

V CONVEGNO ANNUALE DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI
UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

"L'IMPRESA E IL DIRITTO COMMERCIALE: INNOVAZIONE, CREAZIONE DI VALORE,
SALVAGUARDIA DEL VALORE NELLA CRISI"

Roma, 21-22 febbraio 2014

CORRADO PAOLO D'AIELLO

**Il concordato "con riserva": una procedura concorsuale "cautelare"
soggetta all'applicazione del Regolamento (CE) n. 1346/2000.**

SOMMARIO: 1. Delimitazione del campo d'indagine - 2. Il modello europeo di governo delle insolvenze transfrontaliere e i criteri di riparto della giurisdizione - 3. Legge applicabile e divieto di azioni esecutive individuali - 4. Automatico riconoscimento della decisione di apertura, criterio di priorità e propagazione degli effetti - 5. Le procedure che rientrano nel campo di applicazione del Regolamento CE n. 1346/2000: il carattere tassativo degli Allegati - 6. Il concordato "con riserva" transfrontaliero e l'applicabilità del Regolamento CE n. 1346/2000 - 6.1. L'assimilazione del concordato "con riserva" al concordato "tradizionale" - 6.2.- Una possibile soluzione alternativa: il concordato "con riserva" come "procedura concorsuale cautelare" - 7. Conclusioni.

1. Delimitazione del campo d'indagine

Il blocco immediato¹ delle azioni individuali (esecutive e cautelari) costituisce uno dei cardini sui quali si fonda il concordato "con riserva". L'intento è quello di assicurare all'imprenditore lo "spazio temporale"

¹ Ovvero: a partire dalla pubblicazione del ricorso *ex art. 161*, comma 6, l. fall. nel registro delle imprese (art. 168 l. fall.).

necessario ad elaborare una seria (*rectius*: non abusiva) proposta di soluzione della crisi d'impresa, al riparo dalle "aggressioni" dei singoli creditori².

Ciò posto, l'eventuale presenza di elementi di estraneità rispetto al nostro ordinamento impone di verificare se (e in che modo) gli strumenti sovranazionali di governo delle crisi d'impresa siano idonei a garantire, a loro volta, la propagazione del c.d. ombrello protettivo. In caso contrario, il debitore resterebbe esposto alla pressione dei creditori in grado di aggredire individualmente i beni dislocati all'estero³. Di conseguenza, gli obiettivi perseguiti dal Legislatore nazionale potrebbero essere (almeno in parte) vanificati.

Limitando l'indagine alle insolvenze transfrontaliere di rilievo europeo, occorre chiedersi quali regole trovino applicazione, qualora la domanda di concordato "con riserva" sia presentata da un imprenditore con *centre of main in interests* (c.d. COMI) in Italia e beni dislocati in altri Stati membri soggetti all'applicazione del Regolamento CE n. 1346/2000⁴ (c.d. EIR). Va chiarito, più in particolare, se il concordato "con riserva" rientri o meno nell'alveo applicativo dell'EIR; e se, in tale "procedimento", sia o meno identificabile una "decisione di apertura" suscettibile di "automatico riconoscimento" in ambito europeo.

² Per tutti, v.: TERRANOVA, *Il concordato «con continuità aziendale» e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 6-7; nonché M. FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1052 e 1053..

³ Negli stessi termini: E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un procedimento concorsuale da inserire nell'ambito di applicazione del Regolamento (CE) n. 1346/2000: lo richiede la Commissione Europea*, in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 351 ss.

⁴ Il Regolamento CE n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza, è entrato in vigore il 31 maggio 2002 (art. 47) e non trova applicazione qualora l'apertura della procedura principale venga disposta in Danimarca (v. *considerando* n. 33). Su tali aspetti, v.: I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria. Modelli di riferimento e diritto interno*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 130 ss. e spec. p. 131; G. MONTELLA, *Disposizioni transitorie e finali*, in P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 263 ss.

A ben vedere, l'indagine così delineata presuppone:

i) da un lato, l'analisi del modello di "governo" delle insolvenze transfrontaliere accolto in ambito europeo, delle regole alle quali è demandato il suo concreto funzionamento, nonché dei criteri di selezione delle procedure che rientrano nel suo alveo applicativo;

ii) dall'altro, l'analisi del nuovo concordato "con riserva" e la presa di posizione in ordine al suo rapporto con le altre procedure (concordato preventivo o accordo di ristrutturazione dei debiti) contemplate dalla nostra legge fallimentare, al fine di verificare se esso debba essere considerato una semplice modalità alternativa di accesso a queste ultime o se, al contrario, ad esso possa essere in qualche modo riconosciuta natura autonoma, nell'ambito di un'ipotetica (e ancora tutta da verificare) categoria di "procedure concorsuali cautelari".

Seguendo queste due direttrici, si tenterà di fornire una soluzione – si spera non del tutto insoddisfacente – al problema dell'applicabilità dell'EIR ai concordati "con riserva" transfrontalieri. A tal fine, si terrà conto della disciplina europea attualmente in vigore, segnalando ove possibile il tenore delle modifiche proposte dalla Commissione Europea nel dicembre 2012, all'esito del procedimento di "revisione" dell'EIR⁵.

2. Il modello europeo di governo delle insolvenze transfrontaliere e i criteri di riparto della giurisdizione

Il modello di governo delle insolvenze transfrontaliere accolto dall'EIR è ispirato al principio della c.d. universalità limitata. Si rinuncia,

⁵ La proposta di modifica all'EIR [«*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings*», COM(2012), 744 Final] è stata presentata dalla Commissione Europea nel dicembre 2012, ed è pubblicata in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 490 ss. Nel settembre 2013, è stato licenziato dalla Commissione giuridica del Parlamento europeo il «*Progetto di Relazione sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio relativo alle procedure d'insolvenza*». Sul tema, v. E. FRASCAROLI SANTI, cit. (nt. 2), p. 348 ss.

in tal modo, all'idea di una procedura concorsuale "unica", in luogo della possibile apertura di più procedure nazionali a carico del medesimo debitore⁶.

Ruolo cruciale, in quest'ottica, assume la disciplina della "concorrenza" tra procedure, a partire da quelle norme (art. 3) che fissano i criteri di riparto della giurisdizione e dalle quali, peraltro, si intuisce subito che le procedure "contestuali" non sono destinate a collocarsi tutte sullo stesso piano. In altre parole, la ipotetica - e non necessaria - coesistenza di più procedure concorsuali nazionali è affidata a specifiche disposizioni di coordinamento, nelle quali si riflette la "gerarchia" dei criteri di riparto della *international jurisdiction*.

Il fulcro del modello è la distinzione tra:

i) la sola e unica procedura c.d. *principale*, aperta dai giudici dello Stato membro nel quale è situato il COMI del debitore e idonea a ricomprenderne l'intero patrimonio (art. 3, par. 1);

ii) una o più procedure c.d. *locali*, che possono seguire o (solo a determinate condizioni) anticipare l'apertura di quella *principale*, ma che sono in entrambi i casi (e in vario modo) ad essa subordinate, hanno effetti limitati ai soli beni del debitore collocati nel territorio dello *Stato di apertura*, sono orientate anche alla salvaguardia di interessi locali e, infine, possono essere aperte dai giudici dello Stato membro nel quale il debitore possieda una *dipendenza* (art. 3, par. 2).

In sintesi, l'EIR non disciplina una nuova "procedura concorsuale europea", ammettendo, invece, l'apertura di più procedure nazionali a

⁶ Sui principi di universalità e territorialità e sui modelli di governo delle crisi ad essi ispirati, senza alcuna pretesa di esaustività, v.: per la dottrina straniera, M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, The Hague, 2004, 12 ss.; per la dottrina italiana, I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria. Modelli di riferimento e diritto interno*, Giappichelli, Torino, 2007, *passim*; F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Giuffè, Milano, 2010, p. 205.

carico dello stesso soggetto. Tra queste, però, sarà possibile identificarne una *principale* - basata sul criterio "sovraordinato" del COMI - con vocazione schiettamente universale⁷. Sicché, qualora manchino i presupposti per l'apertura di procedure *locali* - basate sul criterio "subordinato" della dipendenza - quella *principale* non subirà limitazioni alla propria tendenziale universalità (cfr. art. 17, par. 1).

La rilevanza dei criteri di riparto della giurisdizione nell'economia dell'EIR è indubbia⁸. L'intero modello, peraltro, sembra postulare che siffatti criteri siano (quanto più possibile) prevedibili e a prova di abusive manipolazioni, dipendendo da essi la "graduazione" delle procedure e l'individuazione della legge fallimentare nazionale con attitudine espansiva rispetto all'ordinamento di origine⁹.

⁷ In dottrina, v. D. GALLETTI, *L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, I, p. 550; I. MEVORACH, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, Oxford, 2009, p. 69 e p. 90; M.B. DE BOER e B. WESSELS, *The Dominance of Main Insolvency Proceedings under the European Insolvency Regulation*, in *International Insolvency Law: themes and perspectives*, a cura di P.J. OMAR, Ashgate, 2008, p. 187. Il rapporto tra procedura principale e procedure locali è stato analizzato negli studi di G. MONTELLA, *La procedura secondaria: un rimedio contro il forum shopping del debitore nel Regolamento CE n. 1346/2000*, in *Fallimento*, 2009, p. 1299; ID., *Procedura principale universale e procedure secondarie territoriali nel Regolamento CE n. 1346/2000*, *ivi*, 2011, p. 1386.

⁸ L'assunto trova conferma nei ripetuti interventi della Corte di Giustizia, chiamata in più occasioni a pronunciarsi sulla nozione autonoma di "centro degli interessi principali del debitore". Tra i casi più significativi vanno segnalati: Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, in causa C-341/04, *Eurofood Ifsc Ltd*, in *Fallimento*, 2006, 1249 (la risonanza del caso *Eurofood* a livello planetario è testimoniata dai numerosissimi scritti ad esso dedicati, tra i quali: S.L. BUFFORD, *Centre of main interest, international insolvency case venue, and equality of arms: the Eurofood decision of the European Court of Justice*, in *27 Northwestern Journal of International Law & Business*, Winter 2007, p. 351; H.C. DUURSMA-KEPPLINGER, *Aktuelle Entwicklungen zur internationalen Zuständigkeit für Hauptinsolvenzverfahren - Erkenntnisse aus Staubitz-Schreiber und Eurofood*, in *ZIP*, 2007, p. 896; L. FUMAGALLI, *Apertura della procedura principale, competenza giurisdizionale e riconoscimento della decisione*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 313; F.M. MUCCIARELLI, *Eurofood, ovvero: certezza del diritto formale e incoerenza dei principi*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 1224); Corte di giustizia CE, 20 ottobre 2011, in causa C-396/09, *Interedil*, in *Fallimento* 2012, p. 535; Corte di Giustizia CE, 15 dicembre 2011, in causa C-191/10, *Rastelli*. Per una complessiva disamina di tali decisioni v. G. MONTELLA, *la Corte di giustizia e il COMI: eppur (forse) si muove*, in www.ilfallimentarista.it; nonché, da ultimo, G.C. GIORGINI, *Il centro degli interessi principali del debitore insolvente in diritto comparato*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 612 ss.

⁹ La proposta di modifica elaborata dalla Commissione Europea - recependo le osservazioni raccolte nel corso della procedura "revisione" e, di conseguenza, al fine di

Una volta distribuita la giurisdizione tra i vari Stati dell'Unione, la funzionalità del modello dovrebbe essere garantita dall'applicazione alla procedura concorsuale della legge dello *Stato di apertura*, dall'automatico riconoscimento della *decisione di apertura* e delle altre decisioni che da essa derivino, nonché dalla propagazione in ambito europeo degli effetti connessi alla procedura *principale*.

3. Legge applicabile e divieto di azioni esecutive individuali

La regola generale sul conflitto di leggi è consacrata dalle disposizioni dell'art. 4. Questa norma, senza fare invero alcuna distinzione tra procedura *principale* e procedure *locali*, impone che si applichi “*alla procedura di insolvenza e ai suoi effetti la legge dello Stato membro nel cui territorio è aperta la procedura*” (art. 4, par. 1). Vale a dire, quanto alla procedura *principale*, che la *lex fori* è naturalmente destinata ad espandersi oltre i confini dello *Stato di apertura*, assumendo il ruolo di *lex concursus*¹⁰ a livello europeo e determinando, di tal guisa, la propagazione degli effetti da essa contemplati anche negli altri Stati dell'Unione.

La regola della *lex fori* subisce un'eccezione nelle fattispecie previste dagli articoli dal 5 al 15¹¹, per le quali l'individuazione della legge applicabile avviene in virtù di criteri di collegamento distinti rispetto a quello dello *Stato di apertura*. Ciò avviene, ad esempio, in relazione ai diritti reali dei terzi (art. 5), nonché ai contratti di lavoro (art. 10).

chiarire “*the jurisdiction rules*” e migliorare “*the procedural framework for determining jurisdiction*” – è intervenuta non solo sull'art. 3, al quale vengono affiancati i nuovi artt. 3a e 3b, ma anche sul *considerando* n. 13, scomposto nei nn. 13a e 13b

¹⁰ L. FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza: competenza internazionale, legge applicabile e riconoscimento delle decisioni straniere*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 697.

¹¹ L. FUMAGALLI, *Atti pregiudizievoli tra sostanza e processo: quale legge regolatrice per la revocatoria fallimentare*, in *Int'l Lis*, 2007, p. 69: il Regolamento limita la “*presa*” della “*lex fori concursus*”, “*per tenere conto dell'interferenza che con essa possano avere le leggi regolatrici di rapporti interessati dalla procedura di insolvenza e sulla base delle quali essi si sono svolti*”; M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, cit. (nt. 6), p. 70 ss.

Ad ogni modo, alla *lex fori concursus* è espressamente devoluta la disciplina degli effetti che la procedura determina sulle azioni giudiziarie individuali spettanti ai creditori (art. 4, par. 2, lett. f).

Nel caso *MG Probud Gdynia*¹², la Corte di Giustizia si è occupata degli effetti della procedura *principale* sulle azioni esecutive individuali intraprese, stabilendo che: “*successivamente all’apertura di una procedura principale (...), le autorità di altro Stato membro – in cui non sia aperta alcuna procedura [locale] – non hanno il diritto di ordinare, sulla base della lex fori, provvedimenti esecutivi sui beni del debitore qualora i) non lo permetta la legislazione dello Stato di apertura e ii) non siano soddisfatti gli ulteriori presupposti indicati nello stesso Regolamento*”. Più in concreto, se la legge dello Stato di apertura (nel caso di specie, la Polonia) della procedura *principale* non consente di intraprendere o proseguire azioni esecutive individuali sui beni del debitore, le autorità degli altri Stati membri (nel caso di specie, la Germania) non possono adottare provvedimenti di natura esecutiva sui beni che siano ivi dislocati.

La pronuncia *MG Probud Gdynia* conferma l’attitudine espansiva della procedura *principale* e, con essa, il ruolo della *lex fori concursus* nella individuazione degli effetti che l’apertura di tale procedura determina nei confronti dei creditori. Ne consegue che, in mancanza di specifiche disposizioni di segno contrario¹³, la procedura *principale* travalica i confini nazionali, imponendo a tutti i creditori (stranieri e non) – e rispetto a tutti i beni del debitore, ovunque collocati all’interno dell’Unione – lo *stay* previsto dalla legge dello Stato di apertura.

¹² Corte di Giustizia CE, 21 gennaio 2010, in causa C-444/07, *MG Probud Gdynia*, in *Fallimento*, 2010, p. 911, con nota di I. QUEIROLO; in *Int’l Lis*, 2010, p. 74, con nota di S. GIOVANNINI, cui è d’obbligo il rinvio per una dettagliata ricostruzione della vicenda e delle questioni pregiudiziali poste alla Corte di Giustizia.

¹³ I. QUEIROLO, *Apertura di una procedura principale di insolvenza e provvedimenti esecutivi in altro Stato membro*, in *Fallimento*, 2010, p. 916, osserva che la Corte aveva preventivamente escluso che vi fossero i presupposti per l’applicazione degli artt. 5 e 10 del Regolamento (cfr. punto n. 42 della sentenza).

4. Automatico riconoscimento della decisione di apertura, criterio di priorità e propagazione degli effetti

La circolazione in ambito europeo della *decisione di apertura* – da intendersi, “*in relazione all’apertura di una procedura d’insolvenza o alla nomina di un curatore, [quale] decisione di qualsiasi giudice competente a aprire tale procedura o a nominare un curatore*” (art. 2, lett. e) – e dei suoi effetti è garantita dalle seguenti disposizioni.

i) Quelle dell’art. 16, par. 1, stando alle quali la *decisione di apertura* adottata da un giudice competente ex art. 3 è riconosciuta in tutti gli altri Stati membri non appena essa diviene efficace nello *Stato di apertura*. Con l’ulteriore precisazione che il *momento* in cui la procedura può dirsi “aperta” è quello a partire dal quale la *decisione di apertura* (definitiva o meno) comincia a produrre effetti (art. 2, lett. f)¹⁴.

ii) Quelle dell’art. 17, par. 1, stando alle quali la *decisione di apertura* della procedura *principale* produce in ogni altro Stato membro, senza altra formalità, gli effetti previsti dalla legge dello *Stato di apertura*. Salvo disposizione contraria del Regolamento e fintantoché, in tale altro Stato membro, non è aperta una procedura locale.

L’art. 16, par. 1, in particolare, fa sì che la procedura d’insolvenza aperta per prima, nello Stato in cui si ritiene sia individuabile il COMI, debba essere immediatamente riconosciuta in tutti gli altri Stati, divenendo la sola procedura *principale* ammissibile nell’Unione. In tal modo, peraltro, il modello europeo risolve i possibili conflitti positivi di giurisdizione in base ad un rigido criterio di prevenzione temporale¹⁵.

¹⁴ Peraltro, l’art. 25, estende la regola dell’automatico riconoscimento anche alle pronunce in qualche modo collegate alla decisione di apertura e che in essa trovino il proprio presupposto.

¹⁵ v. Cass., Sez. Un., 14 aprile 2008, n. 9743, in *Fallimento*, 2008, p. 1149, con nota di G. MONTELLA.

Di regola, pertanto, gli stessi effetti che la *lex fori* associa alla *decisione di apertura* della procedura *principale* si producono in ogni altro Stato membro, non appena essa diviene efficace nello *Stato di apertura* e senza altra formalità (art. 17, par. 1). L'apertura di una procedura *principale* in Italia, ad esempio, produrrà effetti – come lo spossamento (totale o parziale) del debitore o il divieto di azioni esecutive individuali o cautelari imposto ai creditori – che si estendono automaticamente agli altri Stati, senza che siano richiesti un procedimento preventivo di delibazione, il passaggio in giudicato della decisione di apertura o l'espletamento di particolari adempimenti pubblicitari¹⁶.

Prescindendo dalle criticità insite nell'applicazione di un rigido criterio di priorità temporale, si può osservare che il suo corretto funzionamento presuppone: la esplicitazione del concetto di "*decisione di apertura*" (art. 2, lett. e); la individuazione del "*momento*" in cui la "*decisione di apertura*" inizia a produrre effetti e la procedura può considerarsi aperta (art. 2, lett. f).

Ebbene, il "*momento*" va determinato in base a quanto previsto dalla legge dello *Stato di apertura*. Con il rischio, segnalato dalla dottrina, che si esaltino le differenze esistenti tra i diversi ordinamenti e si stimoli, in tal modo, il *forum e law shopping* in favore degli Stati che anticipano la produzione degli effetti sin dalla presentazione dell'istanza o che considerano sufficiente, per l'apertura della procedura, la nomina di un *provisional liquidator*¹⁷.

La Corte di Giustizia ha poi riconosciuto una *decisione di apertura* nella pronuncia con la quale il giudice di uno Stato membro (Irlanda), prima del definitivo accoglimento dell'istanza di avvio di una procedura

¹⁶ v. M. MONTANARI, *Fallimento e sentenza straniera di accertamento di un credito verso il fallito*, in *Fallimento*, 2002, p. 653.

¹⁷ F.M. MUCCIARELLI, cit. (nt. 6), p. 220.

concorsuale elencata nell'Allegato A, aveva nominato un *provisional liquidator* dotato di poteri gestori "sostitutivi" rispetto a quelli degli amministratori della società debitrice¹⁸. Ciò sul presupposto che, con la perdita dei poteri gestori del debitore e con la nomina del *provisional liquidator*, dovrebbero ritenersi già verificate le due conseguenze tipiche di una procedura d'insolvenza (nomina di un *curatore* previsto dall'Allegato C e spossessamento) e sussisterebbero tutti gli elementi identificativi delle procedure comprese nel campo di applicazione dell'EIR (art. 1)¹⁹.

Il che ci conduce al rapporto tra le disposizioni dell'art. 1, par. 1, e gli Allegati.

Va ancora rimarcato, però, che nel caso *Eurofood* il conflitto positivo di giurisdizione tra i giudici di due Stati membri (Italia e Irlanda) è stato risolto dando valore ad una decisione "provvisoria" o "cautelare" (nomina del *provisional liquidator* irlandese), adottata prima ancora che fosse accertata da parte del medesimo giudice la sussistenza di tutti i presupposti - compresa, a quanto pare, la propria giurisdizione *ex art. 3* - per l'avvio della procedura concorsuale richiesta²⁰. Ciononostante, la posizione assunta dalla Corte di Giustizia riecheggia nella proposta di modifica elaborata dalla Commissione Europea e, in particolare, nella nuova versione dell'art. 2²¹.

¹⁸ v. I. QUEIROLO, *L'insolvenza transnazionale*, cit., p. 821.

¹⁹ v. Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, in causa C-341/04, cit., spec. punti nn. 54, 55, 56 e 58.

²⁰ F.M. MUCCIARELLI, cit. (nt. 6), p. 220 e spec. nt. 62; ma anche P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, p. 89 ss.

²¹ Si prevede, più in particolare, che: per Curatore si intende «(i) *any person or body whose function is to administer or liquidate assets of which the debtor has been divested or to supervise the administration of his affairs. Those persons and bodies are listed in Annex C*; (ii) *in a case which does not involve the appointment of, or the transfer of the debtor's powers to, a liquidator, the debtor in possession*» (lett. b); alla categoria delle decisioni di apertura va ascritta «(i) *the decision of any court to open insolvency proceedings or to confirm the opening of such proceedings, and (ii) the decision by a court appointing a provisional liquidator*» (lett. d).

5. *Le procedure che rientrano nel campo di applicazione del Regolamento CE n. 1346/2000: il carattere tassativo degli Allegati*

S'impone, a questo punto, la sintetica disamina del rapporto che intercorre tra l'art. 1, par. 1, e gli Allegati A, B e C.

Il primo indica i requisiti che le procedure d'insolvenza devono possedere affinché rientrino nel campo di applicazione dell'EIR. I secondi, invece, contengono due elenchi di siffatte procedure (Allegato A e Allegato B) e un elenco dei soggetti che in esse assumono la veste di *curatore* o *liquidator* (Allegato C).

Stando all'attuale formulazione dell'art. 1, par. 1, l'EIR si applica alle procedure: (1) concorsuali; (2) fondate sull'insolvenza del debitore; (3) che comportino il suo spossessamento (parziale o totale); (4) oltre che la designazione di un *curatore*.

La concreta individuazione di tali presupposti risente (e va operata tenendo conto) delle peculiarità delle singole procedure concorsuali nazionali. L'EIR, infatti, non si sostituisce alle leggi fallimentari "locali", alle quali resta demandata la "scelta" dei presupposti oggettivi e soggettivi, oltre che degli effetti tipicamente connessi all'apertura della procedura. Anche per questo motivo, ovvero nell'intento di aggirare ostacoli di natura interpretativa, l'EIR fornisce specifici elenchi delle procedure soggette alla sua applicazione e degli organi nominati in occasione della loro apertura.

Nel dettaglio, l'art. 2 precisa che:

a) per "*Procedura di insolvenza*", si intendono le procedure di cui all'art. 1, par. 1, il cui elenco figura nell'Allegato A²²;

b) per "*Curatore*", si intende qualsiasi persona o organo la cui funzione è di amministrare o liquidare i beni dei quali il debitore è

²² Per l'Italia, le procedure di cui all'art. 2, lett. a, sono le seguenti: Fallimento; Concordato preventivo; Liquidazione coatta amministrativa; Amministrazione straordinaria.

sposessato o di sorvegliare la gestione dei suoi affari; l'elenco di tali persone e organi figura nell'Allegato C²³;

c) le “*Procedura di liquidazione*”, sono le stesse della lettera a), allorché comportino la liquidazione dei beni del debitore, anche se la procedura è chiusa in seguito ad un concordato o ad altra misura che ponga fine all'insolvenza o è chiusa a causa di insufficienza dell'attivo; l'elenco di tali procedure figura nell'Allegato B²⁴.

La funzione dell'art. 1, par. 1, va di certo valutata anche in prospettiva, nel senso che esso contempla le “condizioni” che devono essere soddisfatte affinché gli Allegati possano essere aggiornati con l'inserimento di nuove procedure introdotte in ambito nazionale²⁵. Resta dubbio se, in assenza (o in attesa) di formali integrazioni degli Allegati e pur senza svalutare il ruolo ad essi attribuito, possa ritenersi soddisfacente la soluzione che limita l'applicabilità dell'EIR procedure “elencate”²⁶. Se così fosse, in effetti, verrebbero sottratte alla disciplina europea tutte le procedure nazionali introdotte *ex novo*, che, seppur conformi all'art. 1, par. 1, non “risultino” negli Allegati²⁷.

Con specifico riferimento al nostro ordinamento, alcuni spunti di riflessione possono essere tratti dal caso *Eurofood*.

In primo luogo, delle “*Misure urgenti per la ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza*” (c.d. decreto Marzano) nessuno degli Allegati faceva espressa menzione, contenendo (per ovvi

²³ Per l'Italia, i *curatori* di cui all'art. 2, lett. b, sono i seguenti: Curatore; Commissario giudiziale; Commissario straordinario; Commissario liquidatore; Liquidatore giudiziale.

²⁴ La definizione “scompare” nella nuova versione dell'art. 2, accolta nella proposta di modifica della Commissione Europea; del resto non è più necessario che le procedure *secondarie* siano *procedure di liquidazione* (cfr. nuova versione art. 3, par. 3).

²⁵ P. DE CESARI e G. MONTELLA, cit. (nt. 20), p. 60.

²⁶ L. FUMAGALLI, cit., i requisiti dell'art. 1, par. 1, sono condizioni necessarie ma non sufficienti per l'applicazione del Regolamento: questa, infatti, è subordinata soprattutto all'inclusione della procedura nell'Allegato A.

²⁷ F. CORSINI, *Profili transnazionali dell'azione revocatoria fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 167.

motivi temporali) un generico riferimento all'amministrazione straordinaria (evidentemente quella del c.d. *decreto Prodi-bis*). Nondimeno, dando per scontata l'applicabilità dell'EIR, il noto conflitto di giurisdizione tra Italia e Irlanda era nato dal fatto che, rispetto alla stessa società, in Irlanda era stato nominato un *provisional liquidator* in attesa della "definitiva" apertura di una procedura concorsuale ivi richiesta, mentre in Italia era stato poco dopo emanato il decreto ministeriale di apertura dell'amministrazione straordinaria "speciale". In questo quadro, il problema consisteva nello stabilire quale procedura potesse considerarsi aperta per prima, assumendo la veste di procedura *principale*. Ebbene, qualora si ritenga che l'amministrazione straordinaria del *decreto Marzano* e quella del *decreto Prodi-bis* siano due procedure concorsuali distinte²⁸, il caso *Eurofood* sembrerebbe consentire (forse inconsapevolmente) l'applicabilità dell'EIR anche a procedure non espressamente contemplate negli Allegati, benché rispettose delle condizioni prescritte dall'art. 1, par. 1: concorsualità, insolvenza, spossessamento del debitore e designazione di un curatore.

In secondo luogo, come già rilevato in dottrina, anche l'aver considerato quale *decisione di apertura* la semplice nomina di un *provisional liquidator* - in mancanza di una corrispondente previsione dell'Allegato A - potrebbe far propendere per il carattere non tassativo dell'elenco di procedure ivi contenuto, sebbene si riconosca che tale provvedimento "cautelare" abbia determinato comunque lo spossessamento del debitore e la designazione di un curatore "elencato"; e che, inoltre, esso abbia

²⁸ Va detto, però, che in dottrina, pur senza negare i molteplici profili di differenziazione tra l'amministrazione straordinaria "speciale" del *decreto Marzano* e quella "comune" del precedente *decreto Prodi-bis*, si tende a ricondurre la prima all'interno del quadro normativo delineato con la seconda, di cui essa rappresenterebbe solo una variante: A. NIGRO e D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 479.

anticipato la decisione definitiva in ordine alla sussistenza di tutti i presupposti della procedura (anch'essa) "elencata"²⁹.

Il rapporto tra l'art. 1, par. 1 e gli Allegati è stato esaminato anche nella "external evaluation" dell'EIR, condotta dalle Università di Heidelberg e Vienna e propedeutica alla proposta di modifica avanzata dalla Commissione Europea³⁰. È stata evidenziata, più in particolare, l'incertezza derivante dalle "divergenze formali" tra la disciplina europea e le leggi fallimentari nazionali. Divergenze che, più concretamente, possono manifestarsi qualora una procedura nazionale corrisponda alla "sostanza" dell'art. 1, par. 1, ma non alla "forma" degli Allegati; nonché, qualora una procedura già elencata venga significativamente modificata senza darne notizia alla Commissione Europea e senza il corrispondente "aggiornamento" degli allegati. In entrambi i casi, non è certa l'applicabilità del modello europeo.

Da un lato, le esigenze di "prevedibilità" che hanno sempre animato (e tutt'ora animano) l'EIR inducono a ritenere che gli "elenchi" di procedure e di curatori abbiano carattere tassativo e che, di conseguenza, solo le procedure e gli organi espressamente indicati ricadano nella sua sfera applicativa. Dall'altro, è difficile negare l'insufficienza di questo meccanismo, allorché non sia adeguato alla velocità con la quale hanno preso a mutare le leggi fallimentari nazionali. In altri termini, tenuto conto del fatto che l'EIR non recepisce in modo automatico le modifiche introdotte a livello nazionale, la tassatività degli "elenchi" può

²⁹ P. DE CESARI e G. MONTELLA, cit. (nt. 20), p. 62, i quali rilevano anche che il *provisional liquidator* era indicato nell'Allegato C e che la Corte ha fatto risalire l'apertura della procedura *principale* irlandese alla nomina del *provisional liquidator* perché quest'ultima era (non fine a sé stessa, ma) propedeutica in via cautelare all'apertura di una procedura contemplata nell'Allegato A.

³⁰ La «*External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings*» è consultabile in www.mpi.lu ed è stata pubblicata in HESS, OBERHAMMER E PFEIFFER, *European Insolvency Law. Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report*, C.H. Beck-Hart-Nomos, Munich-Oxford-Baden-Baden, 2013.

determinare l'inapplicabilità della disciplina europea a nuove procedure che, pur "sostanzialmente" coerenti con l'art. 1 e con gli obiettivi di politica legislativa perseguiti dall'Unione, non siano "formalmente" non indicate negli Allegati. Valga, in proposito, quanto affermato nella *external evaluation*: «it seems advisable to improve the coordination between Annexes and Art. 1 (1) EIR. One option is to provide for a clear hierarchy between the Annex and the definition in the sense that the definition of Article 1 (1) EIR prevails over the information in the Annexes».

Va detto, però, che la stessa Corte di Giustizia sembra optare per il carattere tassativo degli elenchi di procedure forniti dagli Allegati³¹; e che, inoltre, la Commissione Europea ha manifestato la volontà di non modificare il meccanismo in base al quale il campo di applicazione dell'EIR si identifica con le procedure "listed in Annex A". Sono gli Stati membri, piuttosto, a dover richiedere l'inserimento di eventuali nuove procedure e la Commissione potrà valutare, in tal caso, "whether a national insolvency procedure notified actually fulfils the conditions of the revised definition. This will ensure that only proceedings which fit the rules of the Regulation are listed in the Annex".

Pertanto, non resta che prendere atto della tassatività degli Allegati. Senza negare, però, che questa soluzione resta insoddisfacente, laddove determini - con l'esclusione di una procedura dal campo di applicazione dell'EIR per motivi meramente "formali" - la frustrazione degli obiettivi di politica legislativa perseguiti mediante l'introduzione di nuove

³¹ Cfr. Corte di Giustizia CE, 21 gennaio 2010, in causa C-444/07, cit., spec. punti nn. 39 e 40; nonché Corte di Giustizia, 22 novembre 2012, in causa C-116/11, *Bank Handlowy w Warszawie SA, PPHU «ADAX»/Ryszard Adamiak c. Christianapol sp. z o.o.*, in www.curia.europa.eu: «una procedura, in quanto è iscritta nell'allegato A del regolamento, deve essere considerata rientrante nell'ambito di applicazione del regolamento. Tale iscrizione beneficia dell'effetto diretto e obbligatorio collegato alle disposizioni di un regolamento».

procedure, che siano in sintonia “sostanziale” con l’EIR e con le *policies* ad esso sottese³².

6. Il concordato “con riserva” transfrontaliero e l’applicabilità del Regolamento CE n. 1346/2000

Occorre ora chiedersi se il concordato “con riserva” proposto dal debitore con COMI in Italia rientri nel campo di applicazione dell’EIR e possa beneficiare, in tal modo, della propagazione degli effetti protettivi contemplati dalla legge fallimentare italiana. Occorre verificare, in altri termini, se (e quando) risultino soddisfatte le condizioni “formali” e “sostanziali” di applicabilità della disciplina europea.

Il rilievo pratico della questione è lampante, ove si consideri, per un verso, che tale procedimento può avere anche una durata di sei mesi; per l’altro, che in tale periodo le eventuali azioni individuali (cautelari o esecutive) su beni dislocati in altri Stati membri possono sensibilmente influenzare l’elaborazione del piano e della proposta.

Le risposte ai quesiti dipendono, a ben vedere, dall’inquadramento del concordato “con riserva”.

6.1. L’assimilazione del concordato “con riserva” al concordato “tradizionale”

La prima opzione ricostruttiva si risolve nell’assimilare il concordato “con riserva” ad una nuova domanda di accesso a procedure già disciplinate, ed alla cui struttura il primo sarebbe in qualche modo

³² Questa la formulazione del *considerando* n. 9bis, nella proposta di modifica avanzata dalla Commissione Europea: «È opportuno estendere il campo d’applicazione del presente regolamento a procedure che promuovono il salvataggio del debitore in gravi difficoltà finanziarie, per aiutare le società solide a sopravvivere e dare una seconda opportunità agli imprenditori. Il regolamento andrebbe in particolare esteso alle procedure di ristrutturazione del debitore nella fase di pre-insolvenza, a quelle che mantengono in carica la dirigenza esistente e alle procedure di remissione del debito di consumatori e lavoratori autonomi. Non comportando necessariamente la nomina di un curatore, è opportuno che queste procedure siano disciplinate dal presente regolamento se si svolgono sotto il controllo o la sorveglianza di un giudice».

riconducibile. Si tratterebbe, in particolare, di una modalità diversificata e semplificata di accesso al concordato preventivo, con l'aggiunta della possibile "trasformazione" in un accordo di ristrutturazione. Tale opzione sembra trovare conforto nella collocazione "fisica" delle disposizioni che regolamentano la domanda "con riserva", anch'esse adagate nel corpulento art. 161 l. fall.

Ricondotto il concordato "con riserva" nell'alveo del concordato "tradizionale", è rispetto a quest'ultima procedura che dovrebbe essere vagliata la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 1, par. 1 dell'EIR. Vi è di più che, da un lato, il concordato preventivo compare formalmente tra le procedure elencate nell'Allegato A; dall'altro, il commissario giudiziale rientra tra i *liquidators* elencati nell'Allegato C.

Nel concordato "con riserva", però, la nomina (c.d. anticipata) del commissario giudiziale è facoltativa, essendo rimessa ad una scelta discrezionale del tribunale (art. 161, comma 6, l. fall.). Il commissario, in altri termini, è un organo non necessario dell'apparato organizzativo.

Di conseguenza, nell'ipotesi in cui il tribunale conceda al debitore con COMI in Italia il termine "di grazia" senza disporre la nomina dell'organo tecnico, la mancanza di un dettaglio "formale" (ovvero: la nomina del *liquidator* espressamente previsto dall'Allegato C) potrebbe precludere l'applicazione dell'EIR e il riconoscimento "generalizzato" degli effetti protettivi.

Come si è già detto, questa ricostruzione rigorosa del rapporto tra l'art. 1 dell'EIR e gli Allegati, può svelare la portata delle modifiche introdotte dal legislatore nazionale. In effetti, quand'anche manchi la nomina anticipata del commissario, sarebbe arduo negare al tribunale la qualifica di *liquidator*, da intendere come qualsiasi persona o organo la cui

funzione è di amministrare o liquidare i beni dei quali il debitore è spossessato o di sorvegliare la gestione dei suoi affari (art. 2, lett. b)³³.

Ma tant'è. Il tribunale non figura nell'elenco previsto dall'Allegato C, al quale la stessa Corte di Giustizia ha fatto esplicito riferimento nell'individuare la *decisione di apertura* idonea a "risolvere" il conflitto di giurisdizione *Eurofood*. Ne consegue che, malgrado il *partial divestment* subito dal debitore e le pregnanti funzioni amministrative demandate al tribunale, senza la nomina anticipata del commissario mancherebbe all'appello un requisito formale perché il decreto *ex art. 161*, comma 6, l. fall. possa rappresentare una *decisione di apertura* ai sensi dell'art. 16, par. 1, dell'EIR.

In quest'ottica, solo la mancata nomina di un *liquidator* presente nell'Allegato C ostacolerebbe la realizzazione delle *policies* sottese alla legge fallimentare riformata, impedendo al concordato "con riserva" transfrontaliero di assumere il rango di procedura *principale* e di vedere automaticamente riconosciuti negli altri Stati membri gli effetti protettivi previsti dall'art. 168 l. fall. Il che, a ben guardare, appare in contrasto con la proposta di rendere l'EIR applicabile non solo alle procedure nelle quali "*the debtor is totally or partially divested of his assets and a liquidator is appointed*", ma anche a quelle in cui "*the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a court*"³⁴.

6.2. Una possibile soluzione alternativa: il concordato "con riserva" come "procedura concorsuale cautelare"

Sembra possibile, però, un differente inquadramento del concordato "con riserva". Quest'ultimo, più in particolare, potrebbe essere

³³ Sui limiti all'attività gestionale dell'imprenditore che abbia proposto un'istanza *ex art. 182-bis*, comma 6, l. fall., v.: E. FRASCAROLI SANTI, cit. (nt. 2), 357 e 358

³⁴ Sul punto, v. E. FRASCAROLI SANTI, cit. (nt. 2), p. 351.

configurato quale vera e propria “procedura concorsuale cautelare”, funzionale rispetto all’apertura (eventuale ed alternativa) di altre procedure, ma dotata di autonomi presupposti e connotati di “concorsualità”. Uno spunto, a tal proposito, si rinviene nella stessa proposta di modifica all’EIR elaborata dalla Commissione Europea, che ne estende il campo di applicazione alle procedure concorsuali «provvisorie»³⁵.

La caratura “cautelare” della procedura pare manifestarsi, per un verso, rispetto alla posizione del debitore che da essa ottiene un beneficio diretto e immediato; per l’altro, nei confronti dei creditori che, pur vedendo momentaneamente anestetizzate le proprie pretese, possano avvantaggiarsi del controllo sulla gestione del debitore³⁶. Qualcosa di simile, nel diritto processuale civile, accade nel sequestro liberatorio previsto dall’art. 687 c.p.c., che costituisce «una forma particolare di adempimento per salvaguardare il debitore da ulteriori effetti negativi ogni qual volta egli voglia adempiere ma, per cause indipendenti dalla sua volontà, non lo possa fare»³⁷. Anche nel concordato “con riserva”, è il debitore a richiedere la protezione dalle iniziative individuali dei creditori, allorché, in presenza di una crisi, intenda usufruire del tempo necessario ad elaborare una proposta volta al suo superamento.

³⁵ Nella versione proposta dalla Commissione Europea, l’art. 1, par. 1, prevede che: «Il presente regolamento si applica alle procedure concorsuali giudiziarie o amministrative, comprese le procedure provvisorie, disciplinate dalle norme in materia di insolvenza o ristrutturazione del debito e in cui, a fini di salvataggio, ristrutturazione del debito, riorganizzazione o liquidazione: (a) il debitore è sprossessato, in tutto o in parte, del proprio patrimonio ed è nominato un curatore, oppure (b) i beni e gli affari del debitore sono soggetti al controllo o alla sorveglianza del giudice. Le procedure di cui al presente paragrafo sono elencate nell’allegato A».

³⁶ F. FIMMANÒ, *L’impresa in crisi come oggetto “proprio” della tutela cautelare*, in *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare*, a cura di F. FIMMANÒ, Giuffrè, Milano, 2011, p. 10: la procedura concorsuale può avere «una funzione cautelare in senso lato, collegata al ruolo dei creditori, in quanto costituisce uno degli strumenti di controllo degli stessi sulla gestione».

³⁷ Trib. Santa Maria Capua Vetere, 22 gennaio 2013, in *www.ilcaso.it*.

La caratura “concorsuale”, invece, pare si possa riscontrare nel fatto che anche il concordato “con riserva” presenta caratteri di “universalità”, investendo l’intero patrimonio del debitore, e di “generalità”, coinvolgendo l’intera schiera dei creditori³⁸.

La qualificazione di tale procedura “concorsuale” in chiave “cautelare” ne esprimerebbe l’attitudine ad imprimere un vincolo di destinazione “universale e generale” sul patrimonio del debitore, non immediatamente funzionale alla soddisfazione dei creditori o alla composizione della crisi d’impresa, bensì all’apertura di una successiva procedura (concorsuale o meno)³⁹ a ciò devoluta, fallimento compreso.

Sul piano della concorsualità, peraltro, anche al netto delle norme che riconoscono la prededucibilità dei crediti derivanti dagli atti legalmente compiuti, un’importante appiglio potrebbe essere fornito dalle nuove disposizioni dell’art. 69-bis, comma 2, l. fall. Questa norma, infatti, cristallizza la regola della consecuzione tra procedure, prendendo come possibile riferimento per il decorso a ritroso del “periodo sospetto” anche l’iscrizione del ricorso di concordato “con riserva” nel registro delle imprese.

Non è tutto. All’insorgere del vincolo di destinazione sul patrimonio del debitore, corrisponde l’affiancamento a quest’ultimo di un “apparato organizzativo”, con funzioni di controllo, supervisione e integrazione dei suoi poteri gestori.

³⁸ Per le nozioni e le caratteristiche generali delle procedure concorsuali, v.: A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, volume XXV, Giappichelli, Torino, 2012, p. 146 ss. e spec. 147, 148 e 252; M. SANDULLI, *La crisi dell’impresa*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 3, 5, 39 ss.

³⁹ Le ultime modifiche alla legge fallimentare arricchiscono gli elementi che depongono in favore del carattere “concorsuale” degli accordi di ristrutturazione: TERRANOVA, cit. (nt. 1), p. 15-19; nonché, con specifico riferimento alle implicazioni transfrontaliere, E. FRASCAROLI SANTI, cit. (nt. 2), p. 358-359.

Più in particolare, nell'arco temporale che intercorre tra il deposito del ricorso e l'eventuale decreto di ammissione *ex art. 163 l. fall.*, il debitore conserva la possibilità di compiere gli atti di ordinaria amministrazione, analogamente a quanto previsto dall'*art. 167, comma 1, l. fall.* in caso di concordato "tradizionale". Gli atti di straordinaria amministrazione, invece, risentono dello spossessamento parziale e potranno essere legalmente compiuti al ricorrere di condizioni: (a) si deve trattare di atti urgenti e (b) preventivamente autorizzati dal tribunale⁴⁰.

Non è questa, peraltro, l'unica autorizzazione di cui il debitore che presenti una domanda di concordato "con riserva" è tenuto a munirsi. Ad essa si affiancano, infatti, quelle richieste dagli *artt. 169-bis* (per la sospensione o lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione) e *182-quinquies l. fall.* (per l'erogazione di finanziamenti interinali prededucibili).

Tanto dovrebbe consentire di affermare che, nel concordato "con riserva" (ovvero: dal deposito del relativo ricorso in cancelleria), il debitore è soggetto ad un *partial divestment*, al quale corrisponde la creazione di un apparato organizzativo munito di numerosi poteri tutori, di controllo e di supervisione (*liquidator*). Di tale apparato organizzativo, mentre il tribunale rappresenta una componente "necessaria", il commissario giudiziale di nomina anticipata rappresenta una componente "eventuale". In quest'ottica, al decreto *ex art. 161, comma 6, l. fall.* dovrebbe essere ricondotta, almeno sul piano interno, l'apertura della procedura.

Sotto questo profilo, è possibile cogliere la distinzione tra la procedura "concorsuale cautelare" ed i "provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa", che possono essere

⁴⁰ In dottrina, sugli atti eccedenti la ordinaria amministrazione ai sensi dell'*art. 161, comma 7, l. fall.*, v.: M. FABIANI, cit. (nt. 1), p. 1058; in giurisprudenza, v.: Trib. Terni, 12 ottobre 2012, in *www.ilcaso.it*.

adottati nel corso dell'istruttoria prefallimentare (art. 15, comma 8, fall.). Questi ultimi, infatti, pur potendo condurre a varie forme di spossessamento, non potrebbero anticipare altri effetti tipici della sentenza costitutiva, come ad esempio «*lo status di fallito o la decorrenza del c.d. periodo sospetto ai fini delle azioni revocatorie, o l'improcedibilità delle procedure esecutive individuali*»⁴¹. Non pare, in altri termini, che l'adozione di misure cautelari ex art. 15, comma 8, l. fall. possa determinare l'anticipazione di effetti in tutto e per tutto assimilabili a quelli derivanti dalla successiva apertura della procedura concorsuale; e che, di conseguenza, tale fattispecie possa essere assimilata a quella dell'apertura del concordato "con riserva" ex art. 161, comma 6, l. fall.

Per quanto concerne, infine, gli effetti nei confronti dei creditori, alla domanda di concordato "con riserva" è immediatamente⁴² associato lo *stay* dei creditori: "*dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore*" (art. 168, comma 1, l. fall.). Inoltre, i creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice nei casi previsti dall'art. 167 l. fall., e le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data l'iscrizione nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori (art. 168, comma 3, l. fall.)⁴³. L'intento del

⁴¹ Così: FIMMANÒ, cit. (nt. 36), p. 24, ma v. anche p. 27-29.

⁴² O meglio: dal momento in cui essa diviene "pubblica" con l'iscrizione nel registro delle imprese. Con specifico riferimento alla "pubblicazione" del ricorso ex art. 182-bis, comma 6, l. fall., nel senso che essa debba essere intesa quale "iscrizione" dell'istanza del registro delle imprese, v.: P. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 255.

⁴³ Sul divieto di azioni esecutive e cautelari nel concordato preventivo, da ultimo, v.: S. RONCO, *Brevi note sul blocco delle misure esecutive e cautelari nel concordato preventivo*:

nuovo istituto, si è detto, è quello di consentire al debitore, nell'arco temporale che va dall'iscrizione del ricorso alla scadenza del termine concesso dal tribunale, di beneficiare *“di un ombrello protettivo contro le aggressioni esecutive dei creditori, le azioni cautelari e l'iscrizione unilaterale di diritti di prelazione”*⁴⁴.

Ebbene, se il concordato “con riserva” fosse idoneo ad assumere la veste di “procedura concorsuale cautelare”, è rispetto a tale nuova procedura che andrebbe autonomamente verificata la sussistenza di tutti requisiti (“formali” e “sostanziali”) attualmente richiesti per l'applicazione dell'EIR. Del resto, come si è detto, la stessa modifica proposta dalla Commissione Europea estende la sfera applicativa della disciplina alle *“interim proceedings”*.

Quanto ai requisiti “sostanziali”, alla luce delle considerazioni esposte, è possibile affermare che:

i) non pare sussistano dubbi sullo spossessamento del debitore e sulla presenza di un apparato organizzativo, al quale è affidato un ruolo (temporaneo) di supervisione e integrazione dei poteri gestori del debitore;

ii) neppure sembra discutibile, al fine di ottenere la concessione del termine di grazia di cui all'art. 161, comma 6, l. fall., la necessaria sussistenza dei noti presupposti soggettivi e oggettivi; con l'ulteriore precisazione che il tribunale dovrebbe vagliare la propria giurisdizione, ovvero il collocamento in Italia del COMI del debitore al momento del deposito del ricorso;

iii) non potrebbe negarsi, infine, la “concorsualità” della procedura.

problemi esegetici e novità della riforma, in www.ilfallimentarista.it; nonché F. ROLFI, *La generale intensificazione dell'automatic stay*, in www.ilfallimentarista.it.

⁴⁴ F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, p. 2.

Anche in questo caso, però, l'applicabilità dell'EIR potrebbe essere messa in discussione per ragioni di carattere "formale".

Il primo impedimento sarebbe rappresentato dall'eventuale mancanza del commissario, ovvero del *liquidator* contemplato dall'Allegato C. Ad esso, preso atto della tassatività degli Allegati, potrebbe porsi rimedio solo ricorrendo alla "nomina anticipata" contestuale alla concessione del termine "di grazia" di cui all'art. 161, comma 6, l. fall.

Il secondo impedimento sarebbe rappresentato dal fatto che il concordato "con riserva" non figura tra le procedure elencate nell'Allegato A. Nondimeno, questo ostacolo sembra superabile valorizzando le affermazioni contenute nella sentenza *Eurofood* e, in particolare, la funzione "cautelare" della nomina di un *liquidator* contemplato nell'Allegato C, associata la *partial divestment* del debitore, rispetto alla successiva apertura di un'altra procedura - questa sì - contemplata dall'Allegato A (concordato preventivo).

In tal modo, al decreto con il quale il tribunale concede il termine "di grazia" potrebbe essere attribuita la qualifica di "decisione di apertura" rilevante ai fini dell'EIR. Con conseguente propagazione in ambito europeo del divieto associato alla iscrizione del ricorso nel registro delle imprese.

La qualifica del concordato "con riserva" quale "procedura concorsuale cautelare" non sarebbe priva di conseguenze applicative sul piano del diritto fallimentare interno. Essa, infatti, potrebbe consentire un più proficuo inquadramento sistematico dell'istituto e, più in particolare, l'estrapolazione della sua disciplina dalle norme dedicate al concordato "tradizionale" nelle quali risulta incorporata.

In altri termini, la caratura "cautelare" e "concorsuale" della procedura consentirebbe di applicare al concordato "con riserva" tutte le

norme che, nella disciplina del concordato preventivo “tradizionale”, associano effetti (per il debitore e per i creditori) alla presentazione (o iscrizione) della domanda e all’apertura della procedura, comprese quelle richiamate dall’art. 169 l. fall. Con l’esclusione, però, di quelle che contemplano effetti non compatibili con la funzione “cautelare” della procedura. In quest’ottica, ad esempio, potrebbe trovare soluzione la disputa circa l’applicabilità dell’art. 169-*bis* l. fall. al concordato “con riserva”, al di là delle questioni esegetiche legate al tenore letterale della norma: è evidente, infatti, che la sospensione del contratto in corso di esecuzione presenta maggiori margini di compatibilità con la funzione cautelare della procedura; all’opposto, meno compatibile con tale funzione pare la possibilità di sciogliere anticipatamente i contratti.

7. Conclusioni.

La diffusione in ambito europeo dell’effetto protettivo previsto dall’art. 168 l. fall. dipende dalla riconducibilità del concordato “con riserva” all’alveo applicativo dell’EIR e, più in particolare, alla possibilità di ascrivere al decreto *ex art.* 161, comma 6, l. fall. la qualifica di “decisione di apertura” rilevante ai fini di tale disciplina e, come tale, automaticamente “riconoscibile” negli altri Stati dell’Unione.

L’applicazione della disciplina europea, a sua volta, è condizionata dalla sussistenza di requisiti “formali”, oltre che “sostanziali”. Allo stato, peraltro, non pare superabile la tassatività degli elenchi di procedure e di organi contenuti negli Allegati al regolamento. Di conseguenza, è difficile che possa essere assoggettata alle previsioni dell’EIR una procedura non contemplata nell’Allegato A, così com’è difficile che possa essere automaticamente riconosciuta una decisione di apertura che non contempli la nomina di un *liquidator* contemplato dall’Allegato C.

Di tale rigidità non può che prendersi atto, pur senza fare a meno di segnalare i limiti del “dogma della prevedibilità”, allorché esso conduca al mancato riconoscimento di procedure concorsuali nazionali in linea con le condizioni sostanziali di applicabilità dell’EIR e con gli obiettivi di politica legislativa che quest’ultimo si propone di perseguire.

Ciò detto, le strade individuate per ricondurre il concordato “con riserva” alla sfera di applicazione dell’EIR sono due.

Nella prima prospettiva, indubbiamente più rassicurante, il concordato “con riserva” è da considerarsi privo di autonomia rispetto al concordato “tradizionale”, risolvendosi in una modalità diversificata di accesso a tale ultima procedura. In quest’ottica, l’unico dettaglio che impedirebbe il riconoscimento transfrontaliero del decreto *ex art. 161*, comma 6, 1. fall. sarebbe rappresentato dalla mancata nomina del commissario.

Nella seconda prospettiva, il concordato “con riserva” assume le vesti di un’autonoma “procedura concorsuale cautelare”. A sostegno di questa tesi sembrano militare, oltre che le modifiche proposte dalla Commissione Europea all’EIR, la generalità e la universalità del vincolo di destinazione imposto, sia pur provvisoriamente, sul patrimonio del debitore che ottiene la concessione del termine “di grazia” previsto dall’art. 161, comma 6, 1. fall. Anche in questo caso, all’applicabilità potrebbe giungersi valorizzando la funzione cautelare della nomina anticipata del commissario rispetto alla successiva apertura di una procedura concorsuale espressamente contemplata nell’Allegato A.

La seconda ricostruzione non sarebbe priva di risvolti applicativi sul piano del diritto fallimentare interno. Dalla qualifica del concordato “con riserva” quale procedura concorsuale cautelare, più in particolare, potrebbe derivare un appiglio più sicuro nella individuazione delle norme

che, sia pur imprigionate nelle disposizioni degli artt. 160-186-*bis* l. fall., possono ritenersi ad esso applicabili.

Queste, in sintesi, le conclusioni che l'indagine condotta pare suffragare. Nella piena consapevolezza, peraltro, della loro totale opinabilità e del beneficio che esse trarrebbero dal confronto e dalla discussione.