



Heriot-Watt University
Research Gateway

Le Insolvenze Civili e Commerciali nel Regno Unito, in un'Analisi Comparata con la Legislazione Italiana

Citation for published version:

De Gioia-Carabellese, P 2011, 'Le Insolvenze Civili e Commerciali nel Regno Unito, in un'Analisi Comparata con la Legislazione Italiana', *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, vol. 86, no. 6, pp. 529-557.

Link:

[Link to publication record in Heriot-Watt Research Portal](#)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Published In:

Il Diritto fallimentare e delle società commerciali

General rights

Copyright for the publications made accessible via Heriot-Watt Research Portal is retained by the author(s) and / or other copyright owners and it is a condition of accessing these publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

Take down policy

Heriot-Watt University has made every reasonable effort to ensure that the content in Heriot-Watt Research Portal complies with UK legislation. If you believe that the public display of this file breaches copyright please contact open.access@hw.ac.uk providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

DIR. FALL.

IL DIRITTO FALLIMENTARE E DELLE SOCIETA' COMMERCIALI

RIVISTA BIMESTRALE DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

GIÀ DIRETTA DA ITALO DE PICCOLI (1924-1940), RENZO PROVINCIALI (1941-1981),
ANGELO BONSIGNORI (1982-2000) E GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE (1982-2003)

DIREZIONE

GIROLAMO BONGIORNO, CONCETTO COSTA,
MASSIMO DI LAURO, ELENA FRASCAROLI SANTI, LINO GUGLIELMUCCI,
BRUNO INZITARI, GIUSEPPE TERRANOVA, GUSTAVO VISENTINI

estratto



CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI - PADOVA - 2010

LE INSOLVENZE CIVILI E COMMERCIALI NEL REGNO UNITO, IN UN'ANALISI COMPARATA CON LA LEGISLAZIONE ITALIANA

di

PIERDOMENICO DE GIOIA-CARABELLESE (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La principale normativa in materia fallimentare. – 3. Le procedure concorsuali concernenti l'impresa collettiva. – 3A. La *winding-up*. – 3B. La *voluntary winding-up*. – 3C. La *winding-up by the Court*. – 3D. I *petitioners*, ossia i soggetti legittimati a chiedere la *winding-up*. – 3E. Gli effetti della richiesta di *winding-up*. – 3F. Il *Liquidator* (ovvero il liquidatore). – 3G. Effetti legali della *winding-up*. – 4. L'*administration*. – 4A. La richiesta di un *administration order*. – 4B. La nomina di un *administrator* senza *Court order*. – 4C. Gli effetti dell'*administration*. – 4D. Poteri e doveri dell'*administrator*. – 4D(a). Poteri. – 4D(b). Doveri. – 4E. Le "salvaguardie" nell'*administration*. – 4F. Adempimento ovvero cessazione dell'*administration*. – 5. La *receivership* nel *floating charge*; i residui di un istituto in estinzione. – 5A. I doveri del receiver nel *floating charge*. – 5B. La responsabilità per i contratti dell'*administrative receiver* nel *floating charge*. – 5C. Distribuzione degli attivi. – 5D. Adempimenti conclusivi nella *receivership*. – 6. Il *Company Voluntary Arrangement*; un accordo di ristrutturazione del debito di Oltre Canale? – 7. L'insolvenza di tipo civile. – 7A. Profili generali. – 7B. La *sequestration* scozzese. – 7C. Competenza a chiedere la *sequestration*. – 7D. I doveri del *trustee* nella *sequestration*. – 7E. Titolarità e gestione dei beni del fallito nella *sequestration*. – 7F. Cessazione della *sequestration*. – 8. Conclusioni.

1. *Premessa*. – Nell'ordinamento italiano la crisi è usualmente ricondotta – da un punto di vista soggettivo – all'*impresa e all'imprenditore commerciale* (solo marginalmente all'impresa esercitata in forma collettiva, dunque alla società) ⁽¹⁾ e – da un punto di vista oggettivo – all'insolvenza. Per contro,

(*) Avvocato - Solicitor & Notary Public - Ph.D. - LL.M. - Lecturer in Business Law (Heriot-Watt University, Edinburgh).

⁽¹⁾ L'art. 1 della legge fallimentare italiana (ossia del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, modificato dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35 – convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80, e poi dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, di seguito anche la "Legge Fallimentare") delimita il perimetro dei soggetti ai quali può essere applicata la procedura del fallimento ovvero del concordato preventivo

nella legislazione britannica, essa si articola in modo molto diverso. In primo luogo, quanto ai soggetti, l'applicabilità delle vere e proprie procedure concorsuali è limitata esclusivamente all'impresa collettiva dotata di personalità giuridica (dunque alla società di capitali) in quanto la persona fisica, al di là del fatto che sia imprenditore o meno ovvero che abbia posto in essere atti commerciali⁽²⁾, non è assoggettata ad una procedura concorsuale,

usando l'espressione "imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici ed i piccoli imprenditori". È noto a livello domestico che la norma riecheggia l'art. 221 del codice civile, ai sensi del quale "gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici, e i piccoli imprenditori, sono soggetti, in caso di insolvenza, alle procedure del fallimento e del concordato preventivo, salvo le disposizioni delle leggi speciali".

Il fallimento dell'impresa in forma collettiva pare, anche alla luce della tecnica normo-genetica utilizzata e nonostante le ultime riforme intercorse, confinata al limbo della normativa (in particolare agli articoli da 146 a 151 della Legge Fallimentare), quasi ghettonata quale eccezione alla regola (i.e. l'insolvenza dell'imprenditore).

Per commenti sulla disciplina domestica in merito al presupposto soggettivo del fallimento ed in particolare all'assoggettabilità dell'imprenditore commerciale, si vedano: P.F. CENSONI, *I presupposti del fallimento*, in S. BONFATTI & P.F. CENSONI (eds), *Manuale di diritto fallimentare* (2nd edn CEDAM, Padova, 2007) 31, 37; L. POTITO & M. SANDULLI, *Commento sub art. 1*, in A. NIGRO & M. SANDULLI (eds), *La Riforma della legge Fallimentare*, Vol. I, (Giappichelli Editore, Torino, 2006) 3, 11; M. VITIELLO, *I presupposti del fallimento*, in S. AMBROSINI (ed), *Le nuove procedure concorsuali* (Zanichelli, Bologna, 2008) 1, 24; G. CAPO, *I presupposti del fallimento*, in G. FAUCEGLIA & L. PANZANI (eds), *Fallimento e altre procedure concorsuali* (UTET, Torino, 2009) 5, 68; S. FORTUNATO, *Commento sub art. 1 - Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo*, in M. FABIANI (ed), *Il nuovo diritto fallimentare - commentario diretto da Alberto Jorio*, Vol. 1 (Zanichelli, Bologna, 2007) 37, 82.

In merito al fallimento delle società, cfr. senza pretesa di esaustività P.F. CENSONI, *Il fallimento delle società di capitali e delle società con soci a responsabilità illimitata*, in S. BONFATTI & P.F. CENSONI (eds), *Manuale di diritto fallimentare* (2nd edn, CEDAM, Padova, 2007) 385, 407, nonché S. BONFATTI, *Fallimento della società e fallimento dei soci*, in S. BONFATTI & P.F. CENSONI (eds), *Manuale di diritto fallimentare* (2nd CEDAM, Padova, 2007) 408, 410; M. RESCIGNO, *Commento sub Capo X - Del fallimento delle società*, in M. FABIANI (ed), *Il nuovo diritto fallimentare - commentario diretto da Alberto Jorio*, Vol. 1 (Zanichelli, Bologna, 2007) 2121, 2138.

⁽²⁾ È da ricordare che il concetto di imprenditore, di grande rilevanza nel contesto della legislazione commerciale italiana come anche il fulcro della disamina gius-commercialistica, è tema totalmente estraneo a *common law* e *statute* di Oltre Canale. In ambito italiano, la disciplina dell'imprenditore viene esaminata tra gli altri da V. BUONOCORE, *L'imprenditore in generale*, in V. BUONOCORE (ed), *Manuale di diritto commerciale* (9th edn, Giappichelli, Torino, 2009) 49, 97.

Testualmente si afferma quanto segue:

«[...] gli istituti appena menzionati [impresa e imprenditore: n.d.t.] rappresentano l'architrave di tutto il diritto commerciale: se questo aspetto di centralità risalta con maggiore evidenza nei settori delle "società" e del "fallimento" – si ricordi che la società è la forma privilegiata di esercizio dell'impresa in forma collettiva e che presupposto soggettivo delle procedure concorsuali è la qualità di imprenditore commerciale –, non è men vero che anche nel settore dei "contratti" la partecipazione dell'imprenditore in qualità di parte contraente [...] costituisce ormai, in linea di diritto per alcuni ed in linea di fatto per altri, la costante di quasi tutti i contratti

piuttosto ad una insolvenza meramente civile. Ne discende dunque che il fallimento dell'*imprenditore* individuale è concetto estraneo alla disciplina fallimentare inglese e scozzese⁽³⁾. In secondo luogo, da un punto di vista oggettivo, per i casi di insolvenza (o *insolvency*) la relativa disciplina è utilizzata oltre Canale in modo differente che in Italia⁽⁴⁾; in una logica tecnico-aziendale, l'insolvenza non è determinata dallo squilibrio patrimoniale dell'impresa commerciale, piuttosto, e più semplicemente, dall'inadempimento della società (insolvenza commerciale) ovvero dell'individuo (insolvenza civile) in relazione alle proprie obbligazioni contrattuali e nella misura in cui queste non siano contestate. In ogni caso, l'insolvenza, così qualificata, è solo uno dei presupposti oggettivi del fallimento, poiché l'"*espulsione*" della società dal *business* solo in parte può verificarsi per una situazione di insolvenza, essendo per contro i presupposti ben più ampi. Ad azzardare un principio, si potrebbe finanche affermare che alla disciplina del fallimento, che in Italia viene definita disciplina concorsuale dell'insolvenza⁽⁵⁾, corri-

nominati e della totalità di quei nuovi contratti che non hanno ancora ricevuto le stimmate della tipicità legale: tanto da consentire alla dottrina più recente la riscoperta della categoria dei contratti commerciali, o dei contratti di impresa che dir si voglia».

⁽³⁾ Ciò a differenza dell'ordinamento italiano, ove l'imprenditore individuale è il soggetto su cui si incentra la procedura e l'intero impianto normativo. In tal senso si veda L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare* (4th edn, Giappichelli, Torino, 2011) 287. L'A. evidenzia:

"Il fallimento [...] è sorto storicamente come procedura per i mercanti, cioè per quelli che oggi chiamiamo imprenditori individuali esercenti un'attività commerciale, ed anche quando l'attività veniva svolta da compagnie di mercanti, assimilabili alle odierne società personali, la procedura di fallimento investiva i plures mercatores una mercantiam gerentes, piuttosto che la società fra essi costituita. La disciplina del fallimento è stata quindi elaborata per i mercanti e, nella pur plurisecolare evoluzione, è rimasta ancorata nelle sue strutture essenziali al modello dell'imprenditore individuale".

⁽⁴⁾ Nella legislazione nostrana, è noto che, in tema di insolvenza, il lessico dell'art. 5 della Legge Fallimentare prevede, al comma 2, che "[l]o stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni". È noto anche che la dottrina italiana sul punto tende a distinguere due elementi: l'insolvenza "*materiale (o manifesta o soggettiva)*", "*conseguente alla mera determinazione del debitore di non pagare*"; l'insolvenza "*virtuale (o potenziale o presunta od oggettiva)*", di colui che, "*pur volendo pagare in modo regolare, non è più in grado di farlo in relazione alla situazione del suo patrimonio*" (cfr. per tutti e più recentemente, P.F. CENSONI, *I presupposti del fallimento*, in S. BONFATTI & P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare* (2nd edn, CEDAM, Padova, 2007) 21; M. SANDULLI, *Commento sub art. 5 - Della dichiarazione di fallimento*, in M. FABIANI (ed), *Il nuovo diritto fallimentare - commentario diretto da Alberto Jorio*, Vol. 1 (Zanichelli, Bologna, 2009) 84, 103. Si vedrà di seguito che nella legislazione britannica, laddove si fa riferimento all'insolvenza, la stessa è quasi sempre di tipo materiale, e non virtuale.

⁽⁵⁾ Viene correttamente affermato, da un angolo di visuale domestica, quanto segue (P.F. CENSONI, *Introduzione*, in S. BONFATTI & P.F. CENSONI (eds), *Manuale di diritto fallimentare* (2nd edn, CEDAM, Padova, 2007) 1:

«Per "diritto fallimentare" si intende comunemente l'insieme delle regole che disciplinano

sponde nel Regno Unito la legge che disciplina la cessazione dell'impresa collettiva, in quanto estinta (*dissolved*) ovvero incapace di adempiere le proprie obbligazioni. Ne discende che, da un punto di vista terminologico ma anche concettuale, nel riferirsi alle procedure di insolvenza del Regno Unito, particolarmente a quelle concernenti le società, sarebbe più corretto parlare di “*procedure estintive dell'impresa collettiva*” (*dissolution procedures*) – espressione che meglio definisce la peculiarità del fenomeno – anziché di “*procedure concorsuali*” (il *dejà senti*, di qua delle Alpi).

Il presente testo ha lo scopo di lumeggiare le principali regole (a livello tanto di *statutory* quanto di *common law*), concernenti la *insolvency* ovvero la *bankruptcy* ⁽⁶⁾ di oltre Canale, individuando anche, da un punto di vista comparatistico, le divergenze esistenti con la giurisdizione italiana. La disamina si incentrerà sui due principali ordinamenti della Gran Bretagna (Inghilterra/Galles e Scozia) ⁽⁷⁾, sebbene la disciplina legislativa in tema di insolvenza nel Regno Unito sia sostanzialmente “*armonizzata*” ⁽⁸⁾ nell'ambito delle tre giurisdizioni ⁽⁹⁾.

Da ultimo, in una visuale di analisi economica del diritto, il presente articolo cerca: di individuare i riflessi che tali diverse normative possono avere nella realtà degli affari; in particolare, di far emergere la capacità di una legislazione concorsuale di favorire la conservazione dell'impresa, anche in un contesto, per definizione patologico, quale la crisi dell'impresa medesima.

2. *La principale normativa in materia fallimentare.* – Le principali leggi, nella materia fallimentare dell'impresa, sono il c.d. *Insolvency Act 1986* e l'*Enterprise Act 2002*. I regimi della *insolvency* nel Regno Unito sono fondamentalmente quattro e sono articolati a seconda degli obiettivi che la pro-

le procedure c.d. concorsuali, quali il fallimento, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi. [...]».

⁽⁶⁾ A voler sintetizzare, la *insolvency* riguarderà maggiormente le entità collettive; la *bankruptcy* invece l'individuo insolvente.

Per contro, quali aggettivi (rispettivamente, *insolvent* and *bankrupt*), i due termini differiscono per un diverso profilo: il soggetto *bankrupt* è quello sottoposto ad una procedura concorsuale quale conseguenza di una decisione formale, laddove l'*insolvent* potrebbe essere semplicemente la persona o l'entità inadempiente o affetta da un certo squilibrio patrimoniale, ma non necessariamente dichiarata formalmente fallita. Si veda, sul punto, I.F. FLETCHER, *The Law of Insolvency* (4th edn Sweet & Maxwell, London, 2009) 6.

⁽⁷⁾ È noto che l'Irlanda del Nord costituisce un terzo autonomo ordinamento; tuttavia, l'analisi di cui alla presente nota esclude quella giurisdizione. Incidentalmente, si evidenzia che l'Irlanda del Nord tende ad allinearsi, nel proprio *statute* e *case law*, all'Inghilterra, piuttosto che alla Scozia.

⁽⁸⁾ Armonizzazione è concetto notoriamente comunitario, utilizzato in questa sede in senso atecnico e metaforico.

⁽⁹⁾ Dunque, non solo Inghilterra/Galles e Scozia, ma anche Irlanda del Nord.

cedura concorsuale mira ad ottenere; più in particolare, si possono avere le seguenti procedure: (a) la *winding-up* o *liquidation*; (b) la *administration*; (b1) la *receivership*, concernente il *floating charge*, istituto di fatto residuale e destinato a scomparire, in quanto confluito nella *administration*; (c) il *company voluntary arrangement*; (d) il *moratorium*.

In aggiunta a tali procedure, applicabili esclusivamente all'impresa e in particolare all'impresa societaria, vi sono procedure concorsuali di natura civile, applicabili più in generale alla persona fisica (non necessariamente imprenditore⁽¹⁰⁾) che sia inadempiente⁽¹¹⁾.

Nelle more della concreta disamina della relativa legislazione e giurisprudenza, è da chiarire preliminarmente che, a livello di teorica concorsuale, è estremamente difficile affermare a quale filosofia dell'insolvenza l'ordinamento britannico si ispiri, quanto meno a livello di *corporate insolvency* piuttosto che di *personal insolvency*. Infatti, nelle procedure che si vanno a delineare, sono presenti tanto un carattere di massimizzazione della ricchezza dei creditori⁽¹²⁾, nel quale ampia enfasi è prestata ai diritti di natura privata dei creditori, quanto quello di tipo procedurale, in cui particolare importanza è attribuita a tale ultimo aspetto⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ Nelle giurisdizioni britanniche il concetto di imprenditore commerciale è irrilevante; ciò che conta, anche al fine della applicazione della disciplina dell'insolvenza, è stabilire se l'insolvenza o incapacità di adempiere le proprie obbligazioni è riconducibile ad un individuo ovvero ad una entità societaria.

⁽¹¹⁾ Si vedrà di seguito, nel parlare dell'insolvenza civile, che il relativo presupposto è tendenzialmente il mancato pagamento di debiti non contestati, piuttosto che l'insolvenza. Paradossalmente, la formula utilizzata dal legislatore britannico tende ad essere allineata a quanto, in Italia, prevedeva il Codice di Commercio, il cui art. 683 prevedeva che “*il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti per le obbligazioni commerciali è in stato di fallimento*”. (P.F. CENSONI, *I presupposti del fallimento*, in S. BONFATTI e P.F. CENSONI (eds), *Manuale di diritto fallimentare* (2nd edn, CEDAM, Padova, 2007) 1.

⁽¹²⁾ È il così detto *credit wealth maximization, and creditors' bargain*, lumeggiato in passato (in particolare, T. H. JACKSON, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law* (Harvard University Press, Cambridge 1986) *passim*. In tale visuale il diritto fallimentare è visto quale strumento di recupero del credito collettivizzato (*collectivized debt collection device*) nonché quale risposta al così detto “*common pool problem*”, ossia la circostanza in cui diversi co-titolari reclamano propri diritti nei confronti di una unica massa (*common pool of assets*).

⁽¹³⁾ In tale seconda visuale (della c.d. *forum theory*), la legge concorsuale si caratterizzerebbe non tanto per gli aspetti sostanziali, quanto per le stesse sue procedure; in tale logica, la sua essenza sarebbe di stabilire un foro all'interno del quale tutti i portatori di interessi – pecuniari e non – potenzialmente pregiudicati dal business insolvente devono avere la possibilità di essere sentiti. La tesi della centralità della Corte e del foro viene da ultimo richiamata da V. FINCH, *Corporate Insolvency Law Perspectives and Principles* (2nd edn, Cambridge University Press, Cambridge, 2009) 43, sebbene a livello di teorica la paternità vada senz'altro ascritta a A. FLESSNER, “*Philosophies of Business Bankruptcy Law: an International Overview*”, in J.S. ZIEGEL (ed), *Current Developments in International and Comparative Insolvency Law* (Clarendon Press, Oxford, 1994) *passim*.

In realtà è da notare che nel Regno Unito l'impianto concorsuale riguardante l'impresa è stato bensì anticipato quasi tre decenni or sono dal *Cork Committee Report* del 1982⁽¹⁴⁾; tuttavia, sebbene tale *Report* suggerisse chiaramente una serie di principi cui l'impianto concorsuale dovesse essere esplicitamente informato, di fatto il legislatore di Oltre Canale si è limitato ad enunciare, nella versione finale, solo gli obiettivi della riforma, essendo più precisamente questi ultimi a fornire un impianto normativo utile, da un lato, ad evitare *commercial malpractices* (pratiche commerciali illecite) ovvero lo stesso abuso del ricorso a procedure concorsuali, dall'altro a fornire un quadro legislativo chiaro delle procedure di salvataggio delle imprese (*business rescue*).

3. *Le procedure concorsuali concernenti l'impresa collettiva.* – 3A. La *winding-up*. – Analogamente alla nostrana procedura fallimentare, l'obiettivo della *winding-up* ovvero *liquidation* è quello di portare a termine la vita della società⁽¹⁵⁾.

La procedura in parola è eseguita da un *liquidator*, i cui principali doveri sono quelli di:

(a) Definire la lista dei *contributories*, ossia dei soci della società i quali devono ancora versare somme a fronte della quota di capitale da loro sottoscritta;

(b) Perimetrare gli attivi della società;

(c) Pagare i creditori nell'ordine stabilito dalla legge;

(d) Distribuire ai soci gli attivi residui.

Come detto, la procedura ha caratteristiche analoghe al fallimento. Infatti, una volta che la procedura ha avuto inizio, la società non esercita alcuna forma di business (dunque non esercita attività di impresa), tuttavia mantiene la propria personalità giuridica sino a quando non viene sciolta (*dissolution*, secondo la terminologia inglese)⁽¹⁶⁾.

A differenza della procedura fallimentare italiana, la *winding-up* non ne-

⁽¹⁴⁾ *Report of the Review Committee on Insolvency Law and Practice*, Cmnd 8558, June 1992, London, anche riferito come "Cork Report".

⁽¹⁵⁾ Il carattere radicalmente esiziale della procedura viene anche evidenziato in dottrina.

"*Liquidation is a procedure of last resort. It involves a liquidator being appointed to take control of the company and to collect, realise and distribute its assets to creditors according to their legal priority*" (V. FINCH, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles* (2nd edn, Cambridge University Press, Cambridge, 2009) 22.

⁽¹⁶⁾ Nel richiamare la relativa normativa (*Insolvency Act 1986 Schedule 4, paragraph 5*), gli studiosi sottolineano (V. FINCH, *Corporate Insolvency Law, Perspectives and Principles*, cit., 23) che i *liquidators*, una volta dichiarata la *winding-up*, non hanno alcun potere di esercitare gli affari della società salvo per quelli necessari alla *winding-up* medesima.

cessariamente coincide con l'insolvenza della società. Una società può essere *wound up* (dunque posta in *liquidation*) per varie ragioni, anche se generalmente la messa in liquidazione è conseguente al verificarsi di una situazione di insolvenza. Ad esempio, per ragioni diverse dall'insolvenza, una società potrebbe essere posta in *liquidation* per aver la Corte disposto in tal senso al fine di proteggere le minoranze.

Alla luce di ciò la *liquidation* può essere *compulsory* (dunque obbligatoria, in quanto disposta da un *Court order*) ovvero *voluntary* (quindi *volontaria*, in quanto decisa, ad esempio, dai soci con propria delibera).

3B. La *voluntary winding-up*. – La *winding-up* volontaria può discendere o da una iniziativa dei soci ovvero per mano dei creditori. Una *voluntary winding-up* in ogni caso, al di là di chi assume l'iniziativa nello specifico, richiede che sia assunta una delibera da parte della società: in sede di assemblea ordinaria, se lo statuto (*articles of association*) prevede che la società deve essere portata ad estinzione dopo un certo periodo di tempo ovvero in coincidenza con un certo evento; in sede di assemblea straordinaria, se i soci vogliono porre in *liquidation* la società per qualunque altra ragione.

Da un punto di vista più procedurale, poi, ai sensi della *Section 84, Insolvency Act 1986*, la delibera che dispone la *liquidation* deve essere notificata al *Registrar* competente a seconda della giurisdizione e pubblicizzata entro 14 giorni nel relativo organo ufficiale (ad esempio, la *Edinburgh Gazette* in Scozia).

La *voluntary winding-up*, disposta dai soci, richiede, quale condizione essenziale, che gli amministratori facciano una dichiarazione che la società è in grado di adempiere le proprie obbligazioni, entro dodici mesi dall'inizio della procedura. La dichiarazione, insieme allo stato patrimoniale della società (gli *assets and liabilities declaration*) devono essere inviati al *Registrar of Companies*. In altre parole, la *voluntary winding-up*, chiesta dalla società medesima, presuppone che la società sia solvente; altrimenti, si avrà la *creditors voluntary winding-up*, ossia la *winding-up* chiesta dai creditori.

La *winding-up* chiesta dai creditori può verificarsi allorchè:

(i) la *voluntary winding-up* disposta dai soci è iniziata; tuttavia, è evidente che la società non può pagare i propri debiti nella loro interezza;

(ii) gli amministratori non siano in grado di redigere una dichiarazione di solvibilità e, peraltro, la società ha deliberato la *winding-up*.

Nel caso di *creditors' winding-up*, la società deve convocare l'assemblea dei creditori. Ai creditori, in tal caso, deve essere dato un avviso di almeno sette giorni, il quale deve essere pubblicato nella gazzetta ufficiale (ad esempio la *Edinburgh Gazette*, nel caso della Scozia) e in due giornali locali. Tanto i creditori quanto la società devono nominare un liquidatore; in caso di disaccordo, prevale la scelta dei creditori. In ogni caso, sia un singolo cre-

ditore sia un azionista possono fare domanda alla Corte affinché venga disposta la *winding-up*.

3C. La *winding-up by the Court*. – La *winding-up by the Court* è una *liquidation* di natura obbligatoria e quindi, non volontaria.

I presupposti per chiedere la *compulsory liquidation* sono precisati dall'*Insolvency Act 1986*, alla *Section 122*, e vengono qui di seguito descritti:

(i) La società ha approvato una delibera straordinaria secondo cui la società medesima deve essere messa in *liquidation* dalla *Court*;

(ii) La società è stata iscritta quale *public company*, tuttavia il *trading certificate* (il certificato attestante il fatto che la stessa opera) non è stato emesso entro un anno;

(iii) La società non ha iniziato alcuna attività entro un anno dalla sua iscrizione (*registration*) ovvero ha sospeso il proprio business per un anno o più;

(iv) La società non è in grado di pagare i propri debiti;

(v) La società – peraltro di piccole dimensioni – ha beneficiato di *moratorium*, senza portare a compimento in ventotto giorni il *company voluntary arrangement (petition by creditors)* e peraltro il *moratorium* è terminato;

(vi) La *Court* ritiene giusto e ragionevole che la società sia posta in *liquidation*;

(vii) Il *Department of Business Innovation and Skills* (dipartimento all'interno di ciò che, in Italia, è il Ministero dell'economia) considera che è opportuno che la società sia posta in *liquidation* nel pubblico interesse;

(viii) Sussiste un *floating charge* sui beni della società e la Corte riconosce che la garanzia di cui è titolare il creditore è a rischio, in quanto a causa delle circostanze ritiene che la società possa disporre dei suoi beni in pregiudizio del creditore garantito dal *floating charge* ⁽¹⁷⁾.

Appare evidente, da quanto esposto e, in specie, dalla disamina dei presupposti, che la *liquidation* viene utilizzata nel Regno Unito quale sorta di combinazione fra la liquidazione vera e propria di tipo societario e il fallimento.

Le caratteristiche peculiari del fallimento si rinvergono nella circostanza che la società non risulta essere in grado di adempiere le proprie obbligazioni e, in particolare, al verificarsi di uno dei seguenti presupposti di cui all'*Insolvency Act 1986*, *Section 123*; in particolare:

(i) la società è inadempiente nel pagamento di più di 750 sterline nelle ultime tre settimane, sulla base di una domanda scritta (*written demand*) da parte del creditore;

⁽¹⁷⁾ Tale norma si applica solo in Scozia.

(ii) il creditore dispone di un decreto ovvero di una sentenza per il pagamento di un debito e ha la prova di averlo attivato senza successo⁽¹⁸⁾;

(iii) È stato provato che la società non è in grado di pagare i propri debiti in quanto gli stessi sono scaduti, ovvero i suoi attivi sono inferiori alle passività.

È da notare in proposito che, anche se vi sono i presupposti per la *liquidation*, la Corte adita ha ampia discrezione per rifiutare la richiesta⁽¹⁹⁾.

3D. I *petitioners*, ossia i soggetti legittimati a chiedere la *winding-up*. – Sono legittimati (*legal standing*) a chiedere la *winding-up* i soggetti di seguito indicati (*Section 124*): (i) La società stessa, ovvero i propri amministratori; (ii) In Inghilterra, l'*Official Receiver*⁽²⁰⁾; (iii) Il *Department of Business Enterprise and Regulatory Reform*, nel pubblico interesse a seguito di una indagine ovvero, per le *public companies*, se le stesse non ottengono il *trading certificate* (ossia l'attestazione di inizio attività); (iv) Il supervisore di un *voluntary arrangement*, il *receiver* ovvero l'*administrator*; (v) il socio che risulti tale per almeno sei mesi, con riferimento agli ultimi diciotto mesi, ovvero il socio che abbia ereditato le azioni da un socio deceduto e può dimostrare che ha un interesse economico finanziario alla *winding-up*; (vi) il creditore ovvero più creditori; (vii) una combinazione degli stessi.

3E. Gli effetti della richiesta di *winding-up*. – La *winding-up* si intende

⁽¹⁸⁾ Nell'ipotesi in parola, limitatamente alla giurisdizione scozzese, il prescritto periodo per eseguire il pagamento è trascorso dal momento della sua registrazione ed il pagamento non è stato eseguito.

⁽¹⁹⁾ Ad esempio nel caso, *Mann v Goldstein* [1968] 2 All ER 769.

Una richiesta di provvedimento di *winding-up* fu promossa sulla base della circostanza che la società non era in grado di pagare i propri debiti. Fu sostenuto che l'ingiunzione contro l'emissione della *winding-up* dovesse essere concessa. Nonostante la prova che di fatto la società non era in grado di pagare il proprio debito alla scadenza dello stesso, la Corte non poteva emettere il provvedimento di *winding-up*, in quanto vi erano sostanziali argomenti per mettere in discussione l'esistenza stessa del debito.

Nel giudizio in questione, il giudice Ungoe-Thomas osservò:

"[...] *the winding-up jurisdiction is not for the purpose of deciding a disputed debt (that is, disputed on substantial and not insubstantial grounds) since, until a creditor has been established as a creditor he is not entitled to present the petition and has no locus standi in the Companies Court; and that, therefore, to invoke the winding-up jurisdiction when the debt is disputed or after it has become clear that it is so disputed is an abuse of the process of the court [...]*".

In altre parole, la giurisdizione in materia di *winding-up* non ha per scopo quello di decidere in merito ad un debito che è in contestazione e, pertanto, fino a quando tale credito non è accertato, il creditore non ha la legittimazione a chiedere la *liquidation*.

⁽²⁰⁾ L'*Official Receiver* non va confuso con il *receiver* o *administrative receiver* nominato da un creditore garantito (*secured creditor*).

iniziata dalla data in cui la richiesta è presentata, ovvero per meglio dire l'ordine di *winding-up* è retrodatato alla data in cui la *petition* è stata presentata.

Una volta che l'ordine è emesso, una copia dell'*order* è inviata al *Registrar of Companies*. Nessuna azione può essere iniziata ovvero proseguita contro la società a meno che non vi sia il consenso della Corte. Parimenti, la società non può disporre dei suoi beni ovvero dei suoi attivi, fatta salva l'ipotesi di consenso della Corte.

3F. Il *Liquidator* (ovvero il liquidatore). – Il *liquidator*, al pari del *receiver* e dell'*administrator*, deve essere un qualificato *insolvency practitioner*, ossia un professionista qualificato nelle insolvenze.

Il liquidatore può assumere la veste di:

— *Provisional liquidator* (ossia liquidatore eventuale). Può essere nominato dalla Corte quando un'istanza di *winding-up* è presentata e sia necessario proteggere specifici attivi. I relativi poteri, in tal caso, sono definiti dalla stessa Corte che lo ha nominato.

— *Interim liquidator* (ossia un liquidatore provvisorio). Deve essere nominato dalla Corte appena l'ordine di *winding-up* è emanato. Egli convoca l'assemblea dei creditori e dei soci che siano in regola con il pagamento delle quote sociali.

— *Liquidator*, ovvero liquidatore vero e proprio. È responsabile della individuazione dei beni della società e della loro distribuzione fra i creditori. Il *liquidator* è nominato in forza di separate assemblee dei creditori e dei soci.

I poteri del *liquidator* sono definiti nello *Schedule 4* dell'*Insolvency Act 1986*; essenzialmente, può fare quasi tutto quanto necessario in relazione ad una proficua *winding-up* della società. Nell'esercizio dei suoi poteri è soggetto al controllo della Corte e può chiedere istruzioni alla Corte ove ciò si renda necessario per i casi dubbi.

3G. Effetti legali della *winding-up*. – Come già detto, sotto l'aspetto legale, la data di inizio della procedura di *winding-up* è quella di presentazione dell'istanza⁽²¹⁾, come pure, ogni azione legale contro la società resta esclusa, salvo che non sia autorizzata dalla Corte⁽²²⁾. Inoltre, ogni atto dispositivo di beni della società, ovvero ogni trasferimento di azioni, ovvero ancora ogni alterazione nello status di socio, posti in essere dopo la data di inizio della procedura, sono invalidi a meno che non vi sia un ordine del-

⁽²¹⁾ Section 129 dell'*Insolvency Act 1986*.

⁽²²⁾ Section 130 dell'*Insolvency Act 1986*.

la Corte⁽²³⁾. I lavoratori dipendenti sono automaticamente licenziati (*dismissed*) in caso di *compulsory liquidation* (ma non in quella volontaria chiesta dai soci), tuttavia avranno titolo al c.d. *redundancy payment*, ossia all'indennità per eccesso di mano d'opera. Gli attivi rimangono attribuiti alla società, sebbene sotto il controllo del liquidatore, a meno che la Corte ordini diversamente⁽²⁴⁾. I poteri degli amministratori cessano, salvo quelli di natura fiduciaria, tra i quali ad esempio l'obbligo di confidenzialità.

4. L'*administration*. – L'*administration* è una procedura concorsuale solo in parte assimilabile al fallimento italiano, in quanto – sebbene l'*administrator* sia un organo di tipo procedurale, estraneo alla società, che controlla gli amministratori veri e propri – la società continua ad esercitare la propria attività di impresa, a differenza della *winding-up* in cui l'impresa cessa definitivamente di operare, e la sua finalità è quella di salvare l'impresa (*corporate rescue*) piuttosto che di realizzare gli attivi (*asset realisation*)⁽²⁵⁾.

Più precisamente, si tratta di una procedura attraverso cui una società (usualmente insolvente) è gestita da un organo indipendente esterno (l'*administrator*), affinché venga eseguito un piano concordato nell'interesse dei creditori.

Il fattore più rilevante della procedura di *administration* è che la stessa impone un congelamento (*moratorium*) di tutte le procedure ed azioni dei creditori eventualmente esistenti contro la società, incluse le escussioni (*enforcement*) dei pegni.

L'*administration* può essere ottenuta su richiesta presentata alla *Court*, ovvero, a partire dal *Enterprise Act 2002*, senza ricorso alla Corte (out of Court) in alcuni casi specifici⁽²⁶⁾.

Le relative regole della *administration* possono essere rinvenute ed analizzate nello *Schedule B1* del c.d. *Insolvency Act 1986*.

⁽²³⁾ *Section 127* dell'*Insolvency Act 1986*. Incidentalmente, sono nulli gli atti dispositivi contro la società dopo la data di inizio della *winding-up*, o entro 60 giorni prima della data in cui il *winding-up order* è emesso (*Section 128* e *Section 185* dell'*Insolvency Act 1986*).

⁽²⁴⁾ *Section 145* dell'*Insolvency Act 1986*.

⁽²⁵⁾ La *corporate rescue* è finalità sottolineata particolarmente dalle *Cork Committee's Recommendations*. È peraltro evidente che la procedura potrebbe anche avere esito negativo e, dunque, terminare con la liquidazione. In sostanza, le finalità della procedura di *administration* sono, o meglio possono essere, il pieno recupero della redditività di impresa, un accordo con i creditori per un piano di rientro, la liquidazione della società quale *extrema ratio*. Si evidenzia fra gli autori (per tutti A. KEAY & P. WALTON, *Insolvency Law. Corporate and Personal* (Jordans, Bristol, 2008) 42) che l'indirizzo più recente, a partire dall'*Enterprise Act 2002*, è di favorire le *administrations* in cui la nomina venga fatta al di fuori della Corte.

⁽²⁶⁾ Dunque su iniziativa di un *debenture holder*, della società debitrice medesima ovvero dei suoi amministratori (*directors*).

La richiesta alla Corte di un *administration order* può essere avanzata se le seguenti condizioni sono soddisfatte; più precisamente allorché:

- la società è incapace di adempiere le proprie obbligazioni ovvero è probabile che lo diventi;
- È ragionevolmente probabile che l'ordine realizzi l'obiettivo della *administration*.

Lo scopo dell'*administration* può sintetizzarsi nei seguenti termini:

- (i) realizzare la sopravvivenza della società quale azienda; ovvero
- (ii) conseguire nell'interesse dei creditori un risultato migliore di quello che sarebbe stato realizzato con una normale procedura di liquidazione (*winding-up*), ovvero
- (iii) vendere beni sociali affinché possa essere effettuata una distribuzione a favore di uno o più creditori garantiti ovvero preferenziali.

In ogni caso l'obiettivo di cui all' (i) sopra deve essere quello principale, a meno che, ad opinione della Corte, lo stesso è impraticabile ovvero non sarebbe di beneficio dei creditori.

L'obiettivo di cui al punto (iii) è l'ultima spiaggia, nel senso che si applica se gli altri due non sono praticabili e solo se i creditori della società non sono danneggiati⁽²⁷⁾.

4A. La richiesta di un *administration order*. – La richiesta di un *administration order* è fatta con una *petition* (istanza) rivolta alla Corte. La legittimazione in tal senso è attribuita alla società, agli amministratori, ai creditori ovvero, da ultimo, ad una combinazione di uno dei suddetti soggetti.

L'istanza deve essere notificata ad ogni persona che sia stata nominata quale *receiver* ovvero *administrator*.

4B. La nomina di un *administrator* senza *Court order*. – I seguenti soggetti sono legittimanti a nominare un *administrator* senza rivolgere una specifica istanza (*petition*) alla Corte.

(i) Il titolare di un qualificato *floating charge*. Si deve trattare di un *charge* (sorta di prelazione) dove il documento contrattuale che crea il *charge* medesimo conferisce al suo titolare il potere di nominare un *administrator* e il *charge* si riferisce sostanzialmente a tutti i beni della società.

(ii) La società ovvero i suoi amministratori, se la società è inadempiente ovvero è probabile che lo diventi.

In tali casi, l'*administrator* che sia stato nominato deve certificare che, a suo avviso, l'obiettivo della procedura è ragionevolmente realizzabile. L'in-

⁽²⁷⁾ *Re Consumer and Industrial Press Ltd* (Case 10); *Re Harris Simons Construction Ltd* (Case 11).

formativa circa la nomina deve essere fornita alla Corte, insieme ad una dichiarazione che le condizioni della nomina sono state soddisfatte. In tutti i casi, ove l'*administration* sia richiesta, la società non deve essere già in *liquidation*, a meno che il *liquidator* ne faccia richiesta.

4C. Gli effetti dell'*administration*. – In caso di *administration*, un *administrator* viene nominato al fine di gestire la società. Deve trattarsi di un qualificato *insolvency practitioner*.

Una volta instaurata la procedura: tutte le fatture e gli altri documenti emessi dalla società devono contenere una dichiarazione che la società è in *administration*; l'eventuale richiesta (*petition*) di messa in *winding-up* della società deve essere rigettata; è sospesa la richiesta di nomina dell'*administrator* da parte di un titolare di un *floating charge*; il *receiver* nominato deve dimettersi da tale ruolo.

È altresì importante sottolineare che, durante il periodo in cui l'*administration* è pendente, c'è una automatica moratoria, fino ad un anno, di quanto segue: nessuna azione legale può essere intrapresa nei confronti della società, salvo consenso dell'*administrator* ovvero della *Court* ⁽²⁸⁾; del pari, non è consentito porre in essere azioni per escutere garanzie ovvero per rimpossessarsi di beni che siano assoggettati ad un contratto di affitto, salvo consenso dei predetti organi (*administrator* ovvero *Court*); nessun *receiver* può essere nominato, ovvero nessuna procedura di *winding-up* può essere adottata.

4D. Poteri e doveri dell'*administrator*. – 4D(a). Poteri. – Sono precisati nello *Schedule 1* dell'*Insolvency Act 1986* e sono quelli che prima erano attribuiti al *receiver*. L'*administrator* prende il controllo dei beni della società e gestisce il suo *business* per realizzare gli obiettivi dell'*order*.

Egli può disporre dei beni soggetti a *floating charge* e dei beni soggetti a *fixed charge* se la Corte lo consente.

L'*administrator* ha il potere di rimuovere ovvero di nominare gli amministratori e di convocare l'assemblea della società ovvero di convocare i creditori. L'*administrator* ha inoltre il potere di effettuare la distribuzione dei beni ovvero di disporre i pagamenti ai creditori. L'*administrator* può adire la Corte affinché atti di cessione a titolo gratuito (*gratuitous alienations*) e/o ingiusti atti preferenziali verso creditori (*unfair preferences*) ovvero transazioni su crediti fatti a condizioni sproporzionate (*extortionate credit transactions*) siano dichiarati invalidi. Tali poteri sussistono anche nel caso della *liquidation*.

⁽²⁸⁾ *Exchange Travel Agency Ltd v Triton Property Trust Ltd* (Case 12).

4D(b). Doveri. – L'*administrator* deve notificare al *Registrar of Companies* (il Registro delle Imprese) la propria nomina entro quattordici giorni dalla stessa e ai creditori della società entro ventotto giorni. L'organo procedurale, inoltre, deve chiedere alla società di predisporre una dichiarazione relativa ai suoi affari, la quale evidenzia l'attivo, il passivo ed elenchi altresì i creditori e le garanzie. Da ultimo, l'*administrator* deve formulare, entro tre mesi, proposte su come intende realizzare gli obiettivi della procedura disposta dal giudice e resta più in generale impegnato a porre ragionevole cura nella gestione della società.

4E. Le "salvaguardie" nell'*administration*. – Quanto alle parti terze che svolgono affari con la società in *administration*, queste ultime che negozino con l'*administrator* in buona fede e con un corrispettivo non sono richieste di verificare che l'*administrator* stesso operi nell'ambito dei suoi poteri.

In merito ai creditori, l'*administrator* è richiesto di convocare un'assemblea dei creditori, come pure la Corte può ordinare la convocazione di detta assemblea.

I soci e ogni creditore possono presentare istanza alla Corte segnalando che l'*administrator* sta agendo in modo ingiusto ovvero non sta adempiendo i propri doveri con speditezza. La Corte, in tal caso, ha poteri discrezionali ampi, tuttavia non potrà emettere l'ordine, se ciò interferisse con un *voluntary arrangement* già in essere; ovvero se lo stesso pregiudicasse l'attuazione di una proposta approvata dai creditori, salvo che l'istanza sia stata avanzata alla Corte entro ventotto giorni dalla approvazione della proposta da parte dei creditori.

I contratti di lavoro in essere, nel caso di *administration*, non sono portati a termine automaticamente, in quanto l'*administrator* può scegliere di subentrare, ovvero di non subentrare, nei contratti esistenti di lavoro. Tuttavia, l'*Insolvency Act 1986* è alquanto chiaro nel prescrivere che, nei primi quattordici giorni dalla nomina dell'*administrator*, si dovrà intendere che nessuna decisione in merito a contratti di lavoro sia presunta quale adottata, a meno che la stessa sia chiaramente esplicitata dall'*administrator* ⁽²⁹⁾.

⁽²⁹⁾ Ai sensi di un *decisum* (*Powdrill v Watson*), se i dipendenti i cui contratti di lavoro proseguono non sono pagati, le conseguenti pretese di questi per salari ed altri benefici sono pagabili in via prioritaria rispetto ad ogni altro credito della società, inclusi i compensi dell'*administrator*.

Una tale posizione giurisprudenziale è stata parzialmente modificata per effetto dell'*Insolvency Act 1994*, il quale limita parzialmente il diritto del dipendente ad un super privilegio che sia preferenziale rispetto ad ogni altra pretesa. In particolare, i pagamenti al dipendente per *redundancy* (una sorta di giustificato motivo oggettivo) e *unfair dismissal* (licenziamento per giusta causa) sono ritenuti non aventi priorità sui compensi dell'*administrator* (*Re Allders Department Stores Ltd* (In Administration)).

4F. Adempimento ovvero cessazione dell'*administration*. – L'*administrator* può promuovere istanza alla Corte in ogni momento affinché il provvedimento di *administration* (*administration order*) sia adempiuto.

La *administration* viene a cessare, automaticamente, alla fine del primo anno, sebbene il periodo possa essere esteso, su richiesta della Corte, per sei mesi con il consenso di ciascun creditore garantito e se vi sia il consenso del 50% dei creditori non garantiti.

5. La *receivership* nel *floating charge*; i residui di un istituto in estinzione. – Da un punto di vista di diritto sostanziale, la *receivership* afferente un *floating charge* è una procedura tuttora regolata dalle *Sections 50-71* del c.d. *Insolvency Act 1986*.

Si premette che il *floating charge* è una sorta di privilegio che un creditore ha ricevuto da un debitore, il quale, a differenza del pegno o dell'ipoteca, non riguarda uno specifico bene del debitore, piuttosto la totalità dei beni che lo stesso dovesse detenere, alla data di attivazione del *floating charge* medesimo. Pertanto, l'obiettivo sotteso alla nomina di un *administrative receiver* da parte del titolare del *floating charge* è di proteggere gli interessi del creditore del *floating charge* medesimo, consentendo a quest'ultimo, per il tramite dell'*officer* che sia nominato, di realizzare i beni che il debitore dovesse detenere a quel tempo (non uno specifico bene, definito contrattualmente *ex ante*) al fine di ripagare il debito⁽³⁰⁾.

Storicamente, la *receivership* non è nemmeno una *insolvency procedure*, piuttosto un metodo attraverso cui un creditore assistito da garanzia (*secured creditor*) può attivare la propria pretesa (*security*)⁽³¹⁾, sebbene la procedura sia permeata di numerosi precetti legislativi tipicamente fallimentari⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ In dottrina (A. KEAY & P. WALTON, *Insolvency Law Corporate and Personal* (2nd edn Jordans, Bristol, 2008) 49) si evidenzia la differenza della *receivership* rispetto alla *liquidation*:

“Essentially, *liquidation* is the process by which all the affairs of the company are wound-up and the company is then dissolved. *Receivership* is the process by which assets are realised to pay off particular creditor”.

⁽³¹⁾ R. GOODE, *Principles of corporate Insolvency Law* (2nd edn, Sweet & Maxwell, London, 2005) 247.

Letteralmente:

“Historically, *receivership* is not an *insolvency proceeding* at all, merely a method by which a *secured creditor* can enforce his security”.

⁽³²⁾ R. GOODE, *Principles of corporate Insolvency Law* (2nd edn, Sweet & Maxwell, London, 2005) 252.

“[...] [B]y statute several *insolvency features* have become attached to *administrative receivership*, so that it is considered an *insolvency proceeding* even though the *administrative receivership*,

A partire dal 2003, la *receivership* si applica solo in casi eccezionali⁽³³⁾, e residualmente solo per *floating charges* costituiti precedentemente⁽³⁴⁾; per contro, quella che era la precedente *receivership*, quale procedura concorsuale, e' stata ora di fatto assorbita dall'*administration*⁽³⁵⁾. Infatti, sebbene le banche e le istituzioni finanziarie supportassero e sostenessero tale regime, in quanto tendenzialmente favorevole alle ragioni del creditore, tuttavia da altri *stake-holders* se ne mettevano in luce i pericoli, particolarmente il fatto che così tanto potere nelle mani di un solo creditore potesse favorire la crisi aziendale, atteso che non vi era di fatto alcun incentivo del creditore a considerare le ragioni degli altri creditori e dunque a massimizzare il valore stesso dell'impresa debitrice⁽³⁶⁾.

ver's duty is in principle owed only to his debenture holder, not to the general body of creditors".

⁽³³⁾ La nomina dell'*administrative receiver*, direttamente da parte del titolare del *floating charge*, è ora possibile solo in caso di un *floating charge* concesso in relazione a particolari operazioni finanziarie di *capital markets*. Si veda la *Section 72A* dell'*Insolvency Act 1986*, come modificato dalla *Section 250* dell'*Enterprise Act 2002*.

Cfr. I.F. FLETCHER, *The Law of Insolvency* (4th edn, Sweet & Maxwell, London, 2009) 419. Al di là di tale ipotesi, il titolare del *floating charge* è facoltizzato ad usare esclusivamente la procedura ordinaria ed ufficiale dell'*administration*.

Alla base della virata di rotta nella legislazione britannica, vi era sostanzialmente il timore che la nomina dell'*administrative receiver* potesse diventare uno strumento vessatorio di banche e *major lenders* (i debenture holders, solitamente) a danno dei debitori, attraverso forme giudiziali delle esecuzioni del tutto private e fuori controllo. Ciò è chiaramente riflesso nel *White Paper* pubblicato a luglio 2001, in cui l'*administrative receiver*, a differenza di un *administrator*, è ritenuto irresponsabile. Più precisamente, si affermò che

"[The administrative receiver is] substantially unaccountable to any other creditor for the way in which the company's assets are dealt with. There is no equivalent of the duty owed by an administrator in an administration procedure to act in the interests of the creditors as a whole".

Insolvency – A Second Chance, 2001 Cm. 52, para. 2.2.

⁽³⁴⁾ In particolare prima del 15 settembre 2003. Ovviamente, per obbligazioni sorte prima di tale data, la nomina di un *receiver* costituisce ancora una importante opzione per il creditore, stante l'assenza di divieti. È chiaro che tuttavia l'istituto è in estinzione. A. KEAY & P. WALTON, *Insolvency Law. Corporate and Personal* (2nd edn Jordans, Bristol, 2008) 50.

⁽³⁵⁾ Peraltro, concettualmente, l'*administrator* nella nuova *administration* differisce dall'*administrative receiver*, nella *receivership* (i.e. *floating charge receivership*), in quanto il primo ha un dovere di agire non tanto nell'interesse di chi lo ha nominato, piuttosto nell'interesse dei creditori nel loro complesso.

Si precisa in dottrina (V. FINCH, *Corporate Insolvency Law Perspectives and Principles*, cit., 20), correttamente:

"The general enforcement of floating charges thus falls to be carried out through the administration process – in which the administrator differs from the traditional receiver in having a duty to act, not in the interests of the appointor, but in the interests of the creditors as a whole".

⁽³⁶⁾ Si confronti in tal senso il *Review of Company and Business Reconstruction Mechanism* (May 2000) 48. Si tratta di un documento che il *Department of Trade and Industry* e il *Treasury* medesimo fecero pubblicare in vista di una possibile riforma dell'istituto, poi concretamente realizzatasi.

L'*administrative receiver* del *floating charge* (detto anche semplicemente il *receiver*) può essere nominato solo dal titolare del *floating charge* (i.e. il creditore)⁽³⁷⁾. Il titolare del *floating charge* può nominare l'*administrative receiver* autonomamente ovvero, in alternativa, può fare domanda all'autorità giudiziaria al fine della sua nomina⁽³⁸⁾.

È da notare che i poteri del *receiver* nominato fuori dalla Corte promano direttamente o indirettamente dalla società debitrice. Ciò sembrerebbe anomalo a prima vista, in quanto il *receiver* può essere nominato e può esercitare i propri poteri ai sensi di un atto di costituzione della garanzia originaria (la *debenture*) al quale è estraneo ed in virtù di una nomina risultante da un titolo (*instrument*) del quale la società non è parte⁽³⁹⁾. Tali perplessità tuttavia vengono meno, ove si tenga in considerazione che, nel fare la nomina, il creditore garantito (o *debenture holder*) agisce quale *agent* (rappresentante) della società⁽⁴⁰⁾. Ne consegue che lo stesso potere dell'*administrative receiver* non potrebbe che essere limitato dal solo *debenture holder* e con l'espresso consenso di questi.

La nomina di un *administrative receiver* in un *floating charge* può verificarsi: (i) ove il creditore abbia fatto domanda di pagamento di un proprio credito e questo non è pagato entro 21 giorni; (ii) nel caso di arretrato nel pagamento di interessi da parte del debitore per almeno 2 mesi; (iii) se la società è stata messa in liquidazione (*winding-up*); (iv) se il titolare di un altro *floating charge* ha nominato un *administrative receiver*, ovvero, se questo sia nominato dalla Corte la quale ritenga che la posizione del titolare di altro

⁽³⁷⁾ L'*administrative receiver* è definito dalla Section 29 del c.d. *Insolvency Act 1986*:

“(a) a receiver or manager of the whole (or substantially the whole) of a company's property appointed by or on behalf of the holders of any debentures of the company secured by a charge which, as created, was a floating charge, or by such a charge and one or more other securities; or (b) a person who would be such a receiver but for the appointment of some other person as the receiver of part of the company's property”.

⁽³⁸⁾ Si sottolinea in dottrina (V Finch, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, cit. 328) quanto segue:

“There have traditionally been two types of receiver in English Law: the receiver appointed by the court and the receiver appointed by a debenture holder under the terms of the debenture deed”.

Le nomine per il tramite dell'autorità giudiziaria sono comunque molto rare; infatti, i grandi creditori, come ad esempio le banche, preferiranno nominare autonomamente il *receiver*, sulla base degli specifici poteri contenuti nei loro atti di costituzione della garanzia (si veda in proposito V. FINCH, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, cit. 20).

⁽³⁹⁾ R. GOODE, *Principles of Corporate Insolvency Law* (2nd edn, Sweet & Maxwell, London, 2005) 276, 277.

⁽⁴⁰⁾ A livello giurisprudenziale, tale costrutto è statuito nel caso *Gaskell v Gosling* [1896] 1 Q.B. 669 (cfr. in particolare l'affermazione di Rigby L.J. al para. 692-693), poi confermato dalla *House of Lords* [1897] A.C. 575.

floating charge potrà essere pregiudicata ove l'*administrative receiver* non fosse nominato.

Da un punto di vista civilistico, il titolare di un *charge* non ha alcun dovere o obbligo nei confronti della società circa le modalità di uscita dalla crisi⁽⁴¹⁾.

L'*administrative receiver* deve essere designato in forza di un documento scritto firmato dal titolare del *floating charge*⁽⁴²⁾. L'*administrative receiver* è ufficialmente nominato il giorno in cui riceve tale documento e accetta la nomina per iscritto. Una copia di tale titolo (*instrument*) deve essere inviata al *Registrar* competente entro sette giorni; l'inosservanza determina una sanzione pecuniaria, ma la nomina resta pur sempre valida. Se l'*administrative receiver* è nominato dall'autorità giudiziaria, l'*administrative receiver* medesimo deve inviare la relativa copia al *Registrar* entro sette giorni.

5A. I doveri del *receiver* nel *floating charge*. – I principali doveri di un *receiver*, in relazione ad un *floating charge*, sono quelli di "agent" della proprietà ad esso connessa o, per meglio dire, vincolata al *floating charge* medesimo. Nell'ambito dei *duties* cui l'*administrative receiver* è soggetto, si devono ricordare i seguenti:

- (i) L'informativa immediata alla società circa il fatto che è stato nominato;
- (ii) L'informativa ai creditori, entro 28 giorni, della nomina medesima;
- (iii) Circa le fatture, gli ordini per beni o servizi ovvero le lettere inviate dalla società ovvero per conto della società, esse devono contenere una di-

⁽⁴¹⁾ Un caso di scuola può essere *Shamji v Johnson Matthey Bankers Ltd* [1991] BCLC 36 (CA).

Il gruppo di società facente capo a Shamji doveva circa 21 milioni di sterline alla banca. Varie negoziazioni ebbero luogo fra la società e la banca al fine di individuare una fonte di finanziamento per ripagare il debito. Nel corso delle negoziazioni, la banca nominò un *receiver*. Shamji, il titolare della società ed attore nel giudizio, presentò una istanza per una ingiunzione sulla base del fatto che la nomina costituiva una violazione dell'accordo e che la banca era tenuta, per un dovere di diligenza nei confronti dell'attore, a non nominare un *receiver* mentre la società cercava attivamente forme di finanziamento alternative. Fu ritenuto dalla Corte che non vi era alcun dovere di diligenza della banca nei confronti della società, come di seguito:

"No such duty was held by the bank. Oliver J repeated the judgment given at first instance, which stated that, provided it did not act in bad faith, the bank held no duty of care to the company in deciding whether to exercise its rights under the charge".

⁽⁴²⁾ L'*administrative receiver* deve essere in ogni caso un *qualified insolvency practitioner*. Si veda la *Section 230(2)* dell'*Insolvency Act 1986*. Peraltro, il fatto che sia stato nominato un *administrative receiver* che non sia un *qualified insolvency practitioner* non ne inficia gli atti compiuti "abusivamente" (cfr. successiva *Sect. 332*).

chiarazione che la società è in *receivership*. L'inosservanza in merito a tale adempimento può comportare una sanzione pecuniaria;

(iv) Il *receiver* deve richiedere ai dirigenti/amministratori (*officers*) della società una dichiarazione circa gli affari della società; tale dichiarazione deve evidenziare: (i) lo stato patrimoniale (*assets and liabilities*); (ii) i nomi e gli indirizzi di tutti i creditori; (iii) le garanzie (*securities*) detenute dai creditori e le relative date; (iv) ogni altra informazione necessaria;

(v) Entro tre mesi dalla sua nomina, l'*administrative receiver* deve redigere un report sulla situazione della società. Copie dello stesso sono inviate al *Registrar*, al titolare del *floating charge* nonché, da ultimo, agli altri creditori.

In alcuni casi, il *floating charge* riporta specificati i poteri del *receiver*. Tuttavia, nell'*Insolvency Act 1986* (in particolare *Schedule 2*), sono già indicati i poteri di natura legislativa, e non di fonte volontaria, i quali si applicano nella misura in cui non siano incoerenti con quelli di previsione contrattuale; ⁽⁴³⁾ segnatamente, si richiamano quelli di: (i) prendere possesso ovvero disporre della proprietà; (ii) prendere a prestito denaro ovvero concedere titoli sulla proprietà; (iii) nominare persone professionalmente qualificate al fine di una assistenza; (iv) assumere ovvero licenziare dipendenti; (v) attivare azioni legali nell'interesse della società; (vi) gestire l'attività societaria; (vii) chiedere il pagamento del capitale sottoscritto e non versato.

La nomina dell'*administrative receiver* sospende i poteri degli amministratori, anche se questi non sono destituiti. Concettualmente, ma non a livello legislativo, i poteri in parola sono classificati "in rem" ovvero *personal*; nel primo caso, gli stessi riguardano gli attivi della società compresi nella security concessa, nel secondo caso per contro riguardano ogni altro aspetto non strettamente connesso alla garanzia concessa, ma ad esempio al potere di risolvere contratti nell'interesse della società debitrice ⁽⁴⁴⁾.

Le terze parti che negozino in buona fede con l'*administrative receiver* sono autorizzate a ritenere che l'*administrative receiver* sta agendo nell'ambito dei propri poteri.

5B. La responsabilità per i contratti dell'*administrative receiver* nel *floating charge*. – L'*administrative receiver* è personalmente responsabile per i contratti stipulati nell'interesse della società, a meno che il contratto non

⁽⁴³⁾ R. GOODE, *Principles of Corporate Insolvency Law* (2nd edn, Sweet & Maxwell, London, 2005) 279, 282.

⁽⁴⁴⁾ R. GOODE, *Principles of Corporate Insolvency Law* (2nd edn, Sweet & Maxwell, London, 2005) 280.

escluda espressamente tale sua responsabilità⁽⁴⁵⁾. L'*administrative receiver* nel *floating charge* è legittimato ad essere indennizzato sulla scorta degli attivi della società, se gli stessi sono sufficienti a consentirlo.

La responsabilità di cui si parla include quella concernente i contratti stipulati dopo che la *receivership* sia iniziata⁽⁴⁶⁾ e non può essere esclusa o derogata per i contratti di lavoro che l'*administrative receiver* abbia deciso di stipulare o confermare. L'*administrative receiver* ha quattordici giorni per decidere se subentrare nei contratti di lavoro.

Concettualmente, i doveri di condotta cui è tenuto l'*administrative receiver* possono essere sintetizzati nei seguenti: (1) dovere di condotta (*duty of care*) a beneficio del *debenture holder*; (2) dovere di condotta a beneficio della società debitrice. Tuttavia, tale potenziale responsabilità è stata in passato fortemente limitata nella sua portata dalla giurisprudenza, in forza del *dictum Downsview Nominees Ltd v First City Corp Ltd*⁽⁴⁷⁾; (3) un dovere di condotta di tipo legislativo a beneficio dei creditori preferenziali; (4) un dovere di condotta specifico, più in particolare l'obbligo di mantenere la parte residua netta della proprietà soggetta al *floating charge* a beneficio dei creditori in generale.

5C. Distribuzione degli attivi. – Talune categorie di soggetti – di seguito indicate – sono autorizzate ad essere pagate prima del titolare del *floating charge*⁽⁴⁸⁾:

(i) il titolare di ogni qualsivoglia garanzia su di uno specifico bene (*fixed security*) di pari grado ovvero di grado precedente;

(ii) qualsiasi soggetto dotato di un atto esecutivo (*effectually executed diligence*);

(iii) ogni creditore in relazione a responsabilità e spese in cui l'*administrative receiver* sia incorso sin dall'inizio della sua gestione;

(iv) l'*administrative receiver* stesso, per responsabilità, spese e remunerazione per il suo ruolo;

(v) i creditori preferenziali⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁵⁾ *Section 57(2)* dell'*Insolvency Act 1986*.

⁽⁴⁶⁾ *Section 57(2A)*.

⁽⁴⁷⁾ [1993] AC. 295. Più precisamente, fu statuito che il *receiver* non era responsabile in via extracontrattuale per negligenza nei confronti della società, in quanto tale responsabilità risultava incompatibile con il suo diritto/dovere di agire nel migliore interesse del titolare della *debenture*. Cfr. in dottrina R. GOODE, *Principles of Corporate Insolvency Law* (2nd edn, Sweet & Maxwell, London, 2005) 282.

⁽⁴⁸⁾ *Section 59* e *Section 60* dell'*Insolvency Act 2086*.

⁽⁴⁹⁾ I creditori preferenziali sono quelli che vantano crediti per: (i) contributi dovuti e non pagati per le pensioni dei lavoratori; (ii) premi dovuti e non pagati per fondi pensione, (iii) arretrati dello stipendio, o salario, per un massimo di quattro mesi (e con un limite di

5D. Adempimenti conclusivi nella *receivership*. – Una volta che l'*administrative receiver* ha pagato il creditore del *floating charge*, se vi è un altro creditore per un diverso *floating charge* che è facoltizzato a nominare un *receiver*, il nuovo *receiver* sostituirà il precedente.

Se la società è insolvente dopo il pagamento del creditore del *floating charge*, il *receiver* metterà in *liquidation* la società; ove pienamente solvente dopo il pagamento del *floating charge*, la società dovrebbe essere riconsegnata agli amministratori. Più frequentemente, quando una società va in *receivership*, l'intero *business* o una sua parte vengono venduti anche con i lavoratori, quale parte del complesso aziendale.

In definitiva, in merito alla *receivership*, si può sintetizzare affermando che, ove sia intervenuto un contratto di costituzione della garanzia (una *debenture*), il creditore garantito avrà il potere, in caso di inadempimento della società, di entrare nel possesso degli attivi e di venderli (tuttavia questa sarà una soluzione rara, anche se il relativo potere sia previsto dalla stessa *debenture*). Alternativamente, il creditore, sulla scorta della *debenture*, potrà nominare un *receiver*, il quale venderà il *business* della società quale complesso aziendale, al fine di soddisfare il creditore. Da ultimo, ove la *debenture* sia sorta dopo il 15 settembre 2003, il *secured creditor* disporrà di fatto della sola possibilità di nominare un *administrative receiver*⁽⁵⁰⁾.

6. Il *Company Voluntary Arrangement*; un accordo di ristrutturazione del debito di Oltre Canale? – Il *company voluntary arrangement* (di seguito anche il CVA) è pur sempre una procedura concorsuale, sebbene il suo scopo sia quello di salvare la società che versi in una situazione di difficoltà finanziaria, ove la società medesima proponga un piano di recupero per il ritorno ad una situazione di equilibrio. Il CVA è stato introdotto dall'*Insolvency Act 1986* ed è stato significativamente modificato dall'*Insolvency Act 2000*.

Si riscontrano due forme di CVA: (i) la prima di cui alle *Sections 1-7* dell'*Insolvency Act 1986*, applicabile a tutte le società; (ii) l'altra caratterizzata da una breve sospensiva nei pagamenti (nota anche quale *moratorium*),

ottocento sterline per persona), (iv) ferie non godute, (v) talune ulteriori voci di remunerazione dei lavoratori dipendenti (cfr. *Schedule 6*).

L'*Enterprise Act 2002* ha rimosso il credito preferenziale che prima era concesso alla Corona, per imposte (assimilabili a IVA e IRPEF) e per contributi previdenziali (*social security contributions*) non pagati.

⁽⁵⁰⁾ A. KEAY & P. WALTON, *Insolvency Law Corporate and Personal* (2nd edn Jordans, Bristol, 2008) 51.

di cui agli *Schedule A1* dell'*Insolvency Act 1986*, applicabile a piccole entità societarie ⁽⁵¹⁾.

Le proposte di CVA possono essere fatte: (i) dagli amministratori della

⁽⁵¹⁾ Di tale procedura semplificata, incentrata sul c.d. *moratorium* ovvero sospensiva, si dà rapido conto nella presente nota.

Gli amministratori di una piccola società hanno titolo a chiedere una sospensiva (*moratorium*) di 28 giorni contro richieste di creditori per pretese o titoli esecutivi (*enforcing judgments*) e contro richieste finalizzate a mettere la società in *liquidation* ovvero *administration*. In primo luogo e da un punto di vista oggettivo, una società ha titolo al *moratorium*, in un CVA, se è davvero *small company* (piccola società); a tal fine, la società deve avere un fatturato di non più di 5,6 milioni di sterline, un totale di bilancio che non deve superare i 2,8 milioni di sterline e i suoi dipendenti non devono superare il numero di cinquanta.

In secondo luogo, la società in parola non può essere una banca, un'assicurazione ovvero un ente creditizio specializzato in finanziamenti fondiari (*building society*).

Da ultimo, la stessa non deve essere stata assoggettata ad una formale procedura concorsuale e non deve essere stata, nel corso dell'ultimo anno, inadempiente in merito ad un *moratorium*.

La procedura prevista per ottenere il *moratorium* si incentra sulle seguenti fasi, in cui rispettivamente:

(a) Gli amministratori sottopongono al *nominee* una proposta e una dichiarazione concernente gli affari della società;

(b) Il *nominee* fornisce a sua volta agli amministratori una dichiarazione sulla fattibilità dello *scheme*;

(c) Gli amministratori infine sottopongono alla Corte: (i) la dichiarazione del *nominee*; (ii) una dichiarazione dello stato patrimoniale della società; (iii) una dichiarazione che la società è eleggibile per il *moratorium*.

Il *moratorium* diventa efficace allorché la suddetta documentazione viene prodotta e cessa il giorno in cui vengono convocate le assemblee dei creditori e dei soci, da tenersi entro ventotto giorni. Se le dette assemblee non sono tenute entro i ventotto giorni, il *moratorium* termina, a meno che non viene concessa la sua proroga.

Il *moratorium* cessa anche al verificarsi di una delle seguenti circostanze: (a) Il *nominee* ritira il proprio consenso ad agire in tale funzione; (b) La Corte ovvero le assemblee decidono in tal senso.

È importante sottolineare gli effetti del *moratorium*: (a) nessuna richiesta può essere avanzata nei confronti della società per una liquidazione (*winding-up*) ovvero per una *administration*, né un *receiver* può essere nominato; (b) le garanzie non possono essere escusse né i beni possono essere reimpossessati senza il consenso della Corte; (c) nessuna azione civile può essere intrapresa contro la società se la Corte non lo consente; (d) un proprietario terzo non può privare di un bene la società (ad esempio un bene in locazione alla società), occorrendo pur sempre il consenso della Corte; (e) le assemblee non possono essere convocate salvo che ciò sia consentito dal *nominee* ovvero dalla Corte; (f) la società non può prendere a prestito più di 250 sterline senza informare il creditore che un *moratorium* è in atto; (g) la carta intestata e la documentazione della società deve indicare la circostanza del *moratorium* in essere; (h) la società non può vendere alcuni dei beni durante il *moratorium*, salvo che vi siano fondate ragioni per ritenere che la vendita benefici la società e comunque purché vi sia il consenso del *nominee*. Questo limite non si applica alle vendite fatte nell'ordinario corso degli affari.

società; (ii) dall'*administrator* di una società in *administration*; (iii) dal liquidatore di una società in *liquidation*.

La proposta si incentra soprattutto su di un piano di ristrutturazione del debito ed anche sulla nomina di una persona deputata a supervisionare tale piano (il *nominee*)⁽⁵²⁾ ⁽⁵³⁾.

La procedura del CVA è caratterizzata da un certo livello di semplicità operativa: (i) ove gli amministratori propongono lo schema, gli stessi forniscono al *nominee* il dettaglio scritto della proposta e lo stato patrimoniale; (ii) il *nominee* esamina il piano e riferisce alla Corte circa le sue possibilità di successo; (iii) salvo che non disponga diversamente, la Corte convoca l'assemblea dei creditori e dei soci della società.

Due separate assemblee (*meetings*) della società decidono se approvare o rigettare l'accordo. L'accordo può essere modificato in sede assembleare. Nessun accordo può essere approvato, se lo stesso pregiudica i diritti dei creditori preferenziali ovvero assistiti da garanzia, a meno che questi vi consentano. Ove i due *meetings* giungano a risultati differenti, prevale la decisione dell'assemblea dei creditori.

Ogni socio della società può impugnare l'accordo (*arrangement*) attraverso una istanza alla Corte entro ventotto giorni dalla intervenuta approvazione. Vi sono, essenzialmente, due motivazioni per l'impugnativa:

(a) Gli interessi del creditore ovvero del socio sono stati pregiudicati ingiustificatamente (*unfairly prejudiced*) dall'accordo; ovvero

(b) Ci sono state sostanziali (*material*) irregolarità nel corso dell'assemblea ovvero in relazione alla stessa.

Una volta approvato, l'accordo è vincolante nei confronti di tutti i cre-

⁽⁵²⁾ Il *nominee* deve essere un esperto in materia concorsuale, debitamente qualificato; solitamente per l'incarico in parola viene nominata una società di revisione. Peraltro, si può anche trattare di un soggetto autorizzato a tal fine dal *Secretary of State*, organo governativo omologo del Ministro dell'Interno, in Italia.

⁽⁵³⁾ *Mutatis mutandis*, la procedura sembra essere simile agli accordi di ristrutturazione dei debiti, introdotta dal D.Lgs. n. 5 del 2006 e disciplinata dall'art. 182-bis di novella della legge fallimentare italiana. Il primo comma di detto articolo, nel definire le caratteristiche di tale sub-procedura, prescrive:

"Il debitore può depositare, con la dichiarazione e la documentazione dell'articolo 161, un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un esperto sull'attualità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei".

In merito agli accordi di ristrutturazione del debito, si veda, senza pretesa di esaustività: S. BONFATTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in S. BONFATTI & P.F. CENSONI (eds), *Manuale di diritto fallimentare* (2nd edn, CEDAM, Padova, 2007) 467, 480; P. VALENSISE, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in M. SANDULLI e V. SANTORO (eds), *La riforma della legge fallimentare*, Vol. II (Giappichelli Editore, Torino, 2006) 1081, 1110.

ditori e nei confronti della società. L'approvazione deve essere notificata alla Corte. Il *nominee* diventa il supervisore (*supervisor*) e deve realizzare ed implementare l'accordo. Le sue azioni sono soggette all'autorità ultima della Corte ed il *nominee* quale *supervisor* deve riferire annualmente alla Corte medesima in merito all'adempimento/implementazione dell'accordo.

7. *L'insolvenza di tipo civile*. – 7A. Profili generali. – Nel Regno Unito, l'insolvenza di tipo civile è anche comunemente definita insolvenza personale (*personal insolvency*) e si sostanzia, “brutalmente”, nel fatto che il debitore non ha soldi sufficienti a pagare i suoi debiti e a adempiere le sue obbligazioni⁽⁵⁴⁾. In tema di *personal insolvency*, solitamente, nella teoretica italiana, si analizzano i precetti e le decisioni ascrivibili esclusivamente alla giurisdizione anglo-gallese; in questa sede si preferisce fare uno sforzo di originalità e, pertanto, si analizza la disciplina dell'insolvenza personale con riferimento alla ulteriore macro-giurisdizione britannica, quella scozzese. Nel fare, ciò, peraltro, si rimarca ancora che le differenze in materia, al di là delle diverse fonti normative, sono molto limitate⁽⁵⁵⁾.

7B. La *sequestration* scozzese. – La procedura tipica con la quale un individuo (sia esso imprenditore commerciale o meno) è dichiarato fallito, con conseguente sottrazione degli attivi, è conosciuta, nella giurisdizione scozzese, quale *sequestration*⁽⁵⁶⁾. È da osservare che la *sequestration* non è l'unica procedura concorsuale prevista per l'individuo persona fisica, in quanto alla stessa si affiancano l'accordo privato (*private arrangement*) e l'accordo formale di tipo volontario (*formal voluntary arrangement*).

La *sequestration* è la più rigorosa delle procedure, in quanto l'obiettivo è lo spossessamento dei beni dal debitore insolvente.

Il presupposto della *sequestration* è l'insolvenza del debitore, che può essere assoluta o apparente: (i) assoluta nel caso in cui, ad una certa data, i suoi debiti superano il complesso delle sue attività; (ii) apparente, al verificarsi di una delle seguenti circostanze, precisate nel *Bankruptcy (Scotland)*

⁽⁵⁴⁾ La definizione (letteralmente “*not having enough money to meet debts and obligations*”), alquanto atecnica, è di N. BUSBY & OTHERS, *Scots Law: a Student Guide* (3rd edn, Tottel Publishing, Haywards Heath - West Sussex, 2006) 375.

⁽⁵⁵⁾ Per uno studio più recente della disciplina anglo-gallese in tema di insolvenza individuale, si veda I. F. FLETCHER, *The Law of Insolvency* (Sweet & Maxwell, London, 2009) 43, 413; A. KEAY & P. WALTON, *Insolvency Law. Corporate and Personal* (Jordan, Bristol, 2008) 327, 380.

⁽⁵⁶⁾ Nel trattare della insolvenza individuale in questa sede si farà riferimento alla giurisdizione scozzese, anche se le differenze nella vicina legislazione anglo-gallese non sono così accentuate.

Act 1985, come modificato dal *Bankruptcy and Diligence etc. (Scotland) Act 2007*⁽⁵⁷⁾; in particolare, allorchè:

- i beni del debitore sono stati “sequestrati” ovvero lo stesso è stato dichiarato fallito (*bankrupt*);
- il debitore ha dato avviso scritto ai suoi creditori che ha cessato di pagare i suoi debiti nel corso ordinario degli affari;
- il debitore ha concesso un *trust deed* a beneficio dei suoi creditori⁽⁵⁸⁾;
- il creditore ha domandato il pagamento di un debito liquido superiore a 1.500 sterline ed è decorso un periodo di tre settimane senza che il pagamento sia intervenuto o, comunque, senza che la domanda di pagamento sia stata rigettata.

7C. Competenza a chiedere la *sequestration*. – La *petition*, al fine della dichiarazione di *sequestration*, è fatta dal creditore dinanzi alla Corte, nel caso specifico la *Court of Session* ovvero la *Sheriff Court*, quest’ultima situata gerarchicamente al livello più basso dei giudici civili⁽⁵⁹⁾.

Anche il debitore stesso può chiedere la propria *sequestration*, a condizione che: l’ammontare complessivo dei suoi debiti risulti di almeno 3.000 sterline; non vi siano state dichiarazioni di *sequestration* nei precedenti cinque anni; il debitore sia insolvente apparente⁽⁶⁰⁾.

Quale riflesso della *sequestration*, la Corte nomina un *interim trustee*

⁽⁵⁷⁾ Più precisamente alla *Section 7*.

⁽⁵⁸⁾ Il *trust deed* è un accordo concluso fra debitore individuale e i suoi creditori, in forza del quale una parte specifica del patrimonio del debitore è messa nella mani del *trustee*, al fine di essere gestita a beneficio dei creditori. Se il debitore è inadempiente in merito alla condizioni fissate da tale accordo, il *trustee* può chiedere che il patrimonio del debitore possa essere assoggettato a *sequestration*. L’aspetto negativo del *trust deed* è che lo stesso dipende dalla volontà dei creditori di rispettarne le condizioni; infatti, i creditori non sono vincolati ai termini dell’accordo, né i nuovi creditori lo sono; dunque gli uni e gli altri potrebbero agire con azioni esecutive contro il debitore.

A causa di ciò, nella prassi, il *trust deed* di natura volontaria è poco adottato, mentre è più comune il *protected trust deed*, ora disciplinato dal *Protected Trust Deeds (Scotland) Regulations 2008* (di seguito “*PTDSR 2008*”), il quale ha il vantaggio che i creditori non hanno la possibilità di intraprendere azioni contro il debitore, se non in circostanze molto limitate specificate alle *Sections 12, 13, 14* del testo legislativo da ultimo menzionato. Il *protected trust deed* può essere creato esclusivamente con il consenso dei creditori, il quale si presume, a meno che la loro maggioranza numerica ovvero i creditori che rappresentino almeno un terzo del valore dei crediti non esprima al *trustee* il loro dissenso alla conclusione del *protected trust deed* medesimo (*Section 9* del *PTDSR 2008*).

⁽⁵⁹⁾ In realtà, il *Bankruptcy and Diligence etc. (Scotland) Act 2007* ha abolito del tutto la competenza della *Court of Session*.

⁽⁶⁰⁾ Ovvero, in alternativa a tale terzo punto, sia qualificabile quale debitore “*low income, low asset*” ovvero abbia concesso precedentemente un *trust deed* che non può essere convertito in un *protected trust deed*.

(assimilabile al curatore provvisorio). Il suo ruolo è quello di salvaguardare nelle prime fasi del fallimento il patrimonio del debitore, nelle more della nomina di un *permanent trustee*. Il *permanent trustee* viene nominato dall'assemblea dei creditori ovvero dalla stessa Corte se nessuno viene eletto in tale assemblea. Ad ogni modo, più recentemente, per effetto del *Bankruptcy and Diligence etc. (Scotland) Act 2007*⁽⁶¹⁾, le due figure del *permanent trustee* e dell'*interim trustee* sono amalgamate fra di loro, e la nomina dell'*interim trustee* è eccezionale e si verifica solo ove sia pendente la sentenza di fallimento e vi sia urgenza di gestire i beni del fallito.

7D. I doveri del *trustee* nella *sequestration*. – I doveri del *trustee* nella *sequestration* sono fondamentalmente finalizzati a recuperare, gestire e realizzare i beni del debitore, nonché a distribuire gli attivi fra i creditori del debitore secondo i rispettivi titoli e priorità. Fa da corollario a ciò l'accertamento dello stato patrimoniale del debitore, particolarmente delle attività e delle passività a lui riferibili.

Entro trenta giorni dalla data della *sequestration*, il *trustee* deve far conoscere ad ogni creditore, che risulti tale dalla documentazione a sua disposizione, se intende convocare una assemblea (*statutory meeting*). Se il *trustee* intende convocare tale assemblea, la stessa va tenuta entro 28 giorni; resta fermo che ogni creditore può chiedere che una assemblea venga tenuta entro sette giorni dalla nomina del *trustee*. La richiesta non è vincolante per il *trustee*, tuttavia lo diventa se la pretesa di tenere l'assemblea promana da creditori che rappresentino almeno un quarto dei debiti.

7E. Titolarità e gestione dei beni del fallito nella *sequestration*. – Salvo alcune eccezioni⁽⁶²⁾, al trustee eletto vengono attribuiti i beni del fallito che egli deve gestire a beneficio dei creditori. Sono esclusi i beni familiari del fallito, quali ad esempio gli arredamenti della sua casa come anche gli strumenti che servano per l'esercizio della sua professione, nella misura in cui questi ultimi non abbiano un valore superiore a 1.000 sterline. Anche i beni ereditati dal fallito sono attribuiti al curatore; a tal fine il *trustee* deve notificare al *land register* (una sorta di registro immobiliare) il nuovo titolo e può anche chiedere al debitore di lasciare la propria abitazione per venderla, anche se – ai sensi del *Bankruptcy and Diligence etc. (Scotland) Act 2007, Section 19*, la quale ha novellato la *Section 39* del *Bankruptcy (Scotland) Act 1985* – il *trustee* ha un tempo limitato per far ciò, più precisamente tre anni dall'inizio della procedura; in mancanza, il bene non venduto viene restituito al debitore.

⁽⁶¹⁾ In particolare, la *Section 6*.

⁽⁶²⁾ *Bankruptcy Scotland Act* alla *Section 31*.

7F. Cessazione della *sequestration*. – La *sequestration* viene solitamente a cessare e, dunque, il debitore è liberato, quando la procedura è completa. Più in particolare, la procedura è completa, teoricamente, quando, ad ogni momento nel corso della procedura, la posizione finanziaria del debitore consente che sia fatta una accettabile offerta ai creditori; di fatto, per contro, e' più probabile che la cessazione si verifichi automaticamente per il decorso del tempo, ove appaia chiaro che i creditori non possano essere soddisfatti per l'intero.

8. *Conclusioni*. – Si è evidenziato che la legislazione britannica, prevede, a differenza dell'ordinamento italiano, tanto l'insolvenza civile quanto l'insolvenza commerciale. La prima riguarda l'individuo persona fisica e fa sì che lo stesso possa essere dichiarato *bankrupt* (fallito) indipendentemente dall'esercizio di una attività di impresa.

Quanto all'insolvenza commerciale, nelle tre giurisdizioni britanniche la stessa si applica esclusivamente all'impresa in forma collettiva, ossia organizzata in forma di società, laddove l'imprenditore commerciale rappresenta un concetto estraneo alla dottrina gius-commercialistica britannica e, dunque, non oggetto di previsione legislativa né di analisi dottrinale nella corrispondente area fallimentare, a differenza che nell'ordinamento domestico, ove il presupposto soggettivo del fallimento dell'imprenditore (imprenditore commerciale o non, imprenditore piccolo o non) è il cuore pulsante dell'analisi dei gius-fallimentaristi. Infatti, oltre Canale l'*entrepreneur* o *business-person* è categoria di rilevanza aziendalistica, ma del tutto sconosciuta da un punto di vista giuridico, tanto nella sua dimensione fisiologica (l'imprenditore *in bonis*) quanto in quella patologica (*i.e.* la sua insolvenza quale presupposto per la dichiarazione di fallimento). L'assenza di un tale soggetto fa sì che una Corte, in Gran Bretagna, non abbia la libertà – per contro spesso concessa o finanche avocata dal giudice italiano – di elaborare figure quali quelle dell'“imprenditore occulto” ovvero dell'“imprenditore apparente” ovvero dell'“imprenditore di fatto”, così care al di qua delle Alpi. Nel Regno Unito, quell'individuo, persona fisica, ove inadempiente (ma non necessariamente insolvente), potrà essere dichiarato *bankrupt* (dunque fallito) quale soggetto *civilmente* inadempiente ovvero, se esiste realmente un'attività di impresa collettiva a lui riconducibile, essere assoggettato ad una procedura concorsuale ma *solo* per il tramite di un soggetto esterno, una diversa persona giuridica, ossia la società di cui dovesse essere socio ovvero amministratore.

Nel sistema britannico, fa da corollario a tale peculiarità la stessa disciplina del presupposto oggettivo delle “procedure concorsuali”, la quale in Italia vede il concetto di insolvenza, con tutta la inquietante dogmaticità che ne discende, il punto focale della disamina, laddove in Scozia e Inghilterra l'insolvenza è meramente uno dei presupposti della procedura estin-

tiva della società (e forse non il principale) e, comunque, preferibilmente definito nel suo riflesso più evidente ed esterno, ossia la cessazione dei pagamenti, piuttosto che il più opinabile concetto di squilibrio patrimoniale della società.

Quanto alle specifiche procedure estintive britanniche applicabili alle imprese esercitate in forma collettiva, la disamina ha mostrato che il corrispondente del fallimento, di matrice italiana, è la *winding-up* o *liquidation*, in quanto il suo obiettivo è chiaramente quello della cessazione dell'attività di impresa, con conversione degli attivi in denaro e distribuzione fra i creditori. Tuttavia, la *winding-up*, a differenza del corrispondente domestico, è procedura che può avere presupposti più ampi che non necessariamente è l'insolvenza, ma che può essere anche la mera decisione della società di cessare l'impresa, al pari della disciplina domestica della liquidazione di tipo codicistico. Ciò che conta, dunque, nell'ordinamento britannico, è non tanto la scaturigine della *winding-up* (in Italia, con una certa sfumatura di disprezzo sociale, l'insolvenza) quanto il suo obiettivo, il quale è certamente la chiusura dell'impresa, la sua cessazione.

Si è anche notato che la *voluntary arrangement* è procedura assimilabile, *mutatis mutandis*, agli accordi di ristrutturazione dei debiti, seppur con la differenza che nell'ordinamento britannico il successo di tale procedura è statisticamente più elevato di quello nostrano, ove solitamente la stessa funge da anticamera del fallimento vero e proprio.

In aggiunta a ciò, si può evidenziare che la *administration* si conferma figura mista, peculiare dell'ordinamento britannico, in quanto l'obiettivo di tutelare i creditori viene realizzato non attraverso la cessazione dell'attività dell'impresa, piuttosto attraverso la continuazione della stessa, affiancandovi un "guardiano", appunto l'*administrator*, il quale cura che l'esercizio del business sia contemperato con la esigenza di tutela delle ragioni creditorie, altrimenti teoricamente frustrate ovvero a rischio. Il *moratorium*, con il suo privilegio concesso alla società di non adempiere per un certo limitato tempo le sue obbligazioni, rappresenta anche una peculiarità britannica, giustificata alla luce del fatto che, per le imprese di piccole dimensioni, la sospensione temporanea dei pagamenti, lungi dall'essere un segnale negativo e sintomatico di insolvenza, possa essere il miglior modo per consentire il recupero della redditività aziendale, utile all'adempimento successivo delle obbligazioni.

Quale ulteriore considerazione, si evidenzia che la tendenza dell'ordinamento italiano a creare, da oltre tre decenni, una specifica *sedes materiae* applicabile alle imprese di grandi dimensioni⁽⁶³⁾, non è rinvenibile affatto

(63) Il riferimento è chiaramente all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese

nel Regno Unito, ove per contro l'unica procedura *ad hoc* (il *moratorium*) è prevista per imprese di piccole dimensioni, piuttosto che di grandi. Ciò, peraltro, pare un interessante spunto per il legislatore nostrano in una logica *de iure condendo*: la procedura concorsuale per imprese di grandi dimensioni, anche se afferente entità operanti in settori non industriali, quale quello bancario, presenta peculiarità tali che una sua definizione *ex ante* è di fatto impossibile, essendo preferibile una normazione *ad hoc*, coniata e partorita in correlazione logica e in coincidenza temporale di una specifica insolvenza, se e quando la stessa si appalesi, con regole specifiche (e non generali) che sono indirizzate a quella determinata grande impresa e si esauriscono con la stessa⁽⁶⁴⁾.

Da ultimo, quale considerazione generale di tipo comparatistico di tali procedure, è da sottolineare che nel Regno Unito il principio italiano della procedura concorsuale, quale strumento per accertare le responsabilità del debitore insolvente, cede il posto ad una logica più privatistica, di meccanismo negoziale-contrattuale, in cui ciò che conta è soprattutto far emergere il *turn-around* dell'impresa collettiva e, ove ciò non sia possibile, accertare se quella impresa deve continuare ad esistere ovvero deve cessare. In tale secondo caso, la tendenza della legislazione britannica è senz'altro nel senso di collegare la più grave delle procedure concorsuali (la *winding-up*) non necessariamente alla insolvenza, ma più in generale alla liquidazione e cessazione dell'impresa.

insolventi, di cui al d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, come anche alla ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza, di cui al d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito in l. 18 febbraio 2004, n. 39 e successive modifiche. Per commenti su tali provvedimenti, si vedano, fra gli altri: S. BONFATTI, *L'amministrazione straordinaria delle imprese di rilevanti dimensioni in stato di insolvenza*, in S. BONFATTI & P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare* (2nd edn, CEDAM, Padova, 2007) 555, 576; V. ZANICHELLI, *L'amministrazione straordinaria*, in G. FAUCEGLIA e L. PANZANI (eds), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Vol. 3 (UTET, Torino, 2009) 2010, 2073; ID., *La ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza (d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito in l. 18 febbraio 2004, n. 39 e succ. modific.* - «Decreto Marzano», in G. FAUCEGLIA e L. PANZANI (eds), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Vol. 3 (UTET, Torino, 2009) 2074, 2144. A livello manualistico, si veda M. SANDULLI, *Le procedure concorsuali amministrative*, in V. BUONOCORE (ed), *Manuale di diritto commerciale* (9th edn, Giappichelli, Torino, 2009) 1215, 1237, particolarmente 1220, 1232.

⁽⁶⁴⁾ Ad esempio, nel Regno Unito, allorquando fra il 2007 e 2008, si sono appalesate serie insolvenze di istituti di credito (*Northern Rock*, *Royal Bank of Scotland*, *Halifax Bank of Scotland*), al n. "10 Downing Street" sono stati assunti provvedimenti di salvataggio di tipo specifico (sebbene le stesse insolvenze riguardassero settori peculiari, più precisamente quello bancario), riconoscendo indirettamente che la ordinaria *administration* o la *winding-up* sarebbero state inadeguate a fronte della complessità di ciascuna entità in crisi.