

1 2 9 0



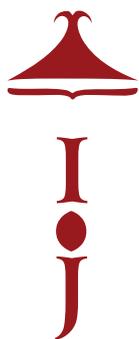
INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

fct Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

A NOVA PROPOSTA DE DIRETIVA SOBRE DIREITO DA INSOLVÊNCIA

HARMONIZAÇÃO DO DIREITO E
DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO

Coordenação Alexandre de Soveral Martins



Ficha Técnica

TÍTULO

A Nova Proposta de Diretiva sobre Direito da Insolvência

COORDENAÇÃO

Alexandre de Soveral Martins

CAPA

Dalldesign

EDIÇÃO

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

geral@ij.uc.pt • www.uc.pt/fduc/ij

Colégio da Trindade • 3000-018 Coimbra

e-ISBN: 978-989-9075-71-9

DOI: <https://doi.org/10.47907/diretivasobredireitodainsolvencia/livro>

Maio 2024

O presente livro foi realizado no âmbito das actividades da Área de Investigação “Risco, Transparência e Litigiosidade”, integrada no projecto «Desafios Sociais, Incerteza e Direito: Pluralidade | Vulnerabilidade | Indecidibilidade» do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (financiado pela FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia - Projeto UIDB/04643/2020; DOI 10.54499/UIDB/04643/2020 - <https://doi.org/10.54499/UIDB/04643/2020>)

A Nova Proposta de Diretiva sobre Direito da Insolvência

Coordenação:
Alexandre de Soveral Martins



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Índice

<i>Nota prévia</i> , Maria João Antunes e Alexandre de Soveral Martins.....	7
Carlos Gómez Asensio, <i>La insolvencia de las microempresas</i>	11
David Sequeira Dinis e Luís Bértolo Rosa, <i>A liquidação do ativo na proposta de diretiva em matéria de insolvência apresentada pela Comissão Europeia</i>	31
Alexandre de Soveral Martins, <i>Resolução em benefício da massa insolvente</i>	45
Alessio Bartolacelli e Aldo Laudonio, <i>A hazy Passage between Scylla and Charibdys: Liability under the Proposal for an Insolvency Directive</i>	65

Nota prévia

No dia 7 de dezembro de 2023 decorreu o webinar “A nova proposta de Diretiva sobre Direito da Insolvência”, organizado pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (área Risco, Transparência e Litigiosidade). Nesse webinar foi debatida a Proposta de Diretiva para harmonizar vários aspetos do direito da insolvência, apresentada pela Comissão Europeia a 7 de dezembro de 2022. Foram abordados assuntos de grande importância para a criação de um ambiente de negócios que permita uma maior resiliência das empresas e que evite a destruição de valor que muitas vezes os processos de insolvência envolvem.

Reunimos agora neste livro os textos que resultaram da quase totalidade das intervenções. Esta é, por isso, mais uma boa ocasião para agradecer a generosidade de Carlos Gómez Asensio (Facultad de Derecho/Universidad de Valencia), Alessio Bartollacelli (Dipartimento di Giurisprudenza/Università di Modena e Reggio Emilia), Aldo Laudonio (Dipartimento di Giurisprudenza/Università di Catanzaro), David Sequeira Dinis/Luís Bértolo Rosa (Uría Menéndez/Proença de Carvalho) e Maria Salomé Lorenzo Camacho (Departamento de Derecho Mercantil/Universidad de Sevilla). Infelizmente, a Colega não teve possibilidade de apresentar o seu texto.

Os textos divulgados percorrem a Proposta em discussão, mas também se ocupam do Direito a construir. São, por isso, importantes contributos para a atividade do legislador (nacional e não só). Essa é uma das tarefas do Instituto Jurídico, que se mostra assim, mais uma vez e como sempre, empenhado em transferir conhecimentos (no seu papel social).

Maria João Antunes

Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Coordenadora do Grupo de Investigação “Risco, Transparência e Litigiosidade”

Alexandre de Soveral Martins

Professor Associado com Agregação e Coordenador do Webinar

La insolvencia de las microempresas

(<https://doi.org/10.47907/diretivasobredireitodainsolvencia/01>)

Carlos Gómez Asensio¹

RESUMEN: En España, con ocasión de la reforma de su normativa concursal por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre de 2022, se introdujo un nuevo Libro Tercero “Procedimiento especial para microempresas”, regulador del tratamiento de la insolvencia de este tipo de empresarios, el cual entró en vigor el 1 de enero de 2023. El presente trabajo lleva a cabo una exposición referencial de la regulación del procedimiento especial para microempresas en el Libro Tercero del Texto Refundido de la Ley Concursal en España, así como un análisis de los resultados cosechados por dicho procedimiento, transcurrido un año desde su entrada en vigor. Igualmente, se incluye una exposición de las principales novedades que, en materia de regulación de la insolvencia de las microempresas, se contienen en la normativa europea.

PALABRAS CLAVE: Formularios electrónicos normalizados; Insolvencia; Microempresas; Plataforma Electrónica de Liquidación; Procedimiento Especial para Microempresas.

ABSTRACT: In Spain, on the occasion of the reform of its insolvency Law by Law 16/2022 of 5 September 2022, a new Third Book “Special procedure for microenterprises” was introduced, regulating the treatment of the insolvency of this type of entrepreneurs, which came into force on 1 January 2023. This paper provides a reference exposition of the regulation of the special procedure for microenterprises in the Third Book of the Spanish Texto Refundido de la Ley Concursal, as well as an analysis of the results achieved by this procedure, one year after its entry into force. It also includes an explanation of the main new developments in the regulation of the insolvency of microenterprises contained in European legislation.

KEYWORDS: Standard electronic forms; Insolvency; Microenterprises; Electronic auction systems; Special Procedure for Microenterprises.

¹ Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia. ORCID 0000-0001-5294-7851. Módulo Jean Monnet “Derecho Europeo de la Insolvencia”, Project 101083878 EUINSOL, financiado por la Unión Europea. No obstante, los puntos de vista y opiniones expresados son exclusivamente los del autor o autores y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o la EACEA. Ni la Unión Europea ni la autoridad que concede la subvención pueden ser consideradas responsables de las mismas.

1. Contexto económico y jurídico de la insolvencia de las microempresas

La columna vertebral de la economía en la Unión Europea (UE) está conformada por las pequeñas y medianas empresas (PYMES), que alcanzan un total de 25 millones de empresas, lo que supone un 99% del total de empresas de la UE².

Por su parte, España es también un país de PYMES. El tejido empresarial español, está compuesto en su mayoría por pequeñas y medianas empresas de menos de 250 trabajadores, las cuales concentran a nivel nacional tanto el mayor porcentaje de creación de empleo (62,61%), como de valor añadido (61,3%). A su vez, el grueso de las pequeñas y medianas empresas está integrado por microempresas de menos de 10 trabajadores que representan el 93,2% del tejido empresarial español³, lo cual es particularmente relevante a los efectos que aquí interesan.

Por tanto, el perfil empresarial mayoritario español es el de la microempresa, jurídicamente articulada en la forma de empresario individual o de empresario social constituido como sociedad de responsabilidad limitada y, en este último supuesto, en la mayoría de las ocasiones, bajo la forma de sociedad unipersonal⁴.

Paradójicamente, y a pesar del carácter mayoritario de las PYMES en el tejido empresarial europeo y español, este tipo de empresas, y particularmente las microempresas, son las que presentan mayores problemas para superar las situaciones de sobreendeudamiento e insolvencia⁵.

² Así se declara con rotundidad por la COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una estrategia para las pymes en pro de una Europa sostenible y digital*, COM (2020) 103 final, de 10 de marzo de 2020, [consult. 12 enero 2024]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2020%3A103%3AFIN> en la que destaca como este tipo de empresas: “Emplean a alrededor de cien millones de personas, representan más de la mitad del PIB de Europa y desempeñan un papel clave, al aportar valor añadido a todos los sectores de la economía... Las pymes están profundamente integradas en el tejido económico y social de Europa. Aportan dos de cada tres empleos, ofrecen oportunidades de formación en todas las regiones y todos los sectores, también para los trabajadores poco cualificados, y contribuyen al bienestar de la sociedad, sin olvidar las zonas remotas y rurales”.

³ En España las microempresas suponen el 93,2% del total de las empresas y generan el 28,72% del empleo, de conformidad con lo publicado por la DIRECCIÓN GENERAL DE INDUSTRIA Y DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, SECRETARÍA GENERAL DE INDUSTRIA Y DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, *Cifras PyMe: noviembre 2023*, España, [consult. 10 enero 2024]. Disponible en: <https://ipyme.org/es-es/publicaciones/Paginas/estadisticaspyme.aspx>.

⁴ A fecha 31 de diciembre de 2022, el número total de sociedades unipersonales en España alcanza 1.216.503 en total, habiendo experimentado su constitución una tendencia alcista desde 2016 hasta la actualidad, constituyéndose en el año 2022 un total de 45.890 sociedades unipersonales, esto es un 46,03% del total constituidas en dicha anualidad, todo ello según datos publicado por el REGISTRO MERCANTIL CENTRAL, *Datos estadísticos 2022*. Madrid, [consult. 10 enero 2024]. Disponible en: <https://www.rmc.es/documentacion/publico/Estadisticas/ESTADISTICAS-2022.pdf>

⁵ En este sentido, uno de los 3 pilares que integran la estrategia para las pymes en pro de una Europa sostenible y digital mencionada anteriormente (vid. nota 2), es el de la reducción de la carga administrativa y mejora del acceso al mercado de este tipo de empresas, señalando que, 11: “La Comisión seguirá trabajando para facilitar la transmisión de empresas y apoyará a los Estados miembros en sus esfuerzos por establecer un entorno empresarial favorable a dicha transmisión. La Directiva recientemente adoptada sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad abordó numerosas preocupaciones de las empresas en apuros y la Comisión apoyará ahora a todos los Estados miembros en la transposición de lo dispuesto en ella

Por lo que respecta a España, en 2023 el perfil paradigmático de empresa concursada fue el siguiente: microempresa, mayoritariamente empresario individual, dedicada al sector del comercio, con una cifra anual de negocios inferior a 250.000€ y con menos de 4 años de antigüedad⁶.

Los datos estadísticos reflejan por tanto una realidad paradójica: el mayor porcentaje de empleo y valor añadido es creado por las microempresas, las cuales, sin embargo, son a su vez las que incurren con mayor frecuencia en situación de sobreendeudamiento y/o insolvencia. Ante este escenario, las empresas se ven abocadas a la declaración de concurso de acreedores, si bien, y en lo que constituye otra particularidad del ámbito español, tal y como se expondrá posteriormente, en la mayoría de los casos, tramitando su concurso como “concurso sin masa”⁷.

Estos hechos evidencian la importancia de disponer de un marco regulatorio eficaz, con herramientas de alerta temprana que permitan identificar las situaciones de sobreendeudamiento activo y pasivo de estas empresas, advirtiéndoles de la necesidad de tomar medidas para evitar su insolvencia⁸, y que, a su vez, proporcione una respuesta adecuada al tratamiento de las singularidades jurídico-patrimoniales propias de las mismas.

La principal de estas singularidades es el fenómeno de la llamada “responsabilidad limitada imperfecta”, de conformidad con la cual, la responsabilidad patrimonial de una sociedad formalmente caracterizada por el principio de limitación de responsabilidad, se extiende por vía negocial al patrimonio personal de sus socios y/o administradores, de forma que la limitación de responsabilidad y la consiguiente separación patrimonial entre el patrimonio social y el de estos últimos, es imperfecta⁹.

a la legislación nacional, de manera que las empresas que experimenten dificultades financieras tengan acceso a servicios de apoyo adecuados que les ayuden a evitar la quiebra”.

⁶ Datos publicados por el REGISTRO MERCANTIL CENTRAL, *Estadística del Procedimiento Concursal (EPC) Tercer trimestre 2023*, [consult. 10 enero 2024]. Disponible en: <https://www.registradores.org/actualidad/portal-estadistico-registral/estadisticas-concursales>. Una visión global del año 2023 puede obtenerse mediante la agregación de los datos por trimestres publicados en los informes trimestrales de dicho organismo.

⁷ De nuevo y de conformidad con los datos publicados por el REGISTRO MERCANTIL CENTRAL, *Estadística del Procedimiento Concursal (EPC) Tercer trimestre 2023*, de los 4.054 concursos de acreedores declarados en España en el tercer trimestre de 2023, 3.304 fueron concursos sin masa, esto es, el 81,43% del total, lo que supone un incremento anual acumulado del 196,4%, si se compara con cifras de 2022.

⁸ En profundidad sobre las prácticas origen del sobreendeudamiento pasivo, Matilde CUENA CASAS, «Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», *Actualidad Civil* 9 (2019). Matilde CUENA CASAS, «La ineficiente regulación de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del potencial prestatario», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid* 84 (2019) 50-55.

⁹ En este sentido, Fernando GÓMEZ POMAR, / Marco CELENTANI, «Tarea urgente: el concurso personal», *InDret*, 1/2012 (2012), [consult. 15 enero 2024]. Disponible en: <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/365940/459980>, 1-5, 4: “En efecto, en estas empresas la separación entre los activos de la sociedad y el patrimonio del propietario es imperfecta. Una de las razones se encuentra en que los acreedores de la empresa pequeña exigen a los propietarios con una frecuencia muy elevada, garantías personales o reales sobre activos que forman parte de su patrimonio personal. De hecho, tampoco es infrecuente, ni mucho menos, esta separación “imperfecta” en las relaciones con las administraciones públicas ya que la Agencia Tributaria suele mirar con total desconfianza y considerar como simuladas, casi indiscriminadamente, la creación de sociedades patrimoniales y las transacciones vinculadas de la persona física y la sociedad patrimonial. Esto quiere decir

Este fenómeno se produce, entre otros, como consecuencia de la práctica habitual de las entidades financieras de exigir, como requisito para el acceso al crédito, por las sociedades de responsabilidad limitada, especialmente las de reciente constitución o unipersonales, la prestación de garantías personales y/o reales de un tercero, siendo habitualmente dicho tercero el socio o socios que conforman la sociedad, o incluso también sus familiares¹⁰.

Como consecuencia de lo anterior, si bien formalmente se mantiene el principio de limitación de responsabilidad entre la sociedad y sus socios, en la práctica estos últimos acaban respondiendo con su patrimonio personal de las deudas derivadas de la actividad empresarial desarrollada por la sociedad, lo que evidencia una conexión entre ambos patrimonios, con independencia de la relación jurídico laboral que ligue al socio y/o administrador con la sociedad.

En este sentido, por el lado del activo, en muchas ocasiones, parte de los bienes empleados en el ejercicio de la actividad comercial o profesional por el empresario individual provienen de su patrimonio privado en tanto persona natural: local comercial, mobiliario, maquinaria, medios de producción, etc. Por el lado del pasivo, la vigencia del principio de responsabilidad patrimonial universal determina que, los acreedores financieros y comerciales del empresario individual cuenten con la garantía personal e ilimitada del empresario como persona natural, lo que implica que, salvo determinadas excepciones legales¹¹, todo el patrimonio personal del empresario individual queda de facto vinculado a las resultas de su actividad comercial¹².

Estas particularidades evidencian en todo caso la necesidad de coordinación entre las instituciones de reestructuración y concurso para abordar de forma global tanto el problema del sobreendeudamiento inicial, como en su caso, el tratamiento de la posterior insolvencia de las microempresas,

que un procedimiento concursal para una empresa pequeña precipita también a su propietario con una probabilidad muy alta, a una situación de insolvencia. Esto comporta que, para una empresa pequeña un concurso será menos atractivo ante una situación de dificultad financiera cuanto más duro y menos generoso sea el concurso individual en el cual, de forma casi segura se verá envuelto el propietario”.

¹⁰ Estas prácticas han suscitado debate doctrinal y jurisprudencial sobre la consideración o no como consumidores de los socios y en su caso familiares, constituidos en avalistas o fiadores de los préstamos de la sociedad, estableciéndose las condiciones para su consideración como consumidores, a nivel europeo destacan los Autos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 noviembre 2015, asunto CC-74/15 y de 14 de septiembre de 2016, asunto C-534/2015. Esta cuestión ha sido estudiada en detalle por Jaume Martí Miravalls, «¿Cuándo es consumidor el socio o el cónyuge que avala una financiación empresarial?», in Francisco González Castilla, Ubaldo Nieto Carol, dirs., Jaume Martí Miravalls, coord., *Retos de la contratación mercantil moderna*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 865-874.

¹¹ En España, sería el caso del emprendedor de responsabilidad limitada regulado en los artículos 7-11 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Esta figura ha tenido muy poca acogida en el tráfico mercantil, siendo los últimos datos actualizados al respecto los del Registro mercantil central, (Estadística del Procedimiento Concursal (EPC) de 2018) la cual señala que, en dicho año, se inscribieron tan solo 10 emprendedores de responsabilidad limitada. REGISTRO MERCANTIL CENTRAL, *Estadística Año 2018*, España, [consult. 20 enero 2024]. Disponible en: <https://www.rmc.es/documentacion/publico/ContenedorDocumentoPublico.aspx?arch=Estadisticas\ESTADISTICAS-2018.pdf>.

¹² Una excepción legal de alcance general, aunque de contornos difusos, es la presente en la legislación francesa a través de la Loi n.º 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante.

en particular, aquellas constituidas bajo la forma de empresario individual, es decir, deudor persona natural¹³.

2. El procedimiento español para microempresas

El 5 de septiembre de 2022 se publicó la Ley 16/2022, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante TRLC), en vigor desde el 26 de septiembre del mismo año, cuyo Libro Tercero «Procedimiento especial para microempresas», regula de manera exclusiva y excluyente el tratamiento de la insolvencia del microempresario persona natural o jurídica. De conformidad con la Disposición Final 19.^a de dicha norma, el Libro Tercero, entró en vigor el pasado 1 de enero de 2023.

La delimitación del concepto de microempresa se realiza en base a un criterio estrictamente nacional, haciendo uso del margen de discrecionalidad que otorga al respecto la Recomendación de la Comisión 2003/361/EC, tal y como se expondrá en detalle en el epígrafe 3 de este trabajo. Así de conformidad con el art. 685.1 TRLC: «El procedimiento especial para microempresas será aplicable a los deudores que sean personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que reúnan las siguientes características: 1.^a Haber empleado durante el año anterior a la solicitud una media de menos de diez trabajadores. 2.^a Tener un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud».

Partiendo de esta delimitación subjetiva, la regulación española del procedimiento especial para microempresas se organiza en base a una estructura modular¹⁴: en primer lugar, se presenta un módulo común, que contiene unas reglas generales aplicables a todo deudor microempresario; a continuación, se prevén dos módulos de carácter alternativo – procedimiento especial de continuación (solución conservativa), y procedimiento especial de liquidación (solución liquidativa) –, debiendo el deudor optar por uno de ellos al presentar su solicitud de apertura del procedimiento especial, de conformidad con lo dispuesto por el art. 691 TRLC.

¹³ Acerca de las dificultades en el tratamiento separado de ambas deudas y propugnando su tratamiento unitario, Matilde CUENA CASAS, «La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 32 (2020) 39-69, 44: «Pueden existir dificultades a la hora de determinar qué gastos de la vivienda son imputables a la actividad profesional y cuáles no. Tampoco es infrecuente que el empresario pida un préstamo hipotecario sobre la vivienda habitual y parte del importe lo dedique a atenciones personales y otra a los profesionales. El Considerando 84 ejemplifica la deuda profesional y personal que no puede separarse el caso de que se use un activo tanto durante una actividad profesional del empresario como fuera del marco de dicha actividad. El coche puede ser un bien que cumpla tal doble función. Sus gastos de mantenimiento pueden tener naturaleza dudosa».

¹⁴ La propuesta del diseño de un procedimiento modular para el tratamiento de la insolvencia de las microempresas puede encontrarse tempranamente en Ignacio TIRADO/ Riz MOKAL, «Special consideration for micro, small and medium enterprises», in LORENZO STANGHELLINI et al., *Best practices in European restructuring: contractualised distress resolution in the shadow of the law*, Milano, Wolters Kluers: CEDAM, 2018, 227-248.

A continuación, se expondrá con carácter referencial, los aspectos más relevantes del régimen jurídico tanto del módulo común, como del procedimiento especial de liquidación para microempresas¹⁵, al objeto de proporcionar un parámetro de comparación, con el posterior análisis del proyectado procedimiento de liquidación simplificados para las microempresas, de la Propuesta de Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia.

2.1. Reglas comunes del procedimiento especial para microempresas

El Título I del Libro Tercero establece como presupuesto objetivo del procedimiento especial en su art. 686 TRLC, que la microempresa se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual, estados de la insolvencia que son definidos por la propia norma nacional sobre insolvencia¹⁶.

La legitimación activa para la solicitud de apertura del procedimiento se vincula a los diferentes estados de insolvencia¹⁷, de forma que solo el deudor puede presentar la solicitud de apertura del procedimiento en los supuestos de probabilidad de insolvencia o insolvencia inminente, mediante formulario normalizado que contendrá la información exigida por el art. 691.3 TRLC. Por su parte los acreedores, pero también los socios personalmente responsables de las deudas

¹⁵ Para un estudio en profundidad del régimen jurídico del procedimiento especial para microempresas español, por todos, Enrique SAN JUAN Y MUÑOZ, *Reestructuración y liquidación de microempresas en crisis: El procedimiento especial para microempresas y su régimen transitorio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022. Igualmente, destacan los trabajos de: Georgina ÁLVAREZ MARTÍNEZ, «El procedimiento especial para microempresas en el Texto Refundido de la Ley Concursal», *Revista de Derecho Mercantil*, 329 (2023); Marta FLORES, «El procedimiento de insolvencia especial para microempresas: una visión general», *Diario La Ley*, 10169, (14 Noviembre 2022); Ignacio TIRADO MARTÍ, «El procedimiento especial para micropymes en el Texto refundido: ¿una oportunidad perdida?», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, Extra 7 (2022) 237-279; Ignacio TIRADO MARTÍ «La reestructuración de las microempresas en el sistema del Texto Refundido de la Ley Concursal», in Amanda COHEN BECHETRIT, dir., *Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España*, Cizur Menor: Aranzadi, 2022, 489-522; Fedra VALENCIA, «Una reflexión crítica sobre la regulación del concurso de la microempresa», *La Ley Mercantil*, 93 (2022).

En todo caso, puede igualmente acudir a los diversos comentarios publicados sobre el articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal: Juana PULGAR EZQUERRA, dir., Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier MEGÍAS LÓPEZ, Eva RECAMÁN GRAÑA COORDS., *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*, vol. 2, 3ª. ed., Madrid: La Ley, 2023; Pedro PRENDES CARRIL / Nuria FACHAL NOGUER, dirs., *Comentario al texto refundido de la ley concursal. Comentario judicial, notarial y registral*, vol. 2, Cizur Menor: Aranzadi, 2021; Juan Ignacio PEINADO GRACÍA / Enrique SANJUÁN Y MUÑOZ, dirs., *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, vol. 4, Madrid: Sepin, 2020; Abel VEIGA COPO, dir., Miguel MARTÍNEZ MUÑOZ coord., *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, vol. 2, Pamplona: Civitas, 2021.

¹⁶ La definición de insolvencia actual e insolvencia inminente se contiene en el art. 2 TRLC. La definición de probabilidad de insolvencia se encuentra en el art. 584.2 TRLC.

¹⁷ Una magnífica delimitación de los diferentes estadios de la insolvencia en Derecho español puede encontrarse en el trabajo de Ana Belén CAMPUZANO LAGUILLO, «Los estadios de la insolvencia», *Anuario de Derecho Concursal*, 58 (2023) 15-46.

del deudor, solo podrán presentar la solicitud de apertura en caso de insolvencia actual, de conformidad con lo establecido por el art. 691 ter TRLC.

En cuanto a la tramitación del procedimiento, el art. 687 TRLC establece que las comparecencias, declaraciones, vistas y, en general, todos los actos procesales del procedimiento especial se realizarán mediante presencia telemática, practicándose los actos de comunicación por medios electrónicos con la cumplimentación de los formularios normalizados¹⁸, así como la oralidad de las resoluciones judiciales¹⁹.

Se regula también en este Título I, un régimen de comunicación de apertura de negociaciones o moratoria preconcursal (art. 694 TRLC) que tiene como principal efecto la paralización de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes *necesarios* – art. 600 TRLC – para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Ahora bien, esta suspensión no afecta a los créditos con garantía real si así no lo solicita expresamente el deudor, bien sea en sede del procedimiento especial de continuación (art. 701 TRLC), bien sea en sede del procedimiento especial de liquidación (art. 712 TRLC), y, en ambos casos siempre que exista una posibilidad objetiva razonable de que la empresa o las unidades productivas puedan transmitirse en funcionamiento). Por último, debe destacarse que esta suspensión no afecta a los créditos que no se vean afectados por el plan de continuación y, tampoco al crédito público en las condiciones señaladas por el propio art. 694 TRLC.

Con respecto a los efectos asociados a la apertura del procedimiento especial²⁰, en coherencia con el principio de proactividad de las partes que preside este procedimiento, se mantiene al deudor en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición sobre sus bienes (art. 694.1 TRLC), lo que no impide que se solicite la limitación de dichas facultades, tanto en sede del procedimiento especial de continuación (arts. 703 y 704 TRLC), como en sede del procedimiento especial de liquidación (art. 713 TRLC).

¹⁸ Estos formularios fueron aprobados mediante la Orden JUS/1333/2022, de 28 de diciembre, de condiciones de acceso y modo de funcionamiento del servicio electrónico, para la cumplimentación de los formularios normalizados y de las especificaciones técnicas de la plataforma electrónica de liquidación de bienes previstas en la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal.

¹⁹ Acerca del uso de los formularios electrónicos en el procedimiento español de microempresas, Jose VELA PÉREZ, «El procedimiento especial para microempresas», *Anuario de Derecho Concursal*, 58 (2023) 475-510; Leopoldo LÓPEZ MÁÑEZ, «Reflexiones sobre la forma de cumplimentar los formularios normalizados en el Procedimiento especial de microempresas», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 17 (2023); Patricia CIFREDO ORTIZ/ FRANCISCO JESÚS MORENO BUENDÍA, «El procedimiento especial para microempresas desde una perspectiva digital», *La Ley mercantil*, 104 (2023); María J. PALMERO SANDÍN, «El procedimiento especial del Libro III: el servicio electrónico de microempresas y la plataforma de liquidación» in *Estudios de la insolvencia del País Vasco: novedades introducidas por la Ley 16-2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto refundido de la Ley concursal. Jornadas*, Vitoria-Gasteiz (25-26 mayo 2023), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, 405-426.

²⁰ Analiza esta cuestión con mayor profundidad, Nuria FÉRNANDEZ PÉREZ, «Presupuestos y efectos de la apertura del procedimiento concursal especial de las microempresas», in María Jesús PEÑAS MOYANO, COORD., *Estudios de Derecho de sociedades y de Derecho concursal: libro en homenaje al profesor Jesús Quijano González*, Valladolid: Ediciones de la Universidad de Valladolid, 2023, 299-310.

Por último, se incluyen en este título reglas comunes referentes a las acciones para incrementar el patrimonio, esto es, acciones de reintegración y acciones de responsabilidad (arts. 695 y 696 TRLC). Respecto las primeras, mediante formulario normalizado, los acreedores y los socios personalmente responsables de las deudas del deudor, durante los 30 días hábiles siguientes desde la comunicación de la apertura del procedimiento especial, podrán comunicar cualquier información que pueda resultar relevante a los efectos del posible ejercicio de acciones rescisorias, si bien, la acción rescisoria solo podrá ser presentada en caso de insolvencia actual del deudor (art. 695.6 TRLC). En todo caso, la legitimación activa para el ejercicio de la acción corresponde a la administración concursal y al experto en la reestructuración (art. 695 TRLC), si bien tendrán legitimación activa subsidiaria los acreedores que representen al menos el 10% del pasivo total, en caso de negativa del experto en la reestructuración o del administrador concursal a entablar la acción, o en caso de falta de respuesta dentro de los quince días hábiles siguientes.

Todo ello, sin perjuicio del ejercicio de las correspondientes acciones de responsabilidad ex art. 696 TRLC frente los administradores, liquidadores o auditores de la sociedad deudora; ni tampoco respecto la exigencia de eventual responsabilidad civil o penal al propio deudor por la información falsa o incompleta proporcionada en relación a sus bienes y créditos (art. 688 TRLC), que se abordará en la calificación abreviada del procedimiento especial de liquidación (arts. 716-718 TRLC).

2.2. El procedimiento español de liquidación de microempresas

La apertura del procedimiento especial de liquidación, en sus dos modalidades, con o sin transmisión de la unidad productiva, procederá a petición del deudor o los acreedores, incluida en su correspondiente solicitud de apertura del procedimiento especial para microempresas, de conformidad con lo establecido en los arts. 691 y 691 ter TRLC, respectivamente. Igualmente, también procederá la apertura del procedimiento especial de liquidación en caso de frustración del plan de continuación (art. 705 TRLC).

Una vez abierto el procedimiento, tanto la conformación del listado de acreedores, como la elaboración del inventario de la masa activa, se regulan de forma detallada en el art. 706 TRLC que, con carácter general, otorga un plazo de 20 días a los acreedores para la presentación de créditos o realizar alegaciones al listado de acreedores e inventario de la masa activa.

Por lo que respecta a la realización de los bienes, el art. 707 TRLC atribuye al propio deudor, o en su caso al administrador concursal, la responsabilidad de llevar a cabo la liquidación del activo mediante la presentación de un plan de liquidación en formulario normalizado, regulándose un trámite tanto para la modificación, como para la impugnación de dicho plan de liquidación.

En cuanto a los medios utilizados para la realización de los bienes, el art. 707.3 TRLC establece la preferencia por la enajenación unitaria del establecimiento o del conjunto de unidades productivas de la masa activa, la cual se llevará a cabo con sujeción a las reglas del Libro Primero del TRLC, con las especialidades del art. 710 TRLC, siendo la subasta el medio subsidiario a la venta directa para llevar a cabo dicha transmisión. En cuanto al resto de los bienes, el art. 708.3 establece

que «la liquidación de bienes individuales o de categorías genéricas de bienes se producirá a través del sistema de plataforma electrónica previsto al efecto, y complementariamente mediante entidad especializada²¹, a menos que se justifique debidamente conforme a criterios objetivos».

En relación con el establecimiento de una plataforma nacional de subasta electrónica, la Disposición Adicional 2.^a de la Ley 16/2022 estableció que antes de la entrada en vigor del Libro Tercero del TRLC, el Ministerio de Justicia pondría en marcha una plataforma electrónica de liquidación de bienes procedentes de procedimientos especiales de liquidación, configurando la liquidación de bienes a través de dicha plataforma electrónica como la vía preferente para la realización de los bienes procedentes de concursos de microempresarios²².

En cuanto a la ejecución de la subasta, el ap. 5 de la Disposición Adicional 2.^a de la Ley 16/2022, dispone que la plataforma organizará la publicidad, la catalogación y la distribución de los bienes «con criterios comerciales y de maximización de los ingresos», publicando la información en estándares abiertos y reutilizables²³.

Paralelamente, en este procedimiento es posible tramitar una «sección de calificación abreviada» (arts. 716-718 TRLC), a los efectos de determinar el carácter culpable o fortuito del procedimiento especial y, en su caso, las personas afectadas por la calificación²⁴.

Finalmente, una vez realizados los bienes y realizado el pago a los acreedores, procederá la presentación del informe final de liquidación (art. 719 TRLC), así como la conclusión del procedimiento de (art. 720 TRLC), sin perjuicio de la posibilidad para el deudor empresario o profesional persona natural de solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho (art. 715 TRLC), conforme a las reglas del Libro Primero del TRLC.

2.3. Un año del procedimiento especial para microempresas en España

Como se ha señalado anteriormente, el 1 de enero de 2023, entró en vigor el Libro Tercero del TRLC, por lo que, a partir de dicha fecha, el tratamiento de la insolvencia de aquellos deudores personas naturales o jurídicas encuadrados dentro del antes expuesto ámbito de aplicación subjetiva del procedimiento especial para microempresas, debía tramitarse con carácter exclusivo y excluyente, a través de dicho procedimiento.

²¹ Al respecto del papel de las entidades especializadas de liquidación concursal en este nuevo marco normativo, Enrique DÍAZ REVORIO, «El papel de las entidades especializadas en la liquidación concursal» *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, 9 (2023) 261-275.

²² Un comentario crítico sobre la eficiencia de dicha plataforma puede encontrarse en Ángela Elisa ÁLVAREZ PÉREZ, «Plataforma electrónica de liquidación: un sueño legislativo con importantes debilidades temporales y presupuestarias», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 11 (2022). En general acerca de esta plataforma, María J. PALMERO SANDÍN, «El concurso de las microempresas: La plataforma de liquidación» in Inmaculada HERBOSA MARTÍNEZ, *El concurso y la conservación de la empresa debates sobre nuestra inminente nueva Ley Concursal*, Cizur Menor: Aranzadi, 2022, 523-541.

²³ D.A 2^a Ley 16/2022, ap. 15.

²⁴ En detalle respecto este procedimiento, Martín GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, «La calificación abreviada en el procedimiento especial de microempresas: aspectos sustantivos y procesales», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 8 (2022) 157-183.

En consecuencia, el 1 de enero de 2023 debían estar disponibles, y operativos, los formularios normalizados a los que refiere el art. 687 TRLC, a través de los cuales se debía sustanciar la tramitación telemática de este procedimiento²⁵. Estos formularios, así como la plataforma electrónica de liquidación de bienes, estarían disponibles a través del Puesto de Acceso General de la Administración de Justicia.

Nada de esto sucedió: ni el 1 de enero de 2023, ni tampoco durante los meses siguientes, pues no todos los formularios normalizados fueron accesibles a través de la Plataforma del Servicio Electrónico de Microempresas, ni tampoco la plataforma electrónica de liquidación de bienes resultaba efectivamente operativa.

Más allá de las lógicas críticas que esta deficiencia en el funcionamiento de la Administración de Justicia despertó²⁶, lo cierto es que jueces y operadores jurídicos se esforzaron por encontrar unos cauces procesales operativos a través de los cuales tramitar las solicitudes de concurso de los microempresarios en aquellos primeros meses. A estos efectos, resultó capital la aplicación supletoria de las normas del Libro Primero del TRLC propugnada por el art. 689 TRLC²⁷, lo que llevó a la tramitación durante los primeros meses de 2023 de los procedimientos de insolvencia de microempresas, por los cauces del procedimiento ordinario del Libro Primero TRLC²⁸.

²⁵ Estableció la D.A 4ª TRLC que: “A los seis meses de entrar en vigor la ley, (Ley 16/2022 de 5 de septiembre), los formularios normalizados oficiales serán accesibles en línea, sin coste, en la dirección electrónica que se determinará en el momento pertinente. También serán accesibles en línea las directrices prácticas sobre la manera de su cumplimentación. El acceso a estos formularios normalizados implicará la posibilidad de su lectura y descarga”.

²⁶ Especialmente ilustrativo a este respecto es el artículo publicado por el Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 16 de Madrid, Carlos NIETO DELGADO, «Procedimiento especial de microempresas: sobrevino el desastre anunciado», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 10 (2023) 133-157 describiendo el siguiente escenario 138: “El fiasco ha sido tremendo: cientos (quizás miles) de profesionales intentando sin éxito cumplimentar los formularios electrónicos, recibiendo con espanto mensajes de error en sus pantallas, tras haber dedicado largas horas a preparar los datos exigidos. Las solicitudes no llegan a los Juzgados, debido a problemas en la interconexión con los sistemas informáticos de gestión procesal y Lexnet, viendo los interesados con angustia y desazón expirar los inexorables plazos para pedir el concurso, sin haber podido dar cumplimiento a sus obligaciones legales. En los Juzgados nada ha sido adaptado para la gestión de los nuevos procedimientos, y no se dispone ni de modelos ni de guías de tramitación procesal, por lo que los escasos expedientes que consiguen superar todas las barreras terminan aterrizando invariablemente en la mesa del Juez, sin que nadie en la oficina judicial tenga ni idea de qué hay que hacer con ellos”.

²⁷ Art. 689.1 TRLC: “1. Se aplicará supletoriamente al procedimiento especial para microempresas lo establecido en los libros primero y segundo, con las adaptaciones que resulten precisas para acomodar los principios que presiden este procedimiento especial y las reglas que integran este libro tercero”.

²⁸ A este respecto, voces autorizadas de la doctrina española y la judicatura llegaron a sostener que, en realidad el Libro Tercero del TRLC nunca había entrado en vigor, puesto que no se habían hecho efectivas las condiciones previas exigibles para su aplicación: funcionamiento del servicio electrónico de microempresas con los formularios electrónicos normalizados y de la plataforma electrónica de liquidación, herramientas ambas, pendientes de activación en los términos de las Disposiciones Adicionales 4ª y 2ª, respectivamente de la Ley 16/2022 de reforma del TRLC. En este sentido, vid. Nuria FACHAL NOGUER, «¿Y si no es técnicamente posible acudir al procedimiento de microempresas?», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal* 17 (2023).

Situados en este contexto de incertidumbre procesal y aplicación supletoria de las normas del Libro Primero del TRLC, ante la realidad del tejido empresarial español antes expuesto, lo bien cierto es que la mayoría de los concursos presentados en 2023 en España fueron, como se ha señalado anteriormente²⁹, “concurso sin masa” regulados en el Libro Primero del TRLC, arts. 37 bis a 37 quinquies TRLC.

De esta forma, durante el primer año de vigencia del procedimiento especial para microempresas en España, la mayoría de este tipo de empresas que ha entrado en estado de insolvencia, lo ha hecho en una situación de insuficiencia inicial de masa activa, lo que ha abierto otro debate doctrinal y jurisprudencial³⁰, acerca de la posibilidad de aplicación a estas microempresas, vía art. 689 TRLC del régimen del “concurso sin masa” regulado en el Libro Primero en los arts. 37 bis a 37 quinquies TRLC, dando lugar a situaciones dispares al respecto en diversos puntos de la geografía española³¹.

En 2024, a fecha de redacción del presente trabajo, tanto los formularios normalizados de la Plataforma del Servicio Electrónico de Microempresas, como la plataforma electrónica de liquidación de bienes, se encuentran disponibles y operativos a través del Puesto de Acceso General de

²⁹ Especialmente significativos resultan los datos publicados por el Registro Mercantil Central, Estadística del Procedimiento Concursal (EPC) Primer trimestre 2023, período de mayor incertidumbre procesal ante la falta de funcionamiento de los formularios normalizados y plataforma electrónica de liquidación de bienes en el que, de los 4.895 concurso presentados, 3.440 fueron concursos sin masa, esto es un 70,27% del total. REGISTRO MERCANTIL CENTRAL, *Estadística del Procedimiento Concursal (EPC) Primer trimestre 2023*, [consult. 1 febrero 2024]. Disponible en: <https://www.registradores.org/actualidad/portal-estadistico-registral/estadisticas-concursales>.

³⁰ Así lo refleja en su trabajo Carlos MARTÍNEZ DE MARIGORTA MENÉNDEZ, «Posibles «huidas» del procedimiento especial de microempresas. Reflexiones sobre «concursos sin masa» y microempresas insolventes sin actividad», *Diario La Ley* 10241 (2023); Montserrat MOLINA PLA, «El concurso sin masa», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal* 17, (2023) 2697-2476; Alfonso MUÑOZ PAREDES, «Ars moriendi: la conclusión del concurso sin masa en la sociedad de capital», *Diario La Ley* 10226 (2023); Aner URIARTE CODÓN, «Nueva regulación del escenario de insuficiencia de masa, tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 9 (2023) 181-191.

³¹ Por ejemplo, de conformidad con lo que señala Carlos NIETO DELGADO, «Procedimiento especial de microempresas: sobrevino el desastre anunciado», 152: “En el primer trimestre de 2023, los criterios publicados por el Tribunal Mercantil de Málaga aprobados por acuerdo 2/2023 a los que antes ya se hizo alusión se pronunciaron claramente a favor de aplicar el trámite del artículo 37 ter y siguientes a las microempresas, por la vía supletoria prevista en el artículo 689 del TRLC. Por el contrario, los Jueces Mercantiles de Madrid, en la reunión celebrada en fecha 21 de enero de 2023 (que también ha sido referida anteriormente) acogieron como mayoritaria una solución distinta. Debatiéndose tres posibles respuestas: Aplicación supletoria del artículo 37 ter TRLC a los concursos de microempresas; Declaración sin especialidad alguna del concurso bajo las reglas del Libro III y archivo a los tres meses (cuatro en caso de prórroga) con arreglo a las normas del artículo 719; y Declaración y conclusión inmediata del concurso, con base en lo dispuesto en el artículo 720 del TRLC, está última posibilidad fue la que obtuvo más adhesiones”. También a favor de la aplicación supletoria del régimen de los arts. 37 bis y ss TRLC a las microempresas, el Acuerdo n.º 1/2022 del Tribunal de Instancia Mercantil de Sevilla sobre los concursos sin masa o los Acuerdos de unificación de criterios en derecho concursal de los juzgados mercantiles de Barcelona, de diciembre de 2023.

la Administración de Justicia³², tramitándose los primeros procedimientos de microempresas por dichos cauces.

3. La insolvencia de la microempresa en la normativa europea

Paralelamente al novedoso escenario español en relación con el tratamiento de la insolvencia de las microempresas, el 7 de diciembre de 2022 se publicó la Propuesta de Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, COM (2022) 702 final, (en adelante la Propuesta de Directiva o PD), cuyo objeto y ámbito de aplicación, consiste en el establecimiento de normas comunes sobre: las acciones revocatorias, el rastreo de los activos pertenecientes a la masa del concurso, los procedimientos de pre-pack, la obligación de los administradores de presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, los procedimientos de liquidación simplificados para las microempresas, los comités de acreedores, o la elaboración de una ficha de información fundamental por parte de los Estados miembros sobre determinados elementos de su legislación nacional en materia de procedimientos de insolvencia³³.

A continuación, se analizarán en detalle las principales novedades que se contienen en la proyectada regulación del procedimiento de liquidación simplificado para microempresas (arts. 38-57 PD)³⁴, iniciativa regulatoria que, más allá de la experiencia nacional española, se sitúa en la línea de las corrientes armonizadoras del tratamiento de la insolvencia de las microempresas, también presentes en el ámbito internacional³⁵.

³² En la actualidad, los formularios normalizados para microempresas se encuentran disponibles en la página web del Servicio Electrónico de Microempresas: <https://www.administraciondejusticia.gob.es/-/servicio-electronico-de-microempresas>. Por su parte, es posible acceder a la plataforma electrónica de liquidación de bienes a través de la web: <https://plabi.justicia.es/>

³³ Respecto a este nuevo paso en la armonización del Derecho de la Insolvencia, Marta FLORES SEGURA, «La Propuesta de Directiva para armonizar ciertos aspectos del Derecho de la Insolvencia», *Anuario de Derecho Concursal* 59 (2023)199-226, 205 señala que: “la propuesta de directiva se centra en tres dimensiones estratégicas del Derecho de la insolvencia, a saber: (i) la maximización del valor de recuperación del patrimonio del deudor a favor de los acreedores; (ii) la mejora de la eficiencia de los procedimientos y (iii) la distribución previsible y equitativa del valor de recuperación entre los acreedores”. También en el mismo sentido Freda VALENCIA, «La Propuesta de Directiva para armonizar algunos aspectos de la Legislación Concursal», *Anuario de Derecho Concursal* 59 (2023) 227-246.

³⁴ Analiza también el procedimiento simplificado de liquidación para microempresas en la doctrina española, Esperanza GALLEGO SÁNCHEZ, «Nuevos retos del derecho de la insolvencia: la propuesta de directiva sobre insolvencia y situación en derecho comparado, en particular sobre el procedimiento especial de liquidación para microempresas y el comité de acreedores», in *Estudios de la insolvencia del País Vasco: novedades introducidas por la Ley 16-2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto refundido de la Ley concursal: Jornadas Vitoria-Gasteiz (25-26 mayo 2023)*, Cizur Menor: Aranzadi, 2023, 427-454.

³⁵ En este sentido, destacan los trabajos de CNUDMI, *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia Quinta parte: Régimen de la insolvencia para microempresas y pequeñas empresas*, Viena: Naciones Unidas, 2022. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/msms_insolvency_ebook_es.pdf.

3.1. Principios generales

El art. 38.1 PD abre la regulación proyectada del procedimiento simplificado de microempresas con una declaración programática, un mandato dirigido a los Estados Miembros en virtud del cual, los mismos, deberán velar porque las microempresas insolventes tengan acceso a un procedimiento nacional de liquidación simplificado, cuyo contenido sea conforme al que propone la norma europea.

Establecida dicha declaración de partida, la regulación del procedimiento simplificado de liquidación arranca con la propia definición de insolvencia (art. 38.2 PD), en el ámbito de las microempresas: cuando con carácter general, no pueda pagar sus deudas a su vencimiento³⁶. La introducción de esta noción sustantiva de insolvencia en el ámbito de las microempresas, supone el primer paso en la armonización del propio concepto de insolvencia, con carácter general para todo tipo de empresas.

En este sentido, debe tomarse en consideración que la propia noción de microempresa, aparece definida en el art. 2 (j) PD, por remisión al Anexo de la Recomendación de la Comisión 2003/361/EC³⁷.

De conformidad con el art. 2.3 de dicho Anexo, “en la categoría de las PYME, se define a una microempresa como una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros”. Con todo, debe tenerse en consideración lo dispuesto por el art.2 de la Recomendación de la Comisión 2003/361/EC, el cual permite a los Estados miembros fijar límites inferiores a los anteriores³⁸.

Ahora bien, siendo esto posible, los Estados miembros deben también tomar en consideración las orientaciones del legislador europeo acerca de la finalidad y proyección del procedimiento simplificado de liquidación de microempresas. En este sentido, el considerando 35 *in fine* de la Propuesta de Directiva declara que: “Aunque las disposiciones de la presente Directiva relativas a los procedimientos de liquidación simplificados sólo se aplican a las microempresas, los Estados miembros deberían poder ampliar su aplicación también a las pequeñas y medianas empresas que no sean microempresas”.

El art. 38.3 PD establece un mandato a los Estados miembros en virtud del cual la ausencia de bienes del deudor o la insuficiencia de los mismos para cubrir los costes del procedimiento, no son causa para la denegación de la apertura y tramitación del procedimiento, debiendo en

³⁶ Añade el art. 38.2 PD que: “Los Estados miembros establecerán las condiciones en las que se considera que una microempresa es con carácter general incapaz de pagar sus deudas a su vencimiento y garantizarán que estas condiciones sean claras, sencillas y fácilmente determinables por la microempresa en cuestión”.

³⁷ Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (Texto pertinente a efectos del EEE) [notificada con el número C (2003) 1422]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32003H0361>

³⁸ Art.2 Recomendación de la Comisión 2003/361/EC: “Los límites indicados en el artículo 2 del anexo representan máximos. Los Estados miembros, el BEI y el FEI pueden fijar límites inferiores. Pueden también tener en cuenta únicamente el criterio de los efectivos al aplicar algunas de sus políticas, a excepción, no obstante, de los ámbitos cubiertos por las distintas normas sobre ayudas estatales”.

estas situaciones, de conformidad con lo establecido en el art. 38.4 PD, asegurarse que se cubran los costes del procedimiento simplificado de liquidación. Para dar cumplimiento a esta mandato, debe tomarse en consideración lo establecido por el art. 49.2 PD, el cual permite la conclusión del procedimiento simplificado de liquidación de microempresas sin llevar a cabo la realización de los bienes, si concurren algunas de las condiciones recogidas en dicho precepto.

Dispone el art. 39 PD que, en el procedimiento simplificado de liquidación de microempresas, solo procederá el nombramiento de un administrador concursal si se cumplen las siguientes 2 condiciones: que el deudor, un acreedor o grupo de acreedores solicite su nombramiento; y que los costes de la intervención de la administración concursal puedan ser asumidos por la masa del concurso a la parte que solicitó su nombramiento.

Otro de los principios que rigen el tratamiento de la insolvencia de la microempresa es la preferencia por el uso de medios electrónicos en la tramitación del procedimiento, iniciativa ya presente en el art. 28 de la Directiva 2019/1023 y que de nuevo se refuerza en este ámbito.

3.2. Tratamiento de la insolvencia en las microempresas

Cualquier microempresa insolvente, así como cualquier acreedor de una microempresa insolvente, se encuentran legitimados para presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de liquidación simplificado, si bien, en el primer caso, la microempresa insolvente podrá presentar dicha solicitud a través de un formulario normalizado, cuyo contenido mínimo establece la Propuesta de Directiva³⁹, sin perjuicio de la facultad de la Comisión para fijar el contenido de dicho formulario mediante un acto de ejecución.

En un plazo de 15 días desde la presentación de la solicitud de apertura, la autoridad competente deberá pronunciarse sobre la procedencia o no de la apertura del procedimiento, la cual solo podrá denegar en base a un listado de causas tasadas⁴⁰, sin perjuicio de la facultad de recurrir dicha decisión ante los tribunales, sin efectos suspensivos.

³⁹ Art. 41.4 PD: “El formulario normalizado a que se refiere el apartado 3 permitirá incluir, entre otras cosas, la siguiente información: a) si la microempresa es una persona jurídica, el nombre del deudor, su número de registro, su domicilio social o, en caso de ser diferente, su dirección postal; b) si la microempresa es un empresario, el nombre del deudor, su número de identificación, de haberlo, y su dirección postal o, en caso de que la dirección esté protegida, la fecha y lugar de nacimiento del deudor; c) una lista de los activos de la microempresa; d) el nombre, la dirección u otros datos de contacto de los acreedores de la microempresa, conocidos por la microempresa en el momento de la presentación de la solicitud; e) la lista de créditos frente a la microempresa y, para cada crédito, su importe con mención del principal y, en su caso, de los intereses, así como la fecha de su nacimiento y la de vencimiento, en caso de ser distintas; f) si se reivindica para un determinado crédito una garantía real o una reserva de dominio y, en tal caso, cuáles son los activos que cubre la garantía”.

⁴⁰ Art. 42.2 PD: “La apertura de un procedimiento de liquidación simplificado solo podrá denegarse si se cumple una o varias de las condiciones siguientes: a) que el deudor no sea una microempresa; b) que el deudor no sea insolvente con arreglo al artículo 38, apartado 2, de la presente Directiva; c) que la autoridad competente ante la que se haya presentado la solicitud no sea competente para conocer del asunto; d) que el Estado miembro en el que se haya presentado la solicitud carezca de competencia internacional para conocer del asunto”.

Una vez presentada la solicitud y, en general, durante toda la tramitación del procedimiento de liquidación simplificado, los deudores mantendrán el control de sus activos y la gestión diaria de la empresa, capacidad que puede persistir aún en los casos de nombramiento de un administrador concursal – art. 43.2 PD –, debiendo los Estados miembros especificar las circunstancias en las que la autoridad competente podrá decidir, excepcionalmente, caso por caso, revocar el derecho del deudor a gestionar y enajenar sus activos

Igualmente, se prevé la regulación de unos efectos suspensivos de las ejecuciones seguidas contra el deudor, desde la fecha de la decisión de apertura del procedimiento de liquidación simplificado, sin perjuicio de la posibilidad, a petición del deudor o de un acreedor, de excluir un crédito del ámbito de aplicación de la suspensión de las ejecuciones⁴¹.

Por lo que respecta a la publicidad de la decisión de apertura, esta se publicará en los “registros de insolvencia” nacionales a los que refiere el art. 24 del Reglamento 2015/848, así como se dirigirá por la autoridad competente comunicaciones individuales al deudor y acreedores conocidos informando sobre la apertura del procedimiento simplificado de liquidación⁴².

Por lo que respecta a la determinación de la masa pasiva del procedimiento, el deudor, en su solicitud de apertura del procedimiento de liquidación simplificado, o bien en su escrito de respuesta a la solicitud de apertura de dicho procedimiento presentada por un acreedor, debe presentar un listado de acreedores, al cual se le dará la publicidad establecida en el art. 45 PD.

Efectuada dicha publicidad, los acreedores dispondrán de un plazo de 30 días desde la publicación en el “registro de insolvencia” o recepción de la comunicación individualizada, para insinuar su crédito en el procedimiento, o bien, formular declaraciones de oposición o plantear reservas respecto los términos en los que el mismo haya sido reconocido por el deudor.

La denegación o reconocimiento de los créditos se atribuye a la autoridad competente o, cuando se haya nombrado, el administrador concursal, de conformidad con lo criterios adecuados definidos por la legislación nacional, y sin perjuicio de la posibilidad de impugnación en vía judicial, de dicho reconocimiento, sin efectos suspensivos sobre el resto del procedimiento.

En relación con la determinación de la masa activa, corresponde su determinación a la autoridad competente o, en su caso, el administrador concursal, sobre la base de la lista de activos presentada por el deudor en su solicitud de apertura del procedimiento de liquidación simplificado, sin perjuicio de la facultad de ambos para excluir determinados activos de la masa del

⁴¹ Dicha posibilidad de exclusión se condiciona a que se cumplan las dos condiciones cumulativas establecidas en el art. 44. 2 PD: a) que no sea probable que las ejecuciones pongan en peligro las expectativas legítimas de la generalidad de acreedores, y b) que la suspensión fuera a perjudicar injustamente al acreedor de dicho crédito”.

⁴² Art. 45.2 PD: “La notificación contendrá, en particular: a) la lista de créditos frente al deudor indicada por este; b) una invitación al acreedor para que presente cualquier crédito no incluido en la lista a que se refiere la letra a) o para que rectifique cualquier declaración incorrecta sobre dichos créditos a más tardar treinta días después de la recepción de la notificación; c) una declaración en el sentido de que, si no se produce otra intervención del acreedor, los créditos incluidos en la lista a que se refiere la letra a) se considerarán presentados por el acreedor en cuestión”.

concurso del microempresario, lo que deberá hacerse de conformidad con las previsiones de la legislación nacional al respecto⁴³.

Por último, se regulan en esta sede el ejercicio de las acciones revocatorias, cuya interposición y ejecución quedarán a la discreción de los acreedores o, en su caso, del administrador concursal, lo cual no obsta para la posterior interposición de acciones destinadas a reclamar la responsabilidad civil o penal del deudor cuando posteriormente se descubra que la información comunicada sobre sus activos o pasivos fue ocultada o falseada⁴⁴.

3.3. La introducción de medios telemáticos en el tratamiento de la insolvencia de las microempresas: la plataforma de subasta electrónica

De conformidad con lo establecido en el art. 49.3 PD, la venta de los activos del deudor mediante subasta pública electrónica, es el medio preferente para la liquidación de los activos del microempresario⁴⁵, sin perjuicio de la facultad para los Estados miembros de extender su aplicación a otros sujetos insolventes ex. art. 50.3 PD y, en todo caso, debiendo ser accesibles, con posibilidad de previa identificación electrónica del sujeto, por todas las personas físicas y jurídicas con domicilio o lugar de registro en el territorio nacional o de otro Estado miembro. Este último extremo se ve reforzado por la previsión del establecimiento por la Comisión Europea, mediante actos de ejecución, de un sistema para la interconexión de los sistemas nacionales de subastas electrónicas, a través del Portal Europeo de e-Justicia, que servirá de punto de acceso electrónico central del sistema⁴⁶.

Los costes de la implementación de dicho sistema se distribuirán entre la Comisión y los Estados miembros, encargándose la primera de la creación, el mantenimiento y el desarrollo del sistema de interconexión, mientras que los Estados miembros asumirán los costes de establecimiento y adaptación de sus sistemas nacionales de subastas electrónicas para hacerlos interoperables con el Portal Europeo de e-Justicia, siendo la Comisión quién ejercerá las funciones de

⁴³ Sería por ejemplo el caso de la separación patrimonial que establece Loi n.º 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante, a la que se ha hecho referencia anteriormente.

⁴⁴ En todo caso, establece el art. 47 c) PD que: “la autoridad competente podrá convertir los procedimientos de liquidación simplificados en procedimientos de insolvencia estándar, cuando no sea posible llevar a cabo un procedimiento de revocación en el marco de un procedimiento de liquidación simplificado debido a la importancia de los créditos sujetos a un procedimiento de revocación en relación con el valor de la masa del concurso, y debido a la duración prevista del procedimiento de revocación”.

⁴⁵ Igualmente, establece el art. 50.2 PD que: “Los Estados miembros velarán por que las plataformas de subastas electrónicas a que se refiere el apartado 1 se utilicen siempre que la empresa o los activos del deudor sujetos a un procedimiento de liquidación simplificado se realicen mediante subasta”.

⁴⁶ El art. 51.2 PD recoge en los apartados a)-j), la enumeración de las distintas especificaciones y procedimientos técnicos necesarios para ofrecer la interconexión de los sistemas nacionales de subasta electrónica de los Estados miembros, objeto de definición por la Comisión mediante actos de ejecución.

responsable del tratamiento de datos personales en el sistema de interconexión de las plataformas de subastas electrónicas⁴⁷.

La subasta electrónica de los activos de la masa del concurso se anunciará con la debida antelación en la plataforma de subastas electrónicas, sin perjuicio que la autoridad competente o, en su caso, el administrador concursal, lleve a cabo una comunicación individualizada a todos los acreedores sobre el objeto⁴⁸, la hora y la fecha de la subasta electrónica, así como sobre los requisitos para participar, siendo posible la participación de cualquier tercero interesado, incluidos socios y administradores de la concursada.

3.4. Finalización del tratamiento de la insolvencia en las microempresas.

Como regla general, la conclusión del procedimiento de insolvencia de las microempresas se producirá una vez concluida la liquidación de los bienes y llevada a cabo la distribución de los ingresos entre los acreedores, de conformidad con las normas nacionales de prelación de créditos, debiendo la autoridad competente adoptar la decisión de conclusión del procedimiento en un plazo de dos semanas, incluyendo dicha decisión un pronunciamiento en relación con el período para la obtención de la exoneración del pasivo insatisfecho del microempresario que deba responder por las deudas de la microempresa⁴⁹.

Ahora bien, no siempre será necesaria llevar a cabo la liquidación de los bienes del microempresario para la conclusión del procedimiento de insolvencia. En este sentido, la proyectada normativa europea prevé la posibilidad, en determinados supuestos⁵⁰, una vez determinada la masa activa y masa pasiva del concurso, de concluir el procedimiento de liquidación simplificado sin ninguna realización de los activos.

⁴⁷ Ahora bien, señala el art. 53.4 PD que: “Por lo que atañe a la información de los sistemas nacionales de subastas interconectados, no se almacenarán datos personales relativos a los interesados en el Portal Europeo de e-Justicia. Todos esos datos se almacenarán en los sistemas nacionales de subastas administrados por los Estados miembros u otros órganos”.

⁴⁸ A este respecto, es posible la concurrencia de ofertas tanto sobre la adquisición de la empresa del deudor como empresa en funcionamiento, como sobre los bienes individuales de la masa del concurso (art. 50.1 p. 2 PD), en cuyo caso, de conformidad con el art. 54.4. PD, “los acreedores deberán decidir cuál de las alternativas prefieren”. No queda muy claro el sentido de esta previsión ante la ausencia, al menos por el momento, de norma europea que establezca un criterio de ordenación entre ambos tipos de ofertas.

⁴⁹ A este respecto establece el art. 56 PD que: “Los Estados miembros velarán por que, en los procedimientos de liquidación simplificados, los empresarios deudores, así como los fundadores, propietarios o miembros de una microempresa deudora de responsabilidad ilimitada que sean personalmente responsables de las deudas de la microempresa sean plenamente exonerados de sus deudas de conformidad con el título III de la Directiva (UE) 2019/1023”.

⁵⁰ Estos supuestos vienen recogidos en el art. 49.2 PD: “a) que no haya activos en la masa del concurso; b) que los activos de la masa del concurso sean de un valor tan bajo que no justificaría los costes o el tiempo de su venta ni de la distribución de los ingresos; c) que el valor aparente de los activos con cargas sea inferior al importe adeudado al acreedor o acreedores garantizados y la autoridad competente considere justificado permitir que dichos acreedores se hagan cargo de los activos

Dicha conclusión inmediata del procedimiento de liquidación simplificado, cabe entender que deberá contener igualmente el antes comentado pronunciamiento en relación con el período para la obtención de la exoneración del pasivo insatisfecho del microempresario que deba responder por las deudas de la microempresa, lo que, en todo caso, no obstará para la necesaria coordinación de esta conclusión, con la continuación de los procedimientos de ejecución singular dirigidos frente a los avalistas del microempresario⁵¹.

Referencias

- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina, «El procedimiento especial para microempresas en el Texto Refundido de la Ley Concursal», *Revista de Derecho Mercantil*, 329 (2023).
- ÁLVAREZ PÉREZ, Ángela Elisa, «Plataforma electrónica de liquidación: un sueño legislativo con importantes debilidades temporales y presupuestarias», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 11 (2022).
- CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén, «Los estadios de la insolvencia», *Anuario de Derecho Concursal*, 58 (2023) 15-46.
- CIFREDO ORTIZ, Patricia / MORENO BUENDÍA, Francisco Jesús, «El procedimiento especial para microempresas desde una perspectiva digital», *La Ley mercantil*, 104 (2023).
- CNUDMI, *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia Quinta parte: Régimen de la insolvencia para microempresas y pequeñas empresas*, Viena: Naciones Unidas, 2022. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/msms_insolvency_ebook_es.pdf.
- COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una estrategia para las pymes en pro de una Europa sostenible y digital*, COM (2020) 103 final, de 10 de marzo de 2020, [consult. 12 enero 2024]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2020%3A103%3AFIN>
- CUENA CASAS, Matilde «La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 32 (2020) 39-69.
- «La ineficiente regulación de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del potencial prestatario», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid* 84 (2019) 50-55.
- «Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», *Actualidad Civil* 9 (2019).
- DÍAZ REVORIO, Enrique, «El papel de las entidades especializadas en la liquidación concursal» *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, 9 (2023) 261-275.
- DIRECCIÓN GENERAL DE INDUSTRIA Y DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, SECRETARÍA GENERAL DE INDUSTRIA Y DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, *Cifras PyMe: noviembre 2023*, España, [consult. 10 enero 2024]. Disponible en: <https://ipyme.org/es-es/publicaciones/Paginas/estadisticaspyme.aspx>.
- FACHAL NOGUER, Nuria, «¿Y si no es técnicamente posible acudir al procedimiento de microempresas?», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal* 17 (2023).
- FÉRNANDEZ PÉREZ, Nuria, «Presupuestos y efectos de la apertura del procedimiento concursal especial de las microempresas», in María Jesús PEÑAS MOYANO, coord., *Estudios de Derecho de sociedades y de Derecho*

⁵¹ Dicho mandato de coordinación se contiene en el art. 57 PD sin que, sin embargo, el legislador europeo se decante por un mecanismo concreto a través del cual llevar a cabo esta coordinación o combinación de procedimientos, dejando margen al respecto a los Estados miembros.

- concurstal: libro en homenaje al profesor Jesús Quijano González*, Valladolid: Ediciones de la Universidad de Valladolid, 2023, 299-310.
- FLORES, Marta, «El procedimiento de insolvencia especial para microempresas: una visión general», *Diario La Ley*, 10169, (14 noviembre 2022).
- FLORES SEGURA, Marta, «La Propuesta de Directiva para armonizar ciertos aspectos del Derecho de la Insolvencia», *Anuario de Derecho Concurstal* 59 (2023) 199-226.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, «Nuevos retos del derecho de la insolvencia: la propuesta de directiva sobre insolvencia y situación en derecho comparado, en particular sobre el procedimiento especial de liquidación para microempresas y el comité de acreedores», in *Estudios de la insolvencia del País Vasco: novedades introducidas por la Ley 16-2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto refundido de la Ley concursal: Jornadas Vitoria-Gasteiz (25-26 mayo 2023)*, Cizur Menor: Aranzadi, 2023, 427-454.
- GÓMEZ POMAR, Fernando / CELENTANI, marco, «Tarea urgente: el concurso personal», *InDret*, 1/2012 (2012), [consult. 15 enero 2024]. Disponible en: <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/365940/459980>, 1-5.
- GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, Martín, «La calificación abreviada en el procedimiento especial de microempresas: aspectos sustantivos y procesales», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 8 (2022) 157-183.
- LÓPEZ MÁÑEZ, Leopoldo, «Reflexiones sobre la forma de cumplimentar los formularios normalizados en el Procedimiento especial de microempresas», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concurstal y Paraconcurstal*, 17 (2023).
- MARTÍ MIRAVALLS, Jaume «¿Cuándo es consumidor el socio o el cónyuge que avala una financiación empresarial?», in Francisco González Castilla, Ubaldo Nieto Carol, dirs., Jaume Martí Miravalls, coord., *Retos de la contratación mercantil moderna*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 865-874.
- MARTÍNEZ DE MARIGORTA MENÉNDEZ, Carlos, «Posibles «huidas» del procedimiento especial de microempresas. Reflexiones sobre «concursos sin masa» y microempresas insolventes sin actividad», *Diario La Ley* 10241 (2023).
- MOLINA PLA, Montserrat, «El concurso sin masa», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concurstal y Paraconcurstal* 17, (2023) 2697-2476.
- MUÑOZ PAREDES, Alfonso, «Ars moriendi: la conclusión del concurso sin masa en la sociedad de capital», *Diario La Ley* 10226 (2023).
- NIETO DELGADO, Carlos, «Procedimiento especial de microempresas: sobrevino el desastre anunciado», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 10 (2023) 133-157.
- PALMERO SANDÍN, María J., «El concurso de las microempresas: La plataforma de liquidación» in Inmaculada HERBOSA MARTÍNEZ, *El concurso y la conservación de la empresa debates sobre nuestra inminente nueva Ley Concurstal*, Cizur Menor: Aranzadi, 2022, 523-541.
- «El procedimiento especial del Libro III: el servicio electrónico de microempresas y la plataforma de liquidación» in *Estudios de la insolvencia del País Vasco: novedades introducidas por la Ley 16-2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto refundido de la Ley concursal: Jornadas, Vitoria-Gasteiz (25-26 mayo 2023)*, Cizur Menor: Aranzadi, 2023, 405-426.
- PEINADO GRACÍA, Juan Ignacio / SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique, dirs., *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concurstal*, vol. 4, Madrid: Sepin, 2020.
- PRENDES CARRIL, Pedro / FACHAL NOGUER, Nuria, dirs., *Comentario al texto refundido de la ley concursal. Comentario judicial, notarial y registral*, vol. 2, Cizur Menor: Aranzadi, 2021.
- PULGAR EZQUERRA, Juana, dir., GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés, MEGÍAS LÓPEZ, Javier, RECAMÁN GRAÑA, Eva, coords., *Comentario a la Ley Concurstal. Texto Refundido de la Ley Concurstal*, vol. 2, 3.ª ed., Madrid: La Ley, 2023.
- REGISTRO MERCANTIL CENTRAL, *Datos estadísticos 2022*. Madrid, [consult. 10 enero 2024]. Disponible en: <https://www.rmc.es/documentacion/publico/Estadisticas/ESTADISTICAS-2022.pdf>
- *Estadística Año 2018*, España, [consult. 20 enero 2024]. Disponible en: <https://www.rmc.es/documentacion/publico/ContenedorDocumentoPublico.aspx?arch=Estadisticas\ESTADISTICAS-2018.pdf>

- *Estadística del Procedimiento Concursal (EPC) Primer trimestre 2023*, [consult. 1 febrero 2024]. Disponible en: <https://www.registradores.org/actualidad/portal-estadistico-registral/estadisticas-concursales>.
- *Estadística del Procedimiento Concursal (EPC) Tercer trimestre 2023*, [consult. 10 enero 2024]. Disponible en: <https://www.registradores.org/actualidad/portal-estadistico-registral/estadisticas-concursales>.
- SAN JUAN Y MUÑOZ, Enrique, *Reestructuración y liquidación de microempresas en crisis: El procedimiento especial para microempresas y su régimen transitorio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- TIRADO MARTÍ, Ignacio, «El procedimiento especial para micropymes en el Texto refundido: ¿una oportunidad perdida?», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, Extra 7 (2022) 237-279.
- TIRADO MARTÍ, Ignacio, «La reestructuración de las microempresas en el sistema del Texto Refundido de la Ley Concursal», in Amanda COHEN BECHETRIT, dir., *Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España*, Cizur Menor: Aranzadi, 2022, 489-522.
- TIRADO, Ignacio / MOKAL, Riz, «Special consideration for micro, small and medium enterprises», in Lorenzo STANGHELLINI et al., *Best practices in European restructuring: contractualised distress resolution in the shadow of the law*, Milano, Wolters Kluers: CEDAM, 2018, 227-248.
- URIARTE CODÓN, Aner, «Nueva regulación del escenario de insuficiencia de masa, tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 9 (2023) 181-191.
- VALENCIA, Freda, «La Propuesta de Directiva para armonizar algunos aspectos de la Legislación Concursal», *Anuario de Derecho Concursal* 59 (2023) 227-246.
- VALENCIA, Fedra, «Una reflexión crítica sobre la regulación del concurso de la microempresa», *La Ley Mercantil*, 93 (2022).
- VEIGA COPO, Abel, dir., MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel, coord., *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, vol. 2, Pamplona: Civitas, 2021.
- VELA PÉREZ, Jose, «El procedimiento especial para microempresas», *Anuario de Derecho Concursal*, 58 (2023) 475-510.

A liquidação do ativo na proposta de diretiva em matéria de insolvência apresentada pela Comissão Europeia

(<https://doi.org/10.47907/diretivasobredireitodainsolvencia/02>)

David Sequeira Dinis¹

Luís Bértolo Rosa²

RESUMO: O presente artigo versa sobre alguns dos principais impactos da proposta de Diretiva da Comissão Europeia sobre direito da insolvência (COM/2022/702) no regime da liquidação do ativo. Primeiro, procura-se delimitar os casos em que as soluções propostas pela Diretiva alteram o regime da liquidação vigente, concluindo que grande parte do mesmo não é afetado. De seguida, destacam-se algumas disposições da proposta que poderão obrigar a alterar o regime português relativamente aos poderes e competências da comissão de credores em sede de liquidação. Por último, tecem-se algumas observações críticas a propósito de aspetos pontuais do regime da liquidação do ativo no âmbito dos pre-packs e do regime simplificado de liquidação de micro-empresas.

PALAVRAS-CHAVE: Liquidação do ativo em insolvência; comissão de credores; pre-packs; processo simplificado de liquidação de micro-empresas.

ABSTRACT: This article deals with some of the main impacts of the European Commission's proposal for a Directive on insolvency law (COM/2022/702) on the regime for liquidating assets in insolvency proceedings. Firstly, it seeks to delimit the cases in which the solutions proposed by the Directive alter the current liquidation regime, concluding that a large part of it is unaffected. Next, we highlight some of the provisions of the proposal that may require changes to the Portuguese regime regarding the powers and competences of the creditors' committee. Finally, some critical comments are made regarding specific aspects of the regime for liquidating assets in the context of pre-packs and of the simplified winding-up proceedings for microenterprises.

KEYWORDS: Liquidation of assets in insolvency; creditors' committee; pre-packs; simplified winding-up proceedings for microenterprises.

¹ Advogado – Uría Menéndez.

² Advogado – Uría Menéndez.

1. Introdução

No dia 8 de dezembro de 2022, a Comissão Europeia apresentou uma nova proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho visando harmonizar “*certos aspetos do direito da insolvência*” (COM/2022/702), a qual se encontra – à data de elaboração deste artigo – em fase de primeira leitura no Conselho da União Europeia.

Na economia da proposta de Diretiva, as questões atinentes à liquidação do ativo ocupam um lugar central e perpassam grande parte das suas disposições. As principais inovações da proposta consistem no “*regime de liquidação das micro-empresas*”, cujo nome é elucidativo por si mesmo, e no regime dos “*pre-packs*”, que mais não é do que um regime especial vocacionado para permitir vender a empresa em atividade (“*as a going concern*”) no quadro da liquidação em processo de insolvência do titular dessa mesma empresa. Adicionalmente, a proposta de Diretiva contém diversas medidas tendentes a facilitar a identificação de bens que integram a massa insolvente (“*asset tracing*”): uma matéria contígua à liquidação do ativo, pois a identificação dos bens é condição prévia para a liquidação dos mesmos. Por fim, a proposta versa exaustivamente sobre o regime da comissão de credores, contendo algumas disposições com impacto direto na liquidação do ativo.

Posto isto, não é exagero afirmar que, para analisar o regime da liquidação do ativo na proposta de Diretiva, seria necessário analisar toda a proposta, com exceção dos capítulos relativos à resolução em benefício da massa insolvente (artigos 4.º a 12.º) e à responsabilidade dos administradores pela apresentação à insolvência (artigos 36.º e 37.º). Contudo, semelhante análise extravasaria os apertados limites do tema que nos foi confiado, até porque o regime dos “*pre-packs*” e o “*regime de liquidação das micro-empresas*” são objeto de análise autónoma em artigos específicos da presente obra. Assim sendo, propomo-nos apenas abordar no presente artigo, sem pretensões de exaustividade, algumas questões atinentes à liquidação do ativo suscitadas pela proposta de Diretiva que nos pareceram dignas de especial relevo.

2. O impacto da proposta de diretiva no regime da liquidação do ativo em processo de insolvência

2.1. Conforme afirmámos na introdução, (o aperfeiçoamento d) o regime da liquidação do ativo é a principal linha de força da proposta de Diretiva da Comissão Europeia. Tal não significa, porém, que a Comissão Europeia proponha a uniformização completa do regime da liquidação do ativo em processo de insolvência a nível europeu. Assim, por exemplo, a proposta de Diretiva não dispõe que, *em todos os processos de insolvência*, deva ser adotada determinada modalidade de venda ou que a escolha dessa modalidade compita a determinada entidade (*v.g.* o administrador de insolvência ou o tribunal). Do mesmo modo, a proposta de Diretiva não regula, em relação a *todos os processos de insolvência*, qual o papel dos credores, do administrador de insolvência e do tribunal na liquidação, se é possível aos credores garantidos requererem a adjudicação dos bens onerados e em que termos, se é possível exercer direitos de preferência legais ou

convencionais ou, ainda, se é possível impugnar as decisões tomadas e os atos praticados em sede de liquidação do ativo e, em caso afirmativo, em que termos e condições é possível fazê-lo.

Ao invés, a proposta de Diretiva mantém praticamente inalterado o *regime geral* da liquidação do ativo em processo de insolvência, mas *cerceia (em limitada medida) o seu âmbito de aplicação*, estabelecendo dois regimes especiais para situações específicas. Referimo-nos concretamente ao regime dos “*pre-packs*” e ao “*regime da liquidação das micro-empresas*”.

2.2. O regime (especial) dos “*pre-packs*” aplica-se (apenas) à liquidação de empresas em atividade (“*as a going concern*”) – ou ainda, acrescentamos nós, de empresas em condições de entrar ou de retomar a sua atividade no curto prazo. Significa isto que o regime dos “*pre-packs*” apenas *cerceia* a aplicação do regime geral da liquidação do ativo nos casos em que o devedor (pessoa singular, pessoa coletiva ou património autónomo) seja titular *de uma ou mais empresas*. De fora deste regime especial ficam os *inúmeros* devedores que não detenham qualquer empresa (e.g., consumidores, profissionais liberais, sociedades cuja atividade consiste apenas na gestão de ativos e/ou participações sociais, etc.), aos quais o regime geral da liquidação do ativo previsto nas legislações nacionais permanece plenamente aplicável.

Além disso, o recurso ao “*pre-pack*” depende de iniciativa do devedor nesse sentido (artigo 22.º, n.º 1, da proposta de Diretiva), sendo certo que nada parece impedir o devedor de optar livremente por se apresentar de imediato à insolvência. Do mesmo modo, se não for obtida qualquer proposta para aquisição da empresa do devedor (ou parte dela) ou se a mesma não for autorizada pelo tribunal, o processo de insolvência do devedor prossegue os seus trâmites normais. Em todas estas situações, aplicar-se-á o regime geral da liquidação do ativo do devedor tal como previsto na legislação aplicável.

Tudo quanto se acaba de afirmar permite concluir que o regime dos “*pre-packs*” – sem prejuízo de poder vir a revolucionar, de forma muito positiva, o processo de liquidação das empresas em funcionamento – deixa vastas áreas por cobrir, nas quais se continuará a aplicar o regime geral da liquidação do ativo em processo de insolvência, tal como previsto nas legislações falimentares nacionais.

2.3. Diferente é o caso do “*regime da liquidação das micro-empresas*”. O regime dos “*pre-packs*” não *afasta* o processo de insolvência; funciona por *justaposição* a esse processo, quer em momento anterior à abertura do mesmo (fase da preparação do “*pre-pack*”, na qual se realiza um processo organizado de venda para tentar obter ofertas de aquisição da empresa *antes* da apresentação à insolvência) quer em momento posterior (fase da liquidação do “*pre-pack*”, posterior à declaração de insolvência, na qual o tribunal decide autorizar a venda da empresa ou a prossecução do processo de insolvência nos termos normais). Já o “*regime da liquidação das micro-empresas*” pretende *arredar* por completo a aplicação do processo de insolvência às micro-empresas, substituindo-o por um procedimento simplificado com características profundamente diferentes. Entre muitos outros exemplos, destacamos que o procedimento de liquidação das micro-empresas pode ser judicial ou administrativo, pode contar ou não com a intervenção de um

administrador de insolvência e permite ao devedor manter os poderes de administração e disposição do seu património (“*debtor-in-possession*”), salvo decisão do tribunal tomada *caso-a-caso*.

Como facilmente se intui, nos casos em que se vier a aplicar o “*regime da liquidação das micro-empresas*” não haverá lugar à aplicação do regime geral da liquidação do ativo previsto nas legislações falimentares nacionais (salvo, naturalmente, para integrar eventuais lacunas do novo regime, recorrendo à *analogia legis*). Isto porque, repisa-se, o “*regime da liquidação das micro-empresas*” surge configurado na proposta de Directiva como um processo *diferente* do processo de insolvência e que prevalece sobre este último. O mesmo é dizer que, tal como a proposta de Directiva parece estar pensada, onde houver “*procedimento de liquidação de micro-empresas*” não haverá processo de insolvência.

2.4. É neste domínio – *i.e.*, do processo simplificado de liquidação de micro-empresas – que, a nosso ver, a proposta de Directiva rompe de forma mais radical com o regime falimentar em vigor, pelo menos no nosso País.

Não é demais sublinhar este ponto, uma vez que a esmagadora maioria das empresas, singulares ou coletivas, em qualquer economia são micro-empresas, na aceção da Recomendação da Comissão de 6 de maio de 2003 (2003/361/CE)³.

Para mais agravar esta situação, temos que a Comissão Europeia admite expressamente a possibilidade de os Estados-Membros estenderem o “*regime de liquidação das micro-empresas*” às pequenas e médias empresas, como consta do Considerando 35 da proposta⁴. Ora uma média empresa emprega até 250 pessoas e tem um volume de negócios anual até 50 milhões de euros ou um balanço total anual até 43 milhões de euros. A generalidade das empresas portuguesas está abaixo destas cifras.

Por conseguinte, se o Estado português estendesse o “*regime de liquidação das micro-empresas*” às pequenas e médias empresas, o processo de insolvência regulado no CIRE deixaria de (ter de) se aplicar à insolvência da generalidade das empresas, como atualmente sucede, passando a aplicar-se a casos relativamente residuais.

Seria, em nosso entender, uma verdadeira *revolução coperniciana* no nosso ordenamento, com grave prejuízo para a segurança jurídica e para a confiança dos financiadores e dos investidores por vários motivos, desde logo por deixar nas mãos do devedor insolvente a administração e liquidação do património (salvo decisão casuística do tribunal ou da autoridade administrativa que vier a ser indicada para o efeito), com todos riscos que tal acarreta para a satisfação dos credores numa situação de insolvência.

³ As micro-empresas empregam menos de 10 pessoas e têm um volume de negócios ou balanço total anual que não ultrapassa os 2 milhões de euros.

⁴ “Embora as disposições da presente diretiva relativas aos processos simplificados de liquidação se apliquem apenas às microempresas, os Estados-Membros devem poder alargar a sua aplicação também às pequenas e médias empresas que não sejam microempresas”.

3. Algumas implicações da proposta de diretiva no regime geral da liquidação do ativo

3.1. Explicámos no ponto anterior que a proposta de Diretiva *reduz* o âmbito de aplicação do regime geral da liquidação do ativo, previsto na legislação falimentar nacional – no caso português, os artigos 156.º a 170.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Fá-lo por duas vias: (i) no caso dos devedores titulares de empresas, oferece-lhes a possibilidade de recorrer ao regime do “*pre-pack*”, que prevalece sobre o regime geral, ao qual apenas se recorrerá caso o “*pre-pack*” não seja bem sucedido (v.g., por falta de propostas ou por não aprovação das mesmas pelo tribunal); (ii) no caso das micro-empresas (e, possivelmente, das pequenas e médias empresas), oferece-lhes a possibilidade de recorrer a um regime de liquidação simplificado, que de todo se afasta do processo de insolvência e, por conseguinte, das respetivas regras de liquidação do ativo.

Explicámos também que – não obstante a redução do respetivo âmbito de aplicação nos termos supramencionados – o regime geral da liquidação do ativo continuaria a aplicar-se num número relevante de casos. Sejam alguns exemplos: (i) as insolvências de devedores que não sejam titulares de empresas (e.g., consumidores, profissionais liberais, sociedades de gestão de ativos ou participações sociais, etc.); (ii) as insolvências de devedores titulares de empresas que optem por não recorrer ao “*pre-pack*” (o qual tem natureza facultativa) e que não reúnam as condições para recorrer ao procedimento de liquidação simplificado; (iii) as insolvências de devedores que tenham recorrido ao “*pre-pack*”, mas sem sucesso, por ausência de propostas ou não aprovação das mesmas.

Explicámos, por fim, que a proposta de Diretiva deixa praticamente intocado o conteúdo do regime geral da liquidação do ativo em processo de insolvência, uma vez que dedica toda a sua atenção aos dois regimes especiais que propõe estabelecer, o “*pre-pack*” e a liquidação simplificada das micro-empresas.

3.2. Não obstante o exposto, a proposta de Diretiva contém três disposições a respeito da comissão de credores que poderão ter algum impacto no regime “geral” da liquidação do ativo tal como consagrado no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

3.2.1. Em primeiro lugar, o artigo 64.º, n.º 1, alínea f), da proposta de Diretiva, determina que a comissão de credores tem direito a ser notificada e auscultada sobre as matérias do interesse dos credores, *incluindo a venda de ativos à margem das atividades normais da empresa* (“*outside the ordinary course of business*”). Acontece que a liquidação da massa insolvente consiste na venda dos respetivos ativos em moldes que normalmente (*rectius*, quase sempre) ultrapassam *a atividade normal da empresa*⁵. Significa isto que, nos termos da proposta de Diretiva, a comissão

⁵ Suponha-se o caso de uma livraria. A venda de livros à clientela faz parte da atividade normal da empresa. O mesmo não sucede com a venda dos livros em “liquidação total” (ou seja, anunciando que a livraria vai fechar e oferecendo grandes descontos na venda de livros avulso) nem com a venda do estabelecimento ou do stock como um todo. Em caso de insolvência dessa mesma livraria, se o processo seguir para liquidação

de credores terá previsivelmente de ser notificada e auscultada a respeito da venda em liquidação de todos ou praticamente todos os ativos da massa insolvente.

Ora, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas não estabelece semelhante obrigatoriedade. Exige apenas o consentimento da comissão de credores para a prática de “*atos de especial relevo*”, concretizando, depois, esta cláusula geral com diversos exemplos, tais como “*a venda da empresa, de estabelecimentos ou da totalidade das existências*”, “*a alienação de participações noutras sociedades destinadas a garantir o estabelecimento com estas de um arelação duradoura*” ou “*a alienação de qualquer bem da empresa por preço igual ou superior a 10.000 euros e que represente pelo menos 10% do valor da massa insolvente (...), salvo se se tratar de bens do ativo circulante ou for fácil a sua substituição por outro da mesma natureza*” (cfr. artigo 161.º, n.ºs 1 e 3, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas). Estes “*exemplos legais*” que acabamos de citar demonstram que a lei portuguesa estabelece um padrão relativamente elevado para qualificar um ato de venda de bens como “*de especial relevo*”, não se bastando com o facto de o mesmo ser feito “à margem da atividade normal da empresa” (“*outside the ordinary course of business*”).

Assim sendo, se a Diretiva vier a ser aprovada nos termos propostos pela Comissão Europeia, poderá ser necessário ajustar o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, de modo a impor ao administrador de insolvência o dever de notificar e consultar a comissão de credores antes de vender os ativos da massa insolvente, mesmo que tais vendas não consubstanciem “*atos de especial relevo*” tal como definidos no artigo 161.º do mesmo diploma.

Na hipótese contemplada no parágrafo anterior, perguntar-se-á se o administrador de insolvência fica obrigado a seguir o parecer que vier a ser emitido pela comissão de credores. A resposta a esta interrogação parece-nos inequivocamente negativa, pois a proposta de Diretiva alude apenas à necessidade de “*notificar e consultar*” a comissão de credores e não à exigência de qualquer tipo de “*aprovação*” por parte desta última.

3.2.2. Neste seguimento, e em segundo lugar, cumpre salientar que o artigo 64.º, n.º 2, da proposta de Diretiva impõe que, quando for atribuída à comissão de credores a competência para aprovar decisões ou atos, se “*especifique claramente as questões relativamente às quais essa aprovação é exigida*”.

Pois bem: conforme já referido, o artigo 161.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas atribui à comissão de credores competência para aprovar a prática de “*atos de especial relevo*”. Contudo, a lei portuguesa não contém uma definição de “*atos de especial relevo*”. Trata-se de um conceito indeterminado, que a lei manda preencher atendendo “*aos riscos envolvidos e às suas repercussões sobre a tramitação ulterior do processo, às perspectivas de satisfação dos credores da insolvência e à susceptibilidade de recuperação da empresa*” e que concretiza,

do ativo, o mais normal é que a mesma tenha lugar através de uma “liquidação total”, do leilão do stock ou do trespasse do estabelecimento – atos de venda que, como acabámos de ver, extravasam por completo a atividade normal da empresa e sobre os quais, nos termos da Diretiva, a comissão de credores deveria ser consultada.

depois, através de um elenco exemplificativo (artigo 161.º, n.ºs 2 e 3, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

Em nosso entender, é, no mínimo, duvidoso que a forma como o legislador português concretizou o conceito indeterminado de “*atos de especial relevo*” satisfaça as exigências do artigo 64.º, n.º 2, da proposta de Diretiva, por dificilmente se poder sustentar que a lei portuguesa “*especifica claramente*” quais os atos que considera “*de especial relevo*” e para os quais exige, por isso, consentimento prévio da comissão de credores.

3.2.3. Em terceiro e último lugar, nos termos do disposto no artigo 67.º da proposta de Diretiva, sempre que a comissão de credores tiver competência para aprovar determinadas decisões ou operações, deverá ser admitido recurso (“*appeal*”) dessa aprovação.

Ora, o regime português atual estabelece a solução contrária. Das deliberações da comissão de credores, sejam elas quais forem, não cabe reclamação para o tribunal (cf. artigo 69.º, n.º 5, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas) o que significa, por maioria de razão, que também não cabe recurso para os tribunais superiores.

Esta solução vale para todas as deliberações da comissão de credores, incluindo a de consentimento para a prática de um “*ato de especial relevo*”. É certo que os n.ºs 4 e 5 do artigo 161.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas preveem um mecanismo de reação nesta matéria. Porém, este mecanismo só se aplica a vendas por negociação particular e não a todos os “*atos de especial relevo*”, para os quais o consentimento da comissão é necessário. Além disso, este mecanismo está sujeito a requisitos muito apertados – *v.g.*, por um lado, só é atribuída legitimidade ao devedor e a credores que detenham pelo menos 1/5 do total de créditos não subordinados; por outro lado, o requerente tem de demonstrar “*com plausibilidade que a alienação a outro interessado seria mais vantajosa para a massa insolvente*”. Por último, e acima de tudo, este mecanismo não configura um verdadeiro recurso ou reclamação: o tribunal não *reaprecia* a deliberação da comissão de credores; limita-se a ordenar a suspensão da alienação e a convocar uma assembleia de credores, que decidirá, por maioria, se consente na alienação.

Atento o exposto, se a Diretiva vier a ser aprovada nos moldes propostos pela Comissão Europeia, será necessário alterar o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (em particular os artigos 69.º, n.º 5, e 161.º) de modo a consagrar a possibilidade de recurso para o tribunal da deliberação da comissão de credores que aprovar a prática de “*atos de especial relevo*”, entre os quais avultam, como sabemos, os atos de liquidação do ativo.

4. Algumas observações a respeito da liquidação do ativo no regime do “*pre-pack*”

4.1. Os “*pre-packs*”, tal como configurados pela Comissão Europeia na sua proposta de Diretiva, são fundamentalmente um regime alternativo de liquidação do ativo em insolvência destinado a promover a venda de empresas (ou partes delas) “*as a going concern*”.

Com efeito, a experiência tem vindo a demonstrar que é muito difícil manter uma empresa em atividade após a declaração de insolvência, pois esta última afugenta os clientes e os fornece-

dores, o crédito e o investimento, conduzindo a uma rápida quebra de atividade e, muitas vezes, ao encerramento. Daí a importância de realizar o processo de venda da empresa *em momento anterior* à declaração de insolvência e, bem assim, de encurtar tanto quanto o possível o período que medeia entre essa declaração e a concretização da venda.

Através do recurso ao “*pre-pack*”, espera-se aumentar a probabilidade de conseguir vender a empresa (ou parte dela) “*as a going concern*”, maximizando, assim, o produto da venda – e, por conseguinte, o montante a distribuir pelos credores no processo de insolvência –, uma vez que, em regra, o valor da empresa como um todo é superior à soma do valor dos bens e direitos que a compõem, quando vendidos separadamente.

Assim sendo, o regime dos “*pre-packs*” é um regime *especial (lex specialis)*, reservado aos devedores em situação de insolvência (atual ou iminente) que sejam titulares de empresas em atividade (ou, acrescentamos nós, passíveis de entrar ou de retomar a atividade no curto prazo). Os devedores nestas condições *podem* – em alternativa ao processo de insolvência “*normal*” – recorrer ao “*pre-pack*”, ao abrigo do qual levarão a cabo, *antes da declaração de insolvência*, um processo organizado de venda, a fim de recolher propostas de aquisição da sua empresa (ou parte dela) “*as a going concern*”. Concluído o processo organizado de venda, segue-se a declaração de insolvência e, mediante autorização do tribunal (depois de ouvidos os interessados), a concretização da venda da empresa ao proponente que tiver apresentado a melhor oferta⁶. No período anterior à declaração de insolvência, dita “*fase de preparação*”, o tribunal nomeia um “*supervisor*” para conduzir o processo de venda (ou, pelo menos, fiscalizá-lo) e dar parecer sobre as propostas, mas o devedor mantém a administração do seu património e a gestão quotidiana da empresa. No período posterior à declaração de insolvência, dita “*fase de liquidação*”, o “*supervisor*” é nomeado administrador de insolvência, competindo-lhe (segundo parece, pois a proposta de Diretiva é omissa a este respeito) administrar o património do devedor e gerir a empresa até o tribunal decidir se autoriza ou não a venda da empresa nos termos da proposta selecionada.

Como flui do exposto, se o “*pre-pack*” for bem sucedido, a empresa do devedor será vendida ao comprador que tiver apresentado a melhor proposta e o preço será pago ao administrador de insolvência, que o distribuirá pelos credores nos termos normais do processo de insolvência,

⁶ A descrição que apresentamos é necessariamente simplificada. Em rigor, a proposta de Diretiva oferece duas soluções aos Estados Membros. A primeira solução passa por conduzir o processo de venda antes da declaração de insolvência, de forma “competitiva, transparente, justa e segundo os padrões do mercado”, e concluir com a seleção do proponente que tiver apresentado a melhor proposta. Depois da declaração de insolvência, o tribunal é chamado a ouvir os interessados e a decidir se autoriza ou não a venda da empresa ao proponente escolhido. A segunda solução passa por recolher algumas propostas, selecionar a melhor e, após a declaração de insolvência, realizar um leilão em que a proposta selecionada constitui a “base de licitação”. Nesta segunda hipótese, o leilão tem de começar no prazo máximo de duas semanas após a declaração de insolvência e a sua duração não pode exceder quatro semanas. Tanto na primeira como na segunda hipótese, o “*pre-pack*” inicia-se com a nomeação, pelo tribunal (a instâncias do devedor), de um “*supervisor*”, isto é, um administrador de insolvência cuja função é fiscalizar o processo de venda ou recolha de propostas e, no final, selecionar a melhor proposta, que passará para a fase seguinte (autorização pelo tribunal, precedida ou não de leilão).

designadamente em função da respetiva graduação⁷. Deste modo, a fase da liquidação do ativo no processo de insolvência fica consumida (no todo ou, pelo menos em parte) com a venda da empresa do devedor, a qual se começou a preparar *em momento anterior* à declaração de insolvência. Por isso afirmámos que o regime do “*pre-pack*” é um regime alternativo de liquidação do ativo em processo de insolvência. Na hipótese inversa, se o “*pre-pack*” não for bem sucedido, por qualquer motivo – designadamente por vícios do processo de venda, falta de propostas ou não aprovação das mesmas pelo tribunal –, então o processo de insolvência prosseguirá (como ordena o artigo 26.º, n.º 1, 2.º parágrafo, da proposta de Diretiva) e o administrador de insolvência terá de proceder à liquidação da massa insolvente segundo as regras gerais, que, no caso português, são fundamentalmente as dos artigos 156.º a 170.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

4.2. Não é nossa intenção analisar pormenorizadamente o regime dos “*pre-packs*” contido na proposta de Diretiva da Comissão Europeia, até porque esse regime é objeto de um artigo específico inserido nesta obra. Contudo, gostaríamos de sublinhar alguns aspetos que nos parecem especialmente relevantes numa ótica de liquidação do ativo.

4.2.1. Em primeiro lugar, destacamos a norma do n.º 3 do artigo 33.º da proposta de Diretiva, nos termos da qual os credores com garantias reais sobre (os bens d) a empresa só podem requerer a adjudicação da empresa para pagamento dos seus créditos (garantidos) “*se o valor destes últimos for significativamente inferior ao valor de mercado da empresa*”. Em defesa desta solução, a Comissão afirma que, doutra forma, os credores garantidos gozariam de “*uma vantagem indevida*” no processo de licitação da empresa (cfr. o considerando 30). Salvo o devido respeito, não descortinamos onde reside essa pretensa “*vantagem indevida*”. Se é certo que o credor garantido terá de desembolsar menos dinheiro, porque poderá compensar a totalidade ou parte do preço com o valor dos seus créditos, é igualmente certo que esses créditos têm uma origem, o que significa que, num passado mais ou menos próximo, o credor garantido desembolsou fundos, realizou empréstimos, vendeu bens, prestou serviços ou forneceu mercadorias à empresa devedora. O esforço financeiro *passado* do credor garantido é tão digno de tutela jurídica quanto o esforço financeiro *presente* do proponente que não goza de garantia real. Tanto assim é que, se os créditos garantidos não forem pagos através de adjudicação, sê-lo-ão através da distribuição do produto da venda a terceiro. Que sentido faz, por isso, discriminar o mesmo crédito consoante o credor pretenda ser pago em espécie ou em dinheiro? A isto acresce o facto de muitas vezes o credor garantido ser a pessoa que está disposta a oferecer maior valor pela empresa, nem que seja para, assim, minimizar a sua perda. Acresce igualmente que os demais credores em nada são prejudicados com a adjudicação ao credor garantido, uma vez que este último só fica dispensado

⁷ A proposta de Diretiva não versa sobre o regime do pagamento ao credores e da graduação de créditos. Antes pelo contrário, remete expressamente a regulação destas matérias para o direito interno de cada Estado Membro (cf. artigo 19.º, n.º 2, da proposta de Diretiva).

de pagar o preço *na parte que não for necessária para pagar a credores graduados à sua frente ou em paridade consigo*. Em suma, a norma preconizada pela Comissão Europeia no artigo 33.º, n.º 3, da proposta de Diretiva não pode deixar de merecer as nossas mais profundas (e cremos que fundadas) reservas.

4.2.2. Em segundo lugar, chamamos a atenção para o n.º 2 do artigo 33.º da proposta de Diretiva, que exclui o exercício de direitos de preferência em relação à aquisição da empresa. Em abstrato, esta solução merece a nossa concordância. Regra geral, os potenciais compradores da empresa têm de investir tempo e recursos consideráveis, tanto humanos como materiais, a fim de analisar a possibilidade de adquirir a empresa e apresentar uma proposta. Basta pensar nos múltiplos assessores – técnicos, financeiros, fiscais e jurídicos – que é frequentemente preciso contratar antes de tomar uma decisão de investimento. Admitir que, no final deste processo, um terceiro pudesse adquirir a empresa, limitando-se a igualar a melhor oferta, certamente desincentivaria potenciais compradores de dedicarem o seu tempo e os seus recursos a este projeto. O teor do considerando 29 da proposta de Diretiva explica de forma exemplar este problema⁸.

Por igualdade de razão, entendemos que, em princípio, também não deve ser admitido o exercício de direitos de preferência em relação a *determinados bens* que integram a empresa (por exemplo, um imóvel, uma máquina, etc.), uma vez que o “destaque” e a venda em separado de um bem individual é suscetível de prejudicar, em abstrato, a venda do bem complexo que é a empresa.

Resta saber se a norma se aplica tanto a direitos de preferência *convencionais* como a direitos de preferência *legais*. Serão pouco frequentes os casos de direitos de preferência legais relativos à empresa como um todo – no ordenamento jurídico português, o exemplo mais conspícuo é o direito de preferência do senhorio em caso de trespasse, por venda ou dação em cumprimento, de estabelecimento comercial ou industrial instalado em prédio arrendado (artigo 1112.º, n.º 5, do Código Civil). Bastante mais frequentes serão os direitos de preferência legais tendo por objeto bens que integram a empresa – assim, por exemplo, se a empresa detiver bens em regime de compropriedade, se for superficiária, se for proprietária de prédios situados na Reserva Agrícola Nacional, em zona de domínio público marítimo ou em áreas de reabilitação urbana, etc. A nosso ver, a resposta a esta interrogação não é linear. Antecipamos que, quando o titular do direito de preferência legal for um particular, tendemos a pensar o seu direito de preferência deve ser afastado, pois, caso contrário, estar-se-ia a permitir precisamente aquilo que a Diretiva

⁸ “A possibilidade de impor direitos de preferência no decurso do processo de venda distorceria a concorrência no processo pre-pack. Os potenciais proponentes poderiam abster-se de apresentar propostas devido a direitos que excluiriam as suas propostas ao critério do titular, independentemente do tempo e dos recursos investidos e do valor económico da proposta. A fim de assegurar que a proposta vencedora reflete o melhor preço disponível no mercado, não devem ser concedidos direitos de preferência aos proponentes nem tais direitos devem ser exercidos no decurso do processo de apresentação de propostas. Os titulares de direitos de preferência concedidos antes do início do processo pre-pack, em vez de invocarem a sua opção, devem ser convidados a participar no processo de apresentação de propostas”.

pretende evitar, ou seja, o “*free riding*” do beneficiário do direito de preferência suscetível de desincentivar a apresentação de propostas por parte de terceiros. Diversamente, nos casos em que o titular do direito de preferência legal seja uma entidade pública e a preferência vise promover fins de interesse e utilidade pública, temos maiores dúvidas que a Diretiva permita excluir o direito de preferência e não deva ser objeto de uma interpretação restritiva.

4.2.3. Em terceiro lugar, o n.º 3 do artigo 34.º da proposta de Diretiva rege sobre o cancelamento de garantias no âmbito dos processos de “*pre-pack*”. A matéria é de suma importância, pois a experiência demonstra que os investidores preferem comprar bens livres e desonerados de direitos reais de garantia, até porque muitas vezes precisam de dar esses mesmos bem em garantia do financiamento à respetiva aquisição. Se a empresa ou os bens que a compõem estiverem onerados, dificilmente encontrarão um comprador e, muito menos, um comprador disposto a pagar a plenitude do seu valor.

Posto isto, determina o preceito da proposta de Diretiva que as garantias serão canceladas no âmbito dos “*pre-packs*” em termos e condições idênticos aos que seriam aplicáveis numa liquidação “normal” em processo de insolvência. A nosso ver, esta solução já resultaria da natureza dos “*pre-packs*”, enquanto regime especial de liquidação do ativo em processo do ativo, ao qual sempre se aplicariam, ainda que subsidiariamente, as normas gerais da liquidação em processo de insolvência. No entanto, bem andou a Comissão Europeia ao prever norma expressa, evitando, assim, quaisquer dúvidas que se pudessem suscitar em torno deste tema.

Do ponto de vista do direito português, esta norma significa, em termos práticos, que os direitos reais de garantia caducarão quando o bem onerado for vendido no âmbito do “*pre-pack*”, da mesma forma que caducariam se o bem fosse vendido em liquidação sujeita ao regime geral do processo de insolvência, transferindo-se a preferência para o produto da respetiva venda (artigo 824.º, n.ºs 2 e 3, do Código Civil).

Mais complexa é a questão de saber se esta norma da proposta de Diretiva se aplica apenas às garantias reais ou abrange também as garantias pessoais. A favor da primeira interpretação depõe a letra da versão inglesa, que emprega a expressão “*security interests*”, cujo significado normal é a de um *direito sobre determinado(s) bem(ns) do devedor para garantia do cumprimento de uma obrigação*. A favor da interpretação mais ampla depõem as versões francesa, castelhana e portuguesa, que empregam a expressão “*sûretés*”, “*garantías*” e “*garantias*”, as quais tanto abrangem garantias reais como pessoais. Sem prejuízo de melhor reflexão, propendemos para a interpretação mais ampla, pois não descortinamos qualquer interesse que justifique distinguir o regime das garantias ao abrigo do “*pre-pack*” consoante as mesmas sejam de natureza real ou pessoal. Aliás, como refere a epígrafe do artigo 34.º, a finalidade destas normas consiste em “*proteger os interesses dos credores*”, o que quadra bem com o princípio de que o efeito do “*pre-pack*” sobre as garantias pessoais deve ser equiparado aos efeitos que teria uma “liquidação normal”; de contrário, a escolha do regime aplicável às garantias pessoais ficaria nas mãos do devedor (ao optar pelo “*pre-pack*” ou pela “liquidação normal”). A norma visa evitar que o credor seja prejudicado pela recurso ao “*pre-pack*” em detrimento da “liquidação normal”, resultado este

que (só) é alcançado se o tratamento de *todas as garantias, sejam elas reais ou pessoais*, for idêntico nos dois cenários.

4.2.4. Em quarto e último lugar, gostaríamos de destacar as normas do artigo 34.º, n.ºs 1 e 2, da proposta de Diretiva. O preceito do n.º 1 determina que os credores e os próprios sócios (“*equity holders*”) da empresa do devedor têm “*direito a ser ouvidos*” pelo tribunal antes de este último autorizar a venda da empresa (ou parte dela) ao abrigo do “*pre-pack*” ou de a venda ser concluída. Porém, fica salva aos Estados Membros a possibilidade de não conceder este direito, entre outros, aos credores e sócios (“*equity holders*”) que nada receberiam em caso de liquidação do património do devedor segundo o regime “normal” do processo de insolvência (artigo 34.º, n.º 2, alínea a)).

É certo que o princípio do contraditório, corolário do direito a um processo justo e equitativo, parece reclamar que seja concedida aos interessados a faculdade de “*influir*” na decisão do tribunal a respeito de uma questão que pode afetar a sua esfera patrimonial.

Porém, também é certo que a decisão a tomar pelo tribunal apenas afeta a esfera jurídica dos credores ou dos sócios *de forma mediata*, uma vez que a empresa cuja venda se discute pertence ao devedor, razão pela qual a única esfera jurídica deste último é a única a ser afetada diretamente. Entendemos que esta circunstância deve levar-nos a entender de forma *mais mitigada* o direito dos credores e sócios ao contraditório relativamente à venda de uma empresa que não é sua.

Além disso, a consideração dos interesses em presença inclina-nos também para este entendimento. Com efeito, a empresa é um bem dinâmico, que, na maioria dos casos, vai perdendo continuamente o seu valor após a declaração de insolvência e à medida que o tempo passa sem solução à vista. A usura do tempo sobre a empresa é rápida e implacável. Por isso, a venda da empresa, quando é feita “*as a going concern*”, é um ato que reveste a maior urgência e que tem de ser decidido com celeridade. Ora, a experiência demonstra que – pelo menos no sistema jurídico português – a exigência de contraditório prévio *escrito* por um número potencialmente muito elevado de credores e sócios é a melhor forma de obstaculizar ao andamento dos processos judiciais. Isto porque aos requerimentos *escritos* dos credores se segue a resposta *escrita* dos contra-interessados (também eles atuando ao abrigo do princípio do contraditório), culminando com uma decisão judicial que tem de se pronunciar sobre *todos os requerimentos* de forma *motivada*, sob pena de nulidade por omissão de pronúncia ou falta de fundamentação. Atendendo ao volume de trabalho excessivo que os juízos de comércio portugueses enfrentam, o horizonte temporal mínimo para cumprir toda esta tramitação é de 3 meses, no mínimo, os quais facilmente poderão aumentar para o dobro ou o triplo. A tudo isto acrescerá, ainda, o tempo do recurso, porquanto, mesmo que lhe não seja atribuído efeito suspensivo (cfr. artigo 29 da proposta de Diretiva), a incerteza que gera em torno da situação da empresa é a mesma e dificilmente um comprador aceitará concluir a operação antes do trânsito em julgado.

A nosso ver, este é um dos aspetos do regime dos “*pre-packs*” que carece de maior reflexão por parte do legislador europeu, uma vez que facilmente poderá gerar entropias procedimentais ou deixar todo o processo (e o destino da empresa) refém de credores ou sócios oportunistas,

que utilizam a litigância como instrumento para obter concessões. Se, porventura, a Diretiva vier a ser aprovada nos moldes propostos pela Comissão, podemos apenas recomendar que o legislador português utilize, na sua máxima extensão, a faculdade prevista no n.º 2 do artigo 34.º, atribuindo apenas aos credores e sócios que possam ser prejudicados pela venda da empresa a faculdade de se pronunciarem junto do tribunal a respeito da mesma.

5. Algumas observações a respeito da liquidação do ativo no processo simplificado de liquidação de micro-empresas

O processo simplificado de liquidação de micro-empresas – passível, no entender da Comissão Europeia, de ser estendido às pequenas e médias empresas pelos legisladores nacionais (cfr. considerando 35 da proposta de Diretiva) – apresenta várias especificidades a todos os níveis em relação ao processo de insolvência tal como existe no nosso País. No entanto, não iremos analisar pormenorizadamente todo este processo, uma vez que tal extravaria o âmbito do presente artigo. Em vez disso, limitar-nos-emos a destacar alguns aspetos relacionados com a liquidação do ativo que nos parecem mais dignos de realce.

Em primeiro lugar, sublinhamos que a liquidação do ativo não é necessariamente conduzida por um administrador de insolvência, pese embora a empresa se encontre insolvente. Pelo contrário: no regime simplificado, a regra é o devedor manter os poderes de administração e disposição do seu património (“*debtor-in-possession*”), só podendo ser privado desses poderes em casos excecionais e mediante decisão casuística, atendendo a todas as circunstâncias concretas do caso. Além disso, a própria nomeação de um administrador de insolvência é excecional, só podendo ter lugar se estiverem verificados dois requisitos cumulativos: (i) por um lado, ter sido requerida a nomeação pelo devedor ou por um ou mais credores; (ii) por outro, os custos da intervenção do administrador de insolvência estarem assegurados pelas forças da massa insolvente ou, na falta desta, pelo requerente.

Em segundo lugar, a liquidação do ativo pode nem vir a ter lugar – caso em que o processo simplificado será encerrado – se a “*autoridade competente*” entender que: (i) não existem bens na massa insolvente ou os que existem são de valor tão diminuto que não justificam o tempo ou o custo necessários para proceder à respetiva liquidação; ou (ii) o valor aparente dos bens onerados com garantias reais é inferior ao valor dos créditos garantidos e a “*autoridade competente*” considerar que é adequado permitir que o(s) credor(es) garantido(s) se aproprie(m) do(s) bem(ns) onerado(s). Note-se que a “*autoridade competente*”, que preside a todo o processo, não tem de ser um tribunal, pois a proposta de Diretiva admite que os Estados Membros designem uma autoridade administrativa para o efeito.

Em terceiro lugar, assumindo que a “*autoridade competente*” decide prosseguir com a liquidação do ativo, a mesma deve ter lugar mediante leilão eletrónico, numa plataforma eletrónica própria (a qual poderá ser comum a outros processos de insolvência, não tendo de ser exclusiva dos processos simplificados de liquidação). Esta plataforma eletrónica de leilões deve ser acessível a toda e qualquer pessoa singular ou coletiva com domicílio ou sede na União Europeia.

Além disso, a Comissão Europeia deverá criar um sistema de interconexão das plataformas de leilões de todos os Estados Membros.

Em quarto lugar, a “*autoridade competente*” ou, quando aplicável, o administrador de insolvência devem *notificar individualmente* todos os credores da data, hora e objeto de cada leilão eletrónico a realizar no quadro do processo simplificado, bem como dos requisitos necessários para nele poderem participar. É desnecessário salientar que esta exigência de “*notificação individual*” de todos os credores representa um pesado encargo burocrático, de todo incompatível com a natureza supostamente “simplificada” do processo.

Em quinto e último lugar, após a conclusão do processo simplificado de liquidação, os devedores empresários, assim como os fundadores, proprietários ou membros de uma micro-empresa sem responsabilidade limitada que sejam pessoalmente responsáveis pelas dívidas da dita micro-empresa, ficam totalmente exonerados das suas dívidas, nos termos do disposto no Título III da Diretiva (UE) 2019/1023.

Aqui chegados, e em jeito de reflexão final, não podemos deixar de manifestar as nossas maiores reservas relativamente ao mérito deste processo simplificado de liquidação de micro-empresas, que funciona como uma espécie de processo de insolvência “*paralelo*”, sujeito a pouco ou nenhum escrutínio e, por conseguinte, exposto aos maiores abusos por parte de devedores menos escrupulosos, o que seria ainda mais grave se este regime fosse estendido pelos legisladores nacionais às pequenas e médias empresas. Resta-nos esperar que o processo legislativo que a proposta de Diretiva ainda tem pela frente permita limar estas e muitas outras arestas de um diploma que, apesar de tudo, representa um inegável progresso em muitas outras frentes, desde logo, na consagração do regime dos “*pre-packs*”.

Lisboa, 23 de abril de 2024.

Resolução em benefício da massa insolvente

(<https://doi.org/10.47907/diretivasobredireitodainsolvencia/03>)

Alexandre de Soveral Martins¹

RESUMO: A Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que harmoniza certos aspetos do direito da insolvência contém um número significativo de disposições que poderão ter consequências importantes para o regime de resolução em benefício da massa atualmente previsto no CIRE. Uma vez que a resolução em benefício da massa insolvente permite restituir à massa o que dela não deveria ter saído, procura garantir que as classes de créditos não são alteradas subitamente na proximidade do início do processo de insolvência e permite libertar de garantias os bens onerados, tendendo a valorizá-los, justifica-se estudar em profundidade as alterações em preparação. O presente trabalho é um passo mais nesse sentido.

PALAVRAS-CHAVE: Resolução em benefício da massa insolvente; Garantias das obrigações; Massa insolvente.

ABSTRACT: The Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council harmonizing certain aspects of insolvency law contains a significant number of provisions that could have important consequences for the avoidance actions provisions of the Portuguese Insolvency Law (CIRE). Since avoidance actions make it possible to return to the estate what should not have left it, seeks to ensure that the classes of claims are not suddenly changed when insolvency proceedings are about to begin and makes it possible to free encumbered assets from guarantees, tending to increase their value, it is justified to study the changes in preparation in depth. This work is a further step in that direction.

KEYWORDS: Avoidance actions; Guarantees; Insolvent estate.

1. Considerações gerais introdutórias. A terminologia

A Nova Proposta de Diretiva sobre direito da insolvência² contém um número significativo de disposições que poderão ter consequências importantes para o regime de resolução em benefício

¹ Professor Associado com Agregação, Univ Coimbra, IJ, FDUC; Orcid ID 0000-0001-6480-3492; soveralm@fd.uc.pt.

² Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que harmoniza certos aspetos do direito da insolvência, COM(2022) 702 final.

da massa atualmente previsto no CIRE³. A Proposta não utiliza essa terminologia, referindo-se antes às ações de «impugnação pauliana» na versão em português. A versão em inglês usa os termos *avoidance actions*, enquanto a versão em espanhol trata das *acciones revocatorias*. O Considerando (5) justifica que se faça uma leitura ampla daquela expressão⁴. Trata-se de mecanismos que «permitam anular os atos jurídicos que sejam prejudiciais para os credores e que se tornem atos jurídicos definitivos antes da abertura do processo de insolvência» e «visam inverter os efeitos prejudiciais do ato jurídico para a massa insolvente»⁵. Essa leitura abrangente é igualmente adotada no Guia Legislativo da UNCITRAL (*Legislative Guide of Insolvency Law*), podendo ler-se no Glossário que acompanha a Parte I que as «avoidance provisions» são «provisions of the insolvency law that permit transactions for the transfer of assets or the undertaking of obligations prior to insolvency proceedings to be cancelled or otherwise rendered ineffective and any assets transferred, or their value, to be recovered in the collective interest of creditors».

A resolução em benefício da massa insolvente e mecanismos semelhantes permitem restituir à massa o que dela não deveria ter saído e procuram garantir que as classes de créditos não são alteradas subitamente na proximidade do início do processo de insolvência⁶. A resolução que diz respeito a garantias liberta das mesmas os bens que estavam onerados e, dessa forma, tende a

³ Para os antecedentes em Portugal, *vide* Alexandre de Soveral MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra: Almedina, 2022, 40. Para a Inglaterra e Gales, situando as primeiras «avoidance provisions» em 1376, Rebecca PARRY, «Introduction», in Hamish ANDERSON / William TROWER, eds., *Transaction Avoidance in Insolvencies*, 3.^a ed., New York: Oxford Academic, 2018, 3-6, 4.

⁴ Referindo-se a um «umbrella term», Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, Cheltenham/Northampton: Elgar, 2023, 8.

⁵ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, Cambridge: Intesentia, 2022, 23, usam a expressão «avoidance» como «representative for other expressions such as “challenge”, “claw-back”, or “setting aside”». Em sentido próximo, Catarina SERRA, *Lições de direito da insolvência*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2021, 239. A obra de Bork e Veder parece ter servido de inspiração aos autores da Proposta tendo em conta a proximidade entre ambos os textos relativamente a muitos aspetos. No mesmo sentido, Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 212. Outros trabalhos também se ocuparam da necessidade de aproximação das legislações dos Estados-Membros: *vide* Roelf Jakob DE WEIJS, «Towards an Objective European Rule on Transaction Avoidance in Insolvencies», *International Insolvency Review*, 20 (2011), 219-244; Federico MUCCIARELLI, «Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EU and Its Political Dimension», *European Business Organisation Law Review*, 14/2 (2013) 175-200, Andrew KEAY, «The Harmonisation of the Avoidance Rules in European Union Insolvency» *International and Comparative Law Quarterly*, 66/1 (2017) 79-105; Andrew KEAY, «Harmonisation of Avoidance Rules in European Union Insolvencies: the Critical Elements in Formulating a Scheme», *Northern Ireland Legal*, 69/2 (2018) 85-106, Gerard McCORMACK / Andrew KEAY / Sarah BROWN, *European Insolvency Law: Reform and Harmonisation*, Cheltenham/Northampton: Elgar, 2017, especialmente p. 130 e ss., Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 157 e ss. (com as referências indicadas). O estudo da INSOL com o título *Harmonization of Insolvency Law*, 2010, olhou igualmente para o tema, bem como o documento intitulado *Harmonisation of Insolvency Law at EU Level: Avoidance Actions and Rules on Contracts. Note*, de 2011, patrocinado pelo Parlamento Europeu.

⁶ Rebecca PARRY, «The Rationale of the Transaction Avoidance Provisions of the Insolvency Act 1986», in Hamish ANDERSON / William TROWER, eds., *Transaction Avoidance in Insolvencies*, 3.^a ed., New York: Oxford Academic, 2018, 7-24, 24.

valorizá-los⁷. A existência de regimes de «impugnação pauliana» funciona ainda como um instrumento preventivo relativamente à prática de atos que prejudicariam os credores⁸ e, sendo o caso, a própria recuperação do devedor⁹.

A certeza e estabilidade jurídicas, bem como a proteção da confiança, são, certamente, afetadas pelo regime de resolução em benefício da massa insolvente/«ação pauliana», mas poderão ser alcançadas através dos requisitos que a lei estabelece para que o mesmo se aplique¹⁰.

Os atos podem ter sido praticados de forma a beneficiar algum ou alguns credores perante a aproximação ou a existência da situação de insolvência. Mas não necessariamente. O beneficiário do ato pode intervir para permitir ao devedor o «parqueamento» do bem ou porque se pretende pura e simplesmente dar ao beneficiário uma qualquer vantagem e até sem que seja credor. Os próprios sócios podem ter sido beneficiados através de «esquemas de transferência de valor»¹¹.

Muitos atos que podem ser objeto de «impugnação pauliana» não são inevitavelmente inválidos ou ineficazes quando não tem lugar a declaração de insolvência do devedor. Um devedor que faz uma doação está a praticar um ato a título gratuito (v. art. 7.º, 1, da Proposta e art. 121.º, 1, b), do CIRE). Uma doação, só por si, não é ilícita, como não o é a constituição de uma garantia. O regime das ações de «impugnação pauliana» ou da resolução em benefício da massa insolvente constitui, assim, uma clara intromissão na autonomia privada, que se pode justificar através das finalidades do processo de insolvência e dos interesses que o regime deste último pretende prosseguir¹².

A «impugnação pauliana» é tratada com desenvolvimento nos arts. 4.º a 12.º da Proposta. Aí encontramos disposições gerais, regras quanto às condições específicas ou fundamentos da impugnação e outras sobre as consequências da «impugnação pauliana». O art. 47.º pretende estabelecer algumas especialidades para os processos simplificados de liquidação de microempresas. As disposições referidas constituem um passo tão mais significativo quanto a Diretiva 2019/1023 não se ocupou da «impugnação pauliana» a não ser no que diz respeito à proteção do financiamento intercalar e do novo financiamento¹³.

⁷ Sem esquecer, naturalmente, que algumas garantias podem extinguir-se com a declaração de insolvência: para Portugal, vide o art. 97.º do CIRE.

⁸ Rebeca PARRY, «The rationale of the transaction avoidance provisions of the Insolvency Act 1986», 15, embora com perspectiva crítica acerca da função referida.

⁹ Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 10.

¹⁰ Sobre o conflito entre o princípio da proteção da confiança e os princípios da igualdade de tratamento dos credores e da melhor satisfação possível dos credores, Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 55; vide tb., com especial atenção dedicada ao princípio da igualdade de tratamento dos credores, Reinhard BORK, «Kap. 1: Grundgedanke, Geschichte, Bedeutung», in Reinhard BORK (Her.), *Handbuch des Insolvenzanfechtungsrecht*, Köln: RWS, 2006, 1-20, 3.

¹¹ Sobre estes, Reinhard BORK / Catarina SERRA, «Esquemas de transferência de valor», DSR, 23/12 (2020) 13-38, 14.

¹² Vide Rebeca PARRY, «The rationale of the transaction avoidance provisions of the Insolvency Act 1986», 13 e ss.

¹³ Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 51, lembra também esse aspeto.

Neste texto vamos abordar, no ponto seguinte (2.), as razões que justificam a existência de normas destinadas a aproximar as legislações dos Estados-Membros no que diz respeito ao regime de «impugnação pauliana». Depois, olharemos para o art. 4.º das «disposições gerais», procurando ver o que significam as expressões «prejuízo para o conjunto dos credores», «atos jurídicos definitivos», «abertura do processo» e «anulação ou declaração de nulidade», bem como para o significado da harmonização mínima exigida pelo art. 5.º (3.). Segue-se um percurso através dos fundamentos para a «impugnação pauliana»: as preferências do art. 6.º (4.), os atos jurídicos a título gratuito ou com contraprestação manifestamente inadequada de que se ocupa o art. 7.º (5.) e os atos intencionalmente prejudiciais para os credores que surgem no art. 8.º (6.)¹⁴. Mostraremos ainda o relevo dado às omissões (7.) e trataremos das consequências das ações de «impugnação pauliana» (8.). Chamaremos também a atenção para algumas especialidades relativas às microempresas que podem ser encontradas no art. 47.º (9.). Terminaremos com umas quantas observações finais (10.).

2. Riscos da falta de harmonização

Após a declaração de insolvência, tem lugar (em regra) a transferência dos poderes de administração e disposição para o administrador da insolvência. Os atos do devedor que não respeitem aquela alteração têm um regime próprio.

Para o que sucede antes dessa transferência de poderes, o panorama europeu revela muitas diferenças¹⁵. O Regulamento 2015/848 manda aplicar o direito do Estado da *abertura do processo* quanto às «regras referentes à nulidade, à anulabilidade ou à impugnação dos atos prejudiciais ao interesse coletivo dos credores» (art. 7.º, 2, m))¹⁶.

Mas o art. 16.º do Regulamento mostra os perigos de ter regimes muito diferentes¹⁷: «O artigo 7.º, n.º 2, alínea m), não é aplicável se quem tiver beneficiado de um ato prejudicial a todos os credores fizer prova de que: a) Esse ato é regido pela lei de um Estado-Membro diferente do Estado de abertura do processo; e b) A lei desse Estado-Membro não permite a impugnação do ato por nenhum meio»¹⁸. Quando as operações que se pretende impugnar tenham natureza

¹⁴ De forma semelhante, a Insolvency Act de 1986 estabelece a distinção entre «preferences» (Sec. 239), «transactions at an undervalue» (Sec. 238) e «transactions defrauding creditors» (Sec. 423).

¹⁵ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 12, Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, p. 78 e ss.

¹⁶ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 13. Por sua vez, o art. 6.º, 1, do Regulamento confere aos «órgãos jurisdicionais do Estado-Membro em cujo território for aberto o processo de insolvência nos termos do artigo 3.º» a competência «para apreciar as ações que decorram diretamente do processo de insolvência e que com este se encontrem estreitamente relacionadas, como as ações de impugnação pauliana».

¹⁷ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 13 e 142.

¹⁸ O preceito deixa algumas dúvidas a pairar. Desde logo, quanto à questão da sua aplicabilidade quando esteja em causa a lei de um Estado terceiro (com relevo, Ac. TJUE C-328/12 *Schmid v. Hertel*) ou quanto à natureza das leis que podem ser invocadas (substantivas/processuais: v., com interesse, o Ac. TJUE C-557/13, *Lutz v. Bauerle*). Sobre a discussão quanto ao art. 16.º do Regulamento, p. ex., Alexandre de Soveral MARTINS,

transfronteiriça, o regime mencionado vai criar incertezas. As cláusulas contratuais com que se pretenda escolher o direito aplicável ao negócio poderão constituir tentativas de fuga a regimes de «impugnação pauliana»¹⁹.

Uma Diretiva que apenas pretenda uma harmonização mínima torna mais difícil alcançar grande proximidade entre os regimes dos diversos Estados-Membros²⁰, com as inerentes consequências no que diz respeito à capacidade para atrair capitais, à disponibilidade de crédito e ao eventual *forum shopping*²¹.

3. As disposições gerais sobre a «impugnação pauliana»

3.1. Prejuízo para o conjunto dos credores

O art. 4.º da Proposta dispõe que os «Estados-Membros devem assegurar que os atos jurídicos que se tornem atos jurídicos definitivos antes da abertura do processo de insolvência e que prejudiquem o conjunto dos credores podem ser anulados ou declarados nulos nas condições previstas no capítulo 2 do presente título». Estão em causa atos que prejudiquem o conjunto dos credores, sendo relevante o momento em que os atos se tornam definitivos. Prejudicam o conjunto dos credores porque reduziram os ativos disponíveis para pagar àqueles ou interferem na graduação dos créditos que deve orientar a realização dos pagamentos²².

O prejuízo para o conjunto dos credores é um requisito semelhante ao prejuízo para a massa que está previsto no art. 120.º, 1, do CIRE e que é presumido, de forma inilidível, nas hipóteses do art. 121.º (v. art. 120.º, 3). Nos termos do art. 120.º, 2, do CIRE, são prejudiciais à massa «os atos que diminuam, frustrem, dificultem, ponham em perigo ou retardem a satisfação dos credores da insolvência».

Sobre o requisito «detriment to the general body of creditors» que constava da sua Proposta e que consta da Proposta da Comissão, Bork e Veder escreviam: «The test is whether the creditors participating in the insolvency proceedings would be better off without the transaction in question. If this is the case, the transaction is disadvantageous for the general body of creditors». A isso parece conduzir também o art. 120.º, 2, do CIRE.

Um Curso de Direito da Insolvência, vol. I, 306, Gerard McCORMACK / Andrew KEAY / Sarah BROWN, *European Insolvency Law: Reform and Harmonisation*, 175 (aludindo a um verdadeiro veto), Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 2 e ss. Esta última autora mostra que também não é claro a que soluções conduzirá o art. 6.º, 2, do Regulamento (p. 67).

¹⁹ Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 176 e ss.

²⁰ Vide tb. Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 205.

²¹ Vide Giorgio CORNO, Prime riflessioni sulla proposta della Commissione europea di armonizzazione di alcuni profili della disciplina deele azione revocatorie nelle procedure di insolvenza e sul possibile impatto sulla normativa italiana, [Consult. 28 Dez. 2023]. Disponível em: <https://www.dirittodellacrisi.it/articolo/prime-riflessioni-sulla-proposta-della-commissione-europea-di-armonizzazione-di-alcuni-profili-della-disciplina-delle-azioni-revocatorie-nelle-procedure-di-insolvenza-e-sul-possibile-impatto-sulla-normativa-italiana>, Gerard McCORMACK / Andrew KEAY / Sarah BROWN, *European Insolvency Law: Reform and Harmonisation*, 180.

²² Em sentido próximo, Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 16.

Vejam os um pouco melhor alguns dos segmentos do art. 4.º.

3.2. Atos jurídicos definitivos

A determinação do momento a considerar para se saber se o ato é ou não impugnável tem uma importância central num regime de resolução/«impugnação pauliana». É fácil verificar que existe aí alguma distância entre o regime do CIRE e o texto da Proposta. O art. 120.º, 1, do CIRE faz referência à prática do ato. O art. 121.º, 1, usa vários termos: momento em que o ato é celebrado, momento da constituição, pagamento, ato de extinção, momento da realização... Por sua vez, a Proposta tem em vista o momento em que os atos jurídicos *se tornam definitivos* (art. 4.º). Mas não parece afastado que os atos jurídicos sejam considerados impugnáveis antes de adquirirem esse carácter definitivo.

Os atos relevantes são, apenas, os atos jurídicos: atos que tenham consequências jurídicas²³. Não é ato jurídico, por exemplo, a declaração de um/a devedor/a a um/a credor/a de que gosta mais dele/a do que de todos/as os/as outros/as credores/as.

Para saber quando é que um ato se torna definitivo, será útil recorrer ao Considerando (5) da Proposta. Aí se lê o seguinte: «Dado que as ações de impugnação pauliana visam inverter os efeitos prejudiciais do ato jurídico para a massa insolvente, é conveniente remeter para a conclusão da causa deste prejuízo como o momento pertinente, nomeadamente para a perfeição do ato jurídico e não para a execução da prestação». O exemplo que se segue naquele Considerando também ajuda a compreender do que se trata: «no caso de uma transferência de dinheiro por via eletrónica, o momento pertinente não deve ser quando o devedor dá instruções à instituição financeira para transferir o dinheiro para um credor (prática do ato jurídico), mas quando a conta do credor é creditada (perfeição do ato jurídico)».

A referência à «conclusão da causa» mostra, também aqui, a influência que Bork e Veder tiveram na redação que foi dada à parte da Proposta de Diretiva dedicada às ações de impugnação. Escreviam assim aqueles autores²⁴: «Given that transactions avoidance law aims at reversing the disadvantageous effects of the transaction for the estate, it seems preferable to us to refer to the completion of the cause for this disadvantage as the relevant point in time, i.e. to the completion or perfection rather than to the execution of the performance».

Assim, supondo que se trata de uma doação de ações, a data relevante não seria a do contrato de doação, mas a do registo da transmissão no registo de ações. Isto, obviamente, levaria a proteger mais os credores. Quando um registo seja constitutivo, é também esse o momento relevante.

Para as omissões, seria relevante o momento em que os efeitos desvantajosos das mesmas se produzissem. É também isso que propõem Bork e Veder²⁵: «the point in time where the disadvan-

²³ Não existe um conceito europeu de «legal act»: vide Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 186 e ss. e 205.

²⁴ Vide Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 158.

²⁵ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 158.

tageous legal effects of the forbearance come into effect». Para as execuções movidas por credores, seria relevante o momento em que os bens foram apreendidos: «the point in time where the bailiff (or another enforcement body) seizes assets of the estate, provided the seizure would be enforceable in insolvency proceedings without transactions avoidance law»²⁶. Claro está que, relativamente a essas execuções, seria necessário ter em conta os efeitos processuais da declaração de insolvência.

3.3. Abertura do processo

O ato jurídico deve ter-se tornado definitivo antes da abertura do processo de insolvência. Essa abertura não coincide com o momento em que o processo se considera pendente de acordo com o direito processual civil português²⁷.

A Proposta também distingue entre apresentação do pedido de abertura do processo de insolvência e abertura do processo de insolvência (v., p. ex., Considerandos 32, 33 e 47, e os arts. 42.º, 45.º, 46.º, 2, 48.º, 2, 58.º, 2).

Como já foi escrito²⁸, o momento de abertura do processo de insolvência deve ser visto como «o concreto momento em que o processo produz efeitos como tal, em particular o momento em que o devedor perde o direito de dispor dos seus bens, e o regime aplicável deixa de ser o contratual para passar a ser o insolvencial» («the concrete point in time when the proceedings take full effect, in particular the point in time at which the debtor is divest of the right of disposal, and changes the applicable legal regime from general civil law (contract law) to insolvency law»). Parece também que o momento de abertura será o do início oficial do processo de insolvência e em que «o direito da insolvência – incluindo o regime da resolução em benefício da massa – se aplica» («insolvency law – including transactions avoidance law – applies»)²⁹. O processo de insolvência só o é verdadeiramente com a declaração de insolvência.

3.4. Anulação ou declaração de nulidade

Os atos objeto de «impugnação pauliana» procedente serão «anulados ou declarados nulos». No entanto, a anulabilidade e a nulidade são figuras que, entre nós, têm um significado específico. Remetem para vícios que ocorrem no momento da prática do ato: vícios genéticos³⁰.

²⁶ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 158. Nos termos do art. 149.º, 1, a), CIRE, a apreensão no processo de insolvência prevalece sobre a que ocorra em processo executivo.

²⁷ É o seguinte o teor do art. 259.º, 1, do CPC: «A instância inicia-se pela proposição da ação e esta considera-se proposta, intentada ou pendente logo que a respetiva petição se considere apresentada nos termos dos n.ºs 1 e 6 do artigo 144.º».

²⁸ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 95.

²⁹ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 159.

³⁰ Vide Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 3.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora 2001, 461 (a invalidade caracterizada «a partir da natureza genética dos vícios que estão na sua origem»), Carlos Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. (por António Pinto MONTEIRO e Paulo Mota PINTO), Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 625 (vício «contemporâneo» da formação do negócio), Heinrich Ewald

Com a resolução em benefício da massa não é isso que se verifica. A resolução em benefício da massa insolvente ocorre por decisão do administrador da insolvência e assemelha-se mais a uma resolução contratual³¹. Na versão em inglês da Proposta vemos dito que o ato pode ser «declared void», o que não significa exatamente o mesmo que anulação ou declaração de nulidade. Pode ser ou não. A «avoidance» tem a sua origem na expressão «void». E o termo tem um significado muito lato, incluindo os casos em que o administrador da insolvência pode eliminar os efeitos de uma transação³². Essa eliminação de efeitos pode ter lugar através da resolução em benefício da massa insolvente de que trata o CIRE³³.

3.5. Harmonização mínima

O art. 5.º da Proposta mostra que as soluções pretendidas estão concebidas como medidas de harmonização mínima: os Estados-Membros podem «manter ou adotar disposições que prevejam um maior nível de proteção dos credores»³⁴.

Assim, e por exemplo, onde o CIRE contenha mais fundamentos de resolução em benefício da massa não será necessário introduzir alterações. Onde o CIRE contenha prazos de suspeição mais longos, não será necessário alterá-lo. Em suma: onde o CIRE torne mais fácil a resolução em benefício da massa, não será necessário modificá-lo.

E isto é muito importante também por causa dos fundamentos ou critérios para a resolução que constam dos arts. 6.º, 7.º e 8.º da Proposta. À primeira vista, a terminologia usada na Proposta causa alguma estranheza. Nela surgem mencionadas as preferências, os atos jurídicos a título gratuito ou contra uma contraprestação manifestamente inadequada e os atos jurídicos intencionalmente prejudiciais para os credores.

HÖRSTER / Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, 226 (a invalidade como «deficiência genética»); para a Espanha, Josefina HUELMO REGUEIRO, *La acción rescisoria concursal*, Barcelona: Bosch, 2016, 44 (a nulidade e a anulabilidade «se fundamentan en la existência de un vicio del próprio acto o negocio jurídico ya desde su origen»). Mas v., admitindo a nulidade superveniente, António Menezes CORDEIRO, «Insolvência: da resolução da fiança e do aval em benefício da massa; o interesse em agir», ROA, 1/50 (abr. 1990) 159-180, 176, nt. 4.

³¹ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, cit., p. 243, referem-se a uma declaração «comparable to a right of termination or cancellation in contract law»; v. tb. p. 125.

³² Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 22, referem-se a regras para «rescinding (the effects of) transactions performed prior to the opening of insolvency proceedings».

³³ Embora, quanto a esta, também se discuta a qualificação: v., com as várias alternativas (resolução, resolução atípica, nulidade, anulabilidade, impugnação pauliana, natureza mista), Gravato MORAIS, *Resolução em Benefício da Massa Insolvente*, Coimbra: Almedina, 2008, 190 e ss. As discussões existem também noutros ordenamentos: para a Alemanha, Reinhard BORK, «Kap. 1: Grundgedanke, Geschichte, Bedeutung», 4 e ss.; para a Espanha, Josefina HUELMO REGUEIRO, *La acción rescisoria concursal*, 42 e ss.

³⁴ O art. 5.º tem o seguinte teor: «A presente diretiva não impede os Estados-Membros de adotarem ou de manterem disposições relativas à nulidade, à anulabilidade ou à inexecutabilidade dos atos jurídicos prejudiciais para o conjunto dos credores no contexto dos processos de insolvência, sempre que essas disposições proporcionem uma maior proteção do conjunto dos credores do que as previstas no capítulo 2 do presente título».

Porém, bem vistas as coisas, as diferenças relativamente ao que vemos estabelecido no CIRE não são assim tão grandes. O ponto de partida, esse sim, é diferente.

4. Preferências

Começemos pelas preferências de que se ocupa o art. 6.º. Aí vamos encontrar, no n.º 1, a menção a atos jurídicos que beneficiem um credor ou grupo de credores através da satisfação de credores, da constituição de garantias ou por outra forma. No n.º 2, olha-se para os casos de satisfação ou constituição de garantia que se possa considerar regular³⁵.

Temos, assim, pagamentos, outras formas de satisfação do credor, garantias e outros atos que beneficiam um credor ou grupo de credores³⁶. E deve tratar-se sempre de atos que prejudiquem o conjunto dos credores.

A verdade, porém, é que muitos pagamentos e muitas garantias são já abrangidos pelo art. 121.º do CIRE. E esses têm um regime bem mais rigoroso, em regra, do que o resultante da Proposta:

- a) Os prazos são maiores, em regra, no art. 121.º, 1;
- b) Não é necessário que, no momento da prática do ato, o devedor já não fosse capaz de pagar as dívidas vencidas;
- c) Não é necessário provar que o credor sabia, ou devia saber, que o devedor estava incapaz de pagar as suas dívidas vencidas ou que foi apresentado um pedido de abertura do processo de insolvência.

Merecem maior atenção duas alíneas do art. 121.º, 1, do CIRE. Por um lado, quanto aos requisitos apostos para as garantias pessoais: a exigência de que não exista «real interesse para ele», insolvente, prevista no art. 121.º, 1, d), não está em conformidade com o art. 6.º da Proposta. Por outro, o prazo da constituição de garantias reais em simultâneo com a constituição da obrigação garantida (art. 121.º, 1, e)) é curto (60 dias é pouco tendo em conta a Proposta).

Como referimos, o primeiro fundamento de impugnação surge designado na Proposta como «preferências». O termo compreende-se se considerarmos que se trata de atos que, ao beneficiarem

³⁵ «Artigo 6.º Preferências 1. Os Estados-Membros devem assegurar que os atos jurídicos que beneficiem um credor ou um grupo de credores mediante satisfação, constituição de garantias ou de qualquer outra forma podem ser anulados ou declarados nulos se se tornarem atos jurídicos definitivos: a) Três meses antes da apresentação do pedido de abertura do processo de insolvência, na condição de o devedor não ser capaz de pagar as suas dívidas vencidas; ou b) Após a apresentação do pedido de abertura do processo de insolvência. [...] 2. Se um crédito devido for regularmente satisfeito ou garantido, os Estados-Membros devem assegurar que o ato jurídico só pode ser anulado ou declarado nulo se: a) Estiverem preenchidas as condições previstas no n.º 1; e b) O credor soubesse, ou devesse saber, que o devedor era incapaz de pagar as suas dívidas vencidas ou que foi apresentado um pedido de abertura do processo de insolvência. Se o credor for uma parte que tem uma relação estreita com o devedor, presume-se que tem conhecimento dos factos referidos no primeiro parágrafo, alínea b)» [...].

³⁶ Considerando que as preferências dizem respeito ao «issue of a debtor paying one or more creditors immediately before the insolvency», Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 11. A autora entende que «granting of security as a form of preference may be a problematic aspect» devido à falta de harmonização do regime dos «security rights» (p. 191).

um ou mais credores, lhes deram um estatuto preferencial. Foram tratados preferencialmente em relação aos outros.

Quanto aos atos abrangidos pelo art. 6.º, 1, a), da Proposta, vemos que se trata da satisfação, constituição de garantias ou outros atos que beneficiem um credor ou grupo de credores.

De acordo com o Considerando (8) da Proposta, estão em causa, nomeadamente, «pagamentos prematuros, a satisfação através de meios de pagamento não habituais, a subsequente constituição de garantia de um crédito não garantido até à data e que não tenha sido já acordada no âmbito do acordo de dívida original, a concessão de um direito de rescisão extraordinário ou outras alterações não previstas no contrato subjacente, a renúncia a mecanismos de defesa ou de objeção jurídica ou o reconhecimento de dívidas contestáveis».

Alguns desses atos não estarão previstos no art. 121.º do CIRE. Nesses casos, parece que será necessário alterar a legislação nacional. Eles devem poder ser resolvidos sem a exigência de má-fé, ao contrário do que resulta do art. 120.º, 5, do CIRE. Mas será necessário que o devedor não seja capaz de pagar as dívidas vencidas.

O art. 6.º, 1, b), da Proposta justifica uma comparação com o art. 120.º, 5, c), do CIRE. Este último considera estar de má-fé o terceiro que conhece o início do processo de insolvência à data do ato. Mas o art. 6.º, 1, b), da Proposta não exige esse conhecimento.

Porém, nos casos do art. 6.º, 2 (crédito regularmente satisfeito ou garantido), a Proposta já exige que o credor soubesse, ou devesse saber, que o devedor era incapaz de pagar as suas dívidas vencidas ou que foi apresentado um pedido de abertura do processo de insolvência. Veja-se que estão aí agora abrangidas situações em que o crédito foi regularmente satisfeito ou garantido. Essas hipóteses de satisfação ou constituição de garantias têm, por isso, de ser retiradas do âmbito de aplicação do n.º 1. E porque houve satisfação regular ou garantia constituída também de forma regular, compreende-se que as exigências para a impugnação sejam maiores. A anulação ou declaração de nulidade necessita de prova de que o credor sabia, ou devia saber, «que o devedor era incapaz de pagar as suas dívidas vencidas ou que foi apresentado um pedido de abertura do processo de insolvência» (presumindo-se esse conhecimento quanto a credores que sejam partes com relação estreita com o devedor)³⁷.

O art. 6.º, 3, a), da Proposta também é interessante³⁸. Quanto aos atos executados diretamente mediante contraprestação justa³⁹ em benefício da massa insolvente, estabelece que não podem ser declarados nulos ao abrigo do regime dos n.ºs 1 e 2.

³⁷ Quando é que o devedor deve saber o referido? Basta que atue com culpa ao desconhecer? Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 192, são menos exigentes, pois consideram que é de exigir negligência grosseira («gross negligent ignorance»).

³⁸ «Em derrogação dos n.ºs 1 e 2, os Estados-Membros devem assegurar que os seguintes atos jurídicos não podem ser declarados nulos: a) Os atos jurídicos executados diretamente mediante contraprestação justa em benefício da massa insolvente [...]».

³⁹ Criticando a incerteza que o termo «fair» gera, Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 207.

Sobre eles, lê-se o seguinte no Considerando (9): «Esses atos jurídicos visam apoiar a atividade diária normal da empresa do devedor [...] devem ter uma base contratual e exigir a realização direta das prestações mútuas, mas não necessariamente uma realização simultânea das prestações, uma vez que, nalguns casos, podem ocorrer atrasos inevitáveis devido a circunstâncias de caráter prático. No entanto, esta exceção não deve abranger a concessão de crédito. Além disso, a prestação e a contraprestação nesses atos jurídicos devem ser equivalentes em valor. Ao mesmo tempo, a contraprestação deve beneficiar a massa insolvente e não um terceiro. Esta exceção deve abranger, nomeadamente, o pagamento imediato de mercadorias, de salários ou de honorários por serviços prestados, em especial no que diz respeito a consultores jurídicos ou económicos, o pagamento em numerário ou com cartão dos bens necessários à atividade diária do devedor, a entrega de bens e de produtos ou a prestação de serviços a título oneroso, a criação de um direito de garantia relativamente ao desembolso do empréstimo e o pagamento imediato de taxas públicas mediante contraprestação (por exemplo, entrada em instituições ou espaços públicos)».

O art. 6.º, 3, também exclui da declaração de «nulidade» os «pagamentos efetuados mediante letras de câmbio ou cheques quando a lei que rege as letras de câmbio ou os cheques em relação a outros devedores de letras ou cheques, como os endossantes, o sacador ou o sacado, se este recusar o pagamento do devedor» (al. b)) e os «atos jurídicos que não estejam sujeitos a ações de impugnação pauliana, nos termos da Diretiva 98/26/CE e da Directiva 2002/47/CE».

O último parágrafo do art. 6.º, 3, tem a seguinte redação: «Os Estados-Membros devem assegurar que, no que respeita aos pagamentos efetuados mediante letras de câmbio ou cheques referidos no primeiro parágrafo, alínea b), o montante pago mediante a letra ou o cheque é restituído pelo último endossante ou, se este endossou a letra por conta de um terceiro, por esta parte, se o último endossante ou o terceiro soubesse, ou devesse saber, que o devedor era incapaz de pagar as suas dívidas vencidas ou que foi apresentado um pedido de abertura do processo de insolvência no momento do endosso da letra ou do pedido de endosso. Presume-se este conhecimento se o endossante ou o terceiro forem uma parte que tem uma relação estreita com o devedor»⁴⁰. O que está em causa é o facto de se considerar que, ao abrigo da Convenção de Genebra que estabelece uma lei uniforme em matéria de letras e livranças e da Convenção de Genebra que estabelece uma lei uniforme em matéria de cheques, o portador não pode exercer os seus direitos relativamente a endossantes, sacador e outros co-obrigados se o obrigado oferece o pagamento e o portador recusa recebê-lo. BORK, Reinhard / VEDER, Michael,⁴¹ escrevem, a propósito do texto que propunham sobre a matéria, que «it seems inconsistent to permit transactions avoidance where the creditor did not have the possibility of refusing payment without being able to have recourse against other bill or cheque debtors». Mas, não sendo possível a resolução em benefício da massa insolvente desses pagamentos, a Proposta pretende que o último endossante ou aquele por conta de quem ele endossou restitua o montante pago se sabia, ou devia saber, «que o devedor era incapaz de pagar as suas dívidas vencidas ou que foi

⁴⁰ Sobre o que são pessoas com relação estreita com o devedor, v. o art. 2.º, q), e o art. 3.º.

⁴¹ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 202.

apresentado um pedido de abertura do processo de insolvência no momento do endosso da letra ou do pedido de endosso. Presume-se este conhecimento se o endossante ou o terceiro forem uma parte que tem uma relação estreita com o devedor».

O Considerando (6) mostra que os atos suscetíveis de impugnação ao abrigo do art. 6.º da Proposta devem ser não apenas os do devedor, mas também os da contraparte ou, até, de um terceiro: «as regras relativas às ações de impugnação pauliana não se devem restringir aos atos jurídicos praticados pelo devedor, mas devem incluir igualmente os atos jurídicos praticados pela contraparte ou por um terceiro». E, de facto, se lermos o art. 6.º, 1, é de atos que beneficiem um credor ou grupo de credores que se trata: esses atos *não têm de ser do devedor*. O mesmo se diga quanto à *satisfação do crédito* ou à *garantia* prevista no n.º 2. Já o art. 7.º ocupa-se de atos jurídicos *do devedor* e o art. 8.º, 1, tem em vista os atos através dos quais o «devedor tenha intencionalmente causado um prejuízo ao conjunto dos credores».

Aparentemente, a satisfação do credor de que a Proposta trata no art. 6.º também pode dizer respeito à que é obtida através de ações executivas intentadas contra o devedor. Se isso se mantiver, o CIRE deverá ser alterado em conformidade de forma a tornar claro que comportamentos da contraparte ou de terceiros também são abrangidos. Com efeito, entre nós já foi dito que o regime da resolução em benefício da massa só diz respeito a atos do devedor⁴². Em bom rigor, o art. 120.º do CIRE também não exige que se trate de atos do devedor. As omissões, por sua vez, podem ter lugar perante atos de contraparte ou de terceiro⁴³. Mas seria bom tornar claro o que está em causa. Com efeito, também se poderia justificar, por exemplo, a resolução em benefício da massa de atos que se traduzam em execuções de obrigações⁴⁴. Pense-se numa execução que leva à penhora de uma conta bancária ou de criptoativos que tenham sido dados a conhecer ao credor pelo devedor⁴⁵. Eventuais compensações efetuadas por credores poderiam igualmente ficar sujeitas a resolução. Mas também podem estar em causa atos que conduziram à aquisição do crédito que permitiu a compensação: um devedor do insolvente adquire o crédito de terceiro para realizar essa compensação antes da abertura do processo de insolvência⁴⁶.

⁴² Sobre o tema, Alexandre de Soveral MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, vol. I, 305. Admitindo a resolução de atos realizados entre terceiros, Miguel Teixeira de SOUSA, «Resolução em benefício da massa insolvente por contrato celebrado com pessoa especialmente relacionada com o devedor – Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 15/2014, de 13.11.2014, Proc. 1936/10», CDP, 50, 2015, 46-62, 59. Referindo-se à resolução de «negócios jurídicos celebrados pelo devedor» apenas, Marco Carvalho GONÇALVES, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais*, Coimbra: Almedina, 2023, 396.

⁴³ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 169, nt. 164, lembram isso mesmo.

⁴⁴ Serão as «individual enforcement actions» a que se referem Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 12.

⁴⁵ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, cit., 155, nt. 74.

⁴⁶ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 172 e ss.

5. Atos jurídicos a título gratuito ou com uma contraprestação manifestamente inadequada

O art. 7.º ocupa-se de atos jurídicos a título gratuito ou com uma contraprestação manifestamente inadequada⁴⁷. Agora, os atos não são necessariamente praticados para *beneficiar credor ou credores*. Por outro lado, ou são atos gratuitos, ou são atos realizados «contra contraprestação manifestamente inadequada». Neste último caso, não basta que a contraprestação não seja justa: tem de ser manifestamente inadequada. Mas não são abrangidas as ofertas e doações de valor simbólico.

Os atos de que se ocupa o art. 7.º podem ser anulados ou declarados nulos quando se tornem definitivos um ano antes da apresentação do pedido de abertura do processo de insolvência ou após a apresentação desse pedido. O art. 7.º da Proposta é claro quanto a um aspeto: só abrange atos do devedor, nele não cabendo atos de terceiros ou de credores.

Sucedem, porém, que os atos gratuitos já estão previstos no art. 121.º, 1, a), do CIRE. E estão-no com um regime bem mais severo: o prazo é de dois anos, e não apenas de um ano como o da Proposta.

Quanto aos atos contra uma contraprestação manifestamente inadequada, muitos ainda caberão noutras hipóteses do art. 121.º do CIRE. Os demais terão de contar com norma especial porque o art. 120.º do CIRE exige má-fé do terceiro, algo que não surge dito no art. 7.º da Proposta.

Poderá ser também necessária uma adaptação do art. 121.º, 1, h), do CIRE à redação do art. 7.º da Proposta. O preceito do CIRE refere-se a atos a título oneroso em que as obrigações assumidas pelo insolvente excedem manifestamente as da contraparte, mas o preceito da Proposta tem em vista atos jurídicos do devedor contra uma contraprestação manifestamente inadequada

6. Atos jurídicos intencionalmente prejudiciais para os credores

O art. 8.º da Proposta ocupa-se dos atos jurídicos «através dos quais o devedor tenha intencionalmente causado um prejuízo ao conjunto dos credores». São, mais uma vez, apenas atos do *devedor*.

Para os atos poderem ser anulados ou declarados nulos ao abrigo do art. 8.º é necessário, antes de mais, que a outra parte conheça, ou deva conhecer, a «intenção do devedor de causar um prejuízo ao conjunto dos credores».

Além disso, é preciso que o ato se tenha tornado definitivo nos quatro anos anteriores à apresentação do pedido de abertura do processo de insolvência ou após a apresentação desse pedido.

⁴⁷ «Artigo 7.º Atos jurídicos a título gratuito ou contra uma contraprestação manifestamente inadequada
1. Os Estados-Membros devem assegurar que os atos jurídicos do devedor realizados a título gratuito ou contra uma contraprestação manifestamente inadequada podem ser anulados ou declarados nulos se se tornarem atos jurídicos definitivos um ano antes da apresentação do pedido de abertura do processo de insolvência ou após a apresentação desse pedido. 2. O n.º 1 não é aplicável às ofertas e às doações de valor simbólico. 3. Se várias pessoas tiverem apresentado um pedido de abertura do processo de insolvência contra o mesmo devedor, o momento em que o primeiro pedido admissível é apresentado é considerado como constituindo o início do prazo de um ano referido no n.º 1». Criticando o carácter vago dos termos «contraprestação manifestamente inadequada», Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 207.

O período relevante para a Proposta é agora de quatro anos. Os arts. 120.º e 121.º do CIRE não vão tão longe na sua atual redação.

Além disso, para aqueles atos intencionalmente prejudiciais para os credores exige-se na Proposta a intenção do devedor de causar prejuízo ao conjunto dos credores, para além de ser necessário que a outra parte conheça ou deva conhecer essa intenção⁴⁸. Por sua vez, o CIRE exige, no art. 120.º, a má-fé do terceiro, que existirá, designadamente, quando o terceiro conhece o caráter prejudicial do ato e a situação de insolvência iminente, mas não exige a prova da intenção do devedor⁴⁹.

Na Proposta, presume-se o conhecimento se a outra parte tem relação estreita com o devedor. Também aqui será necessário rever o CIRE tendo em conta o número de situações em que, de acordo com o art. 2.º, q), da Proposta, haverá relação estreita (pessoas especialmente relacionadas)⁵⁰. Quanto ao momento em que surge a relação estreita com o devedor, o regime nacional que encontramos no art. 120.º, 4, do CIRE terá de ser alterado perante o previsto no art. 3.º da Proposta⁵¹.

Na versão da Proposta, não será necessário que haja insolvência no momento da prática do ato intencionalmente prejudicial para os credores, nem se exige que haja conhecimento da situação de insolvência ou dever de conhecer essa situação.

7. Ações vs. omissões

A Proposta assume claramente que tanto as ações como as omissões poderão ser objeto de impugnação (p. 14). Trata-se de um ponto que tem sido debatido entre nós após as alterações

⁴⁸ Para uma crítica, considerando que poderão surgir diferentes leituras dos requisitos nos diversos Estados-Membros, Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 208.

⁴⁹ Também aqui se irá discutir se o dever de conhecer se basta com a negligência.

⁵⁰ «Parte que tem uma relação estreita com o devedor», as pessoas, incluindo as pessoas coletivas, com acesso preferencial a informações não públicas sobre os negócios do devedor. Se o devedor for uma pessoa singular, as partes que têm uma relação estreita com o mesmo incluem, em especial: i) o cônjuge ou o parceiro do devedor, ii) os ascendentes, descendentes e irmãos do devedor ou do cônjuge ou do parceiro e os cônjuges ou os parceiros dessas pessoas, iii) as pessoas que coabitam com o devedor, iv) as pessoas que trabalham para o devedor por força de um contrato de trabalho com acesso a informações não públicas sobre os negócios do devedor ou que de outro modo executam tarefas através das quais têm acesso a informações não públicas sobre os negócios do devedor, incluindo os consultores, os contabilistas ou os notários, v) as entidades jurídicas em que o devedor ou uma das pessoas referidas nas subalíneas i) a iv) do presente parágrafo sejam membros dos órgãos de administração, direção ou supervisão ou exerçam funções para as quais têm acesso a informações não públicas sobre os negócios do devedor. Se o devedor for uma pessoa coletiva, as partes que têm uma relação estreita com o mesmo incluem, em especial: i) qualquer membro dos órgãos de administração, direção ou supervisão do devedor, ii) os detentores de participações de controlo no devedor, iii) as pessoas que exercem funções semelhantes às exercidas pelas pessoas referidas na subalínea i), iv) as pessoas que têm uma relação estreita, nos termos do segundo parágrafo, com as pessoas referidas nas subalíneas i), ii) e iii), do presente parágrafo».

⁵¹ «O momento para determinar se uma parte tem uma relação estreita com o devedor é: a) Para efeitos do título II, o dia em que o ato jurídico objeto de uma ação de impugnação pauliana se tornou definitivo ou três meses antes da perfeição do ato jurídico; b) Para efeitos do título IV, o dia em que tem início a fase de preparação ou três meses antes do início da fase de preparação».

introduzidas no CIRE com a L 16/2012, que eliminou a referência aos atos omitidos no art. 120.º, 1⁵². No entanto, a referência mantém-se no art. 120.º, 3 e 4, bem como no art. 126.º, 1.

Como se lê no Considerando (6), está em causa a passividade para deixar um crédito prescrever, a omissão de impugnação de sentença desfavorável ou de outras decisões de tribunais ou autoridades públicas, a omissão de registo de um direito de propriedade intelectual. Parece ser de exigir uma omissão intencional⁵³ que seja prejudicial para o conjunto dos credores.

8. Consequências das ações de impugnação pauliana

8.1. Consequências gerais

Os arts. 9.º a 12.º da Proposta ocupam-se das consequências ou efeitos da impugnação pauliana. Disso trata o art. 126.º do CIRE. Mas as diferenças relativamente à Proposta são grandes.

O art. 126.º, 1, do CIRE começa por estabelecer que a resolução tem efeitos retroativos, devendo reconstituir-se a situação que existiria se o ato não tivesse sido praticado ou omitido.

O art. 9.º, 2, da Proposta usa antes a expressão «compensar integralmente a massa insolvente em causa pelo prejuízo causado aos credores por esse ato jurídico». Como escrevem Bork e Veder a propósito dos termos «claim for compensation», trata-se de «removing the disadvantage for the estate caused by the voidable transaction to the benefit of the creditors»⁵⁴.

O problema é maior quanto à situação da contraparte. A Proposta sujeita o renascimento do crédito da contraparte à compensação que seja efetuada. Isso resulta da comparação entre o art. 9.º, 1, e o art. 10.º, 1, da Proposta.

Por outro lado, no que diz respeito à contraprestação que a contraparte realizou a favor do devedor, a Proposta tem um regime mais rigoroso do que o do CIRE. A Proposta distingue duas situações possíveis:

a) Na primeira, a contraprestação foi efetuada ao mesmo tempo ou depois da prestação do devedor e ainda está disponível na massa ou o valor ainda enriquece a massa – a contraprestação realizada pela contraparte a favor do devedor deve ser restituída ou o seu valor pago a partir da massa (art. 10.º, 2, primeiro parágrafo);

b) Na segunda, a contraprestação foi realizada antes da prestação do insolvente (o que significa que a contraparte aceitou correr o risco da insolvência do devedor), ou a contraprestação ou seu

⁵² Sobre o problema, Alexandre de Soveral MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, vol. I, 304. Mais recentemente, no sentido de que «deixou de ser possível a resolução de omissões», Luís Menezes LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 11.ª ed., Coimbra: Almedina, 2023, 229; a favor da possibilidade de resolução das omissões, Marco Carvalho GONÇALVES, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais*, 398 e ss.

⁵³ Vide Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 154 («wilfully»).

⁵⁴ O art. 9.º, 4, da Proposta pretende obrigar os Estados-Membros a «assegurar a possibilidade de ceder a um credor ou a um terceiro o direito a reclamar a compensação integral [...]». Trata-se, obviamente, de uma solução interessante para a massa insolvente, pois poderá permitir realizar mais rapidamente valor para satisfazer os credores. Sobretudo quando se pretenda resolver um pagamento efetuado e se pretenda obter a restituição do dinheiro pago.

valor já não enriquece a massa – quando assim seja, o credor que efetuou a contraprestação pode invocá-lo para efeitos de compensação, considerando-se que o seu crédito foi constituído antes da abertura do processo (v. o art. 10.º, 2, segundo parágrafo)⁵⁵.

Como o regime nacional previsto no art. 126.º, 5 e 6, do CIRE parece ser mais favorável à contraparte, dificulta a resolução em benefício da massa insolvente perante o que resulta da Proposta e não poderia ser mantido como está. Aquele regime do CIRE também não distingue consoante o momento em que contraprestação foi realizada.

O art. 9.º, 3, tem uma redação que suscita muitas dúvidas. Lê-se ali que os «Estados-Membros devem assegurar que o prazo de prescrição para todos os créditos resultantes do ato jurídico suscetível de ser anulado ou declarado nulo contra a outra parte é de três anos a contar da data da abertura do processo de insolvência». Esse prazo parece dizer também respeito à possibilidade de pedir a resolução. Na versão em língua inglesa usa-se o termo «claims», o que parece abranger também a *claim na avoidance action*.

O preceito diz respeito a um ato suscetível de ser anulado ou declarado nulo: abrangerá igualmente as *claims* que resultem do ato contra a outra parte antes de ser anulado ou declarado nulo.

O art. 11.º da Proposta ocupa-se da responsabilidade de terceiros. O n.º 1 tem em vista os terceiros que são herdeiros ou outros sucessores universais da parte que beneficiou do ato jurídico declarado nulo: a esses serão oponíveis os direitos que resultam do art. 9.º (parecem ficar de fora os casos de anulação...). É também o que resulta do art. 124.º, 1, do CIRE.

Quanto aos sucessores individuais da outra parte no ato jurídico anulado ou declarado nulo (agora, a anulação também está prevista), a oponibilidade dos direitos conferidos pelo art. 9.º depende da verificação de uma de duas condições: «a) O sucessor adquiriu o ativo a título gratuito ou mediante uma contraprestação manifestamente inadequada; b) O sucessor conhecia, ou devia conhecer, as circunstâncias em que se baseia a ação de impugnação pauliana». Excetuando o caso dos atos gratuitos, parece haver necessidade de alterar o art. 124.º do CIRE neste ponto.

Digno de nota é ainda o último parágrafo do art. 11.º, 2, pois pretende estabelecer a presunção de que o sucessor individual «conhecia, ou deveria conhecer, as circunstâncias em que se baseia a ação de impugnação pauliana» se aquele tiver relação estreita com a parte que beneficiou do ato jurídico declarado nulo. Trata-se de uma solução interessante porque diz respeito a uma relação estreita com quem não é o insolvente, mas o beneficiário do ato jurídico declarado nulo⁵⁶.

⁵⁵ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 267. Como decorre do art. 47.º, 1, do CIRE, são credores da insolvência os que sejam «titulares de créditos de natureza patrimonial sobre o insolvente, ou garantidos por bens integrantes da massa insolvente, cujo fundamento seja anterior a essa declaração».

⁵⁶ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 273.

9. As microempresas

O art. 47.º da Proposta contém algumas especialidades quanto aos processos simplificados de liquidação pensados para as microempresas (arts. 38.º e ss.). No que às ações de «impugnação pauliana» diz respeito, chama a atenção o facto de as mesmas não serem consideradas obrigatórias. O art. 47.º, a), da Proposta dispõe que a «prossecação e a execução de ações de impugnação pauliana não são obrigatórias, mas sim deixadas ao critério dos credores ou, se for caso disso, do administrador da insolvência»⁵⁷. Isto não parece significar que, nos demais casos, as ações de «impugnação pauliana» tenham de ser consideradas obrigatórias: significa, isso sim, que nos processos simplificados de liquidação relativos a microempresas não devem ser consideradas obrigatórias. De qualquer modo, o art. 123.º, 1, do CIRE não prevê que sejam os credores a ter a iniciativa de avançar com a resolução (sem prejuízo do que se dirá adiante quanto ao regime dos atos de especial relevo).

Os arts. 120.º e ss. do CIRE não indicam claramente um dever de resolver atos em benefício da massa insolvente. O art. 120.º, 1, estabelece que «podem ser resolvidos» os atos ali previstos e o art. 121.º, 1, menciona atos «resolúveis». Também o art. 123.º, 1, dispõe que o administrador da insolvência «pode» resolver atos.

É certo que, perante um ato resolúvel, poderá entender-se que existe um dever do administrador da insolvência de resolver o ato: no fim de contas, trata-se de resolução em benefício da massa insolvente. Se a massa insolvente é beneficiada com essa resolução, os credores em geral são também beneficiados. A resolução em benefício da massa insolvente pode dizer respeito a pagamentos efetuados que se pretende ver restituídos, a atos de alienação de bens que, uma vez resolvidos, permitirão o reingresso na massa de ativos que poderão ser alienados, etc. Ainda se poderá dizer que se trata de preparar o pagamento das dívidas do insolvente e que deverá procurar obter para a massa insolvente quantias em dinheiro que permitam efetuar esses pagamentos.

De qualquer modo, o administrador da insolvência não pode deixar de ponderar os efeitos da resolução. Nomeadamente, quanto à restituição do eventual objeto prestado pelo terceiro ou à obrigação de restituir o valor correspondente (art. 126.º, 4 e 5, do CIRE)⁵⁸. Acresce que a resolução em benefício da massa insolvente pode, em certos casos, ser considerada ato de especial relevo e, conseqüentemente, sujeita ao disposto no art. 161.º do CIRE. Os efeitos da resolução podem levar a essa conclusão. O mesmo se pode dizer para os casos em que foi ou se pretende que seja apresentado um plano de recuperação. Com efeito, a resolução de certos atos pode tornar insustentável a relação com determinado credor cuja colaboração no futuro seria indispensável

⁵⁷ Caso, porém, os credores decidam que não devem ser intentadas ações de impugnação pauliana, o art. 47.º, b), da Proposta acrescenta que isso «não afeta a responsabilidade do devedor nos termos do direito civil ou penal, caso se verifique posteriormente que as informações comunicadas pelo devedor sobre ativos ou passivos foram ocultadas ou falsificadas».

⁵⁸ Nessa ponderação deve ser tido em conta que são subordinados os créditos sobre a insolvência que, como consequência da resolução em benefício da massa insolvente, resultem para o terceiro de má-fé (art. 48.º, e), do CIRE).

para a recuperação do devedor. E o art. 161.º, 2, do CIRE obriga a ter em conta, designadamente, a «susceptibilidade de recuperação da empresa».

Interessante também é o caminho seguido no art. 47.º, c), da Proposta: «caso a tramitação da impugnação pauliana no âmbito de um processo simplificado de liquidação não seja possível devido à importância dos créditos objeto de um processo de impugnação pauliana em relação ao valor da massa insolvente e devido à duração prevista do processo de impugnação pauliana», é conferido à autoridade competente o poder de «converter os processos simplificados de liquidação em processos normais de insolvência». O destino do processo simplificado de liquidação de microempresas fica assim, em certa medida, subordinado à tramitação da ação de «impugnação pauliana».

10. Para terminar

Procurámos guiar o leitor através das disposições da Proposta que se ocupam da «impugnação pauliana», embora resumindo a nossa análise aos aspetos que nos pareceram mais relevantes pelas consequências que podem ter para o direito nacional ou pelas dificuldades interpretativas a que podem dar origem em resultado da utilização de termos com que o jurista habituado a lidar com o CIRE pode não estar familiarizado. Como vimos, compreende-se a vontade de aproximar as legislações dos Estados-Membros quanto aos regimes de «impugnação pauliana» tendo em conta, desde logo, o art. 16.º do Regulamento 2015/848. Algumas disposições da Proposta poderão obrigar a introduzir alterações profundas no CIRE. Pense-se, por exemplo, no relevo dado ao momento em que os atos jurídicos se tornam definitivos (art 4.º), no período suspeito⁵⁹ de quatro anos previsto para os atos jurídicos intencionalmente prejudiciais para os credores (art. 8.º) e nas disposições sobre as relações estreitas (art. 2.º, q)). A atenção dada na Proposta às omissões e aos atos de terceiros também tornarão necessário esclarecer de uma vez por todas as dúvidas que o regime português tem suscitado. Mais complexo ainda parece ser o teor da Proposta quanto às consequências da «impugnação» (arts. 9.º a 12.).

O facto, porém, de se tratar de uma Proposta que pretende dar origem a uma Diretiva de harmonização mínima permite fazer pensar que muitas alterações quanto aos fundamentos de «impugnação pauliana» acabarão por não ser tão profundas como se poderia pensar à primeira vista. Nomeadamente, se compararmos com cuidado a redação do art. 121.º do CIRE com o teor da Proposta.

A Proposta parece também revelar pouca sensibilidade relativamente às diferenças existentes entre os regimes dos Estados-Membros. Muito provavelmente, isso terá ficado a dever-se à influência que o estudo referido de Bork e Veder terá conseguido junto da Comissão Europeia. Já foi escrito

⁵⁹ Os termos são geralmente usados para designar o período durante o qual o ato deverá ter sido praticado para poder ser objeto de «impugnação pauliana»: vide, p. ex., Gerard McCORMACK / Andrew KEAY / Sarah BROWN, *European Insolvency Law: Reform and Harmonisation*, 136.

que a «principle-based approach» adotada pelos mencionados autores não tem em conta aquelas especificidades⁶⁰.

De qualquer forma, a Proposta pode servir para desencadear uma reflexão profunda sobre o regime da resolução em benefício da massa insolvente previsto no CIRE. Por exemplo, quanto à má-fé exigida no art. 120.º, à lista de pessoas especialmente relacionadas, à inexistência de prazos mais longos para os atos celebrados com estas últimas⁶¹ ou à lista de atos que podem ser objeto de resolução incondicional e aos seus requisitos. Se assim for, já valeu a pena.

Referências

- BORK, Reinhard, «Kap. 1: Grundgedanke, Geschichte, Bedeutung», in Reinhard BORK (Her.), *Handbuch des Insolvenzanfechtungsrecht*, Köln: RWS, 2006, 1-20.
- / VEDER, Michael, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, Cambridge: Intesentia, 2022.
- / Catarina, SERRA, «Esquemas de transferência de valor», DSR, 23/12 (2020) 13-38.
- CASASOLA, Oriana, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, Cheltenham/Northampton: Elgar, 2023.
- CORDEIRO, António Menezes, «Insolvência: da resolução da fiança e do aval em benefício da massa; o interesse em agir», ROA, 1/50 (abr. 1990) 159-180.
- CORNO, Giorgio, *Prime riflessioni sulla proposta della Commissione europea di armonizzazione di alcuni profili della disciplina delle azioni revocatorie nelle procedure di insolvenza e sul possibile impatto sulla normativa italiana*, [Consult. 28 Dez. 2023]. Disponível em: <https://www.dirittodellacrisi.it/articolo/prime-riflessioni-sulla-proposta-della-commissione-europea-di-armonizzazione-di-alcuni-profili-della-disciplina-delle-azioni-revocatorie-nelle-procedure-di-insolvenza-e-sul-possibile-impatto-sulla-normativa-italiana>.
- DE WEIJS, Roelf Jakob, «Towards an Objective European Rule on Transaction Avoidance in Insolvencies», *International Insolvency Review*, 20 (2011), 219-244.
- FERNANDES, Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 3.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora 2001.
- GONÇALVES, Marco Carvalho, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais*, Coimbra: Almedina, 2023.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald / SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019.
- HUELMO REGUEIRO, Josefina, *La acción rescisoria concursal*, Barcelona: Bosch, 2016.
- KEAY, Andrew, «The Harmonisation of the Avoidance Rules in European Union Insolvency» *International and Comparative Law Quarterly*, 66/1 (2017) 79-105.
- LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da Insolvência*, 11.ª ed., Coimbra: Almedina, 2023.
- MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso de Direito da Insolvência*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022.
- MCCORMACK, Gerard / KEAY, Andrew / BROWN, Sarah, *European Insolvency Law: Reform and Harmonisation*, Cheltenham/Northampton: Elgar, 2017.
- MORAIS, Gravato, *Resolução em Benefício da Massa Insolvente*, Coimbra: Almedina, 2008.

⁶⁰ Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 212.

⁶¹ Lembrando que «a longer suspect period is usually provided for where there is a connected party involved in a transaction», pois tem muitas vezes a possibilidade de provocar o adiamento da decisão de pedir a declaração de insolvência, Gerard MCCORMACK / Andrew KEAY / Sarah BROWN, *European Insolvency Law: Reform and Harmonisation*, 137 e ss.

- MUCCIARELLI, FEDERICO, «Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EU and Its Political Dimension», *European Business Organisation Law Review*, 14/2 (2013) 175-200.
- PARRY, REBECCA, «Introduction», in Hamish ANDERSON / William TROWER, eds., *Transaction Avoidance in Insolvencies*, 3.^a ed., New York: Oxford Academic, 2018, 3-6.
- «The Rationale of the Transaction Avoidance Provisions of the Insolvency Act 1986», in Hamish ANDERSON / William TROWER, eds., *Transaction Avoidance in Insolvencies*, 3.^a ed., New York: Oxford Academic, 2018, 7-24.
- PINTO, CARLOS MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed. (por António Pinto MONTEIRO e Paulo Mota PINTO), Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- SERRA, CATARINA, *Lições de direito da insolvência*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2021.
- SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, «Resolução em benefício da massa insolvente por contrato celebrado com pessoa especialmente relacionada com o devedor – Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 15/2014, de 13.11.2014, Proc. 1936/10», CDP, 50, 2015, 46-62.

A hazy Passage between Scylla and Charibdys: Liability under the Proposal for an Insolvency Directive

(<https://doi.org/10.47907/diretivasobredireitodainsolvencia/04>)

Alessio Bartolacelli¹

Aldo Laudonio²

RESUMO: Neste capítulo são examinados dois artigos da Proposta de Diretiva Europeia sobre a harmonização de certos aspetos do direito da insolvência, nomeadamente os artt. 36 e 37, que introduzem o dever dos administradores de uma entidade legal de iniciar tempestivamente um processo de insolvência e a correlacionada responsabilidade civil para o caso de incumprimento deste dever. Serão enfrentadas várias dificuldades interpretativas derivantes do significado incerto das normas contidas nestas disposições que dificultam grandemente a compreensão do âmbito aplicativo e a possível implementação destas regras a nível nacional. Conclui-se no sentido que estes artigos não irão alcançar sequer os objetivos de harmonização mínima da Proposta devido à própria incerteza e que ainda precisarão de uma considerável clarificação para contribuir eficazmente ao desenvolvimento do emergente direito da insolvência Europeu.

PALAVRAS-CHAVE: Deveres dos administradores; Processos de insolvência; Responsabilidade.

ABSTRACT: In this chapter, we are going to focus on several interpretative difficulties stemming from the nebulous meaning of Articles 36 and 37 of the Draft Directive harmonising certain aspects of insolvency law (COM(2022) 702 final – hereinafter: the “Proposal” or the “Proposed Directive”) which deal with the duty of the directors of a legal entity to file for an insolvency proceeding in a timely manner and the related civil liability for the breach of this duty. Our opinion is that these rules will fall short of even the minimum harmonisation goals of the Proposal because of their vagueness and the fact that they still need a great deal of clarification before they can contribute effectively to the development of the emerging European bankruptcy law.

KEYWORDS: Directors’ duties; Insolvency proceedings; Liability.

¹ Professore associato dell’Università degli studi di Modena e Reggio Emilia, Italy.

² Professore associato dell’Università degli studi “Magna Græcia” di Catanzaro, Italy.

Both authors conceived this chapter in close cooperation, but sections 1-3 were written by Alessio Bartolacelli, while sections 4 and 6 were written by Aldo Laudonio. Sections 5 and 7 were co-written by both authors.

In this chapter, we are going to consider a few aspects of the Draft Directive that sets out to harmonise certain aspects of insolvency law (COM(2022) 702 final – hereinafter: the “Proposal” or the “Proposed Directive”) by focusing in particular on several interpretative difficulties stemming from the uncertain meaning of Articles 36 and 37, which deal with the directors’ duty to file for insolvency proceedings in a timely manner and the related liability in the case they do not comply.

1. Just a preliminary note: the purpose of the legislative intervention, the European competence in the issue, and the relationship between the Proposal and European Company Law

While looking at the subject we are going to present, it is our belief that we must pay due attention to the very purpose of the proposed legislation. As has been explicitly stated in the preliminary documents – in particular the Impact Assessment Report – and in the text of the Proposal itself, the legal basis for adopting such an act is Art. 114 TFUE, which aims to approximate the legislations of Member States with a view to the “establishment and functioning of the internal market”. This means that the Proposed Directive should offer a minimum of harmonisation, allowing the Member States which have implemented a more demanding or stricter legal framework on the same issues to maintain them; of course, this is naturally true also with respect to the directors’ duty to “submit request for the opening of insolvency proceedings with the court no later than 3 months after the directors become aware or can reasonably be expected to have been aware that the legal entity is insolvent” (Art. 36).

This implies a series of preliminary questions on how the concept of “stricter” should be interpreted. For instance, it can definitely be related to the possibility that a Member State decides to shorten the deadline for the opening of the insolvency procedure, requiring the directors to file the request within 60 days of their awareness of the company’s insolvency. This is surely justified by the wording of Art. 36, which only sets the maximum deadline of three months, with no reference to a minimum.

While this possibility seems admissible without great difficulty, it would be complicated to delve more deeply within possible modulations or specifications of the directors’ duties. According to the European prospective rule, it is clear that they have to submit the request for the opening of the insolvency procedure; this should not hinder the Member States from imposing on them also additional duties of a different nature (such as the duty to prevent the crisis and avoid it by entering “voluntary” restructuring procedures), provided that *de facto* these additional duties do not thwart the directors from requesting the opening of the insolvency procedure. And, again, would a Member State’s regulation which vests the standing to enter an insolvency procedure not only in the directors, but also in shareholders be compatible with the Proposal?

Furthermore, there are also strictly interpretative issues that might be dealt with in a different way from State to State: how are the directors deemed to be legally aware of the insolvency of the entity they manage? Is there a harmonised concept of an “insolvency proceeding”? and so on.

From these basic and preliminary observations, it is rather clear that even the minimum harmonisation goals of the Proposed Directive can be greatly endangered and frustrated by the vagueness of its undefined assumptions and also by the different interpretations that are likely to be given in the Member States, based upon the distinct legal traditions established in each country. And this might happen in an even more serious way if the substantive freedom left in these issues to the Member States turns out to become, at the end of the day, a race to the bottom, generating undesired discrepancies and hindrances to the rights of the creditors.

From a completely different perspective, but again at a preliminary stage, the question arises as to whether it is entirely sound that the European Union has a specific competence over the subject the Proposal deals with, and especially from the point of view of the articles we are considering.

If we agree with the general remark that the intervention of the European Union in the field of economy should aim to promote the single internal market and its development, and that this occurs in particular when the issues tackled have a cross-border character, we must immediately point out that in the Proposed Directive cross-border matters are barely detectable, in sharp contrast to Reg. (EU) 2015/848 (Insolvency Regulation). This conclusion is strongly supported by the Opinion of the Economic and Social Committee, where it is clearly stated that “the amount of insolvencies with a cross-border provision of credit does not exceed 20% of all cases and that data for the G20 countries show that an effective legal rights system only increases the level of Foreign Direct Investment (FDI) from 2 to 3% of GDP. Furthermore, a significant portion of FDI is due to corporate mergers and acquisitions of existing corporations rather than investment in new enterprises”.

The Proposal is allegedly based on Art. 114 TFEU and the explanatory memorandum clearly states that Art. 81 TFEU, specifically focused on cross-border implications, was not suitable precisely because this piece of forthcoming legislation is not intended to regulate only cross-border insolvencies. The idea is, however, that disharmonies in the insolvency proceedings are likely to create barriers to the free movement of capital and well-functioning of the internal market. This brings us back again to the issue we have just mentioned: the lack of a stricter definition of the basic terms and instruments available during an insolvency proceeding makes the Proposal – in its current form – inadequate to reach the goals it should achieve.

Finally, if we scrutinize Articles 36 and 37 of the Proposed Directive more closely, it is clear that they relate to directors’ tasks and duties and to more general issues of corporate governance, with a specific reference to the direction of the company during a situation of insolvency. The European Union traditionally has been having great difficulties in dealing with these aspects: it might suffice to think about the failure of the Fifth Draft Directive on Corporate Governance, proposed in 1972 and withdrawn in 2001, and about the fact that European legislation only tackles corporate governance issues in a limited number of documents, and generally only for larger enterprises.

In addition, it is worth mentioning the fact that the relationship between European Company Law and European Insolvency Law is rather peculiar, and even more so when compared to the analogous situation in the USA. In the United States, in fact, it is well known that each State has

its competence in the matters dealing with general company law, and that this situation has triggered a regulatory competition among the legislations of the States, which has resulted in Delaware emerging as a sort of a champion, at least when specific business sectors are at stake. Conversely, Insolvency Law – as well as Capital Markets Law – belongs expressly to the Federal level (Art. 1, sec. 8, clause 4, US Constitution), and therefore it is subject to a uniform law throughout the whole nation.

In the European Union the state-of-the-art is rather different, even if with some peculiarities. Indeed, we cannot say that there is uniform Company Law in the European Union, while there is a single Bankruptcy Code in the US. Nevertheless, it is widely known that European Company Law is mostly harmonized, at least when it comes to larger companies, while not only is Insolvency Law left to the regulation of each Member State, but even a unified notion of insolvency is lacking in the EU: again, this supports the conjecture that insolvency is highly prone to the possibility of competition – and not necessarily virtuous competition – among domestic legislations.

If we combine these two observations, the picture that we may infer is that the European lawmaker seems interested in indirectly promoting the adoption of some specific elements of corporate governance by means of insolvency law. Namely, the Proposal includes the already mentioned duty for the directors – and for the directors only, excluding any other corporate body – to submit the request for the opening of the insolvency proceeding. This means that a specific duty for the directors – which is of course a corporate governance issue – would be introduced by means of an insolvency law-related directive; and this would be applicable to any company ... and even to business organizations other than companies, as we are going to highlight in a moment, since the Proposed Directive broadly speaks of “legal entities”, and therefore not just companies (public and private), but also partnerships, cooperatives, and so on.

2. The legal entity

Should the Proposal be approved, Art. 36 is very clear in stating that it would be the duty of each Member State to ensure that the directors of legal entities which have become insolvent are obliged to submit a request for the opening of insolvency proceedings. The first issue we encounter is that it is not clear what the wording “director of a legal entity” actually means, and in particular what is meant by “legal entity”.

Actually, the notion is anything but clear in its definition, and depends very much on the jurisdiction of reference. We believe that the overall language of Art. 36 is meant to rule out natural persons from the scope of the Proposed Directive, since not only does it comprise “legal entities” (and this concept, obviously may have different meanings in every jurisdiction), but mainly because this notion is tied to the action of one (or more) director(s): this persuades us to think of an organization established by the law which operates through one (or more) physical person(s) who compose a representative body.

So, even if, for instance, section 69.3 of the Austrian Insolvency Code dictates that natural persons are also subject to insolvency proceedings (without specifying that they must be an

entrepreneur), the fact that Art. 36 of the Proposal mentions directors should be sufficient to exclude natural persons from the entities considered by the Proposed Directive. In such a scenario, natural persons will be subject to insolvency proceedings, but the provisions set by the Proposal, if approved, would not be applicable to them, unless the national lawmakers freely decide to make them so, thus locally expanding the positive scope of the European rule.

Broadly considering legal organizations, we should distinguish between those fully devoted to business activities, and those that may perform a wider array of activities, with business as just one of them. Business entities are certainly covered by the Proposal, as bankruptcy (and, of course, insolvency, its prerequisite) is a remedy primarily linked to the entrepreneurial ecosystem: that stated, we deem that partnerships and companies are clearly included in the concept of legal entity used in the Proposed Directive. For entities not exclusively devoted to business activities, conversely, once again everything depends on the relevant national law in force: whether this piece of legislation will be applicable, for instance, to associations, foundations, consortia, *agrupamentos complementares de empresas*, *groupements d'intérêt économique* and other similar organizations and, from a European standpoint, to European Economic Interest Groupings, is an issue for national lawmakers and the courts. Once again, we encounter a feature of absolute relevance, as the definition of the entities subject to the Directive-to-be seems to lie dangerously outside the scope of harmonisation.

In any case, another rule set out in the Proposal should always be kept in mind: Art. 56 lays down that when the entity is a sole entrepreneur or a microenterprise and enters a simplified winding-up proceeding, the entrepreneur, the founders, the owners and the members of such an enterprise “who are personally liable for the debts of the microenterprise are fully discharged from their debts in accordance with Title III of Directive (EU) 2019/1023”. Naturally, this safe harbour gives great relief to the members of the entity even when the entity form itself would not protect these individuals’ personal patrimonies. However, looking at the situation through the creditors’ eyes, they would most probably not be satisfied with the personal patrimony of the micro-entity’s members in any case. Therefore, practically speaking, the inclusion or the exclusion of these entities among those covered by the Proposal does not seem to be overdramatized, as non-micro entities are often (reasonably) incorporated as companies. Of course, for the remaining cases of non-micro entities, not established as companies or partnerships, once again we can find room for regulatory competition or divergence which frustrates harmonisation.

3. The concept of insolvency

Both Articles 36 and 37 refer several times to the case of a legal entity being insolvent, and the directors’ duty to submit a request for the opening of insolvency proceedings; once again, however, we face a problem of definition, as Art. 2 of the Proposal does not specifically define what insolvency is. This has also been criticized by the Economic and Social Committee in its Opinion: “The proposal falls short of providing a harmonised definition of insolvency grounds and the ranking of claims, both of which are key to achieving greater efficiency and limiting the

existing fragmentation in national insolvency rules”. Basically, the Proposed Directive has left this task to each Member State. This is evident in Art. 23 where it grants every EU legislator the possibility to define a situation of insolvency or likelihood of insolvency during the preparation phase of a pre-pack proceeding, in which a debtor can benefit from a stay of individual enforcement actions. This is similar to what has already happened with the “Insolvency 2 Directive” (dir. (EU) 2019/1023 on preventive restructuring frameworks), which explicitly stated that the concepts “insolvency” and “likelihood of insolvency” should be understood as defined by national laws (Art. 2, par. 2, dir. (EU) 2019/1023).

Actually, the Proposal supplies a partial definition of insolvency only in Art. 38 while dealing with the rules concerning winding-up microenterprises. Pursuant to such a notion, the (micro)enterprise is deemed insolvent “when it is generally unable to pay its debts as they mature”. Clearly, it is a very broad definition, further extended by the adverb “generally” which adds to the lack of clarity. The decisive element, however, is not just the ambiguity of the definition *per se*, but the fact that its scope is explicitly limited (by Art. 38 itself) to “the purposes of simplified winding-up proceedings” applicable to microenterprises, and therefore it has no general applicability.

In addition, the definition in Art. 38 only describes some symptoms of one of the many possible variations of the notion of “insolvency” that can be found in the Member States’ domestic legislations. Furthermore, the interpretation of this term varies broadly from one court to another even if the phrasing of the national definition of insolvency corresponds to that of another Member State: inability to pay debts when due, likely inability to pay debts, inability to regularly satisfy one’s obligations...).

While some States define insolvency as a cessation of payments – along with the idea behind the notion present in Art. 38 – and therefore base their definition on a notion of illiquidity (or imminent illiquidity) which considers the entity’s cash flow, other Member States adopt a definition grounded on the performance of a balance sheet test, and therefore linked to the indebtedness of the entity. But this is not the whole picture, since other domestic Bankruptcy Laws combine these two factors. In this respect, we can easily affirm that the most relevant definition for the entire subject discussed here – i.e.: “insolvency” – is ambiguous throughout the European Union, and this becomes all the more uncertain if we take into consideration the extent of the powers that insolvency courts are given under every jurisdiction which naturally vary from country to country. This is another extremely significant factor, as the Impact Assessment Report of the Proposal also correctly points out.

In any case, and this is the most relevant general contribution offered by Art. 38 and its definition, we can argue that the inability to pay mature debts by the (micro)entity should be always held as a symptom of insolvency, irrespective of the definition adopted by the individual Member State. If such a definition is cash-flow-based, then the notion will be already coherent and thus sufficient to identify an actual insolvency. If, on the contrary, the State adopts a balance sheet/ /indebtedness-based approach, then the inability to pay could be considered as an indicator that has to be eventually confirmed by the economic results. This combination, then, is present when the domestic definition of insolvency relates to both cash-flow and balance-sheet tests.

Lastly, although the idea of the cessation of payments of the mature debts looks rather simple to assess theoretically speaking, it is not necessarily so in practice, and therefore the Member States must set out the conditions for such an evaluation, and these conditions must be “clear, simple and easily ascertainable” by the (micro) enterprise concerned. Of course, the same principle should work when it comes to entities that are not micro-enterprises, but once again this depends on the Member States. A positive – even if somewhat unintended – fallout of the Proposal, if approved, might therefore be that, as the Member States are called on to ensure these “clear, simple and easily ascertainable” indicators for the cessation of payments of mature debts where a microenterprise is concerned, they will most probably also apply the same notion to larger entities. By this means they may achieve if not full harmonisation, which is not possible due to the different concepts of insolvency present from State to State, at least a (more) level playing field when it comes to the interpretation of cessation of payments.

4. ... and the related concept of an “insolvency proceeding”

At the risk of being repetitive, we have to point out another fundamental missing piece of the puzzle contained in Art. 36 of the Proposed Directive: the meaning of the expression an “insolvency proceeding”. This notion is, at best, fuzzy if not inconsistent, even within single jurisdictions, and avoiding the quest for its definition undermines any possible effort towards harmonisation.

In fact, while it could be easy for the scholar to outline a conventional umbrella definition of an insolvency proceeding as a collective enforcement procedure aimed at liquidating the estate of a debtor and distributing the proceeds to the creditors, the multifaceted and ever growing landscape of legislative realities that can be observed across the EU will immediately render impracticable – or, anyway, extremely difficult – any attempt to apply this theoretical concept to jurisdictions where there are several proceedings whose purpose is the liquidation of the estate of a debtor. It is true that these proceedings are sometimes blended with other functions to a greater or lesser extent (this is the case of Italy and France, for example), or to jurisdictions where one can find a single complex of proceedings which can fulfil all purposes (as is well known, this happens in Germany).

Leaving abstract definitions aside, it seems on the one hand that no further clues to the meaning of “insolvency proceedings” can be inferred from other pieces of EU legislation and, on the other, that a series of hints present in the Proposed Directive could probably lead to a narrower, although problematic, connotation of this expression.

At European level, the systematization of insolvency law is increasing considerably, but it is still at a very early stage and the two main pieces of legislation in this field, the (recast) Insolvency Proceedings Directive – reg. (EU) 2015/848 – and the “Insolvency 2” Directive, are not connected with each other despite the fact that the latter should be “fully compatible with, and complementary” with the first: recital no. 13 of the “Insolvency 2” Directive. In addition, they leave a huge unregulated space between them that the Proposal is supposed to fill up: Art. 1 of the Insolvency

Proceedings Directive contains an all-encompassing description of the proceedings that fall within its scope, which also includes those whose purposes are to avoid the debtor's insolvency or the cessation of the debtor's business activities through the adjustment of debt, the rescue or the reorganization of the business entity. Annex A of the Insolvency Proceedings Directive reflects this fundamental choice and thus exhibits a long list of proceedings from each EU jurisdiction that must be deemed "insolvency proceedings" (Art. 2, par. 1, no. 4). But setting aside the fact that these proceedings are so heterogeneous that it has been seriously questioned that they could belong to a single category, they are merely put together with a view to allowing their automatic cross-border acknowledgment by other Member States (which is also explicitly extended to restructuring proceedings).

Hence, the specific function and goals of the Insolvency Proceedings Directive make it impossible to lean on the definition of its positive scope or on its Annex to shed some light on Art. 36 of the Proposed Directive. This applies also to other special definitions of insolvency proceedings provided only for the purposes of the regulation or directive that employs them (such as the protection of workers – Art. 5, par. 1, Directive 2001/23/EC or Art. 2, par. 1, Directive 2008/94/EC –, the reduction of legal risks associated with the participation in settlement systems – Art. 2, par. 1, lett. j, Directive 98/26/EC – and so on...) and to sectorial provisions like those dealing with banks, insurance undertakings and other financial institutions.

Having refuted the possibility of reconstructing the notion of insolvency proceedings through a systematic analysis of EU law, we will engage in a closer examination of the Proposal to discover those clues that could suggest the adoption of a somewhat narrower concept of an insolvency proceeding, namely a concept which is surreptitiously limited to (involuntary) collective liquidation proceedings only.

First of all, it should be noted that with the "Insolvency 2" Directive the EU made its first move to "prevent job losses and the loss of know-how and skills, and [especially] maximize the total value to creditors". This quotation is taken from recital no. 2 of the Directive, but the augmentation of the returns to all types of creditors and investors is also paramount in recital no. 15. The "Insolvency 2" Directive supports the view that preventive solutions – and particularly early restructurings – (should) ensure a higher recovery rate for creditors in comparison to what they would receive after a (usually piecemeal) liquidation of the debtor's estate. Time is of the essence too, since it is acknowledged in the remarks on the consistency with existing policy provisions of the Proposed Directive that "there is a much greater chance of saving ailing businesses when tools for restructuring their debts are accessible to them at a very early stage, before they become definitively insolvent".

This line of thought has implicitly come to consider liquidation proceedings a wasteful solution to insolvency-related problems and this becomes clear when their expected results are systematically used as a term of comparison to establish whether a better outcome could be offered to creditors through (voluntary) restructuring proceedings. So, instead of making collective liquidation procedures more efficient, the EU legislator has subtly considered them to be a part of the problem and then turned its attention to a strenuous attempt to prevent them.

This option was coherently upheld in the Proposal, in which one can read the following remarks: “Preventive restructuring procedures (Title II of Directive (EU) 2019/1023) are schemes which are available for debtors in financial distress *before they become insolvent*” and “they do not address the situation where a business becomes insolvent and has to undergo insolvency proceedings”.

Besides this, the Proposed Directive does not deal only with the regulation of certain aspects of the liquidation proceedings, but also – once again – with their avoidance by means of pre-pack proceedings which predetermine the results of a subsequent collective liquidation assuming that “more value can be recovered in liquidation by selling the business (or part thereof) as a going concern rather than by piecemeal liquidation” (recital no. 22). This assumption can be easily proven wrong since many jurisdictions already impose that the insolvent debtor business should be preferably transferred as a whole, rather than on a piecemeal basis. Nor do pre-packs necessarily provide for a universal sale of the business of the debtor since it is explicitly admitted that only “a part thereof” can be the object of such proceedings. It is unfortunate then that there is no general guidance or limitation on the possible partitions of the debtor’s business that can be realized via a pre-pack procedure: they only have to pass the best-interest-of-creditors test (Articles 2, par. 1, lett. h, and 22, par. 2, lett. d, of the Proposal), which seems quite easy to satisfy, because the term of comparison is the estimated level of satisfaction of a creditor if the normal ranking of liquidation priorities were applied in the event of a piecemeal liquidation. There is also a risk that pre-pack proceedings may be misused since they can be started in a situation of mere likelihood of insolvency as a manoeuvre to force the creditors to accept a lower level of recovery, that nevertheless is “certified” to be higher than the hypothetical recovery expectation from a liquidation.

The same skepticism about liquidation proceedings that is inherent to pre-pack proceedings is even more evident in the regulation on the winding-up of insolvent microenterprises (Title VI of the Proposed Directive), that was conceived to mitigate the costs and reduce the duration of the proceedings regarding these entities.

Without lingering on the shortcomings of the winding-up procedures, it should be reiterated that the problem that the EU legislator seems most concerned about is the combined untimeliness and (redistributive) inefficiency of ordinary liquidation proceedings rather than the consequences of insolvency itself. In fact, one can infer that precisely these types of proceedings are taken into consideration when the explanation of Title VI of the Proposal states: “In many Member States, no orderly *liquidation* of such businesses takes place as standard *insolvency proceedings* are not accessible or the opening of such proceedings is rejected”.

So, if based on these observations one has to assume that voluntary restructurings (whose commencement has been significantly anticipated by the “Insolvency 2” Directive) are the proceedings that systematically pay off the most to the creditors of an entrepreneurial entity, it is almost inescapable to reach the ancillary conclusion that the (late) opening of liquidation proceedings is *per se* prejudicial for the creditors and that the directors should bear the liability for the delay, as stated in Art. 37 of the Proposed Directive (closely tied to recital no. 33, which unambiguously

declares: “Directors should compensate creditors for the damages resulting from the deterioration in the recovery value of the legal entity compared to the situation where the request would have been submitted on time”). Also, if both restructuring and liquidation proceedings can be triggered by a situation of insolvency, the former appear to be on the whole preferred by the EU legislator because of their (presumed) higher recovery ratio. Nevertheless, after (a maximum of) 90 days of insolvency the horizon of potential choices narrows down to one possibility: filing for insolvency (see recitals nos. 32 and 33).

Finally let us focus on the expression “insolvency proceedings”: it is consistently used throughout the text of the Proposal to refer only to liquidation proceedings, and this is corroborated by the remarks that we have quoted earlier and, in addition, by its appearance in the explanatory comments to Art. 6: “These are legal acts that benefited a creditor (or a group of creditors) and were carried out within 3 months before the *filing for insolvency proceedings* or after the filing (‘suspect period’). Avoidance actions can be pursued only within liquidation proceedings, so it is coherent that the suspect period is calculated retroactively from the beginning of the proceedings in which these actions can be brought on behalf of a debtor’s estate. This argument is not weakened by the fact that the suspect period could be backdated to the beginning of a previous restructuring proceeding because this implies that the (failed) attempt to rescue the business has been followed by a liquidation procedure during which the avoidance actions can be used.

The conclusion that seems to be drawn, then, is that the Proposal implicitly conceives liquidation proceedings as an inferior and potentially detrimental alternative for creditors, a scenario which can only become worse as time goes by, thus justifying the directors’ liability for the delay. All these reasons support the view that when Articles 36 and 37 of the Proposed Directive mention “insolvency proceedings” they refer more precisely only to liquidation proceedings, leaving aside voluntary restructuring proceedings (and also the pre-pack proceedings). This observation is also consistent with the regulatory perspective, as other European legal instruments specifically deal with restructuring tools.

This preconception does not take into account the fact that restructuring proceedings can also be untimely or that they can result in a fractional liquidation or that, on the other end of the spectrum, liquidation proceedings can be instrumental in the preservation of a business as a going concern and that most jurisdictions give preferentiality to the transfer of the whole business over a piecemeal liquidation. Hence, if any liquidation is initiated in a timely manner and it is structured to be as swift as the protection of the rights of all participants allows, its recovery level should not be worse off than a restructuring procedure.

Lastly, it is our opinion that if the 90-day term applies only to the opening of collective liquidation proceedings, it may set off an involuntary consequence: on one side of these three months stands the last chance of restructuring, while, on the other, there is only insolvency, meaning the loss of the possibility for the debtor to remain in possession of its estate and direct its liquidation.

On a positive note, if the local jurisdiction uses the situations of insolvency and of likelihood of insolvency interchangeably as triggering prerequisites for both its restructuring and liquidation proceedings (as happens in Italy), this specific temporal watershed may indirectly restore a

residual order among the proceedings that can be initiated by (or against) a distressed entity. One main problem however remains: the ambiguity and polysemy of the concept of “insolvency” that we have pointed out in the previous paragraph makes it extremely difficult to determine when this 90-day term starts (and all the more so on a cross-border basis, with the additional possibility of some Member States shortening this time frame).

5. The notion of “directors”

The last definitory observation deals with the notion of directors, as the duty to submit the request for the opening of insolvency proceedings explicitly refers to them in Art. 36, and according to Art. 37 they also face a specific civil liability in case of noncompliance. Recital no. 32 of the Proposed Directive does not help very much in reducing the range of possible interpretative options, when it states that “the notion of ‘director’ should be *interpreted broadly*, to cover all persons who are in charge of making or do in fact make or ought to make key decisions with respect to the management of a legal entity” (a formula almost literally borrowed from the UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law) since as we are about to explain, not all directors who manage an entity can also act on its behalf. An excessively broad interpretation may also turn out to be harmful to those persons who can take fundamental decisions for an entity, but are not responsible for its management (as may happen, for example, for the shareholders who can decide to voluntarily dissolve the company they belong to, but cannot generally be held responsible if they fail to do so in a timely manner, since they lack the powers – and the duty – to ascertain if the entity is approaching insolvency or has become insolvent altogether).

Naturally, the issue is also closely linked to the already examined aspect of defining the legal entities subject to the Directive-to-be: as the legal entities might have several different forms, with different rules when it comes to their management, the notion of director should be interpreted, in a case-by-case approach, looking at the rules applicable to each one of such forms. This turns out to be not particularly easy even if we only take into consideration partnerships and companies.

In fact, if it is true that in the majority of the European Member States the directors of public or joint-stock companies are given exclusive managerial power, which would be completely in line with the provision on the duties according to Art. 36, and that relating to the liabilities, referred to in Art. 37, this is not always the case in private companies, and even less so in partnerships, which are nevertheless to be considered as legal entities, falling within the scope of the Proposed Directive.

In these circumstances, in fact, directors and one or more members of the entity often share the management of the organization; and this happens not only when the member or the partner is a *de facto* director, but for the (legislative or voluntary) allocation of managerial powers also to people that are not appointed as directors. In these cases, who would be responsible for starting an insolvency proceeding pursuant to Art. 36? For sure, it will be up to the formally appointed directors, even if it would be extremely relevant to consider the way in which the will

of the board of directors is expressed towards third parties (and especially whether each one of the directors has this authority or if they have to take a preliminary decision within the board, etcetera). As regards this particular situation, it should be stressed that the (already) uneven level of harmonisation established by the former First and Second Company Law Directives (now restated in the Directive (EU) 2017/1132) has been frustrated by the Insolvency 2 Directive, which allowed Member States to forbid equity holders the right to vote on a restructuring plan (provided that they would not receive any consideration if the normal liquidation priorities were applied) and to derogate from the requirements concerning the obligations to convene a general meeting and to offer shares on a pre-emptive basis to existing shareholders (especially Articles 68 and 72 of Directive (EU) 2017/1132), to the extent and for the period necessary to ensure that shareholders do not abusively frustrate restructuring efforts (recitals nos. 57 and 96 of Insolvency 2 Directive). Along these lines, a series of provisions of the Directive (EU) 2017/1132 was accordingly rendered modifiable by Member States pursuant to Art. 32 of the Insolvency 2 Directive, generally making it easier for directors to proceed independently of the shareholders or even without consulting them at all.

Anyway, the true question is: is there an obligation to submit the request for the opening of insolvency proceedings on the other managing parties as well?

Actually, the issue should be dealt with considering not only the managerial/executive power, which might lie with all the people we have mentioned so far, but, more broadly, taking into consideration the power to represent and act on behalf of the entity, which is usually linked to the managerial authority, but is conceptually distinguished from it. As the request for the opening of insolvency proceedings (and this is true for every lawsuit) is made on behalf of the entity, it has a specific relevance outside the entity itself, and, to this purpose, we are dealing with legal standing, i.e. with the legitimate possibility for the party to validly act in a court of law on behalf of the entity when submitting such a request.

Again, this is a topic that is partially harmonized in European Company Law, specifically when it comes to companies. This has been the case since 1968 and the First Company Law Directive – whose rules, as previously pointed out, are now codified in the Directive (EU) 2017/1132, for instance in Articles 3 and 9. The harmonisation deals with both the possibility for third parties to be aware of who the persons are, within the company, who have the power to represent it; and the substantive extension of such a power. In the other organizations, partnerships, associations, and so on, such a harmonised framework is not available. In spite of the wording of Art. 36, which seems to be quite straightforward, this is very likely to create doubts about the actual powers (and especially about the legal standing) vested in the people and bodies for the submission of the request, therefore triggering a further lack of substantive harmonisation.

Lastly, we are inclined to think that also *de facto* directors should be liable for the untimely opening of an insolvency proceeding, even if they cannot directly file for it: in fact, since they are not formally vested with any power to act on behalf of the entity they factually run, they are also deprived of legal standing. This does not mean that their hands are tied, because they can try to persuade any other *de jure* director(/s) to request the opening of these proceedings, or

else they can address a petition to a public officer who has the power to apply for a court decision in the public interest. Anyway, by choosing to manage an entity without a formal investiture, they shall bear all the drawbacks of the power that they have informally seized and it will be much more difficult for them to be discharged from their liability.

6. The directors' liability for the late filing for insolvency

All of the tesserae of this indistinct mosaic that we have so far taken into consideration separately should be finally combined in order to grasp the nature of the problem that the Proposal is tackling and how effective the remedy intended to solve it actually is.

First of all, we must point out that the Proposed Directive does not add anything new to the kind of response that every jurisdiction in the EU already sets forth for the case of the delayed beginning of insolvency proceedings: even if with a variety of legal prerequisites and an assorted array of judicial interpretations, the directors (and also other officers) of an entity reasonably face the risk of turning into the target of several actions to force them to compensate creditors and other parties for the damages suffered.

Secondly, the Proposal does not contribute in any way to harmonizing these differences that can be found across jurisdictions in respect to direct and derivative actions that may be filed against the directors: on the contrary, it expressly refrains from interfering with national rules on civil liability for the breach of the duty for the timely opening of insolvency proceedings that are stricter towards directors (Art. 37, par. 2, Proposed Directive).

In a nutshell, we may affirm that Art. 37 does not really change anything in the legal context of the EU Member States, except that it adds a maximum time limit for filing for insolvency (which, incidentally, is longer than most deadlines already in place in some major EU jurisdictions: Belgium – one month; France – 45 days; Germany – three to six weeks; Netherlands – 30 days; Poland – 30 days; Spain – two months). Therefore, it may be relevant only for those States whose legislation does not define any deadline.

However, besides the fact that there can be significant variations from State to State regarding this deadline, we have already argued that it may not be particularly useful to introduce a time limit if the situation of insolvency at the very beginning of the countdown is not defined.

Nevertheless, the fact that beyond this indefinite moment in time directors will become liable for their failure to act might cast some doubts on the extent of their liability for not having reacted earlier to the situation of distress that the entity they manage may have previously faced: in other words, if they are to compensate creditors for the “damages resulting from the deterioration in the recovery value of the legal entity” (recital no. 33) caused by their delay, why should this liability arise only after 90 days of being aware of the situation of insolvency? On the other hand, how can we be sure that the premature initiation of a restructuring/insolvency proceeding is not detrimental for the creditors?

One may think that the directors' inaction during the period prior to this deadline is left in a shadow cone which can lead to opportunistic behaviours and may not be coherent with the

general trend which supports early restructurings and the widespread persuasion that conceives a gradual shift in the directors' duties towards the protection of the interests of the creditors in the vicinity of insolvency.

By contrast, the clear light that Art. 37 of the Proposed Directive shines on the directors' liability for their protracted inaction after the 90-day deadline may be read in some jurisdictions as a form of strict liability, which merely stems from the failure to make a timely filing for insolvency proceedings, without any possibility of exoneration for the directors.

We support the idea that both of these conjectures should be rejected, but the vague text of the Proposal is not helpful to its own cause, since it does not introduce a serious incentive for the directors to promptly tackle a situation of distress, crisis or insolvency. In addition, a liability issue becomes absolutely irrelevant when it comes to directors who are already jointly and severally liable for the obligations of the entity they belong to: they will be most likely indifferent to this stimulus to (re)act promptly.

To put it differently: if the goal here was to urge the directors to act in the best interest of the creditors and preserve the recovery value of the legal entity, then it has not been remotely achieved.

Alternatively, if the Proposed Directive purpose was to boost the limited recovery value of liquidation proceedings by fishing into the directors' pockets, it is not at all innovative and it can be questioned under another perspective.

In fact, we believe that the directors cannot always and automatically bear the responsibility for the entire deterioration in the recovery value of the legal entity referred to by recital no. 33 of the Proposal: the paramount problem of defining the amount of the compensation was avoided by the Commission, but it has been the core of several court decisions and scholarly contributions, which over time have highlighted the manifold conundrums and inconsistencies that lie behind oversimplified (and often presumptive) criteria proposed to quantify the damages in such complex situations. It is unquestionable that dishonest directors should not benefit from their own wrongdoing, but most times these criteria tend to be far more comprehensive than the actual (and direct) consequences of the directors' behavior would justify.

Before summing up the results of this research, we would like to draw the attention of the reader to one last obstacle, that may now be more relevant for the EU Legislator, than it actually is for entrepreneurial entities.

As we said in the section 1 above, there have already been a few failed attempts at reforming corporate governance issues by altering the civil liability of the directors and the indirect intervention represented by Art. 37 of the Proposed Directive could become another example of these failures: first of all, the question of the duties of the directors falls outside the limits of the competences that have been conferred upon the EU and, secondly, it can be seriously doubted that the principles of proportionality and subsidiarity can justify a very specific modification of the duties of the directors – and of the directors alone – of insolvent legal entities at the EU law level. There is also a serious risk in dealing with such a delicate subject using a sectorial approach: the result could be a special hypothesis concerning directors' liability which is not only different from other cases ordinarily covered by national company laws, but may also risk creating a

serious disruption in respect to the overall legal framework of legal entities, whatever their activity and their economic and financial conditions might be.

7. Final remarks

In this short essay, we have briefly highlighted the main critical points that we believe can be found in Articles 36 and 37 of the Proposal, dealing with the Directors' duty to request the opening of insolvency proceedings and their civil liability in case of noncompliance.

The main issue, which undermines the very purpose of the Proposed Directive, is the lack of many relevant definitions. In the Proposal not only do we not find a definition of insolvency, which is *per se* rather troubling for a Directive aiming at "harmonising certain aspects of insolvency law"; but also key definitions such as "legal entity", "insolvency proceedings", and even "directors" are missing. Insofar as this is possible, a possible suggestion would be that the European lawmakers might try to clarify at least some of these profiles, possibly by cross-referencing other pieces of legislation, and extrapolating, where feasible, the guiding principles of such rules.

A second relevant aspect is the lack of coordination between this Proposal and the "Insolvency 2" Directive. Clearly, the Proposed Directive discussed here has to do with an insolvency that has already taken place, which is not necessarily the case for the "Insolvency 2" framework, where the situation is the vicinity of the insolvency. Nevertheless, the problem is the fact that insolvency in some cases might also be a reversible situation; in this eventuality, the efficacy of the solution we can find in Art. 36 depends on the meaning of an "insolvency proceeding", which is among the undefined concepts, as we have already pointed out when trying to offer a solution. At this point, a better coordination of the two Directives might be more than desirable for the sake of the best outcome of the crisis.

Again, and very closely related to this last observation, we have some concerns regarding the directors' duty when they become aware of the entity's insolvency. More specifically, it seems at best debatable that the most appropriate solution is a duty to submit the request for insolvency proceedings, and, for instance, not just to take the "most appropriate" measures. In this respect, the suggestion is to maintain here the same approach the Proposal has used in general, i.e. leaving the Member States more wiggle room. In fact, we cannot rule out that some of the alternative measures available in the different Member States may be more adequate and effective for solving a problematic situation than "insolvency proceedings". Nevertheless, the wording of Art. 36 might prevent directors from using them, as the only possible choice would be an insolvency proceeding. And this is even reinforced – and improperly reinforced if the outcome of our view is shared – by the directors' liability in case of their failure to submit the request for the opening of insolvency proceedings, which nevertheless raises doubts in its actual applicability in the different Member States with different director liability frameworks.

Finally, we have seen that this entire system puts the burden of liability on the directors, but keeps out of the equation, for instance, the unlimited members of partnerships, and in general the parties who have not been formally appointed as directors. The solution is understandable

from the legal policy standpoint, but the role of such members risks being severely underestimated, and so possibly the difference itself between the forms of legal entities could be evened out. And this looks to be far beyond the scope of intervention of the Proposed Directive.

Bibliography

- BORK, Reinhard, *Corporate Insolvency Law. A Comparative Textbook*, 2nd ed., Cambridge, Antwerp, Chicago: Intersentia, 2023.
- EIDENMÜLLER, Horst, *Comparative Corporate Insolvency Law*, 2nd ed., Oxford: European Corporate Governance Institute – Law, 2023, Available at: http://ssrn.com/abstract_id=4625897.
- EIDENMÜLLER, Horst, *What Is an Insolvency Proceeding?*, Oxford: European Corporate Governance Institute – Law, 2017, Available at: http://ssrn.com/abstract_id=2712628.
- EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council harmonising certain aspects of insolvency law (SWD(2022) 395 final)*, Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022SC0395>.
- FERRO, Massimo, *L'insolvenza societaria nella Direttiva Insolvency III*. Jun. 19, 2023. Available at: <https://www.giustiziainsieme.it/en/crisi-dimpresa/2805-linsolvenza-societaria-nella-direttiva-insolvency-iii-di-massimo-ferro>.
- LENNARTS, LOES / KARAPETIAN, Arpi, «*The Directors' duty to File for Insolvency Proceedings in the European Commission's. Proposal for Harmonising Insolvency Law: the Dutch Perspective*», *Tijdschrift voor Insolventierecht* 3 (2023), *TvI* 2023/15, 1-11.
- MCCORMACK, Gerard / KEAY, Andrew / BROWN, Sarah / DAHLGREEN, Judith, *Study for the European Commission on a new approach to business failure and insolvency. Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices*, Brussels: European Commission, 2016. Available at: <https://data.europa.eu/doi/10.2838/87512>
- PANZANI, Luciano, *Osservazioni ragionate sulla proposta di una nuova Direttiva di armonizzazione delle leggi sull'insolvenza*, Jan. 10, 2023. Available at: <https://dirittodellacrisi.it/articolo/osservazioni-ragionate-sulla-proposta-di-una-nuova-direttiva-di-armonizzazione-delle-leggi-sullinsolvenza#param3>.
- WABL, Georg, *To File or Not to File: Is This the Right Question? Thoughts on the New Proposal COM (2022) 702 final*, Jan. 25, 2023. Available at: <https://www.linkedin.com/pulse/file-right-question-thoughts-new-proposal-com2022-702-georg-wabl/>.

