

Federica Pasquariello

**I GRUPPI DI SOCIETÀ
TRANSNAZIONALI: SCENARI
DI CRISI E INSOLVENZA**

Estratto

I gruppi di società transnazionali: scenari di crisi e di insolvenza

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema, nell'ambito del Reg. UE 848/2015. — 2. Tecniche di *procedural consolidation*: cenni al c.d. Impegno (art. 36 Reg.). — 3. (*Segue*): *Insolvency Protocols*. — 4. (*Segue*): la "Procedura di coordinamento gruppo". — 5. Considerazioni critiche sulla efficacia delle soluzioni normative. — 6. Notazioni conclusive.

1. *Introduzione al tema, nell'ambito del Reg. UE 848/2015*. — Le crisi e le insolvenze di rilevanza transfrontaliera, caratterizzate da un'articolazione organizzativa del patrimonio responsabile che trascende i confini nazionali, ricorrono con crescente frequenza e rilevanza dimensionale in epoca di capitalismo evoluto e di economie globalizzate ed interconnesse, specie in relazione ai gruppi multinazionali di imprese ⁽¹⁾. In questo quadro, ogni strategia di superamento della crisi e ristrutturazione del debito — vuoi mediante continuità, vuoi con esito liquidatorio — impone di esplorare modalità di coordinamento tra una possibile pluralità di procedure locali, governate dalla rispettiva *lex fori concursus*.

Ci si vuole ora concentrare sull'orizzonte europeo del fenomeno, sulla scorta dei riscontri offerti dal Reg. UE 848/2015 — di seguito: Reg. — in tema di insolvenza transfrontaliera ⁽²⁾. La principale novità introdotta dal *recasting* del 2015 riguarda, appunto, le soluzioni di coordinamento tra procedure di imprese di gruppo ⁽³⁾, che non risultavano nella versione antecedente del Reg. e figurano, oggi, anche nei più autorevoli riscontri offerti in ambito di *softlaw* ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Il contributo riprende, con alcune modifiche ed aggiornamenti, lo scritto della medesima Autrice, pubblicato negli *Studi in Onore di Paolo Montalenti*, Torino, Giappichelli, 2022, 1617.

⁽²⁾ La disciplina unionistica, che risulta dalla rifusione del precedente Reg. CE 1346/2000 nel Reg. UE 848/2015 vige dal giugno 2017; vincola tutti e soli gli Stati membri, esclusa la Danimarca ed escluse, ovviamente, le crisi ed insolvenze che coinvolgano ordinamenti terzi rispetto all'Unione. Incerto, nel momento storico contingente, il posizionamento del Regno Unito, per le ben note ragioni connesse al tema ed alle modalità della *Brexit*: cfr. OMAR, *The impact of Brexit on cross-border Restructurings*, in AA.Vv., *Crisi transfrontaliere di impresa: orizzonti internazionale ed europei*, a cura di Leandro, Meo e Nuzzo, Bari, Cacucci, 2018, 59; WALTERS, *The impact of Brexit in judicial cooperation in Cross-border Insolvency and restructuring in the European Union*, in *Orizz. dir. comm.*, 2018, n. 2. È appena il caso di ricordare che il Reg. si applica alle procedure concorsuali definite tali ai sensi del Reg. stesso e comunque elencate, Stato per Stato, nel relativo All. A.

Con riferimento alla revisione del Reg. 848/2015, l'art. 90 prevede che entro il 27 giugno 2027 e, successivamente ogni cinque anni, la Commissione debba presentare una relazione sull'applicazione del regolamento corredata se necessario da una proposta di modifica. Per la procedura di coordinamento del gruppo — sulle quali v. *infra* — la relazione sull'applicazione e l'eventuale proposta di modifica è fissata per il 27 giugno 2022.

⁽³⁾ Il Reg. intende per gruppo "l'impresa madre e tutte le sue figlie", tali in forza di rapporto di controllo o dell'obbligo di redazione del bilancio consolidato (Dir. UE 34/2013), secondo l'art. 2, Reg. In senso analogo sulla perimetrazione del gruppo cfr. *International Insolvency Institute* (I.I.I.),

In questa prospettiva, essenzialmente due sono i nuovi istituti previsti: Procedura di coordinamento di gruppo e *Insolvency Protocols*. Si tratta di strumenti che mirano ad obiettivi di efficienza nella azione della procedura, allo stesso tempo tenendo rispettata l'autonomia patrimoniale e la distinta soggettività/personalità giuridica delle società del gruppo⁽⁵⁾. Entrambe le fattispecie, infatti, si fondano sul *multiple enterprises approach* (o *separate entity approach*), che a sua volta preclude soluzioni di universalismo, ancorché temperato; e suggerisce, tutt'al più, di praticare forme di *procedural consolidation* tra procedure parallele, secondo il modello del cd. territorialismo cooperativo. Quindi, resta in ambo i casi assolutamente esclusa ogni implicazione in termini di consolidamento sostanziale⁽⁶⁾, poiché rimane ferma la separatezza delle masse attive e passive di ciascuna procedura. Questo esito è implicito e sottinteso in relazione agli *Insolvency Protocols*, stretti tra diverse procedure, mentre è testualmente affermato in relazione alla Procedura di Coordinamento di Gruppo, ai sensi dell'art. 73 Reg.

In effetti, neppure la normativa unionistica, realisticamente, riesce a consegnare il risultato di una regolazione fondata in pieno su una logica di universalismo puro, che ammetta per ciascun fenomeno di crisi o insolvenza (economicamente rilevante in chiave unitaria) l'avvio di una sola procedura concorsuale, fondata su un'unica *lex concursus* e capace di fare confluire *in pool* le pretese di tutti i creditori. Ostano a questa soluzione, alquanto illusoria, oltre ad una innata riluttanza a dare luogo a spontanee rinunce alla giurisdizione nazionale, pure i disallineamenti misurabili sul piano dei singoli diritti nazionali — segnatamente, in punto di graduazione dei crediti e riconoscimento delle cause legittime di

Guidelines for coordination of multinational enterprise group insolvencies" (conosciute anche come "Multinational corporate group Guidelines"), 2008.

(⁴) Oltre al Reg. UE 848/2015, va considerata la legge modello dell'UNCITRAL, *United Nations Commission on International Trade Law*, che ha elaborato nel 1997 la "Model Law on Cross-Border Insolvency", oggi recepita da 41 Stati, Italia esclusa, e corredata, nel 2005, della c.d. *Guide to Enactment and Interpretation*. Il testo è reperibile all'indirizzo www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-e-pdf e pubblicato in *Dir. Comm. Int.*, 1998, 646 e segg. Per un sintetico commento alla Legge Modello v. IMF, *Orderly & effective insolvency procedures. Key issues*, Washington, 1999, 6 e segg.; cui adde DEANE and MASON, *The UNCITRAL Model law on Cross-border Insolvency and the Rule of Law, International Insolvency Review*, 2016, 138; MAZZONI, *Principi e standards internazionali nella soluzione delle crisi d'impresa*, in *Crisi transfrontaliera d'impresa*, (nt. 2), 19; VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, Giuffrè, 2006, 60 ss.

(⁵) Questa, peraltro, la soluzione adottata anche dalle disposizioni sulla gestione della crisi o dell'insolvenza su un orizzonte di gruppo, nell'ambito del Codice della Crisi italiano, artt. 284 ss.; *ex multis* v. AA.VV., *I gruppi nel codice della crisi*, a cura di Nigro e Vattermoli, Pisa, Pacini, 2020; D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, 27; FABIANI, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, Zanichelli, 2017, 620; GUERRIERI, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *N. leggi civ. comm.*, 2019, 809; LATELLA, *La crisi dei gruppi di società nella riforma dell'insolvenza transfrontaliera: profili generali*, in *Giur. it.*, 2018, 480; PANZANI, *La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali*, in *Fallimento*, 2016, 1153; SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di imprese nel CCII: fra unità e pluralità*, in *Società*, 2019, 41.

(⁶) Sul tema della *substantive consolidation*, cfr. MEVORACH, *INSOL Europe's Proposals on Groups of Companies (in Cross-Border Insolvency): A Critical Appraisal*, 21 *Int. Insolv. Rev.* 183, 195 (2012); VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e consolidamento di patrimoni (substantive consolidation)*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, 602.

prelazione, *automatic stay*, nonché in relazione alle possibili disarmonie procedurali, che ridondano poi sul piano della gestione, della tempistica e anche degli esiti della singola procedura locale —.

D'altronde, sono evidenti le inefficienze del tradizionale approccio strettamente territorialista, che non rinuncia ad attivare la giurisdizione in presenza di un minimo criterio di collegamento con l'ordinamento nazionale, con il risultato di fare coesistere, per una crisi o insolvenza "di gruppo", una pluralità di procedure concorsuali altrettanto circoscritte ai confini statuali e con la conseguente frammentazione delle masse attive e passive: risultato criticabile tanto sul piano della equità sostanziale nella realizzazione del credito, quanto sul fronte della antieconomicità e della moltiplicazione dei costi.

Di qui muovono le impostazioni di compromesso e di sintesi vuoi del c.d. territorialismo cooperativo vuoi dell'universalità definita variamente — ma in modo equivalente — come "limitata" o "modificata" o "temperata" o della "pluralità universale"; queste visioni e le relative applicazioni ricevono crescente accoglimento sia in letteratura sia tra gli operatori, tanto a livello domestico quanto nel panorama internazionale (7).

(7) Si richiamano, nell'ambito di una letteratura vastissima: AA.VV., *Crisi transfrontaliera d'impresa: orizzonti internazionali ed europei*, (nt. 2); AA.VV., *Profili storici, comunitari, internazionali e di diritto comparato*, in *Tratt. di dir. fall.*, dir. da Vassalli, Luiso, Gabrielli, Torino, Giappichelli, 2014; BARIATTI, CORNO, *Il Regolamento UE 848/2015 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 sulle procedure di insolvenza (rifusione). Una prima lettura*, in www.ilfallimentarista, 9 settembre 2015; CASTAGNOLA, *Reg. CE 1346/2000 e vis actactiva concursus: verso un'universalità meno limitata?*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 4, 921; DE CESARI, MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa*, Torino, Giappichelli, 2017, 91 ss.; DE CESARI, *Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, 55; LUNETTI, *La disciplina dell'insolvenza transfrontaliera come fattore essenziale di una moderna riforma delle crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2018, 1225; M. LUPOI, *Commento sub Regolamento CE 1346/2000*, in *Comm. breve alla l. fall.*, diretto da Maffei Alberti, Padova, Cedam, 2013, 2092 ss.; MALTESE, *Court-to-court protocols in crossborder bankruptcy proceedings: differing approaches between civil law and common law legal systems*, Banca d'Italia, https://www.iii.global.org/sites/maltese_michele%20submission.pdf; MAZZONI, *Concordati di gruppo transfrontalieri e disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, 552; MONTELLA, *L'antitesi tra procedure conservative e procedure di liquidazione alla luce della raccomandazione della Commissione 12 marzo 2014*, in *Fallimento*, 2015, 1039; OLIVIERI, *Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza (Reg. CE n. 1346/2000)*, www.judicium.it, 3; QUEIROLO, *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria: modelli di riferimento e diritto interno*, Torino, Giappichelli, 2007, 13 ss.; VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia del problema in Germania, in Italia e nei progetti di Convenzione internazionale*, Milano, Giuffrè, 2006, 6; VATTERMOLI, *Gruppi multinazionali insolventi*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, 594.

In ambito internazionale cfr. ANDERSEN, *The cross-border insolvency paradigm: a defense of the modified universal approach considering the Japanese experiment*, *University of Pennsylvania Journal of Economic Law*, 2000, vol. 21, 679 ("one advantage of [...] modified universalism is that it retains some of the efficiencies of pure universalism while incorporating the flexibility and discretion of the [...] territorial approaches described above."); BARTLED, *Cross-Border Bankruptcy and the Cooperative solution*, 9 *Int'l L. & Mgmt. Rev.* 27 2012-2013, 29; BORK e MANGANO, *European Cross-border Insolvency Law*, Oxford, 2016, 27 ss.; DAWSON, *Modularity in Cross-border Insolvency*, 93, *Chi-Kent Law Rev.* 677 (2018); DE MIGUEL ASENSIO, "Reestructuración e insolvenca transfronteriza: claves del nuevo Reglamento europeo", *RcP*, n° 27, 2017, pp. 1 ss. (versión Smarteca); FLORES, "Los concursos conexos", Thomson Reuters-Aranzadi, 2014; HESS, *The Implementation of the New Insolvency Regulation*, Luxembourg, 2017; LYNN M. LOPUCKI, *The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy*, 98 *Mich. L. Rev.*, 2216 (2000); PECK, *Lehman Brothers and the Limits of the Universalism*, *Insolvency Lawyers Association Annual Dinner*, 27 November 2014, available at <https://www.ilauk.com/docs/ilaadlecturepeckdoc.pdf>; WESSELS, *A Global Approach to Cross-Border*

In altri termini: non può essere esclusa, nemmeno in area UE, la coesistenza di più procedure concorsuali⁽⁸⁾, vuoi in relazione al medesimo debitore *cross border* che sia in ipotesi singolo/monade; vuoi in relazione alle singole società del medesimo gruppo⁽⁹⁾. Ma nella prima ipotesi emerge una generale opzione per l'universalità modificata o limitata⁽¹⁰⁾, che punta all'avvio di una (sola) procedura principale, a vocazione universale, nel luogo del COMI del debitore, andando poi soggetta alla relativa *lex concursus*, secondo l'art. 7 Reg.; senza nondimeno escludere che una o più procedure secondarie o non-principali, in logica territoriale, siano aperte in ogni Stato membro ove il debitore abbia una "dipendenza"⁽¹¹⁾. A ulteriormente moderare il generale approccio universale

Insolvency Cases in a Globalizing World, The Dovenschmidt Quartely 2013, Issue I; Id., *A Glimpse te the future: Cross-border Judicial Cooperation in Insolvency cases in the European Union*, 2015, *INSOL, International Insolvency Review*, DOI: 10.1002/iir.1234; WESTBROOK, *Global Insolvency Proceedings for a Global Market: The Universalist System and the choice of a Central Court*, 96 *Tex L. Rev.* 1473 (2018).

(⁸) Fermo restando il meccanismo dell'automatico, reciproco riconoscimento dei rispettivi provvedimenti giudiziari di apertura: cfr. l'art. 19 Reg., che, sull'automatico riconoscimento, ovviamente, non può che porre il necessario *caveat* della conformità ad un principio di Ordine Pubblico. Per una applicazione di questa salvezza, in relazione alla tutela del diritto di difesa delle parti, si veda il caso Eurofood (Corte di Giustizia, 2 maggio 2006, C 341/04, in *Dir. fall.*, 2006, II, 787, con nota di DIALTI; ed in *Fallimento*, 2006, 1249, con nota di P. CATALLOZZI). Si aggiunge che ogni creditore, indipendentemente dal luogo della propria sede o residenza, può partecipare ad ogni concorso aperto, vuoi localmente, vuoi in via principale (Cfr. l'art. 45 Reg.; sul punto v. DE CESARI, *Procedura principale e procedure territoriali. Nuovi spunti forniti dalla Corte di Giustizia*, in *Fallimento*, 2012, 92) e che è preservata una sorta di criterio di generale *par condicio* universale, là dove si afferma il c.d. principio di imputazione (cd. *Hotchpotch rule*), sancito all'art. 23, comma 2, Reg., a mente del quale " il creditore che, in una procedura di insolvenza, abbia recuperato una quota del proprio credito, partecipa ai riparti effettuati in un'altra procedura soltanto allorché i creditori dello stesso grado o della stessa categoria abbiano ottenuto in tale altra procedura una quota equivalente".

(⁹) In punto di fatto, vi è che i Registri elettronici delle procedure, e la loro interconnessione attraverso il portale *e-justice* (artt. 24 ss., Reg.) sono misure essenziali per agevolare agli amministratori, anche l'accertamento della pendenza di procedure concorsuali in cui siano coinvolte altre società del gruppo o l'individuazione del suo esatto perimetro.

(¹⁰) Opzione che, per vero, risulta non solo dalla coesistenza di procedure principale e secondaria a carico del medesimo debitore, ma anche da una serie di altre previsioni, quali ad es. quella degli artt. 8 e 11 Reg., che fa salva comunque la *lex rei sitae* nella tutela dei diritti reali immobiliari. Sulla disamina dei criteri di collegamento (materiali, oppure fittizi o convenzionali) in forza dei quali poter ritenere un bene situato in un dato territorio nazionale si fa rinvio alla elaborazione della Corte di Giustizia, per come espressa nel noto caso *Nortel Networks* (Corte di Giustizia UE, 11 giugno 2015, C-649/2013, in *Dir. fall.*, 2015, II, 603). Sulla nozione di bene situabile in un dato Stato in virtù dello specifico criterio di collegamento descritto volta volta dall'art. 2, n. 9), Reg., cfr. *ex multis* MUCCIARELLI, *Procedure concorsuali secondarie, localizzazione dei beni del debitore e protezione di interessi locali*, in questa *Rivista*, 2016, I, 13. Si veda poi l'art. 18 sulla perpetuazione della *lex fori processus* in caso di giudizio anche arbitrare pendente (e v. Corte di Giustizia UE, 6 giugno 2018, n. 250, cd. caso *Terago*, in *Fallimento*, 2018, 1241, con nota di QUEIROLO, DOMINELLI, *Gli effetti della procedura principale di insolvenza straniera sui procedimenti pendenti nel nuovo Reg europeo 848/2015*); o l'art. 13 sulla *lex contractus* in ambito giuslavoristico e l'art. 12 Reg. in relazione ai diritti ed alle obbligazioni nei sistema di pagamento sul mercato finanziario (cfr. DE CESARI, *I rapporti pendenti nella normativa europea in tema di insolvenza e crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2018, 1212).

(¹¹) La "dipendenza", come risaputo, " è definita come "qualsiasi luogo di operazioni in cui un debitore esercita o ha esercitato nel periodo di tre mesi anteriori alla richiesta di apertura della procedura principale d'insolvenza, in maniera non transitoria, un'attività economica con mezzi umani e con beni" (art. 2.10). In considerazione della sostanziale continuità di tale definizione con quella contenuta all'art. 2, Reg 1346/2000, resta utile l'elaborazione interpretativa già fornita sul punto non solo dalla Corte di Giustizia (cfr., *ex multis*, il c.d. caso *Interedil*, Corte di Giustizia, 20 ottobre 2011,

posto dalla teorizzazione di un unico COMI, persiste poi l'eventualità che solo procedure locali, c.d. territoriali indipendenti, siano aperte a carico del medesimo debitore ⁽¹²⁾.

In caso, invece, di gruppo multinazionale insolvente, il Regolamento offre una modalità di coordinamento tra procedure tutte di pari livello (tutte territoriali indipendenti, si potrebbe dire), in logica di territorialismo cooperativo.

Può essere allora rintracciata una certa simmetria tra modalità di coordinamento, verticale, della procedura principale con la secondaria di un unico debitore; e tra procedure parallele aperte per le singole società di gruppo, in logica orizzontale. In particolare, ed ai fini di migliore coordinamento tra procedura principale e procedure secondarie (Cons. 41, Reg.), risulta regolata con maggiore dettaglio, rispetto alla versione previgente del Reg., la cooperazione e comunicazione non solo tra amministratori (o *International Practitioner*: d'ora in avanti, IP ⁽¹³⁾) delle procedure (art. 41, Reg.), ma pure tra giudici (art. 42, Reg.) e tra IP e giudici (art. 43, Reg.). Lo stesso è innovativamente previsto, nel *recasting* del Reg., per le singole procedure delle imprese di gruppo, sempre nella relazione tra IP (art. 56, Reg.); tra giudici (art. 57, Reg.); tra IP e giudici (art. 58, Reg.) ⁽¹⁴⁾.

C-396/09, in *Fallimento*, 2012, 532: *ivi* si afferma che sono necessarie “un minimo di organizzazione e una certa stabilità”, non essendo sufficiente, in linea di principio, “la mera presenza di singoli beni o di conti bancari”, ma anche dai Giudici nazionali (e v. Cass., Sez. un., 29 ottobre 2015, n. 22093, in *Giur. It.*, 2016, 1929, con nota di L. BOGGIO, *COMI, dipendenza e procedure secondarie a carico di società controllate nel Regolamento CE n. 1346/2000 (e nel Reg UE 848/2015)*, ed in *Fallimento*, 2016, 829, con nota di DE CESARI, *Il rapporto tra procedura principale e procedure secondarie nel Regolamento n. 1346/2000: un aiuto dalla Cassazione, ma molti sono ancora i problemi aperti*.

⁽¹²⁾ Cfr. l'art. 3, n. 4, Reg. Conforme a tale impianto normativo è l'art. 26 Codice della crisi italiana, che al comma 4 precisa proprio che “il tribunale, quando apre una procedura di insolvenza transfrontaliera ai sensi del Reg. UE 2015/848, dichiara se la procedura è principale, secondaria o territoriale”. Ne deriva e si aggiunge — ma qui non è possibile dilungarsi —, lo scenario delle strategie di *forum shopping* consentite dalla libertà di stabilimento, tra opportunità ed insidie di un “mercato della insolvenza”: sul tema v. BENEDETTI, *Centro degli interessi principali del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera*, in *Riv. dir. internaz. priv. e process.* 2004, 499; FABIANI, *Giurisdizione e competenza nella riforma organica della legge fallimentare*, in *Judicium*, 1, 2018, 12.; MIOLA, *Sintesi dell'intervento su “diritto europeo e procedure di insolvenza”*, Orizzonti del diritto Commerciale, Presentazione del tema del VII Convegno annuale della Associazione, Roma, 10 luglio 2015, on line www.orizzontideldiritto.commerciale.com, ove si sottolinea il rischio, nel quadro degli effetti della mobilità transfrontaliera, “sul piano della separazione tra le norme di diritto societario e quelle di diritto fallimentare applicabili alla medesima società”; MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, Giuffrè, 2010.

⁽¹³⁾ E v. elenco di cui all'All. B Reg. Per l'ordinamento italiano, per IP si intendono le figure del Curatore, Commissario giudiziale, Commissario straordinario, Commissario liquidatore, Liquidatore giudiziale, Professionista nominato dal Tribunale, O.C.C., Liquidatore. Va appena ricordato che secondo l'art. 358 CCH, in caso di procedura transfrontaliera, sono previsti ulteriori requisiti per la nomina agli “incarichi nelle procedure”: essi si appuntano, oltre che su di una acquisita esperienza specifica, anche sulla capacità “di comunicare e cooperare con i professionisti che gestiscono le procedure di insolvenza e con le autorità giudiziarie o amministrative di un altro Stato membro, nonché delle risorse umane e amministrative necessarie per far fronte a casi potenzialmente complessi”.

⁽¹⁴⁾ Sul tema specifico si rimanda, anche per gli ulteriori riferimenti, a QUEIROLO e DOMINELLI, *Gli obblighi di cooperazione e comunicazione fra autorità e parti del procedimento fallimentare nel nuovo regolamento europeo sull'insolvenza transfrontaliera 848/2015: aspettative e possibili realtà applicative*, in *Dir. del comm. Internaz.*, 2018, 719.

Un'ultima, necessaria, premessa. Non è questa la sede per indugiare sulla nozione di COMI del debitore, tanto cruciale ai nostri fini quanto generale, nella sistematica del Reg. Ma ognuno vede come in ogni incertezza o divergenza interpretativa su questa nozione basilare si giochi la tenuta complessiva e l'efficacia della intera costruzione normativa offerta dal Reg. stesso: senza una qualche rinuncia alla sovranità da parte degli ordinamenti potenzialmente coinvolti, sul piano processuale, è ben arduo addivenire ad un sicuro ed indiscusso riconoscimento del COMI ed individuazione della legge applicabile. Quanto agli ambiti di questa indagine, va anche considerato che una ulteriore implementazione delle soluzioni al problema è conseguita, sul piano giudiziario, secondo il cosiddetto *anglosaxon approach*. In effetti, in presenza di gruppi di società, i giudici nazionali tendono a tentare di aprire, nello Stato della sede della capogruppo, procedure principali anche nei confronti delle consociate estere, superando la presunzione posta dall'art. 3 Reg., sull'assunto che il COMI delle società del gruppo sia unico e si trovi presso lo Stato del Foro della *holding* ⁽¹⁵⁾. Quest'ultimo orientamento, diffuso nelle giurisprudenze nazionali — ed anche in quella italiana — ha ricevuto una qualche legittimazione da parte del Reg. il quale, pur recependo, ai Considerando n. 28 e 30, i principi interpretativi elaborati nelle sentenze Eurofood, Interedil e Rastelli ⁽¹⁶⁾, al Considerando n. 53 afferma che: “L'introduzione di norme sulle procedure di insolvenza di gruppi societari non dovrebbe limitare la possibilità del giudice di avviare, in un'unica giurisdizione, la procedura d'insolvenza per varie società appartenenti allo stesso gruppo, qualora ritenga che il centro degli interessi principali di tali società si trovi in un solo e medesimo Stato membro. In simili casi, il giudice dovrebbe inoltre avere la facoltà di nominare, ove opportuno, lo stesso amministratore per tutte le procedure in questione, purché ciò non sia incompatibile con le norme ad esse applicabili”.

2. *Tecniche di procedural consolidation. Cenni al cd. “impegno” (art. 36 Reg.)* — La pluralità, se non l'antagonismo o la eventuale disomogeneità tra procedure contemporaneamente avviate in Europa in relazione alla medesima

⁽¹⁵⁾ In Italia cfr. App. Bologna, 24 gennaio 2022, in *Fallimento*, 2022, 824; Trib. Isernia, 10 aprile 2009, in *Fallimento*, 2010, 59; Trib. Milano, 26 luglio 2011, in *www.ilcaso.it*; Cass., Sez. un., ord., 6 febbraio 2015, n. 2243, in CED Cassazione 2015). In Francia: Tribunal de commerce, Parigi, 2 agosto 2006 (*Eurotunnel*; in *LexisNexis-Jurisclasseur*); Tribunal de commerce, Roubaix-Turcoing (Francia) 21 aprile 2008 (*Illochroma*); Tribunal de commerce, Meaux (Francia), 1° ottobre 2008; in UK, High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, 14 January 2009 (*Nortel Networks SA*). Risponde alla medesima logica, di attrazione al luogo della sede della *holding*, il criterio preferenziale di fissazione della competenza territoriale in caso di procedure concordate o liquidatorie di gruppo (artt. 286 e 287 CCII), oltre che la modalità di individuazione della Camera di Commercio destinataria della istanza per la nomina dell'esperto nella composizione negoziata della crisi di gruppo (art. 25 CCII).

⁽¹⁶⁾ Cfr. Corte giust. CE, 2 maggio 2006, C-341/04, *Eurofood*; Corte giust. UE, 20 ottobre 2011, C-396/09, *Interedil*; Corte giust. UE, 15 dicembre 2011, C-191/10, *Rastelli*. È scontato rilevare che ove poi nel medesimo Stato membro fossero avviate più procedure a carico di diverse società del gruppo, la legge nazionale applicabile ben potrebbe, a propria volta, prevedere modalità di coordinamento e consolidamento procedurale.

crisi/insolvenza ⁽¹⁷⁾ si è rivelata, già nell'applicazione del previgente Regolamento, uno dei punti di maggiore criticità dell'intero impianto normativo: ed è alla luce di questa considerazione, scaturita tanto dalla riflessione dogmatica quanto dall'osservazione empirica ⁽¹⁸⁾, che — si vedrà subito di seguito — Protocolli e Procedure di coordinamento di gruppo mostrano la propria maggiore utilità.

Quanto al debitore singolo, nella rifusione del testo normativo si è affermato testualmente il primato della procedura principale sulle eventuali altre, così da assicurarle un “ruolo dominante” ⁽¹⁹⁾.

È in questo quadro che si collocano le prerogative dell'IP della procedura principale, funzionali ad imprimere un indirizzo unitario alle procedure o, addirittura, di impedire l'apertura di procedure secondarie” ⁽²⁰⁾.

Secondo l'art. 36 Reg., si consente all'IP della procedura principale di “contrarre un impegno unilaterale (l'«impegno»), relativamente ai beni situati nello Stato membro in cui potrebbe essere aperta la procedura secondaria di insolvenza, in base al quale, nel ripartire tali beni o il ricavato del loro realizzo, rispetterà i diritti nella ripartizione dei beni e i diritti di prelazione previsti dal diritto nazionale di cui avrebbero goduto i creditori se fosse stata aperta una procedura secondaria di insolvenza in quello Stato membro”. In tal modo, l'IP della procedura principale ha facoltà di compiere questa scelta strategica: conservare un'unitaria gestione dell'insolvenza o della crisi, assorbendo l'eventualità di una pluralità di procedure per avviare una procedura secondaria “sintetica”,

⁽¹⁷⁾ L'una conservativa, l'altra liquidatoria, ad esempio: cfr. per le necessarie riflessioni e riferimenti MONTELLA, *L'antitesi tra procedure conservative e procedure di liquidazione alla luce della raccomandazione della Commissione 12 marzo 2014*, in *Fallimento*, 2015, 1039.

⁽¹⁸⁾ Si veda LUBBEN, WOO, *Reconceptualizing Lehman*, 2013, *New York University Law and Economics Working Papers*, Paper 347, <http://lrs.nellco.org/nyu-lewp/347> (p. 300: “Moreover, by concentrating on the core entities in the financial institution, we reduce the number of countries that need to be parties to such a global resolution system. For example, in Lehman we suggest that an agreement to implement our suggested system need only have involved the United States and the United Kingdom. Resolving this problem is substantially easier than worrying about the myriad jurisdictions dealing with Lehman insolvency cases. [...] We term this model the “turtle” approach to reorganization, inasmuch as we suggest that financial institutions can be best saved by retreating into their core operating companies in times of crisis, leaving the so-called structurally dependent subsidiaries to their own fate”).

⁽¹⁹⁾ Così il Considerando 48 Reg.: “Per garantire il ruolo dominante della procedura principale d'insolvenza, l'amministratore della medesima dovrebbe disporre di diverse possibilità d'intervento nella procedura secondaria d'insolvenza contemporaneamente pendente, avendo in particolare la facoltà di proporre un piano di ristrutturazione o una procedura di composizione oppure di chiedere la sospensione del realizzo dei beni nella procedura secondaria”. Sul tema v. DE CESARI, *Procedura principale*, (nt. 8), 99.

⁽²⁰⁾ In effetti, due *escamotages* sono dati per evitare la moltiplicazione di procedure ulteriori a quella principale: negoziare, appunto, l'impegno ora in discorso; oppure, a mente del Considerando 45, “consentire al giudice di sospendere temporaneamente l'apertura della procedura secondaria di insolvenza, qualora siano state concesse singole misure di esecuzione nella procedura principale di insolvenza, al fine di salvaguardare l'efficacia della sospensione concessa nella procedura principale di insolvenza. Il giudice dovrebbe essere in grado di concedere la sospensione temporanea se accerta che sono state predisposte misure adeguate per tutelare gli interessi generali dei creditori locali. In tal caso, tutti i creditori potenzialmente interessati dall'esito delle trattative su un piano di ristrutturazione dovrebbero essere informati delle trattative e autorizzati a parteciparvi”.

ovvero solo “virtuale” ⁽²¹⁾, secondo una soluzione contrattuale elaborata nella prassi in ambiente di *common law* ⁽²²⁾, peraltro, per lo più in casi di insolvenza di gruppi multinazionali.

Se una procedura secondaria va regolata dalla legge dello Stato membro del luogo (art 35 Reg.), l’impegno, quindi, realizza la finzione della sua apertura e deve mantenere, in relazione ai beni situabili localmente, l’osservanza della *lex fori concursus secundarii*. Ed assicurare, così, che aspetti quali la graduazione dei crediti, il riconoscimento delle cause di prelazione, e poi la riallocazione di valori aziendali e la conseguente ripartizione avvengano sulla base di una diversa legislazione sostanziale e processuale nazionale. Preme, quindi, sottolineare che l’impegno paralizza drenaggi di risorse ed operazioni di consolidamento sostanziale delle masse attive ed al contempo, per certi versi, sospende o integra la logica di *par condicio* nell’ambito dei creditori concorsuali universalmente intesi, e nel loro ambito ritaglia una categoria soggettivamente determinata — quella dei creditori “locali” —. Destinatari degli effetti dell’impegno sono, infatti, i creditori “locali”, tali definiti all’art. 2, n. 11, Reg., ed intesi come quelli il cui titolo deriva dall’attività che il debitore svolge tramite una dipendenza situata in uno Stato membro diverso da quello del COMI: ove, cioè, potrebbe essere aperta la procedura secondaria.

È di tutta evidenza, poi, che è nelle pieghe della applicazione di queste regole che si celano le maggiori incognite sui margini di buon funzionamento della costruzione normativa che stiamo esaminando: incognite che dipendono, come è intuitivo, dalla sensibilità con la quale il giudice del caso concreto interpreterà gli

⁽²¹⁾ Questa la locuzione adottata in letteratura tanto italiana quanto internazionale per la nostra fattispecie: cfr. *ex multis* BOGGIO, *UE e disciplina dell’insolvenza (I parte). Confini ed implicazioni dell’ambito di applicazione delle nuove regole UE*, in *Giur. it.*, 2018, I, 222; CRESPI REGHIZZI, *La disciplina della giurisdizione in materia di insolvenza: il Reg UE848/2015*, in *Giur. it.*, 2018, I, 222; LEANDRO, *Procedure secondarie “sintetiche” e diritto applicabile nella procedura principale*, in *Crisi transfrontaliera d’impresa*, (nt. 2), 119; F. PASQUARIELLO, *La regolazione europea della insolvenza transnazionale tra autonomia ed eteronomia: il c.d. “impegno” ad evitare la procedura secondaria*, in *Dir. Fall.*, 2019, I, 1295; SPIOTTA, *UE e disciplina dell’insolvenza (I parte): la continuità aziendale: una nuova “stella polare” per il legislatore*, in *Giur. it.*, 2018, I, 222.

Sulla *Syntetic proceeding*, ovvero *Virtual Proceeding* adde DAMMANN, KOHMANN, *Le nouvel attelage entre procédures principale et secondaire(s)*, in *Le nouveau règlement insolvabilité: quelles évolutions?*, diretto da Jault-Seseke e Robine, Paris, 2015, 106; LAUKERMANN, “Instruments to avoid or postpone secondary proceedings, Introductory paper for the kick-off conference of the EU project “Implementation of the New Insolvency Regulation”, Vienna, 17/18 aprile 2015, JUST/2013/JCIV/AG/4679; MOONEY, *Harmonizing Choice-of-Law Rules for International Insolvency Cases: Virtual Territoriality, Virtual Universalism, and the Problem of Local Interests*, in *Brooklyn Journ. Corp. Fin. & Comm. Law*, 2014, 121 e ss.; MOSS, FLETCHER - ISAACS, *The EU Regulation on Insolvency Proceedings*, Oxford, 2016, 59 e 66; WESTBROOK, *A Global Solution to Multinational Default*, 98, *Mich. l. rev.*, 2300.

⁽²²⁾ Per un precedente nel quale i creditori locali (tedeschi e spagnoli) hanno rinunciato alle prerogative consentite dal previgente art. 27 Reg. CE 1346/2000 e acconsentito a non dare luogo a una procedura secondaria, confluendo nella *main proceeding* avviata avanti la *London High Court*, in cambio nella assicurazione di vedersi riconosciuto il medesimo trattamento del proprio ordinamento nazionale si veda il caso *Collins & Aikman Europe, SA, the High Court of England and Wales, Chancery Division, [2006], EWCH 1345 (Ch)*, disponibile all’indirizzo www.bailii.org: nella fattispecie, l’intesa restò informale, senza confluire in un protocollo negoziale scritto, facendo leva su quello che nella giurisprudenza anglosassone è stata definita una *obligation of conscience* dell’*administrator*; la pratica di questo impegno è stata poi affinata in una varia casistica successiva, sulla quale si fa rinvio a LEANDRO, (nt. 21), 121.

ambiti del proprio sindacato, misurerà gli interessi in gioco e valuterà infine l'opportunità di dare comunque luogo ad una procedura secondaria.

Non è possibile, in questa sede dilungarsi oltre sul punto (25). Nondimeno, la fattispecie andava richiamata perché essa, a propria volta, ben può inserirsi nell'ambito di procedure di gruppo: non può essere escluso che una *non-main proceeding* si innesti nel più ampio quadro di un coordinamento tra procedure di società di gruppo, ove la *holding* o una società eterodiretta, di per sé considerate, abbiano in un diverso Stato membro una "dipendenza" rilevante secondo la definizione dell'art. 2 Reg. (24).

3.1. (Segue): *Insolvency Protocols*. — È noto che lo strumento del protocollo, invalso nella pratica del commercio internazionale specialmente negli anni Novanta del secolo scorso (25), ha trovato la paradigmatica applicazione nel caso della crisi del gruppo *Lehman Brothers Inc.* (26) e ha ricevuto consacrazione nella Legge Modello Uncitral, artt. 25 e 27, lett. d), oltre che, appunto, nel *recasting* del Reg. (27).

Il "protocollo" non è oggetto di apposita definizione nell'ambito dell'art. 2, Reg., che pure — e secondo la prassi delle normative unioniste — contiene in apertura un dettagliato elenco di definizioni; e forse l'esplicitazione di una nozione generale e *ad hoc* poteva risultare preferibile, rispetto alla opzione di usare senz'altro il termine, sovente accostandolo, peraltro, a quello (pleonastico?) di "accordi", per affermare che le parti sono ammesse a siglare, appunto

(25) Si fa rinvio a F. PASQUARIELLO, (nt. 21).

(24) Cfr. BORK, MANGANO, (nt. 7), 285.

(25) A far tempo dal cd. caso Maxwell, *In re Maxwell Communication Corp* [93 F 3d 1036 (2d Cir. 1996)], che ha interessato società stabilite in Canada, USA e UK.

(26) Cfr. www.lehman-docket.com. In ambito Europeo, va segnalato il caso Nortel, sul quale si è pronunciata (ancora nel vigore del precedente Reg 1346/2000) la Corte di giustizia, 11 giugno 2015, C-649/13; il caso EMTEC, che ha visto la crisi di società di un gruppo operante tra Paesi Bassi, Francia, Germania ed Asia, e ha dato luogo alla stipulazione di un protocollo tra amministratori delle procedure francesi e tedesche; ed il caso SENDO Int.Ltd., con protocollo siglato tra l'amministratore inglese di una procedura di *administration* e l'amministratore francese di una secondaria di *liquidation judiciaire*: altri riferimenti di dettaglio in FUMAGALLI, *I protocolli tra le procedure nella disciplina transfrontaliera dell'insolvenza*, in *Crisi transfrontaliera d'impresa*, (nt. 2), 181 ss.

(27) Sul tema *v. ex multis*, ALTMAN, *A test case in International Bankruptcy Protocols: the Lehman Brothers Insolvency*, in 12 *San Diego Int'l L.J.*, 2011, 463; BARTELD, *Cross-Border Bankruptcy and the Cooperative Solution*, in 9 *Int'l L. & Mgmt. Rev.*, 2012, 27 ss.; BORK e MANGANO, (nt. 7), 289; ESPINELLA, *Los protocolos concursales*, ADCo, n° 10, 2007, 165-19; FLASCHEN, SILVERMAN, *Cross-Border Insolvency Cooperation Protocols*, *Texas International Law Journal*, 1998, vol. 33, 589; KAMALNATH, *Cross-Border Insolvency Protocols: A Success Story?*, *International Journal of Legal Studies and Research (IJLSR)* 2013, vol. 2, no. 2; J.S. LUBBEN & S. WOO, (nt. 18); PECK, "Lehman Brothers and the Limits of the Universalism", *Insolvency Lawyers Association Annual Dinner*, 27 November 2014, available at <https://www.ilauk.com/docs/ilaadlecturejpeckdoc.pdf>; VALLAR, *La crisi dei gruppi bancari internazionali. Metodi di diritto internazionale privato e coordinamento tra sistemi*, Padova, Cedam, 2017, 101 ss.; VATTERMOLI, MADAU, F. PASQUARIELLO, RECALDE CASTELLS, *Transnational Protocols: a cooperative tool for managing cross-border insolvency*, Padova, Cedam, 2021; VATTERMOLI, (nt. 6), 602; ID., *Gli insolvency protocols nelle operazioni di ristrutturazione del gruppo di imprese in crisi*, in *Dir. banca e mercati fin.*, 2019, 11; WESSELS, *A glimpse to the future: Cross-border judicial cooperation in Insolvency cases in the European Union*, *Int. Insol. Rev.*, (2015) DOI: 10.1002/iir.1234; WESSELS, MARKELL, KILBORN, *International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters*, Oxford, Oup, 2009.

“accordi o protocolli” (28). Peraltro, in ogni traduzione del Regolamento figura espressione linguistica analoga (29).

In una interpretazione che vuole risultare costruttiva — e non inutilmente pedante — va considerato che la congiunzione “o” non pare valga a disgiungere concetti antitetici e logicamente alternativi; ma assume, piuttosto, il significato dichiarativo ed esplicativo di un “ovvero”, quindi rimanda comunque a fattispecie negoziali in senso lato. Nemmeno è dato distinguere ed attribuire all’accordo portata e contenuto specifico e di dettaglio, assegnando invece al protocollo una più ampia ed esauriente sistemazione di ogni aspetto legato ai temi della cooperazione e del coordinamento.

In effetti, lo stesso Cons. 49, Reg., afferma indistintamente per accordi o protocolli che essi “possono variare per forma, sia scritta che orale, nonché per ambito di applicazione, da generico a specifico, e possono essere conclusi da parti differenti. Semplici accordi generici possono evidenziare la necessità di una stretta cooperazione tra le parti senza affrontare questioni specifiche, mentre accordi specifici più dettagliati possono definire un quadro di principi per disciplinare le procedure d’insolvenza multiple e possono essere approvati dai giudici coinvolti, laddove il diritto nazionale lo richieda. Essi possono indicare che le parti hanno concordato di adottare o di astenersi dall’adottare determinati provvedimenti o azioni”.

Scopo dello strumento è, classicamente, facilitare la cooperazione transfrontaliera, fissando una serie di adempimenti che — invece di essere lasciati alla estemporanea iniziativa del più diligente — le parti si impegnano ad osservare; dove “parti” risultano gli IP delle procedure, ma anche il debitore non spossessato (30); e con un possibile ruolo di supervisione del giudice, se ammissibile secondo il diritto interno (31). Fermo il limite della compatibilità “con le norme applicabili a ciascuna procedura” (32). E ferma la clausola generale del perseguimento dell’obiettivo di non arrecare, mediante questi strumenti spontanei, pre-

(28) Così al Cons. 49; all’art. 41, Reg. ed all’art. 56 per la cooperazione tra amministratori.

(29) E, così, sempre nel Cons. 49 e negli artt. 41 e 56 Reg., nella versione francese si legge “conclusion d’accords ou de protocoles”; in quella inglese “including the conclusion of agreements or protocols”; in quella spagnola “incluida la celebración de acuerdos o protocolos”; in tedesco “einschließlich durch den Abschluss von Vereinbarungen oder Verständigungen, erfolgen”. Si veda poi il *Glossary* della *Uncitral Guide*, ove è sempre impiegato il solo termine “agreement”.

(30) L’ultimo comma dell’art. 41, Reg. riferisce testualmente la cooperazione e comunicazione tra amministratori di procedura principale e secondaria di insolvenza, *mutatis mutandis*, anche al debitore non spossessato (sul quale cfr. altresì l’art. 5, Dir. UE 1023/2019). L’affermazione non è priva di incognite, a tacere del suo necessario coordinamento col diritto di difesa e con i doveri di diligenza professionale, da applicare al debitore medesimo; per un primo commento cfr. Boggio, (nt. 21), 236.

(31) Cfr. artt. 42, comma 3, lett. e) e 57, comma 3, lett. e), Reg. Peraltro l’intervento del giudice pare riferito ai soli protocolli e non già agli “accordi”.

(32) La soggezione dell’accordo alla legge inderogabile è scontata, ma la condizione di non risultare “incompatibile con le norme applicabili alle rispettive procedure” è ad ogni buon conto ribadita dagli artt. 41-43 e 56-58, Reg. Giova ricordare che in forza della generale previsione dell’art. 7, Reg., si assegna alla *lex fori concursus* la regolazione dei limiti legali alla autonomia negoziale, in molte delle materie che risultano materia disponibile nel protocollo.

giudizio alcuno ai creditori concorsuali, secondo il criterio *no creditor worse off* ⁽⁵³⁾.

L'esperienza mostra l'utilità di regolare, col Protocollo, svariati profili ⁽⁵⁴⁾, quali, ad esempio:

(i) la fissazione delle modalità e del *timing* dei flussi informativi interni alle procedure, formalmente autorizzando l'IP di una singola procedura ad interloquire in via ufficiale con il giudice di un'altra o con un altro IP, ed, anzi, a ciò compulsandolo. Peraltro, lo scambio di informazioni tra organi delle procedure è un valore cruciale nella visione del legislatore UE, secondo il Cons. 48, Reg.: "Un'adeguata cooperazione comporta una stretta collaborazione tra i diversi amministratori delle procedure di insolvenza e giudici coinvolti, in particolare attraverso un sufficiente scambio di informazioni". Evidente che l'interesse alla condivisione di informazioni deve trovare bilanciamento, nondimeno, nella tutela di diritti di riservatezza e posizioni giuridiche soggettive del debitore ⁽⁵⁵⁾;

(ii) il raccordo nelle operazioni relative alle liquidazioni in blocco;

(iii) la fissazione di udienze simultanee o coordinate, che si lasciano consigliare specie negli snodi cruciali delle procedure, come l'accertamento del passivo nelle liquidazioni o le omologazioni nei concordati: con ciò, facendo fronte alle numerose e non secondarie formalità tecniche ed operative imposte dalla pratica, e legate — ad esempio — all'impiego di mezzi di videocomunicazione a distanza o al coinvolgimento di traduttori ufficiali ⁽⁵⁶⁾; a tacere dei presidi di tutela dei diritti fondamentali alla difesa ed al contraddittorio nel giusto processo;

(iv) l'individuazione delle regole di conflitto sulla legge applicabile, ove non ostino principi inderogabili del diritto internazionale privato, ma sussistano spazi di autodeterminazione;

(v) la condivisione delle strategie circa l'esperimento di azioni recuperatorie o di responsabilità o anche circa le scelte da esercitare in relazione a contratti pendenti e in corso di esecuzione;

(vi) la nomina di un unico IP nel ruolo di supervisore. Questo aspetto è tipico — lo si vedrà di seguito — nella Procedura di coordinamento di gruppo; è

⁽⁵³⁾ Sul punto v. *infra* nt. 57 e 58.

⁽⁵⁴⁾ In relazione al contenuto dei Protocolli si veda la *Checklist by European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-border Insolvency- INSOL Europe*. Si aggiunga il modello elaborato nell'ambito del progetto Top Justice di cui sopra nt. 1 e consultabile in VATTERMOLI, MADAU, F. PASQUARIELLO, RECALDE CASTELLS, (nt. 27), 437.

⁽⁵⁵⁾ Sul tema cfr. *Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-border cases*, American Law Institute, 2000. La copertura offerta dal protocollo potrebbe anche valere a rendere doverose, ed autorizzate, talune trasmissioni di dati, attenuando eventuali connesse responsabilità: potrebbe escludersi che sia ingiusto il danno, pure cagionato al debitore per effetto della circolazione di informazioni sulla sua crisi/insolvenza.

⁽⁵⁶⁾ Si aggiungono gli effetti del recepimento della Dir. 1023/2019: entro il 17 luglio 2021 (art. 34, par. 1, salvo proroghe), gli Stati membri sono tenuti ad adottare e pubblicare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva, ad eccezione della normativa in tema di uso di mezzi di comunicazione elettronici, anche nelle situazioni transfrontaliere, di cui all'art. 28, par. 1, lett. a), b) e c), disposizioni che dovranno essere adottate e pubblicate al più tardi entro il 17 luglio 2024.

possibile ed eventuale nell'ambito di un Protocollo, a seconda delle esigenze e delle opportunità del caso concreto. Giova ricordare che tale nomina deve risultare conforme ai requisiti di legge richiesti da ciascuna legge nazionale applicabile alle procedure interessate; con l'avvertenza che peraltro i requisiti per la nomina potrebbero essere divergenti, nei vari ordinamenti nazionali coinvolti ⁽³⁷⁾.

Il protocollo gioca, poi, un ruolo cruciale nella messa a punto del piano in continuità aziendale, per tutte o per talune delle imprese in crisi/insolventi, o per loro rami; ovvero, per il coordinamento di piani di riorganizzazione già presentati; oltre che, negli scenari di liquidazione, per la gestione dell'esercizio (provvisorio) dell'impresa e, in tali ambiti, per la necessaria misurazione dei margini di convenienza per i creditori, che condiziona la possibilità di proiettarsi in un supplemento di fase produttiva attiva. Se poi, come possibile, ed anzi, auspicabile, le diverse logiche conservative/in continuità si avvalgono di tecniche sofisticate di riorganizzazione societaria, mediante aumenti del capitale con esclusione del diritto di opzione, o conversioni del capitale di credito in capitale di rischio, o altre operazioni straordinarie, allora "la ristrutturazione del gruppo, specialmente se a dimensione multinazionale, ben difficilmente potrebbe in concreto realizzarsi in mancanza di un *cross-border insolvency agreement* tra i rappresentanti delle varie procedure aperte nei confronti delle singole componenti del medesimo" ⁽³⁸⁾.

Nonostante l'indubbia utilità, lo strumento resta pressoché sconosciuto anche agli operatori più qualificati, non solo nell'orizzonte italiano, ma pure in quello degli altri ordinamenti continentali ⁽³⁹⁾. Ma il Reg., direttamente applicabile in ogni ordinamento interno come fonte di rango primario, risulta ben idoneo ad incentivare l'uso del protocollo, al quale è conferita tipicità. Anzi, trova supporto un impiego del protocollo pure sul piano del diritto interno, e a considerare crisi o insolvenze tutte domestiche. In effetti, benché il Reg. abbia

⁽³⁷⁾ VATTERMOLI, (nt. 7), 585.

⁽³⁸⁾ Cfr. VATTERMOLI, (nt. 27), 11, ove si aggiunge che "Sarebbe invero praticamente impossibile riuscire a formulare un piano unico o più piani collegati ed interferenti, oppure ad allineare il *timing* della presentazione delle proposte e della votazione delle stesse, senza che alla base vi sia un accordo specifico tra i responsabili delle varie procedure; così come impossibile sarebbe procedere al risanamento indiretto, attraverso cioè la cessione aggregata delle consistenze patrimoniali di gruppo, in difetto di simili accordi".

⁽³⁹⁾ L'indagine condotta nel 2019 nell'ambito della prima fase del progetto di ricerca ToP justice "*Transnational Protocols: A Cooperative Tool for Managing European Cross-Border Insolvencies*", JUST-AG-2017/JUST-JCOO-AG-2017, finanziato dalla Commissione UE (che ha coinvolto anche la Autrice per l'Università di Verona), ha evidenziato che la quasi totalità degli intervistati nelle giurisdizioni oggetto d'esame (Italia, Germania e Spagna), non conosce lo strumento dei protocolli di cooperazione e coordinamento tra procedure. Il dato risulta ancora più significativo se valutato alla luce del campione di riferimento dell'indagine, costituito da professionisti (Avvocati, Giudici e Commercialisti) selezionati per la loro particolare specializzazione professionale nella materia dell'insolvenza. I risultati del questionario somministrato sul territorio italiano mostrano che il 94,38% degli intervistati non si è mai imbattuto in un protocollo nella propria esperienza professionale. Il dato si presenta in linea con quanto espresso dai professionisti intervistati in Germania, il 74% dei quali non ha avuto esperienze pregresse con i protocolli. Nonostante l'assenza di esperienza diretta, il 66,67% dei professionisti italiani intervistati ha dichiarato di ritenere i protocolli un utile strumento operativo in materia di insolvenza e crisi di impresa.

nelle insolvenze intra-UE il proprio diretto campo di applicazione, in forza di un'operazione interpretativa che non pare troppo ardita, gli amministratori delle procedure italiane potrebbero ritenersi legittimati ad addivenire a soluzioni negoziali che, in relazione alle procedure di gruppo, prevedano la realizzazione degli obiettivi di coordinamento indicati anche dal CCI nostrano: vale a dire, segnatamente, un allineamento tra i programmi di liquidazione, rispettivamente redatti per le società del gruppo a mente dell'art. 287 CCI, indicando "le modalità del coordinamento nella liquidazione degli attivi delle diverse imprese"; ed anche un allineamento tra piani concordatari "reciprocamente collegati ed interferenti", come l'art. 284 CCI consente in caso di concordati di imprese di gruppo domestico. Inoltre, l'art. 288 CCI, in relazione a procedure tanto concordate come di liquidazione aperte a carico di società di gruppo, pone un obbligo di comportamento specifico ("gli organi di gestione delle diverse procedure cooperano per facilitare la gestione efficace di tali procedure"), che ben potrebbe integrare il fondamento normativo di un protocollo interno ⁽⁴⁰⁾.

Persiste, nondimeno, l'incertezza legata alla natura *binding* del protocollo ⁽⁴¹⁾, ed alla possibilità di impiegare, in caso di inadempimento totale o parziale, i rimedi di *enforcement* privatistici ⁽⁴²⁾; ovvero, quelli endoprocedurali,

⁽⁴⁰⁾ In tal senso, cfr. SCOGNAMIGLIO, (nt. 5), 41.

⁽⁴¹⁾ Cfr. Modello di Insolvency Protocol elaborato nell'ambito del progetto di ricerca sopra menzionato, nt. 39: art. 4 "Parties as referred in article 1 may conclude one of the following agreements or protocols: [Variant A: Binding Protocol] (1) The terms of this protocol are legally binding to the Parties with the limitations described in Article 8. The performance of duties including the consequences of a breach of duties under the protocol is owed as described in Article 9. Any dispute relating to the validity, interpretation, performance or non-performance of this protocol may be addressed in accordance with Article 12. (2) The obligations, rights and remedies of each Party provided in this protocol are cumulative and not exclusive of any obligations, rights or remedies provided by law. Neither the terms of this protocol nor any actions taken under the terms of this protocol shall prejudice or affect the powers, rights, claims and defences of the debtors and their estates, the creditors' committee, the insolvency practitioners or any of the debtor's creditors under the applicable law. (3) No Party may fully or partly rescind unilaterally derogate this protocol. Whenever a Party to the protocol decides to depart from its terms based on the ground that acting in accordance is incompatible with the law applicable to the respective proceedings, or is not appropriate to facilitate the effective administration of the proceedings, or entails a conflict of interest, the decision to depart and the grounds to doing so shall be communicated to the other Parties without delay. Any such delay may result in the obligation to indemnify any damages caused as a consequence, without prejudice of the measures that may result from the applicable rules. [Variant B: Non-binding Protocol]: (1) The terms of this protocol are not meant to impose any legal obligations to the Parties, which have not already existed under the respective applicable laws. The measures, rights and remedies of each Party provided in this protocol describe expectations and intentions in the way existing duties are fulfilled and discretion is being exercised with a view to establish mutual trust. (2) Neither the terms of this protocol nor any actions taken under the terms of this protocol shall prejudice or affect the powers, rights, claims and defences of the debtors and their estates, the creditors' committee, the insolvency practitioners or any of the debtor's creditors, equity or stakeholders under the applicable law. (3) Whenever a Party to the protocol decides to depart from its terms based on the conclusion that acting in accordance is incompatible with the rules applicable to the respective proceedings, or is not appropriate to facilitate the effective administration of the proceedings, or entails a conflict of interest, or for any other reasons, the decision and its reason shall be communicated to the other Parties without delay. Any such delay may result in the obligation to indemnify any damages caused as a consequence".

⁽⁴²⁾ Vale a dire, in questo caso, i rimedi risarcitori — a carico della procedura, che è "parte" dell'accordo — ovvero invalidanti, secondo il codice civile; va vagliata anche la possibilità di

quali, in diritto italiano, il reclamo contro gli atti del curatore o del giudice ⁽⁴³⁾; oltre alle responsabilità professionali dell'IP ⁽⁴⁴⁾. Vi è che simili aspetti, lungi dal prestarsi ad un inquadramento univoco, dipendono invece sia dal contenuto concreto del singolo protocollo considerato, sia dalla legge nazionale applicabile nel caso concreto ⁽⁴⁵⁾.

A quest'ultimo proposito, e a considerare il diritto italiano, il principale disincentivo all'impiego dello strumento riposa, per certo, nella incognita celata nella sua difficile sussunzione in categorie dogmatiche conosciute. Questa operazione ricostruttiva è talmente impegnativa da non poter essere nemmeno tentata in questa sede; su di essa ci si riservano ulteriori approfondimenti, sempre che lo sforzo non risulti inopportuno, per non dire metodologicamente scorretto, giacché l'istituto, che non scaturisce dall'ordinamento domestico, non riesce ad essere giustamente inquadrato in una tassonomia costruita su categorie di diritto interno. All'evidenza, in prima battuta, ed esclusi gli istituti del diritto internazionale (giacché il protocollo non mette in relazione i diversi Stati, ma gli organi delle singole procedure), vengono in considerazione le fattispecie riconducibili al principio di *comity* e del *gentlemen's agreement*; ma questo riferimento risulta inadeguato, dopo che il Regolamento ha tipizzato l'istituto, riscattandolo dagli ambiti della *softlaw*.

Possono essere invocate, allora, le fattispecie contrattuali in senso stretto (e, così, il contratto quadro, o il regolamento contrattuale, ovvero il contratto plurilaterale con comunione di scopo), alle quali tuttavia difetta il requisito della patrimonialità del rapporto negoziato e l'attitudine a disporre di posizione giuridiche soggettive proprie delle parti, se è vero che gli organi delle procedure esercitano, col protocollo, scelte inerenti alla propria funzione. Vengono piuttosto in considerazione, così, gli istituti pianificatori contemplati dal diritto concorsuale ⁽⁴⁶⁾, mediante i quali si esplicano poteri e facoltà da questo riconosciuti, quali, ad esempio, il programma di liquidazione giudiziale.

4. (Segue): *la "Procedura di coordinamento di gruppo"*. — Si deve ora considerare, nel quadro delle modalità di *procedural consolidation* approntate dal Reg., la nuova disciplina sulla Procedura di coordinamento di gruppo (artt. 61 ss. Reg.), di natura spontanea e volontaria, che, in un approccio di territorialismo cooperativo, crea un ulteriore spazio procedurale di raccordo tra le diverse procedure concorsuali eventualmente avviate a carico delle singole

riscontrare o no profili di buona fede nella esecuzione del protocollo; l'esercizio di diritti di recesso; l'applicabilità del sistema relativo ai vizi del volere.

⁽⁴³⁾ Nel CCI, vengono in considerazione, per la liquidazione giudiziale gli artt. 124 e 133, che corrispondono agli artt. 26 e 36 l. fall.; *adde*, forse, gli strumenti utili per portare ad esecuzione il piano di concordato, secondo gli artt. 116 e 118 CCI.

⁽⁴⁴⁾ Possono venire in considerazione le responsabilità del curatore (per inadempimento dei doveri "imposti dalla legge o derivanti dal programma di liquidazione": art. 136 CCI) e del commissario (art. 92 CCI), sul presupposto che *ivi* possa rientrare l'inadempimento del protocollo.

⁽⁴⁵⁾ In tal senso cfr. anche FUMAGALLI, (nt. 26), 192.

⁽⁴⁶⁾ Così FUMAGALLI, (nt. 26), 194; VATTERMOLI, (nt. 27).

società del gruppo ⁽⁴⁷⁾; l'obiettivo, all'evidenza, è il conseguimento di più efficienti effetti di consolidamento procedurale.

Secondo il Reg., mediante la Procedura di Coordinamento di gruppo, che si aggiunge alle procedure parallelamente avviate per le singole società, si viene ad affidare la funzione di coordinamento ad un IP appositamente designato, in relazione ad una sola legge nazionale di riferimento.

Una procedura di coordinamento di gruppo può essere avviata da ogni IP, già nominato in una procedura nazionale, ovvero dal debitore non spossessato, con ricorso al giudice competente per la procedura a carico di una società del gruppo, secondo la *lex concursus* applicabile ⁽⁴⁸⁾. Quindi, in effetti, l'amministratore della procedura non è vincolato ad aprire la stessa presso la propria giurisdizione nazionale. Peraltro, mediante espresso accordo scritto tra almeno i due terzi degli amministratori nominati nelle procedure d'insolvenza delle società del gruppo, è possibile eleggere il Foro competente in via esclusiva per l'apertura della procedura di coordinamento, nella misura in cui gli IP lo ritengano "il più appropriato" (art. 66, Reg.); questo stesso giudice, ovviamente, procederà anche alla designazione del coordinatore ed alla assegnazione delle relative funzioni.

La domanda va corredata da una proposta in relazione al soggetto da designare come super-coordinatore di gruppo, mentre non è testualmente richiesta una descrizione circa la mappatura del gruppo — benché una simile indicazione risulti ben opportuna ⁽⁴⁹⁾ —. L'art. 62, Reg. fissa poi una *priority rule* a favore del giudice adito per primo: qualora l'apertura di procedure di coordinamento di gruppo sia chiesta dinanzi a giudici di vari Stati membri, i giudici diversi dal giudice adito per primo dichiarano la propria incompetenza a favore di quel giudice.

⁽⁴⁷⁾ Sul tema si veda BARIATTI, *Il Reg UE 2015/848 20 maggio 2015 relativo alle procedure di insolvenza (rifusione) una prima lettura*, www.ilfallimentarista.it, 9 settembre 2015; BOGGIO, *Introduzione al nuovo diritto UE in materia di insolvenza e preinsolvenza*, *Giur. it.*, 2018, I, 222; BORK, VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency regulation*, Oxford, 2016; BORK, R MANGANO, (nt. 7); DE CESARI, MONTELLA, (nt. 7); CERIL ("Conference of European Restructuring and Insolvency Law"), www.ceril.eu, June 2014; EIDENMÜLLER, *A New Framework for Business Restructuring in Europe: The EU Commission's Proposals for a Reform of the European Insolvency Regulation and Beyond*, *Maastricht Journ. Eur. & Comp. Law*, 2013, 147; LEANDRO, *Regulation (EU) n. 2015/848 and group of companies: choice between cooperation and coordination*, in *Crisi transfrontaliera di impresa* (nt. 2); MUCCIARELLI, *Private International Law Rules in the Insolvency Regulation Recast: A Reform or a Restatement of the Status Quo?*, *Eur. Comp. Fin. Law Rev.*, 2016, 26; MADDAUS, *Insolvency proceedings for Corporate Groups under the new Insolvency regulation*, *International Insolvency law Review*, 6 (2), 2015, 235 ss.; G. VALLAR, (nt. 27); VAN GALEN, *The European Insolvency regulation and Groups Company* (2008), <http://iii.global.org/component/downloads/finish/37/399>; VAN HOEK, VAN DER PLAS, SALOMONS, DE WEIS, *Dutch report on cross border Insolvency proceedings*, in *European and national Perspectives on the application of the European insolvency Regulation*, Roma, 2017; VATTERMOLI, (nt. 7), 585.

⁽⁴⁸⁾ Il Regolamento attuativo della Commissione 12 giugno 2017, (EU) 2017/1105, All. III, fornisce il formato standard per la formalizzazione delle opposizioni contro la Procedura di Coordinamento di Gruppo.

⁽⁴⁹⁾ In tal senso l'art. 289 CCI italiano: all'atto del ricorso per accedere a procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza presentato da un'impresa appartenente ad un gruppo occorre fornire "informazioni analitiche sulla struttura del gruppo e sui vincoli partecipativi o contrattuali esistenti tra le società e imprese e indicare il Registro delle imprese o i registri delle imprese in cui è stata effettuata la pubblicità ai sensi dell'art. 2497 bis c.c.. L'impresa deve, inoltre, depositare il bilancio consolidato di gruppo, ove redatto".

Vale la pena mettere in luce che, oltre alla facoltà di dare avvio ad una procedura di coordinamento di gruppo, ciascun IP designato per la procedura relativa alla singola società del gruppo detiene due ulteriori prerogative, secondo l'art. art. 60 Reg.: (i) essere sentito nelle procedure aperte nei confronti di un'altra società dello stesso gruppo; (ii) chiedere la sospensione di qualsiasi provvedimento relativo al realizzo dell'attivo nella procedura aperta nei confronti di un'altra società dello stesso gruppo ⁽⁵⁰⁾.

La procedura non è avviata se non sono soddisfatte le condizioni fissate dal Reg., art. 63, ossia: a) l'apertura di tale procedura serva a facilitare la gestione efficace della procedura d'insolvenza relativa alle diverse società del gruppo; b) nessun creditore di una società del gruppo di cui si prevede la partecipazione alla procedura possa essere svantaggiato finanziariamente dall'inclusione di tale società nella procedura in questione; c) il coordinatore proposto soddisfi i requisiti di cui all'articolo 71 Reg., non risulti già IP designato in una procedura territoriale e non versi in conflitto di interessi in relazione alle società del gruppo, i rispettivi creditori e gli IP già designati in ciascuna procedura. In caso di violazione di uno di tali requisiti e condizioni, la procedura di coordinamento di gruppo non può essere aperta e l'eventuale decisione di apertura è impugnabile secondo la legge nazionale applicabile.

Gli Uffici giudiziari presso il giudice adito curano la notifica della domanda di avvio della procedura di coordinamento di gruppo a tutti gli altri IP designati nelle altre procedure a carico di altre società del gruppo; nei successivi trenta giorni ciascun IP può proporre opposizione, in relazione tanto alla l'inclusione nella procedura di coordinamento di gruppo della società per la quale è stato nominato, quanto alla persona proposta nel ruolo di coordinatore. L'accoglimento dell'opposizione, evidentemente, investe la sola procedura per la quale la contestazione sia stata promossa. Una volta poi che la procedura sia stata avviata, incombe sui singoli IP o — eventualmente — sul debitore non spossessato un dovere di cooperazione, secondo l'art. 75 Reg.

La perimetrazione stessa del gruppo è spontaneamente delineata, giacché, da un lato, l'IP di una società originariamente non menzionata potrebbe sempre richiedere l'inclusione nella procedura di coordinamento (art. 69 Reg.); d'altronde, mediante l'opposizione — lo si accennava appena sopra — ogni singolo IP nominato può esercitare un'opzione di *optout* in relazione alla inclusione della propria società nell'ambito della procedura di coordinamento (oltre, come detto, a poter contestare la nomina del coordinatore di gruppo, secondo l'art. 64 Reg.). La formazione della volontà circa la determinazione sulle operazioni di *opt-out* o di *opt-in* appena menzionate è rimessa alla regolazione nazionale applicabile alla

⁽⁵⁰⁾ Questa facoltà, a sua volta, è condizionata a che: i) sia stato proposto, ai sensi dell'articolo 56, paragrafo 2, lettera c), un piano di ristrutturazione per tutte o alcune delle società del gruppo per le quali è stata aperta una procedura d'insolvenza, che presenti ragionevoli possibilità di successo; ii) tale sospensione sia necessaria al fine di garantire l'adeguata attuazione del piano di ristrutturazione; iii) il piano di ristrutturazione sia a vantaggio dei creditori nell'ambito della procedura per la quale è stata richiesta la sospensione; e iv) né la procedura d'insolvenza in cui l'amministratore delle procedure di insolvenza di cui al paragrafo 1 del presente articolo sia stato nominato né la procedura per la quale è stata richiesta la sospensione siano soggette al coordinamento (art. 60 Reg.).

singola procedura, con eventuale coinvolgimento del giudice nazionale e/o dell'organo rappresentativo dei creditori. Talune legislazioni nazionali, in effetti, fissano, a livello domestico, le modalità di questo procedimento decisionale, del quale il Regolamento non si occupa ⁽⁵¹⁾.

La disciplina della iniziativa per l'apertura della Procedura di coordinamento di gruppo, della sua ammissione, della elezione del Foro competente, del procedimento di scelta del giudice nazionale al quale assegnare la competenza internazionale, delle eventuali opposizioni dell'amministratore di una singola procedura per esercitare *opt-out*, la ripartizione dei costi, la condivisione dei dati etc, ebbero tale disciplina risulta talmente dettagliata da sconsigliare, in questa sede, un'analisi ulteriormente approfondita ⁽⁵²⁾.

Merita però specifica considerazione la figura del coordinatore: egli deve svolgere la propria funzione agendo con imparzialità ed in assenza di conflitti di interesse, secondo gli usuali parametri di diligenza professionale; si suppone, poi, che condivida dati ed informazioni con i singoli IP. Inoltre, a mente dell'art. 72 Reg., al coordinatore spettano specifiche prerogative, nella logica di delineare i contorni di modalità di raccordo nell'azione di coordinamento delle procedure. In particolare, il coordinatore può: "a) essere sentito e partecipare alle procedure aperte nei confronti di una società del gruppo, in particolare presenziando alle assemblee dei creditori; b) mediare nelle controversie tra due o più amministratori delle procedure di insolvenza di società del gruppo; c) presentare e illustrare il suo piano di coordinamento di gruppo alle persone o agli organismi a cui è tenuto a riferire ai sensi della legislazione nazionale; d) chiedere agli amministratori delle procedure di insolvenza informazioni su qualsiasi società del gruppo laddove tali informazioni servano o possano servire a individuare e formulare strategie e misure per il coordinamento delle procedure; e) chiedere una sospensione delle procedure aperte nei confronti di qualunque società del gruppo per un periodo non superiore a sei mesi.

L'art 75 Reg. afferma poi anche che il giudice — d'impulso d'ufficio o su richiesta di un IP — può procedere alla revoca della nomina del coordinatore ove si avveda che lo stesso agisce in danno dei creditori o di società partecipanti al gruppo.

Ma l'aspetto di maggiore interesse nella fattispecie risulta, forse, la redazione del piano di coordinamento di gruppo, proposto dal coordinatore, al fine di individuare, illustrare e raccomandare una serie completa di misure rispondenti a un approccio integrato alla risoluzione delle situazioni di insolvenza delle società del gruppo. In particolare, il piano può contenere proposte concernenti: "i) le misure da adottare per ripristinare la redditività e la solidità finanziaria del

⁽⁵¹⁾ Cfr. Ceril, (nt. 47).

⁽⁵²⁾ Cfr. Artt. 61-77 Reg. Su questi temi cfr. BARIATTI, CORNO, *Il Regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo e del consiglio relativo alle procedure di insolvenza (rifusione). Una prima lettura*, in www.ilfallimentarista.it, 9 sett. 2015; FAZZINI, WINKLER, *La proposta di modifica del regolamento sulle procedure di insolvenza*, in *Dir del comm. Internaz.*, 2013, 163; MOSS - SMITH, *Commentary on Regulation 1346/2000 and recast regulation 2015/848 on Insolvency proceedings*, in MOSS, FLETCHER, ISAACS, *The EU Regulation on Insolvency Proceedings*, Oxford, 2016, 515; THOLE - DUENAS, *Some observations on the New Group Coordination Procedure of the reformed European Insolvency Regulation*, *International Insolvency Review*, 2015, 220.

gruppo o di una parte del medesimo; ii) la composizione delle controversie infragruppo per quanto riguarda le operazioni infragruppo e le azioni revocatorie; iii) gli accordi tra gli amministratori delle procedure di insolvenza delle società insolventi del gruppo” (53). Nella logica di delineare la tempistica della procedura e favorire l’implementazione del piano, il coordinatore potrebbe poi operare la scelta di richiedere una sospensione di fino a sei mesi a carico di ogni altra procedura territoriale a carico di una società del gruppo.

Evidente che la maggiore difficoltà nella redazione di questo piano si incontrerà, probabilmente, al momento di conciliare logiche liquidatorie e logiche conservative in relazione alle diverse imprese del gruppo (54).

Inoltre, l’importanza della introduzione dello strumento del piano di coordinamento, che pure segna un significativo progresso nella elaborazione di tecniche di coordinamento endogruppo, esce ridimensionata dal suo carattere non vincolante, giacché, secondo l’art. 70 Reg. gli IP non sono vincolati ad adeguarvisi, ma possono scegliere se conformarsi o no alle raccomandazioni del coordinatore, per come espresse nel piano. Benché l’IP sia richiesto di motivare le ragioni per le quali valuta di discostarsi dal piano di coordinamento, è altrettanto vero che in ogni caso il Regolamento non prevede modalità di verifica della fondatezza delle considerazioni poste a fondamento della decisione.

Se l’IP non segue le raccomandazioni ricevute, deve motivare la propria scelta, secondo un meccanismo di *comply or explain rule*, rendendo conto al soggetto o all’organo al quale risponde del proprio operato secondo la normativa di diritto interno. L’IP può esercitare questa scelta non solo per ragioni di merito, per convenienza ed opportunità, ma anche e soprattutto per questioni di legalità: è scontato ripetere che ciascun IP resta soggetto alla propria legge nazionale ed è quindi tenuto — non solo facoltizzato — ad ignorare ogni eventuale raccomandazione o indicazione del coordinatore che possa comportare una violazione della *lex concursus* applicabile alla procedura.

5. *Considerazioni critiche sulla efficacia delle soluzioni normative.* — Nella logica di consolidamento procedurale che si è più volte richiamata, mette conto confrontare il grado di efficacia mostrato dalle soluzioni normative offerte dal Reg. In questo approccio, in prima battuta, si può osservare che il contenuto tanto del piano della Procedura di coordinamento di gruppo quanto del Protocollo risultano parimenti liberi e flessibili, così che in entrambi i casi può essere raggiunto un variabile livello di integrazione tra procedure.

In secondo luogo, Protocolli e Procedura di Coordinamento di Gruppo scaturiscono entrambi da una manifestazione di volontà e di autonomia, essendo rimessa alla scelta concertata degli organi delle procedure non solo *l’an* ma anche il *quomodo* della soluzione, alle condizioni consentite dal Reg. Questo è piuttosto scontato se si considera il Protocollo come uno strumento in senso lato negoziale.

(53) Cfr. art. 72, Reg.

(54) Lo stesso vale per il piano di ristrutturazione di gruppo menzionato dall’art. 60, Reg. che è, essenzialmente, un piano di coordinamento proposto da un IP in una delle singole procedure che riguardano una singola società del gruppo, in luogo del vero e proprio coordinatore.

Non altrettanto se si considera la Procedura di coordinamento di gruppo, che di per sé e in linea di principio poteva essere prevista come vincolante.

L'opzione normativa *soft* di assicurare il carattere volontario e spontaneo della Procedura di Coordinamento di Gruppo si giustifica per varie ragioni: a parte le difficoltà, a livello internazionale, di acconsentire ingerenze nelle procedure domestiche, va considerata la variegata realtà della dimensione di gruppo, che suggerisce soluzioni flessibili. In effetti, pure la recente riforma del diritto concorsuale italiano opera la medesima scelta normativa, nel prevedere un — possibile, ma non necessario — allineamento tra i programmi di liquidazione giudiziale, rispettivamente redatti per le società del gruppo; ed anche un allineamento tra piani concordatari “reciprocamente collegati ed interferenti” (55).

Inoltre, entrambi gli strumenti in esame sono condizionati ai medesimi limiti, a pena di invalidità: ovviamente, il limite della compatibilità “con le norme applicabili a ciascuna procedura” (56), ma anche quello del rispetto dell'interesse dei creditori delle singole società coinvolte. La clausola generale può essere espressa nel criterio “no creditors worse off” (57), cioè, nell'obiettivo di non arrecare, mediante questi strumenti spontanei, pregiudizio alcuno ai creditori concorsuali. Si consideri, quanto alla procedura di coordinamento di gruppo, l'art. 63 Reg. (“nessun creditore di una società del gruppo di cui si prevede la partecipazione alla procedura possa essere svantaggiato finanziariamente dall'inclusione di tale società nella procedura in questione”); e, quanto ai protocolli, gli artt. 56-57-58 art. Reg., che insistono sul requisito di garantire una “gestione efficace delle procedure”. Il tema è per certo complesso, sia per la intrinseca difficoltà a selezionare il creditore che possa risultare svantaggiato economicamente, quanto ad individuare la soglia di rilevanza di questo nocumento, nell'economia complessiva dell'operazione. Tuttavia, va quanto meno preso atto della accresciuta centralità dell'obiettivo (minimale) di non arrecare danno ai creditori mediante strumenti tipici di regolazione della crisi o dell'insolvenza, testualmente recepito anche dai legislatori nazionali, come quello italiano (58).

(55) Nell'ambito del Codice della Crisi italiano, gli obiettivi di coordinamento sono indicati dagli artt. 284 e 287 CCI. Nello stesso senso v. l'art. 25 della *Ley concorsual*, come modificata dalla Ley n. 38/2011.

(56) Cfr. art. 7 Reg.: “Salvo disposizione contraria del presente regolamento, si applica alla procedura di insolvenza e ai suoi effetti la legge dello Stato membro nel cui territorio è aperta la procedura (lo «Stato di apertura»”. In relazione ai Protocolli si vedano pure gli artt. 41-43 e 56-58, Reg.

(57) Il parametro “no creditors worse off” fu enunciato livello di normativa UE forse per la prima volta dall'art. 34, co 1, lett. g), Dir. UE 59/2014 sui quadri di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento, (“no creditor shall incur greater losses than would have been incurred if the [resolution] entity ... had been wound up under normal insolvency proceedings”); e cfr. art. 22, comma 1, lett. c), d.lgs. 180/2015 (“c) nessun azionista e creditore subisce perdite maggiori di quelle che subirebbe se l'ente sottoposto a risoluzione fosse liquidato, secondo la liquidazione coatta amministrativa disciplinata dal TUB o altra analoga procedura concorsuale applicabile”).

(58) Va detto che simile parametro è assurdo, nella più recente versione del Codice della Crisi italiano, a valore generale di riferimento in relazione alla percorribilità degli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza, in alternativa allo scenario della liquidazione giudiziale (cfr. artt 84 e 87, comma 2, e 3, CCI; *adde* artt. 284-285 CCI). Sul tema, per tutti cfr. D'ATTORRE, *Le regole di distribuzione del valore*, in *Fallimento* 2022, 1223; FABIANI, *Un affresco sulle nuove “milestones” del*

Quindi, mentre le Procedure di Coordinamento di Gruppo, al pari del Protocollo, vengono in considerazione come strumenti di efficiente gestione delle procedure e di facilitazione sul piano amministrativo, è stabilito che tali strumenti, se anche non riescano a portare risultati migliorativi per i creditori, giammai possono tradursi in un aggravio non solo di tempi, ma anche di costi ⁽⁵⁹⁾.

Infatti, specie la procedura di coordinamento di gruppo potrebbe ben comportare un aggravio di spesa ⁽⁶⁰⁾, tanto che l'art. 72, comma 6, Reg. pone un argine di controllo sul rischio del mancato rispetto dei costi: "Qualora il coordinatore ritenga che lo svolgimento dei suoi compiti comporti un significativo aumento delle costi rispetto alle stime di cui all'articolo 61, paragrafo 3, lettera d), e, in ogni caso, nell'eventualità di un superamento del 10 % dei costi stimati, il coordinatore: a) informa senza indugio gli amministratori delle procedure di insolvenza partecipanti; e b) chiede l'approvazione preventiva del giudice che ha aperto la procedura di coordinamento di gruppo". Il Reg. peraltro stabilisce che la valutazione dei costi vada effettuata in tre occasioni: prima dell'apertura della procedura; durante la procedura; alla chiusura della procedura.

Ulteriori dubbi sulla incisività della Procedura di coordinamento di gruppo e sull'effettivo impiego dello strumento hanno a che fare con la numerosità delle condizioni richieste e un elevato grado di complessità dell'*iter*. Ad indebolire l'efficacia della soluzione c'è poi il potere di *opt-out* riconosciuto a ciascuna società del gruppo e soprattutto dal carattere non vincolante del piano di coordinamento, seppure spontaneamente accettato dai singoli IP.

Per altro verso, è vero che la Procedura di coordinamento di gruppo ha carattere più marcatamente giudiziale, rispetto allo strumento, in senso ampio, contrattuale del protocollo; sicché la prima potrebbe meglio inserirsi nella

concordato preventivo, in *Dirittodellacrisi*, 6 ottobre 2022; PAGNI, *L'alternativa tra liquidazione giudiziale e strumenti di regolazione della crisi*, in *Fallimento* 2022, 1195; A. ROSSI, *I soci nella regolazione della crisi della società debitrice*, in *Società*, 2022, 945.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. per le procedure di gruppo, Considerando 57, Reg.: "Le procedure di coordinamento di gruppo dovrebbero sempre mirare a facilitare l'efficace gestione delle procedure d'insolvenza di società del gruppo e avere un impatto generalmente positivo per i creditori. Il presente regolamento dovrebbe pertanto assicurare che il giudice cui è stata presentata una domanda di procedura di coordinamento di gruppo valuti tali criteri prima di aprire una siffatta procedura"; e v. anche il Considerando 52 Reg.: "Nel caso in cui siano state aperte procedure d'insolvenza per varie società dello stesso gruppo, vi dovrebbe essere adeguata cooperazione tra i soggetti coinvolti in tali procedure. Ai vari amministratori delle procedure di insolvenza e giudici coinvolti dovrebbe pertanto incombere un obbligo di cooperare e comunicare tra loro analogo a quello che vige per gli amministratori delle procedure di insolvenza e giudici coinvolti nelle procedure principali e secondarie di insolvenza relative allo stesso debitore. La cooperazione tra gli amministratori delle procedure di insolvenza non dovrebbe mai andare contro gli interessi dei creditori di ciascuna procedura e dovrebbe essere tesa a trovare una soluzione che sfrutti le sinergie in seno al gruppo"). Per i Protocolli cfr. art. 44 Reg.

⁽⁶⁰⁾ Non ci si può nascondere la remora rappresentata dal rischio che l'operazione comporti "significant layer of cost and unnecessary complexity": così LAUGHTON, *The European Insolvency Regulation: Amendment proposals from the European Commission and the European Parliament - What next?*, Eurofenix Spring 2014, 20, 23; McCORMACK, *Reforming the Europe-an Insolvency Regulation: A Legal and Policy Perspective*, 10 JPIL 41, 58 (2014). Cfr. altresì STANGHELLINI, MOKAL, PAULUS, TIRADO (edited by), *Best practices in European restructuring. Contractualised distress resolution in the shadow of the law*, Padova, Cedam, 2018, 75.

esperienza continentale. In effetti, la principale remora all'impiego degli *Insolvency Protocols* sta nel fatto che si tratta ad oggi di strumenti ancora poco praticati e quindi carichi di incognite; con l'ulteriore difficoltà, per l'operatore di *civil law*, a familiarizzare con un ruolo del giudice che, nelle relazioni negoziali delle parti, riveste un possibile ruolo di "coordinamento dell'approvazione dei protocolli, se necessario" (art. 57, ultimo comma, lett. e), Reg.), senza essere chiamato a dirimere un conflitto né ad apporre una verifica omologatoria all'accordo stesso (61).

6. *Notazioni conclusive.* — Emerge dalla ricognizione svolta fin qui come la regolazione unionistica dell'insolvenza *cross-border*, mentre detta una disciplina cogente tesa a tracciare la cornice delle inter-relazioni procedurali, allo stesso tempo consente importanti aperture alle autodeterminazioni delle parti. Lo fa allorché prevede l'"impegno" di evitare l'apertura di procedure secondarie, lasciando avviata la sola principale e universale; allorché demanda a "protocolli" pattizi i profili di coordinamento tra procedure e collaborazione tra organi, tanto nella relazione, verticale, tra procedure primarie e secondarie, quanto nella relazione, orizzontale, tra procedure che riguardano società del medesimo gruppo; ed allorché ammette l'avvio su base spontanea di una superprocedura di coordinamento di gruppo.

Una simile opzione normativa deve essere ben apprezzata, in tanto in quanto si presta ad accogliere soluzioni flessibili e, così, maggiormente aderenti alla situazione di fatto del caso concreto, sulla scorta della varia natura delle relazioni infragruppo, relazioni che possono mostrare più o meno elevati gradi di coesione e integrazione, a seconda dell'intensità della attività di direzione e coordinamento svolta dalla *holding*.

Peraltro, la crescente centralità del tema della continuità aziendale in ambito concorsuale — misurabile a livello di legislazione tanto domestica (62) quanto unionistica (63) — sollecita ulteriormente visioni unitarie ed azioni coordinate nella gestione delle crisi, alla ricerca di percorsi di efficace realizzazione dell'obiettivo conservativo (in chiave oggettiva ovvero soggettiva), secondo una strategia fortemente complicata dalla dimensione transnazionale delle imprese interessate. E tali obiettivi di efficiente sinergia tra procedure locali difficilmente possono essere perseguiti mediante statuizioni di normative cogenti: di qui — di nuovo — la cruciale opportunità, nelle ristrutturazioni e riorganizzazioni di

(61) Cfr. PAULUS, *Judicial cooperation in Cross border Insolvencies. An outline of some relevant issues and literature*, on line: "generally speaking, common law courts are in favour of direct communication, and civil lawcourts are in opposition to, or at least reluctant to embrace it".

(62) E non solo in ambito concorsuale, nel quadro del riformato CCI, segnatamente art. 84 ss.; ma anche a livello di principi generali sull'impresa, secondo il novellato art. 2086 c.c. Su questi nuovi temi la letteratura è già vastissima e non è possibile in questa sede darne compiuto conto.

(63) Da ultimo, tale prospettiva ha trovato conferma nella Direttiva UE 2019/1023, 20 giugno 2019: *ivi* all'art. 4 si indica che il debitore abbia accesso a un quadro di ristrutturazione preventiva che gli consenta la ristrutturazione, al fine di impedire l'insolvenza, assicurare la sostenibilità economica, così da tutelare i posti di lavoro e preservare l'attività imprenditoriale (e v. altresì art. 3, par. 1, Dir. UE 2019/1023).

imprese transfrontaliere, di riconoscere spazio ai più flessibili strumenti della autonomia delle parti in senso lato, alla ricerca di soluzioni operative condivise.

D'altro lato, in senso critico sull'intervento normativo nel suo complesso, si potrebbe obiettare che il Reg. riveli un approccio alquanto timido in relazione al problema della crisi e insolvenza delle società del gruppo e, così, si dimostri scarsamente efficace ed incisivo⁽⁶⁴⁾. Tanto più a considerare la nozione limitata di gruppo fornita dall'art. 2, punti 13 e 14 Reg., che restringono l'ambito di applicazione delle nuove regole alle organizzazioni di gruppo di natura verticale e gerarchica, e non già a quelli di tipo orizzontale e paritetica⁽⁶⁵⁾. Peraltro, la casistica giurisprudenziale europea mostra molti casi in cui il gruppo preso in considerazione ai fini di domande di apertura di procedimenti in un Paese membro è una parte soltanto, quella europea, di una realtà di maggiori dimensioni. In queste ipotesi la *holding* del gruppo non è la reale capogruppo, ma la *subholding* europea. In proposito, è discutibile se sia nell'interesse al buon successo della procedura limitare artificiosamente il perimetro del gruppo perché, almeno nel caso di procedure transfrontaliere, ciò potrebbe ridurre le possibilità che la proposta di composizione della crisi possa avere successo⁽⁶⁶⁾. È prevedibile, comunque, che in fatto sarà in relazione ai maggiori gruppi transfrontalieri europei — verosimilmente, case automobilistiche o compagnie aeree — che i nuovi strumenti potranno trovare le migliori realizzazioni.

Ma realisticamente e tenuta ferma la piena applicazione, a livello di legge sostanziale, della singola normativa interna nazionale riferita ad una procedura, il Reg. porta il migliore risultato che poteva essere ottenuto: si evita di imporre la scelta tra la chiusura assoluta di un puro territorialismo, da un lato, e l'eccessiva apertura universalista, con necessarie rinunce alla sovranità e possibile incertezza *ex ante* sulle situazioni giuridiche soggettive, dall'altro.

Certo, la riuscita e l'effettività della soluzione di coordinamento prescelta restano largamente affidate alla buona volontà e all'iniziativa delle singole parti coinvolte; anzi, si può dire che ogni sforzo nel senso del coordinamento tra procedure di gruppo dipenda, in ultima analisi, dalle attitudini negoziali ed organizzative del coordinatore e degli IP.

Non ci si può nascondere la complessità di simili processi di cooperazione e coordinamento, che dovrebbero riuscire ad assorbire e contenere quel fisiologico antagonismo tra singole procedure, che può venire in considerazione allorché si tenti una composizione dei rispettivi interessi (*rectius*: una composizione degli interessi dei rispettivi creditori concorsuali) e si vogliano ricondurre ad un quadro pattizio condiviso posizioni intrinsecamente antitetiche⁽⁶⁷⁾: il riferi-

⁽⁶⁴⁾ Cfr. LEANDRO, (nt. 21).

⁽⁶⁵⁾ Cfr. MADAUS, (nt. 47).

⁽⁶⁶⁾ Cfr. DI MEO, PANZANI, *Procedure unitarie di gruppo nel Codice della Crisi*, www.ilcaso.it, 20 dicembre 2019.

⁽⁶⁷⁾ In effetti, gli artt. 56-57-58 Reg. esplicitano che occorre che cooperazione e coordinamento tra gli organi delle procedure del gruppo “non comporti conflitto di interessi”. Su questi temi non può essere omesso il riferimento a MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 321; ID., *Conflitto d'interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in questa *Rivista*, 1995, I, 710; SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e*

mento è, ovviamente, alle questioni sottese alle responsabilità da *mala gestio* o agli *intercompany claims* o alle revocatorie infragruppo o ai finanziamenti ed alle garanzie, pure infragruppo.

Infine, e a fronte dell'inconveniente rappresentato dai disallineamenti apprezzabili tra i vari diritti sostanziali nazionali, va pure considerato che un'importante opera di armonizzazione è in corso, per effetto del recepimento della Direttiva *Insolvency*, tesa proprio all'avvicinamento reciproco delle legislazioni nazionali, per lo meno, in materia di quadri di ristrutturazione preventiva (e di esdebitazione) ⁽⁶⁸⁾. Ci si aspetta, così, un ampliamento dello spazio giuridico comune degli Stati membri ⁽⁶⁹⁾, in un orizzonte giuridico-culturale di riferimento rinnovato ed allargato, fino a interessare ambiti — come quello del diritto concorsuale — sui quali, da sempre, è più insistita la rivendicazione di autonomia normativa ⁽⁷⁰⁾.

FEDERICA PASQUARIELLO

coordinamento nella riforma delle società di capitali, in questa *Rivista*, 2003, I, 673; SCONAMIGLIO, *Interesse sociale e interesse di gruppo*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholder* (in ricordo di Pier Giusto Jaeger), Milano, Giuffrè, 2010.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. Commissione EU Dir. *Insolvency* 2019/1023, 20 giugno 2019. Va osservato, come emerge dalla stessa *Relazione* di accompagnamento alla Proposta di Direttiva 22 novembre 2016 (COM/2016/0723 (*final*)), che essa “non armonizza gli aspetti centrali dell'insolvenza, quali le norme sulle condizioni per l'avvio della procedura di insolvenza, la definizione comune di insolvenza, il grado dei crediti e le azioni revocatorie in generale. Sebbene tali norme siano utili per raggiungere la piena certezza giuridica transfrontaliera, come confermato da molti portatori di interessi nel corso della consultazione pubblica, l'attuale diversità dei sistemi giuridici degli Stati membri in materia di procedure di insolvenza appare troppo grande per poter essere colmata, dati i numerosi legami tra il diritto fallimentare e i settori connessi del diritto nazionale, come il diritto tributario, il diritto del lavoro e il diritto della previdenza sociale. Un'armonizzazione prescrittiva potrebbe richiedere modifiche di ampia portata del diritto commerciale, civile e societario, mentre disposizioni flessibili rischiano di non apportare i cambiamenti auspicati. Inoltre, le norme in materia di insinuazione al passivo e accertamento dei crediti menzionati nella comunicazione della Commissione del dicembre 2012 sono poco rilevanti, tenuto conto dei miglioramenti apportati dal regolamento relativo alle procedure di insolvenza”. Inoltre, *ivi*, nella visione della Commissione, “il buon funzionamento del mercato unico dell'UE richiede un quadro coerente in materia di ristrutturazione e seconda opportunità, che sia adatto alla dimensione transfrontaliera delle imprese, dato che l'interazione tra imprese situate in Stati membri diversi è diventata sempre più comune. L'azione dell'UE apporterà quindi un valore aggiunto, in quanto faciliterà gli investimenti transfrontalieri nell'UE, garantendo che le imprese economicamente sostenibili in difficoltà finanziaria possano fruire, ovunque si trovino nel mercato unico, di una gamma più ampia di strumenti per evitare l'insolvenza. Nel contempo gli imprenditori trarranno beneficio dalla possibilità di usufruire di ragionevoli termini per la liberazione dai debiti nei rispettivi Stati membri. Tutto ciò non può realisticamente essere realizzato dagli Stati membri da soli”. Per riflessioni di sistema sull'impatto dell'armonizzazione degli ordinamenti in area UE si veda per tutti PORTALE, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto societario europeo*, in *Corr. Giur.*, 2003, 95. Allo stato, come noto, è in itinere una ulteriore Direttiva, relativa ai quadri liquidatori delle procedure concorsuali.

⁽⁶⁹⁾ In tal senso, v. già MAZZONI, *Concordati di gruppi transfrontalieri e disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, 552.

⁽⁷⁰⁾ Peraltro, al Cons. 10 della Direttiva si rintraccia un significativo riscontro al tema, là dove si suggerisce che “Tutte le operazioni di ristrutturazione, in particolare quelle di grandi dimensioni che generano un impatto significativo, dovrebbero basarsi su un dialogo con i portatori di interessi. Tale dialogo dovrebbe riguardare la scelta delle misure previste in relazione agli obiettivi dell'operazione di ristrutturazione, come pure sulle opzioni alternative, e dovrebbero garantire l'adeguata partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori come previsto dal diritto dell'Unione e nazionale”.

Abstract

This paper explores the EU legislation under EU Reg. 848/2015 in relation to cross-border insolvencies, and focuses in particular on the regulatory techniques aimed to achieve coordination between insolvency proceedings opened for individual companies of the group of companies. The instruments of the so-called “undertaking”; Insolvency Protocol; and Group Super-Procedure are then analysed one by one as well as compared with each other.