Latham & Watkins as a news reporting service to clients and other friends. The information contained in this publication should not be construed as legal advice. Should further analysis or explanation of the subject matter be required, please contact the lawyer with whom you normally consult. A complete list of Latham's *Client Alerts* can be found at www.lw.com. If you wish to update your contact details or customize the information you receive from Latham & Watkins, visit <http://events.lw.com/reaction/subscriptionpage.html> to subscribe to the firm's global client mailings program.

Endnotes

¹ Curatore, Commissario giudiziale, Commissario straordinario, Commissario liquidatore, Liquidatore giudiziale, Professionista nominato dal Tribunale, Organismo di composizione della crisi nella procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento del consumatore, Liquidatore.

² Gli organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM) quali definiti nella Direttiva 2009/65/ e i fondi di investimento alternativi (FIA) quali definiti nella Direttiva 2011/61/UE.