

**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

**Cattedra di Diritto delle Società**

**L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA DEI GRUPPI DI  
IMPRESE: QUESITI PRESENTI E FUTURI (BAIL-IN)**

**RELATORE**

**Chiar.mo Prof.  
Andrea Palazzolo**

**CANDIDATA**

**Manuela Nasta  
Matr. 105893**

**CORRELATORE**

**Chiar.mo Prof.  
Gian Domenico Mosco**

**ANNO ACCADEMICO 2014/2015**

## **INDICE**

### **CAPITOLO PRIMO**

#### **GRUPPI DI IMPRESE. IL POTERE DI DIREZIONE E COORDINAMENTO COME ELEMENTO QUALIFICANTE**

##### *Premessa*

1. I gruppi di imprese. Unità economica e pluralità dei soggetti giuridici
2. L'attività di direzione e coordinamento
- 2.1 L'attività di direzione e coordinamento come fonte di responsabilità
- 3 Responsabilità della capogruppo
- 3.1 I legittimati attivi
- 3.1.1 I soci
- 3.1.2 I creditori sociali
- 3.1.3 La società etero diretta
- 3.2 Legittimati passivi
- 4 La responsabilità della holding persona fisica

### **CAPITOLO SECONDO**

#### **INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA DEI GRUPPI DI IMPRESE**

1. Insolvenza transfrontaliera dei gruppi di imprese

2. Il criterio del COMI nuove questioni di intervento e di modifica a favore dei gruppi di imprese
3. La difficoltà applicativa del criterio COMI per i Gruppi di imprese
4. Il *forum shopping* nel caso dei gruppi di imprese

## **CAPITOLO TERZO**

### **IL NUOVO APPROCCIO AL FALLIMENTO E ALL'INSOLVENZA: DALLA PROPOSTA DI MODIFICA DEL 12 DICEMBRE 2012 ALLA RACCOMANDAZIONE DELLA COMMISSIONE EUROPEA DEL 12 MARZO 2014**

1. Proposta di modifica del Regolamento sulle procedure di insolvenza:  
Commissione europea 12 dicembre 2012
2. Contenuto della Proposta del 2012
  - 2.1 *Ridefinizione dell'oggetto del Regolamento 1346/2000*
  - 2.2 *Ridefinizione di COMI*
  - 2.3 *Ristrutturazione della procedura secondaria*
  - 2.4 *Pubblicità e trasparenza delle procedure*
  - 2.5 *L'innovativa disciplina dell'insolvenza delle imprese multinazionali*
3. Conclusioni sulla Proposta di modifica ed approdo alla  
Raccomandazione del 12 marzo 2014
4. La Raccomandazione della Commissione europea del 12 marzo 2014

- 5 Il cammino verso l'armonizzazione di alcuni aspetti del diritto della crisi d'impresa
- 6 Destinatari della Raccomandazione della Commissione Europea
- 7 Norme minime vincolanti in caso di ristrutturazione preventiva
- 8 I presupposti necessari per la ristrutturazione preventiva
- 9 I piani di ristrutturazione come strumento per superare la probabile insolvenza
- 10 Le misure volte a limitare sempre di più l'intervento del giudice
- 11 L'omologazione dei piani di ristrutturazione
  - 11.1 In caso di omologazione: gli effetti del piano di ristrutturazione
- 12 I gruppi di imprese e le altre procedure concorsuali: *l'amministrazione straordinaria*
- 13 Presupposti oggettivi e soggettivi per l'ammissione alla amministrazione straordinaria
  - 13.1 *Il rapporto con le altre procedure concorsuali*
  - 13.2 *La gestione delle imprese insolventi*
  - 13.3 *Conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento*
  - 13.4 *I gruppi e l'amministrazione straordinaria*
- 14 L' ammissibilità di una procedura di gruppo ed il riconoscimento dell'autonomia dei procedimenti nel concordato di gruppo
  - 14.1 *Il concordato preventivo di gruppo*
  - 14.2 *Il caso Seat-Pagine Gialle*

15 Il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015 (Rifusione)

## **CAPITOLO QUARTO:**

### **GESTIONE TRANSFRONTALIERA DELLE CRISI BANCARIE**

1. Insolvenza transfrontaliera nel settore bancario
2. La struttura e lo scopo della Comunicazione
  - 2.1.1 *Lo scopo*
  - 2.1.2 *La Struttura*
- 2.2 Strumenti di intervento precoce
  - 2.2.1 *I trasferimenti degli attivi all'interno di un gruppo*
- 2.3 L'azione di risoluzione nel settore bancario
  - 2.3.1 *Il ring-fence degli asset nazionali*
  - 2.3.2 *Obiettivi di un quadro di risoluzione nel settore bancario*
3. Gli strumenti di risoluzione necessari
4. I diritti degli stakeholder nei procedimenti di risoluzione delle banche
  - 4.1.1 *Azionisti*
  - 4.1.2 *Creditori e controparti*
5. Applicazione delle misure di risoluzione ad un gruppo bancario
6. L'insolvenza dei gruppi bancari transfrontalieri
  - 6.1 Trattamento integrato di gruppi societarie

**6.2** Le nuove autorità di vigilanza nel sistema bancario e la rinnovata flessibilità degli strumenti di intervento

7. Problematiche nell'implementazione della proposta di Direttiva nell'ordinamento italiano

**7.1** *Recepimento della Direttiva 24/2001/CE*

**7.2** *La nuova proposta di Direttiva della Commissione europea*

8 Cenni al percorso per il compimento di un' Unione bancaria, nell'ottica dell'emanazione della nuova Direttiva 2014/59/UE sul risanamento e la risoluzione delle banche

**8.1** *L'Unione bancaria*

**8.2** *La nuova Direttiva BRRD*

**8.3** *Il cambiamento concreto: la nuova procedura di Risoluzione*

**8.4** *Il bail-in*

**8.4.1** *Questioni future di bail-in*

CONCLUSIONE

BIBLIOGRAFIA

GIURISPRUDENZA

SITOGRAFIA

## INTRODUZIONE

Il presente lavoro mira ad analizzare la gestione delle insolvenze e delle crisi transfrontaliere per i gruppi di imprese con particolare riferimento all'assetto normativo comunitario. Saranno esposte le diverse discipline normative ad oggi esistenti, di carattere nazionale e comunitario, al fine di poter successivamente contestualizzare l'applicazione del regolamento comunitario 1346/00, fino ad affrontare il concetto di "*insolvenza transfrontaliera*" e le annesse procedure adottate in caso di crisi. Il lavoro comincerà dall'analisi del concetto di "*gruppo di imprese*", la direzione e il coordinamento ex art. 2359 c.c., la struttura organizzativa delle stesse, con particolare riferimento alla responsabilità della capogruppo. Al di là dell'interpretazione del concetto di "*gruppo*" secondo una analisi storico-normativa, in questa sede verrà preso in considerazione anche il fenomeno dello sviluppo delle imprese in un mercato europeo, con il riconoscimento del principio di stabilimento della libertà di iniziativa economica. In particolare, verranno affrontate le dinamiche delle imprese che decidono di trasferire la propria sede all'estero, abbandonando la giurisdizione nazionale propria in favore di quella straniera. Ecco che avremo una trasformazione della società in "*transfrontaliera*". I problemi legati alla disciplina fallimentare sul piano del diritto interno, nel caso di imprese operanti

anche fuori dai confini nazionali, si complicano ancora di più in ragione degli elementi di transnazionalità. Infatti, il fatto che l'impresa operi in più ordinamenti, genera uno scontro tra le differenti normative nazionali. In questo contesto il Reg. 1346/00, entrato in vigore il 31 maggio 2002, segna il punto di arrivo di una lunga storia di tentativi volti a disciplinare l'insolvenza delle imprese quando esse operano in diversi Stati comunitari. L'obiettivo del Regolamento, come accennato, è quello di istituire una normativa di coordinamento tra le diverse procedure di insolvenza nazionali che presentino implicazioni transfrontaliere, al fine di assicurare il buon funzionamento del mercato interno europeo. Il problema nasce quando il legislatore comunitario si rende conto che esistono notevoli differenze fra le normative dei diversi Stati membri e la mancanza di volontà da parte degli stessi di adattarsi pienamente ad una normativa comunitaria unitaria, molto probabilmente perché gli interessi pubblici in gioco per i singoli stati sono di maggiore importanza! Tale limite ha, pertanto, ha portato il legislatore europeo alla rinuncia del progetto di istituire un'unica procedura di insolvenza avente valore universale per tutta l'Unione. Inoltre, la costante crescita del fenomeno della globalizzazione negli ultimi anni, ha fatto sì che si rivelasse necessario un adeguamento degli istituti e dei meccanismi volti a garantire la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici anche per quanto concerne le situazioni patologiche dell'attività commerciale. Verranno infatti analizzate alcune procedure fallimentari in tema di gruppi di imprese. Ed infine, la recente crisi economica, ha messo in luce la mancanza di



una gestione efficace e di una cooperazione tra le istituzioni finanziarie per le crisi transfrontaliere dei gruppi bancari. Già nell'autunno del 2008 erano state adottate misure indispensabili per la gestione delle crisi bancarie, al fine di garantire forme di tutela più ampie sulla base di norme *ad hoc Europee*; ma, come vedremo in seguito, il primo vero intervento risolutivo in materia di gruppi bancari *cross border* è stato attuato tramite la comunicazione della Commissione europea del 2009, rivolta al Parlamento Europeo, al Comitato economico-sociale europeo, alla Corte di giustizia nonché alla Banca Centrale europea.

## **CAPITOLO PRIMO**

### **GRUPPI DI IMPRESE, IL POTERE DI DIREZIONE E COORDINAMENTO COME ELEMENTO QUALIFICANTE**

#### ***Premessa:***

Con la globalizzazione dei mercati, l'attività imprenditoriale si è contraddistinta per l'assenza di limiti e barriere di carattere territoriale. Appare evidente che l'apertura delle frontiere ha permesso un aumento della mobilità d'impresе per cui, la gran parte degli affari non si svolge più solo a livello territoriale bensì a

livello internazionale. Da ciò deriva che, la crisi che può colpire un'impresa non resta confinata all'interno dell'ordinamento statale proprio dell'impresa stessa ma, le sue conseguenze si estendono oltre i confini dello Stato in cui l'impresa ha la sua sede principale. In questo contesto nasce il desiderio del legislatore di realizzare un coordinamento tra gli ordinamenti statali in tema di disciplina e regolamentazione dei rapporti giuridici in caso di crisi o meglio, di procedure concorsuali aventi conseguenze transfrontaliere. L'introduzione di un Mercato Unico, ha spinto le imprese a stabilire le proprie sedi all'estero sotto forma di filiali e succursali, legate tra di loro da una serie di rapporti giuridici; tali rapporti risultano fondamentali anche nell'ipotesi di "*insolvenza transfrontaliera*". Prima però di inoltrarci nel vivo argomento della tesi, risulta opportuno iniziare la trattazione con un capitolo preliminare che ci permetterà di chiarire innanzitutto il concetto ed il significato di "*Gruppo di imprese*".

## **1. I gruppi di imprese. Unità economica e pluralità dei soggetti giuridici**

Il concetto di "*Gruppo di imprese*" interpreta una forma o modello di organizzazione dell'iniziativa imprenditoriale, caratterizzato dall'unitarietà economica e da una pluralità dei soggetti giuridici<sup>1</sup>. Seguendo questa linea,

---

<sup>1</sup> G., SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di società; Sulla nuova disciplina in tema di direzione e coordinamento di società, introdotta nel codice civile con la riforma societaria del 2003*, In *Profili e problemi*

possiamo affermare che “l’unicità dell’impresa” si intende in senso economico, e non in senso giuridico. Ciascuno dei soggetti in cui il gruppo si articola è, o può essere, titolare di una distinta impresa, o comunque di una distinta attività economica, che si collega a quelle delle altre società del gruppo, sulla base di un insieme di rapporti di carattere finanziario ed organizzativo, tali da far emergere una unità del disegno strategico<sup>2</sup>. Alla pluralità in senso giuridico delle imprese e dei loro centri d’imputazione, fa riscontro la pluralità dei patrimoni, che nel gruppo sono autonomi l’uno dall’altro, e tali rimangono anche quando la situazione precipiti e le imprese del gruppo entrino in stato d’insolvenza<sup>3</sup>. Il problema di fondo sta nel fatto che, nonostante la sua importanza economica, il fenomeno dei gruppi è rimasto per lungo tempo carente di una disciplina di carattere generale. Il codice civile del 1942 ne prendeva in considerazione solo taluni aspetti specifici. Il punto di riferimento della disciplina veniva individuato nella fattispecie del controllo e nella nozione di società controllata ex art. 2359 c.c.. Il d.lgs. n. 6/2003, modificato dal d.lgs. n. 37/2004 e dal d.lgs. n. 310/2004, contenente la riforma organica delle società di capitali e cooperative, ha introdotto nel Libro V del codice civile un Capo IX, intitolato alla “*direzione e coordinamento di società*”. Nonostante ciò, come vedremo in seguito, non emerge una nozione puntuale e specifica di gruppo. Il legislatore si è quindi limitato a disciplinare soltanto gli aspetti patologici del

---

*dell’amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, v., oltre ai numerosi *Commentari a più mani della riforma stessa*, sotto gli articoli da 2497 a 2497-septies;

<sup>2</sup> GALGANO F., *I gruppi di società*, Giappichelli, Torino, 2001;

<sup>3</sup> G.SCOGNAMIGLIO, *Op.cit.*, 2003;

fenomeno<sup>4</sup>, fra cui in particolare quello della responsabilità della capogruppo. Ciò nonostante, la riforma è stata in grado di tracciare una serie di indicatori per risalire agli elementi costitutivi ed essenziali dell'attività di direzione e coordinamento<sup>5</sup>; come per esempio l'art. 2497 c.c. dove si impone alla società o all'ente che esercita attività di direzione e coordinamento di società di agire nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale; oppure l'art. 2497 bis c.c., il quale prescrive le forme di pubblicità cui devono attenersi, non soltanto le società aggregate (indicazione negli atti e nella corrispondenza e iscrizione nel registro delle imprese della società o ente cui sono assoggettate), ma anche la stessa capogruppo (iscrizione in apposita sezione presso il registro delle imprese); articolo che, all'ultimo comma, impone altresì agli amministratori di *“indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati”*. L'introduzione di una disciplina come quella appena percorsa è stata da alcuni vista come una vera e propria rivoluzione<sup>6</sup> rispetto al passato, ove la responsabilità era incentrata sugli amministratori della società dipendente e della capogruppo. Questa breve introduzione all'argomento sembra individuare nell'attività di direzione e

---

<sup>4</sup> Non fornendo nemmeno una definizione di gruppo il legislatore ha optato per una soluzione chiaramente rinunciataria, V.CARIELLO, *Direzione e coordinamento e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.* 2003, 6, 1232;

<sup>5</sup> U.TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.* 2004, I, 61; G. MINERVINI, *“Cronache della grande impresa”*, in *Giur. comm.* 2004;

<sup>6</sup> P.ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2008, I, 279;

coordinamento il fulcro di tutta la regolamentazione dei gruppi di impresa, ma allo stesso tempo, tende a richiamare seppur non esplicitamente, l'applicazione delle regole dettate dal codice civile nei confronti delle società autonome e in generale quelle in materia societaria.

## **2. L'attività di direzione e coordinamento**

L'elemento essenziale e caratterizzante della disciplina in materia di gruppi è senz'altro l'attività di "*direzione e coordinamento*". Occorre pertanto, cominciare a rimarcare il significato vero e proprio di "attività di direzione e coordinamento" che da un lato, potrebbe consistere in una legittima esplicazione dell'iniziativa economica, e dall'altro, in un caratteristico modello di organizzazione della stessa, che da un punto di vista prettamente giuridico, parrebbe richiamare la tipica situazione di "controllo" tra società; quest'ultima ipotesi, secondo una consolidata riflessione dottrinale<sup>7</sup>, non può più essere presa in considerazione; infatti, la prevalente dottrina, ha indicato nell'elemento della "*direzione unitaria*" il tratto caratterizzante e distintivo del gruppo rispetto al noto istituto del controllo<sup>8</sup>. Tra direzione unitaria e controllo emerge un elemento distintivo molto importante, così come interpretato dalla lettura dell'art. 2497 *sexies*; in questo articolo infatti, il controllo viene indicato come

---

<sup>7</sup> P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.* 2007, p.317;

<sup>8</sup> Si veda per tutti PAVONE LA ROSA, *Le società controllate – I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 2\*\*, Torino, 1991, 581 spec 600;

una mera “presunzione”<sup>9</sup> circa la sussistenza dell’attività di direzione e coordinamento<sup>10</sup>; pertanto, pur in presenza del controllo, non è detto che vi sia attività di direzione e coordinamento<sup>11</sup>. In via preliminare, non configura un’ipotesi di direzione e coordinamento il compimento di un singolo atto, o di atti sporadici, anche se rilevanti.<sup>12</sup> Pertanto, è logico ritenere che il contenuto dell’attività di direzione e coordinamento non può che essere riferito all’esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo, idonei ad incidere sulle decisioni di gestione dell’impresa e cioè sulle scelte strategiche della società. L’attività di direzione e coordinamento consiste dunque nel realizzare un collegamento tra società diverse in un quadro di politica strategica comune, volta a formare quello che più comunemente si definisce “*gruppo di impresa*”<sup>13</sup>; Da ciò potrebbe derivare che la capogruppo sia in grado di imporre legittimamente le linee strategiche generali, oltre che cooperare nella gestione

---

<sup>9</sup> M. CALLEGARI, *I gruppi di società*, in *Il nuovo diritto societario*, (a cura di) COTTINO, CAGNASSO, BONFATTI, Bologna, 2009, p. 1056: la quale sottolinea “che la presunzione, pur senza tradursi in un’inversione dell’onere della prova, è peraltro chiaramente volta ad agevolare l’azione nei confronti della capogruppo quanto meno sotto il profilo probatorio”; cfr. S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007, 90; A. NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell’attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 sexies e septies*: brevi considerazioni di sistema, in *Giur. comm.*, 2004, I, 983; per un approfondimento maggiore sul tema e sulle problematiche dell’art. 2497 septies c.c. e il sistema di presunzioni inserito dal legislatore si veda anche G. FIGÀ TALAMANCA, *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, in *Vita notarile*, n. 2, 2004, 1193;

<sup>10</sup> MONTALENTI, *op. già cit.*, 317;

<sup>11</sup> F. GALGANO in AA.VV., *Commentario del codice civile SCIALOJA-BRANCA*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2005, 196;

<sup>12</sup> G.AULETTA, voce “attività”, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 981, spec. 982; si veda anche RONDINONE, *L’attività” nel Codice Civile*, Milano, 2001, spec. 6;

<sup>13</sup> MONTALENTI, *op. già cit.*, ritiene che “la direzione opera in senso verticale, il coordinamento in senso orizzontale. Si tratta di un’endiadi di cui il tratto caratterizzante è la direzione unitaria, dovendo allora ammettersi la riconducibilità alla disciplina anche dell’attività esercitata su un’unica società, non fosse altro perché si configura comunque un’attività di coordinamento tra la società “dirigente” e la società “eterodiretta”, p.317;

ordinaria della controllata “*ingerendosi stabilmente nelle quotidiane scelte di gestione della controllata*”. Vi è chi ritiene che il legislatore abbia costruito la disciplina in modo da consentire l’adozione di un modello di gruppo accentrato, nel quale i criteri di valutazione della legittimità dell’operato della società che dirige, sono quelli tipici del gestore di un’impresa autonoma. Pertanto, la sussistenza o meno dell’attività di direzione e coordinamento nella vita di una pluralità di società deve essere di regola accertata in fatto, anche se il legislatore ha dettato un sistema di presunzioni che, sembrerebbero sufficienti a distinguere le due ipotesi<sup>14</sup>; la società subordinata, infatti, dovrebbe essere in grado di verificare l’esistenza o meno degli elementi concretanti la direzione unitaria, al fine di decidere se la *presunzione* legislativa coincida con la realtà o se, invece, essa debba ritenersi superata dall’insussistenza degli elementi ulteriori che comunque distinguono la direzione unitaria dal mero controllo. Tra l’altro, il legislatore ha inserito un altro requisito fondamentale in grado di aiutare ad individuare la presenza di una vera e propria attività di direzione e

---

<sup>14</sup> TOMBARI, *I gruppi di società*, in *Le nuove s.p.a.*, CAGNASSO – PANZANI, Bologna, 2010, p. 1750; il quale ritiene che “*le disposizioni contenute negli artt. 2497 c.c. sono ispirate ad un principio di effettività, disciplinando un fatto e, più in particolare, l’attività di direzione e coordinamento di società, a prescindere dalla fonte del potere (partecipazione sociale, contratto, interlocking directorates) in forza della quale tale attività viene esercitata e della valutazione del fatto medesimo. Nell’approfondire inoltre il concetto di presunzione usato dal legislatore, l’Autore ritiene che l’art. 2497 c.c. sexies introduca una presunzione relativa e ciò in perfetta coerenza con il “principio dell’effettività”*”; cfr. DACCÒ, *sub art. 80*, in CASTAGNOLA e SACCHI, *La nuova disciplina dell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Torino, 2000, 424 e 426, oltre che la nota 19; LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981, p. 83; SBISÀ, *Il gruppo di società nell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (criteri di individuazione)*, in *Giur. comm.* 1980, I, 274; MAFFEI ALBERTI, *Amministrazione straordinaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, 744; Cfr. in .SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di società; Sulla nuova disciplina in tema di direzione e coordinamento di società, introdotta nel codice civile con la riforma societaria del 200; v., oltre ai numerosi Commentari a più mani della riforma stessa, sotto gli articoli da 2497 a 2497-septies*;

coordinamento; l'art. 2497 *bis* c.c. introduce il concetto di “pubblicità” e recita: *“la società deve indicare la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta negli atti e nella corrispondenza, nonché mediante iscrizione, a cura degli amministratori, presso la sezione del registro delle imprese”* e sottopone ad un regime ulteriore di responsabilità gli amministratori che non rispettano la suddetta disposizione. Ciò premesso, stante la necessità di verificare la presenza di una direzione unitaria anche al fine di valutare una eventuale responsabilità della società controllante nei confronti dei soci e dei creditori sociali, divengono rilevanti gli atti formali a carattere negoziale tra le società interessate, gli atti di indirizzo ed infine i meri fatti idonei ad influenzare significativamente le scelte gestionali della società<sup>15</sup>.

## **2.1 L'attività di direzione e coordinamento come fonte di responsabilità**

Abbiamo visto che l'art. 2497 c.c. introduce una sorta di regola in grado di individuare le caratteristiche necessarie per determinare la presenza di una realtà complessa come quella dell'attività di direzione e coordinamento. È opportuno approfondire il discorso dicendo che l'art. 2497 al co.1., prevede

---

<sup>15</sup> ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, op. già cit., p. 26 ritiene che *“la direzione unitaria, intesa come dominio extra assembleare, si dispiega in attività che si identificano non solo con l'imposizione di linee strategiche generali nella gestione dell'impresa, ma più specificamente nella creazione di un'unica tesoreria di gruppo, nella pianificazione fiscale unitaria, in procedure interne, spesso realizzate attraverso comitati variamente definiti e ai quali partecipano in veste diversa coloro che di fatto hanno il governo dell'impresa”*.; cfr. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di società; Sulla nuova disciplina in tema di direzione e coordinamento di società, introdotta nel codice civile con la riforma societaria del 200; v., oltre ai numerosi Commentari a più mani della riforma stessa, sotto gli articoli da 2497 a 2497-septies*;



esplicitamente una forma di responsabilità in capo a chi esercita l'attività di direzione e coordinamento. Da qui sorge la necessità di analizzare se e in che modo l'art. 2497 c.c. predispone i presupposti e le modalità, affinché i soggetti danneggiati da una attività di direzione e coordinamento contraria ai principi di corretta gestione imprenditoriale, possano esperire una azione risarcitoria. E' interessante notare come l'azione introdotta con l'art. 2497 c.c. vuole raggiungere come scopo, quello concedere ai soggetti operanti nell'ambito societario, una tutela piena in caso di danno. Si tratta di un'azione, quella prevista per i gruppi di società, che ricalca quanto il legislatore aveva già previsto per le società autonome e che, pur tenendo presente che nel contesto dell'attività di direzione e coordinamento è presente un interesse di gruppo, viene riconosciuta ai soci e ai creditori sociali ugualmente la medesima tutela risarcitoria. Tale azione, proprio per il fatto che può essere esercitata in un ambito differente da quello della società singola, comporta una serie di accorgimenti e richiede la presenza di alcuni presupposti che l'art. 2497 c.c. individua, seppur in maniera molto limitata. Va aggiunto inoltre che l'azione di responsabilità *ex art. 2497 c.c.* nei confronti della società capogruppo non si sostituisce alle altre azioni che il socio e il creditore sociale possono proporre in virtù della disciplina generale. La riforma del 2003 inoltre, con l'art. 2497 c.c. si è preoccupata di predisporre una tutela anche ai soci delle società eterodirette che, a seguito di un inadempimento gestionale da parte della società capogruppo, hanno subito un pregiudizio. Come è stato accennato, il

meccanismo con cui il legislatore ha previsto tale tutela, è quello dell'introduzione all'interno del nostro codice, di un'azione risarcitoria. Il potere dei soci della società etero diretta di agire nei confronti di chi esercita l'attività di direzione e coordinamento può essere inteso come l'ampliamento della tutela contro l'inadempimento da parte della stessa capogruppo, dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale e allo stesso tempo, come un rimedio sanzionatorio della responsabilità degli amministratori<sup>16</sup>. Da qui, l'azione inserita nell'art. 2497 c.c. è per i soci un'azione risarcitoria in grado di accordare protezione a chi a seguito di un abuso dell'attività unitaria, si trovi in una situazione di pregiudizio e di danno<sup>17</sup>; è importante sottolineare che il diritto di azionare la pretesa risarcitoria sociale corrisponde ad una posizione giuridica individuale del socio che nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento, si affianca alla posizione dei creditori sociali anch'essi lesi dall'attività illegittima della capogruppo. Affinché soci o creditori sociali possano promuovere un'azione risarcitoria ai sensi dell'art. 2497 c.c. devono sussistere: una attività di direzione e coordinamento posta in essere da parte della holding sulla controllata; il compimento di specifiche condotte da parte della holding o anche di specifiche operazioni della controllata realizzate su direttiva della holding contrarie ai principi di corretta gestione societaria ed

---

<sup>16</sup> LATELLA, *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Giappichelli, 2007; cfr. SCOGNAMIGLIO, *Op.cit.*, 2004;

<sup>17</sup> ASSOCIAZIONE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI ed esperti contabili delle tre Venezie, *Inserito su "Pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale nella società eterodiretta e il danno da lesione all'integrità del patrimonio della società controllata*, 2011;cfr. SCOGNAMIGLIO, *Op.cit.*, 2004;

imprenditoriale; il danno subito dai soci, dai creditori sociali e dalla stessa società eterodiretta per effetto di tali condotte ed operazioni; il rapporto eziologico tra le precedenti componenti. Innanzitutto è opportuno segnalare un altro elemento fondamentale qualificante la responsabilità per direzione e coordinamento, ossia gli oneri pubblicitari che sorgono in capo agli amministratori di tutte le società sottoposte e che diventano fondamentali sia per individuare chi è sottoposto all'altrui attività di direzione e coordinamento sia perché individuano la fonte di responsabilità per gli amministratori della società dominata per i danni subiti dai soci o dai terzi. In relazione a ciò, il nostro codice stabilisce che gli amministratori della società etero diretta, proprio per garantire una tutela<sup>18</sup> ai propri soci e ai creditori, sono soggetti al rispetto delle norme in materia pubblicitaria in grado di evidenziare, soprattutto per i soggetti terzi, l'esistenza di una realtà più ampia e la presenza di un soggetto dominante<sup>19</sup>. Non bisogna però cadere nell'errore di considerare gli obblighi previsti dall'art. 2497 *bis* c.c. come fonti di responsabilità della capogruppo ai sensi del primo comma dell'art. 2497 c.c.; infatti, alla base della disciplina in materia di attività di direzione e coordinamento è posto il fatto, *“l'esistenza di un'attività di questo tipo e non la pubblicità in quanto tale, con*

---

<sup>18</sup> SCIUTO, *Direzione e coordinamento di società*, in *La riforma delle società di capitali e cooperative*, a cura di STAROLA, Milano, 2003, p. 310;

<sup>19</sup> V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1256; I. FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, *Società*, 2003, p. 1198; R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Soc.*, 2004, p. 545; G. ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, pp. 660-661; R. GUGLIELMUCCI, *La responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 41;

*la conseguenza che, anche in presenza di dati informativi che attestino in maniera formale e indiscutibile la soggezione al potere di direzione unitaria di una o più società, lo stato effettivo di subordinazione tra l'una e l'altra società deve essere provato*"<sup>20</sup>. In sostanza, sembra potersi affermare che, come l'inadempimento agli obblighi pubblicitari di cui all'art. 2497bis c.c. non può costituire prova negativa circa l'esistenza dello stato di soggezione, allo stesso tempo, *"l'adempimento di tali obblighi non può costituire presupposto sufficiente per provare l'esercizio di fatto dell'attività di direzione e coordinamento"*<sup>21</sup>. Allo stesso tempo una dottrina minoritaria, ritiene che la pubblicità consiste nella esplicita individuazione della società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento e che, tale riconoscimento della società sottostante nei confronti di un'altra società, consente ai soci di minoranza ed ai creditori delle società c.d. dipendente di individuare il possibile soggetto responsabile ai sensi dell'art. 2497 primo comma c.c..<sup>22</sup> Tuttavia il legislatore ha preferito lo strumento della presunzione relativa, ex art. 2497 sexies c.c.: *"si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'art.*

---

<sup>20</sup> CHIARA CALAPRETE, l'azione risarcitoria ex art.2997 c.c., DOTTORATO DI RICERCA IN: Diritto delle società e dei mercati finanziari, 2012;

<sup>21</sup> V. CARIELLO, Direzione e coordinamento di società: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale, in Riv. soc., 2003; in CHIARA CALAPRETE, l'azione risarcitoria ex art.2997 c.c., DOTTORATO DI RICERCA IN: Diritto delle società e dei mercati finanziari, 2012;

<sup>22</sup> CHIARA CALAPRETE, Op.cit., 2012;

2359 c.c.”<sup>23</sup>. Tuttavia, nel rispetto del principio di effettività, la società potrà fornire la prova contraria e dimostrare di non essere la capogruppo; sulla stessa linea, ai fini dell’applicabilità dell’art. 2497 c.c. e dunque il riconoscimento di un’attività di direzione e coordinamento, non risultano decisivi nemmeno gli indici “*formali*” della situazione di controllo previsti all’art. 2359 c.c.; si rileva pertanto esclusivamente il profilo fattuale di un concreto esercizio della direzione unitaria<sup>24</sup>.

### **3. La responsabilità della capogruppo**

L’art. 2497 c.c. dispone che “*le società o gli enti*” che esercitano l’attività di direzione e coordinamento devono “*agire nell’interesse imprenditoriale proprio e altrui*”<sup>25</sup> nel rispetto “*dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime*”<sup>26</sup>. Nonostante si ritenga piuttosto vago il contenuto della disposizione, diviene indispensabile conoscerne il reale significato<sup>27</sup>, alla luce soprattutto del collegamento con il regime di responsabilità previsto in capo agli amministratori e alle società del gruppo (capogruppo ed eterodirette). Il riferimento alla *violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale* delle controllate, è stata vista

---

<sup>23</sup> *Idem*;

<sup>24</sup> *Idem*;

<sup>25</sup> PAOLO COSTANZA, MARCELLO PRIORI, ARTURO SANGUINETI, *Governance e tutela del risparmio, best practice, regole e comunicazione al mercato*, V&P, 2007, p.290;

<sup>26</sup> *Ibidem*;

<sup>27</sup> *Ibidem*;;

per parte della dottrina, come una novità<sup>28</sup>. Infatti, il sistema italiano fino ad allora, conosceva parametri quali la diligenza professionale ed i principi di corretta amministrazione di cui all'art. 149, 1° comma, lett. b. TUF<sup>29</sup>; allo stesso tempo, la dottrina si è chiesta se il legislatore, introducendo una formula generale relativa ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, non abbia voluto mettere da parte le tradizionali formule privatistiche della correttezza e della buona fede. Una prima chiave di interpretazione risulta quella che collega la corretta gestione societaria ed imprenditoriale alla nozione dei "*principi di corretta amministrazione*"<sup>30</sup> di cui l'art. 2403 c.c., utilizzato per definire i compiti di vigilanza del collegio sindacale sugli amministratori delle società singole. Nell'art. 2497 c.c. la regolarità della condotta della holding viene configurata come osservanza appunto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale<sup>31</sup>. Quindi, "*estendendo questi principi alla realtà dei gruppi ed in particolare alla società capogruppo, si può notare che la regolarità della condotta della capogruppo nei confronti delle società da essa controllate, dirette e coordinate, dovrebbe consistere non solo nella correttezza delle istruzioni impartite, in tema di gestione dell'impresa, ma anche nella correttezza della individuazione dei punti di equilibrio fra l'interesse proprio e*

---

<sup>28</sup> Direzione e coordinamento Natura e condizioni dell'azione di responsabilità nei confronti della capogruppo, Tribunale di Milano, Sez. VIII, 17 giugno 2011 - Pres. Perozziello - Rel. Mambriani - P.R. c. Hall 41s.r.l. e altri;

<sup>29</sup> ROSSOTTO, CRESTA, *Direzione e coordinamento di gruppo nella riforma societaria: prime riflessioni*, in *Corr. Giur.* n. 6, 2003, 822;

<sup>30</sup> Principi che vengono richiamati anche nell'art. 149 TUF, lett. b, con riguardo ai doveri del collegio sindacale.

<sup>31</sup> SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Soc.* 2003, 2bis.

*quello delle controllate*”<sup>32</sup>. Pertanto, il problema fondamentale riguarda quello di trovare una corretta espressione ed identificazione del concetto di “*corretta gestione societaria*” e di “*corretta amministrazione*”. In via esemplificativa, i principi di corretta gestione dell’impresa riguardano per esempio la raccolta delle informazioni di mercato prima dell’avvio di nuove operazioni e la valutazione dell’entità dei rischi connessi; per essere ancora più precisi, la capogruppo dovrebbe effettuare uno studio approfondito delle difficoltà dell’operazione che si vorrebbe porre in essere e del probabile esito che la stessa operazione potrebbe avere sul mercato. Per quanto riguarda il secondo aspetto (corretta amministrazione), si tratta di individuare per ciascuna strategia o operazione, il punto di equilibrio fra i singoli interessi delle società (capogruppo e società controllata)<sup>33</sup>; soprattutto valutando tutto in termini di soddisfazione che i soggetti partecipanti al gruppo potrebbero trarre. Vi è comunque qualcuno che ritiene utile collegare la definizione dei principi alla base della corretta gestione societaria ed imprenditoriale all’istituto della correttezza o al principio generale della buona fede contrattuale ai sensi dell’art. 1175 c.c.; una buona fede contrattuale intesa peraltro come solidarietà con le altre parti di un rapporto, volta a perseguire il proprio interesse senza ledere quello altrui. Ciò premesso, risulta ancora più opportuno in questa sede, ricercare il reale significato della dizione “*corretta gestione societaria ed*

---

<sup>32</sup> CHIARA CALAPRETE, Op.cit., 2012;

<sup>33</sup> AVV.GUIDO BARTALINI, *Direzione e coordinamento di società: Casi pratici e risvolti giurisprudenziali*, NCTM,2014

*imprenditoriale*”<sup>34</sup>, e, in particolare, “*individuare i criteri con cui verificare se sussista o meno una responsabilità derivante da una gestione contraria ai principi di corretta gestione nell’ambito della direzione unitaria*”<sup>35</sup>. Un’ipotesi, in tal senso, potrebbe essere quella di procedere automaticamente all’applicazione di tali principi anche alla realtà del gruppo<sup>36</sup>; in questo modo dovrebbero valere gli stessi criteri di valutazione utilizzati in sede di azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di una società autonoma, qualora si voglia accertare l’eventuale condotta negligente posta in essere nell’esercizio dei relativi poteri e a danno dei soci e dei creditori sociali. In linea teorica, l’attività di direzione e coordinamento, dovrebbe avere come obiettivo quello di creare un di più in termini di benefici economici per i partecipanti alle società del gruppo<sup>37</sup>; tuttavia non risulta possibile garantire un risultato positivo in termini di efficienza produttiva e di profitto per tutte le singole società; resta ovviamente sottinteso che il vantaggio economico del singolo socio non può prevalere rispetto al risultato globale e complessivo del gruppo. Su questo punto, è stato sostenuto<sup>38</sup> che la discrezionalità della gestione degli amministratori, nella scelta dell’amministrazione del gruppo, debba essere verificata con maggiore rigore nei rapporti infragruppo che, non essendo

---

<sup>34</sup> CHIARA CALAPRETE, Op.cit., 2012;

<sup>35</sup> *Idem*;

<sup>36</sup> PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. dell'esoc.* 2003, p. 768; BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 219; GALGANO, *I gruppi di società*, op. già cit., p. 101;

<sup>37</sup> CHIARA CALAPRETE, Op.cit., 2012;

<sup>38</sup> FIGÀ – TALAMANCA, *op., cit.*, p. 120.3; CHIARA CALAPRETE, Op.cit., 2012;



mediati dalla formazione del prezzo sul mercato, implicano maggiore rischio di comportamenti opportunistici; si potrebbe quasi ipotizzare di sindacare le scelte degli amministratori non soltanto in termini di diligenza, ma anche in termini di “fedeltà” agli interessi di tutti gli azionisti. Il principio indicato sembra dunque potersi definire come una clausola generale di responsabilità che impone alla società capogruppo, che esercita la direzione unitaria, *“un’attività volta ad assicurare alle singole società dipendenti un profitto economico”*<sup>39</sup>; in questo modo, sarà compito del giudice, nell’ipotesi in cui venga promossa un’azione di responsabilità, verificare ex post l’eventuale violazione del parametro indicato al 1° comma da parte degli amministratori della capogruppo nell’esercizio dell’attività d’impresa. I principi indicati dall’art. 2497 c.c. dovranno essere valutati relativamente alle attività della capogruppo e della propria attività di direzione e coordinamento, escludendo in questo modo che si possa utilizzare il parametro del 1° comma nei confronti della gestione delle società controllate. Come è stato anticipato, l’art. 2497 c.c. individua una pluralità di soggetti che potrebbero subire un danno e una diversa tipologia di pregiudizio, a seconda del differente soggetto danneggiato. Volendo provare ad analizzare le varie ipotesi di danno che, a fronte di una attività di direzione e coordinamento contraria ai principi indicati al 1° comma dell’art. 2497 c.c., possono essere lamentate, è interessante notare che con riguardo ai creditori sociali la difficoltà a individuare il danno risarcibile è minima; questi infatti potranno invocare il

---

<sup>39</sup> *Idem*;

pregiudizio subito all'integrità del patrimonio sociale ai sensi dell'art. 2394 c.c.<sup>40</sup>. Quanto invece ai danni lamentati dai soci è lo stesso legislatore che indica il parametro per la relativa commisurazione nel "*pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale*". Ancora, dall'art. 2497 c.c. emerge che il legislatore abbia voluto riconoscere un danno c.d. riflesso ai soci in conseguenza del danno subito della società soggetta alla direzione e al coordinamento. Sul punto, la dottrina e la giurisprudenza riconoscono e giustificano tale posizione sostenendo che si tratta di un danno al patrimonio personale del socio che, in mancanza di un pregiudizio al patrimonio della società, non si verrebbe a configurare; nel momento in cui la capogruppo ponga in essere operazioni volte a diminuire il patrimonio di una società controllata, i soci di quest'ultima "*vedranno diminuire la propria prospettiva di percezione degli utili o di alienazione della propria quota azionaria ad un elevato valore di scambio*"<sup>41</sup>. Pertanto, possiamo dire che la redditività ed il valore della partecipazione non sono risultati direttamente dipendenti da una corretta gestione dell'impresa, ma "*rappresentano semplicemente una proiezione indiretta di risultati che attengono direttamente solo alla sfera economica e giuridica della società*"<sup>42</sup>. La giurisprudenza inoltre ha avuto modo di sottolineare che, qualora la società subisca, per effetto dell'illecito commesso da un terzo, un danno alla consistenza patrimoniale e detto danno sia tale da incidere sul valore delle partecipazioni sociali, l'illecito colpisce solo il

---

<sup>40</sup> CHIARA CALAPRETE, Op.cit., 2012;

<sup>41</sup> *Idem*;

<sup>42</sup> *Idem*;

patrimonio della società e non si traduce in un danno diretto all'azionista<sup>43</sup>. Nello specifico, qualificandosi come danno indiretto, il danno subito dal socio ai sensi dell'art. 2497 c.c., crea una divergenza di trattamento sotto due profili: il primo riguarda la differenza di trattamento tra le responsabilità previste per la capogruppo e l'altra, quella riconosciuta agli amministratori di una società non inserita in un gruppo<sup>44</sup>; la prima può essere fatta valere a differenza della seconda, senza necessità di particolari percentuali di possesso azionario<sup>45</sup> e la diversità di trattamento del socio a seconda che il danno dipenda da operazioni liberamente decise dagli amministratori della società e, in generale, da una società non controllata ovvero operazioni degli amministratori stimulate o imposte da enti controllanti<sup>46</sup>. Ciò nonostante, vi è chi ritiene che il differente trattamento si giustificerebbe per il diverso rischio assunto dal socio di minoranza. Le considerazioni sin qui fatte porterebbero quindi a concludere che, se l'art. 2497 c.c. pare individuare una duplice tipologia di danno che l'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento contraria ai principi di corretta gestione societaria può causare, si è di fronte ad una differenza tipologica fra società isolata e società di gruppo.

### **3.1 I legittimati attivi**

---

<sup>43</sup> R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 662;

<sup>44</sup> S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Quaderni di giurisprudenza commerciale, Giuffrè editore, 2007, p. 178;

<sup>45</sup> SACCHI, *op. già cit.*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 666;

<sup>46</sup> *Il pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale nella società eterodiretta e il danno da lesione all'integrità del patrimonio della società controllata* di Sante Casonato, Ordine di Treviso;

Una volta analizzati gli elementi costitutivi dell'azione *ex art. 2497 c.c.* bisogna domandarsi quali sono i soggetti che possono essere danneggiati da un'attività di direzione e coordinamento contraria ai principi di corretta gestione societaria. Come si è visto, a questa domanda risponde direttamente l' *art. 2497 c.c.* che *“individua nei soci e nei creditori sociali i soggetti che possono agire per richiedere il proprio risarcimento attraverso l'azione risarcitoria, in quanto principali attori che operano all'interno dei gruppi di società”*<sup>47</sup>. Fanno parte di questa categoria: i creditori delle società dirette e coordinate e i soci della società sottoposta ad una attività di direzione e coordinamento. Parallelamente a questi due insiemi di soggetti, possono essere individuati anche altri soggetti che, a vario titolo, vengono in qualche modo danneggiati da un'attività di direzione e coordinamento illegittima come, ad esempio, la stessa società diretta e coordinata oppure i titolari di strumenti finanziari o, infine, coloro i quali hanno sottoscritto titoli di debito<sup>48</sup>.

### *3.1.1 I soci*

Partendo dalla prima categoria di legittimati attivi, cioè i soci della società eterodiretta, è opportuno segnalare che chiunque detenga anche una minima

---

<sup>47</sup> CHIARA CALAPRETE, *Op.cit.*, 2012;

<sup>48</sup> SANDRO SILVESTRINI, *Gruppi di imprese, la legittimazione attiva e passiva nell'azione di responsabilità per scorretto esercizio dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Opinioni di diritto societario*, 2008; in CHIARA CALAPRETE, *Op.cit.*, 2012;

partecipazione della società figlia ha diritto di promuovere l'azione prevista dall'art. 2497 c.c., qualora sia stato leso nel proprio diritto<sup>49</sup>. Non viene richiesto esplicitamente nella norma un valore particolare della partecipazione affinché un socio possa trovarsi nella condizione di soggetto danneggiato e quindi titolare del diritto di esercitare l'azione. Probabilmente la ragione di un trattamento di favore come quello riconosciuto ai soci di una società sottoposta ad una attività di direzione e coordinamento è *“data dalla centralità di tutela prevista per i soci, quali soggetti sottoposti maggiormente ai rischi, in termini di pregiudizio e, più in generale, di danni all'interno di una realtà così complessa come è quella dei gruppi”*<sup>50</sup>; si intuisce che il legislatore voglia tutelare i soci più di quanto dovuto, in quanto li considera soggetti di particolare debolezza all'interno di un gruppo societario e pertanto giustifica tale teoria rafforzando la tutela risarcitoria individuale concretamente realizzata mediante l'attribuzione di una rilevanza giuridica piena alla redditività ed al valore della partecipazione sociale<sup>51</sup>. Si tratta perciò di un diritto riconosciuto a tutti i soci della società etero diretta che, pregiudicati da *“comportamenti contra legem della società capogruppo, hanno subito una riduzione del valore della propria partecipazione a fronte di una più generale perdita economica del patrimonio*

---

<sup>49</sup> ANNAPAOLA NEGRI CLEMENTI E FILIPPO MARIA FEDERICI, *Opinioni diritto societario, La natura della responsabilità della capogruppo e la tutela del socio di minoranza*, 2008; in CHIARA CALAPRETE, *Op.cit.*, 2012;

<sup>50</sup> *Idem*;

<sup>51</sup> *Idem*;

della società figlia”<sup>52</sup>. Pertanto i soci delle società “dirette e coordinate” sono ritenuti legittimati ad agire in quanto, a fronte dell’attività di direzione e coordinamento svolta dalla capogruppo, hanno subito un pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale che li costringe ad attivarsi per richiedere il risarcimento del danno attraverso l’azione prevista all’art. 2497 c.c.. Da ciò deriva quindi che, un’attività di direzione e coordinamento che riduca in qualche modo il valore del patrimonio della società etero diretta, danneggia anche i soggetti partecipanti alla suddetta società, *in primis* proprio i soci<sup>53</sup>. Inoltre, quando si parla di soci, non necessariamente si prende in considerazione la varietà dei soggetti che possono ricoprire tale posizione all’interno di tutto il gruppo di società; tale articolo infatti, sembra riferirsi solamente ai soci di minoranza delle società etero dirette, escludendo dal quadro dei legittimati attivi i soci esterni della società capogruppo, con la probabile conseguenza che i soci di minoranza della capogruppo, esterni quindi rispetto ai vertici organizzativi del gruppo, non possano esperire l’azione *ex art.* 2497 c.c. nell’ipotesi di danno derivante da un’attività della capogruppo contraria ai principi di corretta gestione imprenditoriale. Un’ultima considerazione relativamente a questa prima categoria di legittimati attivi riguarda la possibilità che un soggetto, al tempo dell’attività di direzione e coordinamento e in particolare dell’atto posto in essere in contrasto al

---

<sup>52</sup> ANNAPAOLA NEGRI CLEMENTI E FILIPPO MARIA FEDERICI, *Opinioni diritto societario, La natura della responsabilità della capogruppo e la tutela del socio di minoranza*, 2008; CHIARA CALAPRETE, *Op.cit.*, 2012;

<sup>53</sup> A. DI MAJO, *La responsabilità per l’attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.* 2009, 551.

parametro del 1° comma dell'art. 2497 c.c., risultasse socio, ma che nel corso del tempo abbia deciso di cedere la propria partecipazione ad un terzo e dunque al momento della proposizione dell'azione di responsabilità risulti socio, o addirittura non risulti più socio<sup>54</sup>. A questi soggetti non può essere preclusa la possibilità di agire per tentare il risarcimento del danno subito quando ancora ricoprivano la carica di soci; in questo senso dunque diviene importante individuare il momento effettivo in cui è sorto e si è verificato il pregiudizio per il socio e l'operazione che ha causato il danno in modo da poterla ricondurre eventualmente ad una *mala gestio*<sup>55</sup> dell'organo amministrativo della capogruppo. È chiaro che in una situazione come quella prospettata poc'anzi il soggetto danneggiato agirà nella veste di "ex socio" provando tuttavia il pregiudizio subito all'epoca in cui faceva parte della compagine societaria e dunque potendo rientrare tra i soggetti legittimati dal legislatore ad esperire l'azione risarcitoria *ex art. 2497 c.c.*<sup>56</sup>.

### 3.1.2 I creditori sociali

Altra categoria sono i creditori sociali, ai quali viene riconosciuto il diritto di agire per richiedere il risarcimento del proprio pregiudizio nei confronti della

---

<sup>54</sup> ANNAPAOLA NEGRI CLEMENTI E FILIPPO MARIA FEDERICI, *Op.cip.*, 2008; CHIARA CALAPRETE, *Op.cit.*, 2012;

<sup>55</sup> A. DI MAJO, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.* 2009; CHIARA CALAPRETE, *Op.cit.*, 2012;

<sup>56</sup> *Idem*;

società capogruppo<sup>57</sup>. Il legislatore in sostanza ha ritenuto necessario garantire, anche in un ambito differente da quello delle società autonome, la medesima tutela ai creditori sociali<sup>58</sup>. Ciò lo si nota dal fatto che l'azione risarcitoria disciplinata dall'art. 2497 c.c. sembra ricalcare la previsione dell'art. 2394 c.c. che riconosce ai creditori sociali la possibilità di esperire una azione di responsabilità in tutti i casi in cui gli amministratori abbiano, attraverso l'inosservanza dei propri obblighi, leso l'integrità del patrimonio sociale e di conseguenza ridotto la garanzia in termini di soddisfazione economica dei creditori stessi<sup>59</sup>. E' opportuno dover precisare che quando si parla dei soggetti legittimati all'esercizio dell'azione di responsabilità i creditori sociali ( art.2497 c.c.co.1), si fa riferimento ai creditori della società etero diretta; ciò comporta una differente posizione che si viene a creare tra i creditori sociali delle società soggette all'attività di direzione e coordinamento e quelli della società capogruppo<sup>60</sup>. La differenza emerge in maniera più netta nel momento di crisi del gruppo e in particolare, nel caso in cui i creditori della etero diretta esercitino l'azione ex art. 2497 c.c.<sup>61</sup>; infatti l'eventuale riconoscimento di un abuso da parte della società capogruppo comporterebbe il diritto dei creditori sociali di ottenere un risarcimento direttamente dalla *holding*, con la conseguenza che il patrimonio di questa, unica garanzia dei propri creditori

---

<sup>57</sup>MARINA CATALOZZI *Direzione e coordinamento di società*, presente sul sito: [http://www.notarlex.it/archivio\\_riforma/studi/25\\_Direzione\\_coordinamento.htm](http://www.notarlex.it/archivio_riforma/studi/25_Direzione_coordinamento.htm);

<sup>58</sup> TOMBARI, *op. già cit.*, p. 1767;

<sup>59</sup> *Ibidem*;

<sup>60</sup> M. RESCIGNO, *Il problema dell'azione dei creditori relazione in riv. diritto societario*, disponibile sul sito: [http://www00.unibg.it/dati/corsi/65053/61806-Rescigno\\_2394srll.pdf](http://www00.unibg.it/dati/corsi/65053/61806-Rescigno_2394srll.pdf);

<sup>61</sup> *Idem*;



sociali, si ridurrebbe, causando un ulteriore danno a questi ultimi che non avrebbero più la certezza di ricevere quanto dovuto, in considerazione del rapporto obbligatorio in essere. Da ciò si può notare che la norma, così come prevista dal legislatore della riforma, sembra essere pensata più a tutela dei creditori della società etero diretta, piuttosto che a tutela di quei soggetti creditori della capogruppo. La suddetta disposizione individua peraltro il danno che può essere fatto valere dai creditori sociali e lo identifica nella lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società<sup>62</sup>; tale lesione comporta il rischio per i creditori sociali di non vedere soddisfatti i propri diritti di credito<sup>63</sup>, essendo il patrimonio della società etero diretta la principale garanzia di tale categoria di legittimati nell'ambito dei rapporti commerciali in essere con la società<sup>64</sup>.

### 3.1.3 *La società etero diretta*

In questa fase di analisi generale dei soggetti legittimati ad agire *ex art. 2497 c.c.*, bisogna fare un accenno anche alla posizione che potrebbe assumere la società etero diretta, nell'ipotesi di abuso dell'attività di direzione e coordinamento e conseguente danno ai soci e ai creditori<sup>65</sup>. Infatti, ritenendo azionabile da parte dei soci della eterodiretta e dai relativi creditori sociali

---

<sup>62</sup> CAGNASSO, *La qualificazione della responsabilità per la violazione dei principi di corretta gestione nei confronti della società etero diretta*, in *Fall.* 2008;

<sup>63</sup> A. DI MAJO, *Op.cit.* 2009;

<sup>64</sup> *Idem*;

<sup>65</sup> ANNAPAOLA NEGRI CLEMENTI E FILIPPO MARIA FEDERICI, *Op.cit.*, 2008;

l'azione *ex art.* 2497 c.c., sorge l'interrogativo se la società che effettivamente è stata danneggiata, a fronte di un abuso della direzione unitaria da parte della capogruppo, possa o meno agire per richiedere una qualche forma di ristoro. Sul punto la dottrina non è unanime: vi è chi<sup>66</sup> esclude la sussistenza di una legittimazione attiva in capo alla società abusata sulla base di una lettura molto lineare dell'art. 2497 c.c. che esplicitamente non fa riferimento alla società etero diretta; al contrario, vi è chi propende nell'inserire tra i legittimati attivi anche la società etero diretta, pur non risultando pacifiche le ragioni sottese ad una simile interpretazione, posto il dettato dell'art. 2497 c.c. ed, in particolare, del 3° comma. Il riconoscere una legittimazione attiva anche alla società etero diretta porta con sé una serie di considerazioni soprattutto relativamente all'effettività di un'azione di questo tipo nel corso della vita di un gruppo e all'opportunità per gli amministratori della società dominata di agire nei confronti della capogruppo.

### **3.2 Legittimati passivi**

Con riguardo invece ai soggetti in capo ai quali configurare una responsabilità derivante da abuso di direzione e coordinamento, la norma individua genericamente due soggetti chiamati ad una responsabilità nell'ambito della gestione unitaria del gruppo: la “*società*” e “*l'ente*” che esercitano l'attività di

---

<sup>66</sup> TOMBARI, *op. già cit.*, p.1768; M:R: MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività di impresa*, 2010, p. 272;

direzione e coordinamento. Soffermandosi sul primo soggetto che può svolgere in senso positivo l'attività di direzione e coordinamento, occorre innanzitutto sottolineare che il legislatore nell'art. 2497 c.c. si limita a richiamare il concetto di società, senza fornire ulteriori indicazioni<sup>67</sup>; è quindi ipotizzabile che l'attività di direzione e coordinamento possa essere svolta da qualsiasi tipologia di società (di capitali, cooperative o di persone) e di conseguenza sorga una responsabilità *ex art. 2497 c.c.* indipendentemente dal tipo societario assunto<sup>68</sup>. Risulterebbe eccessiva, dinnanzi al silenzio della norma, una interpretazione restrittiva della stessa che vietasse all'una o all'altra tipologia di società l'esercizio della direzione e del coordinamento. Parte della dottrina ritiene che le norme sulla direzione e coordinamento di società *“siano trasversali a tutti i tipi di società, non essendo probabilmente lecita neppure una limitazione del soggetto leso alle società di capitali, potendo infatti ipotizzarsi un danno anche ad una società di persone, ad una società cooperativa o ad un consorzio”*<sup>69</sup>. Si tratta quindi di una disciplina operante in presenza di una struttura imprenditoriale di gruppo che prescinde dalla forma giuridica delle imprese che la compongono ed estendibile a tutti i tipi di società. Con riguardo invece al secondo soggetto chiamato ad esercitare una attività di direzione e coordinamento e, in caso di abuso, responsabile nei confronti dei soci e dei creditori sociali occorre segnalare che, come nel primo caso, il legislatore ha

---

<sup>67</sup> GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Bologna, 2005, p. 65; BADINI CONFALONIERI, VENTURA, *sub art. 2497 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di COTTINO, CAGNASSO, BONFATTI, II, 2004, p. 2168;

<sup>68</sup> *Idem*;

<sup>69</sup> GALGANO, *Op.cit.* 2005, p. 65; CHIARA CALAPRETE, *Op.cit.*, 2012;

lasciato grande libertà all'interprete<sup>70</sup>. Ai sensi dell'art. 2497 c.c., si intendono legittimati passivi anche gli *enti* che imprimono una direzione unitaria nei confronti di una o più società<sup>71</sup>; ma come si nota dalla norma, non viene indicato a che tipologia di enti il legislatore voglia riconoscere tale diritto e potere. Si presuppone possano svolgere un'attività di direzione e coordinamento sia gli enti di fatto che quelli di diritto, ma anche gli enti pubblici non economici, i comitati, le associazioni e le fondazioni; il secondo comma dell'art. 2497 c.c. inoltre, individua una duplice ipotesi di concorso nella responsabilità della società che svolge l'attività di direzione e coordinamento disponendo che *“risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia tratto beneficio”* e sempre che sussistano gli elementi rilevanti ai fini della responsabilità e come individuati al 1° comma della medesima norma. Secondo un primo approccio alla lettura di questo comma, questo tipo di responsabilità può essere estesa a due categorie di soggetti differenti; da una parte infatti viene indicato chi ha preso parte al fatto lesivo e dall'altra chi ne ha tratto beneficio. Sembrerebbe quasi intento del legislatore voler allargare il novero dei possibili convenuti, sia pure a fronte di un fatto lesivo “principale” causato dalla società o ente che esercita la direzione unitaria<sup>72</sup>. Sembra quasi che il legislatore inserendo il secondo comma, non abbia voluto riferirsi esclusivamente ai soggetti che

---

<sup>70</sup> *Idem*;

<sup>71</sup> *Idem*;

<sup>72</sup> DI MAJO, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.* 2009, p. 550;

operano continuativamente nell'ambito delle compagini sociali coinvolte, “*ma a qualsiasi soggetto, sia esso persona fisica o giuridica, a prescindere dal ruolo formale che riveste e dalla sua posizione (esterna o interna) rispetto alla società danneggiata ed al gruppo*”<sup>73</sup>. Al fine di capire “*chi*” effettivamente possa rientrare in questa categoria, ipotizziamo: gli amministratori della società capogruppo o i direttori generali che hanno elaborato la direttiva; i componenti dell'organo di controllo della *holding*, i quali “*hanno preso parte al fatto lesivo*” mediante “*una condotta omissiva*” ; gli amministratori della società “*dipendente*” che hanno proceduto ad eseguire le direttive della capogruppo; il socio di controllo o la *holding* persona fisica per l'influenza illegittima che hanno esercitato sulla società dipendente; i creditori della società capogruppo che hanno spinto gli amministratori a compiere l'atto lesivo al fine di incrementare la propria garanzia patrimoniale; gli organi di controllo della società etero diretta. Nell'ambito di una attività di direzione e coordinamento, nel corso della gestione di un gruppo, è solito che il consiglio di amministrazione o, più un generale, l'organo amministrativo della società eterodiretta sia chiamato innanzitutto a porre in essere una serie di atti e a rispondere dei danni causati ai soci e ai creditori sociali della società figlia a seguito dell'esecuzione di eventuali direttive dannose. L'atto dannoso per la società etero diretta solitamente viene posto in essere dagli amministratori di quest'ultima e dunque si potrebbe pensare che gli amministratori siano sempre

---

<sup>73</sup> Tribunale di Milano, 23 aprile 2008, in *Le soc.* 2009, 78 e ss;

responsabili solidalmente *ex art. 2497 c.c.* in quanto partecipanti al fatto lesivo. Al contrario, la disciplina introdotta con la riforma del 2003 ha riconosciuto legittima la direzione unitaria e ha individuato una serie di principi, affinché tale etero direzione possa essere vantaggiosa per il gruppo inteso nella sua accezione più ampia. Da ciò dunque deriva che in tutti i casi in cui gli amministratori della società etero diretta agiscono correttamente nell'adempimento di una direttiva, è esclusa una responsabilità *ex art. 2497 c.c.*<sup>74</sup>; se questo è vero, è possibile anche escludere una responsabilità dell'organo amministrativo della società diretta e coordinata tutte le volte in cui gli amministratori abbiano agito nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale nonostante la direttiva impartita dalla società capogruppo fosse dannosa. Se così non fosse ci si troverebbe dinnanzi ad una situazione in cui da un lato l'amministratore della società etero diretta sarebbe sempre responsabile e, dall'altro, l'organo amministrativo, pur agendo in maniera diligente, sarebbe sottoposto, nel caso di direttiva della *holding* dannosa<sup>75</sup>, alla revoca per giusta causa, qualora non seguisse la direttiva impartita e non ne desse esecuzione. Infine, si conferma che l'amministratore della società etero diretta, in presenza di direttive dannose per la propria società, può essere esente da responsabilità, qualora sussistano tre condizioni<sup>76</sup>: che sia stata accertata la situazione di direzione e coordinamento tra la capogruppo e la società etero diretta in cui l'amministratore esercita la propria funzione; che

---

<sup>74</sup> DI MAJO, *Op.Cit.*, 2009, p. 549; CHIARA CALAPRETE, *Op.cit.*, 2012;

<sup>75</sup> *Idem*;

<sup>76</sup> *Idem*;

siano stati rispettati i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale da parte della società dipendente e, nel caso in cui ci sia comunque un danno, questo sia stato compensato<sup>77</sup>; e che il recepimento della direttiva da parte degli amministratori della società etero diretta sia avvenuto nel rispetto degli obblighi pubblicitari previsti dalla legge<sup>78</sup>. Con riguardo invece alla seconda ipotesi di responsabilità solidale indicata nel 2° comma dell'art. 2497 c.c., va segnalato che la norma stessa, nell'indicare una responsabilità anche a “*chi ne abbia tratto consapevolmente beneficio*”<sup>79</sup>. Inoltre, la seconda parte della norma permette di punire, nei limiti “*dell'approfittamento consapevole*”, gli amministratori di fatto e di diritto della *holding* o delle società dipendenti che non siano direttamente partecipi della gestione abusiva, oltre che le società sorelle che abbiano beneficiato delle operazioni infragruppo, ma anche i soci di controllo privi di cariche gestorie o che non hanno materialmente impartito direttive<sup>80</sup>. Tra i soggetti responsabili ai sensi del 2° comma dell'art. 2497 c.c. potrebbe rientrare anche una delle società soggette all'attività di direzione e coordinamento<sup>81</sup>. L'ipotesi non è molto rara; infatti potrebbe accadere che a trarre beneficio dall'attività di direzione unitaria dannosa per alcune delle società eterodirette sia un'altra società, sempre appartenente al gruppo, ma

---

<sup>77</sup> DI MAJO, *Op.cit.*, p. 550;

<sup>78</sup> *Ibidem*;

<sup>79</sup> *Ibidem*;

<sup>80</sup> GALGANO, *op cit*, p. 118; SBISÀ, *La responsabilità della capogruppo*, in *Rass. Giur. elettr.*, 2004, p. 685; CARIELLO, *op. già cit*, in *Riv. soc.* 2003, 1251;

<sup>81</sup> *Idem*;

diversa da quella danneggiata<sup>82</sup>. La capogruppo potrebbe avere interesse a investire risorse per lo sviluppo e la crescita di una sola delle società da lei dominate con la conseguenza che le altre ed eventuali società etero dirette potrebbero subire un pregiudizio a fronte di una politica di questo tipo; in questo senso, la società a favore della quale la *holding* ha effettuato ad esempio un finanziamento, in caso di accertata attività di direzione e coordinamento contraria ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, potrebbe essere chiamata a rispondere solidalmente con la capogruppo per il danno subito dai soci e dai creditori<sup>83</sup>. Ovviamente non solo sarà responsabile la società etero diretta che ha tratto beneficio da tale attività illegittima, ma anche i propri amministratori in quanto veri e propri esecutori delle direttive impartite dalla capogruppo e beneficiari dell'operazione dannosa per le altre società eterodirette.

#### **4. La responsabilità della holding persona fisica**

Dalla lettura dell'art. 2497 c.c. emerge che l'attività di direzione e coordinamento può essere imputata esclusivamente ad una doppia categoria di soggetti, ovvero a "società" o "enti"<sup>84</sup>; così facendo, la norma sembrerebbe escludere dal novero dei soggetti a capo della direzione e del coordinamento di

---

<sup>82</sup> *Idem*;

<sup>83</sup> GALGANO, *op cit*, p. 118; CHIARA CALAPRETE, *Op.cit.*, 2012;

<sup>84</sup> LORENZO BENEDETTI, *La responsabilità aggiuntiva ex art. 2497 c.c. co.2*, Quaderni di giurisprudenza commerciale, Giuffrè editore 2013;



società le persone fisiche. Un orientamento minoritario propone una lettura estensiva del 1° comma dell'art. 2497 c.c., sia in considerazione delle locuzioni di portata generale contenute negli artt. 2497 *quinquies* e 2497 *sexies*, sia sulla base di una lettura sistematica e complessiva e un'opinione, secondo cui la rilevanza della capogruppo persona fisica potrebbe essere recuperata attraverso il disposto del 2° comma dell'art. 2497, che prevede la responsabilità solidale “*nei limiti del vantaggio conseguito, di chi abbia consapevolmente tratto beneficio*” dal fatto lesivo. Stante il dettato normativo e le considerazioni ricordate, va tuttavia evidenziato che la *holding* di tipo personale si è prepotentemente riproposta all'attenzione della giurisprudenza più recente sia nell'ambito di giudizi di responsabilità che in sede fallimentare<sup>85</sup>. In relazione a ciò, è stato ribadito che, affinché ad un soggetto possa essere attribuito, in ragione dell'attività di direzione strategica o di governo del gruppo di società da lui controllate, il ruolo di *holding*, con conseguente assoggettamento al regime dell'impresa, devono coesistere alcuni requisiti: gli atti, soprattutto negoziali, nei quali la direzione del gruppo si esplica, devono essere realizzati dalla

---

<sup>85</sup> cfr. “*non vi sono ragioni per escludere che la responsabilità di cui all'art. 2497 c.c., in tema di responsabilità dell'ente controllante verso i creditori delle società soggette all'attività di direzione e coordinamento, possa essere ravvisata in capo ad una persona fisica, posto che il concetto di direzione unitaria consente di identificare fenomeni di gruppo ulteriori rispetto a quelli identificabili in base ai criteri di controllo azionario e contrattuale. Ciò in quanto è stata accertata in giudizio l'unitarietà operativa di tre imprese le quali, pur essendo società di capitali formalmente distinte e dotate di autonoma personalità giuridica, hanno agito secondo una logica imprenditoriale comune dettata da una compagine ben individuata e alla quale la gestione di dette società era variamente affidata in una prospettiva di una complessiva e comune strategia. La pronuncia fa peraltro riferimento alla circostanza che una normativizzazione del suddetto principio è contenuta nella disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi nel cui ambito sono considerate imprese di gruppo, oltre alle società di cui all'art. 2359 c.c., anche le imprese che, per la composizione degli organi amministrativi o sulla base di altri concordanti elementi, risultano soggette ad una direzione comune (art. 80 1° comma n. 3 D.lgs. 270/999)*” Tribunale di Roma, 21 novembre 2011, in *Il caso.it*, 2012;

capogruppo in nome proprio, divenendo fonte di responsabilità patrimoniale diretta<sup>86</sup>; detta attività deve aver attitudine a produrre un incremento di risultati economici del gruppo nel suo insieme e nelle sue componenti, i quali appaiono diretta derivazione dell'attività di governo o non siano altrimenti ipotizzabili in assenza dell'attività qualificante indicata. Ciò premesso, il dato senz'altro più problematico è quello di riconoscere al socio la qualità di *holding* persona fisica, quando l'amministrazione di fatto non sia appunto limitata ad una singola società, ma sia rivolta a imprimere un'azione unitaria a una pluralità di società; pertanto, la responsabilità del socio persona fisica, che eserciti di fatto l'attività di direzione e coordinamento, potrà essere affermata o a titolo di concorso, sulla base del secondo comma del 2497, ovvero in via diretta ed autonoma, in applicazione all'orientamento giurisprudenziale in tema di amministratore di fatto.

## **CAPITOLO SECONDO**

### **INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA DEI GRUPPI DI IMPRESE**

#### ***Premessa:***

---

<sup>86</sup> LORENZO BENEDETTI, *Op.cit.*, 2013;

L'entrata in vigore del regolamento 1346/00 ha segnato una grande svolta in materia di insolvenze transfrontaliere, superando la precedente situazione in cui la differenza tra le norme di diritto internazionale privato dei singoli Stati membri non era in grado di risolvere eventuali conflitti di legge e di superare le divergenze tra le diverse norme interne dei singoli Stati dell'Unione. La sua introduzione ha infatti fissato per la prima volta, un corpo di norme comuni sulle procedure di insolvenza che regolano la competenza giurisdizionale ad aprire le procedure, la legge applicabile e il riconoscimento delle decisioni delle corti competenti. Pur non avendo lo scopo di uniformare le normative interne dei diversi Stati membri, il regolamento ha sicuramente fornito uno stimolo per l'aggiornamento delle normative concorsuali per ogni singolo Stato. Benché il giudizio fornito della dottrina sul regolamento sia positivo, non sono mancate le critiche, soprattutto sulla questione importante della *gestione dei gruppi di imprese transfrontaliere*. La dottrina ha esaminato numerose proposte sia riguardo alla modifica del contenuto già presente nel regolamento sia riguardo a nuovi elementi da inserire. Oltre ai singoli contributi dottrinali, ho ritenuto interessante menzionare in questo lavoro, una recente iniziativa ad opera dell'associazione INSOL Europe<sup>87</sup> (*INSOL Europe è l'organizzazione europea di professionisti specializzati in insolvenza, ricostruzione di business e di recupero*), la quale, in vista della relazione che la Commissione europea, era tenuta a presentare al Parlamento e al Consiglio *ex art. 46* entro il 2012, nello

---

<sup>87</sup> L'associazione di professionisti del settore si occupa in generale dello studio, della valutazione e dello sviluppo di argomenti di interesse comune a livello europeo legati all'insolvenza, trattandoli anche con istituzioni europee e Stati membri. Si veda il sito ufficiale <http://www.insol-europe.org>;

stesso anno, ha presentato alla Commissione un documento contenente proposte rappresentanti l'opinione diffusa dei professionisti europei del settore in materia di insolvenza, su temi rilevanti per modificare il testo del regolamento<sup>88</sup>.

## **5. Insolvenza transfrontaliera dei gruppi di imprese**

E' opportuno innanzitutto cominciare con l'introdurre cosa si intende per insolvenza dei gruppi di imprese in senso transfrontaliero, al fine di capire come mai tra gli elementi da inserire nel regolamento europeo è sicuramente prioritaria la gestione di questo aspetto fino ad oggi ignorato. Sembra che per gli Stati membri i tempi siano sufficientemente maturi per formulare delle norme comuni che regolino questi casi di insolvenza<sup>89</sup>. Oltre a ciò, alcuni casi di insolvenza di rilevanti gruppi di imprese multinazionali hanno mostrato come l'attuale contenuto del regolamento non basti più ai fini di una loro gestione efficace ed efficiente<sup>90</sup>. La situazione ottimale, in caso di insolvenza dei gruppi, sarebbe quella di effettuare un risanamento transnazionale attraverso uno stretto coordinamento tra le società; per raggiungere un simile obiettivo la dottrina ha

---

<sup>88</sup> *INSOL Europe, Revision of the European Insolvency Regulation – Proposals*, INSOL Europe, 2012, reperibile all'indirizzo web <http://www.insol-europe.org/technical-content/revision-of-the-european-insolvency-regulation-proposals-by-insol-europe/>;

<sup>89</sup> M. VIRGOS, E. SCHMIT, Report on the Convention of Insolvency proceedings, 8 luglio 1996, (DOC/Consiglio, n. 6500/96/EN), par. 70, non ufficialmente pubblicata, riprodotta in I. Fletcher, G. Moss, S. Isaac, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings*, A commentary and annotated guide, Londra, 2002, p. 2634 ss.;

<sup>90</sup> A. MAZZONI, *Cross-border insolvency of multinational groups of companies: proposals for an European approach in the light of the UNCITRAL approach* Periodico: Il diritto del commercio internazionale Anno: 2010 – Vol.: 24 – p.755 ;

proposto di rafforzare e ampliare all'interno della legge concorsuale di ogni Stato membro il ruolo di due forti principi: *il principio dell'autonomia privata* e *il principio di maggioranza*. Il principio dell'autonomia privata sta assumendo negli ultimi anni un ruolo sempre maggiore in molte procedure riformate nelle diverse normative concorsuali, prevedendo la possibilità per i creditori e più in generale per gli *stakeholders* di intervenire nelle scelte gestorie della procedura aperta<sup>91</sup>. Il secondo principio, quello di maggioranza, risulta regolatore del primo, poiché le scelte gestorie demandate all'autonomia privata sono prese a maggioranza delle classi creditorie, dando così più peso ad un interesse diffuso rispetto a singoli interessi<sup>92</sup>. L'inclusione di questi due valori all'interno del regolamento, insieme ad uno stretto coordinamento tra le corti investite delle diverse procedure del gruppo, permetterebbe così di poter risanare un intero gruppo societario a livello europeo, quando lo si ritenga necessario<sup>93</sup>. INSOL Europe dedica un intero capitolo delle proprie proposte al tema dei gruppi di imprese, per il quale afferma che servono regole di coordinamento tra le diverse procedure di insolvenza aperte e serve prevedere la possibilità di includere nel regolamento la facoltà di attuare piani di risanamento di gruppo<sup>94</sup>. L'impostazione di queste proposte sembra individuare due diverse possibilità; quella che prevede la gestione coordinata delle diverse entità di gruppo oppure

---

<sup>91</sup> GUGLIELMO CAPPELLO, Il regolamento (CE) 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza - Analisi della normativa, dei casi giurisprudenziali e prospettive di riforma Università degli Studi Ca' Foscari Venezia, 2013/2014;

<sup>92</sup> Consiglio dell'unione europea, Bruxelles 20 novembre 2014 sul sito <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=it&f=ST%2015414%202014%20ADD%201>;

<sup>93</sup> *Idem*;;

<sup>94</sup> *Revision of the European Insolvency Regulation*, Op. cit., p. 13;

quella della gestione completamente accentrata del gruppo. La scelta di una possibilità piuttosto che dell'altra dovrebbe dipendere dalla entità del valore perso, qualora il patrimonio del gruppo venga liquidato separatamente e non come un unico patrimonio. Il punto di partenza sembrerebbe a prescindere quello attualmente previsto dal regolamento, e cioè, tutte le società del gruppo vengono trattate come entità giuridiche separate l'una dall'altra. Nella maggior parte dei casi, per una gestione delle diverse società del gruppo, sarà sufficiente prevedere un determinato livello di coordinamento, che mantenga tuttavia la separazione delle identità giuridiche<sup>95</sup>. Nelle situazioni invece in cui non sia possibile suddividere il patrimonio di gruppo tra le varie società che ne fanno parte, a causa della forte integrazione tra gli interessi economici delle stesse, una vendita separata causerebbe la realizzazione di un attivo inferiore al valore unitario del gruppo, e ciò a discapito degli interessi dei creditori. Appare evidente però che, soltanto per questo genere di eccezione sarà possibile optare per la seconda possibilità, effettuando un consolidamento sostanziale<sup>96</sup> dell'intero gruppo, che verrà perciò considerato come un'entità unica. Il termine “*consolidamento sostanziale*”<sup>97</sup> viene tratto dall'espressione inglese “*substantive consolidation*”<sup>98</sup> che in concreto consiste in una procedura di fusione del patrimonio di due o più società insolventi in un'unica società da liquidare o ristrutturare secondo la legge concorsuale applicabile; dunque, in

---

<sup>95</sup> GUGLIELMO CAPPELLO, Op.cit., 2013/2014;

<sup>96</sup> PIETRO FAZZINI, MATTEO M. WINKLER, *DIRITTO DEL COMMERCIO INTRNAZIONALE*, Anno, XXVII, Fasc.1-Milano Giuffrè editore, 2013;

<sup>97</sup> *Idem*;

<sup>98</sup> *Idem*;

questo caso la separazione delle entità societarie viene meno, e vengono riuniti i patrimoni, e cioè tutti i passivi societari e la distribuzione degli attivi. A rigor di logica, possiamo affermare con certezza che la prima possibilità intende permettere un efficace e sufficiente coordinamento equiparando i poteri del curatore della società madre nei confronti delle società figlie, ai poteri del curatore della procedura principale nei confronti delle procedure secondarie. Si ricorda infatti, che considerare entità giuridiche autonome le diverse società del gruppo, porta a qualificare tutte le procedure aperte delle società che ne fanno parte come procedure principali; questo significa che si applicheranno anche alle procedure principali delle società controllate delle norme simili a quelle di cui agli artt. 27 e ss. del regolamento sulle procedure secondarie. Con riguardo invece alla seconda possibilità, quella del consolidamento sostanziale, in termini pratici, andranno chiuse le procedure principali delle società controllate, e la corte, investita della procedura della società madre, sovrintenderà la procedura consolidata dell'intero gruppo. Detta corte dovrà decidere se optare per la prima opzione di coordinamento o per la seconda di consolidamento sostanziale. Oltretutto, tra le varie proposte è stato suggerito di istituire un registro delle insolvenze online, facilmente accessibile dalla rete internet, al fine di implementare la cooperazione giudiziaria e la conoscenza immediata delle diverse procedure aperte in tutta l'Unione europea. Questo permetterebbe di evitare che le corti degli Stati membri aprano procedure principali in capo a debitori per i quali sono già state aperte procedure principali in altri Stati

membri<sup>99</sup>. Pur non formulando una proposta vera e propria, anche la INSOL Europe ritiene opportuno che si crei un singolo registro delle insolvenze accessibile a tutti gli Stati membri. Ulteriori questioni per le quali è stata richiesta un'implementazione del regolamento riguardano le procedure di risanamento e le *procedure c.d. ibride*<sup>100</sup>. A ragione di ciò la INSOL Europe dedica un capitolo intero di proposte all'idea di individuare un piano di risanamento europeo. Questo piano consisterebbe in un insieme di norme sostanziali sull'adozione del piano stesso, senza tuttavia sostituirsi ad alcuna legislazione degli Stati membri riguardante il risanamento. Per le procedure ibride<sup>101</sup> è stato chiesto di estendere anche ad esse l'ambito di applicazione del regolamento, data la sempre maggiore implementazione di questa tipologia di procedure "pre insolvenza" in molti Stati membri. Negli ultimi due decenni infatti molti ordinamenti hanno subito un cambiamento di impostazione, poiché da un lato si sono sempre più sviluppate delle prassi negoziali volte a valorizzare l'autonomia privata nella soluzione delle crisi di impresa, dall'altro lato è aumentata la propensione per la conservazione<sup>102</sup> dell'impresa e per la valorizzazione del suo patrimonio dinamico<sup>103</sup>. Per questa tipologia di

---

<sup>99</sup> B. WESSELS, *Revision of the EU Insolvency Regulation*, What type of facelift?, Independent legal counsel, Dordrecht, University of Leiden, 2010/2011;

<sup>100</sup> B. WESSELS, *Op.cit.*, 2013-2014; "Sono dette ibride quelle procedure che si collocano tra gli accordi di ristrutturazione stragiudiziali e le procedure giudiziali formali, combinando così i vantaggi dell'una e dell'altra forma di risanamento o di insolvenza. Solitamente queste procedure andranno sancite da una corte o da un ufficiale amministrativo e saranno vincolanti anche per i creditori di minoranza" GUGLIELMO CAPPELLO, *Op.cit.* 2013-2014;

<sup>101</sup> B. WESSELS, *Op.cit.*, 2010/2011

<sup>102</sup> GUGLIELMO CAPPELLO, *Op.cit.*, 2013/2014;

<sup>103</sup> P. FAZZINI, M.M. WINKLER, *Op.cit.*, pp. 141 ss;



procedura il regolamento dovrebbe infatti determinare quale corte sia giurisdizionalmente competente per sancire la procedura, a quale normativa nazionale questa debba riferirsi e quali siano le condizioni al verificarsi delle quali la procedura verrà riconosciuta negli altri Stati membri. La proposta comune, sia per le procedure di risanamento che per le procedure ibride, consiste nella modifica dei requisiti *ex art. 1*, ampliandoli al fine di una più estesa applicazione del regolamento anche a queste tipologie di procedure<sup>104</sup>. Ulteriore questione riguarda il fatto che il regolamento considera le procedure di insolvenza soltanto con un'ottica interna all'Unione europea, senza trattare i rapporti con medesime procedure aperte in altri Stati al di fuori dell'Unione. Ci sono infatti più situazioni in cui una efficiente cooperazione e comunicazione anche con corti di paesi non facenti parte dell'Unione europea permetterebbe un migliore risanamento o liquidazione della situazione debitoria<sup>105</sup>; questo porterebbe inoltre<sup>106</sup> a migliorare ulteriormente il funzionamento del mercato interno<sup>107</sup>. La proposta proveniente da più parti consiste nell'inclusione all'interno del regolamento del sistema previsto nella Legge Modello dell'UNCITRAL. Questo infatti permetterebbe di armonizzare le previsioni dei diversi Stati membri in merito al riconoscimento e ai rapporti con procedure concorsuali aperte al di fuori dell'Unione europea.

---

<sup>104</sup> *Ibidem*;

<sup>105</sup> P. FAZZINI, M.M. WINKLER, *Op.cit.*, pp. 141 ss;

<sup>106</sup> LA GESTIONE DELL'IMPRESA IN CRISI *L'analisi di Dottori Commercialisti, Managers ed Imprenditrici* COMITATO PARI OPPORTUNITÀ ODCECTORINO, disponibile su [http://www.odcec.torino.it/public/elaborati/e-book\\_-\\_la\\_gestione\\_dell\\_impresa\\_in\\_crisi.pdf](http://www.odcec.torino.it/public/elaborati/e-book_-_la_gestione_dell_impresa_in_crisi.pdf)

<sup>107</sup> P. FAZZINI, M.M. WINKLER, *Op.cit.*, pp. 141 ss;

## **6. Il criterio del COMI, nuove questioni di intervento e di modifica a favore dei gruppi di imprese**

Fin dall'entrata in vigore del regolamento, la dottrina e le diverse istituzioni degli Stati membri hanno cercato di dare una interpretazione all'intero contenuto del regolamento stesso e per quello che ci riguarda anche al  *tredicesimo considerando*, in riferimento al COMI delle persone giuridiche. Al fine di permetterci una più corretta interpretazione del COMI, per quanto concerne il problema delle insolvenze dei gruppi, è doveroso operare una breve descrizione-introduttiva del concetto di COMI ed il suo riconoscimento dottrinale e giurisprudenziale. La prima definizione del criterio COMI è stata proposta nel 2000 al Parlamento europeo dalla "*Committee on Law and Internal Market*", secondo cui per centro degli interessi principale si intendeva il "*luogo dal quale il debitore intrattiene principalmente le proprie relazioni economiche, esercita altre attività economiche e dove mantiene i rapporti più stretti*" <sup>108</sup>. Con il tempo si è riscontrato però che l'identificazione del criterio COMI non è uniforme tra tutti gli Stati membri; per esempio, per la dottrina italiana, il criterio di individuazione del COMI deve essere di volta in volta determinato sulla base del diritto interno dello Stato membro che apre la procedura principale. Tale teoria però, si discosta notevolmente dalla

---

<sup>108</sup> B. WESSELS, *International Insolvency Law*, Kluwer, The Netherlands, 3rd ed., 2012, p. 1100;

definizione dettata dal diritto comunitario. Ancora, secondo altri<sup>109</sup> il COMI deve coincidere con il centro di interessi del debitore dove viene gestita l'attività del debitore stesso, indipendentemente dalla localizzazione dei beni; tale teoria emerge grazie all'interpretazione del par. 75 del *Report Virgós-Schmit*<sup>110</sup>, secondo il quale il centro degli interessi principali del debitore corrisponde con la sede statutaria poiché solitamente detto luogo coincide con la sede centrale<sup>111</sup>. Questa definizione portava pertanto a credere che bisognava semplicemente dimostrare che le funzioni tipiche di una sede centrale erano svolte in uno Stato membro diverso da quello in cui era situata la sede statutaria. Tuttavia, questa teoria è stata notevolmente criticata. Si è ritenuto infatti, che non fosse altro che una cattiva interpretazione della spiegazione del *Report*<sup>112</sup>, il quale nel cercare di far corrispondere la sede statutaria con la sede effettiva, ha fornito valore di presunzione semplice a tale scelta della sede statutaria, senza tuttavia voler fornire un effettivo criterio di individuazione del COMI, né tantomeno un criterio di prova contraria. Se consideriamo l'insieme delle interpretazioni, si riesce, a mio parere, ad individuare una comune interpretazione di centro degli interessi principali del debitore; possiamo infatti

---

<sup>109</sup> Si veda G. MOSS, T. SMITH, *Commentary on Council Regulation 1346/2000 on Insolvency Proceedings*, in G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS (eds.), *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. – A Commentary and Annotated Guide*, I ed., Oxford University Press, 2002;

<sup>110</sup> JONA ISTRAEL, in *Europea cross vorder insolvency Regulation*, Intersentia 2005;

<sup>111</sup> G. MOSS, T. SMITH in , *Commentary on Council Regulation 1346/2000 on Insolvency Proceedings*, in G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS (eds.), *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. – A Commentary and Annotated Guide*, I ed., Oxford University Press, 2002;

<sup>112</sup> B. WESSELS, *The Ongoing Struggle of Multinational Groups of Companies under the EC Insolvency Regulation*, published in, *European Company Law Vol. 6, Issue 4, August 2009*, pp. 169-177;

dire che per COMI si intende: *“il centro effettivo di direzione e amministrazione degli affari... che si presume localizzato nella sede statutaria del debitore...”*<sup>113</sup>. Provando ad interpretare ed analizzare il considerando 13 si ritiene necessario utilizzare congiuntamente tre diversi aspetti al fine di individuare correttamente il centro degli interessi principali; bisogna infatti tenere in considerazione la 1) *“gestione degli interessi”*, 2) la *“sfera esterna di abitualità e riconoscibilità da parte dei terzi”* e 3) *“l’unicità del centro degli interessi”*. Analizzando *in primis* il significato attribuito a *“gestione degli interessi”* dobbiamo cominciare col dire che il termine *“interessi”* viene inteso come il centro degli affari economici del debitore, per cui il luogo dove il debitore esercita la gestione dei propri interessi deve corrispondere con il luogo in cui il debitore gestisce i propri affari economici. Ancora, con il termine *esercita ... la gestione* si intende *dirige e controlla*, dunque il luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi dovrebbe essere il *“luogo in cui il debitore dirige e controlla i propri affari economici”*<sup>114</sup>, sia esso persona fisica o giuridica. Inoltre, abbiamo detto anche che il debitore deve manifestarsi all'esterno in modo chiaro e così abituale da poter essere oggettivamente riconoscibile dai terzi. Questo concetto di visibilità non riguarda la vera e propria presenza di immobilizzazioni nel predetto luogo, anche se è richiesta

---

<sup>113</sup> CENTRO DEGLI INTERESSI PRINCIPALI E TRASFERIMENTO DELLA SEDE STATUTARIA: La Corte di Giustizia dell'Unione Europea torna sul regolamento n. 1346/2000 in materia di insolvenza transfrontaliera di NICOLÒ NISI in <http://www.biblio.liuc.it/liucpap/pdf/246.pdf>;

<sup>114</sup> THE VIRGÓS SCHMIT REPORT, nr. 75. *The Report is generally accepted as an authoritative source of interpretation of the Insolvency Regulation, 1996;*

una minima presenza, almeno per le persone giuridiche; il concetto è piuttosto legato ad una localizzazione territoriale nella quale i terzi riconoscono o ritengono che il debitore abitualmente dirige e controlla i propri affari. L'abitudine invece si deduce dalla durata e dalla continuità con cui i terzi intrattengono rapporti con il debitore e da qualsiasi altra informazione che faccia presumere una regolare localizzazione. Tale precisazione sta nella possibilità da parte di potenziali creditori di valutare se il soggetto con cui intendono entrare in rapporti conduce gli affari stabilmente in un luogo oppure se questi non vi ha sede stabile di direzione, ipotesi in cui il rischio commerciale e finanziario aumenta per i creditori. Il rischio aumenta a causa del possibile *forum shopping* che il debitore potrebbe attuare ad insaputa dei creditori, che non sarebbero in grado di individuare tempestivamente un centro degli interessi in continuo spostamento. Il terzo criterio della *unicità del centro degli interessi* stabilisce che ci deve essere un solo centro direzionale e di controllo in capo al debitore<sup>115</sup>, dal momento che la procedura principale dovrà essere unica e si aprirà nel luogo in cui si individua il COMI. La situazione in cui si individuano più centri degli interessi si verifica infatti nel momento in cui il debitore non abbia, alla vista dei terzi, una sede stabile di direzione e governo. Nell'eventualità in cui il debitore abbia più di un centro di gestione degli affari, si propone la soluzione di stabilire quale di tali centri sia il *centro direzionale* in cui sono svolte le funzioni tipiche di una sede centrale, ad es. il

---

<sup>115</sup> THE VIRGÓS SCHMIT REPORT, Op.cit., 1996;

luogo di relazione con i prestatori di capitale di rischio e capitale di terzi, il luogo in cui sono prese le decisioni strategiche, definite le politiche e gli obiettivi aziendali, distinte dalla gestione di affari diversi in luoghi diversi<sup>116</sup>. Non ritengo calzante l'esempio fatto da molti in dottrina secondo cui bisogna considerare il *luogo in cui è situata la tesoreria centrale od in cui si effettua la raccolta dei capitali*, dal momento che nell'ambito dei gruppi societari molto spesso una società controllata viene adibita a società di sola gestione finanziaria per l'intero gruppo, rimanendo comunque staccata dalla società madre per quanto riguarda gli altri ambiti di gestione. E' vero anche infatti che il regolamento non si applica soltanto ai gruppi di imprese ma una simile situazione può verificarsi anche a livello di singola entità societaria, in cui una sede staccata dalla sede centrale potrebbe essere interamente adibita alla gestione finanziaria aziendale, al fine di inquadrare in un ramo dedicato dell'azienda questa attività. Il Reg. 1346/00, all'art. 3, ultima parte, introduce oltretutto una "*presunzione*" che permette di far coincidere il centro degli interessi principali del debitore con il luogo ove è ubicata la sede statutaria, qualora si tratti di persone giuridiche, ovvero di società, dando rilevanza ad elementi di natura documentale<sup>117</sup>. Questa scelta legislativa tenta di evitare che una eventuale localizzazione fittizia di una società in uno Stato membro possa

---

<sup>116</sup> RELAZIONE sulle raccomandazioni alla Commissione sulle procedure d'insolvenza nel contesto del diritto societario dell'UE (2011/2006(INI)), 2011 disponibile dal sito: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2011-0355+0+DOC+XML+V0//IT#title1>;

<sup>117</sup> M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, Kluwer Law International, 2004, par. 61;

impedire l'apertura della procedura principale nel luogo ove invece viene effettivamente svolta l'attività di impresa, penalizzando così gli interessi dei creditori<sup>118</sup>. Unica limitazione resta quella per cui le procedure secondarie eventualmente aperte possono soltanto avere natura liquidatoria, impedendo così agli organi giudiziari una eventuale ristrutturazione delle società controllate, se non dietro richiesta del curatore della procedura principale<sup>119</sup>. La modalità con cui il legislatore comunitario ha formulato la norma consente di riconoscere un potere discrezionale quasi assoluto in capo al giudice prefallimentare, il quale può liberamente valutare qualsiasi elemento presentato a dimostrazione dell'ipotesi di localizzazione, con il rischio che raramente un Tribunale neghi la propria giurisdizione a favore di un altro. A fondamento di tale interpretazione si prende ad esempio la spiegazione della norma del regolamento secondo gli autori *Virgós-Garcimartín*, i quali, oltre al luogo in cui erano svolte le funzioni direttive, utilizzavano anche il criterio dell'abitudine e riconoscibilità da parte dei terzi e della unicità del COMI, criteri che invece le corti (specie quelle inglesi) non adottavano, per lo meno espressamente, al fine di motivare nella decisione di apertura, la localizzazione del COMI delle figlie nella sede della società madre. Troviamo opportuno e doveroso a questo punto

---

<sup>118</sup> STUDIO LEGALE CICCOPIEDI *il trasferimento all'estero della sede sociale*, <http://www.google.it/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CCwQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.societabulgaria.eu%2Findex.php%2Fdownloads%3Fdownload%3D1%3Atrasferimento-all'estero&ei=4ldUVdHyOqWeygOStYHwBA&usq=AFQjCNEMRjEf5te8jDUa5InDmFRLx34A5g&sig2=2OwmLSYRcVB9rrrvTvugqw&bvm=bv.93112503,d.bGQ>;

<sup>119</sup> RELAZIONE sulle raccomandazioni alla Commissione sulle procedure d'insolvenza nel contesto del diritto societario dell'UE, Op.cit. 2011;

richiamare la riconosciuta autonomia del concetto di COMI sancita nella causa C- 341/04<sup>120</sup> (*Eurofood*) da parte della Corte di Giustizia; infatti, grazie a questa sentenza, alcuni autori si sono spinti ad argomentare circa la *natura autonoma* della nozione più generale di *sede*<sup>121</sup>. A questa deduzione è possibile obiettare che la Corte di giustizia, nel caso *Eurofood*, non era chiamata a pronunciarsi circa l'interpretazione da dare alla nozione di *sede statutaria*, la cui localizzazione nel caso di specie era pacifica, bensì sulla nozione di COMI<sup>122</sup>. Si osserva infatti che la presunzione semplice prevista all'art. 3, par. 1, non comporta la coincidenza dei concetti di sede legale e di centro degli interessi principali del debitore, bensì il fatto che la sede legale ed il COMI possono considerarsi localizzati nel medesimo luogo qualora la suddetta presunzione non venga superata. Tale ipotesi sortisce dal fatto che il Reg. 1346/00 prevede l'applicazione di due criteri utilizzabili nell'identificazione dello Stato membro giurisdizionalmente competente all'apertura della procedura principale, l'uno fondato su *caratteri di effettività*, vale a dire sul COMI, l'altro su *elementi formali*, vale a dire sulla sede<sup>123</sup>. Per individuare gli strumenti che possono venire in aiuto nella fase di individuazione delle sedi societarie, bisogna

---

<sup>120</sup> Sentenza della grande Corte del 2 maggio 2006, CAUSAC-341/04;

<sup>121</sup> G. MOSS, *The Triumph of fraternité: ISA Daisytek SAS*, International Insolvency Institute, 2008, reperibile all'indirizzo web [www.iiiglobal.org](http://www.iiiglobal.org). Si veda anche P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., pp. 71 ss., 82; B. WESSELS, *The Place of the Registered Office*, cit., p. 184;

<sup>122</sup> THE EUROFOOD DECISION OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE by Hon.Samuel Bufford; <http://iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/39/4048.html>;

<sup>123</sup> R. VAN GALEN, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. II; I. MEROVACH, *The home country' of a multinational enterprise group facing insolvency*, in *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 57, aprile 2008, 427-448, p. 444.



indubbiamente fare riferimento alla sentenza *Eurofood*, in cui la Corte di Giustizia ha affermato “ *la presunzione di cui al citato art. 3, par. 1 ultima parte, può essere superata soltanto se elementi obiettivi e verificabili da parte dei terzi consentono di determinare l’esistenza di una situazione reale diversa da quella che si ritiene corrispondere alla collocazione di detta sede statutaria ...Ciò potrebbe in particolare valere per una società che non svolgesse alcuna attività sul territorio dello Stato membro in cui è collocata la sua sede sociale*”<sup>124</sup>. La suddetta definizione è stata ulteriormente ribadita dalla Corte di Giustizia in una sentenza del 2010 per la causa *MG Probud gdynia sp zo*<sup>125</sup>. Quindi, per identificare il luogo ove è localizzato il COMI di società ovvero di persone giuridiche occorre far riferimento all’ubicazione della sede statutaria, in base al dettato della citata *presunzione semplice*. Qualora si ritenga che la sede societaria non coincida con il centro degli interessi principali, così come individuato dalla normativa comunitaria in base ai criteri della riconoscibilità dai terzi e dell’abitudine dell’attività di impresa, si può produrre prova contraria che dimostri come nello Stato indicato come COMI, il debitore non abbia alcun interesse o meglio, abbia interessi preminenti altrove<sup>126</sup>. Conformemente ai principi in materia di *presunzione semplice*, l’onere di produrre eventuali elementi idonei a dimostrare che non vi è alcuna coincidenza tra il COMI e la

---

<sup>124</sup> Sentenza della grande Corte del 2 maggio 2006, cooperazione giudiziaria in materia civile — Regolamento (CE) n. 1346/2000, Procedure di insolvenza, Decisione di avvio della procedura, Centro degli interessi principali del debitore, Riconoscimento della procedura di insolvenza, Ordine pubblico, CAUSAC-341/04;

<sup>125</sup> STEFANO SCARAFONI, *In Modelli e Tecniche del processo civile, il processo civile e la normativa comunitaria*, UTET, 2012;

<sup>126</sup> B. WESSELS, *Op.cit.*;

sede formale della società è a carico della parte che intende contestare la competenza del giudice della sede, che nel caso di specie è individuabile nel creditore istante<sup>127</sup>. Dunque in assenza di contestazioni il giudice sembrerebbe poter applicare in modo automatico il criterio formale. Tuttavia la deduzione non pare correttamente risolta in quanto generalmente nelle procedure concorsuali non è individuabile una controparte in senso tecnico ed inoltre spesso non è neppure presente in giudizio un interlocutore che possa contestare le deduzioni del soggetto istante. Tale presunzione circa la sede statutaria può invece essere superata in modo singolare come elaborato in una soluzione offerta dalla Corte di Appello di Milano nel 2008 ed enunciata nella causa *Fallimento S.p.a. Link Due in liquidazione contro Immobilink Corporation S.A*<sup>128</sup>. In questa circostanza la Corte ha stabilito che quando un creditore fornisce la prova della presenza nello Stato richiesto di alcuni interessi del debitore, è quest'ultimo ad avere l'onere di fornire a sua volta la prova dell'esistenza di interessi preminenti rispetto a quelli dedotti dal creditore nello Stato membro ove è localizzata la sede statutaria. Qualora non venga fornita suddetta prova si deve considerare superata la presunzione semplice<sup>129</sup>. Nella fattispecie riguardante il caso della Corte d'Appello di Milano venivano messi a confronto gli interessi individuati dal creditore istante e quelli affermati dal debitore per

---

<sup>127</sup> Si veda G. MOSS, T. SMITH, *Commentary*, I ed., cit., p. 169.

<sup>128</sup> ANTONIO CAIAFA, SIMONA ROMEO, *il fallimento e le altre procedure concorsuali*, collana diretta da Giuseppe Cassano, Wolters Kluwer, CEDAM, 2014;

<sup>129</sup> P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2009, cit., p. 74; G. MONTELLA, *La Corte di Giustizia e il Comi: eppur (forse) si muove!*, 2012, pp. 3 ss., reperibile all'indirizzo web [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

evitare il superamento della presunzione<sup>130</sup>. Per quanto concerne l'oggetto dell'onere della prova ove si volesse superare la citata presunzione occorre sottolineare che dottrina e giurisprudenza accolgono soluzioni alquanto divergenti, posto che il richiamo alle regole dei singoli ordinamenti in materia probatoria non agevola una ricostruzione uniforme della portata della presunzione in esame nonché l'ampiezza della prova contraria. In tal senso è stata attribuita importanza al centro operativo e direzionale della società, come centro ove operano gli amministratori ovvero come il luogo ove vengono elaborate le decisioni imprenditoriali, il luogo ove vengono stipulati contratti e quello in cui la società entra in contatto con i terzi; al contrario non viene riconosciuta valenza probatoria alla localizzazione di un immobile di proprietà della società fallenda in altro Stato membro<sup>131</sup>. Nel caso *Eurotunnel* il tribunale del commercio di Parigi nel 2006 assoggettò a procedura d'insolvenza ben diciassette società del gruppo *Eurotunnel*, tra le quali la società francese *Eurotunnel SA*, quella inglese *The Channel Tunnel Group Limited* e altre società localizzate in altri Stati dell'Unione. Il giudice francese, pur citando indirettamente la sentenza *Eurofood* ha contrariamente ad essa, ritenuto propria la competenza internazionale anche per le società con sede statutaria non in Francia, ritenendo che a Parigi fosse localizzata la direzione strategica, finanziaria e contabile del gruppo, oltre che il nucleo essenziale dell'attività, dei dipendenti e del patrimonio. Aggiunse inoltre che le trattative con i debitori

---

<sup>130</sup> G. MONTELLA, *Il fallimento del COMI?*, in Riv. Fallimento, 2010, 1, pp. 59 ss., par. 1;

<sup>131</sup> I. MEROVACH, *The 'home country' of a multinational enterprise group*, Insolvency Conference, Humboldt University, Berlin, Germany, June 9-10, 2008 cit., p. 444;

erano condotte per tutto il *gruppo* dal presidente francese. La Corte di Giustizia nel caso *Eurofood* ha fissato criteri per l'individuazione del COMI talmente rigidi da consentire, nella prassi, il superamento della presunzione *iuris tantum* limitatamente alle ipotesi di “*società fantasma*”, cioè solo in quei casi in cui la società non svolga, in concreto, alcuna attività imprenditoriale presso la sede legale della società<sup>132</sup>. Infine, si è ipotizzato di poter applicare il medesimo regime giuridico nel caso delle cosiddette società controllate, costituite in Stati diversi da quelli della controllante unicamente al fine di godere condizioni più favorevoli relativamente al trattamento fiscale, ma in tali casi la presunzione a favore della sede statutaria risulta particolarmente debole. Concludendo il problema dell'individuazione del centro degli interessi principali del debitore, ci troviamo di fronte ad un problema di ampia portata per quanto concerne le multinazionali; La Corte di Giustizia infatti, è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione nella causa C-396/09 *Interedil Srl in liquidazione*, contro *Fallimento Interedil Srl e Intesa Gestione Crediti S.p.a*<sup>133</sup> con sentenza del 2011. I fatti di causa risalgono al 2001, data del trasferimento a Londra, e conseguente cancellazione della società imputata dal registro delle imprese italiano, della sede statutaria della *Interedil*. Secondo le dichiarazioni rese dai legali rappresentanti dell'impresa, al trasferimento della sede si sarebbero accompagnate alcune transazioni aventi ad oggetto contestualmente

---

<sup>132</sup> P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Op.cit.*, pp. 74 ss;

<sup>133</sup> STEFANO SCARAFONI, *Op.cit.*, 2012;

all'acquisizione della società *Interedil* da parte del gruppo inglese *Canopus*<sup>134</sup>, anche negozi giuridici con partners italiani relativamente a beni immobili ubicati in Italia. *L'Intesa Gestione Crediti S.p.a*<sup>135</sup>, nel 2003, presentava al Tribunale di Bari istanza per la dichiarazione di fallimento della società *Interedil*, la quale tuttavia, dopo aver eccepito il difetto di giurisdizione del giudice italiano, sollevò la questione dinnanzi la Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 41 del codice di rito. Il Tribunale di Bari ritenne manifestamente infondata la suddetta eccezione e ribadì la competenza del giudice italiano, senza attendere la decisione della Suprema Corte. Successivamente nel 2005, la Suprema Corte di Cassazione confermò con ordinanza la giurisdizione del Tribunale italiano. Nella fattispecie il problema legato alla portata da attribuire alla *presunzione semplice* della sede legale venne sollevato in quanto, la parte riteneva di dubbia fondatezza i parametri posti dalla Suprema Corte a sostegno della propria tesi, specie a seguito delle statuizioni introdotte dalla citata sentenza *Eurofood*<sup>136</sup>. In particolare la seconda questione pregiudiziale avanzata dal Tribunale di Bari è stata formulata nei seguenti termini: “*se la presunzione prevista dall'art. 3, n. 1, del regolamento ... secondo cui per le società si presume che il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede statutaria*”<sup>137</sup>, sia superabile sulla base

---

<sup>134</sup> P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Op. cit.*, pp. 101 ss;

<sup>135</sup> STEFANO SCARAFONI, *I Op.cit.*, 2012, 78;

<sup>136</sup> B. WESSELS, *International Insolvency Law*, *Op.cit.*, 2009;

<sup>137</sup> G. MONTELLA, *Il fallimentarista*, La Corta di giustizia e il comi: Eppure (forse) si muove, Giuffrè Editore, disponibile dal sito :

dell'accertamento di un'effettiva attività imprenditoriale nello Stato diverso da quello in cui si trova la sede statutaria della società, oppure, *“affinché possa ritenersi superata la detta presunzione, sia necessario accertare che la società non abbia svolto alcuna attività imprenditoriale nello Stato ove ha la propria sede statutaria”*<sup>138</sup>. A questa tesi la Corte ha argomentando richiamando ciò che è stato detto a proposito nella causa *Eurofood* nonché riferendosi alle Conclusioni dell'Avvocato generale, precisando che *“il centro degli interessi principali di una società debitrice deve essere individuato privilegiando il luogo dell'amministrazione principale di tale società, come determinabile sulla base di elementi oggettivi e riconoscibili dai terzi”*<sup>139</sup>. Qualora gli organi direttivi e di controllo di una società si trovino presso la sua sede statutaria e qualora le decisioni di gestione di tale società siano assunte, in maniera riconoscibile dai terzi, in tale luogo, la presunzione introdotta da tale disposizione non è superabile<sup>140</sup>. *“Laddove il luogo dell'amministrazione principale di una società non si trovi presso la sua sede statutaria, la presenza di attivi sociali nonché l'esistenza di contratti relativi alla loro gestione finanziaria in uno Stato membro diverso da quello della sede statutaria di tale società possono essere considerate elementi sufficienti a superare tale presunzione solo a condizione che una valutazione globale di tutti gli elementi*

---

[http://www.ilfallimentarista.it/sites/default/files/uploads/pdf/MONTELLA\\_Competenza\\_internazionale\\_COMI.pdf](http://www.ilfallimentarista.it/sites/default/files/uploads/pdf/MONTELLA_Competenza_internazionale_COMI.pdf);

<sup>138</sup> *Idem*;

<sup>139</sup> Sentenza della Corte (Prima Sezione) 20 ottobre 2011 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale ordinario di Bari) - Interedil Srl, in liquidazione / Fallimento Interedil Srl, Intesa Gestione Crediti SpA (Causa C-396/09);

<sup>140</sup> *Idem*;

*rilevanti consenta di stabilire che, in maniera riconoscibile dai terzi, il centro effettivo di direzione e di controllo della società stessa, nonché della gestione dei suoi interessi, è situato in tale altro Stato membro*<sup>141</sup>. Concludendo, la “*presunzione iuris tantum*” troverà piena applicazione nelle ipotesi in cui gli organi direttivi e di controllo della società si trovano ubicati presso la sede statutaria e le decisioni di *governance* vengano assunte in maniera riconoscibile ai terzi in detto luogo; diversamente, la prova contraria potrà essere prodotta qualora la sede dell’amministrazione principale non coincidesse con la sede statutaria. In questi ultimi casi si dovrà procedere ad una valutazione globale di tutti gli elementi materiali caratterizzanti la fattispecie concreta, analizzandone le circostanze peculiari che dimostrino in modo obiettivo il riconoscimento da parte dei creditori della fallenda del relativo COMI della società in un luogo diverso da quello della sede legale sulla base del richiamo ai principi di pubblicità e trasparenza.

## **7. La difficoltà applicativa del criterio COMI per i Gruppi di imprese**

Come abbiamo potuto notare già nel paragrafo precedente, il problema sostanziale sta nel fatto che il regolamento non affronta il problema delle insolvenze dei gruppi di società e questa circostanza è considerata, una delle più gravi lacune della norma europea che non ha dato strumenti idonei proprio in

---

<sup>141</sup> *Idem*;

relazione alle ipotesi dove è maggiormente concentrato il fenomeno dell'espansione transfrontaliera delle imprese. Come vedremo nel resto della trattazione, la ragione alla base di questo vuoto normativo sta proprio nel principio secondo il quale l'insolvenza è considerata "*l'incapacità di far fronte ai propri debiti non tanto di un'organizzazione, quanto di un debitore inteso come persona fisica o giuridica singolarmente considerata*"<sup>142</sup>. Anche la Relazione Virgós-Schmit, precedentemente menzionata, spiega come all'epoca della Convenzione, gli Stati non intendevano adottare una simile disciplina, forse perché erano in attesa di un coordinamento tra le disposizioni nazionali in materia di diritto dei gruppi, di cui all'art. 1 della direttiva n. 89/667; tale coordinamento, ad oggi non è ancora stato realizzato<sup>143</sup>. Il fatto che non siano incluse norme nel regolamento che regolano l'insolvenza dei gruppi d'impresa significa che ogni singola società facente parte del gruppo insolvente va considerata come entità giuridica autonoma<sup>144</sup>. La conseguenza di tale affermazione implica che per ogni società controllata del gruppo, oltre che per la controllante, il luogo rilevante ai fini della localizzazione del COMI è la sede statutaria della controllata stessa che *si presume* essere localizzato ove si svolge l'attività di direzione ed amministrazione. Anche se la direzione e l'amministrazione di una società controllata viene svolta secondo le direttive imposte dalla società controllante ciò non modifica *il trattamento*

---

<sup>142</sup> M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN, *Op.cit.*, cit., par. 61; A. MAZZONI, *Op.cit.*, 2010, pp. 755 ss., par. 1;

<sup>143</sup> Si veda S. BARIATTI, *Il regolamento n. 1346/2000*, cit., par. 8.

<sup>144</sup> GUGLIELMO CAPPELLO, *Op.cit.*, 2013/2014;



*giuridicamente autonomo in questione*<sup>145</sup>. Di conseguenza, ogni società del gruppo, venendo autonomamente considerata, va anche assoggettata ad una propria procedura principale d'insolvenza<sup>146</sup>. Facendo un raffronto con il contesto interno italiano è certamente vero che i gruppi di imprese strutturati sul territorio nazionale sono soggetti ad un coordinamento e ad una gestione il più possibile unitaria della crisi o dello stato di insolvenza, tuttavia al fine dell'assoggettamento a fallimento o ad amministrazione straordinaria, l'accertamento dello stato di insolvenza va condotto considerando la situazione economico-finanziaria di ogni singola società, anche se queste appartengono ad un gruppo di società controllate o collegate. Questo perché: "*ciascun debitore conserva distinta personalità e autonoma qualità di imprenditore, rispondendo con il proprio patrimonio soltanto dei propri debiti*" (Cass. 16 luglio 1992, n. 8656). La non inclusione delle insolvenze a carattere transnazionale dei gruppi nel regolamento è stato ed è ad oggi, uno dei temi più discussi dalla dottrina, con riguardo anche all'interpretazione del criterio del COMI. Partendo innanzitutto dalla dottrina, si ritiene che in un ambiente economico e di mercato ormai globalizzato, i gruppi societari assumono spesso dimensioni transfrontaliere e rilevanza economico-sociale tali da generare notevole allarme in caso di insolvenza<sup>147</sup>. Inoltre, una "*gestione separata*" delle diverse società

---

<sup>145</sup> GUGLIELMO CAPPELLO, Op.cit, 2013/2014;

<sup>146</sup> P. DE CESARI, G. MONTELLA, Op.cit, 2009, cit., p. 73;.

<sup>147</sup> P. DE CESARI, G. MONTELLA, Op.cit., cit., p. 102;

non permetterebbe una “*gestione unitaria*” della crisi di gruppo<sup>148</sup>. Una procedura accorpata ha l’evidente beneficio di rendere efficiente lo svolgimento della procedura e di massimizzare il soddisfacimento dei creditori<sup>149</sup>. In contrapposizione, si è fatto presente che la gestione unitaria delle insolvenze di gruppi di imprese non è esente da rischi: se da una parte la gestione scoordinata delle diverse società del gruppo potrà risultare inefficiente, dall’altra parte invece ci sarebbe il rischio che si concentri eccessivamente in capo alla procedura della capogruppo anche la gestione delle sussidiarie; difatti, con riguardo a tale secondo rischio, difficilmente le corti degli Stati membri che, avrebbero dovuto gestire la procedura delle controllate, accetterebbero di buon grado una privazione della giurisdizione. Verrebbe comunque attribuito alle corti delle controllate il potere di aprire una procedura secondaria che permetterebbe un ampio margine di gestione del patrimonio della controllata nel territorio del proprio Stato; l’unica limitazione resta quella per cui le procedure secondarie eventualmente aperte possono soltanto avere natura liquidatoria, impedendo così agli organi giudiziari una eventuale ristrutturazione delle società controllate, se non dietro richiesta del curatore della procedura principale. Anche se ci troviamo di fronte ad una mancata inclusione di strutture societarie all’interno del regolamento, la giurisprudenza di molte corti nazionali è completamente andata controcorrente, basando molto

---

<sup>148</sup> A. DI MAJO, *Il trust e i gruppi di imprese nelle procedure concorsuali*, in U. APICE (a cura di), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, vol. III, cit. p. 1319;

<sup>149</sup> C. ALESSI-D. BENINCASA-M. PASSALACQUA, *Rapporti tra procedura principale e procedure secondarie nel Regolamento (CE) 1346/2000* in F. BONELLI (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Giuffrè, 2011, pp. 321 ss.;

spesso la propria decisione su motivazioni simili a quelle proposte dalla dottrina. Tale comportamento è stato portato avanti principalmente dalle corti inglesi, dando vita al fenomeno del cd. “*anglo-saxon approach*”; tale approccio viene appunto considerato “*anglosassone*” proprio per la provenienza inglese delle prime sentenze, le quali, sistematicamente trattarono le insolvenze delle società appartenenti ad un gruppo come un’unica procedura e localizzarono il COMI di tutte le società appartenenti al gruppo nella sede della società madre. Questo approccio deriva proprio dalla maggior propensione da parte delle corti del Regno Unito ad interpretare il centro degli interessi principali secondo l’*head office functions test*<sup>150</sup>. Le diverse corti hanno così applicato un criterio che si discostava notevolmente dalla reale impostazione dell’art. 3 del *considerando 13*. Esse si limitavano a verificare la corrispondenza tra sede statutaria e lo svolgimento in detta sede delle *head office functions*, e soltanto in caso contrario, individuavano il diverso luogo in cui il debitore gestiva i suoi interessi. Solitamente le corti si limitavano ad individuare il luogo in cui erano svolte le *head office functions* di tutte le società del gruppo nella sede statutaria della capogruppo senza mai verificarne *a priori* la corrispondenza con le singole sedi statutarie; oppure, molte volte, le corti accettavano come prova contraria elementi del tutto *soggettivi* dove venivano

---

<sup>150</sup> G. MOSS, “*The future of The European Insolvency regulation*” in Revision of the EU Insolvency regulation: What type of facelift? by Bob Wessels, International insolvency law, University of Leiden; 2010/2011 INSOL Scholar for the Europe, Middle East and Africa region. The author can be reached at: B.Wessels@Law.LeidenUniv;

individuare soltanto alcune categorie di soggetti terzi ritenuti rilevanti per la corte. In tale maniera le corti inglesi e successivamente anche le corti di altri Stati membri, inclusa l'Italia, sostituirono al ben più articolato criterio del COMI il criterio dell' *head office functions test*, in base al quale individuarono sistematicamente il centro degli interessi principali delle società controllate di un gruppo nello stesso luogo in cui era situato il COMI della società madre. Tra i primi casi quello più significativo è stato il caso *Daisytek*<sup>151</sup>, in cui un gruppo societario era costituito da una società madre, *Daisytek International Corp.*, che risiedeva negli Stati Uniti e controllava una società con sede statutaria in Inghilterra, *Daisytek ISA Ltd*<sup>152</sup>, la quale a sua volta controllava quattro società, di cui una in Francia, *ISA Daisytek SAS*, e due in Germania. Nel 2003 la *High Court of Justice* di Leeds, Inghilterra, assoggettò ad un piano di ristrutturazione dei debiti le tre società presenti in Europa ritenendo che il COMI sia della società inglese sia di quelle tedesche e francese fosse localizzato a Bradford, nel West Yorkshire, poiché lì erano coordinate tutte le attività del gruppo sul territorio europeo. Nel giudizio emesso nel 2003 il giudice inglese si riferì al *tedicesimo considerando*, specificando come Bradford fosse il luogo in cui dette società esercitavano in modo abituale la gestione dei loro interessi e che questo era riconoscibile anche da parte dei terzi. In particolare sulla riconoscibilità da parte dei terzi la corte, rifacendosi alla definizione contenuta nel *Report Virgós-Schmit* al par. 75, ritenne che per una società commerciale

---

<sup>151</sup> G. MOSS, *Op.cit.*, 2008, reperibile all'indirizzo web [www.iiiglobal.org](http://www.iiiglobal.org);

<sup>152</sup> GUGLIELMO CAPPELLO, *Op.cit.*, 2013/2014;

come la *Daisytek* il gruppo più rilevante di potenziali creditori fosse quello dei finanziatori e dei fornitori. Per tale motivo la corte appurò che il finanziamento delle attività svolte nelle controllate tedesche e francesi era organizzato a Bradford e che la maggior parte dei contratti di fornitura di queste società figlie erano stati conclusi nella stessa città inglese. Sulla scorta di questi elementi la *High Court* di Leeds si ritenne competente ad aprire le procedure di tutte le società europee. Sempre nel 2003 gli amministratori della controllata francese fecero domanda di apertura della procedura al Tribunale commerciale di Pontoise, il quale, pur a conoscenza dell'apertura della procedura inglese, assoggettò ad una procedura simile a quella inglese la francese *ISA Daisytek SAS*, già sottoposta a procedura inglese, violando così le norme sul riconoscimento automatico dell'apertura di una procedura estera. I curatori inglesi impugnarono allora la decisione di apertura francese di fronte al Tribunale di Pontoise e successivamente dinnanzi alla Corte di appello di Versailles, la quale riconobbe come principale la procedura aperta in Inghilterra, ritenendo che il momento di apertura della procedura inglese era avvenuto prima che si aprisse la procedura francese, per cui a partire da quel momento scattava il riconoscimento automatico da parte di tutti gli altri Stati membri. Pur non essendo necessario per il riconoscimento dell'apertura inglese, la corte di Versailles affermò anche la correttezza del procedimento di individuazione del COMI svolto dalla corte inglese, come superamento della

presunzione della sede statutaria. Nel caso *Daisytek*<sup>153</sup> quindi, la corte inglese non applicò in maniera indipendente l'*head office functions test*, ma applicò in maniera a prima vista corretta il procedimento di individuazione del COMI previsto dal regolamento, dal momento che rilevò la non corrispondenza tra sede statutaria e sede centrale e cercò di fornire prova contraria, provando la riconoscibilità da parte dei terzi. Lo sbaglio interpretativo tuttavia è avvenuto nell'utilizzo di un *test soggettivo* che valutava la riconoscibilità soltanto di un particolare gruppo di creditori potenziali<sup>154</sup>. Nel *Report Virgós-Schmit* si intendeva invece che, ai fini della prova contraria, andasse applicato un *test oggettivo*, con il quale si potesse dimostrare che il debitore conduce i suoi interessi principali nel luogo in cui qualsiasi "creditore potenziale", può riconoscere *oggettivamente* che in quel posto è localizzato il COMI; in altre parole, il COMI situato in un luogo diverso dalla sede statutaria corrisponde con il luogo in cui il debitore si manifesta esternamente e in cui ciò è oggettivamente riconoscibile da qualsiasi potenziale creditore<sup>155</sup>. Ha seguito una simile sorte anche il caso *Crisscross Telecommunications Group*, in cui la *High Court* inglese localizzò a Londra il COMI di diverse controllate del gruppo con sede statutaria in altri Stati membri; la particolarità di detto caso è stata la presenza sul territorio inglese non tanto della società madre, quanto di una delle società controllate, nella quale tuttavia si è ritenuto fossero localizzati

---

<sup>153</sup> Articolo: *The Centre of Main Interest and the Administration of Daisytek Edward Klempka*, PricewaterhouseCoopers, Leeds, tradotto dal sito <http://www.chasecambria.com/site/journal/article.php?id=77>

<sup>154</sup> *Idem*;

<sup>155</sup> B. WESSELS, *Op.Cit.*2009;.

i centri direzionali anche di altre società del gruppo<sup>156</sup>; e ancora il caso *MG Rover* e il caso *Collins & Aikman*, nel quale la *High Court of Justice* nel 2005 assoggettò a procedura inglese ventiquattro società sparse per l'Unione e controllate dalla *Collins & Aikman Corp. Group*<sup>157</sup>. La *High Court* si basò sulle precedenti esperienze delle corti inglesi, incluso il caso *Daisytek*, ed anche sull'evidenza per cui negli ultimi mesi, prima dell'apertura della procedura, le più importanti funzioni amministrative che riguardavano operazioni europee delle controllate erano state svolte in Inghilterra. Tale approccio fu condiviso e successivamente utilizzato anche da altri Stati membri. In Francia per esempio, con il caso *Re MPOTEC GmbH*, il Tribunale di Commercio di Nanterre ritenne convincente l'utilizzo dell' *head office functions approach* per i gruppi di imprese, alla luce della giurisprudenza che fino a quel momento si era trovata ad interpretare il COMI ed applicò per il caso in esame le stesse direttive adottate dalle corti inglesi. E ancora, nel 2006 la Corte di Lure, Francia, assoggettò a procedura francese *Energotech*, società polacca controllata dalla francese *Eurocoler*, basando principalmente la propria decisione su elementi riguardanti il centro di gestione amministrativa e a malapena considerando la riconoscibilità da parte dei terzi<sup>158</sup>. Pur ammettendo la maggior efficacia, efficienza ed economicità di una gestione unitaria dell'insolvenza di un gruppo societario, si ritiene che questo comportamento tenuto dalle corti dei diversi Stati membri abbia un grosso limite. Prediligere infatti la sfera interna delle

---

<sup>156</sup> I. MEROVACH, *Op.Cit.*, 2008, p. 444;

<sup>157</sup> B. WESSELS, *The Place of the Registered Office*, *Op. cit.*, p. 187.;

<sup>158</sup> B. WESSELS, *International Insolvency Law*, *Op.cit.*, par. 10595;

dinamiche infragruppo rispetto alla riconoscibilità oggettiva dai creditori potenziali pone questi ultimi nella condizione di non poter calcolare il proprio livello di tutela legale nello stringere accordi economici con una società controllata. Se infatti si lascia libero spazio alle società di muoversi sull'intero territorio europeo in modo disinvolto e senza limiti, questo atteggiamento comporterà per i creditori delle serie difficoltà nell'individuare a quale società rivolgersi nel caso in cui voglia soddisfare i propri diritti nell'ipotesi di insolvenza. Dal Virgós-Schmit *Report* al par. 75, l'insolvenza è un rischio prevedibile, per tale motivo è necessario che la giurisdizione sia radicata nel luogo in cui i *creditori potenziali* ritengono o sono stati indotti a ritenere che il debitore prenda le proprie decisioni e amministri i propri interessi in maniera manifesta e abituale verso l'esterno. Questo permette loro di poter valutare le garanzie legali offerte dallo Stato in cui ritengono sia localizzato il COMI del debitore. Focalizzando invece l'attenzione sulla sfera interna dei rapporti infragruppo non sarà possibile per i creditori prevedere a quale *lex concursus* potrà essere assoggettata la società controllata con cui hanno stretto rapporti, poiché essendo essi soggetti esterni non sono sempre in grado di investigare la struttura organizzativa e direzionale del gruppo<sup>159</sup>. Quindi, alla luce di quanto fino ad ora esposto, si potrebbe affermare che la “*head office functions test*” potrebbe portare una determinata corte ad assoggettare alla propria giurisdizione una società controllata i cui creditori potenziali sono invece

---

<sup>159</sup> CESARI, G. MONTELLA, Op.cit, pp. 71 ss., 82; GUGLIELMO CAPPELLO, Op. Cit., 2013/2014;



indotti a ritenere che il COMI è situato altrove. In conclusione, condurre un'indagine meramente interna al gruppo, lascia così che il fenomeno del *forum shopping abusivo*, basato sul trasferimento mascherato della sede centrale di una controllata all'interno del proprio gruppo, fornisca ai creditori una realtà falsata. Vedremo questo aspetto nel paragrafo successivo dedicato al problema del forum shopping e alle insolvenze dei gruppi di imprese.

## **8. Il *forum shopping* nel caso dei gruppi di imprese**

Il 12 dicembre 2012 la Commissione europea ha presentato, in relazione al Regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure d'insolvenza, una Proposta di modifica che si è ritenuta necessaria per adeguare il Regolamento ad un quadro economico internazionale profondamente mutato. Infatti, se la definizione di COMI dell'originario regolamento era in parte incompleta, ancora più dubbia era la questione riguardante il momento rilevante al fine di decidere, nel corso di un trasferimento di COMI, quale Stato tra quello di partenza e quello di destinazione avesse competenza ad aprire la procedura; se il trasferimento avviene poco prima o durante l'apertura di una procedura principale, quale tra i due Stati, di partenza o destinazione, ha la competenza giurisdizionale ad aprire la procedura? Si è già in precedenza avuto modo di illustrare come tra gli obiettivi fondamentali del regolamento ci sia quello di dissuadere le parti dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato

ad un altro al fine di ottenere una migliore situazione giuridica, comportamento etichettato dal regolamento come *forum shopping*. Il concetto di *forum shopping* nella sua forma più semplice non costituisce il caso particolare di trasferimento di beni e di procedimenti giudiziari menzionato dal regolamento, ma anzi più comunemente si indica con questo termine il comportamento di ricerca della giurisdizione più favorevole per una determinata transazione e l'utilizzo di tutte le misure possibili perché venga applicata quella giurisdizione, nel caso dell'insolvenza al fine di liquidare o ristrutturare una società. Il debitore, persona fisica o giuridica che sia, per attuare questo comportamento dovrà trasferire il proprio COMI da uno Stato membro ad un altro, al fine di ottenere una posizione legale più favorevole. La trattazione del trasferimento del COMI e del *forum shopping* non può inoltre prescindere dal contesto normativo europeo del mercato comune e delle libertà fondamentali, queste ultime funzionali al perseguimento del principio di libertà di stabilimento<sup>160</sup>, intesa come libertà di circolazione all'interno dello spazio comunitario delle imprese e delle iniziative economiche private<sup>161</sup>. Le norme sul diritto di stabilimento contenute negli artt. 49 e 54 del TFUE infatti influenzano anche la mobilità dei debitori in situazioni di insolvenza, per cui in caso di trasferimento di un debitore, oltre al concetto di COMI si dovranno considerare la libertà di

---

<sup>160</sup> F.M. MUCCIARELLI, *Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EU and Its Political Dimension*, in *European Business Organization Law Review*, vol. 14, 2, giugno 2013, pp. 175-200, pp. 189 ss; G. CAPPELLO, *Op. Cit.*, 2013/2014;

<sup>161</sup> E. PEDERZINI, *La libertà di stabilimento delle società europee nell'interpretazione evolutiva della Corte di Giustizia. Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nazionali*, in E. PEDERZINI (a cura di), *Percorsi di diritto societario europeo*, cit., pp. 93 ss;

stabilimento e le sue eventuali restrizioni<sup>162</sup>. La necessità di contestualizzare il trasferimento del COMI con la libertà di stabilimento porta a dover comprendere correttamente quali forme di *forum shopping* siano considerate abusive e quali invece siano ritenute lecite da parte dell'Unione europea, implicando quindi conseguenze sulle imprese insolventi che utilizzano la libera circolazione. Focalizzando la questione sui trasferimenti antecedenti la decisione di apertura, la libertà di stabilimento alla luce delle sentenze *Centros*<sup>163</sup> e *Überseering*<sup>164</sup> dovrebbe permettere ad una persona giuridica di trasferire la propria sede statutaria o effettiva senza che lo Stato di entrata<sup>165</sup> possa porre alcun vincolo. Inoltre in ambito di esercizio abusivo del diritto di stabilimento la sentenza *Cadbury Schweppes*<sup>166</sup> offre una base giuridica per il caso di trasferimento volto a trarre vantaggio da una disciplina nazionale più favorevole. La costituzione di una società in un paese diverso da quello di origine con lo scopo di ivi esercitare l'attività, avvantaggiandosi di una disciplina fiscale più favorevole, non rappresenta di per sé abuso della libertà di stabilimento<sup>167</sup>. In questo contesto normativo e giurisprudenziale una società può liberamente scegliere il paese di costituzione e la relativa *lex societatis*, pur

---

<sup>162</sup> E. PEDERZINI, *ivi*; F.M. MUCCIARELLI, *Op.cit.*, 2010, pp. 88 ss.;

<sup>163</sup> Corte di giustizia della Comunità europea, 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs og Selskabsstyrelsen*, reperibile all'indirizzo web <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>, ricerca per numero CELEX: 61997CJ0212;

<sup>164</sup> Corte di giustizia della Comunità europea, 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering BV c. Nordic Construction Company/Baumanagement GmbH (NCC)*, reperibile all'indirizzo web <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>, ricerca per numero CELEX: 62000CJ0208;

<sup>165</sup> STUDIO LEGALE CICOPIEDI, *Op.cit.*, 2012;

<sup>166</sup> Corte di giustizia della Comunità europea, 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes plc & Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, reperibile all'indirizzo web <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>, ricerca per numero CELEX: 62004CJ0196;

<sup>167</sup> G. CAPPELLO, *Op.cit.* 2013/2014;

potendo svolgere la propria attività e collocare la propria sede amministrativa in qualsiasi altro Stato membro, sempreché vengano rispettate le limitazioni previste dal paese di costituzione e non vietate dalla libertà di stabilimento<sup>168</sup>. In questa situazione di possibile “*sdoppiamento*” delle società la *lex concursus* non sarà sempre la stessa del paese di costituzione, poiché entrando nel campo applicativo del regolamento si utilizzerà il criterio del centro degli interessi principali, il quale presumibilmente corrisponderà con la sede statutaria nello stesso Stato del quale si applica la *lex societatis*, ma potrà anche essere individuato altrove nel caso in cui il luogo dell’amministrazione principale sia individuabile in qualsiasi altro Stato membro in base ad elementi sufficientemente trasparenti all’esterno. Così un debitore insolvente può essere soggetto alla *lex societatis* di uno Stato membro ma diventare soggetto alla *lex concursus* di un altro Stato membro che egli ritenga per sé più vantaggiosa traferendo il proprio COMI, trasferendo cioè la propria sede statutaria o il proprio centro di direzione, controllo e gestione degli interessi. Più semplicemente un debitore insolvente potrebbe trasferire la propria sede statutaria ed il proprio centro di direzione e gestione degli interessi in prossimità dell’apertura di una procedura principale, mutando così sia la *lex societatis* sia la *lex concursus*. Il fenomeno del cd. “*turismo di insolvenza*”<sup>169</sup>, è stato praticato principalmente da persone fisiche e giuridiche soprattutto di origine tedesca e austriaca, che negli scorsi anni hanno trasferito il loro centro

---

<sup>168</sup> F.M. MUCCIARELLI, Op. cit., 2010, p. 204;

<sup>169</sup> A. WALTERS, A. SMITH, *Bankruptcy Tourism under the EC Regulation on Insolvency Proceedings: A view from England and Wales*, International Insolvency Review, 2009;

degli interessi principali in Inghilterra, al fine di ottenere in detto Stato una procedura a loro più favorevole in termini di durata, di obblighi e di possibilità. Nel caso delle persone fisiche, i vantaggi predisposti dalle norme del Regno Unito sono: 1) l'automatica e forte esdebitazione entro l'anno dall'apertura della procedura, 2) l'ampiezza del numero di soggetti che possono essere dichiarati falliti e 3) la breve durata della procedura e minori obblighi nel richiedere il proprio fallimento. Per le persone giuridiche invece gli amministratori di una società britannica non hanno l'obbligo di chiedere l'apertura della procedura in capo alla società<sup>170</sup>. Se in linea di principio questo "turismo dell'insolvenza" potrebbe essere ritenuto lecito in base alla libertà di stabilimento, tale situazione pone tuttavia in essere non pochi problemi dal punto di vista della tutela dei creditori e dei loro interessi. Se i creditori in precedenza avevano stipulato contratti o erano entrati in contatto con il debitore stabilendo che si dovessero applicare le norme concorsuali dello Stato in cui ritenevano fosse localizzato il COMI, subirebbero inevitabilmente le conseguenze del suo trasferimento altrove. Mancando infatti uniformità tra le procedure concorsuali dei diversi Stati membri, un simile trasferimento potrebbe essere considerato pregiudizievole nei confronti dei creditori, nel caso in cui la procedura aperta nello Stato di trasferimento non preveda gli stessi diritti nel riparto dell'attivo, gli stessi poteri decisori e di vigilanza sulla procedura oppure le stesse forme di attribuzione di responsabilità agli

---

<sup>170</sup> G.F. SCHLAEFER, *Forum Shopping under the Regime of the European Insolvency Regulation*, International Insolvency Studies, The International Insolvency Institute, 2010, pp. 7 ss;

amministratori per le operazioni compiute nell'imminenza della crisi<sup>171</sup>. È certamente vero che i creditori non potranno mai essere in grado di prevedere il luogo in cui il debitore avrà il suo centro degli interessi principali nel caso di futura insolvenza, poiché qualsiasi società può liberamente trasferirsi esercitando la propria libertà di stabilimento, tuttavia si ritiene che la pregiudizialità dell'azione permanga nel caso in cui detta libertà sia esercitata in un periodo sospetto di poco antecedente l'apertura della procedura, che possa quindi far pensare ad un'azione elusiva che abusa delle libertà fondamentali garantite dall'Unione europea. Nel caso *Staubitz-Schreiber* l'Avvocato generale si è così espresso nei confronti del fenomeno del forum shopping: "*data la mancanza di uniformità giuridica dei diversi sistemi di diritto internazionale privato, tale fenomeno dovrebbe essere riconosciuto come una conseguenza naturale, non censurabile, perciò in linea di principio la causa viene promossa nel luogo che al debitore risulta più favorevole per motivi di merito e procedurali*"<sup>172</sup>. Tuttavia, qualora causi un'ingiustificata disparità tra le parti di una controversia in rapporto alla tutela dei loro rispettivi interessi, "*tale prassi diviene riprovevole, e la relativa repressione costituisce una legittima finalità normativa*"<sup>173</sup>. È stato notato come il fenomeno possa in alcune situazioni produrre effetti positivi ed efficienti anche per i creditori e i loro interessi, nel

---

<sup>171</sup> S.A. DAVYDENKO, J.R. FRANKS, *Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Defaults in France, Germany and the UK*, in *The Journal of Finance*, aprile 2008, vol. 63, n. 2, pp. 565-608;

<sup>172</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 6 settembre 2005, nella causa C-1/04, *Susanne Staubitz-Schreiber*, par. 71-73, reperibile all'indirizzo web <http://eurlex.europa.eu/it/index.htm>, ricerca per numero CELEX: 62004CC0001;

<sup>173</sup> *Idem*;

caso in cui per esempio lo Stato di origine non preveda con la stessa facilità la possibilità di accedere a procedure di risanamento. È stato perciò teorizzato di poter distinguere tra *forum shopping* abusivo e non abusivo valutando l'intento di voler trasferire il proprio COMI con il solo fine di essere liquidati oppure con l'intento di beneficiare di una ristrutturazione o salvataggio dell'impresa<sup>174</sup>. Tuttavia ritengo che un criterio che si basi sulle intenzioni liquidatorie o di salvataggio del debitore sia alquanto inaffidabile se non rischioso. Per quanto concerne l'ipotesi di *forum shopping* non abusivo, l'inaffidabilità del metodo starebbe nel lasciare al debitore la valutazione riguardo alle proprie prospettive di risanamento, per cui si riterrebbe non abusivo un trasferimento di COMI, potenzialmente pregiudizievole per i creditori, soltanto perché il debitore ha ritenuto di poter risollevarne le sorti della propria impresa, senza considerare la difficoltà di una simile valutazione nel periodo che precede l'apertura della procedura<sup>175</sup>. Parimenti non varrebbe l'ipotesi di una valutazione sull'effettiva capacità di recupero da svolgersi da parte di un organo competente, ad esempio nominato dalla corte o dai creditori a procedura aperta, poiché la valutazione che determini l'abusività o meno avverrebbe a posteriori, mentre detta

---

<sup>174</sup> A. FRADA DE SOUSA, *A Europeização do Direito Internacional Privado – Os novos rumos na regulamentação das situações privadas transnacionais na Dissertação de Doutoramento, Universidade Católica Portuguesa, Porto, [policopiado] Maio 2012, p. 718–733;*

<sup>175</sup> F.M. MUCCIARELLI, *Op.cit.*, 2009, p. 210: il quale “aggiunge come «gli arbitraggi normativi non sono sempre e di per sé inefficienti ed è difficile prevedere ex ante e per tutte le situazioni quale sia l'esito preferibile», confermando a nostro giudizio come non sia possibile in maniera certa verificare nel momento di apertura di una procedura le capacità effettive di recupero”; G. CAPPELLO, *Op.cit.*, 2013/2014;

valutazione andrebbe fatta nel momento dell'apertura<sup>176</sup>. Innanzitutto il trasferimento non dovrà essere fittizio, per cui se a questo non fosse seguito un reale spostamento del centro degli interessi principali, la competenza resterà comunque in capo allo Stato di partenza. Oltre all'effettività del trasferimento numerosa dottrina e giurisprudenza del Regno Unito si è rifatta ad un criterio fondamentale già contenuto nella definizione originaria del regolamento, secondo cui l'elemento dell'abitudine è fondamentale per l'individuazione del COMI. Parte della giurisprudenza delle corti del Regno Unito ha così risposto al fenomeno di "*turismo di insolvenza*" con alcune sentenze in cui i giudici hanno richiesto un elemento di permanenza oltre all'effettività del trasferimento avvenuto<sup>177</sup>, oppure dopo aver riconosciuto la libertà di stabilimento hanno precisato come la corte adita della domanda di apertura abbia il dovere di analizzare attentamente le situazioni in cui appaia che il trasferimento del COMI sia avvenuto con consapevolezza da parte del debitore dell'imminente insolvenza. In altre situazioni e con particolare riferimento alle persone fisiche, si è preso atto di come non ci sia una durata minima di stabilimento per poter stabilire la validità o meno di un trasferimento di COMI, tuttavia il senso comune porta sicuramente a ritenere che un paio di giorni od anche un paio di settimane non siano sufficienti a ritenere che la gestione degli interessi sia

---

<sup>176</sup> *Idem*;

<sup>177</sup> Sentenza *Re Ci4net.com Inc.* [2004] EWHC 1941, come citata da A. WOOD in G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS (eds.), *The EC Regulation*, II ed., cit., par. 8.104;



svolta in modo abituale nel luogo di trasferimento<sup>178</sup>. Favorevole all'utilizzo del già presente criterio dell'abitudine anche gran parte della dottrina<sup>179</sup>, per la quale l'elemento dell'abitudine è risolutivo contro gli abusi, poiché il solo criterio della riconoscibilità del COMI da parte dei terzi permetterebbe al debitore fraudolento di porre in essere strategie volte a creare l'apparenza di un effettivo spostamento. Nel silenzio del regolamento, l'unica occasione in cui si è potuto fornire qualche interpretazione rilevante sul trasferimento del COMI prima di una domanda di apertura della procedura si è manifestata soltanto nel 2011, nel caso *Interedil*, quando la Corte di giustizia, nel risolvere alcune questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Bari, ha avuto modo di fornire alcune indicazioni riguardanti la data rilevante ai fini della localizzazione del COMI. La Corte ammettendo il vuoto normativo lasciato dal regolamento ha disposto che *“nel caso...di un trasferimento della sede statutaria prima della proposizione di una domanda di apertura di una procedura di insolvenza, è ... presso la nuova sede statutaria che... si presume si trovi il centro degli interessi principali del debitore ... a meno che la presunzione introdotta dall'art. 3, n. 1, del regolamento non sia superata dalla prova che il centro degli interessi principali non ha seguito il cambiamento di sede statutaria. Le stesse regole valgono nell'eventualità in cui, alla data della proposizione della domanda [di apertura] la società debitrice sia stata cancellata dal registro delle società e...*

---

<sup>178</sup> Sentenza *Official Receiver v Eichler* [2007] BPIR 1636, HCJ, come citata da G. MOSS, T. SMITH, *Commentary*, II ed., cit., par. 8.103;

<sup>179</sup>P. De Cesari, *Procedura principale e procedure territoriali. Nuovi spunti interpretativi forniti dalla Corte di giustizia*, in *Il Fallimento*, 2012,;

*abbia cessato ogni attività*”<sup>180</sup>. La risoluzione proposta dalla Corte sembrerebbe però rispondere solo parzialmente alla questione; da un lato infatti chiarisce come non siano in alcun modo validi eventuali trasferimenti fittizi del COMI, dall’altro lato però nel legittimare il trasferimento effettivo anche nell’imminenza dell’apertura della procedura non risolve la questione dell’abusività o meno del trasferimento. Sorge il dubbio che l’argomento non sia stato trattato volutamente, il che porterebbe a ritenere che, secondo questa recente giurisprudenza della Corte di giustizia, non sussista alcun problema di abusività dei trasferimenti, prima della proposizione della domanda di apertura di una procedura. Ci si chiede però come una simile soluzione<sup>181</sup> possa conciliarsi con il criterio dell’abitualità, espressamente richiesto dal regolamento al fine dell’individuazione del COMI, dal momento che un trasferimento nell’imminenza dell’apertura della procedura a giudizio di chi scrive difficilmente potrebbe rivestire un carattere di abitualità del nuovo centro degli interessi principali, peraltro riconoscibile dai terzi. Per lo meno sarebbe necessario un intervento da parte degli organi dell’Unione europea affinché venga chiarita l’impostazione e resa coerente con le norme sulla protezione dei creditori in caso di trasferimento del COMI<sup>182</sup>. Altra questione è quella riguardante il trasferimento successivo alla domanda di apertura di una

---

<sup>180</sup> Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 12805 - pubb. 11/06/2015, Tribunale Roma 24 aprile 2015;

<sup>181</sup> B. WESSELS, *The Place of the Registered Office*; e ancora vedi Guglielmo Cappello *il regolamento CE1346/00 e le procedure di insolvenza*; Si veda D. BANAHAN, *Cross Border Insolvency*,

<sup>181</sup> C.PASINI, *L’insolvenza transfrontaliera e Giurisdizione, L’esperienza del Regolamento CE n.1346/2000*, Alma Mater Studiorum Università di Bologna, 2012;

<sup>182</sup> *Idem*;

procedura ma precedente la decisione di apertura stessa, per la quale fortunatamente la Corte di giustizia ha avuto modo di esprimersi chiaramente nel caso *Staubitz-Schreiber*. Si rimetteva la questione pregiudiziale alla Corte perché determinasse di quale Stato fosse la competenza nel caso in cui avvenga nel periodo anzidetto un trasferimento effettivo del centro degli interessi principali del debitore. La Corte, ammettendo il vuoto normativo lasciato dal regolamento all'art. 3, ha dichiarato competente ad aprire la procedura principale d'insolvenza lo Stato di partenza, ossia quello in cui sia stata presentata domanda di apertura della procedura, poiché una disposizione contraria sarebbe contrastante con gli obiettivi del regolamento di cui al quarto considerando, volti ad evitare un *forum shopping* abusivo.

## **CAPITOLO TERZO**

### **IL NUOVO APPROCCIO AL FALLIMENTO E ALL'INSOLVENZA: DALLA PROPOSTA DI MODIFICA DEL 12 DICEMBRE 2012 ALLA RACCOMANDAZIONE DELLA COMMISSIONE EUROPEA DEL 12 MARZO 2014**

#### ***Premessa***

È opportuno premettere che il Regolamento Comunitario 1346/2000, nonostante le numerose lacune e le conseguenti critiche che possono essere mosse ad esso, costituisce un accettabile punto di equilibrio tra esigenze contrapposte e altrimenti difficilmente conciliabili. Come si è avuto modo di osservare in precedenza e solamente per ragioni di sistemicità espositiva, si procederà ad una breve ricapitolazione delle principali criticità presentate dal Regolamento, le quali hanno indotto la Commissione europea ad emanare, dapprima la Raccomandazione del 12 dicembre 2012, già citata nel precedente capitolo e contenente la Proposta di modifica del Regolamento sulle procedure di insolvenza, la quale muove proprio dall'esigenza di un adeguamento della normativa nella materia in oggetto, nonché di un tentativo di offrire risposte concrete agli impedimenti di natura normativa che ostacolano l'attuazione pratica della giovane e già di per sé scarna legislazione relativa alle procedure di insolvenza delle imprese che operano in diversi Stati; e da ultimo, ad

emanare la Raccomandazione del 12 marzo 2014, volta ad assicurare l'introduzione da parte degli Stati membri entro un anno di una disciplina uniforme in materia di insolvenza. Tale Raccomandazione, a differenza della disciplina internazionale elaborata in precedenza dall'UNCITRAL, la quale si è concentrata sulla previsione di regole di diritto internazionale privato per regolare la competenza e la legge applicabile alle insolvenze transfrontaliere, non ha più ad oggetto la creazione di una cornice comune rappresentata da regole di diritto internazionale privato, bensì si propone come obiettivo quello di dotare gli Stati comunitari di vere e proprie norme sostanziali fondate su principi comuni. Le prime lacune del Regolamento che sono emerse, riguardano l'individuazione, il coordinamento ed il reciproco riconoscimento delle diverse tipologie di procedure concorsuali che possono essere utilizzate in caso di insolvenza transfrontaliera, poiché esse sono quelle disposte dai diversi diritti fallimentari. Si rileva anche l'assenza di una definizione certa e comune degli elementi soggettivi ed oggettivi che permettono di dare avvio alle suddette procedure. Secondo l'opinione prevalente si dovrà fare riferimento ai presupposti richiesti dalle norme nazionali dettate per la specifica procedura in questione. Il che però non attenua il pericolo che tali distonie tra ordinamenti, incentivino fenomeni di *forum shopping*. Per esempio, con riferimento al presupposto soggettivo, molti Paesi e la stessa norma europea, considerano passibili di procedure concorsuali tutti i soggetti che svolgono una *qualsiasi attività imprenditoriale*, differentemente, sia da quanto avviene nel nostro

ordinamento, ove è limitata la sfera di applicazione ai soli “*imprenditori commerciali privati non piccoli*”; sia dal Regno Unito ed alcuni altri Stati, ove è estesa la possibilità di aprire una procedura d’insolvenza (*bankruptcy*) anche nei riguardi di quei soggetti che non svolgono affatto un’attività imprenditoriale. Problemi maggiori sono in verità generati dalle diversità nella definizione del presupposto oggettivo ed in particolare dei concetti di “*crisi*” ed “*insolvenza*”. Tale aspetto preoccupa maggiormente se si considera che per poter aprire una procedura secondaria non è necessario dimostrare la presenza di alcun elemento oggettivo, ma solo l’esistenza e la già avvenuta apertura di una procedura principale. Pertanto può succedere che vengano aperte procedure locali, nonostante, secondo il diritto di quello specifico Stato, il debitore non debba essere considerato insolvente. Manca una nozione certa di COMI, quale presupposto fondamentale per l’individuazione dell’ordinamento competente ad aprire la procedura principale. La stessa nozione di “*interessi principali*” è piuttosto vaga e si presta a svariate interpretazioni e così è inevitabile che accada che più Stati si ritengano competenti ad aprire la procedura d’insolvenza transfrontaliera, generando così un conflitto *positivo* di giurisdizione, oppure può verificarsi che nessuno degli Stati membri affermi l’esistenza in capo a sé di tale competenza, dando così luogo ad un conflitto *negativo* di giurisdizione. Per quanto il tema sia stato abbondantemente discusso in precedenza, è opportuno in tale ambito ricordare che, per l’individuazione del foro competente ad aprire la procedura principale, accanto al criterio di

collegamento rappresentato dal centro degli interessi principali, il Regolamento pone anche il criterio della priorità nell'apertura della procedura, il quale deve essere utilizzato allorquando la richiesta di apertura della procedura d'insolvenza venga rivolta a più Stati che possano astrattamente ritenersi tutti successivamente competenti. Infatti in tali casi, il Regolamento considera come procedura principale quella che viene aperta per prima, anche qualora la richiesta fosse stata presentata successivamente. Emerge con evidenza che una soluzione di tal specie, prescelta dal legislatore comunitario, possa generare distorsioni nel sistema, poiché essa non favorisce il Paese in cui è collocato effettivamente il "centro degli interessi principali", ma quello che riesce ad aprire più prontamente la procedura d'insolvenza. Pertanto, la norma comunitaria considera prioritarie e predominanti le esigenze di celerità, rispetto a quelle di efficienza strumentale. È chiaro dunque, che la scelta della giurisdizione competente viene di fatto ad essere rimessa alle parti, che opereranno per l'uno o per l'altro giudice nazionale anche sulla base delle prospettive di maggiore o minore celerità nella decisione sulla domanda e sulla consequenziale apertura della procedura e così facendo, non è affatto escluso che continueranno a verificarsi ancora quei fenomeni di *forum shopping*, proprio per impedire i quali era stato adottato il Regolamento 1346/2000. Non è data una definizione precisa delle caratteristiche che devono avere le procedure nazionali per poter essere impiegate come transfrontaliere. Infatti nel Regolamento sono solo indicati quattro elementi utili ad identificare una

procedura, la quale dunque potrà essere ricompresa nell'oggetto del Regolamento: essa deve avere carattere concorsuale, deve basarsi sull'insolvenza, deve comportare lo spossessamento del debitore e deve prevedere la presenza di un curatore. Sono i singoli Stati membri a dover indicare quali siano le loro procedure interne che possono essere utilizzate a tale scopo e che vengono così inserite negli elenchi allegati al Regolamento, con la precisazione che, come emerge chiaramente dal Regolamento stesso, le procedure possono anche non avere natura giurisdizionale. Tale affermazione fa immediatamente sorgere due interrogativi:

- a) dacché il Regolamento è fondato sul riconoscimento automatico delle decisioni adottate nel corso della procedura principale in tutti gli Stati membri, senza alcun tipo di formalità, i problemi potrebbero sorgere in merito alla riconoscibilità dei provvedimenti amministrativi, cioè potrebbero emergere qualora non si tratti di decisioni adottate da un'autorità giudiziaria nell'ambito di procedure giurisdizionali, bensì di provvedimenti amministrativi adottati da autorità non giurisdizionali più o meno indipendenti;
- b) quando per la procedura è competente un organo non giurisdizionale, possono sorgere anche problemi e difficoltà di tipo operativo e procedimentale, giacché sussistono atti del procedimento a cui sono legittimati esclusivamente organi giudiziari.<sup>183</sup> Non sono descritte le figure di soggetti riconducibili alla

---

<sup>183</sup>v.d

[http://www.google.it/url?url=http://cbc.unifg.it/userfiles/file/le\\_procedure\\_d'insolvenza\\_transfrontaliere%2520%2520PRINCIPALI%2520PUNTI%2520PROBLEMATICI.doc&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U](http://www.google.it/url?url=http://cbc.unifg.it/userfiles/file/le_procedure_d'insolvenza_transfrontaliere%2520%2520PRINCIPALI%2520PUNTI%2520PROBLEMATICI.doc&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U)



nozione di curatore, pertanto saranno anche in questo caso gli Stati membri a dover indicare le figure di diritto interno riconducibili alla normativa comunitaria. Ne consegue il rischio di porre sullo stesso piano figure di curatori con peculiarità e poteri estremamente diverse tra loro.<sup>184</sup> È bene porre in rilievo che tali inconvenienti possono essere parzialmente superati o ridimensionati grazie alla pratica “virtuosa” dei tribunali e ad un’acorta interpretazione ed applicazione della normativa dettata dal Regolamento: se un’armonizzazione esaustiva del diritto a livello europeo non si è avuta per merito del legislatore, non è detto che non la si possa perseguire per mezzo delle Corti, specialmente quella di Strasburgo, che potrà, con le proprie pronunce, colmare questo tipo di lacune. Criticità più strutturali riguardano la convivenza e l’integrazione tra procedura principale e procedure secondarie (queste possono avere solo finalità liquidatorie, salvo rare eccezioni), alle quali potranno difficilmente darsi soluzioni a livello di prassi interpretative ed applicative. Come detto, l’unico presupposto necessario per l’apertura di una procedura secondaria è l’esistenza in un altro Paese di una procedura principale, sicché non occorre, nello Stato che intenda aprire la procedura secondaria, l’accertamento dello stato

---

&ved=0CCsQFjAEahUKEwi1yIXshuzGAhVB1hQKHbw3AO8&usq=AFQjCNERCpNvaqpl\_sTwXJSuL8PzhwDjig,

*cit.* “in tali situazioni sorgono anche difficoltà e aporie di carattere operativo. Solo per ricordarne una, esiste la possibilità di promuovere un eventuale rinvio pregiudiziale ex art. 234 tratt. CE, rinvio che è notoriamente proponibile solo da organi giudiziari e che finora, a quanto consta, è già stato utilizzato due volte nelle materia coperte dal Regolamento 1346/2000, ossia nel caso *Staubitz-Schreiber* su decisione del *Bundesgerichtshof* tedesco del 27 novembre 2003, e nel caso *Eurofood* su iniziativa della *Supreme Court* irlandese con decisione del 27 luglio 2004.”

<sup>184</sup> *Idem*, *cit.* “come esempio, ci si potrebbe riferire all’art.38 del Regolamento, il quale, evidentemente ispirato da altri ordinamenti, consente al curatore, per di più provvisorio, di adottare misure cautelari, cosa che in Italia sappiamo essere di stretta competenza del giudice.”

d'insolvenza. Inoltre, l'apertura della procedura può essere promossa non solo dal curatore di quella principale (come invece dovrebbe essere, se non altro al fine di favorire un coordinamento ed una omogeneizzazione degli obiettivi perseguiti nel risanamento e/o nella liquidazione dell'impresa in crisi), ma da chiunque vi abbia interesse. Emerge chiara anche qui la possibilità di distorsioni del sistema, con conseguente allontanamento delle procedure secondarie dalle finalità che sono loro proprie: *tali procedure, infatti, dovrebbero avere carattere meramente strumentale al soddisfacimento delle medesime finalità alle quale è rivolta la procedura principale*<sup>185</sup>. Ed invece esse, per il modo in cui sono strutturate e sono coordinate con la procedura principale, possono inverosimilmente giungere a costituire un depotenziamento di quest'ultima. Infatti, data la possibilità di aprirne un numero indefinito e considerato che ogni procedura seguirà le regole del singolo Paese in cui si instaura, è imminente il pericolo di violare la par condicio creditorum, atteso che ogni creditore potrebbe ricevere una soddisfazione diversa del proprio credito in base al Paese nel quale si trova. Di fatto ci si interroga su quale possa essere il ruolo di una procedura principale se in tutti i paesi nei quali il debitore operava, viene aperta una procedura secondaria. L'unica soluzione possibile da ipotizzare per i suddetti problemi, consiste nel prevedere e rendere effettivamente praticabile il coordinamento tra le varie procedure, con una particolare attenzione per i rapporti intercorrenti tra i diversi curatori. Ma anche in questa evenienza il

---

<sup>185</sup> E.F. RICCI, *Le procedure locali previste dal regolamento Ce n. 1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 900 ss.

Regolamento non fornisce norme sufficienti a superare le difficoltà e le disomogeneità ricordate (sono stati proprio questi i motivi di e gli obiettivi per cui la Commissione ha provveduto ad emanare la Raccomandazione del 12 dicembre 2012, decisamente più specifica e concreta rispetto al Regolamento). Ulteriore criticità emersa sul tema del coordinamento tra procedure consiste nella difficoltà di comprendere come sia possibile, nonché pensabile, conciliare una procedura principale rivolta al risanamento dell'impresa con una procedura secondaria che, al contrario, può avere esclusivamente finalità liquidatoria. Inoltre non è presente nella disciplina regolamentare una norma che si preoccupi di stabilire cosa avviene nel caso in cui, per un qualsiasi motivo, dovesse chiudersi la procedura principale: per quanto è possibile pensare per deduzione logica, le procedure secondarie possono continuare tranquillamente il loro corso, anche se private dell'unico presupposto della loro apertura, ossia l'esistenza della procedura principale. Neanche le azioni revocatorie hanno ricevuto regolamentazione all'interno del Regolamento europeo, fatto che sarebbe stato invece necessario ed opportuno poiché le diverse modalità di esecuzione e soprattutto i diversi tempi di realizzazione delle stesse, incentivano la proliferazione di fenomeni di *forum shopping*, che fanno sorgere conflitti e sono elemento di scelta tra i diversi ordinamenti nella proposizione della domanda di apertura della procedura. Ulteriore questione emersa riguarda l'esecuzione in altri Stati dei provvedimenti emanati nel corso della procedura principale. Nonostante il Regolamento preveda *apertis verbis* il riconoscimento

automatico di tutti i provvedimenti emessi dal momento di apertura fino al momento di chiusura della procedura concorsuale, tale riconoscimento è limitato ai soli aspetti dichiarativi e costitutivi, non inerendo anche i più pregnanti e problematici effetti di tipo strettamente esecutivo. Infatti, in relazione a tale ultimo aspetto, l'art. 35 del Regolamento contiene un rinvio alla Convenzione di Bruxelles del 1998, oggi sostituita dal Regolamento/44 2001, ai sensi della quale *“per ottenere l'esecutività di un provvedimento emesso in un ordinamento straniero, occorre avanzare istanza di parte al giudice locale che apre un procedimento a contraddittorio eventuale e differito”*. Sono evidenti i rallentamenti e le congestioni che potrebbero derivare da siffatta previsione. Inoltre, va tenuto in debito conto che in alcuni ordinamenti, tra cui il nostro, il giudice dell'esecuzione è diverso dal giudice della procedura e questo aggraverebbe le lungaggini e le problematiche che hanno costituito proprio alcuni dei motivi che hanno indotto il legislatore europeo a concepire una disciplina transfrontaliera dell'insolvenza. Da ultimo, si rileva un'ulteriore questione strettamente concettualistica, scaturente dalla concezione di quella parte della dottrina che rinviene l'incidenza e quindi l'applicabilità del Regolamento 1346/2000 anche alle procedure meramente interne. È stato ritenuto infatti che tale norma vada ad innovare, seppure parzialmente, anche il diritto fallimentare dei singoli Stati, dal momento che alcune norme possono trovare applicazione anche nel caso di procedure concorsuali meramente interne. Nello specifico ci si riferisce agli artt. 5 e 15 Regolamento

1346/2000<sup>186</sup>, i quali contengono deroghe all'applicazione della legge dello Stato della procedura principale in favore delle leggi di altri Stati e da ciò si fa deduttivamente discendere che tali artt. trovino applicazione anche quando la procedura abbia carattere prettamente territoriale, e non transfrontaliero<sup>187</sup>. Il problema si pone anche in termini ancor più generali, relativamente alla nozione stessa di insolvenza transfrontaliera o transnazionale. Infatti mentre la dottrina maggioritaria e più convincente ritiene che sono transfrontaliere solo le procedure d'insolvenza che riguardano imprenditori o società commerciali aventi sedi in più Stati o che abbiano creditori sparsi in diversi Paesi, un'altra esigua parte della dottrina, quella meno seguita, critica l'appena menzionata concezione, muovendo dalla consapevolezza dell'impossibilità di individuare a priori le ripercussioni dell'insolvenza e di distinguere a priori, i casi in cui il centro d'interesse dell'impresa, localizzato in un Paese, sia "principale" o piuttosto unico<sup>188</sup>: cioè, il giudice nazionale, al momento dell'apertura di una procedura di insolvenza, potrebbe trovarsi nell'impossibilità di distinguere se dovrà essere applicato il diritto interno o la normativa comunitaria, così che, secondo tal'ultimo pensiero minoritario, è inevitabile concludere per la

<sup>186</sup> Art. 5 Reg. 1346/2000 *Diritti reali dei terzi*: 1. L'apertura della procedura di insolvenza non pregiudica il diritto reale del creditore o del terzo sui beni materiali o immateriali, mobili o immobili, siano essi beni determinati o universalità di beni indeterminati variabili nel tempo di proprietà del debitore che al momento dell'apertura della procedura si trovano nel territorio di un altro Stato membro.

Art. 15 Reg. 1346/2000 *Effetti della procedura di insolvenza sui procedimenti pendenti*: Gli effetti della procedura di insolvenza su un procedimento pendente relativo a un bene o a un diritto del quale il debitore è spossessato sono disciplinati esclusivamente dalla legge dello Stato membro nel quale il procedimento è pendente.

<sup>187</sup> Sul punto v. BARIATTI, *Le garanzie finanziarie nell'insolvenza transnazionale: l'attuazione della direttiva 2002/47/Ce*, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2004, p. 849 ss;

<sup>188</sup> E.F. RICCI, *Il riconoscimento delle procedure d'insolvenza secondo il regolamento Ce n. 1346/2000*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 391 ss.

prevalenza e quindi per l'applicazione *de plano* di quest'ultima. L'ostacolo maggiore all'accoglimento di siffatta soluzione è rappresentato dalla necessità per il giudice nazionale di fare applicazione della normativa interna di altri Paesi nella regolamentazione di alcuni rapporti giuridici interessati dalla procedura d'insolvenza. Pertanto, per riuscire a dare una definizione di "insolvenza transfrontaliera", quando ricorrono situazioni collegate ad una pluralità di ordinamenti, invece di ricorrere all'imperfetto e criticabile utilizzo ed adattamento di istituti di diritto interno ai singoli Stati, sarebbe stato preferibile azzardare la creazione di un modello procedimentale ad hoc, con regole e principi suoi propri ed utilizzabile senza differenze nei diversi Stati dell'Unione.

## **1 Proposta di modifica del Regolamento sulle procedure di insolvenza: Commissione europea 12 dicembre 2012**

Si è precedentemente avuto modo di disquisire in merito alle ragioni che hanno indotto la Commissione europea a concepire una proposta di modifica del Regolamento 1346/2000, volta, sia ad adeguare quest'ultimo all'avvenuto mutamento del quadro economico internazionale e del contesto normativo degli Stati membri, sia a risolvere le sue difficoltà pratico-applicative. A tal proposito si è prestata particolare attenzione al contributo che la Proposta ha fornito alla risoluzione dell'increscioso fenomeno dell'abusivo *forum shopping*, ma non bisogna tralasciare che in realtà la Commissione nel 2012 si è mossa lungo ben

cinque direttrici (questioni problematiche) ed ha dettato gli obiettivi che sono stati successivamente posti alla base dell'ulteriore progresso normativo rappresentato dalla Raccomandazione del 2014. Precisamente, le linee di intervento sono state:

1) la rivisitazione dell'oggetto del Regolamento, che era limitato alle sole procedure di insolvenza che comportano lo spossessamento del debitore (*divestment*): la Riforma è finalizzata infatti ad estenderlo a quelle procedure ibride e pre-fallimentari, recentemente introdotte in diversi ordinamenti nazionali (v. *infra 3.1*);

2) la risoluzione delle incertezze derivanti dalla generica definizione di "debtor's center of main interest", la quale andrebbe specificata in modo da accrescerne la prevedibilità ed evitare rilocalizzazioni da parte del debitore, con intento elusivo (v. *infra 3.2*);

3) la revisione della natura della procedura secondaria, la quale aveva natura obbligatoriamente liquidatoria (*art. 3, co. 3*) e del suo rapporto con la procedura principale, il quale non era opportunamente disciplinato dal Regolamento e relativamente al quale erano sanciti solo generici obblighi di informazione e di cooperazione a carico dei rispettivi curatori (*artt. 27-38 Proposta*).

L'intento della Proposta, invece, è di attribuire una funzione anche e soprattutto risanatoria alla procedura territoriale e quindi di ridefinire i rapporti di coordinamento e cooperazione tra procedure (v. *infra 3.3*);

4) L'introduzione di un sistema di pubblicità sovranazionale, che tramite la creazione di un Registro delle procedure di insolvenza accessibile via web, riduca il pericolo e le conseguenti difficoltà dovute all'insorgenza di procedure parallele (v. *infra* 3.4);

5) La disciplina di un ambito fino a questo momento escluso dal Regolamento, qual è l'insolvenza dei gruppi multinazionali di imprese (v. *infra* 3.5).

Dunque il “movente” per la Commissione è stato lo stesso, ma rimasto irrealizzato, della versione originaria del Regolamento, cioè l'efficienza della procedure di insolvenza, la quale nel mutato quadro di azione, deve oggi essere coordinata anche con l'obiettivo specifico di garantire, ove possibile, la ristrutturazione dell'impresa; infatti la crisi finanziaria odierna ha indotto le istituzioni internazionali a mutare atteggiamento verso l'istituto dell'insolvenza in generale e così la liquidazione del patrimonio del debitore declina da obiettivo principale della procedure, a mera opzione, cedendo la posizione prioritaria alla ristrutturazione dell'impresa ed alla prosecuzione dell'attività, laddove possibile. In estrema sintesi, ne escono rafforzati quattro principi: la certezza del diritto<sup>189</sup>, la pubblicità delle procedure<sup>190</sup>, il maggiore

---

<sup>189</sup> P. FAZZINI – M.M. WINKLER *La proposta di modifica del Regolamento sulle procedure di insolvenza*, estratto da *Diritto del commercio internazionale*, anno XXVII Fasc. 1-2013, cit. p.144

“la certezza del diritto, viene perseguita dalla Proposta attraverso: 1) la precisazione di concetti, come quello di *COMI*, già oggetto di contenzioso dinanzi ai giudici nazionali o alla Corte di giustizia; 2) l'introduzione di discipline *ad hoc* prima mancanti, ad esempio in materia di imprese multinazionali; 3) l'attribuzione di precisi diritti ai creditori, finalizzati a creare un regime sovranazionale uniforme; 4) l'attribuzione di poteri più intensi ai curatori”.



coordinamento ed una più intensa cooperazione tra le autorità investite delle procedure di insolvenza nei diversi Stati membri<sup>191</sup>, infine, la promozione dell'autonomia privata all'interno della procedura<sup>192</sup>.

## **2      Contenuto della Proposta del 2012**

### *2.1   Ridefinizione dell'oggetto del Regolamento 1346/2000*

Dal testo dell' art.1 *“This Regulation shall apply to collective insolvency proceedings which entail the partial or total divestment of a debtor and the appointment of a liquidator”* emerge la corretta intenzione della Commissione di non concepire la creazione di un'unica procedura di insolvenza, avendo consapevolezza della disomogeneità esistente tra gli ordinamenti degli Stati membri, discostandosi in tal modo dal modello statunitense del Bankruptcy Code; piuttosto, si preferisce agire attraverso il coordinamento delle procedure di insolvenza transfrontaliera, che vengono illustrate in tutta la loro diversità nell' *Allegato A* del Regolamento. Dunque la Commissione concepisce il Regolamento come uno strumento di armonizzazione minima, funzionale alla

---

<sup>190</sup> *Idem, cit. p. 145* “Essa ha due finalità: diffondere notizia dell'avvenuta dichiarazione di insolvenza di un'impresa, onde evitare l'instaurazione di procedure parallele, e portare i creditori a conoscenza delle modalità e dei termini per l'insinuazione dei loro crediti all'estero”.

<sup>191</sup> *Idem, cit. p. 145* “Le autorità dei diversi Stati devono assicurare il ruolo preminente della procedura principale rispetto alla secondaria, attraverso il conferimento di maggiori poteri al curatore di tale procedura in modo che questi possa influire più incisivamente anche sulle procedure secondarie”.

<sup>192</sup> *Idem, cit. p. 145* “In tal senso, ai soggetti coinvolti viene lasciata la libertà di stabilire le finalità e le modalità di gestione della procedura nell'ambito della *lex concursus*, attraverso la promozione di *best practices* e di accordi e protocolli”.

gestione uniforme dei casi che assumano rilevanza transnazionale, rimanendo neutrale e non incidendo sulle scelte normative compiute individualmente dagli ordinamenti statali. Ma è proprio questo rinvio alle discipline nazionali che fa emergere il permanere dell'inadeguatezza e dell'incompletezza dell'attuale regime: negli ultimi due decenni la gran parte degli ordinamenti europei hanno apportato rilevanti riforme del proprio diritto fallimentare, determinando un radicale ripensamento dello stesso, in termini di valorizzazione dell'autonomia privata nella soluzione della crisi d'impresa (sono stati introdotti nuovi istituti, quali le procedure pre-fallimentari) e di conservazione dell'impresa, che viene elevato ad obiettivo primario di tutte le procedure, anche di quella di fallimento. A seguito di tale evoluzione normativa, l'impact assessment della Commissione evidenzia l'inadeguatezza e l'arretratezza del Regolamento, il quale non contiene disposizioni che facciano riferimento sia alle procedure pre-fallimentari (*pre-insolvency schemes*), sia alle procedure "ibride" che non presuppongono una soddisfazione immediata dei creditori, sia alle ancor più innovative e recenti procedure previste per l'indebitamento delle persone fisiche (*debt discharge procedures for natural persons*)<sup>193</sup>. Dunque l'esclusione

---

<sup>193</sup> P. FAZZINI – M.M. WINKLER *La proposta di modifica del Regolamento sulle procedure di insolvenza*, estratto da *Diritto del commercio internazionale*, anno XXVII Fasc. 1-2013, cit. nota p. 147 "attualmente, circa due terzi degli Stati membri hanno procedure di pre-insolvenza o ibride che non sono incluse nel Regolamento, con la conseguenza che gli effetti giuridici di queste non hanno riconoscimento a livello europeo.

Ma vi è di più. Infatti, sebbene le esperienze di riforma europea si siano ispirate allo schema della *reorganization* statunitense per somiglianza di impostazione e obiettivi, le soluzioni introdotte assumono una struttura composita già all'interno dei vari ordinamenti, registrandosi una «scarsa rispondenza tra la natura che si attribuisce alla composizione stragiudiziale e le modalità previste per lo svolgimento della stessa».

dei moderni istituti in materia di *reorganization* dall'oggetto del Regolamento, ne condiziona in negativo il loro uso effettivo da parte dei debitori; e così un numero elevato di procedure concorsuali relative a debitori transfrontalieri sarebbero obbligate a convertirsi in fallimento e liquidazione dell'impresa, piuttosto che perseguire la ristrutturazione di questa, salvo che si decidesse di includere espressamente nel Regolamento anche le procedure pre-fallimentari ed ibride<sup>194</sup>. Il rimedio a tale diacronia è dato dalla Proposta della Commissione che interviene sull'art. 1, modificandolo come segue:

*“This Regulation shall apply to collective judicial or administrative proceedings, including interim proceedings, which are based on a law relating to insolvency or adjustment of debt and in which, for the purpose of rescue, adjustment of debt, reorganization or liquidation,*

*a) the debtor is totally or partially divested of his assets and a liquidator is appointed;*

*b) the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a court.”*

---

<sup>194</sup> P. FAZZINI – M.M. WINKLER *La proposta di modifica del Regolamento sulle procedure di insolvenza*, estratto da *Diritto del commercio internazionale*, anno XXVII Fasc. 1-2013, cit. p.148 “una chiara illustrazione del problema è offerta da un caso preso in esame della Corte di prima istanza dell’Aja (*Rechtbank ’s Gravenhage*) nel 2010, nel quale un debitore, persona fisica di cittadinanza olandese con attività e beni in Germania, chiedeva al giudice di ordinare l’esecuzione di un accordo di ristrutturazione nei confronti di alcuni creditori che l’avevano irragionevolmente rifiutato. La Corte ha rigettato la richiesta, sulla base della considerazione che, non essendo la disciplina olandese ricompresa nel Regolamento, essa non poteva essere riconosciuta in Germania e quindi non sarebbe stato possibile dare esecuzione all’accordo. Il debitore è stato così costretto a mettere in liquidazione la propria attività. Il caso rivela come l’esclusione dall’oggetto del Regolamento dei più moderni strumenti in materia di *reorganization* è in grado di influire sull’uso effettivo degli stessi da parte dei debitori”.

Si nota in particolare: l'eliminazione del requisito dell'insolvenza (di fatto già incoerente con alcune delle procedure indicate nel precedente Allegato A) e dello spossessamento del debitore, nell'ottica di valorizzare la continuità aziendale. Così, viene ampliato l'elenco delle procedure ricomprese nell'oggetto del Regolamento, pur continuando a conservare il proprio carattere non tassativo.

## *2.2 Ridefinizione di COMI*

Dell'importanza del COMI per l'individuazione della giurisdizione e nella pratica del *forum shopping* si è ampiamente trattato in precedenza. Qui è opportuno limitarsi a ricordare che per le persone giuridiche esiste una presunzione relativa di collocazione del COMI nel luogo in cui si trova la sede statutaria, la quale dovrebbe corrispondere con il luogo in cui il debitore svolge regolarmente i propri affari ed ha i propri interessi e quindi è riconoscibile da terzi.<sup>195</sup> L'importanza del COMI va ricondotta al potere, per i giudici dello Stato membro nel quale esso risulta localizzato, di aprire una procedura d'insolvenza principale, avente portata universale e comprensiva di tutti i beni del debitore (*12° cons.*). Una volta resa, la decisione di apertura della procedura in parola è riconosciuta automaticamente nell'intero territorio dell'Unione,

---

<sup>195</sup> *Idem cit. p.150* “questa novità potrebbe tuttavia sollevare questioni giuridiche ulteriori nella misura in cui, per le specificità della procedura e al fine di massimizzarne l'efficienza e i controlli, le legislazioni nazionali ne consentissero l'applicazione condizionatamente al requisito di una connessione formale con il territorio, con potenziali ricadute sul principio della libera circolazione delle persone nell'ambito dell'Unione”.

sicché i giudici degli altri Stati membri potranno aprire solo procedure secondarie, le quali hanno natura esclusivamente liquidatoria e possono avere ad oggetto unicamente i beni del debitore presenti sul territorio (*art. 3, par. 2 e art. 16*). Si rammenti, al riguardo, che una volta aperta la procedura principale il giudice chiamato ad aprire la procedura secondaria “*non può esaminare l’insolvenza del debitore nei confronti del quale è stata aperta una procedura principale in un altro Stato membro, anche se quest’ultima ha finalità di tutela*”. La Commissione, preoccupata che un siffatto esame della collocazione del centro principale degli interessi del debitore possa generare ritardi e moltiplicazione dei conflitti di giurisdizione, data l’assenza di una sua definizione puntuale nel Regolamento, ha proposto la riscrittura dell’art. 3, co.1 e del 13° cons. del Regolamento, ricomprendendovi le statuizioni rese dalla Corte di giustizia nei casi *Interdil* e *Rastelli*.<sup>196</sup> E così nella Proposta, si ritiene

---

<sup>196</sup> V. Corte giust. UE, 20 ottobre 2011, causa C-396/09, *Interdil S.r.l. c. Fall. Interdil S.r.l., Intesa Gestione Crediti S.p.A.*, in Foro.it “nel caso *Interdil* la Corte ha ritenuto potenzialmente decisivi, ai fini del superamento della presunzione, «la presenza di attivi sociali nonché l’esistenza di contratti relativi alla loro gestione finanziaria in uno Stato membro diverso da quello della sede statutaria». Tuttavia, tali elementi si rivelano idonei solo nella misura in cui «una valutazione globale di tutti gli elementi rilevanti consenta di concludere che, in maniera riconoscibile dai terzi, il centro effettivo di direzione e di controllo della società stessa, nonché della gestione dei suoi interessi, è situato in tale altro Stato membro».

V. Foro it., 2011, IV, c. 537 ss. “la sentenza è altresì nota per aver enucleato il principio per cui un giudice inferiore può disattendere la decisione resa da un giudice superiore — nel caso di specie, la Corte di Cassazione — che abbia deciso sulla competenza, e sollevare quindi apposita questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia”.

dell’Unione europea

V. Corte giust. UE, 15 dicembre 2011, causa C-191/10, *Rastelli Davide & C. S.n.c. c. Jean-Charles Hidoux*, in Foro.it “nel caso *Rastelli* la Corte ha confermato la necessità di ricorrere a una «valutazione globale dell’insieme degli elementi pertinenti», la quale deve essere effettuata in via autonoma per ciascun ente cui viene estesa la procedura. Nello specifico, la confusione di patrimoni tra la società soggetta a fallimento e quella destinataria dell’azione di estensione non rappresenta un elemento idoneo a superare la presunzione, a meno che «il centro effettivo di direzione e di controllo della società contro cui è diretta l’azione finalizzata all’estensione si trov[i] nello Stato membro nel quale è stata avviata la procedura di insolvenza iniziale»”.

che la presunzione possa essere superata solo quando, all'esito di una valutazione complessiva di tutti gli elementi rilevanti del caso, risulta che la «central administration» dell'impresa si trova in uno Stato membro diverso dal foro statutario e che, inoltre, «the company's actual centre of management and supervision and of the management of its interests» si trovino in tale altro Stato. Ne risulta dunque un concetto di COMI che conserva la propria originaria flessibilità, ma che al contempo riceve una più specifica regolamentazione, prevedendo che esso debba essere determinato tenendo in conto due obiettivi talvolta confliggenti: la prevedibilità per i creditori, i quali devono poter agevolmente individuare il foro competente in caso di insolvenza del debitore, e la necessità che la procedura si svolga nel luogo che presenta il collegamento più stretto con la realtà economica dell'impresa insolvente<sup>197</sup>.

### 2.3 *Ristrutturazione della procedura secondaria*

Le ragioni per cui è stata concepita la previsione di una procedura secondaria sono due, spesso in conflitto tra loro: da un lato si è voluto tutelare i creditori locali, i quali potranno soddisfarsi sui beni del debitore in base alla loro legge;

---

V. Corte giust. CE, 2 maggio 2006, causa C-341/04, Eurofood IFSC Ltd., Enrico Bondi v. Bank of America, in Raccolta, 2006, p. I-3854 ss., punto 37. «va infine ricordato che nel caso Eurofood la Corte ha ritenuto che la presunzione in parola possa essere superata solo se la «situazione reale» dell'impresa porti a determinare che il COMI non si trova presso la sede statutaria del debitore interessato. Ciò è vero nel caso in cui l'impresa «non svolgesse alcuna attività sul territorio dello Stato membro in cui è collocata la sua sede», mentre non assume rilievo la circostanza che «le sue scelte gestionali siano o possano essere controllate da una società madre» stabilita in altro Stato membro»;

<sup>197</sup> <sup>197</sup> P. FAZZINI – M.M. WINKLER *La proposta di modifica del Regolamento sulle procedure di insolvenza*, estratto da *Diritto del commercio internazionale*, anno XXVII Fasc. 1-2013, cit. p.153-156;

dall'altro si è mirato a “*counteract a perceived 'over-relinquishment' of sovereignty in a crossborder*”. Le Corti inglesi, per risolvere il contrasto, hanno escogitato il rimedio delle “*synthetic secondary proceedings*”, creando procedure secondarie che però non pregiudicano la procedura principale<sup>198</sup>. L'intento della Proposta è di potenziare il coordinamento tra procedura territoriale e procedura universale, al fine di far aderire pienamente ed esplicitamente il Regolamento alla teoria dell' “universalità limitata” e di non considerare più la procedura secondaria come *un male necessario*, bensì come un'opportunità. A quest'ultima deve essere riconosciuto un ruolo positivo, dacché la necessità di amministrare in modo efficiente i beni del debitore richiede la nomina di un liquidatore locale (questo accade, per esempio, quando nel territorio della dipendenza si trovi un numero significativo di lavoratori destinati al licenziamento). Il metodo dell'universalità limitata deve essere solamente ripensato razionalmente e non essere completamente abbandonato. Alla luce della prassi e di tali considerazioni, la Proposta introduce un meccanismo discrezionale in capo all'autorità chiamata a dichiarare l'apertura della procedura secondaria, permettendo a questa di rifiutarla ove ritenga che “tale apertura non sarebbe necessaria per proteggere gli interessi dei creditori locali” e favorendo, di conseguenza, la negoziazione di accordi come quello

---

<sup>198</sup> *idem, cit. p.157* “tale rimedio è stato utilizzato ad esempio nel caso del fallimento della *Collins & Aikman Europe S.A. (C&A)*, società con dipendenza in Spagna, ove la High Court inglese ha autorizzato gli amministratori a concludere un accordo con i creditori della dipendenza spagnola, accordo ai sensi del quale questi sarebbero stati ammessi nella procedura principale, pendente appunto in Inghilterra, secondo il regime di preferenze in vigore in Spagna. In tal modo, i giudici inglesi hanno costruito una procedura secondaria «virtuale», con l'indubbio vantaggio di contenere i costi ed impedire il frazionamento dell'impresa, mantenendo altresì il controllo della procedura in capo agli amministratori inglesi”.

concluso nel caso C&A. Inoltre, la Commissione ha previsto una maggiore integrazione tra le due Procedure, su due diversi piani: facendo in modo che i soggetti coinvolti nella fase che precede la dichiarazione di insolvenza (i curatori) siano consapevoli di eventuali piani di salvataggio elaborati nell'ambito della procedura principale e possono agire di conseguenza; estendendo l'obbligo di cooperazione e comunicazione reciproca anche alle corti, facendole interagire sia tra di loro (*art. 31 a*), sia con i curatori delle due procedure (*art. 31 b*)<sup>199</sup>. Da ultimo, ma non in ordine di importanza, la procedura secondaria perde la sua natura meramente liquidatoria ed in essa risulta ora possibile ricorrere a tutti gli strumenti previsti dal diritto applicabile, anche quelli volti al salvataggio o alla ristrutturazione dell'impresa. Ciò per rendere conforme il Regolamento alla nuova filosofia dominante nei mercati internazionali.

#### 2.4 *Pubblicità e trasparenza delle procedure*

Altra innovazione contenuta nella Proposta è rappresentata dalla creazione di un sistema obbligatorio di pubblicità, che viene a modificare l'originaria assenza di un regime obbligatorio di informazione, giacché anteriormente alla Proposta era

---

<sup>199</sup> *Idem, cit. p. 158* “essa impone infatti che il curatore della procedura principale sia sentito dinanzi alla corte adita per l'apertura della procedura secondaria, e ciò prima dell'assunzione di ogni decisione al riguardo (art. 29a, co.1); inoltre, il curatore può chiedere la sospensione di detta fase o domandare che la domanda di insolvenza sia rigettata del tutto, se non necessaria a proteggere gli interessi dei creditori locali (art. 29a, co. 2); infine, il curatore della procedura principale è informato della decisione di apertura della procedura secondaria e può impugnarla dinanzi ai giudici locali”.



prevista solamente la facoltà (non l'obbligo) per il curatore di richiedere la pubblicazione per estratto della sentenza. Il nuovo sistema di pubblicità, dunque, introduce una norma di diritto uniforme destinata ad influire sul contenuto dei diritti nazionali ed a realizzarsi a più livelli e con svariate declinazioni: appositi registri delle decisioni di apertura e di chiusura delle procedure di insolvenza, i quali devono essere costituiti e gestiti sotto la responsabilità e a spese degli Stati membri; è prevista l'adozione da parte della Commissione di un sistema informatico decentralizzato, a carico del bilancio dell'Unione, da realizzarsi tramite l'interconnessione dei registri nazionali e accessibile online senza costi per l'utente (art. 20d); il nuovo art. 20a della Proposta, inoltre, contiene un elenco tassativo delle informazioni relative a ciascuna procedura di insolvenza, che devono essere necessariamente pubblicate nel registro<sup>200</sup>. L'obiettivo della su descritta modifica è duplice: da un lato si vuole evitare la duplicazione dei procedimenti ed il rallentamento del loro svolgimento, generato da una prolungata incertezza circa la giurisdizione del giudice che ha aperto la procedura; dall'altro si sono voluti tutelare i creditori ed i terzi, che hanno interesse ad essere informati tempestivamente dell'emanazione di una pronuncia di insolvenza, in modo da poter insinuare al passivo i propri crediti nei i tempi dovuti: infatti in alcuni ordinamenti i termini

---

<sup>200</sup> *Idem, cit. p.159* “si tratta anzitutto di informazioni volte all'individuazione della procedura (data di apertura, giudice incaricato, identità del debitore e tipo di procedimento), alcune delle quali sono, nella gran parte degli ordinamenti, già previste per l'impugnazione della pronuncia di apertura. In aggiunta, viene richiesto di allegare il testo della sentenza di apertura della procedura, unitamente alle informazioni sulla nomina del curatore, sui termini per la presentazione delle istanze di insinuazione da parte dei creditori e sulla data di chiusura del procedimento (cfr. art. 20a)

per presentare l'istanza di insinuazione sono molto brevi; va tenuto in conto anche la difficoltà per i creditori non residenti nello Stato in cui è stata aperta la procedura, di proporre tale istanza nei termini; inoltre, può capitare che le leggi nazionali non estendano l'obbligo di comunicazione della dichiarazione di apertura della procedura anche ai creditori stranieri<sup>201</sup>. Contro tali pratiche inique, la proposta avanzata dalla Commissione è di stabilire un termine di almeno 45 giorni dal ricevimento della comunicazione della decisione di apertura del procedimento, entro il quale i creditori potranno presentare le proprie istanze di insinuazione al passivo, "*irrespective of any shorter period applicable under national law*" (art. 41,co. 4). La critica che già da ora potrebbe essere mossa al sistema così strutturato, è che esso appare pensato avendo riguardo unicamente per le procedure che si concludono con la liquidazione dell'attività del debitore. Ciononostante, l'obiettivo posto alla base della Proposta, quale l'estensione del Regolamento anche alle procedure prefallimentari ed ibride, porta con sé la doverosa previsione di estendere gli obblighi di comunicazione anche a tali procedure<sup>202</sup>.

---

<sup>201</sup> P. FAZZINI – M.M. WINKLER *La proposta di modifica del Regolamento sulle procedure di insolvenza*, estratto da *Diritto del commercio internazionale*, anno XXVII Fasc. 1-2013, cit. nota p.160" in Francia ad es., App. Bordeaux, 3 gennaio 2011, *Sociétés Protifast S.a.s. et Protewin S.p.r.l.*, n. 2011-018913, ha deciso che, pur non essendovi differenza tra creditori residenti in Francia e creditori stranieri, questi ultimi, ove non abbiano potuto rispettare il termine per l'insinuazione a causa della mancata comunicazione da parte del curatore, possono unicamente promuovere azione di rimessione in termini (*action en relevé de forclusion*), non essendo prevista alcuna sanzione per la violazione dell'obbligo di comunicazione ex art. 40 del Regolamento".

<sup>202</sup> <sup>202</sup> P. FAZZINI – M.M. WINKLER *La proposta di modifica del Regolamento sulle procedure di insolvenza*, estratto da *Diritto del commercio internazionale*, anno XXVII Fasc. 1-2013, cit. p.161 "alcune leggi nazionali contemplano istituti nei quali non è possibile individuare una precisa posizione di garanzia sulla quale riversare l'obbligo di comunicazione. Si pensi, ad es., ai piani di risanamento recentemente introdotti nella l.fall. italiana (art. 67, co. 3, lett. d), i quali pur rientrando nell'ambito di applicazione del

## 2.5 *L'innovativa disciplina dell'insolvenza delle imprese multinazionali*

Il Regolamento quando fu approvato seguiva le logiche ed il contenuto della vecchia Convenzione del 23 novembre 1995 sulle procedure di insolvenza, nel cui ambito i negoziatori avevano eluso il tema dell'insolvenza dei gruppi transnazionali per non generare spaccature tra i negoziatori, sebbene non avevano affatto ignorato tale questione in sede di approvazione della Convenzione stessa<sup>203</sup>. Per questo anche la versione originaria del Regolamento "*offers no rule for groups or affiliated companies*", date le difficoltà del diritto di risolvere univocamente la complessa divergenza di posizioni, quali l'autonomia dei singoli enti e la necessità di una gestione accentrata dell'insolvenza a beneficio di tutti i creditori. Pertanto può ritenersi che l'intervento della Commissione nel 2012 si configuri come un vero e proprio esperimento normativo, privo di qualsiasi precedente e che proprio per questo mostra tutta la sua inesperienza e prudenza nell'approcciarsi ad un argomento di siffatta complessità. Infatti il legislatore europeo, nell'introdurre due *consideranda* ed un nuovo capo dedicato all'insolvenza di gruppo, ha preferito concentrarsi sulla questione del coordinamento e della cooperazione

---

Regolamento come indicato dalla Proposta, non prevedono l'intervento del giudice né di una figura amministrativa di nomina giurisdizionale. In tal modo, è difficile stabilire quando e per parte di chi l'obbligo di informazione dovrebbe essere adempiuto. Così, nel caso di una procedura di fallimento aperta in uno Stato membro e di un parallelo accordo tra il medesimo debitore e i suoi creditori italiani in attuazione di un piano di risanamento, l'unica informazione che la Proposta potrebbe garantire sarebbe quella dell'apertura della procedura nello Stato estero, se precedente, ma non viceversa".

<sup>203</sup> Come spiega G. Moss, *Group Insolvency- Choice of Forum and Law: The European Experience under the Influence of English Pragmatism*, in 32 Brooklyn Journ. Int. Law, 2007, p. 1005 ss.

tra i soggetti coinvolti nella procedura in corso di svolgimento, anziché tentare di risolvere lo scabroso problema della determinazione del *group COMI*. Di fatti, gli artt. 42a-42d della Proposta si preoccupano di:

1) facilitare la comunicazione tra i liquidatori dei vari enti del gruppo e tra i giudici coinvolti, che potranno così trasmettersi per via diretta le informazioni rilevanti;

2) coordinare gli sforzi per ottenere una ristrutturazione complessiva del gruppo e per amministrarne l'attività;

3) incrementare le possibilità di partecipazione dei curatori dei singoli enti del gruppo nelle procedure pendenti in relazione agli altri enti, incluso il diritto di proporre piani di ristrutturazione comprendenti l'intero gruppo. Emerge chiaramente che l'esperimento della Commissione sia finalizzato alla promozione dell'autonomia privata, affidandosi alle competenze ed alle capacità dei soggetti coinvolti, attraverso l'introduzione di obblighi collaborativi decisamente più intensi e puntuali, rispetto a quanto era stato genericamente statuito nel Regolamento<sup>204</sup>. Sempre per perseguire l'intento collaborativo e la scelta di lasciare la gestione nelle mani dei singoli attori della procedura, la Proposta incoraggia l'uso dello strumento dei protocolli, inaugurato di recente nel caso del fallimento del gruppo Lehman Brothers e la

---

<sup>204</sup> P. FAZZINI – M.M. WINKLER *La proposta di modifica del Regolamento sulle procedure di insolvenza*, estratto da *Diritto del commercio internazionale*, anno XXVII Fasc. 1-2013, cit. p.163 “l'attuale 20° cons. si limita infatti ad auspicare «una stretta collaborazione tra i diversi curatori», mentre l'art. 31 del Regolamento sancisce un generico obbligo di comunicazione e reciproca cooperazione tra curatori, sempre però nell'ottica dell'insolvenza di un solo debitore. L'introduzione di regole ad hoc per l'insolvenza dei gruppi di società colma queste lacune e detta le regole per la cooperazione non solo tra procedure pendenti in Stati diversi, ma soprattutto tra procedure riguardanti debitori diversi”.

cui applicazione oggi è ampiamente diffusa<sup>205</sup>. Oltre ad una prima e già accennata critica che può essere mossa alla nuova disciplina suggerita dalla Commissione, quale la mancata regolamentazione del *group* COMI, il quale continua a dover essere determinato secondo i tradizionali criteri adottati per il singolo debitore/ente<sup>206</sup>, un'ulteriore criticità è rappresentata dalla definizione di “*gruppo di società*” contenuta nella Proposta. All'art. 2 il gruppo è definito come “più società comprendenti una società madre e società controllate” e la “*parent company*” viene qualificata solo sulla base del rapporto azionario<sup>207</sup>; tale rapporto considerato essenziale per definire il gruppo e quindi per individuare l'ambito oggettivo di applicazione degli obblighi di informazione, collaborazione e cooperazione, è troppo restrittivo e sarebbe stato più

---

<sup>205</sup> Il *Potocollo Lehman* consiste in un accordo tra 16 curatori, riguardante 70 procedure di insolvenza e beni in 40 Paesi.

<sup>206</sup>P. FAZZINI – M.M. WINKLER *La proposta di modifica del Regolamento sulle procedure di insolvenza*, estratto da *Diritto del commercio internazionale*, anno XXVII Fasc. 1-2013, cit. p.164-165 “con buona probabilità la Commissione non ha voluto incidere eccessivamente sulla sovranità degli Stati membri in materia societaria, come è avvenuto in seno al *Working Group V* dell'UNCITRAL...

Sempre sotto questo aspetto, la Proposta omette del tutto di considerare la Raccomandazione del Parlamento europeo, che aveva indicato senza mezzi termini la strada dell'accertamento della procedura di insolvenza “*dans l'Etat membre où se trouve le siège social du groupe*”. Sebbene non esista una “*siège social*” per il gruppo di società, è chiaro l'intento di stabilire un'unica procedura destinata a sospendere o incorporare tutte le altre. Una simile soluzione, che privilegia l'elemento unitario del gruppo e favorisce dunque la ristrutturazione dello stesso, avrebbe dovuto ricevere l'opportuna attenzione da parte della Commissione”.

<sup>207</sup> *Art. 2 lett. J Proposta*: “*società madre*”, la società che i) ha la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti o soci in un'altra società (“società controllata”), oppure ii) è azionista o socia della società controllata e ha il diritto di aa) nominare o revocare la maggioranza dei membri dell'organo di amministrazione, direzione o vigilanza della società controllata, oppure bb) esercitare un'influenza dominante sulla società controllata in virtù di un contratto stipulato con tale società o di una clausola dello statuto di quest'ultima.”

opportuno mutuare dalla *Legislative Guide* dell'UNCITRAL in materia di insolvenza dei gruppi di società, il criterio del *controllo*<sup>208</sup>.

### **3 Conclusioni sulla Proposta di modifica ed approdo alla Raccomandazione del 12 marzo 2014**

La Commissione è intervenuta sui problemi pratici emersi dall'applicazione del Regolamento 1346/2000, muovendosi tra due “fuochi”: da un lato, la volontà di modificare strutturalmente il Regolamento, introducendo rilevanti novità relativamente ad aspetti soprattutto procedurali (la procedura territoriale, la pubblicità ecc.); e dall'altro assumendo un atteggiamento più cauto verso gli ordinamenti nazionali e gli attori coinvolti nella procedura (curatori, creditori, autorità giudiziaria ecc.) nell'intervenire sulla disciplina sostanziale dell'insolvenza, preferendo lasciare all'autonomia degli Stati membri il potere di un simile intervento. Gli studiosi della Proposta, Winkler e Fazzini, sostengono che *“sarà proprio tra questi due estremi che si giocherà l'effettività delle norme del Regolamento e la sua capacità di fronteggiare adeguatamente i problemi della crisi economico-finanziaria globale”*. E così è stato e così emerge dalla lettura della recentissima Raccomandazione della Commissione

---

<sup>208</sup> P. FAZZINI – M.M. WINKLER *La proposta di modifica del Regolamento sulle procedure di insolvenza*, estratto da *Diritto del commercio internazionale*, anno XXVII Fasc. 1-2013, cit. p.163 “la *Legislative Guide* dell' UNCITRAL definisce l' “enterprise group” come “two or more enterprises that are interconnected by control or significant ownership”; il criterio del controllo...appare più idoneo a dar conto della molteplicità delle possibili forme assunte dai gruppi, favorendo altresì l'applicazione del Regolamento ad un numero maggiore di casi”.

europea del 2014, nella quale è stata recepita la proposta di una maggiore cooperazione a tutti i livelli nella procedura di insolvenza ed è stato fatto proprio il principio di affidamento all'autonomia privata; è rimasta irrisolta la questione della legittimità della limitazione della sovranità statale, a beneficio dell'adozione di una soluzione unitaria dell'insolvenza. Tant'è che la Commissione, nel 2014, ha preferito ancora una volta intervenire con il più cauto e meno stringente strumento della raccomandazione; si è scelto di superare ed eludere gli ostacoli all'adozione di una procedura unitaria per il fallimento dei grandi gruppi transnazionali, introducendo una disciplina comune, semplificata e di maggior favore per le procedure pre-fallimentari. In questo modo il legislatore comunitario ha ben pensato di provare ad evitare che le multinazionali giungano ad una condizione di crisi irreversibile, la quale porterebbe con sé non soltanto i suddetti problemi procedimentali e processuali, ma anche i più generali problemi di economia sistemica.

#### **4 La Raccomandazione della Commissione europea del 12 marzo 2014**

Detta Raccomandazione, si pone un duplice obiettivo: il primo è senza dubbio quello di garantire alle imprese sane ma in difficoltà finanziaria l'accesso ad un quadro legislativo nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza; il secondo, è quello di dare una seconda opportunità agli imprenditori onesti che falliscono. Parte della dottrina ritiene che l'intento dell'intervento della Commissione

europea sia quello di indicare alcuni dei principi cardine in tema di procedure d'insolvenza, che possono essere definiti comuni, applicabili alle imprese in difficoltà finanziarie. Prima di procedere ad analizzare quali siano questi principi e dunque gli obiettivi posti dalla Commissione, è doveroso evidenziare che l'istituto della ristrutturazione precoce, attiene alle imprese che versano in una condizione di crisi economica e non siano già in stato di insolvenza. Tra le "Definizioni" la Raccomandazione non si occupa di fornire una definizione di questi due concetti da ultimo menzionati, lasciando ampio spazio all'autonomia nazionale e così alimentando le incertezze applicative dell'istituto in esame, dacché ci sono ordinamenti che non ammettono diversità tra *stato di crisi* e *stato di insolvenza* e ce ne sono altri che, come l'Italia, ne riconoscono la diversità ma non ne offrono una definizione esplicita. Nel nostro ordinamento si intende lo *stato di insolvenza* come una oggettiva impossibilità, per il debitore, di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni; mentre non c'è una nozione di *stato di crisi*, ma la dottrina maggioritaria, accreditata dalla giurisprudenza, concepisce tale stato come un "*pericolo di insolvenza*", ovvero un'insolvenza non ancora manifestatasi all'esterno nei rapporti con i terzi. Precisamente, le due condizioni si pongono tra loro in un rapporto di genere a specie, ove lo stato di crisi comprende anche l'insolvenza: la condizione di crisi quando giunge al suo massimo grado di squilibrio patrimoniale, viene a coincidere con l'insolvenza. La crisi si sostanzia nell'instabilità della redditività che porta a rovinose perdite economiche, con conseguenti dissesti nei flussi finanziari e



perdita della capacità di ottenere finanziamenti creditizi fino a giungere ad una fase di crollo della fiducia da parte della comunità finanziaria, dei clienti e dei fornitori<sup>209</sup>. La *crisi*, dunque, è uno *status* comprensivo di differenti situazioni di varia intensità, che possono andare dall'insolvenza irreversibile ad una situazione di mero e temporaneo squilibrio economico e finanziario<sup>210</sup>. L'*insolvenza*, dunque, è una delle forme, e precisamente la più intensa, in cui si può manifestare la crisi dell'impresa. Nel momento in cui l'impresa si troverà in uno stato effettivo di difficoltà economica, il problema principale riguarderà la scelta della soluzione da attuare. A tale proposito, la Raccomandazione del 2014 preme affinché gli Stati scelgano il rimedio della ristrutturazione precoce, laddove le società versino in una situazione di difficoltà finanziaria talmente grave da poter anche optare per l'apertura di una procedura di insolvenza<sup>211</sup>. Proprio per rendere effettivamente praticata anche da parte degli Stati europei la suddetta predilezione, la Raccomandazione si pone e pone degli attinenti obiettivi da perseguire a tal fine:

- diminuire i costi della valutazione dei rischi connessi agli investimenti effettuati in un altro Stato membro;
- aumentare i tassi di recupero del credito;

---

<sup>209</sup> AVV. ALESSANDRA PISEDDU, *Master in Crisi delle società e strumenti di risanamento nell'evoluzione normativa*, MCL, Luiss Business School, 2013;

<sup>210</sup> *idem*;

<sup>211</sup> *Idem*;

- eliminare le difficoltà di ristrutturazione dei *gruppi transfrontalieri*. Attualmente la disciplina dei gruppi di imprese è gestita in modo poco efficace, proprio perché appare difficile procedere ad una valutazione concretizzabile della manovra di risanamento dei gruppi che operano in diversi Stati dell'UE<sup>212</sup>. Ad ogni modo, la dottrina specifica che qualora si scegliesse una riforma anche in tal senso, si potrebbero dare maggiori possibilità alle imprese sane, le quali, di conseguenza, potrebbero rimanere in attività, conservando i posti di lavoro per i loro dipendenti e migliorando le posizioni e le garanzie verso i creditori. Ma bisognerebbe agire in modo forte ed attraverso una riforma concreta, tenendo anche in conto, sia che attualmente un numero sempre maggiore di imprese europee incontra difficoltà finanziarie ed economiche, sia che si inizia ad avvertire maggiormente la necessità di una regolamentazione concreta e puntuale delle insolvenze transfrontaliere per i gruppi multinazionali. Alla luce di ciò, come emerge anche dal testo della Commissione: *la Raccomandazione "deve essere considerata come un invito agli Stati membri ad agevolare la ristrutturazione delle imprese in difficoltà finanziarie, prima di avviare le procedure formali previste per l'insolvenza. Inoltre, potrebbe consentire ai debitori di ristrutturare l'impresa dando loro la possibilità di chiedere la sospensione temporanea, fino a quattro mesi, delle azioni esecutive individuali che i creditori potrebbero avviare nei suoi confronti, avendo così il tempo necessario per adottare un piano di ristrutturazione prima che i creditori*

---

<sup>212</sup> ALBERTO MAZZOLENI E MONICA VENEZIANI, *L'efficacia del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione del debito nell'esperienza dei tribunali Lombarda*, report di ricerca, Giappichelli editore Torino, 2014;

*possano avviare misure di esecuzione nei loro confronti*”<sup>213</sup>. In buona sostanza si facilita il processo di adozione di un piano di ristrutturazione, tenendo presenti gli interessi contrapposti dei debitori e dei creditori. In questo modo verranno a ridursi anche gli effetti negativi di un eventuale e futuro fallimento, dando la possibilità agli imprenditori di avviare una nuova impresa post fallimento in tempi più rapidi; infatti si prevede che sarebbe opportuno ammettere l'imprenditore al beneficio della liberazione integrale dai debiti oggetto del fallimento entro tre anni al massimo, dalla data in cui il giudice ha deciso sulla domanda di apertura della procedura fallimentare (se la procedura si è conclusa con la liquidazione dell'attività del debitore), oppure dalla data di inizio dell'attuazione del piano di ammortamento (se la procedura comprende un piano di ammortamento). La Commissione quindi, invita gli Stati membri ad attuare misure appropriate entro un anno e comunque dopo massimo 18 mesi dall'adozione della Raccomandazione e poi sarà essa stessa a procedere alla valutazione della situazione sulla base delle relazioni annuali prodotte dagli Stati membri e a decidere se siano eventualmente necessarie ulteriori misure per rafforzare l'approccio degli Stati in materia d'insolvenza<sup>214</sup>. E' bene ricordare ed evidenziare che, a fronte del numero sempre crescente di insolvenze che

---

<sup>213</sup> BOLLETTINO UE N.56- Edizione Aprile, 2014, La raccomandazione della Commissione europea su un approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza; vedi dal sito : <http://www.pr.camcom.it/internazionalizzazione/parma-in-europa-news-1/materiale-parma-in-europa/21-25>; nonché, *la gestione delle imprese in crisi, l'analisi dei dottori commercialisti, managers e imprenditrici, comitato pari opportunità*, Torino;

<sup>214</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE Bruxelles, 23.9.2009 link tratto dal sito : [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/com/com\\_com%282009%290501\\_/com\\_com%282009%290501\\_it.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com%282009%290501_/com_com%282009%290501_it.pdf); oppure vedi: <http://www.englishgratis.com/1/risorse/par/europa/8674.htm>;

presentano un elemento transfrontaliero, purtroppo, gli Stati perseverano ancora nella scelta di indirizzare le imprese sane che si trovano semplicemente in difficoltà finanziarie, verso la liquidazione, anziché verso la ristrutturazione. Le ragioni di ciò sono molteplici e risiedono, sia nel fatto che in molti Stati, quali ad esempio l'Ungheria, la Repubblica Ceca, la Lituania, la Slovacchia e la Danimarca, una ristrutturazione precoce, anteriore all'avvio di una procedura formale d'insolvenza, non è conosciuta come istituto a livello ordinamentale interno; sia nella presenza di situazioni in cui una simile procedura è praticabile e riconosciuta, ma risulta talmente tanto costosa o inefficiente, che appare più conveniente procedere alla consueta liquidazione. Gli Stati membri, tra cui anche l'Italia, sono attualmente impegnati nel processo di riforma delle loro legislazioni al fine di incrementare le possibilità di salvataggio delle imprese in difficoltà finanziaria, di ridurre i termini di riabilitazione degli imprenditori e, più in generale, di migliorare i loro quadri normativi in materia d'insolvenza<sup>215</sup>.

## **5 Il cammino verso l'armonizzazione di alcuni aspetti del diritto della crisi d'impresa**

La difficoltà per il legislatore europeo di individuare una procedura comune in caso di insolvenza per i gruppi di imprese, è dovuta principalmente al fatto che il diritto fallimentare dei vari ordinamenti statali, si avvale di soluzioni molto

---

<sup>215</sup> *idem*;

differenti per la gestione e soluzione della crisi delle imprese e questo inevitabilmente crea incertezze tra gli operatori che agiscono in diversi territori. Le istituzioni comunitarie sono consapevoli della necessità di promuovere norme omogenee che possano incentivare le imprese, dando loro la possibilità di poter contare su una normativa certa che le incoraggi a sopravvivere, laddove, l'iniziativa imprenditoriale non abbia avuto un esito del tutto positivo. E' comprovato, che molti imprenditori dopo essere falliti, imparino dall'esperienza e successivamente non commettano più gli stessi errori. Alla luce di questo assunto basilare e più volte richiamato, la Raccomandazione del 12 marzo 2014, vuole proprio attribuirsi il pregio ed il merito di aver individuato quel quadro giuridico unitario per gli operatori economici comunitari, in materia di ristrutturazione preventiva delle imprese in crisi e di liberazione dai debiti degli imprenditori falliti, al fine proprio di favorire l'iniziativa imprenditoriale e di concedere quella che più comunemente è stata definita come la "*seconda possibilità*"<sup>216</sup>. Innanzitutto è bene chiarire che per sua stessa natura, la Raccomandazione non è vincolante, ma rappresenta semplicemente un invito rivolto agli Stati membri a seguire delle norme minime o dei suggerimenti, fermo restando l'obbligo dei giudici nazionali di tenerne conto, entro certi limiti, ai fini della soluzione delle controversie loro sottoposte. La scelta della "*raccomandazione*" non è infatti casuale, bensì costituisce una consapevole preferenza del legislatore europeo: se la

---

<sup>216</sup> Commissione europea, Comunicato stampa sull' Insolvenza: la Commissione raccomanda un nuovo approccio per salvare le imprese e dare una seconda opportunità agli imprenditori onesti, Bruxelles, 12 marzo 2014, tratto dal sito : [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-254\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-254_it.htm);

Commissione avesse adottato un atto normativo, volto ad individuare sin da subito una procedura interamente armonizzata, applicabile direttamente a tutti gli Stati membri, avrebbe incontrato numerosi ostacoli e generato certamente molte difficoltà soprattutto per i tempi di realizzazione e per le rivendicazioni di sovranità statale; se invece avesse scelto lo strumento della “*direttiva*”, statuendo soltanto i requisiti minimi in merito alle procedure preventive ed al periodo per la liberazione degli imprenditori dai debiti, essa, avrebbe dovuto coordinarsi con le numerose riforme nazionali della normativa in materia di insolvenza, rendendo necessario un lungo periodo di negoziazioni, senza riuscire a divenire efficace nel breve periodo<sup>217</sup>. La Raccomandazione invece, vuole semplicemente aiutare ed indirizzare gli Stati membri ad avviare una serie di riforme coordinate volte al raggiungimento di obiettivi comuni, tra i quali ci sono ovviamente quello di individuare una armoniosa procedura fallimentare “*comune*” e quello di “*promuovere l’imprenditoria, gli investimenti e l’occupazione; contribuire a ridurre gli ostacoli al buon funzionamento del mercato interno; diminuire i costi della valutazione dei rischi connessi agli investimenti in un altro Stato membro; aumentare i tassi di recupero del credito; eliminare le difficoltà di ristrutturare gruppi transfrontalieri di*

---

<sup>217</sup> Commission Staff Working Document. Executive Summary of the Impact Assessment, C(2014)1500 final; SWD(2014)61 final,7; vedi: <http://www.ilcaso.it/documenti/295.pdf>; nonché l’Avv. GIORGIO CORNO, Tratto da Il Fallimentarista, *Un altro passo avanti a livello comunitario verso l’armonizzazione di alcuni aspetti della normativa in materia di crisi di impresa. La raccomandazione della commissione europea 12.3.14 e il possibile impatto sulla normativa italiana*, 2014;

*imprese*”<sup>218</sup>. Il problema serio, ai fini di questa trattazione è relativo proprio al punto citato da ultimo, poiché circa la ristrutturazione dei gruppi di imprese transfrontaliere non si è ancora agito concretamente in alcun modo.

## **6 Destinatari della Raccomandazione della Commissione Europea**

Proseguendo il discorso, è doveroso individuare i soggetti verso i quali si indirizza la Raccomandazione. Questa non tiene in conto solamente le multinazionali e le grandi imprese, ma auspica l’applicazione dei principi da essa predisposti, anche alle piccole-medie imprese, proprio in ragione del fatto che negli ultimi anni queste ultime hanno assunto una rilevanza dominante all’interno del quadro societario europeo. Inoltre, la Commissione tiene a specificare, al considerando n. 15, quali sono i soggetti esclusi dal suo raggio di azione: *“la Raccomandazione non trova applicazione: alle imprese assicuratrici, agli enti creditizi, alle imprese di investimento, agli organismi di investimento collettivo, alle controparti centrali, ai depositari centrali di titoli e agli altri istituti finanziari soggetti a quadri speciali di risanamento e risoluzione delle crisi in cui le autorità di vigilanza nazionali godono di ampi poteri di intervento; come pure ai consumatori sovraindebitati e al loro*

---

<sup>218</sup> Commissione europea, Comunicato stampa, Insolvenza: la Commissione raccomanda un nuovo approccio per salvare le imprese e dare una seconda opportunità agli imprenditori onesti, Bruxelles, 12 marzo 2014, tratto dal sito : [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-254\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-254_it.htm);

*fallimento*”<sup>219</sup>, pur invitando gli Stati membri a valutare la possibilità di applicare i principi contenuti nella Raccomandazione anche ai consumatori, mostrando in tal modo il generale intento di unificare e coinvolgere il maggior numero possibile di fattispecie.

## **7 Norme minime vincolanti in caso di ristrutturazione preventiva**

È opportuno specificare che la soluzione prospettata per la crisi delle imprese non è la semplice ristrutturazione, bensì si fa riferimento ad una ristrutturazione “*precoce*”. La dottrina è compatta nel sostenere che il ritardo nella segnalazione dello stato di crisi verrebbe a generare una situazione ancora più sfavorevole. Alessandro Pellegatta, in “Prevenzione della crisi di impresa e procedura di allerta”, pone in evidenza come: “*in Francia per esempio, le misure di prevenzione hanno sempre una funzione primaria nella protezione dell'impresa in difficoltà, mentre le procedure concorsuali hanno funzioni residuali*”<sup>220</sup>, e questo avviene per il semplice motivo che la maggiore prevenzione aiuta a risolvere una importante porzione delle situazioni di crisi, evitando l'aggravamento delle patologie ed il ricorso inevitabile alle procedure concorsuali<sup>221</sup> di carattere più fortemente giurisdizionale. In Italia, al contrario,

---

<sup>219</sup> Commissione europea, Comunicato stampa, Insolvenza: la Commissione raccomanda un nuovo approccio per salvare le imprese e dare una seconda opportunità agli imprenditori onesti, Bruxelles, 12 marzo 2014, tratto dal sito : [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-254\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-254_it.htm);

<sup>220</sup> ALESSANDRO PELLEGGATTA, *prevenzione della crisi di impresa e procedura di allerta*, in *Judicium*, processo civile in Italia e in europa, 2013;

<sup>221</sup> *Idem*;



si continua a preferire la messa in liquidazione delle imprese appartenenti ad un gruppo, rispetto al salvataggio delle stesse, dacché gli istituti e le norme di ristrutturazione, di risanamento e di concordato preventivo hanno ricevuto solo in tempi recenti introduzione e riconoscimento nell'ordinamento interno e risentono ancora degli inconvenienti della loro "giovinezza". Di certo una tale predilezione non agevola gli imprenditori italiani, i quali si trovano a dover subire le pesanti incombenze e conseguenze patrimoniali e personali della procedura fallimentare. In dettaglio, vediamo quali sono le *norme minime* disposte dalla Raccomandazione, volte a razionalizzare e migliorare i quadri normativi nazionali in materia di insolvenza ed anche ad effettuare per lo meno un tentativo di livellamento delle disparità esistenti tra le procedure nazionali di prevenzione, con l'obiettivo di apportare agevolazioni alle imprese ed ai gruppi transnazionali:

1) In linea di principio, il debitore dovrebbe poter mantenere il "*controllo della gestione corrente dell'impresa*"<sup>222</sup>. Al riguardo però va notato che per la gran parte degli istituti nazionali di soluzione della crisi, questa prerogativa non è ammessa o comunque non è praticata effettivamente. In merito a tale aspetto, sarebbe necessario che la Commissione apportasse maggiori dettagli per dare effettività a tale previsione dell'art. 6 lett.b). In linea generale, la dottrina considera le contraddizioni generate dalla contrazione di un finanziamento bancario. Molte volte infatti, accade che le Banche in qualità di prestatori

---

<sup>222</sup> ALBERTO MAZZOLENI E MONICA VENEZIANI, *L'efficacia del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione del debito nell'esperienza dei tribunali Lombardi*, report di ricerca, Giappichelli editore Torino, 2014;

(creditori) vengano chiamate ad intervenire nella procedura fallimentare allo scopo di salvare o aiutare gli imprenditori in crisi o in difficoltà, sostenendone la liquidità. Il problema sta nel fatto che il più delle volte, tali erogatori di nuova finanza si trovano a dover gestire complessi processi di ristrutturazione e questo di certo non facilita né la posizione degli stessi Istituti di credito, i quali si trovano ad essere esposti a forti rischi derivanti dall'aiuto prestato alle imprese nel suddetto stato finanziario, specialmente quando queste ultime, anziché ritornare *in bonis* e recuperare una condizione normale di attività, aggravano il loro dissesto; né è di fatto benefico per gli organismi debitori, i quali si troveranno costretti in uno stato di forte soggezione agli e dipendenza dagli enti finanziatori, a prescindere che la procedura di salvataggio dovesse concludersi con un esito positivo, oppure con esito negativo per l'impresa debitrice.

2) Il debitore dovrebbe poter chiedere la sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali dei creditori. A tale riguardo, ho potuto riscontrare che anche questo tema non è stato sufficientemente affrontato, né sono state individuate norme adeguate e specifiche in materia.

3) Si afferma che la procedura di ristrutturazione “*non dovrebbe avere una durata eccessiva*”<sup>223</sup>, dovrebbe essere la meno costosa possibile ed essere *flessibile* onde evitare plurimi interventi del giudice. Anche su questo tema va rimarcato che spesso i piani di risanamento, negli ordinamenti nazionali ed

---

<sup>223</sup> *idem*;

anche in Italia, non dispongono di una adeguata flessibilità economico-finanziaria, cosa che spesso conduce alla “*non perdurante idoneità*”<sup>224</sup> del piano di ristrutturazione e quindi al suo insuccesso.

4) Infine, il piano di ristrutturazione adottato dalla maggioranza dei creditori dovrebbe essere vincolante per tutti i creditori se *omologato dal giudice*; ma, riguardo i requisiti per la *omologabilità* del piano si parlerà in seguito.

## **8 I presupposti necessari per la ristrutturazione preventiva**

Al considerando 16 sono specificati i presupposti per attivare la procedura di ristrutturazione preventiva, indicando che “ *Un quadro di ristrutturazione dovrebbe permettere ai debitori di far fronte alle difficoltà finanziarie in una fase precoce, evitando così l’insolvenza e proseguendo le attività*”; Si è voluto anche scansare il pericolo di utilizzo abusivo dell’ istituto ed a tal riguardo si dice che “*Onde evitare potenziali rischi di abuso della procedura, è necessario che le difficoltà finanziarie del debitore comportino con tutta probabilità l’insolvenza del debitore e che il piano di ristrutturazione sia tale da impedire l’insolvenza e garantire la redditività dell’impresa*”. Dunque, si potrà procedere con la ristrutturazione preventiva qualora le società versino in una situazione di difficoltà finanziaria talmente grave da trovarsi di fronte alla possibilità di

---

<sup>224</sup> ALBERTO MAZZOLENI E MONICA VENEZIANI, *L’efficacia del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione del debito nell’esperienza dei tribunali Lombardi*, report di ricerca, Giappichelli editore Torino, 2014;

procedere con l'apertura di una procedura di insolvenza. Il problema è costituito dall'assenza di una definizione precisa e puntuale dei termini *difficoltà finanziaria* e *probabilità di insolvenza*, da parte della Commissione e dunque nel dal lasciare piena libertà di interpretazione ad ogni Stato membro. La dottrina, allora, si adopera nel tentativo di individuare in generale alcuni possibili presupposti della difficoltà e dell'insolvenza, valutandoli caso per caso; e cioè: “*quando il valore dell'attivo rischi di essere inferiore al valore dei pagamenti promessi ai creditori; e, ove i debiti abbiano scadenza immediata, quando il valore di mercato dell'attivo rischi di essere inferiore al valore nominale del debito*”<sup>225</sup>. La Raccomandazione menziona gli accordi volti alla ristrutturazione di imprese sane conclusi con tutti o con alcuni dei creditori anche se in verità, per le ragioni che verranno di seguito specificate, essa è destinata ad avere un impatto maggiore sugli accordi conclusi con tutti i creditori<sup>226</sup>.

## **9 I piani di ristrutturazione come strumento per superare la probabile insolvenza**

---

<sup>225</sup> V. BELCREDI, *Le soluzioni concordate nella riforma delle procedure concorsuali*, in CIPOLLETTA, MICOSSI, NARDOZZI, *La riforma della disciplina della crisi di impresa*, Confindustria, 2006, reperibile su [http://www.confindustria.it/AreeAtt/DocUfPub.nsf/ff6be6612f3f5acc1256b740035227b/5bf88442620420eac1257132005edcc1/\\$FILE/PAPER\\_6b.pdf](http://www.confindustria.it/AreeAtt/DocUfPub.nsf/ff6be6612f3f5acc1256b740035227b/5bf88442620420eac1257132005edcc1/$FILE/PAPER_6b.pdf);

<sup>226</sup> Commissione europea, Comunicato stampa, Insolvenza: la Commissione raccomanda un nuovo approccio per salvare le imprese e dare una seconda opportunità agli imprenditori onesti, Bruxelles, 12 marzo 2014, tratto dal sito : [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-254\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-254_it.htm);

La Commissione afferma: “*per...la modifica della composizione delle condizioni o la struttura delle attività e passività delle imprese in difficoltà finanziaria, o una combinazione di questi elementi è necessaria l’approvazione da parte dei creditori*”<sup>227</sup>. L’adozione del piano di ristrutturazione spetta solo ai creditori interessati, che potranno approvarlo all’unanimità, ovvero con il consenso dei creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti e in caso di formazione di classi, la maggioranza di ciascuna classe, come prescritta dal diritto nazionale. In presenza di due o più classi di creditori, gli Stati membri dovrebbero consentire l’omologa del piano di ristrutturazione quando sostenuto dalla maggioranza delle classi e tenuto conto della consistenza dei crediti di ciascuna. A seguito dell’adozione del piano, i creditori interessati e dissenzienti dovrebbero avere il diritto di opporsi e di proporre ricorso contro il piano di ristrutturazione, senza che l’opposizione ne sospenda l’attuazione, nell’interesse dei creditori favorevoli che l’abbiano adottato con le maggioranze richieste<sup>228</sup>. In assenza di ragionevoli prospettive di attuazione del piano di ristrutturazione e della sua idoneità ad impedire l’insolvenza del debitore, quest’ultimo non sarà legittimato a chiedere e quindi ad ottenere la sospensione delle azioni esecutive creditorie e delle procedure di insolvenza, né tantomeno l’omologazione del piano stesso, finalizzata a renderne vincolanti gli effetti anche per quei creditori che non vi abbiano aderito. Gli Stati membri sono invitati ad indicare con

---

<sup>227</sup> Avv. CORNO GIORGIO, *Un altro passo avanti a livello Comunitario verso l’armonizzazione di alcuni aspetti della crisi di impresa*; Così come descritto nell’articolo del, *Il Fallimentarista*, su <http://www.doc4net.it/doc/4192155380072/>;

<sup>228</sup> *Idem*;

disposizioni chiare e specifiche, il contenuto che devono presentare i piani di ristrutturazione. Si afferma la necessità che essi contengano una descrizione dettagliata: dei creditori interessati dal piano; della loro posizione in merito al piano; degli effetti della ristrutturazione sui singoli crediti o categorie di crediti; delle condizioni per accedere a nuovi finanziamenti, se previsti dal piano; ancora, che si argomenta la capacità del piano di impedire l'insolvenza del debitore e di gestire la redditività dell'impresa. Per produrre i propri effetti nei confronti dei creditori, i piani di ristrutturazione devono essere negoziati fra il debitore e i creditori stessi, con le eventuali agevolazioni o salvaguardie prescritte, anche in relazione alla suddivisione dei creditori in classi. Su tale punto la Raccomandazione si limita solamente a suggerire:

- a) l'opportunità di suddividere i creditori in classi in base alla diversità dei loro interessi, distinguendo tra classi di creditori titolari di una garanzia e classi di creditori privi di garanzia. In tal modo si lascia il campo alle disomogeneità, poiché gli ordinamenti nazionali sono liberi di disciplinare secondo le rispettive normative interne le modalità di votazione e di composizione delle classi stesse;
- b) Parità di condizioni tra i creditori, indipendentemente dal luogo in cui si trovino. Anche qui sarebbe stato opportuno dettare specifiche norme che possano dare effettività a tale garanzia a livello sostanziale, ed invece la Commissione è rimasta alla previsione di un livello procedimentale di garanzia, relativamente alla votazione a distanza dei creditori per l'approvazione del piano;

c) L'opportunità che gli Stati, per assicurare maggiore efficacia al piano di ristrutturazione, prevedano l'adozione del piano solo per alcuni tipi o classi di creditori, purché gli altri esclusi non siano coinvolti da esso. Grava sul debitore l'obbligo di informare tutti i creditori potenzialmente interessati dai contenuti del piano. Durante le more della negoziazione, peraltro, la Raccomandazione invita gli Stati membri a consentire al debitore di mantenere il controllo della gestione corrente dell'impresa<sup>229</sup>.

## **10 Le misure volte a limitare sempre di più l'intervento del giudice**

Al fine di promuovere l'efficienza e di ridurre ritardi e costi, la Raccomandazione ritiene che i quadri nazionali di ristrutturazione preventiva debbano contemplare procedure flessibili che limitino l'intervento del giudice ai casi in cui sia necessario per tutelare gli interessi dei creditori e di eventuali terzi. Tale principio consente di comprendere la ragione per cui la norma comunitaria consente al debitore di avviare un processo di ristrutturazione dell'impresa senza iniziare ufficialmente un'azione in giudizio<sup>230</sup>; si chiederà al giudice di valutare se nominare o meno un Mediatore per assistere il debitore ed i creditori nel condurre a buon fine i negoziati sul piano di ristrutturazione<sup>231</sup>,

---

<sup>229</sup> Avv. CORNO G., Op. Cit., 2014;

<sup>230</sup> Commissione europea, *Comunicato stampa, Insolvenza: la Commissione raccomanda un nuovo approccio per salvare le imprese e dare una seconda opportunità agli imprenditori onesti*, Bruxelles, 12 marzo 2014, tratto dal sito : [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-254\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-254_it.htm);

<sup>231</sup> La figura del mediatore è prevista dalla normativa francese, dalla recente normativa spagnola e, infine, dalla normativa italiana avente ad oggetto la composizione da sovra indebitamento, nella quale si prevede

oppure un Supervisore per sorvegliare l'attività del debitore e dei creditori e prendere le misure necessarie per tutelare i legittimi interessi di uno o più creditori o di eventuali terzi<sup>232</sup>. Tale disposizione consente al debitore che abbia trattative pendenti con tutti i creditori, di chiedere al giudice competente di disporre la sospensione delle azioni esecutive individuali, come pure della procedura di insolvenza, della quale i creditori abbiano eventualmente chiesto l'avvio. In questo caso, sarà onere del debitore dimostrare di trovarsi sì in grave difficoltà economica ed in una condizione di possibile insolvenza, ma di avere in corso negoziati con tutti o almeno alcuni dei suoi creditori; tali negoziati dovranno condurre all'elaborazione ed all'approvazione di un piano di ristrutturazione avente le caratteristiche ed i contenuti che siano idonei a consentire la ristrutturazione della propria impresa. In tale contesto sarà anche necessario dimostrare al giudice che un' eventuale azione esecutiva o una procedura di insolvenza potrebbero ripercuotersi negativamente sui negoziati o peggio ancora, potrebbero ostacolare le prospettive di ristrutturazione dell'impresa<sup>233</sup>. Al fine di bilanciare i diritti del debitore con quelli dei creditori, il giudice dovrà quindi, inizialmente accordare la sospensione per un periodo non superiore a quattro mesi, rinnovabile, e comunque, non eccedente i dodici mesi;

---

la nomina di un organismo di conciliazione, non applicabile, peraltro, agli imprenditori commerciali assoggettabili a fallimento;

<sup>232</sup> Avv. CORNO G., Op. Cit., 2014;

<sup>233</sup> Commissione europea, Comunicato stampa, Insolvenza: la Commissione raccomanda un nuovo approccio per salvare le imprese e dare una seconda opportunità agli imprenditori onesti, Bruxelles, 12 marzo 2014, tratto dal sito : [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-254\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-254_it.htm);



dovrà inoltre revocare il provvedimento di sospensione ove questa non risultasse più necessaria per facilitare l'adozione del piano di ristrutturazione. Il potere di revoca induce a domandarsi se il giudice possa rigettare la richiesta oppure revocare il provvedimento di sospensione delle azioni esecutive anche sui beni non fatti oggetto delle azioni descritte nel piano di ristrutturazione, consentendo, in tal modo, ai creditori di aggredire quei beni non funzionali alla prosecuzione dell'attività aziendale, consentendo una più rapida liquidazione, con modalità che permettano la massimizzazione del valore di tali beni e ricorrendo alle forme tradizionali previste per la vendita in sede di esecuzione forzata solo ove strettamente necessario.

## **11 L'omologazione dei piani di ristrutturazione**

Al fine di garantire una proporzionalità fra la limitazione dei diritti dei creditori e i benefici per il debitore derivanti della ristrutturazione, la Raccomandazione invita gli Stati membri a richiedere l'omologazione del piano di ristrutturazione adottato dai creditori a maggioranza. Tale omologazione si dovrà richiedere quando: *“il debitore voglia che esso sia vincolante per ogni singolo creditore interessato ed identificato nel piano, con ripercussioni sugli interessi dei creditori dissenzienti; come pure nel caso in cui esso preveda nuovi finanziamenti, in considerazione dei ricordati effetti che possono comportare*

*per il soddisfacimento dei creditori*”<sup>234</sup>. Le condizioni di omologa vanno indicate nelle norme relative ad esse in modo chiaro e nel rispetto di alcune garanzie per i creditori. In particolare, il piano dovrà essere adottato “*garantendo la tutela degli interessi legittimi dei creditori; il piano dovrà essere stato notificato a tutti i creditori potenzialmente coinvolti; la limitazione dei diritti dei creditori dissenzienti non dovrà essere superiore rispetto a quanto essi potrebbero ragionevolmente pretendere in assenza di ristrutturazione, ove l’impresa del debitore fosse liquidata o venduta in regime di continuità aziendale, a seconda del caso*”<sup>235</sup>; i finanziamenti previsti dal piano di ristrutturazione dovranno essere necessari per attuare il piano e non arrecare alcun pregiudizio agli interessi dei creditori non consenzienti.<sup>236</sup>

### *11.1 In caso di omologazione: gli effetti del piano di ristrutturazione*

Parte della dottrina sostiene: “*il piano di ristrutturazione che riguardi tutti i creditori del debitore dovrebbe essere vincolante per la totalità dei medesimi, ove venga adottato all’ unanimità dei creditori interessati*”<sup>237</sup>. Ove, invece, sia stato adottato a maggioranza dei creditori e, ove formate, delle classi dei creditori coinvolti, il piano sarà idoneo a vincolare ogni singolo creditore che,

---

<sup>234</sup> CIPOLLETTA, MICOSSI, NARDOZZI, Op.cit., 2006; Commissione europea, Comunicato stampa, Insolvenza: la Commissione raccomanda un nuovo approccio per salvare le imprese e dare una seconda opportunità agli imprenditori onesti, Bruxelles, 12 marzo 2014, tratto dal sito: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-254\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-254_it.htm); Avv. Giorgio Corno, Op.cit., 2014;

<sup>235</sup> AVV. CORNO G., Op.Cit.,2014;

<sup>236</sup> *Idem*;

<sup>237</sup> *Idem*;

per quanto dissenziente<sup>238</sup> sia interessato ed identificato nel medesimo, solo a seguito della omologazione da parte del giudice competente. Il legislatore italiano, come quelli degli altri Stati membri UE, saranno presto chiamati a rimettere mano alla tormentata normativa della ristrutturazione e ad ottemperare alle linee guida della Raccomandazione n.135/2014.

## **12 I gruppi di imprese e le altre procedure concorsuali: *l'amministrazione straordinaria***

Nel sistema delle procedure concorsuali la gestione dell'insolvenza per le imprese di grandi dimensioni, attualmente, avviene attraverso il ricorso alla procedura dell'amministrazione straordinaria. Il quadro attuale in materia, offerto dalla legislazione vigente, consta non di una, bensì di due diverse procedure di amministrazione straordinaria. Da un lato infatti, abbiamo la procedura dettata dal d.lgs.270/1999 che viene definita *amministrazione straordinaria comune*; d'altro lato, abbiamo la procedura disciplinata dalla l. 39/2004 che, per la sua destinazione specifica a dissesti particolarmente qualificati, viene definita *amministrazione straordinaria speciale*. Per quello che ai fini di questa trattazione a noi interessa, in tema di gruppi di imprese, può riconoscersi l'applicabilità dell' amministrazione straordinaria comune, in quanto procedura concorsuale riservata alle grandi imprese commerciali

---

<sup>238</sup> *Idem*;

insolventi. Tale procedura si articola in due fasi: la prima avente carattere giurisdizionale, mentre la seconda di carattere amministrativo. La fase giurisdizionale è una componente giuridicamente necessaria, ma svolge una funzione meramente preliminare. E' giuridicamente necessaria nel senso che si tratta di una fase obbligatoriamente stabilita dalla legge ed automaticamente conseguente all'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza di un'impresa commerciale avente i requisiti per poter essere assoggettata all'amministrazione straordinaria. Essa ha l'obiettivo circoscritto di imporre l'osservanza di un periodo di controllo e di gestione temporanea sotto la tutela giudiziaria, al termine del quale spetterà alla stessa autorità giudiziaria valutare se si debba passare alla seconda fase della procedura in oggetto oppure se si debba dichiarare il fallimento. Infatti la successiva fase amministrativa è solamente eventuale e si apre solo nell'ipotesi in cui venga disposta dall'autorità giudiziaria. Se non ne ricorrono i presupposti, l'impresa insolvente è dichiarata fallita. Se, invece, si deciderà di procedere alla seconda fase, verrà affidata all'autorità amministrativa la conduzione e la vigilanza delle attività dell'impresa insolvente, mentre la continuazione dell'esercizio dell'impresa stessa sarà affidata ad un commissario straordinario, il quale dovrà predisporre un programma di risanamento ed eseguirlo avvalendosi di interventi statali diretti a facilitarne la realizzazione<sup>239</sup>.

---

<sup>239</sup> Avv. CORNO G.,; Op.Cit.,2014;

### **13 Presupposti oggettivi e soggettivi per l'ammissione alla amministrazione straordinaria**

L'impresa può definirsi grande, ai fini dell'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria qualora presenti congiuntamente due diversi requisiti soggettivi: il primo di tipo dimensionale e l'altro patrimoniale, nonché un numero di lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni, non inferiore a duecento unità, da almeno un anno. Per di più si deve trattare di un'impresa che versi in uno stato di indebitamento il cui ammontare complessivo non sia inferiore ai due terzi del totale dell'attivo risultante dallo stato patrimoniale. Quest'ultimo requisito talvolta produce l'effetto paradossale di non consentire l'ammissione all'amministrazione straordinaria di grandi imprese che non siano sufficientemente indebitate. Per quanto concerne, invece, i requisiti oggettivi, il primo è rappresentato dallo stato di insolvenza (stato di dissesto economico)<sup>240</sup>, mentre il secondo consiste nella presenza di concrete possibilità di conseguire, sulla base di specifici programmi, il recupero della situazione economica delle attività imprenditoriali, tramite la cessione dei complessi aziendali o la ristrutturazione economico-finanziaria dell'impresa<sup>241</sup>. Quando l'accertamento dello stato di insolvenza è chiesto dall'imprenditore, egli deve sempre specificare nel ricorso le cause che hanno determinato lo stato di insolvenza e deve anche trasmettere tutte le prove

---

<sup>240</sup> M. VITIELLO, *La fase che precede il fallimento: presupposti della sentenza dichiarativa di fallimento*, Il Fallimentarista, 2012;

<sup>241</sup> *Idem*;

utili ai fini della valutazione dell'esistenza di tali requisiti. Contestualmente egli dovrà depositare presso la cancelleria del tribunale la documentazione contabile necessaria, l'elenco nominativo dei creditori e quello dei soggetti che vantano diritti reali mobiliari su cose in suo possesso, per poter successivamente proseguire alla ricostruzione della situazione patrimoniale e alla composizione del passivo<sup>242</sup>.

### *13.1 Il rapporto con le altre procedure concorsuali*

Il tribunale al quale è presentata istanza di fallimento, deve dichiarare lo stato di insolvenza, con esclusione, almeno in questa prima fase, del fallimento immediato. Inoltre, il tribunale, in presenza dei requisiti dell'art. 2 d.lgs. 270/1999<sup>243</sup>, dichiara lo stato di insolvenza di un'impresa ammessa alla procedura di concordato preventivo, anche quando si dovrebbe procedere alla dichiarazione di fallimento. Ne consegue che, in caso di esito negativo della procedura di concordato preventivo, se ricorrono i presupposti, il tribunale, dovrà emanare una sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza. Nonostante

---

<sup>242</sup> *Idem*;

<sup>243</sup> Art.2. d.lgs. 270/1999 (Imprese soggette all'amministrazione straordinaria): *“Possono essere ammesse all'amministrazione straordinaria, alle condizioni e nelle forme previste dal presente decreto, le imprese, anche individuali, soggette alle disposizioni sul fallimento che hanno congiuntamente i seguenti requisiti: a) un numero di lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni, non inferiore a duecento da almeno un anno; b) debiti per un ammontare complessivo non inferiore ai due terzi tanto del totale dell'attivo dello stato patrimoniale che dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio”*.

sia stata contemplata dal legislatore un' ipotesi di consecuzione tra la procedura di concordato preventivo e l'amministrazione straordinaria, resta ancora oggi controverso se sia possibile proporre la domanda per accedere ad una procedura di concordato preventivo, tenendo conto della preclusione contenuta nella Relazione accompagnatoria al d.lgs. 270/1999, la quale a seguito delle varie modifiche attinenti la disciplina del concordato preventivo, avrebbe invece dovuto sciogliere definitivamente siffatti dubbi<sup>244</sup>.

### *13.2 La gestione delle imprese insolventi*

La dichiarazione dello stato di insolvenza non produce un'interruzione dell'esercizio dell'impresa; anzi, la procedura presuppone che vi sia una continuazione dell'attività, anche se si ammette che spetterà al tribunale stabilire, con scelta discrezionale, se lasciarne la gestione nelle mani dell'imprenditore oppure se affidarla ad un commissario giudiziale fino a quando non ci sarà l'ammissione all'amministrazione straordinaria. Tal'ultimo affidamento potrà essere compiuto dal tribunale, sia in caso di comportamenti scorretti tenuti dall'imprenditore insolvente al quale si era scelto in precedenza di lasciare la gestione, sia in caso di successiva emersione della maggiore opportunità di affidare la gestione allo stesso commissario, con lo scopo di far

---

<sup>244</sup> N.ABRIANI, L.CALVOSA, G.FERRI JR, G. GIANNELLI, F. GUERRERA, G. LUIZZI, C. MATTI, M.NOTARI, A. PACIELLO, P.PIASCITIELLO, D.REPOLI.G.A.RESCIO, R.ROSAPEPE, S.ROSSI, M.STELLA RICHTER JR, A.TOFFALETTO, *Diritto fallimentare*, Manuale breve, prefazione di Antonio Piras, Giuffrè editore, Milano, 2008;

riacquistare credibilità all'impresa nei riguardi di fornitori e di finanziatori<sup>245</sup>. Dall'attribuzione di tali poteri al commissario giudiziale, si verificano alcuni effetti che sono propri del fallimento, quali: la sottrazione al fallito della disponibilità dei beni esistenti nel suo patrimonio alla data della dichiarazione di insolvenza e dei beni che dovessero pervenirgli nel corso della procedura, salvo che il commissario giudiziale non voglia rinunciare alla loro acquisizione; l'inefficacia verso i creditori degli atti di disposizione compiuti, nonché dei pagamenti eseguiti o ricevuti dall'imprenditore dopo la dichiarazione dello stato di insolvenza; la sottrazione dei beni personali dell'imprenditore allo spossessamento ed alla soddisfazione dei creditori<sup>246</sup>. Il commissario giudiziale, al termine del proprio ufficio, deve rendere il conto dell'attività che ha svolto. Va detto che anche la dichiarazione dello stato di insolvenza, così come la dichiarazione di fallimento, determina l'applicazione di una disciplina del patrimonio dell'impresa insolvente, nelle sue componenti attive e passive, da cui derivano una serie di effetti nei confronti dei creditori: i rapporti che sono pendenti al momento dell'apertura della procedura non subiscono sospensioni, interruzioni o altri effetti, fatta eccezione per quei rapporti sorti in violazione del divieto di pagamento dei debiti pregressi senza preventiva autorizzazione da parte del giudice delegato<sup>247</sup>; con la dichiarazione dello stato di insolvenza si determina l'apertura del concorso dei creditori su tutti i beni dell'imprenditore e l'attribuzione al tribunale della competenza funzionale ed inderogabile in

---

<sup>245</sup> *Idem*;

<sup>246</sup> N. ABRIANI, L. CALVOSA, ED ALTRI, *Op.Cit.*, 2008;

<sup>247</sup> M. VITIELLO, *Op.cit.*, 2012;



ordine all'accertamento dei crediti; diventano inopponibili, nei confronti dei creditori partecipanti alla procedura di insolvenza, gli atti per i quali, alla data della dichiarazione di insolvenza, non risultino compiute le formalità previste dal diritto comune, necessarie a renderli opponibili ai terzi; l'imprenditore, al quale venga lasciata in affidamento la gestione dell'impresa, viene sottoposto alla vigilanza del commissario giudiziale e alla direzione del giudice delegato e quest'ultimo deve preventivamente autorizzare il compimento di ogni suo atto di straordinaria amministrazione. In questo caso sorge il divieto per i creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali sul patrimonio dell'imprenditore, a partire dalla data di presentazione del ricorso e fino al momento in cui diviene definitivo il decreto con il quale il tribunale decide sull'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria oppure per il fallimento<sup>248</sup>; relativamente ai crediti concorsuali, per l'accertamento del passivo, si applicano le regole previste dalla disciplina del fallimento (artt.55 e 63 del d.lgs. 270/1999)<sup>249</sup>, con effetto dalla presentazione del ricorso. E così, la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza apre la fase giudiziale di verifica dei crediti; nel caso in cui la procedura sfociasse nel fallimento dell'imprenditore, l'accertamento del passivo è destinato a proseguire nell'ambito di quest'ultimo. Pertanto, il singolo creditore sarà tenuto a presentare la propria istanza per partecipare alla verifica dello stato passivo, entro il termine assegnato dal tribunale con sentenza dichiarativa dello stato

---

<sup>248</sup> *Idem*;

<sup>249</sup> N.ABRIANI, L.CALVOSA, Op,Cit., 2008;

d'insolvenza, nella quale fissa il giorno, l'ora e il luogo dell'udienza per l'esame dello stato passivo innanzi al giudice delegato. È invece il commissario giudiziale a comunicare ai creditori e ai terzi, che vantano diritti reali mobiliari sui beni in possesso dell'imprenditore insolvente, il termine entro il quale essi devono far pervenire in cancelleria le loro domande, nonché le disposizioni della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza relative all'accertamento del passivo. L'eventuale apertura della fase successiva di amministrazione straordinaria presuppone l'accertamento da parte del commissario, illustrato in una relazione motivata, delle concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico dell'impresa; recupero che potrà realizzarsi tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni, diretto al recupero della solvibilità e della capacità dell'impresa di far fronte a tutte le proprie obbligazioni, pregresse ed attuali. Successivamente sarà il tribunale a valutare, sulla base della suddetta relazione, se ammettere l'impresa alla procedura di amministrazione straordinaria oppure dichiararne il fallimento.

### *13.3 Conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento*

La conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento è la diretta conseguenza dell'identità del presupposto oggettivo, l'insolvenza, tra le due procedure concorsuali e può essere disposta dal tribunale su richiesta del commissario oppure d'ufficio, con decreto motivato che è soggetto a reclamo davanti alla Corte di appello, da parte di chiunque vi abbia interesse. La conversione può essere disposta, sia in qualunque momento nel corso della procedura, quando risulta che la stessa non possa più essere utilmente proseguita nella prospettiva del recupero dell'equilibrio economico dell'impresa; sia al termine della procedura, quando sia trascorso il termine massimo previsto per il programma di ristrutturazione senza che l'imprenditore abbia recuperato la capacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, oppure quando sia trascorso il termine massimo per il programma di cessione senza che i complessi aziendali siano stati ceduti a terzi<sup>250</sup>.

#### *13.4 I gruppi e l'amministrazione straordinaria*

Per consentire una gestione efficace ed unitaria dell'insolvenza di gruppo ed ottenere una migliore liquidazione delle imprese insolventi, si prevede l'estensione della disciplina appena illustrata dell'amministrazione straordinaria alle imprese facenti parte di un gruppo, le quali, pur non raggiungendo i requisiti di legge per l'ammissione alla procedura in oggetto, siano comunque

---

<sup>250</sup> N.ABRIANI, L.CALVOSA, ED ALTRI, Op.cit., 2008;

insolventi. L'estensione parte da una procedura che si qualifica come *madre*, cioè dalla procedura di amministrazione straordinaria che coinvolge una qualunque impresa del gruppo, sia essa la capogruppo o una delle società controllate, purché dichiarata insolvente.

Ai fini dell'estensione sono imprese del gruppo<sup>251</sup>:

- le imprese (anche individuali) che controllano direttamente o indirettamente la società sottoposta alla procedura madre<sup>252</sup>;
- le società direttamente o indirettamente controllate dall'impresa sottoposta alla procedura madre o dall'impresa che controlla quest'ultima<sup>253</sup>;
- le imprese che, per la composizione degli organi amministrativi o sulla base di altri elementi concordanti risultano soggette ad una direzione comune a quella dell'impresa soggetta alla procedura madre<sup>254</sup>. Il rapporto di controllo, anche in relazione a soggetti diversi dalle società, sussiste nei casi previsti dall'art. 2359, comma 1 e 2, c.c. Dunque, i presupposti dell'estensione della procedura sono, da un lato, l'esistenza di una procedura madre, dall'altro, la presenza di collegamenti tra la società/impresa sottoposta alla procedura madre con le altre imprese che siano anche esse insolventi, prescindendo dal possesso dei requisiti previsti dall' art. 2 d.lgs. 270/1999.

---

<sup>251</sup> ALESSANDRO DI MAJO, *I gruppi di imprese nel concordato preventivo e nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in orizzonti del diritto commerciale.it, 2013;

<sup>252</sup> *Idem*;

<sup>253</sup> *Idem*;

<sup>254</sup> *Idem*;

Tuttavia, affinché le imprese del gruppo siano ammesse alla procedura è necessario che<sup>255</sup>:

- sussistano concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali mediante uno dei due indirizzi di cui al citato art. 27 d.lgs. 270/1999;
- appaia comunque opportuna, nell'ambito del gruppo, la gestione unitaria dell'insolvenza, in quanto idonea ad agevolare il raggiungimento degli obiettivi di conservazione dell'impresa, a causa dei collegamenti di natura economica e produttiva tra le singole imprese. Legittimato a chiedere la dichiarazione dello stato di insolvenza dell'impresa del gruppo è anche il commissario straordinario della procedura madre, mentre la competenza ad effettuare l'accertamento dei presupposti e delle condizioni per l'estensione spetta al tribunale del luogo in cui l'impresa del gruppo ha la sua sede principale.

#### **14 L' ammissibilità di una procedura di gruppo ed il riconoscimento dell'autonomia dei procedimenti nel concordato di gruppo**

Al di fuori del caso particolare dell'amministrazione straordinaria non esiste una disciplina del gruppo insolvente e neppure esistono regole di comportamento per gli amministratori delle società facenti parte del gruppo nell'ipotesi in cui ognuna di esse o il gruppo nel suo insieme, si trovino in una

---

<sup>255</sup> *Idem*;

situazione di crisi o di insolvenza. La Cassazione con un orientamento ormai consolidato nel nostro ordinamento nazionale, ha affermato che: *“al fine della dichiarazione di fallimento di una società, l'accertamento dello stato di insolvenza deve essere effettuato con esclusivo riferimento alla situazione economica della società medesima, anche quando essa sia inserita in un gruppo, cioè in una pluralità di società collegate ad un'unica società madre (holding), ciascuna di dette società conserva propria personalità giuridica ed autonoma qualità di imprenditore, rispondendo con il proprio patrimonio soltanto dei propri debiti”*<sup>256</sup>. La propensione a rispettare in ogni caso l'autonomia patrimoniale e la personalità giuridica di ciascuna società del gruppo non è così forte negli altri ordinamenti, diversi da quello italiano. Il Working Group V dell'UNCITRAL aveva predisposto una bozza della Legislative Guide on Insolvency Law<sup>257</sup>, consistente in un documento di lavoro i cui suggerimenti però non sono stati recepiti. Tuttavia va detto che tale documento contemplava delle ipotesi tassative, nelle quali era possibile effettuare un consolidamento tra due o più imprese facenti parte del medesimo gruppo<sup>258</sup>, cioè: *“quando il giudice ritiene che i beni e le responsabilità delle imprese del gruppo sono così interconnessi che la proprietà dei beni e le*

---

<sup>256</sup> Vedi le sentenze, Cass. 8 febbraio 1989, n. 795, in *Fall.*, 1989, n. 609; Cass. 27 giugno 1990, n. 6548, in *Dir. fall.*, 1990, 1349; Cass. 2 luglio 1990, n. 6769, in *Fall.*, 1991, 47; Cass. 25 settembre 1990, n. 9704, *ivi*, 1991, 265; Cass. 14 aprile 1992, n. 4550, *ivi*, 1992, 811; Cass. 9 maggio 1992, n. 5525, *ivi*; Cass. 7 luglio 1992, n. 8271, *ivi*, 1993, 33; Cass. 16 luglio 1992, n. 8656, *ivi*, 1993, 247. Da ultimo Cass. 18 novembre 2010, n. 23344, in *Fall.*, 2011, 565, con nota di Signorelli, *Società di fatto, holding e fallimento*;

<sup>257</sup> UNCITRAL WORKING GROUP V, Legislative Guide on Insolvency Law - Part three: Treatment of Enterprise Groups in Insolvency. Doc. A/CN.9/WG.V/WP85 sul sito dell'UNCITRAL;

<sup>258</sup> ALESSANDRO DI MAJO, *Op.cit.*, 2013;

*singole responsabilità non possono essere individuate che con spesa o ritardo sproporzionato; quando le imprese del gruppo sono impegnate in un progetto o in un'attività fraudolenta senza una legittima finalità d'impresa ed il giudice ritiene che il consolidamento è essenziale per porre rimedio a tale progetto o attività*<sup>259</sup>. Inoltre si prevedeva che anche gli effetti di tale consolidamento avrebbero dovuto limitarsi ai soli casi tassativamente previsti dalla legge e cioè<sup>260</sup>:

- potevano riguardare anche soltanto una parte dei beni, purché volti a creare un' unica massa attiva per le imprese del gruppo che erano soggette al consolidamento<sup>261</sup>;
- i crediti reciproci tra le imprese soggette al consolidamento dovevano essere estinti<sup>262</sup>;
- le domande di insinuazione nei confronti delle imprese soggette al consolidamento dovevano essere trattate come crediti insinuati nei confronti di un' unica massa attiva così creata. Emerge dunque che anche il Working Group ha tenuto a precisare che la disciplina dell'insolvenza, come regola generale, deve rispettare la separata entità legale di ogni impresa componente il gruppo e che non vi sono, in linea di principio, difficoltà teoriche a ritenere già oggi

---

<sup>259</sup> UNCITRAL - WORKING GROUP V - *Legislative Guide on Insolvency Law - Part three: Treatment of Enterprise Groups in Insolvency*. Doc. sul sito dell'Uncitral. L'orientamento oggi prevalente è di non dettare linee stringenti per una disciplina coordinata dell'insolvenza transfrontaliera dei gruppi, in ragione della difficoltà di pervenire a soluzioni condivise. Si veda in tal senso la proposta della Commissione europea per la revisione del Regolamento n. 1346/2000 sull'insolvenza transfrontaliera;

<sup>260</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *Op.cit.*, 2008;

<sup>261</sup> A. DI MAJO, *Op.cit.*, 2013;

<sup>262</sup> *Idem*;

lecite, per il diritto italiano, scelte gestionali degli amministratori della capogruppo che nell'ambito di un piano diretto al risanamento del gruppo, addossino sacrifici ad una delle società dell'unità economica a fronte di vantaggi che a quest'ultima possano derivare dall'operazione di risanamento. Tali vantaggi possono in ipotesi identificarsi anche nella mera sopravvivenza della società stessa, condannata altrimenti all'insolvenza. Basti pensare al caso in cui l'erogazione di credito avvenga in favore di una società facente parte di un gruppo, ove il finanziatore trovi adeguata garanzia nella solidità patrimoniale di altra società del gruppo oppure sia esso stesso una società del gruppo e si risolva a concedere credito in ragione della politica solidaristica che contraddistingue il fenomeno di gruppo<sup>263</sup>. Va però tenuto conto che la Cassazione da ultimo ha precisato che può parlarsi di *“vantaggio compensativo, derivante dall'operato dell'amministratore ed idoneo a neutralizzare, in tutto o in parte, il danno arrecato alla società, quando esso sia causalmente legato, al pari del danno, al medesimo e specifico atto di gestione assunto come colpevole fonte di responsabilità, e non quello costituente l'effetto di una distinta serie causale; in tale caso, può aversi solo compensazione fra reciproci crediti, la quale però richiede la relativa eccezione”*<sup>264</sup>.

---

<sup>263</sup> FRANCO BONELLI, *Crisi di Imprese, casi e materiali*, Giuffrè editore, 2013;

<sup>264</sup> Cass. 7 dicembre 2011, n. 26362, in questa Rivista, 2012, 1137;



#### 14.1 Il concordato preventivo di gruppo

Esistono, nella prassi interna ai singoli Stati membri, alcuni casi in cui più società sono state ammesse a distinte procedure di concordato preventivo, formalmente autonome ma in realtà coordinate, nelle quali il piano di risanamento di ogni singola società veniva a far parte di un unico piano generale di gruppo e nelle quali i commissari giudiziali preposti alle diverse procedure erano le medesime persone, così come unico era il giudice delegato. Dunque si è assistito ad un coordinamento di fatto delle diverse procedure, evidentemente legate al fine di realizzare la ristrutturazione sia delle capogruppo, sia delle controllate. In questa logica è stato affermato che *“con riferimento ad una domanda di ammissione al concordato preventivo con riserva da parte di un gruppo di imprese, ciascuna società può fare riferimento ad un piano unitario e ad una proposta unitaria rivolta a tutti i creditori delle tre società, salva poi la separazione di ciascuna massa e l’approvazione separata da parte dei creditori di ciascuna società, con obbligo dell’osservanza degli obblighi informativi imposti dal Tribunale”*<sup>265</sup>. Allo stesso modo si è ritenuto che *“qualora con riferimento ad un gruppo di imprese venisse presentata un’unica domanda di concordato, con previsione di un’unica massa attiva da ripartire tra i creditori di tutte le società, l’approvazione del concordato da parte dei creditori stessi dovrà aver luogo in adunanze separate*

---

<sup>265</sup> Trib. Asti 24 settembre 2012, in Fall. , 2013, 1, 103 nota di F. BALESTRA;

*e con votazioni distinte per ciascuna società con conseguenti distinte maggioranze*<sup>266</sup>. In sostanza, le citate decisioni hanno un pregio innovativo, giacché hanno ritenuto ammissibile una procedura di concordato preventivo di gruppo. Spostando l'oggetto dell'analisi alla prassi del diritto fallimentare degli Stati comunitari, si possono individuare, da un lato dei casi in cui le decisioni di merito delle Corti nazionali si sono spinte addirittura a considerato il gruppo come un'unica entità, nella quale perde rilevanza l'autonomia giuridica delle singole società; mentre dall'altro esistono decisioni di altri Stati che, al contrario, si sono mostrate maggiormente rispettose dei principi generali del diritto societario interno, per cui hanno continuato a considerare le imprese del gruppo come singole entità giuridicamente separate. Tra gli Stati che avanguardisticamente hanno riconosciuto la fattispecie di un concordato preventivo di gruppo costituito da un'unica domanda, un'unica proposta, un'unica procedura ed un'unica maggioranza, si colloca proprio l'Italia. La predisposizione di un solo piano e di una sola proposta si rivela probabilmente più agevole rispetto al diverso meccanismo consistente nell'instaurazione di una pluralità di procedure formalmente indipendenti, seppure basate su piani e proposte tra loro di fatto connessi funzionalmente, al punto che ciascuno risulta essere fattibile solo se sono accolte anche le altre proposte avanzate parallelamente.

---

<sup>266</sup> Trib. Benevento 18 gennaio 2012, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 2012; Trib. Roma 7 marzo 2011, *Dir. fall.*, 2011, 3-4, 2, 247, con nota di Fauceglia.

La pratica illustrata per prima, cioè quella di una procedura di concordato di gruppo caratterizzata dalla presentazione di un unico piano e di un'unica proposta, può realizzarsi attraverso due strumenti comunemente riconosciuti nel diritto societario:

a) un'operazione di fusione tra le diverse entità del gruppo<sup>267</sup>, la quale potrà realizzarsi sia in un momento anteriore al deposito della domanda di ammissione al concordato, di modo che si conseguirebbe il vantaggio di poter presentare un'unica domanda di gruppo, che sia fondata sulla situazione economico-finanziaria consolidata, superando così l'autonomia delle masse patrimoniali delle varie imprese; sia la fusione potrà compiersi successivamente, al momento dell'esecuzione del piano e quindi l'operazione di fusione si configurerà come il primo atto dell'esecuzione stessa. Il vantaggio che ne deriva è che l'operazione di fusione si realizzerà senza essere stata sottoposta all'approvazione dei creditori (che quindi hanno approvato un piano concordatario che non menziona la fusione); ma ciò a fronte di uno svantaggio in termini di velocità e semplicità della procedura<sup>268</sup>. Infatti, al momento del deposito del ricorso persisterà la presenza della pluralità dei debitori, sicché ciascuno sarà tenuto a presentare una autonoma domanda avente un contenuto di fatto coincidente a quello di tutte le altre imprese del gruppo. Inoltre, i tempi richiesti generalmente per realizzare una fusione potrebbero rivelarsi incompatibili, tanto con l'esigenza di depositare la domanda con celerità, tanto

---

<sup>267</sup> STEFANO AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da VASSALLI, LUISE E GABRIELLI, IV, Giappichelli, Torino, 2014, pp.59-64;

<sup>268</sup> *Ibidem*;

con la scansione dei tempi per l'esecuzione del piano di fusione<sup>269</sup>. Mentre nell'ipotesi in cui la fusione precede la presentazione del ricorso da parte dell'imprenditore, bisogna comunque tenere conto delle opposizioni nella formulazione della proposta concordataria, la situazione diviene più ardua quando l'operazione straordinaria si perfeziona a concordato già omologato, cioè quando la proposizione di opposizioni da parte dei creditori, sia idonea a produrre cambiamenti tali da far prospettare l'ipotesi della risoluzione del concordato, così come prevista dall'art. 186 l. fall.;

b) La costituzione di una società in nome collettivo, a cui ogni società del gruppo conferisce l'azienda, comprensiva dell'intera massa attiva e passiva. Tale strumento per la conduzione ad unità del concordato non sembra agilmente praticabile, poiché di fatto produce l'effetto di aumentare il rischio di fallimento per le società conferenti. Infatti le società socie della SNC di nuova costituzione sono titolari di debiti propri (non si tratta di debiti derivanti dal rapporto sociale), che in quanto tali restano estranei al concordato e non possono beneficiare dell'esdebitazione e dell'arresto delle azioni esecutive dei creditori nel corso della procedura; inoltre le conferenti sono anche obbligate in solido con la SNC conferitaria per le nuove obbligazioni contratte. È chiara dunque la maggiore vulnerabilità delle imprese, le quali non solo non vengono liberate dai propri debiti, ma per di più il loro attivo patrimoniale viene ad essere sostituito dalla quota ricevuta a fronte del conferimento di azienda o ramo,

---

<sup>269</sup> *Ibidem*;

rappresentativa di una porzione del patrimonio di una SNC di fatto in crisi (che somma le situazioni di crisi delle società del gruppo e non riesce a farvi fronte) e pertanto inidonea a garantire il regolare soddisfacimento dei creditori preesistenti e nuovi<sup>270</sup>. Ad esemplificazione di quanto accade in ambito nazionale, si collocano due recenti sentenze: quella del Tribunale di Ferrara dell'8 aprile 2014 e quella del Tribunale di Palermo del 9 Giugno 2014. Tali pronunce hanno affrontato il tema delle condizioni e delle modalità di realizzazione di una procedura di concordato preventivo unica per più società appartenenti al medesimo gruppo. In entrambi i casi di specie, le società facenti parte di un gruppo imprenditoriale, ciascuna in stato di insolvenza, hanno presentato domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, sulla base di un unico piano avente ad oggetto la gestione coordinata e ragionevole delle attività aziendali al fine della soddisfazione dei creditori delle diverse società del gruppo. Come detto però, nel diritto italiano, manca un'esplicita disciplina del concordato preventivo di gruppo, nonostante i tentativi dottrinari di avanzare ipotesi in tal senso. Le due pronunce hanno affrontato diverse questioni in merito alla presentazione di un'unica domanda di ammissione al concordato preventivo, alla predisposizione di un unico piano concordatario e di un'unica proposta verso i creditori, allo svolgimento di un'unica procedura concordataria e al calcolo delle maggioranze per l'approvazione della proposta a livello del gruppo oppure delle singole società.

---

<sup>270</sup> *Ibidem*

Nel caso affrontato dal Tribunale di Palermo, la domanda unica per le diverse società è stata ritenuta ammissibile secondo un unico piano concordatario, in quanto rispondente all'interesse dei creditori; per *interesse*<sup>271</sup> si intende che tale piano concordatario prevedeva di realizzare un'unica attività liquidatoria, consentendo in tal modo l'abbattimento della situazione debitoria infragruppo, rendendo possibile la prosecuzione dell'attività aziendale nel suo complesso, sul presupposto che il piano e la relazione redatta dagli esperti tengano distinte le attività e le passività di ogni singola impresa e consentano ad ogni singolo creditore di verificare la propria posizione creditoria. La procedura ha visto una gestione integralmente unitaria, con unico giudice delegato e commissario giudiziale ed un'unica adunanza dei creditori e il computo delle maggioranze è stato riferito non già ad ogni singola impresa, bensì all'unico programma concordatario<sup>272</sup>. Nel caso affrontato dal Tribunale di Ferrara, invece, ciascuna società ha presentato una separata domanda di ammissione alla procedura. Infatti, in tale sede è stata ammessa un'unica proposta di concordato preventivo per la cessione dei beni, fondata sulla fusione societaria di tutte le componenti del gruppo, con riferimento quindi della fase di esecuzione del concordato all'unica società incorporante. Prevedendo la valorizzazione dei cespiti immobiliari e dei rami aziendali per la successiva alienazione e rintracciando le

---

<sup>271</sup> AVV. FABIO MORELLI, *Restructuring and Turnaround, il concordato preventivo di gruppo: Unica proposta, unica procedura e unica maggioranza?* Due recenti pronunce del Tribunale di Ferrara (8 aprile 2014) e del Tribunale di Palermo (9 giugno 2014) affrontano il tema delle condizioni e delle modalità di realizzazione di una procedura di concordato preventivo unica per più società appartenenti al medesimo gruppo, ottobre 2014;

<sup>272</sup> *Idem*;

risorse per il soddisfacimento dei creditori, la procedura si è svolta unitariamente a seguito della riunione dei procedimenti originati dalle singole domande, con un unico decreto di apertura; il Tribunale inoltre, ha ritenuto necessario che il concordato venisse approvato dai creditori di ciascuna società, singolarmente considerata, trattandosi di soggetti giuridici autonomi e distinti. A parer mio, la gestione dell'insolvenza di un gruppo di imprese nell'ambito di un'unica procedura concordataria è da considerarsi conveniente sotto una pluralità di aspetti: per quanto concerne il contenuto del piano concordatario, perché consente di affrontare in una prospettiva unitaria le conseguenze dell'insolvenza, definendo un piano che permetta di valorizzare al meglio le attività complessive del gruppo e di coordinare i rapporti infragruppo<sup>273</sup>; e ancora, per quanto concerne l'economia processuale, rende possibile un'accelerazione delle tempistiche ed un contenimento delle spese di procedura<sup>274</sup>. La giurisprudenza di merito, solo negli ultimi anni, con numerose pronunce, si è prodigata al fine di colmare il vuoto normativo, ammettendo ormai pacificamente nella prassi la figura del concordato preventivo di gruppo<sup>275</sup>. Si è detto che: *“Il concordato preventivo relativo al gruppo si deve ritenere ammissibile, dal momento che la sua esistenza e quella dei consequenziali rapporti infragruppo giustificano e legittimano sia una valutazione sostanziale, sia una trattazione a livello procedurale unitaria del*

---

<sup>273</sup> *Idem*;;

<sup>274</sup> *Idem*;

<sup>275</sup> Vedi Trib. Terni Dicembre 2010; Trib. Roma 7 marzo 2011; Trib. La Spezia 2 maggio 2011; App. Genova 23 dicembre 2011; Trib. Benevento 18 gennaio 2012; Trib. Roma 25 luglio 2012; App. Roma 5 marzo 2013; Trib. Rovigo 5 novembre 2013; App. Roma 5 marzo 2013; Trib. Roma 18 aprile 2013;

*piano concordatario e, quindi, una gestione tendenzialmente unitaria del concordato con un'unica adunanza e con un computo delle maggioranze riferito all'unico programma concordatario".*<sup>276</sup> In una prospettiva analoga si è affermato che deve ritenersi ammissibile la gestione integralmente unitaria del concordato c.d. di gruppo qualora il gruppo risponda alla definizione dottrinale di *"aggregazioni di imprese in forma individuale o collettiva, formalmente autonome e indipendenti l'una dall'altra, ma assoggettate tutte a direzione unitaria"*<sup>277</sup> nonché<sup>278</sup> alle connotazioni elaborate dalla giurisprudenza in termini di *"unicità della struttura organizzativa e produttiva, con integrazione fra le attività esercitate dalle varie imprese, coordinamento tecnico, amministrativo e finanziario rimesso ad un unico soggetto direttivo"*. La gestione unitaria della procedura<sup>279</sup> appare, inoltre, opportuna nel caso in cui la configurazione del concordato di gruppo preveda l'intervento di un assuntore appositamente costituito al fine di rilevare tutte le attività ed il concordato venga inscindibilmente collegato al conseguimento dell'obiettivo della continuità aziendale, con mantenimento dei livelli occupazionali ed abbattimento dell'esposizione debitoria complessiva<sup>280</sup>. Come si è detto, non sono mancate pronunce che, al contrario, hanno rispettato maggiormente l'autonomia patrimoniale delle società del gruppo e delle singole masse

---

<sup>276</sup> App. Genova, decr., 23 dicembre 2011, in Fall., 2012, 3, 358;

<sup>277</sup> *idem*;

<sup>278</sup> Avv. GIULIO ANGELONI, le soluzioni concordate della crisi, convegno di Roma del 10 aprile 2014 ;

<sup>279</sup> LUCIANO PANZANI, *Il gruppo di imprese nelle soluzioni giudiziali della crisi*, disponibile dal link: [http://www.paolonesta.it/attachments/article/3999/il%20gruppo\\_%20di\\_%20imprese.pdf](http://www.paolonesta.it/attachments/article/3999/il%20gruppo_%20di_%20imprese.pdf)

<sup>280</sup> Trib. Terni 30 dicembre 2010, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it);



debitorie. Così per esempio il Tribunale di Roma<sup>281</sup> ha affermato che: *“nonostante nella procedura fallimentare nessuna norma sia dedicata al fenomeno del gruppo di imprese, il quale trova attenzione solo per i rapporti che possono instaurarsi tra fallimento e amministrazione straordinaria, si deve ritenere che sia ammissibile una domanda di concordato preventivo che consista in un unico ricorso riferibile alla impresa di gruppo<sup>282</sup> e che sia supportato da un unico piano aziendale; detta domanda di concordato dovrà tenere distinte le masse patrimoniali delle singole società”<sup>283</sup>* e, quanto alla *adunanza dei creditori, dovrà prevedere singole votazioni, e separate deliberazioni, in ragione di ciascuna organizzazione societaria e dell’insieme di creditori ad esse riferibili”<sup>284</sup>*. Questa soluzione appare giustificata dal principio dell’autonomia negoziale sancito dall’art. 1322 c.c., il quale consente di realizzare le finalità del concordato preventivo con riferimento a tutte le disposizioni che costituiscono pratica esplicazione dell’impresa, impedendo che la procedura si risolva in un discorso soltanto parziale<sup>285</sup>. Allo stesso modo si è ritenuta ammissibile la proposta concordataria relativa ad un gruppo di imprese a condizione che siano state rispettate le regole della competenza territoriale del tribunale e che siano state tenute distinte le masse attive e passive delle

---

<sup>281</sup> Op.cit., Avv. GIULIO ANGELONI, *le soluzioni concordate della crisi*, 2014;

<sup>282</sup> Trib. Roma, 07.03.2013; Trib. Roma, 05.03.2013; App. Genova, 23.12.2011; Trib. Terni, 30.12.2010

<sup>283</sup> Trib. Roma, 07.03.2013; Trib. Roma, 05.03.2013; App. Genova, 23.12.2011; Trib. Terni, 30.12.2010

<sup>285</sup> Op.cit., Avv. GIULIO ANGELONI, *le soluzioni concordate della crisi*, 2014;

<sup>284</sup> *Idem*;

<sup>285</sup> Trib. Roma 7 marzo 2011, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 2011; conf. Trib. Roma 5 marzo 2013; App. Genova, 23.12.2011;

imprese<sup>286</sup>. Accanto al tradizionale stato di insolvenza, richiesto come requisito oggettivo per accedere alla procedura di fallimento, la riforma della legge fallimentare ha introdotto lo stato di crisi quale presupposto necessario per poter accedere alla procedura di concordato preventivo ed agli accordi di ristrutturazione dei debiti. Ciò rappresenta un'innovazione rispetto alla precedente legge fallimentare, ai sensi della quale lo stato d'insolvenza costituiva il presupposto sia per presentare l'istanza di fallimento, sia per ricorrere alla procedura concordataria. Con l'introduzione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione si consente all'imprenditore la scelta tra la conservazione e massimizzazione del valore del patrimonio d'impresa e la liquidazione fallimentare<sup>287</sup>, affidando all'autonomia privata la gestione della crisi. In riferimento a ciò occorre evidenziare che la diffidenza del debitore a diffondere verso i terzi le informazioni circa la sua situazione di crisi, ha spesso comportato che l'accesso al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione avvenisse in tempi troppo tardi, quando ormai l'impresa si trovava in una condizione di insolvenza, o meglio, di crisi finanziaria spesso ai limiti della reversibilità<sup>288</sup>, con immenso danno per la massa creditoria. Solo pensando di disporre regole che forniscano una protezione a quegli atti compiuti in funzione ed in vista del risanamento dell'impresa, si poteva ottenere il risultato di incentivare l'imprenditore alla

---

<sup>286</sup> App. Roma 5 marzo 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 2013;

<sup>287</sup> *Idem*;

<sup>288</sup> L. PANZANI, *Op.cit.*, 2010;

tempestiva emersione e quindi manifestazione precoce della crisi<sup>289</sup>. In tal senso si pone la Raccomandazione della Commissione UE del 12 marzo 2014 che ha invitato gli Stati membri ad adottare entro il 14 marzo 2015 alcune regole e ad osservare alcuni principi fondamentali comuni, che vadano nella direzione di preferire le misure preventive per la risoluzione della crisi anche di gruppo, tra cui: agevolare i negoziati sui piani di ristrutturazioni, fissare il contenuto degli stessi, tutelare i nuovi finanziamenti, agevolare la concessione di una seconda opportunità al debitore fallito. Questi interventi mirano a promuovere lo scambio e la collaborazione tra imprenditore in difficoltà e creditori. L'imprenditore si "rivela" ai propri creditori ed ai terzi in genere, con tutte le conseguenze che ne potrebbero derivare sotto l'aspetto della valutazione della sua affidabilità patrimoniale, in cambio di una ristrutturazione oppure di una nuova regolamentazione della propria situazione debitoria. Su tale presupposto si sono fondate le previsioni di una serie di strumenti che svolgono una funzione anticipatoria dell'insolvenza e che consentono la predisposizione di adeguati piani di risanamento oppure una più proficua liquidazione del patrimonio aziendale, traendo ispirazione anche dalle esperienze di altri ordinamenti europei. Nel caso specifico, il legislatore è dunque chiamato a trovare un giusto equilibrio tra l'esigenza di tutela dei creditori e quella di anticipare la crisi dell'impresa. La fissazione del presupposto oggettivo per l'accesso alla procedura risponde proprio all'esigenza di delimitare l'ambito di

---

<sup>289</sup> *Idem*;

applicazione di taluni istituti a particolari e specifiche situazioni, avendo riguardo che la “*meritevolezza sociale*”<sup>290</sup> (ex art. 1322 c.c.) dei concordati e degli accordi viene riconosciuta dal legislatore qualora l’impresa versi in una particolare situazione che necessiti di apportare una deroga alla disciplina di diritto comune<sup>291</sup>. Nell’ambito della verifica della sussistenza del requisito oggettivo di cui all’art. 160 l.fall. la giurisprudenza prevalente lo individua e lo definisce facendo riferimento all’aspetto finanziario che si manifesta con l’inadempimento, senza tener conto che nella pratica la crisi finanziaria rappresenta soltanto una delle possibili declinazioni dello *stato di crisi*. Ciò premesso ed avendo specifico riguardo all’impresa in attività, può affermarsi che le varie tipologie della crisi d’azienda sono strettamente correlate. La crisi può essere, infatti, anche la manifestazione di una situazione di *deficit* economico, patrimoniale o finanziario o la compresenza di due o tutte queste tipologie. Una crisi economica persistente, data da uno squilibrio duraturo tra i ricavi di esercizio ed i relativi costi, compromette nel tempo inevitabilmente l’equilibrio finanziario e quello patrimoniale<sup>292</sup>. La giurisprudenza fornisce una sorta di interpretazione restrittiva del presupposto oggettivo, partendo dalla quale stabilisce la non ammissibilità della domanda di concordato o di accordi avanzata dal debitore, laddove l’impresa sia in perdita d’esercizio nell’ultimo periodo della propria attività oppure laddove presenti un tasso di

---

<sup>290</sup> R. MARINO, M. CARMINATI, Interpretazione estensiva del presupposto oggettivo di cui all’art. 160 L.Fall. e prevenzione dell’insolvenza il caso.it, 16 aprile 2015;

<sup>291</sup> *Idem*;;

<sup>292</sup> *Idem*;

patrimonializzazione molto basso; in tale modo l'imprenditore si trova quasi a dover decidere di non adempiere le obbligazioni assunte per poter essere considerato in crisi. Diversamente, se del presupposto oggettivo si facesse un'interpretazione estensiva, facendovi ricadere tutte le situazioni di difficoltà, di qualsivoglia intensità, in cui potrebbe venirsi a trovare l'impresa, si amplierebbero le possibilità di accesso al concordato preventivo o agli accordi di ristrutturazione con l'apprezzabile effetto di ottenere una gestione tempestiva della crisi, evitando così che si trasformi in insolvenza. Purtroppo si è di fronte ad un'ipotesi di silenzio da parte della normativa fallimentare e per questo si tende a mutuare e a far valere in ambito internazionale la definizione di *stato di crisi* o di *impresa in difficoltà* elaborata della Commissione Europea. Secondo la Commissione, un'impresa è "*in difficoltà quando non sia in grado, con le proprie risorse o con le risorse che può ottenere dai proprietari/azionisti o dai creditori, di contenere perdite che, in assenza di un intervento esterno delle autorità pubbliche, la condurrebbero quasi certamente al collasso economico, nel breve o nel medio periodo*". In altre parole, un'impresa può essere considerata in difficoltà quando siano presenti i "*sintomi caratteristici*"<sup>293</sup> di quest'ultima, quali il livello crescente delle perdite, la diminuzione del fatturato, l'aumento delle scorte, la sovraccapacità, la diminuzione del flusso di cassa, l'aumento dell'indebitamento e degli oneri per interessi. Di recente la

---

<sup>293</sup> R. MARINO, M. CARMINATI, Op.cit., 2015;

dottrina<sup>294</sup> ha superato la precedente impostazione, che considerava lo *stato di crisi* come una situazione di difficoltà economica sanabile (cioè reversibile) ed ha specificato di volerlo intendere in maniera più ampia, ricomprendendovi anche il mero “*rischio d’insolvenza*”, quale situazione in cui versa l’imprenditore che, pur potendo adempiere i debiti scaduti, con oggettiva probabilità non sarà in grado di adempiere i debiti di prossima scadenza. Non può non evidenziarsi come la nozione di rischio d’insolvenza così delineata sia piuttosto ampia e generica al punto da prestarsi ad abusi da parte del debitore il quale potrebbe richiedere l’utilizzo degli strumenti di soluzione negoziale della crisi d’impresa sulla base di una semplice previsione di morosità, con l’intento e con l’effettiva conseguenza di arrivare a condividere con i creditori il rischio d’impresa. Bisognerebbe delineare infatti, una definizione più chiara di *rischio di insolvenza* adoperando tutte le nozioni presenti, elaborate dalla dottrina aziendalistica per descrivere il concetto di crisi economica, patrimoniale e finanziaria<sup>295</sup>. Muovendo dal presupposto che un’impresa che versi in una tale situazione di crisi è al contempo in *rischio d’insolvenza*, si dovrà tener presente che questa nozione potrà essere validamente adottata al fine di individuare e costituire essa stessa il presupposto per l’accesso agli strumenti di soluzione negoziale in esame, solo se caratterizzata dalla sussistenza rilevabile di uno stato di crisi economico, patrimoniale o finanziario. Inoltre, secondo l’art. 161 della l.fall., il debitore che intende accedere al concordato preventivo ed agli

---

<sup>294</sup> *Idem*;

<sup>295</sup> *Idem*;

accordi di ristrutturazione dei debiti, deve depositare in tribunale, unitamente al ricorso, una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, unitamente all'attestazione del professionista in merito alla veridicità dei dati aziendali in essa riportati ed alla fattibilità del piano concordatario<sup>296</sup>. Il dato normativo sembrerebbe lasciar intendere che il legislatore demandi allo stesso debitore, il compito di dichiarare lo stato ed il tipo di crisi in cui ritiene che versi l'impresa. Di conseguenza il tribunale dovrebbe semplicemente limitarsi a prendere atto della completezza della documentazione esibita e del contenuto della relazione depositata e quindi pronunciarsi sull'ammissione o meno alla procedura. Si sostiene che *“la giurisprudenza è chiamata al controllo dell'esistenza del presupposto oggettivo nella fase di ammissione al concordato o agli accordi di ristrutturazione in quanto teleologicamente finalizzato ad impedire la lesione delle situazioni giuridiche soggettive dei creditori”*<sup>297</sup>. In conclusione, tale verifica consiste dunque nell'accertamento che i sacrifici imposti dalla maggioranza alla minoranza dei creditori non siano il frutto del ricorso abusivo allo strumento da parte del debitore, il quale potrebbe agire al sol fine di ottenere vantaggi economici personali in condizioni di simulata incapacienza patrimoniale. Le difficoltà che, almeno in Italia, si sono riscontrate nell'individuare il raggio e l'estensione dell'azione del Tribunale nella prima fase della procedura concordataria, nella quale esso è chiamato a decidere sull'ammissione della

---

<sup>296</sup> *Idem*;

<sup>297</sup> *Idem*;

proposta, si immagina possano risultare amplificate a livello comunitario, ove vengano ad interagire tra di loro debitori e creditori appartenenti a Stati che non conoscono una procedura simile preventiva dell'insolvenza, oppure che la prevedono nel proprio ordinamento ma le attribuiscono una diversa regolamentazione e quindi diversi poteri ai soggetti che agiscono al suo interno. Nel nostro ordinamento si è raggiunta solo di recente l'attenuazione dello scontro dottrinario in merito alla suddetta questione dei poteri che debbano essere riconosciuti al tribunale del luogo in cui si trova la sede legale del debitore in crisi, il quale avanzi con ricorso una proposta concordataria. Di fatti, sebbene è incontestato che il tribunale non possa entrare nel merito della proposta, esso non deve neanche limitarsi a compiere un mero controllo di legittimità formale dell'atto propositivo elaborato dal debitore. Dunque, si è giunti ad affermare che il compito del tribunale consiste nel verificare che il piano concordatario sia sufficientemente chiaro ed analitico e che i documenti, i quali, contestualmente al piano, si richiede debbano essere prodotti dallo stesso debitore, permettano di ricostruire al meglio la situazione economico-patrimoniale del debitore, permettendo così ai creditori di esprimere un voto consapevole sulla proposta; la possibilità riconosciuta al tribunale di poter richiedere al debitore un'integrazione del piano oppure la produzione di nuovi documenti, al fine di sanare le carenze e di evitare la delibera di rigetto del ricorso, presuppongono di fatto il compimento di un controllo sul suo contenuto, ma, è bene precisarlo, senza alcuna possibilità, per il tribunale



stesso, di intervenirevi direttamente e personalmente. La Corte di cassazione con pronuncia del 2013 ha a tal proposito statuito che *il controllo sulla fattibilità economica del piano di concordato preventivo spetta ai creditori*, compiendosi attraverso l'espressione del loro voto; *all'autorità giudiziaria compete il controllo sulla fattibilità giuridica*, cioè verificare che il piano sia rispondente a norme imperative di legge.

#### *14.2 Il caso Seat-Pagine Gialle*

Circa la procedura di concordato preventivo per i grandi gruppi di imprese ho ritenuto necessario citare un caso giudiziario di attuale svolgimento ed attinente al contesto nazionale, che vede coinvolta la società del Gruppo Seat Pagine Gialle, la quotata Seat Pagine Gialle S.p.A. e la sua controllata al 100% Seat Pagine Gialle Italia S.p.A.. Il caso appare interessante sotto diversi aspetti e fa emergere questioni che a maggior ragione potrebbero costituire concrete problematiche anche in ambito transnazionale e conseguentemente si potrebbero estendere a tale ambito le soluzioni e le scelte compiute dall'autorità giudiziaria nazionale, qualora risultassero ragionevolmente accettabili: pur avendo le due Società sede legale rispettivamente a Milano (Seat Pagine Gialle) ed a Torino (Seat Pagine Gialle Italia), l'unico Tribunale adito, quello di Torino, ha riconosciuto la propria competenza a conoscere di entrambi i ricorsi, ritenendo che la sede effettiva di entrambe le imprese coincidesse con quella di

Seat Pagine Gialle Italia, ossia con quella della società operativa<sup>298</sup>; pur avendo le Società presentato due distinti ricorsi, ciascuno successivamente corredato di una propria proposta concordataria e della relativa attestazione, il piano è risultato in realtà sostanzialmente unitario, prevedendo tra l'altro la fusione delle due Società e ciascuna proposta concordataria era risolutivamente condizionata alla mancata omologazione dell'altra<sup>299</sup>; inoltre, in considerazione del carattere unitario del piano di concordato, il Tribunale di Torino ha ritenuto di disporre la riunione dei due procedimenti, nominando così un unico giudice delegato ed un solo commissario giudiziale. Ma, nonostante la riunione delle due procedure, alla fine, è stata comunque prevista e disposta la convocazione di due separate adunanze dei creditori. Per quel che riguarda lo svolgimento della procedura, possiamo così di seguito sintetizzarla:

- in data 6 febbraio 2013, Seat Pagine Gialle e Seat Pagine Gialle Italia hanno presentato avanti al Tribunale di Torino due distinti ricorsi per l'ammissione delle Società alla procedura di concordato preventivo ai sensi dell'art. 161, comma 6, l.fall., riservandosi di presentare la proposta ai creditori, il piano concordatario e gli ulteriori documenti di cui all'art. 161, commi 2 e 3, l.fall entro il termine concesso dall'organo giudiziario adito<sup>300</sup>;
- in data 8 febbraio 2013, il Tribunale di Torino ha accolto il ricorso concedendo alla società Seat pagine Gialle Italia, un termine di centoventi

---

<sup>298</sup> Avv. GIULIO ANGELONI, Op.cit., 2014, p.23;

<sup>299</sup> *Ibidem*;

<sup>300</sup> *Ibidem*;

giorni per il deposito del piano, della proposta concordataria e degli ulteriori documenti di cui all'art. 161, commi 2 e 3, l.fall.<sup>301</sup>;

- Il tribunale con un provvedimento reso nei confronti di Seat Pagine Gialle Italia, aveva inoltre fatto richiesta alla Società di fornire ulteriori prove documentali a sostegno della competenza del Tribunale adito, in luogo di quella del Tribunale di Milano, presso il cui circondario ha sede legale Seat Pagine Gialle;

- Successivamente il Tribunale di Torino, esaminati gli atti ed i documenti integrativi depositati da Seat Pagine Gialle, dichiarava la propria competenza e assegnava alla società termine di centoventi giorni per il deposito del piano, della proposta concordataria e degli ulteriori documenti di cui ai cennati commi 2 e 3 dell'art. 161 l.fall.<sup>302</sup>;

- Infine, con provvedimento del 30 maggio 2013, il Tribunale, rilevata la sussistenza di *“fondatte ragioni per la concessione della proroga richiesta”*, assegnava alle Società termine sino al 1° luglio 2013 *“per presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi 2° e 3° dell'art. 161 l.fall., ferma ogni altra statuizione del decreto ex art. 161, sesto comma, l.fall., già reso e, in particolare, reiterando l'osservanza degli obblighi informativi”*<sup>303</sup>;

- Successivamente le Società provvedevano ciascuna alla presentazione del piano e della proposta di concordato integrate secondo le richieste;

---

<sup>301</sup> Op.cit., G. ANGELONI, *le soluzioni concordate della crisi*, p.24 ;

<sup>302</sup> *Ibidem*;

<sup>303</sup> Op.cit., G. ANGELONI, pag.25;

entrambe le proposte prospettavano un concordato con continuità aziendale, ai sensi dell'art. 186-*bis* l.fall, legate da un vincolo condizionale in quanto risolutivamente condizionate alla mancata omologa di una di esse<sup>304</sup>;

- il Tribunale di Torino, valutato il piano, le proposte e gli ulteriori documenti depositati ai sensi dell'art. 161, commi 2 e 3, l.fall., in ragione dell'unitarietà del piano industriale proposto e dell'opportunità di una trattazione congiunta, disponeva la riunione delle procedure afferenti le due Società e dichiarava aperta la procedura di concordato preventivo delle Società Seat Pagine Gialle e Seat Pagine Gialle Italia, provvedendo alla nomina del giudice delegato e del commissario giudiziale; disponeva altresì la convocazione di due separate adunanze dei creditori<sup>305</sup>;

- Allo stesso tempo, il Commissario Giudiziale, accertati i contenuti delle proposte concordatarie modificate dalle Società, ha provveduto a convocare in separate adunanze i creditori di Seat Pagine Gialle e di Seat Pagine Gialle Italia, avanti al Giudice Delegato, per discutere la proposta ed esprimere il proprio voto. Le proposte concordatarie, formulate da Seat Pagine Gialle e da Seat Pagine Gialle Italia sono state a tutti gli effetti separate, in quanto redatte tenendo in considerazione, disgiuntamente, l'attivo ed il passivo di ciascuna delle due Società coinvolte ed attribuendo il diritto di voto solamente a quei creditori che possono vantare pretese verso entrambe le Società in virtù della loro responsabilità solidale ex art. 2560 cod. civ. o in virtù degli specifici

---

<sup>304</sup> *Ibidem*;

<sup>305</sup> Op.cit., G. ANGELONI, pag.26;

obblighi dalle stesse assunti verso i creditori di entrambe le adunanze. Ancorché separate, le proposte definitive delle due Società sono legate da vincolo condizionale in quanto risolutivamente condizionate alla mancata omologa di una di esse. Ciò significa, in altri termini, che l'operazione di ristrutturazione dell'indebitamento di Seat Pagine Gialle e di Seat Pagine Gialle Italia potrà avere successo unicamente se entrambe le proposte concordatarie conseguiranno le maggioranze previste *ex lege* e se saranno entrambe omologate in via definitiva. Le due proposte di concordato prevedono il compimento delle seguenti operazioni straordinarie: la fusione tra Seat Pagine Gialle e Seat Italia mediante incorporazione della seconda nella prima; un aumento del capitale sociale ordinario di Seat PG dopo la fusione, finalizzata alla conversione in equity dei debiti concorsuali delle Società e alla contestuale riduzione dello stesso capitale, per la parte necessaria a coprire le perdite che risulteranno all'esito dell'omologazione del concordato e dell'attuazione della fusione; il raggruppamento delle azioni ordinarie e di risparmio in circolazione ; l'emissione di warrants convertibili, per la sottoscrizione a pagamento di nuove azioni ordinarie di Seat Pagine Gialle dopo la fusione, da assegnarsi esclusivamente e gratuitamente agli attuali azionisti di Seat Pagine Gialle partecipanti all'assemblea per l'approvazione dell'aumento di capitale, nonché agli azionisti di risparmio al fine di garantire la tutela di questi ultimi e nel conseguente aumento del capitale sociale ordinario di Seat PG post fusione al servizio dell'eventuale esercizio dei warrant. A fronte di tali operazioni, le due

proposte concordatarie prevedono il classamento dei creditori e la loro soddisfazione mediante attribuzione, in misura e proporzioni diverse, di denaro ed azioni di Seat Pagine Gialle dopo il compimento dell'operazione straordinaria. In conclusione, deve peraltro darsi atto che, alla data odierna, risultano adottate da parte dei competenti organi societari di Seat Pagine Gialle e Seat Pagine Gialle Italia le delibere societarie necessarie ai fini dell'esecuzione, a valle dell'omologazione delle proposte concordatarie, delle operazioni straordinarie sopra richiamate. Da ultimo, in data 4 marzo 2014, l'assemblea dei soci di Seat PG ha approvato le operazioni di aumento e riduzioni del capitale sociale, il raggruppamento delle azioni e l'emissione dei warrant.

## **15 Il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015 (Rifusione)**

Nella direzione di realizzare un intervento più incisivo, chiaro ed effettivamente vincolante per gli Stati membri, si pone il recentissimo Regolamento UE 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alle procedure di insolvenza, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 5 giugno 2015 n. L141. Il Parlamento ha adottato il testo definitivo esprimendo il suo parere favorevole in seconda lettura sulla posizione adottata in prima lettura dal Consiglio in data 26 febbraio 2015. La nuova normativa, per la sua stessa

natura, avendo adottato la forma di *regolamento* e per il suo oggetto, quale la rifusione in un unico testo delle precedenti vicissitudini e stratificazioni legislative, mostra maggiore coraggio nella gestione delle insolvenze transfrontaliere e ricopre un importante ruolo ordinatorio nel panorama comunitario. Esso fa propri gli obiettivi che progressivamente nel tempo, a partire dal 2000, il legislatore europeo si era prefissato di raggiungere in questa materia di non semplice riconduzione ad unità. Infatti le linee di riforma del Regolamento ricalcano quelle delle precedenti norme sulle insolvenze cross-border, talvolta specificandole, altre volte semplicemente organizzandole insieme<sup>306</sup>:

- si tutelano le posizioni sia dei debitori, sia dei creditori;
- si vuole facilitare la sopravvivenza delle imprese, concedendo una seconda possibilità agli imprenditori;
- per limitare i conflitti di giurisdizione, viene specificato ulteriormente il concetto di COMI: questo è il luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi. Laddove la procedura riguardi società o persone giuridiche il giudice può presumere che “il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede legale”; nel caso in cui la sede legale sia stata spostata in un altro Stato membro entro il periodo di tre mesi precedente la domanda di apertura della procedura di insolvenza, tale presunzione cade.

---

<sup>306</sup> V. ASSONIME, *Il nuovo Regolamento (UE) sulle procedure di insolvenza transfrontaliere*, reperibile sul sito <http://www.assonime.it/AssonimeWeb2/dettaglio.jsp?id=259343&idTipologiaDettaglio=372>;

- sono dettate norme specifiche, volte a prevenire il fenomeno abusivo del *forum shopping*;
- Sono recepite le norme per il coordinamento dei procedimenti secondari, secondo le quali le corti a cui venga richiesto di aprire una procedura secondaria potranno posporre o rifiutare di aprire tali procedimenti;
- Sono adottate le nuove norme volte a favorire la cooperazione e la comunicazione tra le parti coinvolte nei procedimenti principali e secondari: per una maggiore trasparenza e pubblicità nei confronti dei creditori e dei giudici e per evitare l'apertura di procedure d'insolvenza parallele, è stata prevista l'istituzione di un *Registro delle insolvenze cross-border* elettronico, nel quale gli Stati membri saranno tenuti a registrare le informazioni rilevanti riguardanti questo tipo di procedure di rilievo transnazionale; il *Registro* verrà connesso attraverso il *portale e-Justice* europeo in modo da facilitare l'accesso alle informazioni contenute in esso da parte dei creditori e delle corti nazionali.
- il Regolamento si applica alle procedure concorsuali pubbliche, comprese le procedure provvisorie, disciplinate dalle norme in materia di insolvenza ed in cui, a fini di salvataggio, ristrutturazione del debito, riorganizzazione o liquidazione è previsto che:<sup>307</sup>
  - a) un debitore è spossessato, in tutto o in parte, del proprio patrimonio ed è nominato un amministratore delle procedure di insolvenza;

---

<sup>307</sup> V. IPSOA, *Procedure di insolvenza: pubblicato il nuovo Regolamento UE*, reperibile sul sito <http://www.ipsoa.it/documents/impresa/fallimento-e-procedure-concorsuali/quotidiano/2015/06/06/procedure-di-insolvenza-pubblicato-il-nuovo-regolamento-ue>



b) i beni e gli affari di un debitore sono soggetti al controllo o alla sorveglianza di un giudice, oppure

c) una sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali è concessa da un giudice o per legge al fine di consentire le trattative tra il debitore e i suoi creditori, purché le procedure per le quali è concessa la sospensione prevedano misure idonee a tutelare la massa dei creditori.

- Ci sono norme appositamente dedicate ai gruppi di imprese (*Capo V*).

Di fatto il Regolamento del 2015 si preoccupa di rendere più efficienti ed efficaci le procedure di insolvenza transfrontaliere, al fine di garantire il buon funzionamento del mercato interno e di attuare il generale obiettivo della cooperazione giudiziaria in materia civile, indipendentemente dal fatto che il debitore sia una persona fisica o giuridica, un professionista o un privato e si estende, per sua espressa statuizione, anche a quelle procedure che promuovono il salvataggio delle imprese economicamente valide, ma che versino in difficoltà economiche ed a quelle che concedono una *seconda opportunità* agli imprenditori.<sup>308</sup> La nuova disciplina è entrata in vigore il ventunesimo giorno successivo alla sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, ovvero il 25 giugno 2015 e gli Stati membri sono tenuti ad applicarla dal 26 giugno 2017, fatta eccezione per alcune previsioni:

- l'*art.86*, relativo alle informazioni sul diritto fallimentare nazionale e dell'Unione, che si applica a decorrere dal *26 giugno 2016*;

---

<sup>308</sup> *idem*

- l'*art.24*, paragrafo 1, relativo ai registri fallimentari degli stati membri in cui sono pubblicate informazioni relative alle procedure d'insolvenza, che si applica a decorrere dal *26 giugno 2018*;
- l'*art.25*, relativo all'interconnessione dei registri fallimentari, che si applica a decorrere dal *26 giugno 2019*. Ne emerge che il percorso per una completa attuazione è ancora lungo ed insidioso, specialmente in relazione ai punti nevralgici della disciplina di armonizzazione e collaborazione tra Stati, autorità ed attori in genere, ma di certo la sostituzione del lacunoso Reg. 1346/2000 con una norma di pari intensità e vincolatività applicativa è già un traguardo.

## **CAPITOLO QUARTO**

### **GESTIONE TRANSFRONTALIERA DELLE CRISI BANCARIE**

#### **1 Insolvenza transfrontaliera nel settore bancario**

La costante crescita del fenomeno della globalizzazione negli ultimi anni ha fatto sì che si rivelasse necessario un adeguamento degli istituti e dei meccanismi volti a garantire la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici anche per quanto concerne le situazioni patologiche dell'attività commerciale; ma soprattutto la recente crisi economica ha messo in luce la mancanza di una

gestione efficace delle crisi transfrontaliere dei gruppi bancari, mancando una cooperazione tra le istituzioni finanziarie. È stato riscontrato un *“interesse sempre più forte di individuare procedure concorsuali che potessero combinare i caratteri dell’efficienza e della celerità con quello della transnazionalità soprattutto per il sistema bancario”*<sup>309</sup>. Nell'autunno del 2008 infatti, si è ritenuto necessario adottare delle misure indispensabili per la gestione delle crisi bancarie, garantiste di forme di tutela più ampie e tale intervento, senza precedenti, è stato coordinato a livello Europeo sulla base di norme *ad hoc*. Il primo intervento risolutivo in materie di gruppi bancari *cross border* è stato attuato tramite la comunicazione della Commissione europea del 2009, rivolta al Parlamento Europeo, al Comitato economico-sociale europeo, alla Corte di giustizia nonché alla Banca Centrale europea. Un tale intervento si rese necessario a fronte delle condizioni di eccezionale gravità che affliggevano le banche. Le reazioni da parte degli Stati furono differenti, ma in linea di massima, tutte paventavano una riforma che prevedesse l’utilizzo di denaro pubblico per risollevere le banche, ovvero l’applicazione *“di strumenti nazionali di risoluzione della crisi a livello di singole entità, piuttosto che a livello dell’intero gruppo transfrontaliero”*<sup>310</sup>; oppure, si ipotizzava di applicare

---

<sup>309</sup> D. GALLETI, *L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario*, in Banca Borsa e Titoli di credito, v., n. 5, 2006, p. 546-572;

<sup>310</sup> COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working document impact assessment Accompanying the Communication from the Commission to European Parliament, the Council, The European economic and social committee, the European Court of Justice and the European central bank *An EU Framework for Cross-border Crisis Management in the Banking Sector*, Bruxelles, 2009;

il c.d. *ring-fencing*, cioè il “*principio della separazione o anello-scherma*”<sup>311</sup>, il quale permette di “*isolare con un recinto i rami di attività di un'istituzione finanziaria per evitare contagi*”. Pertanto esso può essere impiegato quando una parte dei beni o delle utilità di una società sono finanziariamente separati, senza che vengano necessariamente utilizzati come entità separate. Un siffatto sistema viene usato in questi giorni con grande frequenza anche in riferimento ai titoli di stato greci, con l'idea di poterli isolare nel caso di un default o di un'uscita della Grecia dall'Europa”<sup>312</sup>. Intanto, come dimostrano gli eventi che hanno investito i fallimenti Fortis, Lehman e le banche islandesi, nel recente periodo di crisi finanziaria, permane e si avverte fortemente l'assenza di un adeguato quadro di risoluzione, volto a ricondurre alla stabilità finanziaria una banca in crisi e questo comporta conseguenze oltremodo dannose per l'intero sistema finanziario-bancario Europeo. È diffusa la consapevolezza che l'Unione europea abbia bisogno di dotarsi di un regime di risoluzione che dia a tutte le autorità competenti la facoltà di coordinare in modo efficace le loro azioni e di mettere a disposizione degli appropriati strumenti per intervenire rapidamente e gestire il fallimento bancario, con l'obiettivo di minimizzare la necessità per gli Stati di ricorrere alle *misure eccezionali* necessarie per fronteggiare la crisi. Gli obiettivi generali che hanno ispirato da sempre gli interventi comunitari succedutisi negli anni sono stati:

---

<sup>311</sup> DANIELA ROVEDA, *Ring fencing per arginare il rischio contagio* il sole24ore,2011, disponibile on line <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2011-09-16/ring-fencing-arginare-rischio-063654.shtml?uuid=Aa4QRp4D>;

<sup>312</sup> *idem*;

- mantenere la stabilità finanziaria e la fiducia nelle banche;
- eliminare la possibilità del contagio delle crisi;
- minimizzare le perdite per la società e specialmente per i contribuenti;
- rafforzare il mercato interno per il servizio bancario.

Per esprimerlo in modo più concreto e conciso, gli scopi principali da conseguire sono da individuare nel bisogno di<sup>313</sup>:

- assicurare che tutte le autorità nazionali di vigilanza *“abbiano la capacità ed i poteri di gestione degli strumenti normativi atti all’individuazione dei problemi finanziari in fase preventiva affinché sia possibile un intervento preventivo di risanamento dell’esposizione debitoria”*<sup>314</sup>;
- evitare che, *“in situazioni di tensione finanziaria più avanzata, il crollo di banche transnazionali produca effetti turbativi nei servizi bancari essenziali oppure effetti o situazioni di contagio sull’intero sistema finanziario”*<sup>315</sup>.

Nonostante i promettenti obiettivi della Commissione, ci si trova ancora oggi, di fronte ad una carenza legislativa in ambito comunitario, che non definisce in alcun modo una disciplina unica per la *crisi d’impresa*; difatti, il legislatore europeo si è limitato ad indicare solamente le eventuali modalità ed i meccanismi di coordinamento tra le diverse giurisdizioni nazionali per consentire la prevalenza di una procedura d’intervento nel caso concreto. Le filiali transfrontaliere di una banca sono considerate parti della stessa ed in

---

<sup>313</sup> G. N. ANTICHI, *Analisi della disciplina europea in materia di gestione delle crisi transfrontaliere nel settore bancario: disciplina vigente e prospettive di riforma*, Luiss G. Carli di Roma 2011-2012;

<sup>314</sup> *Idem*;

<sup>315</sup> *Idem*;

ragione di ciò vengono incluse nelle procedure di insolvenza e ricadono sotto il regime applicabile nello Stato membro di appartenenza della “madre”<sup>316</sup>. Pertanto, nella funesta ipotesi di fallimento di una banca, i *depositanti*<sup>317</sup> della filiale transfrontaliera saranno trattati secondo le misure di risoluzione adottate dallo Stato membro di appartenenza della banca. Il problema è che tale soluzione legislativa non tiene in debito conto la stabilità finanziaria del sistema bancario dello Stato membro che ospita la filiale della fallita<sup>318</sup>. Per risolvere questa lacuna, già nel 2009 si è dato avvio ad una serie di interventi volti a collegare e coordinare le attività delle banche aventi filiali all'estero ed in quest'ottica sono state adottate misure volte ad assicurare i depositi, a rafforzare il capitale ed a riformare le infrastrutture di vigilanza dell'UE: tutte misure essenziali per creare un più solido quadro di vigilanza *macro-prudenziale*<sup>319</sup> e garantire una maggiore stabilità finanziaria<sup>320</sup>. Tuttavia, tali accenni di riforma dovrebbero oggi essere integrati ed attuati tramite il loro inserimento in un quadro più chiaro, in grado di consentire alle autorità di stabilizzare e controllare l'impatto sistemico del fallimento transfrontaliero sulle dissimili istituzioni finanziarie. L'Europa ha bisogno di un quadro normativo più forte

---

<sup>316</sup> COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working document impact assessment Accompanying the Communication from the Commission to European Parliament, the Council, The European economic and social committee, the European Court of Justice and the European central bank *An EU Framework for Cross-border Crisis Management in the Banking Sector*, Bruxelles, 2009, p.6;

<sup>317</sup> *Idem*;

<sup>318</sup> *Idem*;

<sup>319</sup> Il termine “macroprudenziale” ha conosciuto una tale popolarità a seguito della crisi che viene ormai utilizzato per indicare numerose misure di policy i cui obiettivi primari trascendono l'ambito specifico della stabilità finanziaria; vedi Relazione annuale, BRI, *La politica macroprudenziale e la prociclicità*, 2013, p.96;

<sup>320</sup> *Ibidem*;

che ricomprenda la prevenzione, l'intervento e la risoluzione precoce della crisi nel settore bancario, nonché la liquidazione. Leggendo la relazione La Rosière<sup>321</sup> si evince sottilmente la critica mossa alla lacunosa normativa, affermando che *“la mancanza di una gestione coerente delle crisi e gli strumenti di risoluzione pongono tutto il mercato unico d'Europa in una posizione di svantaggio nei confronti degli Stati Uniti e questi problemi dovrebbero essere affrontati con l'adozione, a livello comunitario di misure più adeguate”*<sup>322</sup>. Anche il Consiglio europeo nel giugno 2009 ritenne che il *“lavoro doveva avanzare verso nuove riforme, per costruire un quadro globale transnazionale sulla prevenzione e la gestione delle risorse finanziarie in crisi”*<sup>323</sup>. In base a tali direttive, i leader del G20 tenutosi a Pittsburgh il 25 settembre del 2009, si sono infatti impegnati ad agire in sinergia al fine di creare strumenti più potenti per contenere i rischi delle grandi imprese globali e per sviluppare meccanismi e quadri efficaci di risoluzione della crisi dei gruppi bancari. L'obiettivo del vertice di Pittsburgh è stato quello di apportare un aiuto volto ad attenuare gli effetti nefasti che possono travolgere gli istituti finanziari, porre un argine ai loro errori e ridurre in futuro il *rischio morale* (*moral hazard*<sup>324</sup>). L'individuazione di un quadro europeo di risoluzione della crisi per le banche transfrontaliere costituisce un supplemento essenziale anche per quanto concerne la nuova architettura di vigilanza sul *rischio sistemico*,

---

<sup>321</sup> The La Rosière report, European Commission, 2009b.,p.34

<sup>322</sup> *Idem*;

<sup>323</sup> COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working , Op.Cit., 2009;

<sup>324</sup> *Idem*;

proposta dalla Commissione<sup>325</sup>. Infatti, viene ribadito che il compito strategico del Consiglio europeo è proprio quello di costituire un sistema di preallarme dei rischi del sistema finanziario, mentre viene affidato alla nuova Autorità bancaria Europea l'importante ruolo di coordinare gli interventi di vigilanza e di incanalare le informazioni utili per assicurare che ci sia un adeguato *follow-up*<sup>326</sup> in caso di rischio. Queste nuove disposizioni non possono raggiungere efficacemente i loro obiettivi, a meno che le autorità nazionali non si assumano i rischi derivanti dall'individuazione specifica e concreta di quei rimedi e di quelle misure volte a fronteggiare il pericolo del fallimento bancario, nonché a prevenire quello che si può definire il contagio al globale sistema finanziario<sup>327</sup>.

## **2 La struttura e lo scopo della Comunicazione**

### *2.1 Lo scopo*

Si è visto che la Commissione ritiene necessario intervenire con adeguate modifiche, allo scopo di rendere quanto più efficace la gestione delle crisi bancarie; nel mirino è posta la ricerca di un adeguato sistema di norme che si pronuncino sulla risoluzione o liquidazione ordinata del fallimento bancario

---

<sup>325</sup> Il rischio sistemico indica “*il rischio che l'insolvenza o il fallimento di uno o più intermediari determini generalizzati fenomeni di ritiro dei depositi, provocando insolvenze o fallimenti a catena di altri intermediari. Nei sistemi di pagamento, rischio che l'incapacità di un partecipante ai sistemi di compensazione di assolvere alle proprie obbligazioni dia luogo all'inadempienza a catena di altri aderenti e/o di altri circuiti di regolamento*”; definizione tratta dal Glossario, Bancaria Editrice, la casa editrice dell'ABI;

<sup>326</sup> A. MANZELLI, *La nuova vigilanza bancaria europea*, di Adjunct Fellow del Centro Studi e Ricerche Tocqueville, Acton, Focus Paper, n. 38 –2014;

<sup>327</sup> *Idem*;



transfrontaliero. Il *focus* dell'argomento si pone sulle tradizionali banche di depositi che svolgono congiuntamente il ruolo di erogatori di credito, di depositarie e di intermediarie di pagamento. La presente comunicazione propone di conseguire due precisi obiettivi distinti, ma imprescindibilmente legati l'un l'altro: il primo obiettivo è dotare di un quadro normativo il trasferimento degli attivi tra le entità del gruppo, per *“sostenerne la situazione finanziaria o la liquidità prima che i problemi di determinate entità diventino critici”*<sup>328</sup>. Il secondo obiettivo è quello di *“evitare che in caso di crollo di banche transnazionali si producano gravi turbative in servizi bancari vitali o effetti di contagio sull'intero sistema finanziario”*<sup>329</sup>. Questo significa agire in modo tale da elaborare un quadro europeo di risoluzione dei problemi e di misure volte ad eliminare gli ostacoli che l'approccio esclusivamente territoriale crea inevitabilmente tra le entità separate. Bisognerà adottare delle misure di finanziamento delle operazioni di risoluzione che prevedano la *“condivisione dei costi finanziari diretti degli Stati membri”*<sup>330</sup>; bisognerà *“garantire che tutte le autorità nazionali di vigilanza dispongano di strumenti adeguati per individuare, in una fase precoce, tutti i problemi finanziari che investono una determinata banca e di intervenire per ripristinare la salute dell'istituzione o del gruppo al fine di impedire un ulteriore declino”*<sup>331</sup>. Ciò richiederà modifiche al regime di vigilanza sul capitale delle banche, le quali

---

<sup>328</sup> COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working, Op.Cit.,2009;

<sup>329</sup> *Idem*;

<sup>330</sup> *Idem*;

<sup>331</sup> *Idem*;

potrebbero essere individuate ed esplicate procedendo tramite raggruppamenti tematici, quali:

### 2.1.2 *La Struttura*

La Comunicazione individua tre punti principali nei quali le autorità competenti possono utilizzare strumenti idonei a prevenire o fronteggiare le crisi bancarie. Ciò assegna loro un potere di intervento nei casi in cui le condizioni della banca si sono “*deteriorate*”<sup>332</sup> al punto tale che la crisi si è ormai manifestata o si sta manifestando. Le fasi dell’operazione d’intervento sono:

- **L’ intervento precoce**, che riguarda le azioni delle autorità di vigilanza finalizzate al ripristino della stabilità e della solidità finanziaria di un istituto quando “*i problemi si stanno ancora sviluppando e la banca comincia a deteriorarsi, ovvero quando questa non è ancora insolvente ma versa in una situazione economica di difficoltà che potrebbe condurre allo stato di insolvenza ( “pericolo d’insolvenza” ovvero stato di crisi ). La nuova Autorità bancaria europea potrebbe svolgere un ruolo di coordinamento e di intervento precoce di vigilanza in un gruppo transfrontaliero*”<sup>333</sup>.

- **La risoluzione**, si ha quando lo stato di crisi della banca comincia ad essere più grave, ma tuttavia ancora non così grave da giungere ad uno stato di insolvenza. La scelta del legislatore europeo di utilizzare il termine “*resolution*” non è di semplice interpretazione e questo non è un termine dotato

---

<sup>332</sup> COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working, Op.cit., 2009;

<sup>333</sup> CONCETTA BRESCIA MORRA E GIULIA MELE, *Una vera rivoluzione: il Single Resolution Mechanism*, su Finriskallert, 2014; S. MICOSSI, G. BRUZZONE, J. CARMASSI, *The new european frame work for managing bank crises*, in CEPS, 2013;

di un significato preciso nelle legislazioni in materia di gestione delle crisi dei principali paesi europei. Tale vaghezza nel significato ha contribuito ad identificare la “*risoluzione*” con il “*fallimento*”<sup>334</sup>. Ma si è trattato di una conclusione errata, dacché, come suddetto, la “*resolution*” deve intendersi identificativa della fase in cui la banca versa in uno stato di crisi grave, che tuttavia non coincide ancora con lo *stato di insolvenza*. Gli strumenti di risoluzione infatti, sono finalizzati proprio al superamento di uno stato di crisi<sup>335</sup>, quindi di un’ insolvenza ancora reversibile. La disciplina e gli strumenti di risoluzione di tale genere, risultano particolarmente invasivi, soprattutto per gli interessi degli azionisti, pertanto si è previsto che essi possono trovare applicazione soltanto se il dissesto appare grave tanto da escludere l’esistenza di soluzioni alternative capaci di risanare le finanze della banca entro limiti di tempo accettabili. Dunque sono due le condizioni per la loro applicabilità: la banca deve essere “*failing or likely to fail*”<sup>336</sup> e deve sussistere un interesse pubblico superiore da salvaguardare.

- **L’insolvenza**, fa configurare l’ipotesi di liquidazione dell’istituto finanziario ed è gestita attraverso il regime delle norme applicabili in materia di insolvenza. Nel caso dell’insolvenza, il dissesto acquista una specifica rilevanza, manifestandosi in inadempimenti gravi al punto tale che il debitore si trova nell’impossibilità effettiva di adempiere ai propri debiti. Solitamente, quando lo stato di crisi è diventato così grave e quando si verificano tutti gli

---

<sup>334</sup> CONCETTA BRESCIA MORRA E GIULIA MELE, Op.cit., 2014;

<sup>335</sup> *Idem*;;

<sup>336</sup> Traduzione: *in dissesto o a rischio di dissesto*;

elementi per dichiarare lo stato di insolvenza, l'unica soluzione resta la liquidazione dell'azienda. Le tre misure sopra presentate, anche se appaiono concettualmente distinte, non necessariamente costituiscono "fasi" separate e sequenziali di una crisi. Infatti, si potrebbe verificare una sovrapposizione di non poco conto tra la risoluzione e l'insolvenza, come anche può accadere che l'intervento precoce di vigilanza si trasformi rapidamente in un provvedimento di risoluzione.

## 2.2 Strumenti di intervento precoce

Alcuni aspetti che configurano un quadro di intervento precoce per gli istituti bancari, sono già ricompresi nell'attuale quadro prudenziale europeo, il quale specifica un *minimum* di misure prestabilite che devono essere poste a disposizione delle autorità di vigilanza per affrontare i guasti nel funzionamento degli istituti di credito. Tra questi si chiede agli stessi istituti di:

- dotarsi di strategie e processi interni, che consentano loro di valutare e di conservare l'adeguatezza del loro capitale interno;
- rafforzare la propria organizzazione e struttura interna, nonché i meccanismi di governance;
- applicare una politica di accantonamenti più specifica ed efficace;
- limitare la propria attività e le proprie operazioni o ridurre il rischio insito nelle proprie attività o sistemi.

Nell'attuazione di tali misure bisogna lasciare il pieno controllo nelle mani degli amministratori dell'impresa bancaria, ma soprattutto bisogna evitare che vi siano gravi interferenze tra le attività degli amministratori e gli interessi degli azionisti o dei creditori. Per approfondire e chiarificare il contenuto di questa disposizione, sono state introdotte delle recenti modifiche confluite nella Direttiva di Bruxelles del 2012, la quale ha stabilito che le autorità di vigilanza potranno:

- imporre all'ente di attuare le misure previste dal piano di risanamento;
- imporre all'ente di elaborare un programma d'azione specifico, nonché un calendario per la sua attuazione da rispettare obbligatoriamente<sup>337</sup>;
- richiedere la convocazione di un'assemblea degli azionisti per adottare decisioni urgenti ed imporre all'ente di elaborare un piano per ristrutturare i debiti con i creditori<sup>338</sup>;
- nominare un amministratore straordinario per un determinato istituto bancario e per un periodo limitato, nell'ipotesi di significativo deterioramento della situazione finanziaria e qualora gli strumenti di cui sopra non fossero sufficienti a porre rimedio ad una tale situazione, così da poter affidare all'amministratore straordinario il compito, appunto straordinario, di risanare la situazione finanziaria della banca e provvedere a compiere una sana e prudente gestione dell'attività finanziaria<sup>339</sup>.

---

<sup>337</sup> FLASH REPORT, Recovery and Resolution Framework, *proposta di un quadro comune di norme per la gestione delle crisi bancarie*, 2012;

<sup>338</sup> *Idem*;

<sup>339</sup> *Idem*;

Tuttavia permangono notevoli lacune che, si ipotizza da più parti, possano essere affrontate con le misure illustrate di seguito:

- individuare e riconoscere nuovi poteri alle autorità di vigilanza attraverso strumenti armonizzati di risoluzione della crisi, insieme a piani di risoluzione preparati in anticipo sia per le banche operative a livello nazionale, sia per quelle operative a livello transfrontaliero, volti a garantire che le autorità nazionali in tutti gli Stati membri siano dotate di strumenti comuni e di una tabella di marcia comune per la gestione di tali dissesti<sup>340</sup>;
- per evitare un'interferenza tra gli interessi della banca ed i diritti degli azionisti e dei creditori, sono state inserite delle nuove tutele, volte a garantire che gli strumenti di intervento non vengano usati in maniera impropria; tale enunciato si giustifica per la necessità, di prioritaria importanza, di proteggere la stabilità finanziaria, i depositanti ed i contribuenti.

Nel corso del G-20 sono stati inoltre discussi i seguenti aspetti:

- la promozione di una buona governance all'interno degli istituti finanziari al fine di rendere più semplice ed agevole la gestione di una futura ed ipotetica crisi;
- poteri, non attualmente conferiti a tutte le autorità nazionali di vigilanza, volti ad esigere la presentazione di un piano di risanamento del gruppo, a

---

<sup>340</sup> *Idem*;

cambiare la gestione di una banca o a nominare un rappresentante con il particolare obiettivo di riportare a stabilità la situazione finanziaria;

- indicatori e soglie comuni ed una terminologia concordata tra le autorità di vigilanza, che definisca chiaramente come e quando intervenire. E' chiaro, come si è detto, che l'intervento del 2012 è volto a rimarginare le lacune e le mancanze del passato, soprattutto con riguardo a quel quadro di vigilanza che fino ad ora non è stato in grado di dare un sostegno coordinato ed efficace per il ripristino di un gruppo bancario transfrontaliero. Pertanto si è pensato di costituire collegi di risoluzione delle crisi, sotto la leadership delle autorità dell'intero gruppo bancario e che prevedono anche la partecipazione dell'Autorità bancaria europea (ABE). L'ABE, infatti, agevolerà le azioni congiunte e, *“se necessario, svolgerà un ruolo di mediazione vincolante”*<sup>341</sup>. Ciò getta le basi per una vigilanza transfrontaliera sempre più integrata ed adeguata ed è stato argomento di studio ed approfondimento negli anni successivi, quando si è ritenuto di nuovo necessario un intervento volto a ripristinare l'architettura delle norme in tema di vigilanza europea.

### *2.2.1 I trasferimenti degli attivi all'interno di un gruppo*

Il trasferimento di beni, come strumento di sostegno finanziario infragruppo, potrebbe aiutare i gruppi nella gestione delle rispettive posizioni di liquidità ed

---

<sup>341</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicato stampa Gestione delle crisi: nuove misure per evitare di dover ricorrere al salvataggio delle banche*, Bruxelles, 6 giugno 2012;

in alcuni casi, potrebbe contribuire a dare stabilità a quelle entità in stato di crisi degenerativa. Non esiste attualmente un regime di autorizzazione dell'Unione Europea per i trasferimenti degli attivi e la legislazione comunitaria non fornisce alcun quadro generale circa le condizioni per attuarli<sup>342</sup>. In linea di principio, in tutti gli Stati membri i trasferimenti degli attivi devono essere effettuati secondo equità, a prescindere dal fatto che avvengano tra entità controllate o non legate tra loro. Tuttavia, il modo in cui questo principio è recepito ed espresso varia tra Stato e Stato. Siccome il trasferimento degli attivi non è compiuto per fini puramente commerciali, ciò potrebbe generare effetti negativi sui creditori e sugli azionisti di minoranza dell'impresa cedente e per tale motivo, questa operazione viene qualificata come *delicata*<sup>343</sup>; in ragione di ciò, i meccanismi tramite i quali dovrebbero realizzarsi questi trasferimenti, dovrebbero essere sottoposti a regole più rigide e dettagliate. Infatti, il considerando 52 della Direttiva 2006/48/CE, dispone che all'ente che "*assume esposizioni nei confronti della propria impresa madre o di altre filiazioni di tale impresa madre, si debba imporre una prudenza particolare*"<sup>344</sup>; pertanto, se ne deduce che la gestione delle "*esposizioni*"<sup>345</sup> dovrebbe svolgersi in maniera completamente autonoma, in conformità con i principi di una sana gestione bancaria, a prescindere da qualsiasi altra considerazione. Per superare gli ostacoli dei trasferimenti degli attivi all'interno dei gruppi di imprese, è stata

---

<sup>342</sup> *Idem*;

<sup>343</sup> COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working, Op.cit., 2009;;

<sup>344</sup> Considerando 52 della Direttiva 2006/48 /CE;

<sup>345</sup> *Idem*;



suggerita l'adozione della *Regola Rosenblum*<sup>346</sup> elaborata dalla Corte di Cassazione francese ed assorbita successivamente anche da altri Stati membri. Tale *Regola* ammette: “*il trasferimento degli attivi all'interno del gruppo solo al ricorrere di alcune condizioni, come per esempio l'esistenza di chiare strategie di gruppo, di idonee contropartite al trasferimento delle risorse e di un equilibrio tra le prestazioni, la compatibilità degli oneri assunti dal trasferente rispetto alle proprie capacità finanziarie*”<sup>347</sup>. Inoltre si introduce, sebbene in modo scarno, il concetto di “*interesse del gruppo*”<sup>348</sup>, il quale potrebbe essere visto come un cauto tentativo di gettare le basi per individuare le modalità con cui potrebbero avvenire i trasferimenti e per affrontare i futuri e non improbabili rischi connessi all'attribuzione di responsabilità agli amministratori. L'individuazione, seppure limitata, di un *interesse reciproco* delle società appartenenti ad uno stesso gruppo, potrebbe essere un *incipit* all'autorizzazione dei trasferimenti degli attivi, ove però, le condizioni indicate negli accordi vengano soddisfatte. Continuando su questa linea riformista, si potrebbe inoltre adottare un piano di garanzia o comunque predisporre una adeguata progettazione, al fine di evitare gli abusi del trasferimento di *asset*, soprattutto quando esso è effettuato per scopi illeciti. Tuttavia, va tenuto in conto che tutte queste nuove idee di riforma potrebbero sconvolgere drasticamente la prassi tutt'oggi riconosciuta e vigente nei diversi Stati; infatti

---

<sup>346</sup>C. COST, *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e di credito, D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 e successive modifiche*, Tomo I, artt. 1-69, G. Giappichelli, 2013, p. 1050;

<sup>347</sup> *Ibidem*;

<sup>348</sup> *Ibidem*;

bisognerebbe prestare attenzione agli impatti che potrebbero aversi: a) sul principio della responsabilità limitata delle società; b) sull'idea ormai consolidata negli Stati membri, che il gruppo sia costituito da persone giuridiche separate ma riconosciute come un'unica entità economica.

### 2.3 L'azione di risoluzione nel settore bancario

I piani di risoluzione *“sono misure adottate dalle autorità nazionali di vigilanza al fine di contenere l'espansione degli effetti negativi della crisi di un gruppo bancario nella stabilità finanziaria del mercato bancario stesso e, se del caso, di facilitare la corretta liquidazione dell'intero gruppo o di sue parti”*<sup>349</sup>. Le misure attualmente esistenti nell'UE volte a risollevare una banca in fallimento sono di minima portata. Queste misure sono attuate al di fuori dell'attività di vigilanza bancaria e possono essere disposte da autorità diverse dalle autorità interne di vigilanza, senza tuttavia precludere in nessun modo un coinvolgimento di queste ultime. La quasi totalità degli Stati membri si è mostrata disponibile all'idea di introdurre a livello europeo procedure *“amichevoli”*<sup>350</sup> di risoluzione della crisi. La Direttiva 2001/24/CE in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi (Direttiva *Winding-up*) dispone che *“il risanamento o la liquidazione di un ente creditizio con succursali in un altro Stato membro devono essere avviati o effettuati nell'ambito di un'unica procedura da parte delle competenti autorità dello*

<sup>349</sup> G. N. ANTICHI, Op.Cit., 2011-2012;

<sup>350</sup> *Idem*;

*Stato membro di origine, in conformità alla normativa nazionale in materia di insolvenza. La Direttiva non contempla il caso dei gruppi bancari transfrontalieri composti da una società madre con controllate in altri Stati membri*”<sup>351</sup>. Proprio per l’assenza di tali misure, l’Unione Europea, concede la gestione delle crisi bancarie transfrontaliere quasi interamente all’autonomia dei governi nazionali, il che comporta delle significative difformità di trattamento tra Stato e Stato. Ad esempio, alcuni Stati membri dispongono di relativi e specifici poteri di intervento circa la risoluzione o l’insolvenza inerenti le banche, mentre altri, seguono la propria generale legge fallimentare interna applicata comunemente alle aziende. I poteri per la gestione transfrontaliera delle crisi bancarie sono conferiti ad una serie di diverse autorità nazionali di vigilanza bancaria: banche centrali, ministeri, tribunali, curatori ecc; anche la portata di tali poteri e le condizioni che li disciplinano, variano anche in base a ciascun sistema nazionale. Una efficace risoluzione transfrontaliera è resa più difficile se le misure disponibili si conformano esclusivamente al diritto nazionale o ai requisiti procedurali nazionali, previsti per determinate operazioni societarie. Come nell’ipotesi in cui alcuni Stati attribuiscono alle autorità nazionali il potere di trasferire beni ad un terzo acquirente mediante un ordine esecutivo, mentre altri Stati, non possono farlo se non attraverso procedimenti di autorizzazione giudiziaria; ragion per cui, appare improbabile che tra questi due Stati ci sia un rapido intervento

---

<sup>351</sup> COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working, Op.cit., 2009;

coordinato tra le due rispettive autorità, a trattare con le banche affiliate o a trattare attraverso le attività dei rispettivi organi giurisdizionali. Inoltre, non tutte le nazioni attribuiscono alle autorità il potere di stabilizzare e risanare una banca in difficoltà prima che l'apice dell'insolvenza venga raggiunto e pertanto, la mancanza di soglie armonizzate che innescano tali poteri di intervento, possono impedire un'azione coordinata in relazione ad un gruppo transfrontaliero<sup>352</sup>. Questa diversità non costituisce necessariamente un problema *“laddove le operazioni di una banca in difficoltà sono interamente nazionali e le misure adottate sono compatibili con le regole in materia di aiuti di Stato, mentre invece la medesima diversità ostacolerà certamente un'azione coordinata nei confronti di un gruppo bancario attivo nell'ambito di più giurisdizioni distinte”*<sup>353</sup>.

### 2.3.1 *Il ring-fence degli asset nazionali*

Nel rispondere alla recente crisi finanziaria e quindi bancaria, le autorità degli Stati membri hanno seguito la tendenza ad adottare il sistema del *ring-fence* nazionale degli attivi di un gruppo transfrontaliero, applicando gli strumenti di risoluzione nazionali della crisi ad ogni singola entità, piuttosto che cercare una soluzione a livello di gruppo. Il problema è che le attività locali *ring-fencing*

---

<sup>352</sup> COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working, Op.cit., 2009;

<sup>353</sup> *Idem*;

possono spesso costituire un ostacolo, anziché un contributo alla soluzione della difficoltà finanziaria di un gruppo transfrontaliero<sup>354</sup>. Infatti esistono casi in cui, attraverso le suddette azioni, verranno a verificarsi maggiori perdite per il gruppo nel suo complesso. Il potere degli Stati membri di coordinare ed astenersi dalle attività nazionali *ring fencing* durante una crisi transfrontaliera, è limitato e giustificato dalla sola necessità di proteggere gli interessi degli attori nazionali, compresi i creditori, i contribuenti ed il sistema di garanzia dei depositi. Ciò, rappresenta un ostacolo fondamentale alla cooperazione finalizzata a giungere ad una risoluzione transfrontaliera di gruppo e, tra l'altro, si radica nella natura territoriale del diritto fallimentare. Se la legge fallimentare è di esclusiva competenza nazionale, le autorità nazionali hanno un legittimo interesse nell'adottare il sistema *ring-fencing* del patrimonio nazionale di una banca in difficoltà, al fine di proteggere i depositi nazionali e massimizzare gli attivi a disposizione dei creditori dell'ente presente sul territorio nazionale stesso. Tuttavia, qualsiasi accordo sulla limitazione dei diritti degli Stati membri di agire sulle risorse locali di un gruppo bancario *cross-border*, dipende in modo critico dall'esistenza di un adeguato ed equo contratto, legalmente compatibile, tra gli Stati membri che vi aderiscono e dalla ripartizione degli oneri di qualsiasi perdita che un gruppo bancario complessivamente considerato, ricomprendendovi anche le sue controllate estere, potrebbe trovarsi a sostenere nel corso della propria esistenza. Tali accordi potrebbero, non solo

---

<sup>354</sup> *Idem*;

sostenere la gestione delle crisi, ma potrebbero anche aiutare a prevenirla, rafforzando gli incentivi alla cooperazione tra le autorità pubbliche. Si discute ancora oggi, se i costi derivanti dalla risoluzione transfrontaliera possano essere equamente condivisi tra le varie parti interessate<sup>355</sup>.

### *2.3.2 Obiettivi di un quadro di risoluzione nel settore bancario*

I diversi approcci nazionali alla risoluzione delle difficoltà nel settore bancario hanno attualmente obiettivi differenti e, come se non bastasse, la bipolarità si rinviene nello stesso diritto aziendale generale, il quale si pone due principali obiettivi: il primo è quello di garantire un equo trattamento dei creditori; l'altro è la massimizzazione delle attività disponibili per riuscire a soddisfare i crediti vantati dagli stessi. Al contrario, in uno Stato che detta un regime specifico e puntuale in materia di insolvenza degli istituti bancari, la priorità è riconosciuta agli obiettivi di politica pubblica, quali la stabilità del sistema finanziario, la continuità dei servizi e l'integrità dei sistemi di pagamento. Dunque un quadro normativo europeo inerente la risoluzione nel settore bancario dovrebbe fare perno sull'istituto del concordato e dovrebbe fondarsi su comuni obiettivi, al fine di garantire che le perdite finanziarie vadano a ricadere principalmente sugli azionisti e sui creditori, piuttosto che sugli Stati, sui governi e di conseguenza sulla popolazione in generale. Un tale cambiamento di ideologia

---

<sup>355</sup> *Idem*;

sarebbe essenziale per vincere ed invertire l'errata e storica considerazione secondo la quale le banche sono *Too big to Fail* o troppo interconnesse per fallire e pertanto legittimate a poter essere salvate attraverso finanziamenti pubblici.

La politica economica europea dovrebbe sempre tenere a mente che le banche possono potenzialmente fallire, indipendentemente dalle loro dimensioni. Ma un tale rinnovamento culturale è improbabile da raggiungere o per lo meno da raggiungere nel breve periodo e pertanto appare più semplice ed efficace ricorrere ad un quadro di risoluzione che sia in grado di assicurare la protezione dei depositanti (assicurati), la continuità dei servizi bancari e di pagamento e in generale, di gestire l'impatto sistemico del fallimento di una banca, riducendo al minimo il contagio e fornendo le condizioni giuridiche necessarie per una liquidazione ordinata. Va detto che da quando i grandi gruppi bancari, confidando sull'appoggio governativo in caso di dissesto finanziario, sono stati incentivati ad allargarsi e ad assumersi sempre più rischi nelle operazioni di core business (c.d. *moral hazard*), è stato gradualmente abbandonato il concetto del *Too Big To Fail*, mutandolo nell'idea opposta del *Too Big to Save*.

### 3 **Gli strumenti di risoluzione necessari**

Come accennato, gli approcci nazionali alla risoluzione nel settore bancario rientrano grosso modo in due categorie: quelli che applicano il diritto societario

generale dell'insolvenza delle imprese e quelli che invece dispongono di uno speciale regime appositamente dettato per gli istituti bancari<sup>356</sup>. Si ipotizza che queste differenze legislative e gestionali della crisi tra i vari Stati, potrebbero essere eliminate, da una parte, attraverso la fissazione di parametri soglia regolamentari comuni, dall'altra, attraverso l'individuazione di valori comuni d'interesse pubblico più generali da tutelare. In concreto, le soglie d'intervento adottate dalla maggior parte degli Stati membri sono stabilite in base ad una soglia di illiquidità, espressione di quella situazione in cui il soggetto debitore risulta incapace di adempiere alle obbligazioni già assunte<sup>357</sup>; tale soglia di riferimento si individua matematicamente nel bilancio dell'azienda quando esso mostri un valore negativo netto<sup>358</sup>. Le competenze in materia sono lasciate alle autorità nazionali le quali inevitabilmente utilizzano procedure e strumenti di risoluzione differenti a seconda dello Stato di appartenenza e ciò, ovviamente, costituisce un serio problema quando nella situazione di instabilità è coinvolto un gruppo bancario transnazionale, giacché ogni singola controllata tenderà ad essere sottoposta alla procedura del proprio Stato di appartenenza, mentre le semplici filiali saranno assoggettate alla procedura della capogruppo<sup>359</sup>. Alcuni Stati, come l'Inghilterra, hanno risposto alla suddetta problematica dotandosi di un meccanismo legislativo ad hoc, che prevede la costituzione di una banca speciale avente la funzione di conseguire la riorganizzazione della banca in

---

<sup>356</sup>COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working, Op.cit., 2009;

<sup>357</sup> *Idem*;

<sup>358</sup> *Idem*;

<sup>359</sup> G. N. ANTICHI, Op.cit., 2011-2012;



crisi; altri Stati, come l'Italia, hanno disposto che l'autorità nazionale ha il potere di nominare un amministratore speciale, che gestisca l'ente in difficoltà e contribuisca al suo ritorno in bonis; oppure ci sono Stati, come la Germania, che hanno preferito optare direttamente per una procedura d'insolvenza giudiziale<sup>360</sup>. È evidente che le differenze tra gli ordinamenti sovrani non sono poche, né banali e dipendono dalle scelte autonomamente assunte dai singoli Stati membri: come primo passo, si è visto che essi si sono trovati a scegliere tra l'applicazione del diritto fallimentare delle società e l'adozione di un regime speciale propriamente per le banche<sup>361</sup>: così sono venuti a divergere i risultati e gli obiettivi della gestione dell'instabilità bancaria<sup>362</sup>; *“successivamente, gli Stati devono esprimere una preferenza in ordine alle modalità di procedura: se intraprendere un procedimento giudiziale, ovvero far condurre la gestione da un'autorità amministrativa”*<sup>363</sup>. Giovanni Niccolò Antichi, in tema di banche transfrontaliere, si sofferma su quelle che sono le competenze rimesse ad un singolare istituto, il c.d. *credito di ultima istanza (CUI)*, che è quel rifinanziamento erogato dalla *European Central Bank (ECB)* al sistema bancario. Tale strumento, che *“è già nelle disponibilità delle autorità creditizie, ha come obiettivo di normalizzare la liquidità del sistema, al fine di stabilizzare i volumi dei crediti erogati e dei mezzi di pagamento in circolazione ed i relativi tassi d'interesse, e di svolgere una funzione di garanzia della stabilità*

---

<sup>360</sup> COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working, Op.cit., 2009;

<sup>361</sup> IMF, *Overview of the Legal, Institutional, and Regulatory Frameworks for bank Insolvency*, 2009;

<sup>362</sup> COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working, Op. cit., 2009;

<sup>363</sup> G. N. ANTICHI, Op.cit., 2011-2012;

*del sistema bancario*”<sup>364</sup>. Per cui, una volta varcate le soglie per l’intervento, l’autorità nazionale competente, oltre a disporre dei poteri di risoluzione precedentemente indicati, potrà in concreto dare attuazione ai seguenti strumenti di risoluzione a norma dell’articolo 31 della proposta di Direttiva:

- **Strumento di vendita delle attività** (articoli 32). *“Questo strumento consente alle autorità di risoluzione di effettuare la vendita di un istituto di credito, ovvero una parte di attività o passività, ad uno o più acquirenti a condizioni di mercato senza che sia richiesto il consenso degli azionisti. Tale processo di vendita deve essere aperto a tutti gli operatori del mercato, trasparente, e non discriminatorio così da evitare ogni possibile conflitto d’interesse. Inoltre, l’organo di vigilanza deve, nei termini previsti dalla legge e senza ritardare l’operazione di vendita, porre in essere tutti i meccanismi di controllo previsti dall’articolo 19 della Direttiva 48/2006/EC”*<sup>365</sup>;

- **Banca ponte**<sup>366</sup> (articoli 34 e 35) *“Questo istituto permette alle autorità di risoluzione di trasferire tutte o parte delle attività di un istituto di credito ad una banca ponte. Lo scopo è quello di ristrutturare l’organizzazione societaria rafforzandone la robustezza senza pregiudizio del mercato”*<sup>367</sup>. Ovviamente sarà posto un limite quantitativo per cui *“il valore totale delle passività trasferite alla banca ponte non può eccedere il valore totale delle attività*

---

<sup>364</sup> *Idem*;

<sup>365</sup> GIOVANNI NICCOLÒ ANTICHI, Op.cit., 2011-2012;

<sup>366</sup> Working document technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution a pag. 53: *“bridge bank should mean a company or other legal person which is wholly owned by one or more public authorities (which may include the resolution authority). It is suggested that the resolution authorities would specify the contents of the constitutional documents of the bridge bank”*;

<sup>367</sup> *Idem*;

*trasferite da altre fonti*”<sup>368</sup>. Inoltre, la banca ponte deve essere costituita secondo le disposizioni della Direttiva 2004/39/EC, se assume la forma di società ponte d’investimento (*bridge investment firm*<sup>369</sup>), e deve essere autorizzata dalle autorità nazionali. Ancora, Giovanni Niccolò Antichi osserva che se si volessero rispettare i più comuni principi comunitari (come per esempio la libertà di circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento) “*la banca ponte deve essere considerata come una continuazione dell’istituto di credito soggetto a misure d’intervento*”<sup>370</sup>. Il periodo ordinario di durata dell’operatività è di circa un anno, ma in circostanze particolari, le autorità di risoluzione possono consentire una proroga di massimo due semestri<sup>371</sup>. Al termine di questo periodo la banca ponte dovrebbe essere stata interamente venduta, ma se ciò non accade, è preferibile che venga messa in liquidazione<sup>372</sup>. È bene precisare che “ la banca ponte è completamente indipendente dagli azionisti e dai creditori dell’istituto principale in quanto questi ultimi non hanno alcun diritto sulle proprietà e sulle attività, se non quello di ripetizione dell’eventuale eccedenza che residua in seguito alla liquidazione ”<sup>373</sup>.

---

<sup>368</sup> DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, Working document technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution, gennaio 2011, pag. 53, cit.. In concreto le misure esecutive sono le seguenti: (I) “ transfer rights, assets or liabilities from the affected credit institution to the bridge bank on more than one occasion; and (II) transfer rights, assets or liabilities back from the bridge bank to the affected credit institution if this is necessary in view of the resolution objectives” in G. N. ANTICHI, Op. Cit., 2011-2012;

<sup>369</sup> *Idem*;

<sup>370</sup> *Idem*;

<sup>371</sup> *Idem*;

<sup>372</sup> *Idem*;

<sup>373</sup> *Idem*;

- **Strumento di separazione delle attività.** *“Lo scopo di questo strumento è quello di consentire alle autorità di risoluzione di trasferire certe attività dell’istituto di credito ad un organismo pubblico di gestione delle attività al fine di facilitare un efficace utilizzo degli altri strumenti di risoluzione”*<sup>374</sup>. Il compito principale è quello di individuare le attività soggette ad un alto livello di rischio tale da *“influenzare l’equilibrio finanziario dell’istituto di credito, e successivamente trasferire le stesse all’organismo pubblico suddetto”*<sup>375</sup> e quindi, in accordo con le autorità di risoluzione, procedere ad un’eventuale vendita al loro valore di mercato, eliminando così i conflitti d’interesse. Anche in questo caso, gli azionisti ed i creditori non hanno alcun diritto sulle attività trasferite.

- **Strumento di conversione del debito** (articoli dal 37 al 50). *“Questo nuovo istituto fa fronte alle situazioni in cui le LCFIs (large complex financial institutions) sono troppo grandi e complesse per poter applicare le misure d’intervento previste in generale per i gruppi bancari senza mettere a rischio la stabilità finanziaria del sistema e senza evitare o ridurre il più possibile il contagio”*<sup>376</sup>. In quest’ottica sono state previste misure organizzative preventive

---

<sup>374</sup> *Idem*;

<sup>375</sup> *Idem*;

<sup>376</sup> Working document technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution a pag. 86 ammette che: *“Such a tool would be designed for cases where the application of the standard resolution tools (such as transfer of business to a private sector entity or bridge bank, or a ‘good bank / bad bank’ split) is not an option because of the nature of the failing institution or its business or where, in the opinion of the resolution authorities, other tools would not be sufficient to achieve the resolution objectives. In practice, such a tool might be most useful in the case of systemically important institutions which are considered to be ‘too big to fail’, or in a generalised situation of stress where there is unlikely to be a large pool of potential third party purchasers. Additionally, creating a bridge bank or effecting a ‘good bank, bad bank’ split may not be possible in the time available given the size and complexity of a*

e preparatorie affinché la risoluzione di una crisi di queste dimensioni possa essere svolta il più possibile nell'interesse pubblico. Alla luce di tali analisi “sono stati presi in considerazione alcuni meccanismi come le operazioni di riduzione del valore contabile di uno o più beni iscritti a bilancio, in quanto sopravvalutati rispetto al valore di mercato, o l'attività di conversione di strumenti di debito in strumenti di rischio al fine di ristrutturare la posizione del capitale e permettere all'istituto di continuare ad erogare servizi bancari di base”<sup>377</sup>. Da questi dati emerge che l'obiettivo che la Commissione europea si è prefissata è quello di garantire la possibilità di gestire situazioni “going concern”<sup>378</sup> come illustrato nel *Basel Committee consultation paper*<sup>379</sup> dell'agosto 2010. Per garantire maggiore flessibilità nell'esercizio di “write down powers”<sup>380</sup> sono stati elaborati due diversi modelli: “il primo volto a mostrare alle categorie di creditori il rischio reale di fallimento dell'istituto ed il secondo finalizzato ad identificare gli strumenti di risoluzione della crisi”<sup>381</sup>.

#### **4 I diritti degli stakeholder nei procedimenti di risoluzione delle banche**

---

*particular institution's asset or trading book or the interconnectedness within the same group or externally. Such a tool may also help to provide time for coordination and consultation in the event there are significant cross border activities which need to be dealt with by third country resolution authorities”;*  
in G. N. ANTICHI, Op.Cit.,2013;

<sup>377</sup> G. N. ANTICHI, Op.Cit.,2013;

<sup>378</sup> *Idem*;

<sup>379</sup> Basel Committee on Banking Supervision Consultative Document Standards Capital floors: *the design of a framework based on standardised approaches Issued for comment*, by 27 March 2015;

<sup>380</sup> G. N. ANTICHI, Op.Cit., 2013; Consultation Paper Draft Regulatory Technical Standards On the contractual recognition of write-down and conversion powers under Article 55(3) of the Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD), by 5 November 2014;

<sup>381</sup> *Idem*;

#### 4.1.1 Azionisti

Un quadro solido e chiaro dei diritti degli azionisti è essenziale per una buona *Governance*, per la libera circolazione dei capitali e soprattutto per le banche quotate in borsa, quelle “le cui azioni sono quotate e scambiate sul mercato dei capitali”. Infatti, soprattutto in quest’ultima situazione, “è *necessario contemperare l’esigenza di protezione degli interessi legittimi degli azionisti, con il potere delle autorità di risoluzione di intervenire in modo rapido e decisivo per risanare un istituto o un gruppo in difficoltà, in modo da minimizzare gli effetti di contagio e garantire la stabilità del sistema bancario negli Stati membri colpiti*”<sup>382</sup>. La legislazione dell’Unione Europea contempla una serie di diritti che devono essere obbligatoriamente conferiti e garantiti agli azionisti bancari, tra i quali spiccano: diritti di prelazione e diritto all’apposizione della condizione che subordina ogni aumento o riduzione del capitale azionario all’approvazione dell’assemblea generale degli azionisti stessi<sup>383</sup>. Altro principio cardine è che tutti gli azionisti “beneficiano di diritti minimi equivalenti all’interno dell’UE fin tanto che l’attività dell’impresa continua”<sup>384</sup>. I diritti conferiti e riconosciuti agli azionisti dall’ordinamento comunitario non costituiscono di norma un ostacolo alle misure di risanamento assunte nell’ambito di una normale procedura di insolvenza, né tali diritti

---

<sup>382</sup> COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working, Op. cit., 2009;

<sup>383</sup> *Idem*;

<sup>384</sup> *Idem*;

pongono necessariamente un problema nell'ambito di una procedura di risoluzione nel settore bancario che favorisca un approccio graduale, destinato ad incoraggiare l'accettazione di misure di risanamento da parte della platea societaria. Al contrario, le difficoltà nascono quando il risanamento si inserisce in un processo di risoluzione che cerca di imporre misure che non siano state preventivamente sottoposte al vaglio e dunque approvate dagli azionisti. Infatti in tal caso, l'obbligatorietà dei diritti conferiti nell'ambito delle direttive europee sul diritto societario può compromettere i tentativi compiuti dalle autorità per far fronte rapidamente ad una crisi bancaria. Per evitare una tale dicotomia di interessi, potrebbe essere necessaria una modifica delle direttive vigenti, orientata a consentire alle autorità nazionali di intervenire rapidamente in determinate circostanze, vale a dire in presenza di determinate condizioni o valori soglia, senza dover chiedere la preventiva approvazione degli azionisti, al fine di garantire il primario e generale interesse alla continuità dei servizi essenziali forniti dalla banca ed anche al fine di minimizzare l'impatto sistemico del singolo fallimento, ad esempio pianificando l'acquisto della banca in questione da parte di un acquirente privato. Ma è bene precisare che, ogni trasferimento di proprietà o di attivi di una banca in difficoltà senza la preventiva approvazione degli azionisti non deve poter pregiudicare il diritto di proprietà degli stessi, riconosciuto loro dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Inoltre, qualora si andassero a toccare i diritti conferiti e tutelati dalla normativa comunitaria, occorrerebbe anche prevedere idonei meccanismi

di ricorso e di indennizzo per i soggetti lesi: e così, agli azionisti andrebbe riconosciuto il diritto di non perdere le azioni che detengono o di non dover subire una diminuzione del valore di tali azioni, a meno che l'interferenza sia giustificata dall'interesse pubblico o sia realizzata secondo condizioni previste dal diritto nazionale o internazionale. E così, poiché non è sicuro che le condizioni dell'intervento tengano ugualmente conto dell'interesse generale della collettività e della salvaguardia dei diritti fondamentali dei singoli azionisti, è data la facoltà di impugnare le misure di risoluzione caso per caso dinnanzi ai tribunali nazionali o europei.

#### *4.1.2 Creditori e controparti*

Gli strumenti di risoluzione nel settore bancario che prevedono trasferimenti di attivi possono interferire anche con i diritti dei creditori e delle controparti del mercato, per cui è necessario che un quadro europeo di risoluzione contempli garanzie adeguate per proteggere gli interessi di questi ultimi soggetti. Tra le garanzie per i creditori si potrebbe pensare, ad esempio, a meccanismi di indennizzo che garantiscano che i creditori non vengano a trovarsi in una situazione peggiore di quella in cui si sarebbero trovati se la banca a cui si applica il dispositivo di risoluzione fosse stata liquidata applicando la normativa vigente in materia di insolvenza. Le garanzie per le controparti del mercato potrebbero includere restrizioni destinate ad impedire che siano



rimessi in questione gli accordi di compensazione-*netting*<sup>385</sup>, le garanzie ed i meccanismi di finanziamento strutturato.

## **5. Applicazione delle misure di risoluzione ad un gruppo bancario**

Se una singola persona giuridica svolge la propria attività attraverso vari rami sparsi a livello transfrontaliero, i principi enunciati nel *Winding-up*<sup>386</sup> dovrebbero applicarsi a tutte le entità del gruppo, al fine di estendere le misure adottate nello Stato di origine della banca alle succursali presenti negli altri Stati membri. Ad oggi, le filiali transfrontaliere (*cross-border branches*) di un istituto di credito sono trattate come parti dello stesso e quindi sono fatte ricadere nelle procedure di insolvenza sotto il regime applicabile dello Stato membro di appartenenza, ovvero dello Stato ove è stata rilasciata l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria. Infine, la Direttiva 2001/24/CE non disciplina affatto la posizione delle succursali all'estero (*cross-border subsidiaries*), le quali dunque sono soggette al regime d'insolvenza dello Stato dove sono state costituite. Data tale dicotomia di trattamento, si è parlato da subito di un doppio binario di intervento a seconda della qualifica giuridica dell'ente soggetto alla procedura concorsuale transnazionale. Nella Comunicazione del 2009, la Commissione ha tenuto a puntualizzare che quando

---

<sup>385</sup> COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working, Op. cit., 2009;

<sup>386</sup> *Idem*;

un soggetto giuridico svolge attività transfrontaliere per il tramite di succursali, “*dovrebbero applicarsi i principi contenuti nella Direttiva liquidazione, in modo tale da estendere alle succursali situate in altri Stati membri le misure adottate nello Stato di origine della banca*”<sup>387</sup>. Ciò potrebbe richiedere una modifica della normativa, poiché non è chiaro se le misure europee di risoluzione nel settore bancario rientrino necessariamente nel campo di applicazione della Direttiva liquidazione (Direttiva 2001/24/CE). Se l’UE, in merito all’insolvenza del gruppo bancario transfrontaliero, intendesse discostarsi dalla gestione nazionale delle crisi e così superare la tendenza “*di isolare gli attivi di un ente creditizio*”, essa potrebbe percorrere in sostanza due vie: la prima è quella di sviluppare un quadro normativo e procedurale unitario per il coordinamento delle diverse misure che continuerebbero ad essere applicate a livello nazionale; il secondo è di prevedere che la risoluzione del gruppo si svolga sotto le diverse giurisdizioni, ma sotto il comando di un’unica autorità di risoluzione. La Commissione ritiene valga la pena di approfondire proprio quest’ ultima ipotesi solutoria, vagliando quindi la fattibilità di istituire un’ autorità unica di risoluzione, la quale sarebbe responsabile ultima per la gestione della risoluzione *cross-border del gruppo*. Se un simile progetto, di un’ unica autorità europea di risoluzione, dovesse essere considerato infattibile e quindi fallire, per lo meno sarebbe necessario procedere con l’individuare delle misure minime nazionali coordinate per la risoluzione di un gruppo bancario

---

<sup>387</sup> *Idem*;

transfrontaliero. Tale approccio rappresenterebbe un rafforzamento del regime attuale, piuttosto che un suo cambiamento radicale. È evidente che la probabilità di una risoluzione ordinata del fallimento di una banca transfrontaliera è molto più alta se esiste un quadro europeo ben strutturato e giuridicamente vincolante, che consolida le operazioni e gli atteggiamenti di collaborazione nel corso di una crisi; se invece ci si limita a confidare nella collaborazione e nel coordinamento, il processo di risoluzione del gruppo avrà luogo necessariamente a livello di ciascun soggetto giuridico in aderenza al regime nazionale vigente nel proprio Stato di appartenenza. Infatti una risoluzione separata applicata alle singole entità, seppur coordinata, non consente il miglior risanamento possibile. Per risolvere effettivamente i problemi di matrice transfrontaliera occorre *“una maggiore integrazione strutturale del quadro di risoluzione, possibilmente attraverso la designazione di un’ autorità capofila (attraverso la definizione ex ante di regole precise) a cui sarebbe affidata la guida del processo di risoluzione di un gruppo particolare”*<sup>388</sup>. Quest’ autorità dovrebbe, in collaborazione con le autorità nazionali, applicare le misure europee di risoluzione nelle singole giurisdizioni nazionali. Si tratta di un approccio indubbiamente ambizioso, la cui efficacia e fattibilità dipendono dalla possibilità di affrontare in maniera più integrata i problemi di insolvenza dei gruppi bancari.

---

<sup>388</sup> *Idem;*

## 6. L'insolvenza dei gruppi bancari transfrontalieri

Da quanto illustrato emerge che, ad oggi, la legislazione europea non definisce una disciplina unica delle crisi d'impresa, bensì si è limitata ad indicare le modalità ed i meccanismi di coordinamento tra le diverse giurisdizioni nazionali per consentire la prevalenza e l'operatività della procedura d'intervento nel caso concreto. Sebbene il concetto di insolvenza bancaria non diverge in modo radicale dal concetto di insolvenza industriale, non bisogna tralasciare tuttavia il carattere di specialità che ontologicamente connota gli istituti bancari, radicandosi nella loro stessa complessità finanziaria, date le peculiari interrelazioni fra i propri flussi finanziari. Nel corso degli anni, la Comunità europea si è dotata di una disciplina, seppure incompleta, in materia di procedure concorsuali sia in ambito industriale sia nel settore bancario. *Gli atti normativi a cui si fa riferimento sono:*

- *il Regolamento CE n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza;*
- *la Direttiva 2001/17/CE in materia di risanamento e liquidazione delle imprese di assicurazione;*
- *la Direttiva 2001/24/CE in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi.*<sup>389</sup>

---

<sup>389</sup> G. N. ANTICHI, Op.Cit., 2011-2012;

La gestione di una crisi transnazionale necessita di un alto livello di armonizzazione tra organi e procedure dei diversi Stati membri e pertanto sono stati elaborati tre differenti approcci legislativi alla scabrosa questione:

1. *Full universal insolvency*: consiste nel creare un' unica procedura, gestita dall'autorità di uno Stato membro;

2. *Territorial insolvency*: in essa ciascuna autorità nazionale mantiene la propria autonomia e la propria sfera di competenza;

3. *Modified universal insolvency*: si sostanzia nella possibilità di avviare autonome procedure nazionali, tenute unite dalla previsione di un obbligo legislativo di coordinamento. Nel settore bancario si è preferito adottare il primo metodo del *Full universal insolvency*, in virtù del quale l'unica autorità di vigilanza competente all'apertura della procedura concorsuale è quella dello Stato d'origine della banca, ovvero del paese ove è stata rilasciata l'autorizzazione all'esercizio dell'attività. Le ragioni di una simile scelta risiedono nella volontà di tenere in debito conto due esigenze: quella di adottare per i gruppi bancari transfrontalieri un sistema che fosse in continuità con il principio dell' *home country control*, caratteristico del settore bancario e societario in generale; quello di tentare di evitare le scelte opportunistiche di collocamento della sede della banca, eludendo così la concorrenza tra gli ordinamenti bancari nazionali.<sup>390</sup> Attualmente, quindi, ogni liquidazione nell'ambito di un processo di risoluzione deve necessariamente essere realizzata

---

<sup>390</sup> *Idem*;

in conformità alle procedure nazionali di insolvenza e l'eventuale coordinamento tra le procedure dipende solamente dalla collaborazione volontaria tra le diverse autorità nazionali rispettivamente competenti in materia di insolvenza<sup>391</sup>. Ma, come detto, una tale tipologia di collaborazione è spesso poco agevole ed imperfetta e non riesce efficacemente a soddisfare le esigenze proprie dei conglomerati finanziari, delle strutture delle holding internazionali e dei gruppi finanziari organizzati in funzione di specifiche aree di attività<sup>392</sup>. È quindi necessario che l'auspicato quadro europeo di misure di risoluzione nel settore bancario poggi per lo meno su un sistema obbligatorio di collaborazione e di scambio di informazioni tra i tribunali e tra i curatori fallimentari a cui competono i procedimenti di insolvenza per le controllate di un gruppo bancario; oppure potrebbero prendersi in esame anche altre soluzioni, tra cui si fa sempre più largo quella, già citata, di un coordinamento delle procedure nazionali da parte di un comune “*amministratore capofila*”<sup>393</sup>.

## **6.1   Trattamento integrato di gruppi societari**

Potrebbe tuttavia essere auspicabile una ancora maggiore integrazione nel trattamento di gruppi in situazione di insolvenza, fino ad arrivare, in circostanze ben precise, a trattare il gruppo come un'unica impresa, in modo da

---

<sup>391</sup> COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working, Op. cit., 2009

<sup>392</sup> *Idem*;

<sup>393</sup> *Idem*;

poter superare l'inefficienza e le disparità che si fanno sentire nell'approccio alle singole entità. Alcuni Stati già possiedono delle tecniche legislative che consentono loro di raggiungere questo obiettivo, sebbene la loro applicazione sia necessariamente limitata alle entità che si trovino nello stesso territorio nazionale e quindi a quelle entità soggette alle stesse disposizioni in materia di insolvenza. Nell'elaborazione di misure analoghe da applicare nelle procedure di insolvenza coinvolgenti gruppi bancari transnazionali, occorrerebbe tener conto delle differenze tra i diversi regimi interni nell'ambito dell' insolvenza, i quali prevedono ad esempio norme sostanziali diverse, relativamente alla prelazione ed alle azioni revocatorie. Un regime di insolvenza armonizzato a livello dell'Unione Europea nel settore bancario e le tecniche che permetterebbero un trattamento più integrato dei gruppi in situazione di insolvenza potrebbero *“aiutare ad ovviare ad alcune delle discriminazioni che potrebbero insorgere quando si liquidano gruppi bancari altamente integrati, attraverso un approccio per entità separate. Sempre più professionisti e studiosi sono del parere che il trattamento dell'insolvenza per entità separate mal si adatta per trattare strutture societarie complesse, in cui la forma non riflette la funzione, e sono convinti che sia tempo di procedere all'armonizzazione internazionale delle norme in materia di insolvenza”*<sup>394</sup>. Il legislatore si trova tra due fuochi: senza un'armonizzazione efficiente ed efficace continuerà ad essere molto difficile risanare gruppi bancari

---

<sup>394</sup> COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working, Op. cit., 2009;

transfrontalieri; ma le difficoltà e la delicatezza di tale impresa non vanno sottovalutate. Infatti, il diritto in materia di insolvenza è strettamente connesso a numerosi altri campi del diritto nazionale, quali il diritto commerciale, dei contratti e patrimoniale e stesse norme in materia di priorità possono riflettere la politica sociale di un Paese. È innegabile la difficoltà di inserire in un codice unificato concetti nazionali particolari come “*trust*”<sup>395</sup> o “*floating charges*”<sup>396</sup>, ma è innegabile anche che un simile progetto si atteggierebbe come un regime di insolvenza separato ed autonomo, che di fatto si sostituirebbe ai regimi nazionali altrimenti vigenti e potrebbe essere applicato in ogni situazione di risanamento e di liquidazione di gruppi bancari transfrontalieri nell’Unione europea. Va precisato però, che esso permetterebbe di risolvere del tutto i problemi connessi all’approccio per entità separate, soltanto se consentisse la realizzazione di un vero e proprio trattamento integrato delle entità del gruppo, a discapito delle rispettive autonomie. Occorre una riflessione attenta sull’opportunità reale di applicare un simile regime e sulla misura in cui esso possa o meno essere previsto come facoltativo per i gruppi bancari transfrontalieri di importanza sistemica. Infatti, l’eventuale imposizione di un nuovo regime europeo sull’insolvenza ad entità già esistenti creerebbe problemi ed avrebbe ripercussioni soprattutto sui creditori e sulle controparti<sup>397</sup>, ma probabilmente tali inconvenienti sarebbero solamente

---

<sup>395</sup> *Idem*;

<sup>396</sup> *Idem*;

<sup>397</sup> *Idem*;



temporanei e si evolverebbero, in seguito, a tutto vantaggio del funzionamento di un tale regime normativo pro futuro.

## **6.2 Le nuove autorità di vigilanza nel sistema bancario e la rinnovata flessibilità degli strumenti di intervento**

Con l'intento di approdare ad un testo legislativo di rango comunitario, in particolare ad una Direttiva, che ponga rimedio alle mancanze ed alle incongruenze della fattispecie oggetto di trattazione in questo capitolo, si sono succeduti diversi e cruciali accadimenti:

1. nell'ottobre del 2009 la Commissione europea ha invitato tutti gli Stati membri, le istituzioni europee ed i rappresentanti delle associazioni di categoria, a rispondere alla prima consultazione pubblica sul tema della gestione della crisi nel settore bancario (*Public Consultation regarding an EU framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*);
2. si è giunti ad ammettere una vasta gamma di strumenti di intervento, dagli *early interventions*, da adottare in una fase di pre-crisi al fine di apportare un sostegno all'istituto di credito nel ristabilirne l'equilibrio, ai *resolution plans*, che consistono in interventi di risoluzione per la riorganizzazione degli assetti bancari, ed infine agli strumenti di liquidazione ordinaria, a cui ricorrere solo nei casi in cui si sia già palesata l'insolvenza.

Questa prima consultazione si è chiusa il 20 gennaio 2010;

3. Una seconda consultazione pubblica, in merito alla materiale applicazione delle misure di gestione delle crisi transfrontaliere nel settore bancario, è stata avviata nel gennaio 2011 (*Consultation on technical details of a possible European crisis management framework*). In questo contesto, sono stati presi in considerazione contestualmente e sono stati posti a confronto i concreti strumenti tecnici di intervento previsti a livello nazionale ed, a seguito di ciò, si è giunti ad elaborare una definitiva proposta al Parlamento europeo, il 3 marzo 2011;

4. come ultima fase preparatoria, nei mesi di marzo e aprile 2012, la Commissione europea ha aperto una discussione, con tutti gli operatori del settore bancario, sugli strumenti di conversione del capitale di debito in capitale di rischio (c.d. *bail-in tools*). Le domande e le questioni poste dalla Commissione sono confluite nel *Discussion paper on the debt write-down tool bail-in*;<sup>398</sup>

5. Il testo provvisorio di proposta di Direttiva europea per la risoluzione delle crisi bancarie transfrontaliere, è stato adottato dalla Commissione il 6 giugno 2012.<sup>399</sup> La proposta avanzata prevede diversi istituti giuridici, che permetteranno di eliminare gli effetti negativi che le crisi transfrontaliere del settore bancario producono sulla stabilità del mercato unico, nonché di

---

<sup>398</sup> COMMISSIONE EUROPEA, Discussion paper on the debt write-down tool bail-in, Brussels, marzo 2012;

<sup>399</sup> COMMISSIONE EUROPEA, Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directives 77/91/EEC and 82/891/EC, Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC and 2011/35/EC and Regulation (EU) No 1093/2010, COM(2012) 280/3, Brussels, 6 giugno 2012;

minimizzarne i costi della loro gestione per i contribuenti. Sulla base di siffatto testo legislativo, dunque, in futuro la scelta dei meccanismi di intervento da adottare, non sarà più affidata alla discrezionalità dell'Autorità nazionale di vigilanza (la Banca d'Italia nel nostro Paese), che si trovava a poter scegliere essenzialmente tra la procedura dell'amministrazione straordinaria e quella della liquidazione coatta amministrativa, bensì sarà compiuta in riferimento alla situazione concreta di avanzamento della crisi e si procederà di concerto con le nuove autorità europee, quali l'EBA (*European Banking Authority*), l'ERA (*European Resolution Authority*) e l'ESA (*European Supervisory Authority*). Quindi, le fasi di intervento in una crisi finanziaria di un gruppo bancario saranno flessibilmente suddivisi in *Early intervention*, *Resolution plan* e *Orderly liquidation*.<sup>400</sup> La *Early intervention* consiste in interventi poco invasivi, svolti in una fase di pre-crisi, cioè quando l'istituto non risponde più ai parametri di patrimonializzazione imposti da Basilea 3 (ma prima che sia divenuto insolvente e che quindi vadano adottati i *resolution plans*). Tali operazioni consistono in ricapitalizzazioni, che di fatto, sulla base del principio del mutuo supporto, permettono il trasferimento di attività tra entità solvibili all'interno del gruppo di appartenenza. Gli Stati hanno così sviluppato c.d. *Sistemi di controllo preventivo* in grado di captare e fornire informazioni tempestive sullo "stato di salute" delle banche, quali:

---

<sup>400</sup> G. N. ANTICHI, Op.Cit., 2011-2012;

- un controllo cartolare: consistente nella richiesta alle banche di effettuare comunicazioni periodiche, contenenti le informazioni necessarie a permettere alle Autorità di vigilanza di verificare il rispetto dei requisiti patrimoniali prudenziali;

- un controllo ispettivo: volto a compiere la verifica periodica dell'attendibilità delle segnalazioni giunte. Un ulteriore tentativo in materia di prevenzione, è stato l'istituzione del Fondo interbancario di tutela dei depositi, *“ il quale, però, mostra difetti di non poca rilevanza: precisamente soffre delle stesse carenze del controllo proprio della Banca d'Italia al punto che si limita ad inviare procedure sanzionatorie interne alle banche, di dubbia efficacia.”*<sup>401</sup>

Siffatto quadro normativo risulta inadeguato a garantire l'efficienza del controllo preventivo degli istituti di credito ed infatti, a seguito delle consultazioni pubbliche, sono state avanzate proposte di modifica dei requisiti patrimoniali e delle funzioni delle autorità di vigilanza in tale stato del controllo. I *Resolution plans* sono invece strumenti volti a contenere l'espansione degli effetti negativi che la crisi di un gruppo bancario potrebbe riversare sulla stabilità finanziaria del mercato bancario, oppure possono apportare facilitazioni alla corretta liquidazione del gruppo per intero o di sue parti. Possono quindi essere gestite situazioni di crisi, quando l'indebitamento non è ancora eccessivo, attraverso, per esempio, la nomina di amministratori straordinari, le cessioni di attività e/o di rami di azienda e le prestazioni di

---

<sup>401</sup> *Idem;*

garanzie. La quasi totalità degli Stati membri è apparsa ben disposta verso l'idea di introdurre "procedure amichevoli" di risoluzione della crisi a livello europeo.<sup>402</sup> Per esempio in Italia già si è ricorso all'impiego di strumenti c.d. informali di gestione della crisi: spesso, cioè, sono stati adottati piani di risoluzione materializzatisi in meccanismi di ricapitalizzazione, che hanno previsto la nomina di commissari di fatto (il fenomeno del c.d. *precommissariamento*). Al contrario, si registra una particolare rigidità da parte della Banca Centrale Europea, la quale ha avuto premura di sottolineare come simili soluzioni si pongono in contrasto con il principio generale della libertà nel mercato interno.<sup>403</sup> Ed anche le associazioni di categoria si sono mostrate preoccupate dalla possibile compressione dell'importantissima necessità di evitare che siano diffuse nel mercato notizie inerenti le procedure di risoluzione degli enti creditizi, le quali potrebbero avere un forte impatto sul mercato stesso, destabilizzando irreversibilmente il sistema bancario. Dacché un provvedimento di risoluzione consente all'autorità di vigilanza nazionale di intervenire prima che la banca risulti insolvente a termini di bilancio (prima che abbia raggiunto la soglia che fa scattare le ordinarie procedure di insolvenza), bisogna assicurare, e questa è la premura sottesa alla posizione assunta dalla BCE, che ci sia proporzionalità tra l'intervento lesivo degli interessi e dei diritti

---

<sup>402</sup> In concreto le soglie d'intervento adottate dalla maggior parte degli Stati membri sono:

✓ "illiquidity threshold": caso in cui il soggetto debitore sia incapace di adempiere alle obbligazioni da lui assunte;

✓ "balance sheet threshold": caso in cui il bilancio dell'azienda mostri un valore negativo netto.

<sup>403</sup> COMMISSIONE EUROPEA, Overview of the results of the public consultation on an EU framework for Cross-border crisis management in the banking sector, Bruxelles, 11 marzo 2010, pag. 3;

di azionisti e creditori, e la gravità dei problemi dell'impresa bancaria; ed inoltre c'è bisogno che l'intervento sia anche giustificato da legittime considerazioni di pubblico interesse. *Siffatto risultato potrebbe essere raggiunto, da una parte, attraverso la fissazione di valori soglia regolamentari, dall'altra con considerazioni d'interesse pubblico più generali.*<sup>404</sup> Avendo competenza in materia le singole Autorità nazionali, esse inevitabilmente interverranno utilizzando procedure e strumenti di risoluzione diversi e questa costituisce una difficoltà di non poco conto nella fattispecie dei gruppi bancari transnazionali in crisi, poiché ogni singola controllata sarà sottoposta alla procedura del proprio Stato di appartenenza, mentre le semplici filiali ricadranno nella procedura della capogruppo.<sup>405</sup> Dunque, la proposta di Direttiva dota le autorità nazionali competenti, di strumenti innovativi di risoluzione, da poter adottare a condizione che siano state superate le soglie di intervento; la Direttiva annovera: strumento di vendita delle attività, banca ponte, strumento di separazione delle attività, strumento di conversione del debito. Inoltre è opportuno citare, in ambito di strumenti di risoluzione, il particolare istituto del c.d. *credito di ultima istanza* (CUI), consistente in uno strumento di rifinanziamento che viene erogato dalla BCE al sistema bancario. Esso è già nella disponibilità delle Autorità creditizie ed ha lo scopo di ricondurre a normalità la liquidità del sistema bancario e di rappresentare una garanzia per il sistema stesso. *Solo con questo nuovo sistema di risoluzioni*

---

<sup>404</sup> G. N. ANTICHI, Op. Cit., 2011-2012;

<sup>405</sup> *Idem*;

*informali si potrà giungere ad una reale, effettiva e controllata gestione delle crisi in ambito bancario, allo scopo di tutelare in primo luogo i contribuenti ed i depositanti.*<sup>406</sup> Per finire, si deve parlare della *Orderly liquidation*, la quale si avvale di strumenti finalizzati alla dismissione della banca ed alla liquidazione di tutto il suo patrimonio. Infatti, mentre le prime due categorie di interventi ( *Early intervention* e *Resolution plans* ) sono orientate alla conservazione dell'attività bancaria ed a garantire in tal modo la continuità nei servizi di pagamento e bancari in generale (c.d. *going concern situations*)<sup>407</sup>, quest'ultima procedura ricomprende le c.d. *gone concern situations*, nelle quali invece si applicano le misure di liquidazione. La proposta di Direttiva non contiene alcuna sezione dedicata agli strumenti di liquidazione ordinaria, pertanto, concordemente alla Direttiva 2001/24/CE *in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi integrata nella disciplina nazionale e nel Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tutte le forme di liquidazione impiegate nell'ambito di una *Orderly liquidation*, devono sottostare, non solo alla regolamentazione nazionale, ma anche agli eventuali accordi vigenti tra le Autorità nazionali in materia di insolvenza bancaria. Dunque la Direttiva 2001/24/CE vieta l'applicazione di misure di insolvenza separate alle succursali nell'ambito della legislazione dello Stato ospitante, garantendo, al contrario, il coordinamento ed il reciproco riconoscimento delle procedure sotto il controllo

---

<sup>406</sup> *Idem*;

<sup>407</sup> ABI, The ABI response to the Commission's Communication "an EU cross-border frame work in the banking sector" Consultation's questions, Roma, 20 gennaio 2010, pagg. 8-9: "*Nella sostanza queste situazioni sono il presupposto per l'applicazione delle misure di intervento preventivo*";

generale del Paese di origine; così facendo si configura un approccio per singole entità, tramite il quale tutte le attività e passività della banca-madre e delle sue filiali estere vengono risanate o liquidate congiuntamente, come se ed in quanto facenti parte di un unico soggetto giuridico che si muove nel quadro legislativo dello Stato di origine. Al contrario, non è previsto il consolidamento delle procedure di insolvenza per soggetti giuridici separati ma appartenenti ad uno stesso gruppo bancario, quali sono le succursali estere, né è attuata l'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di insolvenza e purtroppo, ancora oggi, il sistema di collaborazione e coordinamento tra le Autorità risulta imperfetto ed inadeguato a fronteggiare procedure complesse di liquidazione (come quelle sorte a partire dal 2008). I suggerimenti più convincenti avanzati dalla Commissione europea per migliorare tale profilo sono: la realizzazione di un sistema obbligatorio di collaborazione e di scambio di informazioni tra le autorità giudiziarie ed amministrative dei diversi Stati membri<sup>408</sup>; l'introduzione della figura di una "amministrazione capofila"<sup>409</sup>, cioè un'Autorità nazionale che vada a coordinare tutte le altre procedure di insolvenza intraprese nei vari Stati membri. Dal 1 gennaio 2011 è stata istituita l'*European Resolution Authority* (ERA), al fine di arginare le odierne difficoltà, attribuendo ad essa il compito di gestire le crisi transfrontaliere coordinandosi con le competenti Autorità nazionali. La resistenza mostrata dagli Stati contro la cessione delle proprie competenze nazionali alla Comunità europea, sebbene

---

<sup>408</sup> COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working, Op. cit., 2009; G. N. ANTICHI, Op. Cit., 2012;

<sup>409</sup> *Idem*;



nella forma di un organismo indipendente quale l'ERA, è stata forte ed induce a valutare maggiormente opportuno percorrere la strada dell'armonizzazione degli strumenti comuni di intervento e di favorire il coordinamento tra le Autorità nazionali.

## **7. Problematiche nell'implementazione della proposta di Direttiva nell'ordinamento italiano**

### *7.1 Recepimento della Direttiva 24/2001/CE*

La Direttiva in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi, ha condotto ad introdurre nel Titolo IV del TUB la Sezione III-bis, comprendente gli articoli da 95-bis a 95-septies. Tale sezione detta la disciplina per le crisi di banche operanti nel territorio dell'Unione europea e recepisce la regola del mutuo riconoscimento delle procedure di risanamento e di liquidazione, legata ai principi generali dell'home country control, dell'universalità e dell'unità delle suddette procedure. In ragione di ciò, le procedure ed i provvedimenti di risoluzione e liquidazione di banche comunitarie producono automaticamente i loro effetti nell'ordinamento italiano, secondo la normativa dello Stato di origine e lo stesso vale anche per i provvedimenti italiani.

### *7.2 La nuova proposta di Direttiva della Commissione europea*

La nuova tendenza della Commissione suggerisce invece la configurazione di un'unica procedura di risoluzione delle crisi bancarie, che renda possibile la gestione e soprattutto la prevenzione della crisi in modo unitario e sotto la responsabilità di un'unica autorità amministrativa. Il suo svolgimento sarebbe regolato dal diritto dello Stato in cui ha sede la società capogruppo e sotto la responsabilità dell'Autorità di vigilanza competente, la quale però sarà sottoposta al costante e superiore controllo di un Collegio di supervisori rafforzato. Pertanto la scelta dei meccanismi di intervento dovrà modellarsi sullo stadio effettivo di avanzamento della crisi e sarà assunta dall'Autorità nazionale di vigilanza, di concerto con le nuove Autorità europee quali l'ERA, l'EBA e l'ESA. Si palesano subito le problematiche connesse all'attuazione nell'ordinamento italiano del nuovo quadro normativo europeo:

1. spesso le soggettività giuridiche che compongono uno stesso gruppo bancario transfrontaliero, non hanno gli stessi interessi economici e finanziari durante tutto il corso della loro esistenza; infatti potrebbero accadere che imprese controllate siano patrimonialmente solide, mentre in quel periodo la società capogruppo versa in difficoltà, oppure viceversa. In siffatta situazione, dal punto di vista economico sarebbe giustificato un intervento risolutorio unico, perché il gruppo bancario si è formato per il conseguimento di un unico obiettivo imprenditoriale, sebbene si articoli di fatto in una pluralità di soggetti giuridicamente autonomi. Al contrario, facendo prevalere la considerazione di

quest'ultimo aspetto caratteristico dei gruppi di imprese, andrebbero aperte tante procedure di risoluzione e di liquidazione, quante sono le succursali estere del gruppo, nei rispettivi Stati di appartenenza.<sup>410</sup> Per risolvere il dilemma, si rende dunque necessario un intervento legislativo europeo che predisponga una disciplina unitaria per le filiali e per le succursali bancarie.

2. Il sistema economico italiano è fortemente banco-centrico, ma estremamente eterogeneo, in quanto formato da grandi gruppi bancari, come per esempio Unicredit Banca, che convivono con piccole banche locali, spesso nella forma di Banche di Credito Cooperativo. La difficoltà sorge proprio nel dover applicare la proposta di Direttiva anche a queste ultime entità fortemente radicate nel territorio e vicine ai singoli soci cooperatori, nonché dotate di propri e peculiari valori del tutto estranei al concetto generale di banca, quali lo scopo mutualistico e solidaristico.<sup>411</sup> Eppure non tutte le difficoltà vengono per nuocere, infatti *la Commissione europea, nella sua attività di ricerca e perfezionamento di strumenti di sostegno al sistema bancario, sta traendo spunto proprio dagli strumenti che sono da anni attuati dalle Banche di Credito*

---

<sup>410</sup> Op. Cit., G. NICCOLO' ANTICHI, 2013: "laddove si consideri il gruppo di banche un'unità giuridica allora avremmo una massa passiva ed una massa attiva, viceversa se pensassimo il gruppo quale pluralità di persone giuridiche avremmo tanto masse attive e passive quante sono le entità giuridiche";

<sup>411</sup> Op. Cit., G. NICCOLO' ANTICHI, 2013: "nell'attuazione del nuovo progetto legislativo di risoluzione e liquidazione unitaria, bisognerà valutare due aspetti: da una parte l'impatto che eventuali misure d'intervento genereranno sulla stabilità finanziaria di queste realtà cooperative; e dall'altra il sistema di funzionamento delle misure d'intervento all'interno dell'istituto di credito tenendo conto delle principali diversità che intercorre tra le banche che hanno forma di società di capitali e le Banche di Credito Cooperativo (basti pensare al diritto di voto dei soci che nel primo caso è pro quota, mentre nel secondo è un voto capitario)";

*Cooperativo, seppur a livello prettamente nazionale.*<sup>412</sup> In particolare tali BCC si sono dotate di un Fondo di Garanzia Istituzionale del Depositanti (FGI), capace di coprire quasi interamente le passività della Banca di Credito Cooperativo aderente e svolgente un'attiva funzione di prevenzione dell'insolvenza. Infatti, lo Statuto ed il Regolamento del FGI prevedono degli interventi di sostegno alle banche associate che sono maggiormente improntati alla garanzia di *going concern situations* e quindi meno legati a schemi formali.<sup>413</sup>

## **8. Cenni al percorso per il compimento di un' Unione bancaria, nell'ottica dell'emanazione della nuova Direttiva 2014/59/UE sul risanamento e la risoluzione delle banche**

### *8.1 L'Unione bancaria*

---

<sup>412</sup> GIOVANNI NICCOLÒ ANTICHI, *Analisi della disciplina europea in materia di gestione delle crisi transfrontaliere nel settore bancario: disciplina vigente e prospettive di riforma*, Luiss G. Carli di Roma 2011-2012;

<sup>413</sup> Op. Cit. G. NICCOLO' ANTICHI, 2013: "Così gli artt. 34 e 35 dello Statuto dispongono gli interventi di sostegno rispettivamente in ambito di amministrazione straordinaria, laddove fosse già stata adottata, ovvero in assenza di procedure. In entrambe i casi gli strumenti attuativi sono i seguenti: meccanismi di finanziamento e ricapitalizzazione, prestazione di garanzie e cessione di attività o di rami di azienda. Inoltre, l'art. 2 "Piano di risanamento aziendale" del Regolamento di attuazione concernente finanziamenti, prestazioni di garanzie e accordi di collaborazione (in attuazione degli artt. 34 e 35 dello Statuto) approfondisce ammettendo come, in contropartita di tali misure adottate dal Fondo Istituzionale di Garanzia dei Depositanti in favore di una BCC federata, lo stesso Fondo possa richiedere la nomina di uno o più membri degli organi sociali della BCC federata soggetta ad intervento con il fine di gestire la crisi dall'interno della sua governance societaria e riammettere la stessa nel mercato finanziario. In ultimo, il Regolamento all'art. 6 "Contribuzione delle banche locali" identifica il metodo di finanziamento del Fondo Istituzionale di Garanzia dei Depositanti secondo un meccanismo *ex ante* per cui ogni BCC federata annualmente deve al Fondo medesimo una somma accantonata rispetto alle aliquote contributive alla stessa applicate a fini fiscali";

Mario Draghi ha definito l'Unione bancaria europea, con la previsione di una supervisione bancaria accentrata, come *“il più grande passo avanti verso un'integrazione più profonda della creazione della Unione economica e monetaria”*;<sup>414</sup> ed il passo è stato compiuto anche in un tempo relativamente breve, se si considera che in soli ventotto mesi si è giunti dal primo documento della Commissione del giugno 2012 allo svolgimento degli stress test nel novembre 2014. Il progetto di un'Unione bancaria è nato dal basso, ovvero dall'esigenza concreta di fornire una risposta alle molteplici crisi economiche e finanziarie ed in particolare alla carenza di adeguate norme e di vigilanza in tali situazioni di instabilità. Premeva la necessità, non solo di nuove regole, ma di creare proprio un nuovo meccanismo di attuazione delle regole, poiché l'allora vigente distinzione tra home ed host control non era più in grado di garantire la fiducia e l'affidamento reciproco; risultava altresì insufficiente il sistema di amministrazione indiretta, che in generale governa l'attuazione del diritto europeo; dunque si è spostata l'attenzione dalla necessità di assicurare l'autonomia di ogni ordinamento, alla necessità che ciascun ordinamento venisse posto in condizioni di meritare la fiducia degli altri: per raggiungere questo obiettivo non bastava più la reciprocità, ma occorreva un meccanismo centrale di coordinamento.<sup>415</sup> La spinta al cambiamento è provenuta dall'insufficienza dell'armonizzazione delle regole, dalla connessione fra crisi

---

<sup>414</sup> M. DRAGHI, Discorso inaugurale del Meccanismo unico di supervisione, Francoforte, 20 novembre 2014, consultabile sul sito <http://www.ecb.europa.eu>.

<sup>415</sup> LUISA TORCHIA, *L'Unione bancaria europea: un approccio continentale?*, reperibile sul sito <http://www.irpa.eu/area-bibliografica/articoli/unione-bancaria-un-approccio-continentale/>

finanziaria e debito sovrano, dalla limitatezza della dimensione nazionale degli Stati e dei loro apparati rispetto alla dimensione sovranazionale dei problemi ed il riversamento di quei problemi su tutti i contribuenti europei e non solo sui contribuenti di ciascun paese. Va inoltre posta in evidenza la differenza tra l'Unione bancaria ed il processo europeo di integrazione, perché essa si compone di un inedito sistema di attribuzione e ripartizione di funzioni, giacché gli apparati nazionali vengono integrati in un apparato centrale europeo, invertendo in tal modo i consueti criteri di attribuzione e di cooperazione amministrativa.<sup>416</sup>

Sono stati disposti strumenti ad hoc per realizzare l'Unione, quali:

- la *framework regulation*, la quale disciplina principalmente la fase istruttoria del procedimento decisorio, ovvero, sia le procedure per la preparazione dei progetti di decisione che le autorità nazionali devono trasmettere alla BCE per i provvedimenti di vigilanza di sua competenza, sia le procedure per la notifica delle decisioni rilevanti di competenza nazionale;
- il manuale di supervisione (*single rule book*), che è una sorta di manuale operativo necessario per dettare una prassi comune tra tutte le Autorità coinvolte e che è vincolante anche per la BCE;
- La costituzione di gruppi di vigilanza congiunti, che ha consentito di confrontare ed integrare i diversi approcci nazionali all'attività di vigilanza e di iniziare il processo di costruzione di una cultura comune nelle prassi inerenti la

---

<sup>416</sup> *Idem*

supervisione. Ogni gruppo è coordinato da un membro designato dalla BCE e si compone di membri designati dalle autorità nazionali di vigilanza. La BCE è responsabile per l'istituzione e la composizione dei gruppi e può anche chiedere alle autorità nazionali di modificare le proprie designazioni per assicurare il migliore funzionamento del gruppo stesso. L'Unione bancaria è stata da sempre avvertita come indispensabile per il completamento dell'Unione economica e monetaria (UEM) e del Mercato interno, in quanto la sua finalità è di disporre competenze uniformi in materia di vigilanza, di risoluzione e di finanziamento a livello comunitario e di imporre norme identiche alle banche dell'Eurozona. In particolare, tali norme devono assicurare che le banche assumano rischi calcolati e che siano esse ed i loro azionisti a pagare in primis per gli eventuali errori da esse commessi, invece che i contribuenti.<sup>417</sup> Sono tre i pilastri sui quali poggia l'Unione bancaria:

1. Meccanismo di vigilanza unico (SSM): esso fa capo alla BCE ed ha il ruolo di svolgere una vigilanza diretta sulle 128 maggiori banche, mentre le autorità di vigilanza nazionali continueranno a compiere la supervisione di altre banche, sebbene sotto la responsabilità ultima della BCE, la quale deve garantire di tenere separate le proprie competenze in materia di vigilanza e di politica monetaria;

2. Meccanismo di risoluzione unico (SRM): esso deve assicurare la gestione efficiente dei fallimenti bancari, ad un costo minimo per il

---

<sup>417</sup> MANICA HAUPTMAN e MARCEL MAGNUS, aprile 2014, v.d. sito <http://www.lumsa.it/sites/default/files/UTENTI/u559/7.C..pdf>

contribuente e per l'economia nazionale. Tale meccanismo è il responsabile ultimo nelle ipotesi di risoluzione bancaria nell'UE, sebbene sussista di fatto una distribuzione di competenze tra l'SRM e le Autorità nazionali: l'SRM è direttamente responsabile nei casi transfrontalieri ed in quelli attinenti le banche di una certa importanza.

3. Disposizioni coordinate in materia di finanziamento, le quali comprendono il Fondo di risoluzione unico (SRF), i sistemi di garanzia dei depositi (DGS) ed un meccanismo comune di backstop (Linea di credito): il SRF è una fonte di finanziamento alla quale è possibile ricorrere nelle particolari situazioni in cui né l'apporto degli azionisti, né quello dei creditori riescono a far fronte alla crisi bancaria; il DGS è stato istituito per poter partecipare agli interventi finanziari volti ad evitare i fallimenti delle banche e a tutelare i depositanti in caso di fallimento. Per la tutela dei depositanti è stata infatti fissata una soglia di 100.000 € che può essere rimborsata entro 7 giorni in caso di fallimento dell'ente depositario; mentre per le spese di sostentamento, ai depositanti è assicurata l'erogazione di cifre sufficienti entro 5 giorni; i depositi di importo superiore sono protetti solo quando i loro saldi attivi risultano temporaneamente elevati a causa per esempio di vendite immobiliari.<sup>418</sup> I su-esposti tre pilastri si fondano su due serie di norme orizzontali applicabili a tutti gli Stati membri, quali i requisiti patrimoniali per le banche (*pacchetto CRD IV*) e le disposizioni della Direttiva sul risanamento e

---

<sup>418</sup> *Idem*;



la risoluzione delle banche (*BRRD*). Il pacchetto CRD IV è stato adottato dal Parlamento europeo nell'aprile 2014 e si compone della Quarta Direttiva (CRD) e del Regolamento (CRR) sui requisiti patrimoniali. Questi due atti normativi introducono i requisiti prudenziali di capitalizzazione per gli istituti di credito e per le società di investimento, avendo come base i principi internazionali riconosciuti da Basilea III. La Direttiva 2014/59/UE sul risanamento e la risoluzione delle banche (*BRRD*) disciplina le modalità con cui le banche e le società di investimento in dissesto, possono essere fatte fallire in modo ordinato, senza far carico ai contribuenti del loro salvataggio. Essa infatti dispone che le perdite siano poste innanzitutto a carico degli azionisti, anziché essere ripianate attraverso fondi erariali e qualora dovessero rendersi necessari degli apporti finanziari esterni, gli Stati europei devono munirsi di uno strumento finanziario alimentato da contributi provenienti dal settore bancario stesso.

## 8.2 *La nuova Direttiva BRRD*

Le comunicazioni ed i suggerimenti avanzati dalla Commissione europea negli anni precedenti, sono definitivamente approdati all'elaborazione del testo della recentissima *Bank Recovery and Resolution Directive*, definitivo ed effettivo atto normativo comunitario, avente l'obiettivo, per l'appunto, di dotare gli Stati europei di regole armonizzate per la gestione e la prevenzione delle crisi delle

banche e delle imprese di investimento. Essa non è stata ancora recepita nel nostro ordinamento, sebbene proprio il 2 luglio 2015 il Parlamento ha approvato la legge di delega al Governo per il suo recepimento. L'esigenza di fondo che ha mosso il legislatore europeo è la stessa che preoccupava la Commissione, ovvero garantire un'ordinata gestione delle crisi, attraverso strumenti più efficaci e che facciano ricorso alle risorse del settore privato, così da ridurre gli effetti negativi che con il precedente sistema andavano a ricadere definitivamente sull'economia pubblica e dunque sui contribuenti.<sup>419</sup> Ciò che cambierà con l'entrata in vigore del nuovo regime, è sintetizzabile come segue:<sup>420</sup>

1. Specifiche Autorità di risoluzione saranno dotate di poteri e strumenti per:
  - Adottare piani per la gestione della crisi;
  - Intervenire tempestivamente, prima che la crisi si manifesti completamente;
  - Gestire nel migliore dei modi la fase di risoluzione, ovvero quella fase alternativa alla liquidazione.

---

<sup>419</sup> ABI, Comunicato stampa, 14 luglio 2015, p. 2: *“La crisi finanziaria ha dimostrato che in molti paesi dell’Unione gli strumenti di gestione delle crisi bancarie non erano adeguati, soprattutto di fronte alle difficoltà di intermediari con strutture organizzative complesse e con una fitta rete di relazioni con altri operatori finanziari. Per evitare che la crisi di una singola banca si propagasse in modo incontrollato sono stati necessari ingenti interventi pubblici che, se da un lato hanno permesso di evitare danni al sistema finanziario e all’economia reale, hanno però comportato elevati oneri per i contribuenti e in alcuni casi compromesso l’equilibrio del bilancio pubblico”*;

<sup>420</sup> ABI, Comunicato stampa, 14 luglio 2015;

2. Le misure di risoluzione saranno finanziate attraverso la creazione di appositi fondi “di garanzia”, alimentati da contributi versati dagli stessi intermediari.

3. Le Autorità di risoluzione dovranno preparare piani di risoluzione già nel corso della normale operatività della banca, al fine di individuare preventivamente le strategie e le azioni da intraprendere nel caso in cui la crisi si verificasse realmente. Pertanto alle Autorità saranno attribuiti ampi poteri di intervento già in questa fase, in modo da creare le condizioni che faciliteranno l'applicazione degli strumenti di risoluzione.

4. Le Autorità di vigilanza dovranno approvare i piani di risanamento predisposti dagli istituti finanziari. Esse, quindi, saranno dotate di strumenti di intervento tempestivo (*early intervention*), che non solo sono integrativi dei loro tradizionali poteri prudenziali, ma sono anche graduati in ragione dello stato di instabilità manifestato dall'intermediario.

5. In riferimento al nuovo assetto nella ripartizione delle competenze, l'*SRB Single Resolution Board* avrà il compito di redigere i piani di risoluzione per le banche maggiori dell'eurozona (quelle banche qualificate come significative dal Regolamento SSM ed i gruppi transfrontalieri). Il programma elaborato dal SRB dovrà essere sottoposto alla Commissione Europea ed in alcuni casi anche al Consiglio Europeo, e poi saranno le Autorità di risoluzione nazionali a dovervi dare attuazione. Questo nuovo meccanismo europeo di gestione della crisi troverà applicazione anche per le banche minori, nel solo

caso in cui per la gestione della loro crisi è necessario l'intervento del Fondo di risoluzione unico; in tutti gli altri casi, le Autorità nazionali di risoluzione conserveranno la competenza e la responsabilità di pianificare e di gestire la crisi delle banche minori, sebbene saranno tenute ad osservare le linee guida dettate dallo stesso Comitato. La particolare figura del SRB, composto da alcuni membri permanenti e dai rappresentanti delle Autorità nazionali di risoluzione, si colloca nel più ampio *Meccanismo Unico di Risoluzione (SRM)*, responsabile della gestione accentrata delle crisi bancarie nell'area dell'euro, e rappresentante un tassello essenziale dell'Unione Bancaria, in quanto si pone a completamento del Meccanismo Unico di Vigilanza europea.<sup>421</sup>

Accanto all' SRM è stata prevista la creazione del *Fondo di risoluzione unico (SRF)*, che sarà alimentato negli anni dai contributi versati dalle banche dei Paesi partecipanti e che ha come funzione primaria quella di finanziare l'applicazione delle misure di risoluzione, per esempio concedendo prestiti oppure rilasciando garanzie.<sup>422</sup>

---

<sup>421</sup> ABI, Comunicato stampa, 14 luglio 2015, p.6 : “L’SRM ha già iniziato a svolgere attività preparatorie ai fini della redazione dei piani di risoluzione delle maggiori banche europee ma diverrà pienamente operativo dal 1° gennaio 2016”;

<sup>422</sup> ABI, Comunicato stampa, 14 luglio 2015: “Resta da definire a livello europeo una rete di sicurezza (backstop) che possa integrare le disponibilità del Fondo per far fronte con tempestività alle crisi degli intermediari di maggiore dimensione. Il recente rapporto dei cinque Presidenti europei sul completamento dell’Unione economica e monetaria indica opportunamente come prioritaria la sua predisposizione”;

### 8.3 *Il cambiamento concreto: la nuova procedura di Risoluzione*

Fino a prima della Direttiva 2014/59/UE, la legislazione bancaria prevedeva che potesse essere applicata alle banche in crisi solamente la procedura concorsuale della liquidazione coatta amministrativa. Essa consiste nell'azzeramento del capitale sociale, con conseguente perdita di valore per gli azionisti, e nella cessione del residuo patrimoniale ai creditori a titolo di rimborso; dunque il grado di soddisfazione dei creditori dipendeva dalla realizzazione dell'attivo, pertanto essi erano esposti al rischio, non improbabile, di perdere integralmente il loro credito, qualora il patrimonio residuo non fosse stato sufficiente a rimborsare tutti i crediti. Unica eccezione valeva per i titolari di conto corrente, ai quali era garantito il rimborso, dal *Sistema di garanzia dei depositi*, fino ad un importo depositato di 100.000 €. Maggiori tutele per i creditori sarebbero potute derivare solamente da decisioni politiche statali, volte a disporre il salvataggio della banca in crisi, tramite l'utilizzo di risorse pubbliche, cioè messe a disposizione dai contribuenti e non dai creditori stessi della banca. A partire dalla data di effettivo recepimento della Direttiva BRRD, in alternativa alla liquidazione coatta amministrativa, le legislazioni nazionali dovranno ammettere e disciplinare la procedura di Risoluzione: *sottoporre una banca a risoluzione significa avviare un processo di ristrutturazione gestito da Autorità indipendenti, le Autorità di risoluzione, il quale, attraverso l'utilizzo di tecniche e poteri offerti dalla Direttiva stessa, mira ad evitare interruzioni*

*nella prestazione dei servizi essenziali offerti dalla banca (ad esempio, i depositi e i servizi di pagamento), a ripristinare condizioni di sostenibilità economica della parte sana della banca e a liquidare le parti restanti.*<sup>423</sup> Le Autorità di risoluzione possono sottoporre una banca a Risoluzione se ritengono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- la banca è in dissesto o a rischio di dissesto (ad esempio, quando, a causa di perdite, l'intermediario ha azzerato o ridotto in modo significativo il proprio capitale);
- non si ritiene che misure alternative di natura privata (quali aumenti di capitale) o di vigilanza non consentano di evitare in tempi ragionevoli il dissesto dell'intermediario;
- sottoporre la banca alla liquidazione ordinaria non permetterebbe di salvaguardare la stabilità sistemica, di proteggere depositanti e clienti, di assicurare la continuità dei servizi finanziari essenziali e, quindi, la risoluzione è necessaria nell'interesse pubblico.

Gli strumenti di risoluzione ai quali le Autorità potranno ricorrere sono:

- la vendita di una parte dell'attività ad un acquirente privato;
- il trasferimento temporaneo delle attività e delle passività ad un'entità (*bridge bank*) costituita e gestita dalle Autorità stesse per proseguire le funzioni più importanti, in vista di una successiva vendita sul mercato;

---

<sup>423</sup> ABI, Comunicato stampa, 14 luglio 2015;

- il trasferimento delle attività deteriorate ad un veicolo (*bad bank*) che ne gestisca la liquidazione in tempi ragionevoli;
- l'applicazione del bail-in, ossia svalutare azioni e crediti e convertirli in azioni per assorbire le perdite e ricapitalizzare la banca in difficoltà o una nuova entità che ne continui le funzioni essenziali. Ne emerge che l'intervento pubblico è previsto soltanto in circostanze straordinarie, cioè per evitare che la crisi di un intermediario abbia gravi ripercussioni sul funzionamento del sistema finanziario nel suo complesso.<sup>424</sup>

#### 8.4 *Il bail-in*

Il bail-in (letteralmente *salvataggio interno*) è uno strumento di risoluzione che si attiva qualora l'azzeramento del capitale non sia sufficiente a coprire le perdite. Esso consente alle Autorità nazionali di risoluzione di svalutare le azioni oppure alcune categorie di crediti vantati dai terzi nei confronti della banca o ancora, di convertire quei crediti in azioni al fine di realizzare la ricapitalizzazione: in tal modo i creditori sono chiamati a sopportare le perdite generate da una crisi bancaria, proprio come accade con la procedura di liquidazione coatta amministrativa. Con le nuove norme nessun creditore può subire perdite maggiori di quelle che avrebbe sopportato nel caso in cui la

---

<sup>424</sup> ABI, Comunicato stampa 14 luglio 2015: “L’attivazione dell’intervento pubblico, come ad esempio la nazionalizzazione temporanea, richiede comunque che i costi della crisi siano ripartiti con gli azionisti e i creditori attraverso l’applicazione di un bail-in almeno pari all’8% del totale del passivo”;

banca fosse stata sottoposta a liquidazione coatta amministrativa secondo la normativa tutt'oggi in vigore. La Direttiva però esclude esplicitamente alcune categorie di crediti dal contribuire alla risoluzione della crisi bancaria: oltre ai depositi "protetti", sono escluse le passività garantite, le disponibilità detenute dalla banca per conto del cliente (per esempio il contenuto della cassetta di sicurezza o i titoli depositati in un conto apposito), i crediti da lavoro o dei fornitori. Oltre a queste citate, l'Autorità di risoluzione può escludere anche altre categorie di crediti, al ricorrere di determinate condizioni secondo una valutazione da fare caso per caso. Va però precisato che i crediti non esclusi dalla Direttiva sono coinvolti e subiscono il processo di risoluzione secondo un ordine preciso, che prevede prima l'azzeramento del capitale e delle riserve (con perdite per gli azionisti) e poi, se necessario, la svalutazione o conversione degli strumenti aggiuntivi di capitale e delle altre categorie di debito subordinato. Successivamente la svalutazione o la conversione si applica ai crediti non subordinati e non garantiti.<sup>425</sup> La Banca di Italia può utilizzare anche le risorse del Fondo nazionale di risoluzione, tenendo quindi indenni talune categorie di creditori, purché sia soddisfatta la condizione che azionisti e creditori abbiano assorbito le perdite per un ammontare pari almeno all'8% del totale passivo. La condizione dell'8% di bail-in minimo deve essere rispettata anche nel caso di sostegno finanziario pubblico. In Italia la completa applicazione del bail-in è prevista solo a partire dal 2016; tuttavia, la

---

<sup>425</sup> v.d. *Unione bancaria: con direttiva UE più tutele per depositi e creditori*, reperibile sul sito [http://www.mef.gov.it/inevidenza/article\\_0141.html](http://www.mef.gov.it/inevidenza/article_0141.html);



svalutazione o la conversione delle azioni e dei crediti subordinati, fra cui gli strumenti di capitale, sarà applicabile già da quest'anno, quando essa sia necessaria per evitare un dissesto.<sup>426</sup>

## GERARCHIA DEGLI STRUMENTI

### SOGGETTI A BAIL-IN



### *PRINCIPALI STRUMENTI ESCLUSI DAL BAIL-IN:*

- *Depositi fino a 100.000 €*
- *Passività garantite (x es. covered bond)*
- *Debiti verso dipendenti, fisco, enti previdenziali, fornitori*

#### 8.4.1 *Questioni future di bail-in*

Il “sogno” europeo di approdare ad una Banking Union iniziò a materializzarsi grazie all’approvazione da parte della Commissione europea di un pacchetto di riforme fondato su tre pilastri: il Meccanismo unico di vigilanza sulle banche (MVU), perfezionatosi con il Reg. UE 1024/2013; il Meccanismo Unico di Risoluzione delle banche in difficoltà (MRU), istituito grazie al Reg. UE

<sup>426</sup> ABI, Comunicato stampa, 14 luglio 2015;

806/2014 ed alla Dir. 2014/59/UE; l'armonizzazione ed il rafforzamento dei Sistemi di garanzia dei Depositi, attuati per merito della Dir. 2014/49/UE.

È proprio dalla interconnessione del sistema di funzionamento del bail-in con tutti e tre i suddetti pilasti, che si avverte come necessaria una riflessione sulle implicazioni pratiche del concreto impiego di tale innovativo strumento di risoluzione in ambito transfrontaliero, partendo dal generale assunto che le scelte di investimento vengono influenzate anche dal sistema di procedure concorsuali previste da un ordinamento, in termini di varietà, certezza, rapidità e soprattutto garanzie e tutele.

Di fatti, una prima difficoltà si annida nella considerazione che, con riferimento al terzo pilastro dell'Unione Bancaria, nelle originarie intenzioni del legislatore comunitario c'era la creazione di un sistema europeo comune di garanzia dei depositi, allo scopo di eliminare le distorsioni competitive che si temeva potessero essere generate dai diversi livelli di protezione offerti a causa delle diverse modalità di intervento dei fondi e dei diversi strumenti impiegati per la raccolta degli stessi. Di fatto però, si è approdati solo a compiere un'armonizzazione massima dei diversi Sistemi nazionali e così la nuova Direttiva ha consentito ad essi di operare con modalità e dotazioni finanziarie uniformi ed ha adeguato il loro funzionamento e le loro modalità di intervento al nuovo quadro europeo per la gestione delle crisi.<sup>427</sup> Si è così prevista una garanzia uniforme dei depositi fino a 100.000 € ma la Direttiva non ha disposto

---

<sup>427</sup> v.d. C. BARBAGALLO, *L'Unione Bancaria europea*, intervento in *Verso l'Europa unita: gli obiettivi raggiunti, gli ostacoli da superare, le nuove sfide*, Tavola rotonda NIFA (New International Finance Association), 6 maggio 2014;

un regime unico di finanziamento della garanzia e pertanto si può pensare che esista ancora per i depositanti un incentivo a scegliere una banca avente la sede legale in uno Stato europeo dotato di un migliore merito creditizio sovrano. Ma probabilmente, neanche un simile distorsivo vantaggio basterebbe a tutelare effettivamente la posizione dei creditori e dei depositanti della sede secondaria di una banca, avente la sede principale (luogo dove è stata rilasciata l'autorizzazione ad esercitare l'attività bancaria) in un altro Stato europeo o extra-europeo. Per meglio dire, la forse maggiore difficoltà attuativa del bail-in all'interno di un gruppo bancario transfrontaliero potrebbe rivelarsi quella di dover conciliare i principi cardine dell'Unione, quali la libertà di circolazione dei capitali e la libertà di stabilimento, con le esigenze di tutela dell'affidamento adeguatamente informato degli investitori e dei depositanti di una filiale o succursale di una banca estera che si trovi a dover ricorrere allo strumento della Risoluzione: in siffatta eventualità, qualora venisse applicato il meccanismo del "salvataggio interno", data l'unitarietà economica del gruppo, sarebbero chiamati a contribuire al risanamento della capogruppo anche gli investitori, prima, ed i depositanti, poi, di nazionalità estera, che hanno scelto di affidare i propri risparmi a quella banca straniera che ha aperto le proprie diramazioni nello Stato di residenza di quelli. Dal quadro appena prospettato ne emerge che:

- il bail-in si accompagna ontologicamente al rischio che le obbligazioni bancarie non risultino più appetibili per gli investitori e così sarebbe

sempre più difficile per gli enti creditizi riuscire a finanziare la propria attività e riuscire allo stesso tempo a rispettare i maggiori requisiti patrimoniali e di stabilità imposti dalle nuove norme sulla vigilanza; l'effetto sarebbe contrario a quello prefissato dalla disciplina sulla Risoluzione, ovvero un aumento del numero dei tracolli bancari data la scarsa solidità degli enti.

A tal proposito, a parer mio, andrebbe ripensato, nel senso di un suo rafforzamento, l'impianto delle garanzie offerto agli investitori e sarebbe opportuno ispirarsi al modello svizzero per esempio. Infatti la Svizzera non si è limitata ad apportare tutele attraverso il solo Fondo di garanzia dei depositi, bensì ha adottato un sistema di Risanamento che, prima di ricorrere al prelievo su azionisti, obbligazionisti e depositanti, dispone la vendita di rami e di beni di proprietà della banca; oppure ammette la cessione a pagamento dei propri clienti ad un istituto finanziario, che applicherà loro condizioni analoghe a quelle previste nell'originario contratto bancario<sup>428</sup>. Al contrario, in Italia, la cessione dei rami d'azienda non è un'operazione avente priorità sull'applicazione del bail-in e le disuguaglianze potrebbero sorgere, sia qualora all'interno dell'Unione europea solamente alcuni Stati si orientassero a perfezionare ed a preferire l'applicazione degli altri meccanismi di Risoluzione (previsti dalla stessa Dir. 2014/59/UE), sia dall'assenza di

---

<sup>428</sup> F. DE DOMINICIS, per *Libero Quotidiano*, reperibile sul sito: [www.dagospia.com/rubrica-4/business/nuove-regole-bruxelles-fallimenti-bancari-che-impongono-105139.htm](http://www.dagospia.com/rubrica-4/business/nuove-regole-bruxelles-fallimenti-bancari-che-impongono-105139.htm);

uniformità nel funzionamento e nelle modalità di formazione dei Fondi di Tutela dei Depositi. Per esempio il FITD italiano si configura come un *patto di solidarietà*<sup>429</sup> tra Istituti di credito, a tutela dei risparmiatori inconsapevoli, al quale sono obbligate ad aderire le banche italiane, salvo le BCC e le banche extraeuropee operanti in Italia attraverso filiali, qualora non aderiscano già ad un sistema simile nel loro Paese di origine; la partecipazione delle banche europee è meramente volontaria. Dunque il suddetto Fondo garantisce, fino all'ammontare di 100.000 € i depositi collocati in banche italiane, in succursali di banche italiane in Europa ed in succursali di banche europee ed extraeuropee in Italia. È dunque evidente che, qualora gli investitori ed i depositanti stranieri percepissero come non abbastanza solido il sistema finanziario italiano e di conseguenza il Fondo disposto a loro garanzia, avrebbero non poche remore nel collocare i propri risparmi nella succursale della banca italiana presente sul proprio territorio nazionale.

Va detto anche che, ulteriore elemento disincentivante per il nostro Paese (ma si può credere che la cosa accada anche per altri Stati, sebbene a causa di diversi e specifici aspetti caratterizzanti i propri Fondi di garanzia nazionali) risiede nello storico carattere di intervento *ex post* del FITD; infatti, fino all'entrata in vigore dell'Unione bancaria europea e del bail-in, era previsto per legge che le banche non potessero

---

<sup>429</sup> v. articolo *Il Fondo di garanzia dei depositi non impedirà la corsa agli sportelli*, reperibile sul sito: [www.wallstreetitalia.com/article/1531203/euro/fondo-garanzia-depositi-non-impedir-corsa-sportelli.aspx](http://www.wallstreetitalia.com/article/1531203/euro/fondo-garanzia-depositi-non-impedir-corsa-sportelli.aspx);

fallire e proprio per tale ragione, il Fondo è sempre stato vuoto, poiché le somme per il risarcimento degli investitori sarebbero state versate dalle banche aderenti solo al momento del reale verificarsi del fallimento di una banca.<sup>430</sup> Come rilevato dal Consulente finanziario Fabrizio Brilli, va capito se ed in che modo il bail-in apporterà modifiche all'intervento dei FITD dei vari Stati comunitari, credendo che di certo un nuovo segnale di unitarietà vada dato, giacché attualmente le procedure di intervento dei Fondi si pongono in conflitto con quello che sembra essere l'intento delle nuove norme europee: *la presenza di un minor numero di banche, ma più grandi e più forti di quelle attuali.*<sup>431</sup>

La necessità di unitarietà tra i Fondi è avvertita dalla stessa Dir. 2014/59/UE, la quale al *considerando 110* dispone: “ *Benché istituiti a livello nazionale, i meccanismi di finanziamento dovrebbero essere messi in comune in caso di risoluzione di gruppo, a condizione che si raggiunga un accordo tra le autorità nazionali sulla risoluzione dell'ente. I depositi protetti dai sistemi di garanzia dei depositi non dovrebbero sostenere perdite nel processo di risoluzione. Quando l'azione di risoluzione assicura ai depositanti il mantenimento*

---

<sup>430</sup> F. BRILLI, *Il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi: “Questo significa che, invece di pagare secondo il proprio profilo di rischio ed in base ad un sistema meritocratico, chi “fallisce” non paga nulla ed il fallimento viene assorbito dai concorrenti più virtuosi.”*, 9 giugno 2015, articolo reperibile sul sito: [www.sferamagazine.it/economia/finanza/il-fondo-interbancario-di-tutela-dei-depositi](http://www.sferamagazine.it/economia/finanza/il-fondo-interbancario-di-tutela-dei-depositi);

<sup>431</sup> F. BRILLI, *Il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi*, 9 giugno 2015, articolo reperibile sul sito: [www.sferamagazine.it/economia/finanza/il-fondo-interbancario-di-tutela-dei-depositi](http://www.sferamagazine.it/economia/finanza/il-fondo-interbancario-di-tutela-dei-depositi);

*dell'accesso ai depositi, i sistemi di garanzia dei depositi cui l'ente soggetto a risoluzione è affiliato dovrebbero essere tenuti a fornire un contributo non superiore all'ammontare delle perdite che avrebbero dovuto sostenere se l'ente fosse stato liquidato con procedura ordinaria di insolvenza.”*

- Si è detto come la non uniformità operativa tra gli Stati membri dei Fondi di Garanzia dei Depositi possa causare un differente e discriminante livello di tutela tra i depositanti bancari, nonché sfavorire, nell'espansione e nella raccolta di capitali all'estero, quelle filiali e succursali di banche-madri sottoposte alle legislazioni di Stati che optano per un minor grado di garanzie. Ma merita di essere spiegato più adeguatamente il significato dei termini “filiale” e “succursale”. Da sempre il dibattito dottrinale e giurisprudenziale è stato acceso, dapprima sulla questione se effettivamente, nell'ambito del concetto di sede secondaria, si dovesse distinguere in termini giuridici e pratici tra filiale e succursale, e successivamente il dibattito si spostò sul significato distintivo delle suddette diramazioni bancarie. La Direttiva BRDD effettua la separazione dei concetti e rinvia al Reg. UE 575/2013 per la loro definizione:

*1. All'art. 4 par.1 punto 16 è definita "filiazione":*

a) *un'impresa figlia ai sensi degli articoli 1 e 2 della Direttiva 83/349/CEE;*

b) *un'impresa figlia ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, della Direttiva 83/349/CEE, nonché ogni impresa su cui un'impresa madre esercita effettivamente un'influenza dominante.*

*La filiazione di una filiazione è parimenti considerata come filiazione dell'impresa madre che è al vertice di tali imprese;*

2. All'art. 4 par. 1 punto 17 è definita "succursale":

*una sede di attività che costituisce una parte priva di personalità giuridica di un ente e che effettua direttamente, in tutto o in parte, le operazioni inerenti all'attività dell'ente.*

Semplificando, il diritto comunitario intende la filiale come quella forma di stabilimento che si realizza attraverso la creazione di una società dotata di autonoma personalità giuridica, ma sottoposta al controllo stabile della banca-madre; mentre la succursale è un "ramo" senza personalità giuridica e senza autonomia patrimoniale, che si configura come un complesso di beni speciali autonomi rispetto al restante patrimonio della banca-madre, alla quale viene giuridicamente imputata la sua attività.<sup>432</sup>

---

<sup>432</sup> v.d. sito: [www.appuntieconomia.it/diritto-bancario/il-sistema-bancario-italiano.html](http://www.appuntieconomia.it/diritto-bancario/il-sistema-bancario-italiano.html);



Per sua espressa previsione, la Dir. BRDD si applica anche alle sedi secondarie di una holding bancaria, ma non viene specificato se le filiali e le succursali transfrontaliere debbano subire il meccanismo di Risoluzione scelto dalla banca-madre collocata in uno Stato diverso e, con riferimento alla specifica ipotesi in cui la scelta ricadesse sul bail-in, non si specifica se di fatto sia legittimo ammettere che azionisti, obbligazionisti e depositanti stranieri vengano coinvolti nel salvataggio della banca di nazionalità diversa dalla propria, ma nella quale hanno “rischiato” le proprie finanze. In relazione alla Dir. 24/2001 in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi, la Commissione europea con la sua Comunicazione del 2009 ha precisato che i principi previsti espressamente dalla Direttiva per le filiali bancarie europee, andrebbero estesi anche alle succursali e quindi anche a queste ultime dovrebbero essere applicate le misure liquidatorie disposte nello Stato di origine della banca capogruppo; non è chiaro, però, se anche le misure di Risoluzione siano ricomprese nell’ambito di applicazione della Dir. 24/2001, sebbene, trattandosi di misure di risanamento, si è portati a concludere in senso affermativo. Per deduzione condurrebbe in tal senso anche l’affermazione rilasciata in un’intervista da Wilson Ervin del Credit Suisse, il quale, nell’ipotizzare una possibile applicazione del bail-in nel caso Lehman Brothers, ha affermato: “ *Dal punto di vista strutturale Lehman avrebbe sopportato un bail-in. Aveva una holding con un elevato volume di debito non garantito che si sarebbe potuto convertire in capitale proprio. Ma in tutto il mondo le banche si*

*fondano su molteplici forme di finanziamento, ed è necessario assicurare che siano presenti le condizioni per realizzare con successo un piano di bail-in. Il FSB ha lanciato infatti un'iniziativa di ampia portata relativa al capitale di assorbimento totale delle perdite (Total Loss-Absorbing Capital - TLAC), proprio per assicurare che tutte le banche dispongano di una struttura finanziaria adeguata per il bail-in in caso di emergenza*<sup>433</sup>; è chiaro che sia ammissibile un meccanismo di assistenza reciproca tra le società componenti il gruppo bancario, data l'indiscussa unitarietà economica del gruppo societario, ma nel particolare caso delle banche i soggetti coinvolti nell'eventuale crisi del gruppo sono i numerosi risparmiatori, intere comunità locali, con più forti esigenze di tutela, protezione e garanzia, rispetto ad azionisti e creditori di un tradizionale gruppo societario. Proprio questa è la ragione per cui gli Stati, nel recepire il bail-in, stanno mettendo in atto iniziative finalizzate ad assicurare un livello adeguato di capitalizzazione in ciascuna banca appartenente al gruppo, così che ciascuna sede sarà idonea ad attrarre la fiducia degli investitori; ma, come rilevato dal Prof. Ervin, la cooperazione transfrontaliera è una questione attualmente ancora irrisolta e dovrebbe essere affrontata con scelte di più ampia visione internazionale: ci sono alcune proposte che vanno nel verso giusto, sebbene vadano perfezionate, come per esempio l'idea di un pre-collocamento del capitale in alcuni Paesi ospitanti (si pensa quelli con un minor livello di

---

<sup>433</sup> W. ERVIN, *L'esperienza Lehman e la nascita del bail-in*, 9 aprile 2015, reperibile sul sito: [www.credit-suisse.com/it/it/news-andexpertise/news/banking.article.html/article/pwp/news-and-expertise/2015/04/it/the-lehman-experience-and-the-birth-of-bail-in.html](http://www.credit-suisse.com/it/it/news-andexpertise/news/banking.article.html/article/pwp/news-and-expertise/2015/04/it/the-lehman-experience-and-the-birth-of-bail-in.html);

capitale). Tale soluzione, se da un lato andrebbe a rassicurare le Autorità di regolamentazione dei Paesi ospitanti, dall'altro lederebbe la flessibilità, poiché potrebbe crearsi una situazione in cui il capitale si troverebbe bloccato in uno Stato, quando invece servirebbe impiegarlo altrove<sup>434</sup>; pertanto converrebbe che gli Stati vengano obbligati a considerare problematiche di stabilità finanziaria di più ampia portata e “ *non solo le questioni relative alla stabilità all'interno della loro giurisdizione al momento della liquidazione. Viviamo in un mondo interconnesso. Se con le nostre azioni miriamo a tutelare solo la realtà locale possiamo causare problemi altrove. Oggi tali problemi possono rimbalzare ripercuotendosi a loro volta sul mercato nazionale.*”<sup>435</sup>

In tal senso è opportuno riportare il testo di alcuni *considerando* della Dir. 2014/59/UE:

- Cons. 38: *Il sostegno finanziario da parte di un'entità di un gruppo transfrontaliero a favore di un'altra entità dello stesso gruppo è attualmente limitato da una serie di disposizioni contenute nel diritto nazionale di alcuni Stati membri, che mirano a tutelare creditori e azionisti di ciascuna entità, ma che non tengono conto dell'interdipendenza delle entità dello stesso gruppo. È pertanto opportuno stabilire a quali condizioni è possibile trasferire il sostegno finanziario tra entità di un gruppo transfrontaliero di enti nell'intento di garantire la stabilità finanziaria del gruppo di enti nel suo complesso,*

---

<sup>434</sup> *idem;*

<sup>435</sup> *idem;*

*senza mettere a repentaglio la liquidità o la solvibilità dell'entità del gruppo che fornisce il sostegno. Il sostegno finanziario fra entità di uno stesso gruppo dovrebbe essere volontario e assoggettato a idonee salvaguardie, ed è opportuno che gli Stati membri non subordinino, direttamente o indirettamente, l'esercizio del diritto di stabilimento all'esistenza di un accordo sulla fornitura di sostegno finanziario;*

- *Cons. 97: Nella risoluzione di gruppi transfrontalieri è opportuno raggiungere un equilibrio fra, da un lato, la necessità di procedure consone all'urgenza della situazione e funzionali al raggiungimento di soluzioni efficaci, eque e tempestive per il gruppo nel suo complesso e, dall'altro, l'esigenza di preservare la stabilità finanziaria in tutti gli Stati membri in cui il gruppo opera. È opportuno che le diverse autorità di risoluzione confrontino le loro posizioni nel collegio di risoluzione (...).*

- La cooperazione diviene ancora più difficoltosa quando un gruppo bancario supera i confini nazionali e quelli dell'Unione Europea, per operare in Paesi terzi, poiché in tali situazioni, a differenza di quanto accade nel territorio comunitario, ancora non vi sono adeguate attività di coordinamento, né è presente una sovrastruttura giuridica che ne garantisca l'attuazione, sebbene si stanno avanzando proposte costruttive in tal senso; taluni coraggiosi propongono una modifica

dell'UNCITRAL, altri optano per l'emanazione di un apposito trattato per una migliore cooperazione tra Paesi, altri ancora ritengono che al momento la soluzione migliore e più realisticamente attuabile nel breve termine sarebbe la creazione di incentivi alla collaborazione tra le rispettive Autorità di regolamentazione nazionali.<sup>436</sup>

In questo senso dispone anche il considerando 102 della Dir. BRRD, ove si dice che: *“E’ opportuno che la cooperazione riguardi sia le filiazioni dei gruppi dell’Unione o di paesi terzi, sia succursali degli enti dell’Unione o di paesi terzi. Le succursali dei gruppi di paesi terzi sono imprese stabilite nell’Unione: pertanto, esse sono totalmente soggette al diritto dell’Unione, compresi gli strumenti di risoluzione stabiliti dalla presente direttiva. Occorre tuttavia preservare il diritto degli Stati membri di agire nei confronti delle succursali di enti la cui sede legale è stabilita in un paese terzo nei casi in cui il riconoscimento e l’applicazione alla succursale di procedure di risoluzione del paese terzo metterebbero a repentaglio la stabilità finanziaria dell’Unione o in cui i depositanti dell’Unione non riceverebbero lo stesso trattamento dei depositanti del paese terzo. In tali circostanze e nelle circostanze stabilite dalla presente direttiva è opportuno conferire agli Stati membri il diritto di rifiutare, previa consultazione delle autorità nazionali di*

---

<sup>436</sup> W. ERVIN, *L’esperienza Lehman e la nascita del bail-in*, 9 aprile 2015, reperibile sul sito: [www.credit-suisse.com/it/it/news-andexpertise/news/banking.article.html/article/pwp/news-and-expertise/2015/04/it/the-lehman-experience-and-the-birth-of-bail-in.html](http://www.credit-suisse.com/it/it/news-andexpertise/news/banking.article.html/article/pwp/news-and-expertise/2015/04/it/the-lehman-experience-and-the-birth-of-bail-in.html);

*risoluzione, il riconoscimento di una procedura di risoluzione di un paese terzo nei confronti di una succursale nell'Unione di un ente di un paese terzo.”*

I problemi di armonizzazione che il legislatore comunitario si è posto in relazione alla situazione di diramazioni bancarie da uno o in uno Stato terzo, nonché le soluzioni ipotizzate, portano a trasporre una simile riflessione anche all'interno del territorio comunitario, ove si è visto che, di fatto, si pongono gli stessi problemi di armonizzazione e di contemperamento dei diritti e delle relative tutele. Il 3 luglio 2015 l'EBA ha pubblicato il progetto finale di Standard Tecnici di Regolamentazione (RTS) sul requisito minimo relativo ai fondi propri ed alle passività ammissibili (*Minimum Requirement for Own Funds and Eligible Liabilities - MREL*) e sul riconoscimento contrattuale del bail-in. Entrambi i documenti hanno lo scopo di apportare una precisazione ulteriore degli elementi essenziali al fine di assicurare l'efficacia del regime di Risoluzione introdotto dalla Direttiva 2014/59/UE. Di fatto, dunque, tali standard vogliono assicurare l'efficacia transfrontaliera del bail-in e fungono da supporto per un efficace esercizio dei poteri di riduzione e conversione delle passività soggette al diritto di un Paese terzo.<sup>437</sup> Di fatti, nel caso in cui le passività che andrebbero svalutate e convertite siano regolamentate dalla

---

<sup>437</sup> Consultazione EBA sul riconoscimento contrattuale del bail-in, reperibile sul sito: [www.diritto bancario.it/news/banche-e-intermediari-finanziari/consultazione-eba-sul-riconoscimento-contrattuale-del-bail](http://www.diritto bancario.it/news/banche-e-intermediari-finanziari/consultazione-eba-sul-riconoscimento-contrattuale-del-bail);

legislazione di uno Stato extra-UE, la Dir. BRRD richiede che vengano stipulati accordi che portino ad introdurre una clausola per il riconoscimento contrattuale dello specifico trattamento delle suddette passività: solo sottoscrivendo questa specifica clausola contrattuale, il creditore dello Stato terzo o, in generale, la parte dell'accordo che crea la passività, si impegna ad accettare ed a riconoscere l'applicazione dei poteri di riduzione e conversione esercitati dalla competente Autorità di Risoluzione di uno Stato europeo.<sup>438</sup>

Sebbene in ambito europeo vengano i principi generali del mutuo riconoscimento degli ordinamenti e delle decisioni nazionali, della libertà di circolazione dei capitali e della libertà di stabilimento, allo stato dell'arte attuale non appare inopportuno, né sovversivo o abnegativo dell'idea di unità che sta alla base dell'ordinamento comunitario, pensare di applicare la soluzione del riconoscimento contrattuale anche nei rapporti tra Stati dell'Unione, permettendo così una maggiore tutela ed un'adeguata informativa verso gli investitori, ed al tempo stesso, responsabilizzandoli maggiormente per i rischi di

---

<sup>438</sup> Versione finale EBA di RTS per assicurare una Risoluzione efficace in base alla BRRD: *“Il progetto finale di RTS determina più nel dettaglio i casi in cui non si applica il requisito relativo alla clausola contrattuale. Nello specifico, tale requisito viene rimosso nel caso in cui, nello stato terzo interessato, esista un sistema normativo o un accordo internazionale che stabilisce una procedura amministrativa o giudiziaria per garantire il riconoscimento dell'applicazione dei poteri di svalutazione e conversione da parte di un'autorità di risoluzione UE.*

*Inoltre, in aggiunta ai riscontri ricevuti durante la consultazione, il progetto finale di RTS specifica anche che le passività che sono completamente garantite, conformemente ai requisiti normativi dell'UE o alla legislazione equivalente di uno stato terzo, non necessitano della clausola contrattuale”, 3 luglio 2015, reperibile sul sito: <http://www.savecg.com/news-scheda.php?id=1840>;*

investimento assunti. Proprio muovendo da quest'ultimo effetto che potrebbe essere generato dal meccanismo della sottoscrizione della clausola contrattuale, potrebbero venirsi a risolvere le difformità tra ordinamenti nella ricezione dei nuovi meccanismi di Risoluzione delle crisi bancarie. A questo proposito ritengo opportuno citare la decisione della Corte costituzionale austriaca, dichiarativa dell'illegalità della legge con cui nel 2014 il Governo federale aveva disposto il salvataggio della banca di Stato, la Hypo Bank, e la cancellazione dei suoi 890 mln di debiti, attingendo dalle risorse dei suoi investitori e correntisti (bail-in)<sup>439</sup>. In breve la vicenda: la Hypo Alpe Adria Bank era stata nazionalizzata nel 2009, quando mostrò forti perdite ed avrebbe avuto bisogno degli aiuti statali per potersi risolleverare; ciò le fu negato dal governo austriaco ed allora si optò per la creazione di una bad bank, la Heta Bank; come piano di salvataggio di Heta il governo aveva disposto il "prelievo" di un'ingente somma complessiva dai sottoscrittori di obbligazioni della stessa banca Heta. A parere della Corte, l'illegalità del provvedimento statale risiede nel suo effetto di far venire meno le originarie garanzie negoziate ed assegnate ai detentori di bond e quindi "tratta gli investitori in modo ingiusto".<sup>440</sup> Da una simile decisione e dal manifestato approccio al nuovo sistema di salvataggio bancario,

---

<sup>439</sup> M. MIGLIETTA, *La Germania vuole il bail-in per la Grecia, ma per l'Austria è illegale*, 29 luglio 2015, articolo reperibile sul sito: [www.eunews.it/2015/07/29/germania-vuole-il-bail-per-la-grecia-ma-per-laustria-e-illegale/40347](http://www.eunews.it/2015/07/29/germania-vuole-il-bail-per-la-grecia-ma-per-laustria-e-illegale/40347);

<sup>440</sup> *Idem*;



possono muoversi alcune considerazioni critiche contro l'effettiva e legittima applicabilità dell'istituto: come ritenuto anche da molti esperti, data la possibilità per i vari ordinamenti statali di recepire in modi diversi le Direttive, si può pensare di realizzare un'effettiva unione bancaria solo tramite un cambiamento dei trattati, al fine di sancire l'effettivo passaggio dal livello nazionale al livello europeo, dei poteri esercitabili sulle banche, non apparendo e, guardando alla decisione della Corte di Vienna, non essendo stata sufficientemente armonizzante la disposizione della mera trasposizione delle Direttive negli ordinamenti interni<sup>441</sup>; inoltre, la citata pronuncia porta con sé il rischio di fare da apripista ad una serie di ricorsi, di contestazioni ed alle richieste di una maggiore riflessione sulla disciplina del bail-in anche da parte di istituzioni e contribuenti degli altri Stati europei. Di fatti, una questione di legittimità costituzionale potrebbe sollevarsi anche in relazione all'ordinamento italiano, ove l'art. 47 Cost. prevede che *“La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito”*<sup>442</sup>; infine, è evidente che le esigenze di tutela emergenti in riferimento ai correntisti nazionali, dirompano con forza maggiore quando il contributo di risanamento debba essere apportato da obbligazionisti di nazionalità

---

<sup>441</sup> *Idem*;

<sup>442</sup> STUDIO DUCHEMINO, *“In arrivo il bail-in: saranno correntisti e azionisti a salvare le banche”*, Torino 15 luglio 2015, reperibile sul sito: [www.studioduchemino.com/notizie/in-arrivo-il-bail-in-saranno-correntisti-e-azionisti-a-salvare-le-banche-1016](http://www.studioduchemino.com/notizie/in-arrivo-il-bail-in-saranno-correntisti-e-azionisti-a-salvare-le-banche-1016), Op. cit. Prof. Francesco Pizzetti;

straniera, eventualmente residenti in uno Stato in cui sono stati sollevati forti dubbi di costituzionalità verso il sistema di ristrutturazione, così come è accaduto in Austria, ed i cui Governi si stanno dunque attivando per un'implementazione della normativa europea, possibilmente più garantisticamente orientata.

## **CONCLUSIONE**

Alla luce di questo lavoro, ritengo di estrema importanza i recentissimi interventi della Commissione europea, poiché, considerata la rivendicazione di sovranità da parte dei singoli ordinamenti statali, considerata la rivendicazione dell'autonoma soggettività giuridica da parte delle singole imprese facenti parte di un gruppo e considerata dunque l'utopia del pensiero di poter creare ed imporre agli Stati europei una regolamentazione ad hoc di derivazione comunitaria, date le diversità strutturali esistenti tra i ventotto ordinamenti, il percorso intrapreso dal legislatore europeo mi appare, non soltanto corretto, ma anche l'unico concretamente praticabile: è stato corretto procedere all'armonizzazione tramite lo strumento normativo della Raccomandazione, ovvero attraverso "suggerimenti" che indicano la strada opportuna da calcare, ma senza imposizioni imperative, le quali condurrebbero all'unico effetto di alimentare il malcontento e conseguentemente di non permettere il

raggiungimento degli obiettivi che il legislatore si è prefissato. A maggior ragione considero adeguata la promozione a livello comunitario dei cd. meccanismi ibridi di soluzione della crisi: è opportuno mostrarne i vantaggi a quegli ordinamenti nei quali essi sono ancora sconosciuti ed al contempo garantirne il riconoscimento della loro efficacia su tutto il territorio dell'Unione. Simili procedure di matrice e natura intimamente privatistica, preventive delle estreme conseguenze dell'insolvenza, appaiono le più adeguate a dotare la Comunità europea di un procedimento certo e comune, al quale ricorrere per gestire un'insolvenza transnazionale, soprattutto quando il coinvolgimento di una pluralità di soggetti giuridici legati da intensi rapporti di direzione, controllo e coordinamento, complica il quadro fattuale e normativo di azione. In siffatte ipotesi, a maggior ragione, si appalesano tutte le difficoltà di applicare una procedura regolamentata giurisdizionalmente, sembrando invece più utile ricorrere ad una forma privatistica, seppure proceduralmente disciplinata, di gestione della crisi, tramite la quale il debitore ed i creditori, qualunque sia la loro nazionalità di appartenenza, possano giungere ad una nuova e convenzionale regolamentazione dei loro rapporti reciproci, senza ricorrere ad alcuna autorità giudiziaria (almeno in principio). Così si riuscirebbero anche a superare lacune e critiche mosse al Regolamento 1346/2000, finendo per non renderne neanche più necessaria l'applicazione. D'altronde, è principio cardine ed ispiratore di qualsiasi Carta costituzionale quello di garantire il contemperamento degli interessi tra i soggetti agenti in un

certo territorio, secondo lo storico meccanismo di “*check and balances*”. Non esiste miglior modo per garantire e tutelare i propri interessi, se non quello di autodeterminarli, occupandosi personalmente della loro gestione e regolamentazione. Gli organi legislativi europei, però, dovrebbero agire con maggiore convinzione in tale direzione, cioè per la realizzazione ed il completamento di un siffatto disegno normativo sul tema dell’insolvenza transfrontaliera, accingendosi con minori remore a scalfire le autonome sovranità nazionali, legittimati da un interesse di rango superiore: la certezza del diritto e del buon funzionamento del mercato comune.

Con riferimento alla disciplina speciale da applicare ai gruppi bancari transfrontalieri, alla certezza del diritto si accompagnano la necessità di maggiori specificazioni per l’applicazione del bail-in e maggiori garanzie e tutele degli investitori in azioni ed obbligazioni bancarie. L’esigenza di un’azione in tal senso è manifestata anche in una lettera che un gruppo di gestori e di asset manager hanno indirizzato alla BCE, chiedendole di compiere un intervento chiarificatore sulla procedura di bail-in ed in particolare di andare a meglio regolamentare le modalità ed i tempi in cui gli investitori dovranno partecipare al salvataggio della banca in default; solo in tal modo, infatti, si potrà scongiurare il pericolo che più nessuno voglia sottoscrivere i bond degli istituti di credito<sup>443</sup>. Ma in verità il cambiamento maggiore è richiesto agli stessi risparmiatori, i quali dovrebbero compiere lo sforzo di un vero e proprio

---

<sup>443</sup> v. *Gestori alla BCE: chiarite norme bail-in se no bond banche spacciati*, 20 agosto 2015, articolo reperibile sul sito: [www.wallstreetitalia.com/article/1824036/debito/gestori-alla-bce-chiarite-procedura-bail-in-se-no-bond-banche-spacciati.aspx](http://www.wallstreetitalia.com/article/1824036/debito/gestori-alla-bce-chiarite-procedura-bail-in-se-no-bond-banche-spacciati.aspx);

cambiamento di ideologia e di approccio all'investimento bancario: essi dovrebbero abbandonare la vecchia concezione di considerare più sicura la banca a sé più familiare, cioè collocata nel luogo in cui vivono, preferendo invece una valutazione analitica e realistica della qualità del reddito e del capitale bancario; il cambiamento deve riguardare anche la concezione e la valutazione del rischio, cioè si deve passare da una sua valutazione in termini di volatilità del veicolo di investimento, ad una valutazione di spettro più ampio e relativa alle possibilità di perdita permanente del capitale.

Simili mutamenti portano con sé anche l'opportunità per i risparmiatori di ricevere maggiori informazioni sulle soluzioni di investimento, di responsabilizzarsi di fronte ai rischi che si è scelti di correre e gli permetterebbe anche di acquisire una maggiore consapevolezza su quegli strumenti finanziari idonei ad eliminare i rischi di default, quali le SICAV ed i Fondi comuni.<sup>444</sup>

D'altronde, *“se il mondo cambia è necessario cambiare anche il modo di pensare e di agire”* ed *“è opportuno cambiare prima di essere costretto a farlo”*.

---

<sup>444</sup> M. MILANI, *Professione Investitore – I salvataggi bancari, prove tecniche di bail-in in Italia*, 1 settembre 2015, articolo reperibile sul sito: <http://citywire.it/news/professione-investitore-i-salvataggi-bancari-prove-tecniche-di-bail-in-in-italia/a835094?ref=international-italy-latest-news-lis>;

## BIBLIOGRAFIA

- ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in Banca borsa e tit. cred., 2008;
- ABI, *Comunicato stampa*, 14 luglio 2015;
- ALESSI, BENINCASA, PASSALACQUA, *Rapporti tra procedura principale e procedure secondarie nel Regolamento (CE) 1346/2000* in F. BONELLI (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Giuffrè Editore, 2011;
- ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004;
- AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da VASSALLI, LUISO E GABRIELLI, IV, Giappichelli, Torino, 2014;
- ANGELONI, *Le soluzioni concordate della crisi*, convegno di Roma del 10 aprile 2014 ;
- ANTICHI, *Analisi della disciplina europea in materia di gestione delle crisi transfrontaliere nel settore bancario: disciplina vigente e prospettive di riforma*, Luiss G. Carli di Roma 2011-2012;
- ASSOCIAZIONE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI ed esperti contabili delle tre Venezie, *Inserito il "Pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale nella società eterodiretta e il danno da lesione all'integrità del patrimonio della società controllata*, 2011;

ASSONIME, *Il nuovo Regolamento (UE) sulle procedure di insolvenza transfrontaliere*, 2015;

AULETTA, voce "attività", in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 981, spec. 982; si veda anche RONDINONE, *L'"attività" nel Codice Civile*, Milano, 2001;

BADINI, CONFALONIERI, VENTURA, *sub art. 2497 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di COTTINO, CAGNASSO, BONFATTI, II, 2004;

BARATTI, *Le garanzie finanziarie nell'insolvenza transnazionale: l'attuazione della direttiva 2002/47/Ce*, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2004;

BARBAGALLO, *L'Unione Bancaria europea*, intervento in *Verso l'Europa unita: gli obiettivi raggiunti, gli ostacoli da superare, le nuove sfide*, Tavola rotonda NIFA (New International Finance Association), 6 maggio 2014;

BARTALINI, *Direzione e coordinamento di società: Casi pratici e risvolti giurisprudenziali*, NCTM, 2014;

Basel Committee on Banking Supervision Consultative Document Standards  
Capital floors: *the design of a framework based on standardised approaches*  
*Issued for comment*, by 27 March 2015;

BENEDETTI, *La responsabilità aggiuntiva ex art. 2497 c.c. co.2*, Quaderni di giurisprudenza commerciale, Giuffrè editore 2013;

BELCREDI, *Le soluzioni concordate nella riforma delle procedure concorsuali*, in CIPOLLETTA, MICOSI, NARDOZZI, *La riforma della disciplina della crisi di impresa*, Confindustria, 2006;

BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992;

BONELLI, *Crisi di Imprese, casi e materiali*, Giuffrè editore, Milano, 2013;

BRESCIA MORRA, MELE, *Una vera rivoluzione: il Single Resolution Mechanism*, su Finriskallert, 2014;

CAGNASSO, *La qualificazione della responsabilità per la violazione dei principi di corretta gestione nei confronti della società etero diretta*, in *Fall.* 2008;

CAIAFA, ROMEO, *il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Collana diretta da Giuseppe Cassano, Wolters Kluwer, CEDAM, 2014;

CALLEGARI, *I gruppi di società*, in *Il nuovo diritto societario*, (a cura di) COTTINO, CAGNASSO, BONFATTI, Bologna, 2010;

CAPPELLO, *Il regolamento (CE) 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza - Analisi della normativa, dei casi giurisprudenziali e prospettive di riforma* Università degli Studi Ca' Foscari Venezia, 2013/2014;

CARIELLO, *Direzione e coordinamento e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.* 2003;

COLAPRETE, *l'azione risarcitoria ex art.2997 c.c.*, Tesi dottorato di ricerca, *Diritto delle società e dei mercati finanziari*, 2011/2012;

COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal for a Directive of European Parliament and of the Council a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directives 77/91/EEC and 82/891/EC, Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC,*



2005/56/EC, 2007/36/EC and 2011/35/EC and Regulation (EU) No 1093/2010, COM(2012) 280/3, Brussels, 6 giugno 2012;

COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working document impact assessment Accompanying the Communication from the Commission to European Parliament, the Council, The European economic and social committee, the European Court of Justice and the European central bank *An EU Framework for Cross-border Crisis Management in the Banking Sector*, Bruxelles, 2009;

CORNO, Tratto da *Il Fallimentarista*, *Un altro passo avanti a livello comunitario verso l'armonizzazione di alcuni aspetti della normativa in materia di crisi di impresa. La raccomandazione della commissione europea 12.3.14 e il possibile impatto sulla normativa italiana*, 2014;

COST, *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e di credito, D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 e successive modifiche*, Tomo I, artt. 1-69, G. Giappichelli, 2013

COSTANZA, PRIORI, SANGUINETI, *Governance e tutela del risparmio, best practice, regole e comunicazione al mercato*, V&P, 2007;

DAVYDENKO, FRANKS, *Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Defaults in France, Germany and the UK*, in *The Journal of Finance*, aprile 2008;

DE CESARI, MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2009; G.

MONTELLA, *La Corte di Giustizia e il Comi: eppur (forse) si muove!*, *Il fallimentarista*, 2012;

DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, *Working document technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*, gennaio 2011;

DI MAJO, *Il trust e i gruppi di imprese nelle procedure concorsuali*, in U. APICE (a cura di), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2011;

DI MAJO, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.* 2009;

EUROPEAN COMMISSION, *The La Rosière report*, 2009;

FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, Società, 2003;

FAZZINI, WINKLER *La proposta di modifica del Regolamento sulle procedure di insolvenza*, estratto da *Diritto del commercio internazionale*, anno XXVII Fasc. 1-2013;

FAZZINI, WINKLER *La proposta di modifica del Regolamento sulle procedure di insolvenza*, estratto da *Diritto del commercio internazionale*, anno XXVII Fasc. 1-2013;

FAZZINI, WINKLER, *DIRITTO DEL COMMERCIO INTRNAZIONALE*, Anno, XXVII, Fasc.1-Milano Giuffrè editore, 2013;

FIGÀ TALAMANCA, *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, in *Vita notarile*, n. 2, 2004;

FLASH REPORT, Recovery and Resolution Framework, *proposta di un quadro comune di norme per la gestione delle crisi bancarie*, 2012;

FRADA DE SOUSA, *A Europeização do Direito Internacional Privado – Os novos rumos na regulamentação das situações privadas transnacionais na UE*, *Dissertação de Doutoramento, Universidade Católica Portuguesa, Porto, [policopiado] Maio 2012*;

GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Bologna, 2005;

GALGANO, *I gruppi di società*, Giappichelli, Torino, 2001;

GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 2003;

GALGANO, in AA.VV., *Commentario del codice civile- SCIALOJA-BRANCA*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2005;

GALLETTI, *L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario*, in *Banca Borsa e Titoli di credito*, v., n. 5 , 2006;

GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Giuffrè editore, 2007;

GUGLIELMUCCI, *La responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in *Dir. fall.*, 2005;

IMEROVACH, *The home country' of a multinational enterprise group facing insolvency*, in *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 57, aprile 2008;

ISTRABEL, In Europea cross vorder insolvency Regulation, Intersentia 2005;

LATELLA, *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Giappichelli, 2007;

LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981;

MAFFEI, *Amministrazione straordinaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979;

MANZELLI, *La nuova vigilanza bancaria europea*, di Adjunct Fellow del Centro Studi e Ricerche Tocqueville, Acton, Focus Paper, n. 38 –2014;

MARINO, CARMINATI, Interpretazione estensiva del presupposto oggettivo di cui all'art. 160 L.Fall. e prevenzione dell'insolvenza il caso.it, 16 aprile 2015;

MAZZOLETTI, VENEZIANI, *L'efficacia del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione del debito nell'esperienza dei tribunali Lombarda*, report di ricerca, Giappichelli, Torino, 2014;

MEROVACH, *The 'home country' of a multinational enterprise group*, Insolvency Conference, Humboldt University, Berlin, Germany, June 9-10, 2008;

MICOSSI, BRUZZONE, CARMASSI, *The new european frame work for managing bank crises*, in CEPS, 2013;

MINERVINI, "Cronache della grande impresa", in *Giur. comm.* 2004;

MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.* 2007;

MONTELLA, *Il fallimento del COMI?*, ( nota a Trib. Isernia 10 aprile 2009),  
pubblicato in *Fallimento*, 2009;

MONTELLA, *Il regolamento Ce 1346/2000 sulle procedure di insolvenza e la  
legge applicabile alla revocatoria fallimentare*, in *Foro it.*, 2007;

MORELLI, *Restructuring and Turnaround, il concordato preventivo di gruppo:  
Unica proposta, unica procedura e unica maggioranza?*, NCTM, Studio legale  
Associato, ottobre 2014;

MOSS, SMITH, in , *Commentary on Council Regulation 1346/2000 on  
Insolvency Proceedings*, in G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS (eds.), *The  
EC Regulation on Insolvency Proceedings. – A Commentary and Annotated  
Guide*, I ed., Oxford University Press, 2002;

MOSS, *The Triumph of fraternité: ISA Daisytek SAS*, International Insolvency  
Institute, 2008,

MUCCIARELLI, *Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EU and Its  
Political Dimension*, in *European Business Organization Law Review*, 2013,

N.ABRIANI, L.CALVOSA, G.FERRI JR, G. GIANNELLI, F. GUERRERA, G. LUIZZI, C.  
MATTI, M.NOTARI, A. PACIELLO, P.PIASCITIELLO, D.REPOLI.G.A.RESCIO,  
R.ROSAPEPE, S.ROSSI, M.STELLA RICHTER JR, A.TOFFALETTO, *Diritto  
fallimentare*, Manuale breve, prefazione di Antonio Piras, Giuffrè editore,  
Milano, 2008;

NEGRI CLEMENTI, FILIPPO MARIA FEDERICI, *Opinioni diritto societario, La natura della responsabilità della capogruppo e la tutela del socio di minoranza*, in *Opinioni di Diritto Societario*, Gruppi di Società, 2008;

PASINI, *L'insolvenza transfrontaliera e Giurisdizione, L'esperienza del Regolamento CE n.1346/2000*, Alma Mater Studiorum Università di Bologna, 2012;

PAVONE LA ROSA, *Le società controllate – I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 2<sup>\*\*</sup>, Torino, 1991;

PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. dell'esoc.* 2003;

PEDERZINI, *La libertà di stabilimento delle società europee nell'interpretazione evolutiva della Corte di Giustizia. Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nazionali*, in E. PEDERZINI (a cura di), *Percorsi di diritto societario europeo*, Torino, Giappichelli, 2011;

PELLEGATTA, *prevenzione della crisi di impresa e procedura di allerta*, in *Judicium*, processo civile in Italia e in Europa, 2013;

PISEDDU, *Crisi della Società e Strumenti di Risanamento nell'evoluzione normativa*, Master in Crisi delle società e strumenti di risanamento nell'evoluzione normativa, MCL, Luiss Business School, 2013;

RICCI, *Il riconoscimento delle procedure d'insolvenza secondo il regolamento Ce n. 1346/2000*, in *Riv. dir. proc.*, 2004;

RICCI, *Le procedure locali previste dal regolamento Ce n. 1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004;

RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Soc.*, 2004;

ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, i gruppi di Società, in *Rivista delle società*, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 1995;

ROSSOTTO, CRESTA, *Direzione e coordinamento di gruppo nella riforma societaria: prime riflessioni*, in *Corr. Giur.* n. 6, 2003;

SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Giur. comm.*, 2003;

SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Soc.* 2003;

SBISÀ, *Il gruppo di società nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (criteri di individuazione)*, in *Giur. comm.* 1980;

SCARAFONI, *In Modelli e Tecniche del processo civile, il processo civile e la normativa comunitaria*, UTET, 2012;

SCHLAEFER, *Forum Shopping under the Regime of the European Insolvency Regulation*, *International Insolvency Studies*, The International Insolvency Institute, 2010;

SCIUTO, *Direzione e coordinamento di società*, in *La riforma delle società di capitali e cooperative*, a cura di STAROLA, Milano, 2003;

SCOGNAMIGLIO G., *I gruppi di società; Sulla nuova disciplina in tema di direzione e coordinamento di società, introdotta nel codice civile con la riforma societaria del 2003*, In *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, ;

SILVESTRINI, *Gruppi di imprese, la legittimazione attiva e passiva nell'azione di responsabilità per scorretto esercizio dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Opinioni di diritto societario*, 2008;

TFLETCHER, MOSS, ISAAC, *he EC Regulation on Insolvency Proceeding., A commentary and annotated guide*, Londra, 2002;

THE VIRGÒS SCHMIT REPORT, nr. 75. *The Report is generally accepted as an authoritative source of interpretation of the Insolvency Regulation*, 1996;

TOMBARI *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.* 2004;

TOMBARI, *I gruppi di società*, in *Le nuove s.p.a.*, CAGNASSO – PANZANI, Bologna, 2010;

UNCITRAL WORKING GROUP V, *Legislative Guide on Insolvency Law - Part three: Treatment of Enterprise Groups in Insolvency*, sito dell'UNCITRAL, 2015;

VAN GALEN, *The European Insolvency Regulation*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2008;

VIRGÓS, GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, Kluwer Law International, 2004;



VIRGOS, SCHMIT, *Report on the Convention of Insolvency proceedings*, (DOC/Consiglio, n. 6500/96/EN), par. 70, 1996;

WALTERS, SMITH, *Bankruptcy Tourism under the EC Regulation on Insolvency Proceedings: A view from England and Wales*, International Insolvency Review, 2009;

WELLES, *The Ongoing Struggle of Multinational Groups of Companies under the EC Insolvency Regulation*, published in, *European Company Law* Vol. 6, Issue 4, August 2009;

WESSELS, *International Insolvency Law*, Kluwer, The Netherlands, 3rd ed., 2012

WESSELS, *Revision of the EU Insolvency Regulation*, What type of facelift?, Independent legal counsel, Dordrecht, University of Leiden, 2010/2011;

#### GIURISPRUDENZA

App. Genova 23 dicembre 2011;

App. Genova, decr., 23 dicembre 2011, in *Fall.*, 2012, 3, 358;

App. Roma 5 marzo 2013;

Cass. 14 aprile 1992, n. 4550, *ivi*, 1992, 811; Cass. 9 maggio 1992, n. 5525;

Cass. 16 luglio 1992, n. 8656, *ivi*, 1993, 247.

Cass. 2 luglio 1990, n. 6769, in *Fall.*, 1991, 47;

Cass. 25 settembre 1990, n. 9704, *ivi*, 1991, 265;

Cass. 27 giugno 1990, n. 6548, in *Dir. fall.*, 1990, 1349;

Cass. 7 dicembre 2011, n. 26362, *Rivista*, 2012;

Cass. 7 luglio 1992, n. 8271, *ivi*, 1993, 33;

Cass. 8 febbraio 1989, n. 795, in *Fall.*, 1989, n. 609;

Corte di giustizia della Comunità europea, 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes plc & Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, 2006;

Corte di giustizia della Comunità europea, 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering BV c. Nordic Construction Company/Baumanagement GmbH (NCC)*, 2002;

Corte di giustizia della Comunità europea, 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs og Selskabsstyrelsen*, 1999;

Corte giust. CE, 2 maggio 2006, causa C-341/04, Eurofood IFSC Ltd., Enrico Bondi v. Bank of America, in *Raccolta*, 2006;

Corte giust. UE, 15 dicembre 2011, causa C-191/10, *Rastelli Davide & C. S.n.c. c. Jean-Charles Hidoux*, in *Foro.it*;

Corte Prima Sezione, 20 ottobre 2011 (Tribunale ordinario di Bari) - *Interedil Srl, in liquidazione/ Fallimento Interedil Srl, Intesa Gestione Crediti SpA* (Causa C-396/09);

Sentenza della grande Corte del 2 maggio 2006, CAUSAC-341/04;

Sentenza *Official Receiver v Eichler* [2007] BPIR 1636, HCJ, come citata da G. MOSS, T. SMITH, *Commentary*, II ed., cit., par. 8.103;

Sentenza *Re Ci4net.com Inc.* [2004] EWHC 1941, come citata da A. WOOD in G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS (eds.), *The EC Regulation*, II ed., cit., par. 8.104;

Sez. Giurisprudenza, 12805 - pubb. 11/06/2015, Tribunale Roma 24 aprile 2015;

Trib. Asti 24 settembre 2012, in *Fall.* , 2013, 1, 103 nota di F. BALESTRA;

Trib. Benevento 18 gennaio 2012, in *www.ilcaso*, 2012; Trib. Roma 7 marzo 2011, *Dir. fall.*, 2011, 3-4, 2, 247, con nota di Fauceglia.

Trib. Benevento 18 gennaio 2012;

Trib. La Spezia 2 maggio 2011;

Trib. Roma 25 luglio 2012; App. Roma 5 marzo 2013;

Trib. Roma 7 marzo 2011, in *www.ilcaso.it*, 2011; conf. Trib. Roma 5 marzo 2013; App. Genova, 23.12.2011;

Trib. Roma 18 aprile 2013;

Trib. Rovigo 5 novembre 2013;

Trib. Terni Dicembre 2010; Trib. Roma 7 marzo 2011;

Tribunale di Milano, 23 aprile 2008, in *Le soc.* 2009, 78 e ss;

Tribunale di Milano, Sez. VIII, 17 giugno 2011 - Pres. Perozziello - Rel. Mambriani - P.R. c. Hall 41s.r.l. e altri;.

## SITOGRAFIA:

MARINA CATALOZZI Direzione e coordinamento di società, presente sul sito:

[http://www.notarlex.it/archivio\\_riforma/studi/25\\_Direzione\\_coordinamento.htm](http://www.notarlex.it/archivio_riforma/studi/25_Direzione_coordinamento.htm);

M. RESCIGNO, I problema dell'azione dei creditori relazione in riv. diritto societario, disponibile sul sito: [http://www00.unibg.it/dati/corsi/65053/61806-Rescigno\\_2394srll.pdf](http://www00.unibg.it/dati/corsi/65053/61806-Rescigno_2394srll.pdf);

INSOL Europe, Revision of the European Insolvency Regulation – Proposals, INSOL Europe, 2012, reperibile all'indirizzo web <http://www.insol-europe.org/technical-content/revision-of-the-european-insolvency-regulation-proposals-by-insol-europe/>;

Consiglio dell'unione europea, Bruxelles 20 novembre 2014 sul sito [http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=it&f=ST%2015414%202014%20ADD%201](http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=it&f=ST%2015414%202014%20ADD%201;);

CENTRO DEGLI INTERESSI PRINCIPALI E TRASFERIMENTO DELLA SEDE STATUTARIA: La Corte di Giustizia dell'Unione Europea torna sul

regolamento n. 1346/2000 in materia di insolvenza transfrontaliera di NICOLÒ NISI in <http://www.biblio.liuc.it/liucpap/pdf/246.pdf>;

RELAZIONE sulle raccomandazioni alla Commissione sulle procedure d'insolvenza nel contesto del diritto societario dell'UE (2011/2006(INI)), 2011 disponibile dal sito <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2011-0355+0+DOC+XML+V0//IT#title1>;

THE EUROFOOD DECISION OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE by Hon.Samuel Bufford; <http://iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/39/4048.html>;

Articolo: The Centre of Main Interest and the Administration of Daisytek Edward Klempla, PricewaterhouseCoopers, Leeds, tradotto dal sito <http://www.chasecambria.com/site/journal/article.php?id=77>

BOLLETTINO UE N.56- Edizione Aprile, 2014, La raccomandazione della Commissione europea su un approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza; vedi dal sito : <http://www.pr.camcom.it/internazionalizzazione/parma-in-europa-news-1/materiale-parma-in-europa/21-25>;

COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE Bruxelles, 23.9.2009 link  
tratto dal sito:  
[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/com/com\\_com%282009%290501/com\\_com%282009%290501\\_it.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com%282009%290501/com_com%282009%290501_it.pdf);

COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicato stampa sull' Insolvenza: la Commissione raccomanda un nuovo approccio per salvare le imprese e dare una seconda opportunità agli imprenditori onesti*, Bruxelles, 12 marzo 2014,  
tratto dal sito : [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-254\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-254_it.htm);

COMMISSIONE STAFF WORKING DOCUMENT, *Executive Summary of the Impact Assessment*, C(2014)1500 final; SWD(2014)61 final,7  
<http://www.ilcaso.it/documenti/295.pdf>;

LUCIANO PANZANI, Il gruppo di imprese nelle soluzioni giudiziali della crisi,  
disponibile dal link:  
<http://www.paolonesta.it/attachments/article/3999/il%20gruppo%20di%20imprese.pdf>

V. IPSOA, Procedure di insolvenza: pubblicato il nuovo Regolamento UE,  
reperibile sul sito <http://www.ipsoa.it/documents/impresa/fallimento-e->

[procedure-concorsuali/quotidiano/2015/06/06/procedure-di-insolvenza-pubblicato-il-nuovo-regolamento-ue](#)

DANIELA ROVEDA, *Ring fencing per arginare il rischio contagio*, il sole 24 ore, 2011, disponibile on line <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2011-09-16/ring-fencing-arginare-rischio-063654.shtml?uuid=Aa4QRp4D>;

LUISA TORCHIA, *L'Unione bancaria europea: un approccio continentale?*, reperibile sul sito <http://www.irpa.eu/area-bibliografica/articoli/unione-bancaria-un-approccio-continentale/>;

HAUPTMAN, MAGNUS, aprile 2014, v.d. sito <http://www.lumsa.it/sites/default/files/UTENTI/u559/7.C..pdf>;

UNIONE BANCARIA: *direttiva UE più tutele per depositi e creditori*, reperibile sul sito [http://www.mef.gov.it/inevidenza/article\\_0141.html](http://www.mef.gov.it/inevidenza/article_0141.html);

STUDIO LEGALE CICCOPEDI il trasferimento all'estero della sede sociale, <http://www.google.it/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CwQFjAC&url=http%3A%2F%2F> ;

Conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 6 settembre 2005, nella causa C-1/04, Susanne Staubitz-Schreiber, par. 71-73, reperibile all'indirizzo web <http://eurlex.europa.eu/it/index.htm>, ricerca per numero CELEX: 62004CC0001;

F. DE DOMINICIS, per *Libero Quotidiano*, reperibile sul sito:

[www.dagospia.com/rubrica-4/business/nuove-regole-bruxelles-fallimenti-bancari-che-impongono-105139.htm](http://www.dagospia.com/rubrica-4/business/nuove-regole-bruxelles-fallimenti-bancari-che-impongono-105139.htm);

Articolo *Il Fondo di garanzia dei depositi non impedirà la corsa agli sportelli*, reperibile sul sito: [www.wallstreetitalia.com/article/1531203/euro/fondo-garanzia-depositi-non-impedir-corsa-sportelli.aspx](http://www.wallstreetitalia.com/article/1531203/euro/fondo-garanzia-depositi-non-impedir-corsa-sportelli.aspx);

F. BRILLI, *Il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi*, 9 giugno 2015, articolo reperibile sul sito: [www.sferamagazine.it/economia/finanza/il-fondo-interbancario-di-tutela-dei-depositi](http://www.sferamagazine.it/economia/finanza/il-fondo-interbancario-di-tutela-dei-depositi);

SITO [www.appuntieconomia.it/diritto-bancario/il-sistema-bancario-italiano.html](http://www.appuntieconomia.it/diritto-bancario/il-sistema-bancario-italiano.html);

W. ERVIN, *L'esperienza Lehman e la nascita del bail-in*, 9 aprile 2015, reperibile sul sito:



[www.credit-suisse.com/it/it/news-andexpertise/news/banking.article.html/article/pwp/news-and-expertise/2015/04/it/the-lehman-experience-and-the-birth-of-bail-in.html](http://www.credit-suisse.com/it/it/news-andexpertise/news/banking.article.html/article/pwp/news-and-expertise/2015/04/it/the-lehman-experience-and-the-birth-of-bail-in.html);

*Consultazione EBA sul riconoscimento contrattuale del bail-in*, reperibile sul sito: [www.dirittobancario.it/news/banche-e-intermediari-finanziari/consultazione-eba-sul-riconoscimento-contrattuale-del-bail](http://www.dirittobancario.it/news/banche-e-intermediari-finanziari/consultazione-eba-sul-riconoscimento-contrattuale-del-bail);

Versione finale EBA di RTS per assicurare una Risoluzione efficace in base alla BRRD, 3 luglio 2015, reperibile sul sito: <http://www.savecg.com/news-scheda.php?id=1840>;

M. MIGLIETTA, *La Germania vuole il bail-in per la Grecia, ma per l'Austria è illegale*, 29 luglio 2015, articolo reperibile sul sito: [www.eunews.it/2015/07/29/germania-vuole-il-bail-per-la-grecia-ma-per-laustria-e-illegale/40347](http://www.eunews.it/2015/07/29/germania-vuole-il-bail-per-la-grecia-ma-per-laustria-e-illegale/40347);

STUDIO DUCHEMINO, *“In arrivo il bail-in: saranno correntisti e azionisti a salvare le banche”*, Torino 15 luglio 2015, reperibile sul sito: [www.studioduchemino.com/notizie/in-arrivo-il-bail-in-saranno-correntisti-e-azionisti-a-salvare-le-banche-1016](http://www.studioduchemino.com/notizie/in-arrivo-il-bail-in-saranno-correntisti-e-azionisti-a-salvare-le-banche-1016), Op. cit. Prof. Francesco Pizzetti;

*Gestori alla BCE: chiarite norme bail-in se no bond banche spacciati*, 20 agosto 2015, articolo reperibile sul sito: [www.wallstreetitalia.com/article/1824036/debito/gestori-alla-bce-chiarite-procedura-bail-in-se-no-bond-banche-spacciati.aspx](http://www.wallstreetitalia.com/article/1824036/debito/gestori-alla-bce-chiarite-procedura-bail-in-se-no-bond-banche-spacciati.aspx);

M. MILANI, *Professione Investitore – I salvataggi bancari, prove tecniche di bail-in in Italia*, 1 settembre 2015, articolo reperibile sul sito: <http://citywire.it/news/professione-investitore-i-salvataggi-bancari-prove-tecniche-di-bail-in-in-italia/a835094?ref=international-italy-latest-news-lis>;