

XI CONVEGNO ANNUALE DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI
UNIVERSITARI DI DIRITTO COMMERCIALE
"ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"
"ORGANIZZAZIONE, RIORGANIZZAZIONE E RISTRUTTURAZIONE DELL'IMPRESA NEL
DIRITTO INTERNO E NELLA DIMENSIONE TRANSNAZIONALE".
Roma, 14-15 febbraio 2020

FEDERICA PASQUARIELLO

**Strategie di gestione e riorganizzazione delle imprese transnazionali in
procedura di crisi o insolvenza, tra regolazione unionista ed autonomia
delle parti**

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema e sua collocazione nel quadro dei contenuti del convegno. - 2. Le insolvenze e crisi transnazionali tra approccio universalista e territorialista. - 3. Gli strumenti negoziali che permettono gestioni efficienti delle imprese soggette a procedura: il c.d. impegno 4. segue: i protocolli. 5. segue: la procedura unitaria di gruppo.

1. Introduzione al tema e sua collocazione nel quadro dei contenuti del convegno¹.

In caso di insolvenza o crisi di rilevanza transfrontaliera, ogni strategia di ristrutturazione del debito, anche mediante riorganizzazione

¹ L'intervento riprende alcuni contenuti di un mio articolo pubblicato sul n. 6/2019 della Rivista *Il diritto fallimentare* dal titolo "La regolazione europea della insolvenza transnazionale tra autonomia ed eteronomia: il c.d. "impegno" ad evitare la procedura secondaria". Il contributo, poi, in particolare in relazione ai protocolli negoziali, va collocato nell'ambito degli obiettivi del progetto di ricerca ToP justice "Transnational Protocols: A Cooperative Tool for Managing European Cross-Border Insolvencies", JUST-AG-2017/JUST-JCOO-AG-2017, finanziato dalla Commissione UE; nonché nel quadro nell'attività di ricerca del Gruppo di ricerca "ARrT Autonomia e Regolazione nei rapporti transnazionali", nell'ambito del Progetto di Eccellenza del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona, "Diritto, Cambiamenti e Tecnologie".

del soggetto debitore ⁽²⁾, impone di esplorare modalità di coordinamento tra una possibile pluralità di procedure locali.

Inoltre, la crescente centralità del tema della continuità aziendale in ambito concorsuale - misurabile a livello di legislazione tanto domestica ⁽³⁾ quanto unionistica ⁽⁴⁾- sollecita ulteriormente visioni unitarie ed azioni coordinate nella gestione delle crisi, alla ricerca di percorsi di efficace realizzazione dell'obiettivo conservativo (in chiave oggettiva ovvero soggettiva), secondo una strategia fortemente complicata dalla dimensione transnazionale delle imprese interessate. Peraltro, tali obiettivi di efficiente sinergia tra procedure locali difficilmente possono essere perseguiti mediante statuizioni di normative cogenti: di qui la cruciale opportunità, nelle ristrutturazioni e riorganizzazioni di imprese transfrontaliere, di riconoscere spazio ai più flessibili strumenti della autonomia delle parti in senso lato, alla ricerca di soluzioni operative condivise per la gestione delle (imprese in) procedure di crisi o insolvenza ⁽⁵⁾.

La regolazione unionistica dell'insolvenza transnazionale, secondo il Reg. UE 848/2015, nella cornice di inter-relazioni procedurali

-
- 2 Nel significato che si può anche trarre dall'art. 2, comma 1, n. 1), Dir. UE 1023/2019: "«ristrutturazione»: misure che intendono ristrutturare le attività del debitore che includono la modifica della composizione, delle condizioni o della struttura delle attività e delle passività del debitore o di qualsiasi altra parte della struttura del capitale del debitore, quali la vendita di attività o parti dell'impresa, e, se previsto dal diritto nazionale, la vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale, come pure eventuali cambiamenti operativi necessari, o una combinazione di questi elementi".
 - 3 E non solo in ambito concorsuale, nel quadro del riformato CCI; ma anche a livello di principi generali sull'impresa, giacché il novellato art. 2086 c.c. esplicita il dovere dell'imprenditore di prendere le misure tese al superamento di una crisi ed al "recupero della continuità aziendale". Su questo ultimo passaggio cfr. da ultimo M. CIAN, *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati ed il loro possibile impatto*, in *NLCC*, 2019, p. 1160.
 - 4 Da ultimo, tale prospettiva ha trovato conferma nella Direttiva UE 2019/1023, 20 giugno 2019: *ivi* all'art. 4 si indica che il debitore abbia accesso a un quadro di ristrutturazione preventiva che gli consenta la ristrutturazione, al fine di impedire l'insolvenza, assicurare la sostenibilità economica, così da tutelare i posti di lavoro e preservare l'attività imprenditoriale (e v. altresì art. 3, par. 1, Dir. UE 2019/1023).
 - 5 Occorre fare almeno menzione del tema della cd. "contract bankruptcy" o "bargained bankruptcy", con il connesso riconoscimento di spazi di autonomia negoziale nella crisi d'impresa.

imperativamente definite, consente, appunto in questa logica, importanti aperture alle autodeterminazioni delle parti: a tale proposito, viene in considerazione il c.d. impegno previsto dall'art. 36, Reg.; i "protocolli", menzionati agli artt. 41-43 e 56-58, Reg. (nonché al Cons. 49); l'opzione per la "superprocedura di gruppo" descritta dagli artt. 61 ss., Reg.

Mediante questi strumenti - lo si vedrà di seguito- possono essere conseguiti utili obiettivi di raccordo strategico, mentre persistono sensibili disallineamenti nella regolazione sostanziale interna della materia concorsuale.

È scontato ricordare, in proposito, che un'importante opera di armonizzazione ⁽⁶⁾ è attesa per effetto del recepimento della Dir. UE 1023/2019 ⁽⁷⁾, tesa all'avvicinamento reciproco delle legislazioni nazionali

6 Per riflessioni di sistema sull'impatto dell'armonizzazione degli ordinamenti in area UE si veda per tutti G. PORTALE, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto societario europeo*, in *Corr. Giur.*, 2003, p. 95.

7 Cfr. per tutti B. ARMELI, *Verso una Direttiva europea in materia di insolvenza: la proposta della Commissione*, in *Riv. Soc.*, 2017, p. 259; P. DE CESARI e G. MONTELLA, *La proposta della Commissione UE in tema di ristrutturazione preventiva delle imprese in crisi*, *ivi*, p. 111; G. LO CASCIO, *Le procedure di crisi delle imprese: una riforma internazionale e interna senza fine*, *ivi*, p. 501; L. PANZANI, *La proposta di direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e second chance*, in *Fallimento*, 2017, p. 129; L. STANGHELLINI, *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Fallimento*, 2017, p. 873; ID., *Il codice della crisi di impresa: una prima lettura (con qualche critica)*, in *Corr. Giur.*, 2019, p. 449. Va osservato, come emerge dalla stessa *Relazione* di accompagnamento alla Proposta di Direttiva 22 novembre 2016 (COM/2016/0723 (final)), che essa "non armonizza gli aspetti centrali dell'insolvenza, quali le norme sulle condizioni per l'avvio della procedura di insolvenza, la definizione comune di insolvenza, il grado dei crediti e le azioni revocatorie in generale. Sebbene tali norme siano utili per raggiungere la piena certezza giuridica transfrontaliera, come confermato da molti portatori di interessi nel corso della consultazione pubblica, l'attuale diversità dei sistemi giuridici degli Stati membri in materia di procedure di insolvenza appare troppo grande per poter essere colmata, dati i numerosi legami tra il diritto fallimentare e i settori connessi del diritto nazionale, come il diritto tributario, il diritto del lavoro e il diritto della previdenza sociale. Un'armonizzazione prescrittiva potrebbe richiedere modifiche di ampia portata del diritto commerciale, civile e societario, mentre disposizioni flessibili rischiano di non apportare i cambiamenti auspicati. Inoltre, le norme in materia di insinuazione al passivo e accertamento dei crediti menzionati nella comunicazione della Commissione del dicembre 2012 sono poco rilevanti, tenuto conto dei miglioramenti apportati dal regolamento relativo alle procedure di insolvenza". Inoltre, *ivi*, nella visione della Commissione, "il buon funzionamento del mercato unico dell'UE richiede un quadro coerente in materia di ristrutturazione e seconda opportunità, che sia adatto alla dimensione transfrontaliera delle imprese, dato che

e, così, all'ampliamento dello spazio giuridico comune degli Stati membri⁽⁸⁾, in un orizzonte giuridico-culturale di riferimento rinnovato ed allargato, fino a interessare ambiti – come quello concorsuale- sui quali, da sempre, è più insistita la rivendicazione di autonomia normativa⁽⁹⁾.

2. *Le insolvenze e crisi transnazionali tra approccio universalista e territorialista.*

La dimensione transfrontaliera della crisi o dell'insolvenza – è persino superfluo rilevarlo - necessariamente implica quei conflitti di legge e di giurisdizione che, in effetti, non riescono ad essere risolti nel tradizionale approccio strettamente territoriale. Infatti, in epoca di capitalismo evoluto e di economie globalizzate ed interconnesse, l'evidenza mostra i risultati inefficienti di una procedura concorsuale a vocazione schiettamente territorialista o su stretta base nazionale, giacché la stessa rischia di coesistere per ipotesi – se si considerano insolvenze transnazionali - con almeno un'altra procedura concorsuale altrettanto circoscritta ai confini statuali della propria giurisdizione; con conseguente frammentazione delle masse attive e passive, e risultati criticabili tanto sul piano della equità sostanziale nella realizzazione del credito, quanto sul fronte della antieconomicità e della moltiplicazione dei costi.

l'interazione tra imprese situate in Stati membri diversi è diventata sempre più comune. L'azione dell'UE apporterà quindi un valore aggiunto, in quanto faciliterà gli investimenti transfrontalieri nell'UE, garantendo che le imprese economicamente sostenibili in difficoltà finanziaria possano fruire, ovunque si trovino nel mercato unico, di una gamma più ampia di strumenti per evitare l'insolvenza. Nel contempo gli imprenditori trarranno beneficio dalla possibilità di usufruire di ragionevoli termini per la liberazione dai debiti nei rispettivi Stati membri. Tutto ciò non può realisticamente essere realizzato dagli Stati membri da soli”.

8 In tal senso, v. già A. MAZZONI, *Concordati di gruppi transfrontalieri e disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, in *RDS*, 2010, p. 552.

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

D'altronde, che per una crisi *cross-border* possa essere concepita un'unica procedura concorsuale di natura universale, capace di fare confluire la collettività indiscriminata dei creditori, e di comprendere *in pool* tutti i valori attivi e passivi del patrimonio responsabile, secondo un'unica *lex concursus*, risulta non solo una soluzione materialmente poco realizzabile *de jure condito*, ma anche una visione alquanto illusoria *de jure condendo*, nella misura in cui postula sia una generale condivisione del diritto sostanziale, segnatamente in punto di graduazione dei crediti e riconoscimento delle cause legittime di prelazione; sia, quantomeno, una qualche rinuncia alla sovranità da parte degli ordinamenti potenzialmente coinvolti, sul piano processuale, in un sicuro ed indiscusso riconoscimento del COMI ed individuazione della legge applicabile⁽¹⁰⁾.

Da queste constatazioni, e realisticamente, muovono le impostazioni di compromesso e di sintesi vuoi del c.d. territorialismo cooperativo vuoi dell'universalità definita variamente (ma in modo equivalente) come "limitata" o "modificata" o "temperata" o della "pluralità universale"; queste visioni e le relative applicazioni - che ricevono crescente accoglimento sia in letteratura sia tra gli operatori, tanto a livello domestico quanto nel panorama internazionale⁽¹¹⁾ - sono

10 A tacere dei rischi di effetti di consolidamento sostanziale delle masse attive e passive, effetti non consentiti dalle legislazioni nazionali, per lo meno europee continentali (e in diritto italiano cfr. gli artt. 284, comma 3 e 287, comma 1, CCI; in ambito UE, cfr. Cons. 54, Reg. 848/2015). Sul tema, v. per tutti, ed anche per i necessari riferimenti comparatistici, D. VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e "consolidamento" di patrimoni* (substantive consolidation), in *RDS*, 2010, p. 586.

11 Si richiamano, nell'ambito di una letteratura vastissima: AA. VV. *Crisi transfrontaliera d'impresa: orizzonti internazionali ed europei*, a cura di Leandro, Meo e Nuzzo, Bari, 2018; AA. VV., *Profili Internazionali*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Tratt. dir. da Cagnasso e Panzani, III, Torino, 2016, pp. 4180 ss.; AA. VV., *Profili storici, comunitari, internazionali e di diritto comparato*, in *Tratt. di dir. fall.*, dir. da Vassalli, Luiso, e Gabrielli, Torino, 2014; A. CASTAGNOLA, *Reg. CE 1346/2000 e vis activa concursus: verso un'universalità meno limitata?*, in *Riv. Dir. proc.* 2010, 4, p. 921; P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa*, Torino, 2017, pp. 91 ss.; P. DE CESARI, *Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Riv. Dir. int. Priv. Proc.*, 2003, p. 55; A. LEANDRO, *Le procedure concorsuali transfrontaliere*, in *Tratt delle proc concors. dir.* da Jorio

confluite nel Reg. UE 848/2015 ⁽¹²⁾. In termini generali il Regolamento, ribadito l'automatico, reciproco riconoscimento dei provvedimenti giudiziali di apertura di una procedura ⁽¹³⁾, aggiunge che ogni creditore, indipendentemente dal luogo della propria sede o residenza, può partecipare ad ogni concorso aperto, vuoi localmente, vuoi in via principale ⁽¹⁴⁾; e che è preservata una sorta di criterio basilare di *par condicio universale* ⁽¹⁵⁾.

e Sassani, III, *Il Fallimento*, Milano, 2016, pp. 739 ss; C. LUNETTI, *La disciplina dell'insolvenza transfrontaliera come fattore essenziale di una moderna riforma delle crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2018, p. 1225; M. LUPOI, *Commento sub Regolamento CE 1346/2000*, in A. Maffei Alberti, *Comm. breve alla l. fall.*, Padova, 2013, pp. 2092 ss.; A. LUPONE, *L'insolvenza transnazionale. Procedure concorsuali nello Stato e beni all'estero*, Milano, 1995; M. MALTESE, *Court-to-court protocols in crossborder bankruptcy proceedings: differing approaches between civil law and common law legal systems*, Banca d'Italia, https://www.iii/global.org/sites/maltese_michele%20submission.pdf; G. OLIVIERI, *Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza (Reg. CE n. 1346/2000)*, www.judicium.it, 3; I. QUEIROLO, *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria: modelli di riferimento e diritto interno*, Torino, 2007, pp. 13 ss.; M. VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia del problema in Germania, in Italia e nei progetti di Convenzione internazionale*, Milano, 2006; D. VATTERMOLI, *Gruppi multinazionali insolventi*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, p. 594.

In ambito internazionale, oltre ai contributi citati oltre *sub* nt. 51, cfr. K. ANDERSEN, *The cross-border insolvency paradigm: a defense of the modified universal approach considering the Japanese experiment*, *University of Pennsylvania Journal of Economic Law*, 2000, vol. 21, p. 679 (“one advantage of [...] modified universalism is that it retains some of the efficiencies of pure universalism while incorporating the flexibility and discretion of the [...] territorial approaches described above.”); L. BARTLED, *Cross-Border Bankruptcy and the Cooperative solution*, 9 *Int'l L. & Mgmt. Rev.* 27 (2012-2013), p. 29; R. BORK e R. MANGANO, *European Cross-border Insolvency Law*, Oxford, 2016, pp. 27 ss.; A.B. DAWSON, *Modularity in Cross-border Insolvency*, 93, *Chi-Kent Law Rev.* 677 (2018); P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Reestructuración e insolvenca transfronteriza: claves del nuevo Reglamento europeo”, *RcP*, n° 27, 2017, pp. 1-23 (versión Smarteca); M. FLORES, *Los concursos conexos*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014; B. HESS, *The Implementation of the New Insolvency Regulation*, Luxembourg, 2017; A. KAMALNATH, *Cross-Border Insolvency Protocols: A Success Story?*, *International Journal of Legal Studies and Research (IJLSR)* 2013, vol. 2, no. 2; LYNN M. LOPUCKI, *The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy* 98 *Mich. L. Rev.*, 2216 (2000); B. WESSELS, *A Global Approach to Cross-Border Insolvency Cases in a Globalizing World*, *The Dovenschmidt Quarterly* 2013, Issue I; J. L. WESTBROOK, *Global Insolvency Proceedings for a Global Market: The Universalist System and the choice of a Central Court*, 96 *Tex L. Rev.* 1473 (2018). Si vedano poi i lavori di CERIL (*Conference of European Restructuring and Insolvency Law*), www.ceril.eu, segnatamente la Relazione 4 giugno 2018, *L'attuazione del Regolamento 848/2015 nelle normative nazionali di alcuni Stati Membri*.

In questo quadro normativo emerge, in relazione alle imprese multinazionali atomo, una generale opzione per l'universalità modificata o limitata, con la possibile coesistenza, a carico del medesimo debitore, di una procedura principale e di una (o più) secondaria/e o non-principale/i⁽¹⁶⁾. La prima procedura è definita principale non già in forza di un criterio *prior in tempore*, ma per la sua vocazione universale ed è aperta nel luogo del COMI del debitore, andando poi soggetta alla relativa *lex concursus*⁽¹⁷⁾; le seconde, in logica territoriale, possono essere aperte in

12 Oltre che nella legge modello UNCITRAL, *United Nations Commission on International Trade Law*, che ha elaborato nel 1997 la "Model Law on Cross-Border Insolvency", oggi recepita da 41 Stati, Italia esclusa, e corredata, nel 2005, della c.d. *Guide to Enactment and Interpretation*. Il testo è reperibile all'indirizzo www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-e-pdf e pubblicato in *Dir. Comm. Int.*, 1998, 646 e segg. Per un sintetico commento alla Legge Modello v. IMF, *Orderly & effective insolvency procedures. Key issues*, Washington, 1999, 6 e segg.; cui adde F. DEANE and R MASON, *The UNCITRAL Model law on Cross-border Insolvency and the Rule of Law*, *International Insolvency Review*, 2016, p. 138; L. GHIA, *Le guide legislative dell'Unictral. La responsabilità degli amministratori di imprese in crisi*, in *Crisi transfrontaliera d'impresa*, cit., p. 39; A. MAZZONI, *Principi e standards internazionali nella soluzione delle crisi d'impresa*, in *Crisi transfrontaliera d'impresa*, cit., 19; C. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006, pp. 60 e ss.

13 Cfr. l'art. 19, Reg., che, sull'automatico riconoscimento, ovviamente, non può che porre il necessario *caveat* della conformità ad un principio di Ordine Pubblico. Per una applicazione di questa salvezza, in relazione alla tutela del diritto di difesa delle parti, si veda il caso Eurofood (Corte di Giustizia, 2 maggio 2006, C 341/04, in *Dir. fall.*, 2006, II, p. 787 nota di F. DIALTI; ed in *Fallimento*, 2006, p. 1249, con nota di P. CATALLOZZI).

14 Cfr. l'art. 45, Reg.; sul punto v. P. DE CESARI, *Procedura principale*, in *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa*, cit., p. 92.

15 Là dove si afferma il c.d. principio di imputazione, sancito all'art. 23, comma 2, Reg., a mente del quale " il creditore che, in una procedura di insolvenza, abbia recuperato una quota del proprio credito, partecipa ai riparti effettuati in un'altra procedura soltanto allorché i creditori dello stesso grado o della stessa categoria abbiano ottenuto in tale altra procedura una quota equivalente". Nella giurisprudenza nazionale tale meccanismo (c.d. *Hotchpotch rule*) ha trovato applicazione nel caso Cass., S.U., 14 aprile 2008, n. 9743, in *Fallimento*, 2008, p. 973.

16 Le procedure concorsuali in considerazione sono quelle descritte all'art. 2.1, Reg. (e cfr. Cons. 14) e poi menzionate nell'All. A del Reg.

17 A completamento di un quadro normativo teso a realizzare al meglio obiettivi di equità sostanziale, va pure considerato che, secondo l'art. 49 Reg., "se il realizzo dell'attivo della procedura secondaria di insolvenza consente di soddisfare tutti i crediti ammessi in questa procedura, l'amministratore delle procedure di insolvenza ad essa preposto trasferisce senza ritardo il residuo dell'attivo all'amministratore della procedura principale di insolvenza", a dimostrazione della visione d'insieme - e non

ogni Stato membro ove il debitore abbia una “dipendenza”⁽¹⁸⁾. Nondimeno, a moderare il generale approccio universale posto dalla teorizzazione di un unico COMI, persiste l'eventualità che solo procedure locali, dette territoriali indipendenti, siano aperte a carico del medesimo debitore⁽¹⁹⁾.

Ove invece il debitore risulti inserito in un'articolazione di gruppo di imprese, il Regolamento offre una modalità di coordinamento tra

atomistica - delle procedure e delle ripercussioni degli esiti della procedura secondaria sulla principale. E' appena il caso di osservare che non vale la reciproca: la secondaria non beneficia dei residui della principale, proprio perché solo quest'ultima ha vocazione universale.

- 18 La “dipendenza”, come risaputo, “è definita come “qualsiasi luogo di operazioni in cui un debitore esercita o ha esercitato nel periodo di tre mesi anteriori alla richiesta di apertura della procedura principale d'insolvenza, in maniera non transitoria, un'attività economica con mezzi umani e con beni” (art. 2.10, Reg.). In considerazione della sostanziale continuità di tale definizione con quella contenuta all'art. 2, Reg 1346/2000, resta utile l'elaborazione interpretativa già fornita sul punto non solo dalla Corte di Giustizia (cfr., *ex multis*, il cd. caso Interedil, Corte di Giustizia, 20 ottobre 2011, C-396/09, in *Fallimento*, 2012, p. 532: *ivi* si afferma che sono necessarie “un minimo di organizzazione e una certa stabilità”, non essendo sufficiente, in linea di principio, “la mera presenza di singoli beni o di conti bancari”), ma anche dai Giudici nazionali (e v. Cass., Sez. un., 29 ottobre 2015, n. 22093, in *Giur. It.*, 2016, p. 1929, con nota di L. BOGGIO, *COMI, dipendenza e procedure secondarie a carico di società controllate nel Regolamento CE n. 1346/2000 (e nel Reg UE 848/2015)*, ed in *Fallimento*, 2016, p. 829, con nota di P. DE CESARI, *Il rapporto tra procedura principale e procedure secondarie nel Regolamento n. 1346/2000: un aiuto dalla Cassazione, ma molti sono ancora i problemi aperti*.
- 19 Cfr. l'art. 3, n. 4, Reg. Ne deriva e si aggiunge, ma lo si può solo accennare, lo scenario delle strategie di *forum shopping* consentite dalla libertà di stabilimento, tra opportunità ed insidie di un “mercato della insolvenza” (sul punto v. anche il Cons. 5, Reg.: “ È necessario, per il buon funzionamento del mercato interno, dissuadere le parti dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato membro all'altro nell'intento di ottenere una posizione giuridica più favorevole a danno della massa dei creditori («forum shopping»): sul tema v. tra i molti M. BENEDETTELLI, *Centro degli interessi principali del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera*, in *Riv. dir. internaz. priv. e process.* 2004, p. 499; M. FABIANI, *Giurisdizione e competenza nella riforma organica della legge fallimentare*, in *Judicium*, 1, 2018, 12.; M. MIOLA, *Sintesi dell'intervento su “diritto europeo e procedure di insolvenza”*, *Orizzonti del diritto Commerciale*, Presentazione del tema del VII Convegno annuale della Associazione, Roma, 10 luglio 2015, www.orizzontideldirittocommerciale.com, ove si sottolinea il rischio, nel quadro degli effetti della mobilità transfrontaliera, “sul piano della separazione tra le norme di diritto societario e quelle di diritto fallimentare applicabili alla medesima società”; F. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, 2010; F. VILLALTA, *Determinazione del COMI e libertà di stabilimento delle società*, in *Crisi transfrontaliera d'impresa*, cit., p. 100.

procedure tutte di pari livello, inevitabilmente valorizzando la singola personalità/soggettività giuridica delle società del gruppo, secondo quel *multiple enterprises approach* ⁽²⁰⁾ che a sua volta preclude soluzioni di universalismo, ancorché temperato; e suggerisce, tutt'al più, di praticare forme di *procedural consolidation* tra procedure tutte parallele ⁽²¹⁾, secondo il modello del cosiddetto territorialismo cooperativo. Secondo un modello, cioè, che non assegna di per sé ad alcuna procedura - né agli organi di questa- un ruolo preminente di *main proceeding* ⁽²²⁾; ed affida le opportune

20 Questa, peraltro, la soluzione adottata anche dalle disposizioni sulla gestione della crisi o dell'insolvenza su un orizzonte di gruppo, nell'ambito del Codice della Crisi italiano, artt. 284 ss.; cfr. per tutti G. D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, p. 27; M. FABIANI, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2017, p. 620; G. GUERRIERI, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *NLCC*, 2019, 809; L. PANZANI, *La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali*, in *Fallimento*, 2016, p. 1153; G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di imprese nel CCII: fra unità e pluralità*, in *Società*, 2019, p. 41.

21 Gli ambiti di questo contributo non permettono di affrontare lo sterminato tema della natura e della individuazione del COMI, anche in logica di competizione tra ordinamenti, tema ampiamente indagato in letteratura e ripetutamente oggetto di storiche pronunce tanto della Corte di Giustizia quanto della giurisprudenza, anche di legittimità, italiana. E' ovvio, nondimeno, che ogni considerazione che di seguito sarà svolta in relazione agli obiettivi di coordinamento tra procedure territoriali, per le imprese di gruppo resterebbe assorbita e superata ogni volta che, in un caso concreto, il grado di coesione e di reciproca integrazione tra le singole imprese autorizzi l'individuazione di un solo COMI di tutte le imprese di gruppo, riassorbendo così la rilevanza transfrontaliera del problema (sul punto cfr. Cons. 53, Reg.: "L'introduzione di norme sulle procedure di insolvenza di gruppi societari non dovrebbe limitare la possibilità del giudice di avviare, in un'unica giurisdizione, la procedura d'insolvenza per varie società appartenenti allo stesso gruppo, qualora ritenga che il centro degli interessi principali di tali società si trovi in un solo e medesimo Stato membro. In simili casi, il giudice dovrebbe inoltre avere la facoltà di nominare, ove opportuno, lo stesso amministratore per tutte le procedure in questione, purché ciò non sia incompatibile con le norme ad esse applicabili"). *Mutatis mutandis*, il tema, dal piano della giurisdizione, riemerge anche sul piano della ripartizione della competenza, secondo gli artt. 286-287 CCI.

22 Nella rifusione del regolamento, in effetti, si è affermato testualmente il primato della procedura che si possa definire principale sulle eventuali altre, così da assicurarle un "ruolo dominante". Così il Cons. 48, Reg.: "Per garantire il ruolo dominante della procedura principale d'insolvenza, l'amministratore della medesima dovrebbe disporre di diverse possibilità d'intervento nella procedura secondaria d'insolvenza contemporaneamente pendente, avendo in particolare la facoltà di proporre un piano di ristrutturazione o una procedura di composizione oppure di chiedere la sospensione del realizzo dei beni nella procedura secondaria". Sul tema v. P. DE CESARI, *Procedura principale*, cit., p. 99. E' in questo quadro che si collocano le prerogative dell'amministratore della procedura principale, funzionali ad imprimere

iniziative di coordinamento alla facoltà delle parti di avvalersi di eventuali strumenti pattizi individuati, dei quali si suggerisce l'impiego ⁽²³⁾.

Allo stesso tempo, va detto che non può essere escluso che una *non-main proceeding* si possa inserire nel più ampio quadro di un coordinamento tra procedure di società a loro volta appartenenti al medesimo gruppo, ove la *holding* o una società eterodiretta, di per sé considerate, abbiano in un diverso Stato membro una "dipendenza" ⁽²⁴⁾; tuttavia questa variante presenta le medesime caratteristiche del caso più semplice e generale, cioè quello della relazione tra *main* e *non-main proceeding* del debitore che sia un soggetto monade ⁽²⁵⁾.

3. *Gli strumenti negoziali che permettono gestioni efficienti delle imprese soggette a procedura: il c.d. impegno*

L'art. 36, Reg. UE 848/2015 introduce una fattispecie affatto nuova e consente all'amministratore ⁽²⁶⁾ della procedura principale di "contrarre un

un indirizzo unitario alle procedure o, addirittura, di impedire l'apertura di procedure secondarie.

23 Su questi strumenti v. di seguito *infra*. Tale flessibilità delle soluzioni normative – riscontrabile anche quanto alla regolazione domestica del CCI – a propria volta dipende dalla "grande varietà morfologica e strutturale con la quale i gruppi di imprese si presentano nella realtà e che li connotano come fenomeno affatto complesso e proteiforme", anche nella fisiologia, prima che nella patologia: cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di imprese nel CCI, op. loc. cit.*; ID., *Profili di tutela dei creditori nei gruppi di società a dieci anni dalla riforma*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i 40 anni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2015, p. 297.

24 Cfr. R. BORK e R. MANGANO, *op. cit.*, p. 285.

25 Non è questa la sede, lo si ripete, per indugiare su nozioni tanto cruciali ai nostri fini quanto, tuttavia, generali, nella sistematica del Regolamento: le nozioni, cioè, di COMI del debitore, innanzitutto, e poi di dipendenza, e così di creditore locale, nonché di bene locale (ossia, bene situabile in un dato Stato in virtù dello specifico criterio di collegamento descritto volta volta dall'art. 2, n. 9), Reg.: sul tema cfr. *ex multis* F.M. MUCCIARELLI, *Procedure concorsuali secondarie, localizzazione dei beni del debitore e protezione di interessi locali*, in *Giur. Comm.*, 2016, I, p. 13. Ma ognuno vede come in ogni incertezza o divergenza interpretativa su queste nozioni basilari si giochi la tenuta complessiva e l'efficacia dell'intera costruzione normativa offerta dal Regolamento stesso.

26 Qui, ed anche *infra*, come peraltro nell'ambito del Regolamento, è impiegato il termine volutamente atecnico di "amministratore" per fare riferimento all'organo della procedura, che in diritto italiano (e cfr. All. B, Reg.) può corrispondere a "Curatore,

impegno unilaterale (l'«impegno»), relativamente ai beni situati nello Stato membro in cui potrebbe essere aperta la procedura secondaria di insolvenza, in base al quale, nel ripartire tali beni o il ricavato del loro realizzo, rispetterà i diritti nella ripartizione dei beni e i diritti di prelazione previsti dal diritto nazionale di cui avrebbero goduto i creditori se fosse stata aperta una procedura secondaria di insolvenza in quello Stato membro”. Destinatari degli effetti dell'impegno sono i creditori “locali”, tali definiti all'art. 2, n. 11, Reg., ed intesi come quelli il cui titolo deriva dall'attività che il debitore svolge tramite una dipendenza situata in uno Stato membro diverso da quello del COMI: ove, cioè, potrebbe essere aperta la procedura secondaria ⁽²⁷⁾; gli stessi sono chiamati ad accettare l'impegno, con le modalità precisate nello stesso art. 36, Reg.

Al fine di favorire l'avvio ed il risultato della procedura principale, in logica universalista, dunque, l'amministratore della procedura principale, in virtù del ruolo dominante della procedura ⁽²⁸⁾ ha facoltà di compiere questa scelta strategica: conservare un'unitaria gestione dell'insolvenza o della crisi, assorbendo l'eventualità di una pluralità di procedure per avviare una procedura secondaria “sintetica”, ovvero solo “virtuale” ⁽²⁹⁾,

Commissario giudiziale, Commissario straordinario, Commissario liquidatore, Liquidatore giudiziale, Professionista nominato dal Tribunale, Organismo di composizione della crisi nella procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento del consumatore, Liquidatore”.

27 Rileva, quindi, un profilo causale sotteso al rapporto obbligatorio in questione; e non già un aspetto soggettivo, quale quello connesso alla nazionalità del creditore o alla sua residenza, che, purché collocabili in area UE, valgono a definire un creditore come “straniero”, secondo l'art. 2, n. 12), Reg.

28 Cfr. Cons. 48, Reg., sul quale v. sopra, *sub* nt. 22.

29 Questa la locuzione adottata in letteratura tanto italiana quanto internazionale per la nostra fattispecie: cfr. *ex multis* L. BOGGIO, *UE e disciplina dell'insolvenza (I parte). Confini ed implicazioni dell'ambito di applicazione delle nuove regole UE*, in *Giur. it.*, 2018, I, p. 222; Z. CRESPI REGHIZZI, *La disciplina della giurisdizione in materia di insolvenza: il Reg UE848/2015*, in *Giur.it.*, 2018, I, p. 222; A. LEANDRO, *Procedure secondarie “sintetiche” e diritto applicabile nella procedura principale*, in *Crisi transfrontaliera d'impresa*, cit. p. 119; M. SPIOTTA, *UE e disciplina dell'insolvenza (I parte): la continuità aziendale: una nuova “stella polare” per il legislatore*, in *Giur. it.*, 2018, I, p. 222. Sulla *Syntetic proceeding*, ovvero *Virtual Proceeding* adde G. MOSS ,I. FLETCHER, S. ISAACS, *The EU Regulation on Insolvency Proceedings*, Oxford, 2016, 59 e 66; P. DAMMANN - M. KOHMANN, *Le nouvel*

secondo una soluzione contrattuale elaborata nella prassi in ambiente di *common law* ⁽³⁰⁾, sebbene, per vero, per lo più in casi di insolvenza di gruppi multinazionali. Se una procedura secondaria va regolata dalla legge dello Stato membro del luogo (art 35, Reg.), l'impegno, quindi, realizza la finzione della sua apertura e deve mantenere, in relazione ai beni situabili localmente ⁽³¹⁾, l'osservanza della *lex fori concursus secundarii*. In deroga all'art. 7, lett. i), Reg., che individua in quella dello Stato di apertura la legge applicabile alla procedura, qui si assicura, così, che aspetti quali la graduazione dei crediti, il riconoscimento delle cause di prelazione, e poi la riallocazione di valori aziendali e la conseguente ripartizione avvengano sulla base di una diversa legislazione sostanziale e processuale nazionale ⁽³²⁾.

attelage entre procédures principale et secondaire(s), in *Le nouveau règlement insolvabilité: quelles évolutions?*, dir. da Jault-Seseke e Robine, Paris, 2015, 106; C.W. MOONEY, *Harmonizing Choice-of-Law Rules for International Insolvency Cases: Virtual Territoriality, Virtual Universalism, and the Problem of Local Interests*, in *Brooklyn Journ. Corp. Fin. & Comm. Law*, 2014, 121 e ss.; J. L. WESTBROOK, *A Global Solution to Multinational Default*, 98, *MICH. L. REV.*, 2300.

- 30 Per un precedente nel quale i creditori locali (tedeschi e spagnoli) hanno rinunciato alle prerogative consentite dal previgente art. 27 Reg. CE 1346/2000 e acconsentito a non dare luogo a una procedura secondaria, confluendo nella *main proceeding* avviata avanti la *London High Court*, in cambio della assicurazione di vedersi riconosciuto il medesimo trattamento del proprio ordinamento nazionale si veda il caso *Collins & Aikman Europe, SA, the High Court of England and Wales, Chancery Division*, [2006], *EWCH 1343 (Ch)*- www.bailii.org: nella fattispecie, l'intesa restò informale, senza confluire in un protocollo negoziale scritto, facendo leva su quello che nella giurisprudenza anglosassone è stata definita una *obligation of conscience* dell'*administrator*; la pratica di questo impegno è stata poi affinata in una varia casistica successiva, sulla quale si fa rinvio a A. LEANDRO, *op. cit.*, p. 121.
- 31 Troppo lontano porterebbe il discorso sulla disamina dei criteri di collegamento (materiali, oppure fittizi o convenzionali) in forza dei quali poter ritenere un bene situato in un dato territorio nazionale: su questi passaggi si fa rinvio alla elaborazione della Corte di Giustizia, per come espressa nel noto caso *Nortel Networks* (Corte di Giustizia UE, 11 giugno 2015, C-649/2013, in *Dir fall.*, 2015, II, p. 603).
- 32 Mentre si intende, quindi, che ogni altro aspetto regolatorio della procedura secondaria che viene evitata non è presidiato dall'impegno, e risulta quindi disponibile, mediante la opzione per la soluzione più conveniente. Del resto, gli effetti di una procedura secondaria - quella che nella specie viene evitata- sarebbero restati comunque circoscritti ai beni del debitore allocati nel territorio dello Stato della dipendenza, sicché questo limitato ambito di efficacia dell'impegno trova pieno riscontro negli effetti della soluzione alternativa praticabile mediante la *non-main proceeding*: si veda l'art. 34, Reg., ultimo capoverso: "Gli effetti della procedura

La portata della soluzione contemplata nell'impegno va, appunto, considerata al confronto con le alternative che sarebbero altrimenti percorribili. Ora, il risultato dell'impegno non è sovrapponibile a quello che si sarebbe conseguito in logica strettamente universalista, poiché la composizione dell'insolvenza in un'unica procedura concorsuale si realizza, nel nostro caso, avendo previamente negoziato proprio quegli specifici aspetti di tutela del credito che possono rendere inefficienti o intralciare le procedure universali; in effetti, sospendendo o integrando la logica di *par condicio* nell'ambito dei creditori concorsuali universalmente intesi e, nel loro ambito, ritagliando una categoria soggettivamente determinata - quella dei creditori "locali"-(³³). D'altronde mediante l'impegno, mentre si assicura che i beni locali subiscano la *lex concursus secundarii* - esattamente come sarebbe avvenuto attivando una procedura secondaria territoriale-, resta che è conseguito un effetto peculiare e diverso: non risulta condizionato o limitato l'ambito dei poteri né dell'amministratore della procedura principale, destinato ad assumerne una gestione unitaria, né del giudice di quella stessa procedura.

Se, allora, l'obiettivo dell'impegno è quello di evitare l'apertura di una procedura secondaria nel luogo ove il debitore abbia una dipendenza, la sua giustificazione poggia sull'assunto che la pluralità (³⁴), se non

secondaria di insolvenza sono limitati ai beni del debitore che si trovano nel territorio dello Stato membro in cui è stata aperta". La soluzione universale, di contro, apprenderebbe tutti gli *assets* del debitore e considererebbe l'intera platea dei creditori concorsuali, procedendo ad una unica graduazione delle loro rispettive pretese, sulla base della legge dello Stato del luogo della procedura.

33 Tanto che, in caso di procedura concordata, è lecito interrogarsi, alla luce dell'ordinamento italiano, se venga in considerazione come utile ed opportuno l'impiego del classamento di creditori locali che, avendo accolto l'impegno in parola, non confluiscono in una procedura territoriale.

34 Cfr. Cons 41, Reg.: "Le procedure secondarie d'insolvenza possono altresì intralciare l'efficiente gestione della massa fallimentare"; mentre le stesse si lasciano raccomandare là dove "la massa fallimentare del debitore sia troppo complessa da amministrare unitariamente o [che] le divergenze tra gli ordinamenti giuridici interessati siano così rilevanti che possono sorgere difficoltà per l'estendersi degli effetti derivanti dal diritto dello Stato di apertura della procedura agli altri Stati

l'antagonismo o la eventuale disomogeneità tra procedure ⁽³⁵⁾ si è rivelata, già nell'applicazione del previgente Regolamento, uno dei punti di maggiore criticità dell'intero impianto normativo ⁽³⁶⁾.

Le esternalità negative che si intendono così evitare e che sarebbero generate dalla apertura di una procedura secondaria non solo possono dipendere da differenziate regolazioni di diritto sostanziale interno, appunto, in tema di graduazione dei crediti, cause legittime di prelazione, effetti di cristallizzazione del patrimonio. Lasciare preclusa la secondaria comporta ulteriori conseguenze: *in primis*, quella di neutralizzare le possibili disarmonie tra le modalità di svolgimento, le tempistiche, gli effetti e le finalità che singole procedure localmente regolate possono presentare, rispetto alla principale ⁽³⁷⁾.

membri nei quali i beni sono situati" (Cons. 40).

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

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

37 Va precisato che il *recasting* del Regolamento ha visto il superamento della preclusione alla apertura di procedure secondarie non liquidatorie, già fissato dal previgente Reg. 1346/2000, ossia, del superamento della più grave causa di inefficienza implicata nella limitazione delle finalità della *non-main proceeding*. Sul punto, cfr. il Considerando 10) Reg: "È opportuno estendere l'ambito di applicazione del presente regolamento a procedure che promuovono il salvataggio delle società economicamente valide ma che si trovano in difficoltà economiche e che danno una seconda opportunità agli imprenditori. In particolare, il regolamento dovrebbe essere esteso alle procedure di ristrutturazione del debitore nella fase in cui sussiste soltanto una probabilità di insolvenza, nonché alle procedure per cui il debitore mantiene un controllo totale o parziale dei suoi beni e affari (...)". Sul punto specifico, v. G. L. CANDITO, *La revisione del regolamento sulle procedure d'insolvenza: L'ampliamento dell'ambito applicativo del Regolamento UE 848/2015 a sostegno della continuità aziendale: le procedure ricomprese nell'allegato A alla luce dei nuovi istituti della legge fallimentare italiana*, , www.sidiblog.org.

Per supportare l'affermazione con esempi concreti, si potrebbe considerare che la normativa concorsuale italiana prevede strumenti di contendibilità della soluzione concordataria, con le modalità non solo delle proposte concorrenti ⁽³⁸⁾ ma anche delle offerte concorrenti ⁽³⁹⁾; e vi è che non ogni ordinamento europeo ⁽⁴⁰⁾ regola identici istituti, i quali, mentre mirano a massimizzare la *recovery* dei creditori, al contempo introducono inevitabilmente un elemento di incertezza, giacché l'esito della procedura concordata non risulta necessariamente quello di cui al piano ed alla proposta unilateralmente concepiti dal debitore - e poi, accettati o no *in toto* dai creditori -; ma interventi di soggetti terzi possono portare alla approvazione di un diverso piano e/o alla diversa allocazione degli *assets* da liquidare. Ebbene, non è inverosimile che l'amministratore di una procedura principale addivenga all'impegno del quale qui ora si discorre, proprio per evitare che l'apertura di una procedura secondaria in Italia devii la composizione della crisi e/o la riorganizzazione del soggetto, per come unitariamente concepite nel quadro della procedura principale, ad esempio, aprendo ad offerte concorrenti di liquidazione ⁽⁴¹⁾. Proseguendo nella esemplificazione, si possono anche considerare le diverse condizioni di ammissibilità del concordato preventivo - o della procedura ad esso corrispondente- poste dal diritto interno ed anche il rilievo dato, nel riformato diritto concorsuale italiano, alla conservazione dei livelli occupazionali ai fini della qualificazione del piano di concordato

38 Cfr. art. 163 l. fall. e art. 90 CCI.

39 Cfr. art. 163 *bis* l. fall. e art. 91 CCI.

40 Per ogni riferimento in chiave comparativa si rinvia a S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella l. 132/2015 e nelle prospettive di riforma*, www.ilcaso.it, 2015; M. RANIELI, *Prove di contendibilità nel concordato preventivo e fallimentare*, Padova, 2017, pp. 11 ss.

41 Va appena osservato che nel caso esemplificato, è in effetti lo scenario delle offerte concorrenti o delle proposte concorrenti innestate su di un concordato fallimentare a preoccupare maggiormente, poiché il concordato preventivo resta, in diritto italiano, una procedura che prende o no il primo avvio solo su base volontaria e spontanea dello stesso debitore: quindi per evitare le esternalità negative cui si fa riferimento basterebbe non domandare affatto l'apertura del concordato; con il rischio, però, della domanda di una liquidazione coattiva (fallimentare).

preventivo come una soluzione non liquidatoria, ma in continuità, secondo l'art. 84 CCI: anche da questo punto di vista la preclusione di una procedura secondaria in Italia, previo “impegno” dell'amministratore della principale, potrebbe lasciarsi preferire, nella misura in cui consenta di accedere ad una sola soluzione concordata universale, non praticabile, a livello locale, alle condizioni di ammissibilità del nostro diritto interno ⁽⁴²⁾.

Quindi, in sostanza, ciò che si scambia mediante l'impegno e la sua accettazione - o, in altre parole, il modo in cui si compongono gli interessi in gioco - risulta questo: da un lato si apprezza la semplificazione ed il vantaggio di evitare la designazione di più amministratori e di attivare la giurisdizione di più giudici, con concentrazione in capo al solo giudice ed al solo amministratore della procedura principale della gestione dell'intera insolvenza, in virtù di un solo ordinamento, in logica universale ⁽⁴³⁾; e, restando ancorati alla *lex concursus* più conveniente, si scongiura l'eventualità che procedure locali secondarie interferiscano con gli obiettivi della principale. A fronte di ciò, si opera per i creditori locali “come se” la

42 E, quindi, forse, la dipendenza italiana potrebbe così andare liquidata secondo la legge nostrana, mentre la parallela soluzione in continuità per il debitore straniero potrebbe risultare consentita da più lasche regole di un altro diritto nazionale. L'eventualità che sussista questo scalino normativo tra diritti interni è ben probabile, a considerare che, ad es., l'attuale previsione del comma 3, art. 84 CCI sulla presunzione di continuità in caso di conservazione di dati livelli occupazionali (a tacere dei dubbi sulla sua conformità all'art. 6, l. delega 155/2017), non pare coerente con la Dir. 1023/19: cfr. sul tema specifico R. BROGI, *Il concordato con continuità aziendale nel codice della crisi, in Fallimento*, 2019, p. 845.

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

procedura secondaria nella quale avrebbero potuto concorrere, in logica territorialista, fosse stata aperta ⁽⁴⁴⁾, così applicando la graduazione dei crediti localmente regolata, in relazione agli *assets* della dipendenza. Dal canto suo, il creditore locale è indotto ad accettare l'impegno, ed il conseguente aggravio di adempimenti che la rinuncia alla legislazione domestica gli comporta, accontentandosi della rassicurazione che, dal suo punto di vista, non vi saranno incertezze sull'*an* e sul *quando* della apertura di una procedura territoriale; né incognite su che tipo di procedura territoriale potrebbe essere aperta ⁽⁴⁵⁾.

4. *segue: i protocolli*

Può essere rintracciata una certa simmetria tra modalità di coordinamento, verticale, della procedura principale con la secondaria di un unico debitore; e tra procedure parallele aperte per le singole società di gruppo, in logica orizzontale ⁽⁴⁶⁾: in ambo i casi è alla redazione di protocolli negoziali che il Regolamento demanda modalità ed ambiti dell'auspicata sinergia tra organi delle procedure.

In particolare, ed ai fini di migliore coordinamento tra procedura principale e procedure secondarie (Cons. 41, Reg.), risulta regolata con maggiore dettaglio, rispetto alla versione previgente del Regolamento, la

44 Non è irrilevante domandarsi quale tipo di procedura secondaria, tra quelle menzionate nell'Allegato A del Regolamento, rappresenta il modello virtuale di riferimento: sembra ragionevole che la finzione di procedura secondaria sia costruita sulla falsa riga di quella che più corrisponde alla principale, in un confronto che accosti idealmente i due ordinamenti nazionali che vengono in considerazione: cfr. in senso conforme A. LEANDRO, *op. cit.*, p. 129.

45 Va detto, nondimeno, che l'impegno non lascia del tutto preclusa la possibilità di dare luogo all'apertura di procedure secondarie: resta che il giudice eventualmente adito, se ritiene che l'impegno per come confezionato non tuteli efficacemente i creditori locali, può aprire ugualmente la procedura secondaria, a mente dell'art. 38, comma 2 del Reg. Cfr. R. BORK e R. MANGANO, *op. cit.*, p. 250.

46 Il Regolamento intende per gruppo "l'impresa madre e tutte le sue figlie", tali in forza di rapporto di controllo o dell'obbligo di redazione del bilancio consolidato (Dir. UE 34/2013), secondo l'art. 2, Reg. In senso analogo sulla perimetrazione del gruppo cfr. *International Insolvency Institute (I.I.I.), Guidelines for coordination of multinational enterprise group insolvencies* (conosciuta anche come "*Multinational corporate group Guidelines*"), 2008.

cooperazione e comunicazione non solo tra amministratori delle procedure di insolvenza (art. 41, Reg.), ma pure tra giudici (art. 42, Reg.) e tra amministratori e giudici (art. 43, Reg.). Lo stesso è innovativamente previsto, nel *recasting* del Regolamento, per le singole procedure delle imprese di gruppo ⁽⁴⁷⁾, sempre nella relazione tra amministratori (art. 56, Reg.); tra giudici (art. 57, Reg.); tra amministratori e giudici (art. 58, Reg.) ⁽⁴⁸⁾.

E' noto che lo strumento del protocollo, invalso nella pratica del commercio internazionale specialmente negli anni 90 del secolo scorso ⁽⁴⁹⁾, ha trovato la paradigmatica applicazione nel caso del gruppo *Lehman Brothers Inc.* ⁽⁵⁰⁾ e ha ricevuto consacrazione nella Legge Modello Uncitral, artt. 25 e 27, d), oltre che, appunto, nel *recasting* del Regolamento UE ⁽⁵¹⁾.

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

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

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

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

51 Sul tema v. *ex multis*, oltre agli Autori già citati a nt. 11: J. ALTMAN, *A test case in International Bankruptcy Protocols: the Lehman Brothers Insolvency*, in 12 *San Diego Int'l L.J.*, 2011, p. 463; L. BARTELD, *Cross-Border Bankruptcy and the Cooperative Solution*, in 9 *Int'l L. & Mgmt. Rev.*, 2012, p. 27 ss.; A. ESPINELLA, "Los protocolos concursales", ADCo, n° 10, 2007, pp. 165-19; E.D. FLASCHEN & R.J. SILVERMAN, *Cross-Border Insolvency Cooperation Protocols*, *Texas International Law Journal*, 1998, vol.33, p. 589; S. LUBBEN & S. WOO, *Reconceptualizing Lehman* (2013), cit.; J.M. PECK, "Lehman Brothers and the Limits of the Universalism", *Insolvency Lawyers Association Annual Dinner*, 27 November 2014, available at <https://www.ilauk.com/docs/ilaadlecturejpeckdoc.pdf>; G. VALLAR, *La crisi dei gruppi*

Il “protocollo” non è oggetto di apposita definizione nell'ambito dell'art. 2, Reg., che pure – e secondo la prassi delle normative unioniste – contiene in apertura un dettagliato elenco di definizioni; e forse l'esplicitazione di una nozione generale e *ad hoc* poteva risultare preferibile, rispetto alla opzione di usare senz'altro il termine, sovente accostandolo, peraltro, a quello (pleonastico?) di “accordi”, per affermare che le parti sono ammesse a siglare, appunto “accordi o protocolli”⁽⁵²⁾; in ogni traduzione del Regolamento figura espressione linguistica analoga ⁽⁵³⁾. In una interpretazione che vuole risultare costruttiva – e non inutilmente pedante- va considerato che la congiunzione “o” non pare valga a disgiungere concetti antitetici e logicamente alternativi; ma assume, piuttosto, il significato dichiarativo ed esplicativo di un “ovvero”, quindi rimanda comunque a fattispecie negoziali in senso lato. Nemmeno è dato distinguere ed attribuire all'accordo portata e contenuto specifico e di dettaglio, assegnando invece al protocollo una più ampia ed esauriente sistemazione di ogni aspetto legato ai temi della cooperazione e del coordinamento. In effetti lo stesso Cons. 49 afferma indistintamente per accordi o protocolli che essi “possono variare per forma, sia scritta che orale, nonché per ambito di applicazione, da generico a specifico, e possono essere conclusi da parti differenti. Semplici accordi generici possono evidenziare la necessità di una stretta cooperazione tra le parti

bancari internazionali. Metodi di diritto internazionale privato e coordinamento tra sistemi, Padova, 2017, pp. 101 ss.; D. VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e consolidamento di patrimoni* cit., p. 602; B. WESSELS, A glimpse to the future: Cross-border Judicial cooperation in Insolvency cases in the European Union, *Int. Insol. Rev.*, (2015) DOI: 10.1002/iir.1234; B. WESSELS, MARKELL, KILBORN, *International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters*, New York, 2009.

52 Così al Cons. 49; all'art. 41, Reg. ed all'art. 56 per la cooperazione tra amministratori. Vi è che il semplice accordo non potrebbe essere concluso sotto il coordinamento del giudice (e cfr. artt. 42-43 e 57-58, Reg.)

53 E, così, sempre nel Cons. 49 e negli artt. 41 e 56 Reg., di cui alla nota sopra, nella versione francese si legge “ conclusion d'accords ou de protocoles”; in quella inglese “including the conclusion of agreements or protocols”; in quella spagnola “ incluida la celebración de acuerdos o protocolos”; in tedesco “einschließlich durch den Abschluss von Vereinbarungen oder Verständigungen, erfolgen”.

senza affrontare questioni specifiche, mentre accordi specifici più dettagliati possono definire un quadro di principi per disciplinare le procedure d'insolvenza multiple e possono essere approvati dai giudici coinvolti, laddove il diritto nazionale lo richieda. Essi possono indicare che le parti hanno concordato di adottare o di astenersi dall'adottare determinati provvedimenti o azioni”.

Scopo dello strumento è, classicamente, facilitare la cooperazione transfrontaliera, fissando una serie di adempimenti che - invece di essere lasciati alla estemporanea iniziativa del più diligente - le parti si impegnano ad osservare; dove “parti” risultano gli amministratori delle procedure, ma anche il debitore non spossessato ⁽⁵⁴⁾; con un possibile ruolo di supervisione del giudice, se ammissibile secondo il diritto interno ⁽⁵⁵⁾. Fermo il limite della compatibilità “con le norme applicabili a ciascuna procedura” ⁽⁵⁶⁾. E ferma la clausola generale del perseguimento dell'obiettivo di massimizzare la soddisfazione dei creditori (*rectius*: di non arrecare, mediante questi strumenti spontanei, pregiudizio alcuno ai creditori concorsuali), che resta funzione tipica della procedura

54 L'ultimo comma dell'art. 41, Reg. riferisce testualmente la cooperazione e comunicazione tra amministratori di procedura principale e secondaria di insolvenza, “*mutatis mutandis*”, anche al debitore non spossessato (sul quale cfr. altresì l'art. 5, Dir. UE 1023/2018). L'affermazione non è priva di incognite, a tacere del suo necessario coordinamento col diritto di difesa e con i doveri di diligenza professionale, da applicare al debitore medesimo; per un primo commento cfr. L BOGGIO, *Confini ed implicazioni dell'ambito di applicazione delle nuove regole UE*, *op. loc. cit.*

55 Cfr. artt. 42, comma 3, lett. e) e 57, comma 3, lett. e), Reg. Peraltro l'intervento del giudice pare riferito ai soli protocolli e non già agli “accordi”: cfr. sopra, nt. 52.

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

concorsuale, come testualmente affermato sia dal legislatore eurounitario⁽⁵⁷⁾ sia da quello italiano⁽⁵⁸⁾.

L'esperienza⁽⁵⁹⁾ mostra l'opportunità di regolare, nel protocollo, svariati profili, quali: - la fissazione delle modalità e del *timing* dei flussi informativi interni alle procedure⁽⁶⁰⁾, formalmente autorizzando l'amministratore di una singola procedura ad interloquire in via ufficiale con il giudice di un'altra o con un altro amministratore, ed, anzi, a ciò

57 In tal senso il Cons. 52, Reg. (“ Nel caso in cui siano state aperte procedure d'insolvenza per varie società dello stesso gruppo, vi dovrebbe essere adeguata cooperazione tra i soggetti coinvolti in tali procedure. Ai vari amministratori delle procedure di insolvenza e giudici coinvolti dovrebbe pertanto incombere un obbligo di cooperare e comunicare tra loro analogo a quello che vige per gli amministratori delle procedure di insolvenza e giudici coinvolti nelle procedure principali e secondarie di insolvenza relative allo stesso debitore. La cooperazione tra gli amministratori delle procedure di insolvenza non dovrebbe mai andare contro gli interessi dei creditori di ciascuna procedura e dovrebbe essere tesa a trovare una soluzione che sfrutti le sinergie in seno al gruppo”) ed anche la espressa menzione della clausola di “gestione efficace della procedura” *sub* artt. 56-57-58-59 Reg. In relazione alla cd. superprocedura di gruppo, sulla quale *infra* di seguito, la clausola di salvezza dei diritti dei creditori è espressa all'art. 63, Reg., che condiziona l'approvazione del giudice alla verifica che : “a) l'apertura di tale procedura serva a facilitare la gestione efficace della procedura d'insolvenza relativa alle diverse società del gruppo; b) nessun creditore di una società del gruppo di cui si prevede la partecipazione alla procedura possa essere svantaggiato finanziariamente dall'inclusione di tale società nella procedura in questione; “. Si tratta della esplicitazione del parametro “*no creditor worse off*”, espresso a livello di normativa UE forse per la prima volta dall'art. 34, co 1, lett. g, Dir. UE 59/2014 sui quadri di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento, (“no creditor shall incur greater losses than would have been incurred if the [resolution] entity ... had been wound up under normal insolvency proceedings”); e cfr. art. 22, comma 1, lett. c, d.lgs. 180/2015 (“c) nessun azionista e creditore subisce perdite maggiori di quelle che subirebbe se l'ente sottoposto a risoluzione fosse liquidato, secondo la liquidazione coatta amministrativa disciplinata dal TUB o altra analoga procedura concorsuale applicabile”).

58 Cfr., su tutti, l'art. 87, comma 1, lett. f), CCI per quanto riguarda il piano e l'art. 87, comma 3, CCI per l'attestazione sul miglior soddisfacimento dei creditori nel concordato in continuità; *adde* l'art. 284 CCI sul requisito di maggior convenienza del concordato di gruppo (sul punto, peraltro, la bozza di decreto correttivo circolata il 20 dic. 2019 – e cfr. www.centrocrisi.it – prevede al comma 4 l'aggiunta dell'ulteriore inciso “il piano o piani di cui al comma 1 quantificano il beneficio stimati per i creditori di ciascuna impresa del gruppo, anche per effetto di vantaggi compensativi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dall'appartenenza al gruppo”); l'art. 285 CCI sulla ammissibilità di forme di sostegno finanziario infragruppo, condizionate al miglior soddisfacimento dei creditori e l'art. 211 CCI sulle condizioni per l'esercizio dell'impresa nella liquidazione. Queste considerazioni, è appena il caso

compulsandolo; - il raccordo nelle operazioni relative alle liquidazioni in blocco; - la fissazione di udienze simultanee o congiunte, che si lasciano consigliare specie in relazione all'accertamento del passivo nelle liquidazioni o alle omologazioni nei concordati ⁽⁶¹⁾; - l'individuazione delle regole di conflitto sulla legge applicabile, ove non ostino principi inderogabili del diritto internazionale privato, ma appunto, sussistano spazi di autodeterminazione ⁽⁶²⁾; - la condivisione delle strategie circa l'esperimento di azioni recuperatorie o di responsabilità o anche circa le

di dirlo, valgono per ogni procedura concorsuale nostrana, tranne le amministrazioni straordinarie; e rispecchiano le corrispondenti norme della legge fallimentare.

- 59 E cfr. la *checklist* elaborata da *European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-border Insolvency- INSOL Europe*.
- 60 Lo scambio di informazioni tra organi delle procedure è un valore cruciale nella visione del legislatore UE (e cfr. Cons. 48: "Un'adeguata cooperazione comporta una stretta collaborazione tra i diversi amministratori delle procedure di insolvenza e giudici coinvolti, in particolare attraverso un sufficiente scambio di informazioni"). L'interesse alla condivisione di informazioni deve trovare bilanciamento, nondimeno, nella tutela di diritti e posizioni giuridiche soggettive del debitore (sul tema cfr. *Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-border cases, American Law Institute, 2000*). La copertura offerta dal protocollo potrebbe anche valere a rendere doverose, ed autorizzate, talune trasmissioni di dati, attenuando eventuali connesse responsabilità: potrebbe escludersi che sia ingiusto il danno, pure cagionato al debitore per effetto della circolazione di informazioni sulla sua crisi/insolvenza.
- 61 Con ciò, facendo fronte alle numerose e non secondarie formalità tecniche ed operative imposte dalla pratica delle *joint hearings*, e legate - ad esempio- all'impiego di mezzi di videocomunicazione a distanza o al coinvolgimento di traduttori ufficiali; a tacere dei presidi di tutela dei diritti costituzionalmente tutelati (in diritto italiano, agli artt. 24 e 111 Cost.) alla difesa ed al contraddittorio nel (giusto) processo.
- Si aggiungono gli effetti del recepimento della Dir. 1023/2019: entro il 17 luglio 2021 (art. 34, par. 1), gli Stati membri saranno tenuti ad adottare e pubblicare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva, ad eccezione della normativa in tema di uso di mezzi di comunicazione elettronici, anche nelle situazioni transfrontaliere, di cui all'art. 28, par. 1, lett. a), b) e c), disposizioni che dovranno essere adottate e pubblicate al più tardi entro il 17 luglio 2024.
- 62 Va ricordata la previsione degli artt. 8 e 11, Reg., che fa salva comunque la *lex rei sitae* nella tutela dei diritti reali immobiliari; e dell'art. 18 sulla perpetuazione della *lex fori processus* in caso di giudizio anche arbitrale pendente (e v. Corte di Giustizia UE, 6 giugno 2018, n. 250, cd. caso Terago, in *Fallimento*, 2018, p. 1241, con nota di I. QUEIROLO e S. DOMINELLI, *Gli effetti della procedura principale di insolvenza straniera sui procedimenti pendenti nel nuovo Reg europeo 848/2015*); si veda poi l'art. 13 sulla *lex contractus* in ambito giuslavoristico e l'art. 12, Reg. in relazione ai diritti ed alle obbligazioni nei sistema di pagamento sul mercato finanziario (cfr. P. DE CESARI, *I rapporti pendenti nella normativa europea in tema di insolvenza e crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2018, p. 1212).

scelte da esercitare in relazione a contratti pendenti; - la designazione di un amministratore in funzione di coordinamento degli altri ⁽⁶³⁾.

Venendo al punto che maggiormente interessa in questa indagine, il protocollo gioca, poi, un ruolo cruciale nella messa a punto del piano in continuità aziendale, per tutte o per talune delle imprese in crisi/insolventi, o per loro rami; ovvero, per il coordinamento di piani di riorganizzazione già presentati; oltre che, negli scenari di liquidazione, per la gestione dell'esercizio (provvisorio) dell'impresa e, in tali ambiti, per la necessaria misurazione dei margini di convenienza per i creditori, che condiziona la possibilità di proiettarsi in un supplemento di fase produttiva attiva. Se poi, come possibile, ed anzi, auspicabile, le diverse logiche conservative/in continuità si avvalgono di tecniche sofisticate di riorganizzazione societaria, mediante aumenti del capitale con esclusione del diritto di opzione, o conversioni del capitale di credito in capitale di rischio, o altre operazioni straordinarie, allora “la ristrutturazione del gruppo, specialmente se a dimensione multinazionale, ben difficilmente potrebbe in concreto realizzarsi in mancanza di un *cross-border insolvency agreement* tra i rappresentanti delle varie procedure aperte nei confronti delle singole componenti del medesimo” ⁽⁶⁴⁾.

63 In effetti, che si realizzi addirittura la convergenza nella designazione della stessa persona come amministratore di tutte le procedure (come suggerisce l'art. 57, comma 3, lett. a, Reg.) pare alquanto improbabile, non solo per il possibile disallineamento dei diritti nazionali nella fissazione dei requisiti soggettivi per ricoprire la carica; ma anche perchè il raccordo che si sta immaginando segue e non precede l'apertura delle procedure e la nomina dei rispettivi organi.

64 Cfr. D. VATTERMOLI, *Gli insolvency protocols nelle operazioni di ristrutturazione del gruppo di imprese in crisi*, in *Dir. banca e mercati fin.*, 2019, p. 11, ove si aggiunge che “Sarebbe invero praticamente impossibile riuscire a formulare un piano unico o più piani collegati ed interferenti, oppure ad “allineare” il *timing* della presentazione delle proposte e della votazione delle stesse, senza che alla base vi sia un accordo specifico tra i responsabili delle varie procedure; così come impossibile sarebbe procedere al risanamento indiretto, attraverso cioè la cessione aggregata delle consistenze patrimoniali di gruppo, in difetto di simili accordi”.

Nonostante l'indubbia utilità, lo strumento resta pressoché sconosciuto anche agli operatori più qualificati, non solo nell'orizzonte italiano, ma pure in quello degli altri ordinamenti continentali ⁽⁶⁵⁾.

Vi è che, in prospettiva, il Regolamento, direttamente applicabile in ogni ordinamento interno come fonte di rango primario, risulta ben idoneo ad incentivare l'uso del protocollo, al quale è conferita tipicità.

Trova supporto, poi, un impiego del protocollo pure sul piano del diritto interno, e a considerare crisi o insolvenze tutte domestiche. In effetti, benché il Regolamento abbia nelle insolvenze intra-UE il proprio diretto campo di applicazione, in forza di un'operazione interpretativa che non pare troppo ardua, gli amministratori delle procedure italiane potrebbero ritenersi legittimati ad addivenire a soluzioni negoziali che, in relazione alle procedure di gruppo, prevedano la realizzazione degli obiettivi di coordinamento indicati dal CCI: vale a dire, segnatamente, un allineamento tra i programmi di liquidazione, rispettivamente redatti per le società del gruppo a mente dell'art. 287 CCI, indicando "le modalità del coordinamento nella liquidazione degli attivi delle diverse imprese"; ed anche un allineamento tra piani concordatari "reciprocamente collegati ed interferenti", come l'art. 284 CCI consente in caso di concordati di imprese di gruppo domestico. Inoltre, lo si ricorda, l'art. 288 CCI, in relazione a procedure tanto concordate come di liquidazione aperte a carico di società

⁶⁵ L'indagine condotta nel 2019 nell'ambito della prima fase del progetto *ToP Justice*, richiamato sopra *sub* nt. 1, ha evidenziato che la quasi totalità degli intervistati nelle giurisdizioni oggetto d'esame (Italia, Germania e Spagna), non conosce lo strumento dei protocolli di cooperazione e coordinamento tra procedure. Il dato risulta ancora più significativo se valutato alla luce del campione di riferimento dell'indagine, costituito da professionisti (Avvocati, Giudici e Commercialisti) selezionati per la loro particolare specializzazione professionale nella materia dell'insolvenza. I risultati del questionario somministrato sul territorio italiano mostrano che il 94,38% degli intervistati non si è mai imbattuto in un protocollo nella propria esperienza professionale. Il dato si presenta in linea con quanto espresso dai professionisti intervistati in Germania, il 74% dei quali non ha avuto esperienze pregresse con i protocolli. Nonostante l'assenza di esperienza diretta, il 66,67% dei professionisti italiani intervistati ha dichiarato di ritenere i protocolli un utile strumento operativo in materia di insolvenza e crisi di impresa.

di gruppo ⁽⁶⁶⁾, pone un obbligo di comportamento specifico (“gli organi di gestione delle diverse procedure cooperano per facilitare la gestione efficace di tali procedure”), che ben potrebbe integrare il fondamento normativo di un protocollo interno ⁽⁶⁷⁾.

Non ci si può nascondere la complessità di simili processi di cooperazione e coordinamento, che dovrebbero riuscire ad assorbire e contenere quel fisiologico antagonismo tra singole procedure, che può venire in considerazione allorché si tenti una composizione dei rispettivi interessi (*rectius*: una composizione degli interessi dei rispettivi creditori concorsuali) e si vogliano ricondurre ad un quadro pattizio condiviso posizioni intrinsecamente antitetiche ⁽⁶⁸⁾: basti pensare alle questioni sottese alle responsabilità da *mala gestio* o da abuso di direzione e coordinamento; o alle revocatorie infragruppo; o ai finanziamenti ed alle

66 A tale proposito, vale anche la pena segnalare che nel quadro delle proposte di correttivo, condivise nell'ambito del centro *CriSI* diretto dall'Università di Torino (www.centrocrisi.it), sono state avanzate al legislatore proposte di intervento sul CCI pertinenti al nostro discorso (sebbene ad oggi non recepite nelle bozze di correttivo circolate a fine dicembre 2019). In particolare, si suggerisce di aggiungere all'art. 288, comma 1, CCI, la precisazione che “gli organi di gestione delle diverse procedure si scambiano le informazioni utili all’esercizio delle rispettive funzioni e, su direttive o disposizioni dei rispettivi tribunali, cooperano per facilitare la gestione efficace di tali procedure. A tal fine tribunali ed i giudici delegati delle diverse procedure promuovono l’adozione di direttive e disposizioni il più possibile condivise tra i medesimi”; ed un comma 4 di raccordo col Reg. 848: “4. Le disposizioni di cui ai commi precedenti si applicano anche rispetto alle procedure di insolvenza transfrontaliera ai sensi del regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015, alle quale siano assoggettati il debitore o altre imprese appartenenti al medesimo gruppo” (e, comma 5, : “5. Le disposizioni di cui ai commi precedenti si applicano, su base di reciprocità, anche alle procedure di insolvenza transfrontaliera diverse da quelle di cui al comma precedente”). Inoltre, la proposta di integrazione dell'art. 291 CCI, in tema di azioni di responsabilità a carico degli organi delle imprese del gruppo suggerisce: “4. L’amministratore di una procedura di insolvenza transfrontaliera ai sensi del regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 è legittimato a proporre, nei confronti delle società del gruppo non assoggettate alla procedura di liquidazione giudiziale, la denuncia di cui all'articolo 2409 del codice civile”.

67 In tal senso, cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di imprese nel CCII*, op. loc cit.

68 In effetti, gli artt. 56-57-58 Reg. esplicitano che occorre che cooperazione e coordinamento tra gli organi delle procedure del gruppo “non comporti conflitto di interessi”.

garanzie pure infragruppo, e ad ogni altra operazione, da soppesare in termini di vantaggi compensativi ⁽⁶⁹⁾.

Persiste, inoltre, l'incertezza legata alla maggiore o minore natura c.d. *binding* del protocollo, ed alla possibilità di impiegare, in caso di inadempimento totale o parziale, i rimedi di *enforcement* privatistici ⁽⁷⁰⁾; ovvero, quelli endoprocedurali, quali, in diritto italiano, il reclamo contro gli atti del curatore o del giudice ⁽⁷¹⁾; oltre alle responsabilità professionali dell'amministratore ⁽⁷²⁾. Vi è che simili aspetti, lungi dal prestarsi ad un inquadramento univoco, dipendono invece sia dal contenuto concreto del

69 Peraltro, questo conflitto di interessi (chiaramente acuito, in ambito transnazionale, pure dal conflitto di giurisdizione) si può altrettanto manifestare nella relazione tra procedure di gruppo tutte di diritto interno; e dipende, in ultima analisi, dal disallineamento tra unità economica e pluralità soggettiva intrinseco anche alla fisiologia del rapporto di gruppo; peraltro il tema è sottinteso ove, all'art. 287, comma 2, CCI (e con qualche incoerenza, forse, con l'art. 286, comma 2, CCI, per le procedure concordate), si ammette la nomina del medesimo curatore nelle procedure di liquidazione di società di gruppo "salvo che sussistano specifiche ragioni", che proprio al conflitto di interesse possono andare riferite. Perciò il tema - che si fa vastissimo - non è approfondito in una sede che vuole considerare le precipue criticità delle insolvenze transfrontaliere. Nondimeno, per l'impostazione del tema del conflitto di interessi nelle (prima che tra le) procedure concorsuali non può essere omesso il riferimento a V. CALANDRA BUONAURA, *Disomogeneità di interessi dei creditori concordatari e valutazione di convenienza del concordato*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p.14; G. D'ATTORRE, *Il conflitto d'interessi tra creditori nel concordato*, www.orizzontideldirittocommerciale.it, 2010; R. SACCHI, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, in *Fallimento*, 2009, p. 1063.

70 Vale a dire, in questo caso, i rimedi risarcitori - a carico della procedura, che è "parte" dell'accordo - ovvero invalidanti, secondo il codice civile. Va precisato che, invece, in relazione all'impegno di cui al par. 3 sopra, i creditori locali hanno facoltà di provocare l'intervento del giudice della procedura principale, ai fini non solo della impugnazione di provvedimenti di riparto non conformi all'impegno; ma anche "affinché sia imposto all'amministratore della procedura principale di insolvenza di adottare le misure appropriate necessarie per garantire il rispetto delle condizioni dell'impegno previste dalla legge dello Stato di apertura della procedura principale di insolvenza" (art. 36, commi 7 e 8, Reg.).

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

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

singolo protocollo considerato, sia dalla legge nazionale applicabile nel caso concreto ⁽⁷³⁾.

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

Possono essere invocate, allora, le fattispecie contrattuali in senso stretto (e, così, il contratto quadro, o il regolamento contrattuale, ovvero il contratto plurilaterale con comunione di scopo), alle quali tuttavia difetta il requisito della patrimonialità del rapporto negoziato e l'attitudine a disporre di posizione giuridiche soggettive proprie delle parti, se è vero che gli organi delle procedure esercitano, col protocollo, scelte inerenti alla propria funzione. Vengono in considerazione, così, gli istituti pianificatori contemplati dal diritto concorsuale ⁽⁷⁴⁾, mediante i quali si esplicano poteri e facoltà da questo riconosciuti, quali il programma di liquidazione (fallimentare).

⁷³ In tal senso cfr. anche L. FUMAGALLI, *op. cit.*, p. 192.

⁷⁴ Così L. FUMAGALLI, *op. cit.*, p. 194; D. VATTERMOLI, *Insolvency protocols, op. loc. cit.*

Si aggiunge infine l'ulteriore difficoltà, per l'operatore di *civil law*, a familiarizzare con un ruolo del giudice che, nelle relazioni negoziali delle parti, riveste un possibile ruolo di “coordinamento dell'approvazione dei protocolli, se necessario” (art. 57, u.c., Reg.), senza essere chiamato a dirimere un conflitto né ad apporre una verifica omologatoria all'accordo stesso.

5.(segue): *la procedura unitaria di gruppo*

A completare il quadro degli strumenti utilizzabili per la più efficace azione delle procedure transnazionali, è prevista, in caso di procedure parallele, ciascuna aperta carico di una società del gruppo, la possibilità di avviare una sorta di superprocedura cd. di coordinamento, che amplifica gli effetti di raccordo procedurale. Ferma restando, sul piano del diritto applicabile, la piena vigenza delle singole leggi locali ⁽⁷⁵⁾; ed esclusa ogni altra implicazione sostanziale ⁽⁷⁶⁾

La disciplina della iniziativa per l'apertura della superprocedura, della sua ammissione, della elezione del Foro competente, del procedimento di scelta del giudice nazionale al quale assegnare la competenza internazionale, delle eventuali opposizioni dell'amministratore di una singola procedura, ebbene tale disciplina risulta talmente dettagliata da sconsigliare, in questa sede, un'analisi approfondita ⁽⁷⁷⁾.

75 Cfr. P. DE CESARI e G. MONTELLA, *op. cit.*, pp. 177 ss.; G. GRACI, *UE e disciplina dell'insolvenza (II parte). Le procedure di insolvenza di società facenti parte di un gruppo di società*, in *Giur. it.*, 2018, p. 480.

76 Ogni effetto di consolidamento sostanziale delle masse o delle procedure è testualmente escluso dall'art. 72, comma, 3, Reg.

77 Gli artt. 61-77, Reg. disciplinano, tra l'altro, la domanda di apertura della procedura; la sua notifica agli interessati; le contestazioni sollevabili dagli amministratori delle procedure nominati e le relative conseguenze; le modalità di scelta del giudice per la superprocedura; il suo provvedimento di apertura; la possibilità di successiva adesione di altre società alla procedura. Su questi aspetti cfr. S. BARIATTI e G. CORNO, *Il Regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo e del consiglio relativo alle procedure di insolvenza (rifusione). Una prima lettura*, in www.ilfallimentarista.it, 9 sett. 2015.

Merita invece considerare che, ove infine riesca l'apertura di tale superprocedura, la stessa, gestita da un apposito "coordinatore" ⁽⁷⁸⁾, si basa sul "piano di coordinamento di gruppo", che "individua, illustra e raccomanda una serie completa di misure rispondenti ad un approccio integrato alla risoluzione delle situazioni di insolvenza delle società del gruppo. In particolare, il piano può contenere proposte concernenti: i) le misure da adottare per ripristinare la redditività e la solidità finanziaria del gruppo o di una parte del medesimo; ii) la composizione delle controversie infragruppo per quanto riguarda le operazioni infragruppo e le azioni revocatorie; iii) gli accordi tra gli amministratori delle procedure di insolvenza delle società insolventi del gruppo" ⁽⁷⁹⁾.

Quindi, dal punto di vista che più interessa a questa indagine, vale la pena almeno osservare che mediante la cd. superprocedura di gruppo, che si aggiunge alle singole procedure parallele, si crea un ulteriore spazio procedurale ⁽⁸⁰⁾ idoneo ad agevolare gli strumenti di coordinamento, in

Il Reg. di esecuzione 2017/2015 del 12 giugno 2017 fornisce poi una modulistica uniforme utile (non solo ad informare i creditori stranieri conosciuti della apertura di una procedura concorsuale, ai sensi dell'art. 54, Reg.; non solo a formalizzare le insinuazioni al passivo o richieste di informazioni, ma anche) a presentare contestazioni, da parte di un singolo amministratore, in relazione alle procedure di coordinamento di gruppo, secondo l'art. 64, Reg.

78 Secondo l'art. 71, Reg.

79 Cfr. l'art. 72, Reg., nel quale anche si legge: " Il coordinatore può inoltre: a) essere sentito e partecipare alle procedure aperte nei confronti di una società del gruppo, in particolare presenziando alle assemblee dei creditori; b) mediare nelle controversie tra due o più amministratori delle procedure di insolvenza di società del gruppo; c) presentare e illustrare il suo piano di coordinamento di gruppo alle persone o agli organismi a cui è tenuto a riferire ai sensi della legislazione nazionale; d) chiedere agli amministratori delle procedure di insolvenza informazioni su qualsiasi società del gruppo laddove tali informazioni servano o possano servire a individuare e formulare strategie e misure per il coordinamento delle procedure; e e) chiedere una sospensione delle procedure aperte nei confronti di qualunque società del gruppo per un periodo non superiore a sei mesi, a condizione che tale sospensione sia necessaria per garantire la corretta applicazione del piano e sia a vantaggio dei creditori nell'ambito della procedura per la quale è stata richiesta, oppure chiedere la revoca di eventuali sospensioni esistenti. Tale richiesta è presentata al giudice che ha aperto la procedura di cui si richiede la sospensione".

80 Del quale sono indicati i criteri di individuazione - oltre che del giudice e dell'amministratore, come visto sopra, anche - della lingua da impiegare nelle

alternativa alla redazione di un protocollo *ad hoc*. Con il protocollo questo strumento condivide, peraltro, sia il carattere eventuale e facoltativo; sia una matrice in senso lato negoziale, essendo rimessa alla scelta concertata degli organi delle procedure non solo *l'an* ma anche il *quomodo* della soluzione, alle condizioni consentite dal Regolamento ed espresse nel relativo piano. Sempre nel limite del rispetto dell'interesse dei creditori delle singole società coinvolte ⁽⁸¹⁾.

Conclusivamente, in relazione a tutti e tre gli istituti previsti dal Regolamento e fin qui qui considerati - impegno; protocollo; piano di superprocedura -: mentre il giurista di *civil law* assiste alla istituzionalizzazione di pratiche negoziali fino ad oggi atipiche, la comune attitudine delle stesse ad esprimere, in un solo quadro sinottico, la logica collaborativa per la più efficace gestione della crisi ed eventuale riorganizzazione delle imprese interessate rivela, sì, una matrice pattizia, che però non può che sfociare (per lo meno, nella sensibilità del giurista italiano) nella formalizzazione di un vero e proprio documento programmatico, a rilevanza endoprocessuale, sull'azione della procedura.

La conclusione non segna un punto di arrivo, bensì di partenza: è di qui in avanti che occorre (anche nell'ambito del Progetto di ricerca, qui richiamato) uno sforzo di indagine e riflessione supplementare.

comunicazioni interne, delle forme di cooperazione, della ripartizione delle spese (artt. 73-77, Reg).

81 Limite ribadito, per la superprocedura di gruppo, all'art. 63, Reg., già richiamato sopra, nt. 57; si aggiunge la clausola sulla non eccessiva onerosità della procedura (art. 72, comma 6, Reg.). Il tema è per certo complesso, sia per la intrinseca difficoltà a selezionare il creditore che possa risultare "svantaggiato finanziariamente" (così l'art. 63, Reg.) dalla inclusione della società nella procedura di gruppo, sia per l'individuazione del rimedio, in caso di effettiva e dannosa inclusione: cfr. D. LATELLA, *La crisi dei gruppi di società nella riforma dell'insolvenza transfrontaliera: profili generali*, in *Giur. it.*, 2018, p. 480.