

VII CONVEGNO ANNUALE DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI
UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

"L' INFLUENZA DEL DIRITTO EUROPEO SUL DIRITTO COMMERCIALE ITALIANO:
VALORI, PRINCIPI, INTERESSI"

Roma, 26-27 febbraio 2016

SILVIA BECUCCI

Prospettive europee di armonizzazione

SOMMARIO: 1. Premesse. - 2. Verso la definizione della disciplina dei gruppi multinazionali insolventi. - 3. Il compromesso del Regolamento 848/15 - 4 Conclusioni.

1. *Premesse.*

La crescente implicazione "transfrontaliera" negli scambi e nelle relazioni commerciali sullo sfondo di uno "spazio unico", unito alla crisi economica e finanziaria che affligge i paesi occidentali¹, ha spinto le Istituzioni europee a rivedere il quadro normativo comunitario in materia di insolvenza in un'ottica di armonizzazione².

¹ In questo senso S. PACCHI, *La Raccomandazione della Commissione Ue su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del regolamento UE n. 848/15 sulle procedure di insolvenza*, in *www.falliemntiesocietà*; P. FAZZINI - M.M. WINKLER, *La proposta di modifica del Regolamento sulle procedure di insolvenza*, in *Dir. comm. internaz.*, 2013, p. 141 ss; AA. V.V., *The restructuring Review*, 5a, London, 2012, VII. Sulle motivazioni che hanno spinto il legislatore europeo a rivedere il quadro legislativo in materia di insolvenza transfrontaliera si veda anche B. WESSELS, *Europe Deserves a New Approach to Insolvency Proceedings*, in *4 Eur. Company Law*, 2007, p. 253 ss.,

² Si vedano le comunicazioni della Commissione europea "L'Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia. Insieme per una nuova crescita", COM(2011) 206 def. e L'Atto per il mercato unico II. Insieme per una nuova crescita, COM(2012) 573 def. Sul Regolamento 848/2015 cfr. S. PACCHI, *La Raccomandazione della Commissione Ue su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del regolamento UE n. 848/15 sulle procedure di insolvenza*, in *www.falliemntiesocietà*; S. BARIATTI - G. CORNO, *Il regolamento (ue) 2015/848 del parlamento europeo e del consiglio del 20 maggio 2015 relativo alle procedure di insolvenza (rifusione). una prima lettura*, in *www.ilfallimentarista.it*;

Più precisamente il legislatore europeo, ripercorrendo l'esperienza formatasi nell'elaborazione della *Model law*³, nonché della *Insolvency Guide*⁴, facendo, altresì, proprio l'obiettivo di cooperazione e coordinamento dell'Uncitral⁵, ha scelto di operare su due differenti livelli normativi.

³ La *Model Law* in materia di insolvenza transfrontaliera, frutto di cinque anni di studio e negoziati elaborata dall'Uncitral, è stata adottata nel 1997. Più diffusamente si veda L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa: sguardo d'insieme*, in *Il Fallimento*, fasc. 10, 2015, pagg. 1020 e ss. il quale evidenzia le affinità tra *Model Law* ed legislazione europea. In particolare "La *Model law* ha come obiettivo l'autorizzazione e l'incoraggiamento alla cooperazione ed al coordinamento tra giurisdizioni diverse, senza cercare di raggiungere il più ambizioso obiettivo di uniformare la legislazione in materia d'insolvenza degli Stati. Rispetta le differenze di procedura tra i vari Stati. Secondo la *Model Law* la procedura transfrontaliera è quella in cui il debitore insolvente ha beni in più di uno Stato ovvero in cui almeno parte dei creditori ed il debitore non appartengono al medesimo Stato in cui la procedura sta avendo luogo. L'assistenza e cooperazione danno anzitutto ai rappresentanti delle procedure straniere ed ai creditori il diritto di accedere alla Corte del Paese in cui si chiede il riconoscimento. In secondo luogo la *Model Law* prevede procedure semplificate per il riconoscimento delle procedure straniere allo scopo di ridurre i tempi processuali ed assicurare la certezza del diritto. Il procedimento straniero può essere riconosciuto sia come procedura principale sia come procedura secondaria secondo lo stesso criterio, fondato sul COMI, adottato dal Regolamento dell'Unione Europea".

⁴ Alla *Model Law* ha fatto seguito la Guida legislativa sul Trattamento dell'insolvenza transfrontaliera del 2004 e la successiva *Practice Guide on Cross Border insolvency Cooperation* del 2009. In particolare la Guida Legislativa è stata integrata nel 2010 e nel 2013 rispettivamente con una terza parte avente ad oggetto l'insolvenza dei gruppi di impresa e con una quarta parte avente ad oggetto la responsabilità degli amministratori di società di fronte all'insolvenza. I testi sono disponibili in www.uncitral.org/english/text/insolvent/index.htm. Sulla differenza concettuale tra *Model law* del 1997 e Guida legislativa del 2004 si veda P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Insolvenza Trasfrontaliera e giurisdizione italiana*, *Il Fallimento*, Monografie, 2009, pag. 4 e ss, la quale osserva che la prima è un vero e proprio articolato che potrebbe essere recepito sic et simpliciter dai singoli legislatori nazionali, mentre la seconda costituisce uno strumento di *soft law*. Sui tratti essenziali della guida legislativa si veda L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa: sguardo d'insieme*, in *Il Fallimento*, fasc. 10, 2015, pagg. 1020 e ss.. In particolare "Le proposte essenziali della *Insolvency Guide* riguardano la previsione di criteri standardizzati in ordine all'apertura della procedura, alla sospensione delle azioni esecutive per proteggere i beni del debitore anche dalle azioni dei creditori privilegiati, ai criteri per l'erogazione di finanza nuova per la ristrutturazione, alle modalità di partecipazione dei creditori, alla previsione di un procedimento rapido di ristrutturazione, all'introduzione di criteri semplificati per l'insinuazione e l'ammissione dei crediti, alla possibilità di convertire il procedimento di riorganizzazione in liquidazione in caso d'insuccesso della prima, oltre a chiare regole per l'esdebitazione e la chiusura della procedura".

⁵ Più diffusamente vedi M.J. BONELL, *Commissione delle Nazioni Unite per il diritto del commercio internazionale (UNCINTRAL)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, vol. II.

Un primo livello di intervento normativo attuato mediante lo strumento della raccomandazione⁶ volto all'individuazione di principi ed obiettivi comuni in tema di risanamento e ristrutturazione ai quali gli Stati membri sono invitati ad attenersi.

Un secondo livello di intervento normativo attuato mediante lo strumento del regolamento attraverso il quale le istituzioni europee hanno inteso disciplinare aspetti di carattere sostanziale del diritto processuale privato ed internazionale⁷.

Il primo livello di intervento ha avuto come punto di partenza la Risoluzione adottata dal Parlamento Europeo il 15 novembre 2011⁸ con la quale quest'ultimo ha sollecitato la Commissione a presentare, a norma dell'articolo 50, dell'articolo 81, paragrafo 2, o dell'articolo 114 del TFUE, una o più proposte in materia di insolvenza.

La sollecitazione del Parlamento ha invitato, altresì, la Commissione a formulare proposte che riflettano l'opportunità di istituire un quadro giuridico europeo più adeguato per i casi di temporanea insolvibilità e che rappresenti un nuovo "approccio" alle procedure maggiormente incentrate sul salvataggio delle società

⁶ Sulla cogenza delle raccomandazioni si veda Corte di giustizia, 13 dicembre 1989, causa C-322/88, Grimaldi, in Raccolta, I-4407 nella quale la Corte di Giustizia Europea ha avuto modo di precisare che *"Gli atti di cui trattasi non possono essere considerati (...) privi di qualsiasi effetto giuridico. Infatti, i giudici nazionali sono tenuti a prendere in considerazione le raccomandazioni ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare quando esse sono di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantire la loro attuazione o mirano a completare norme comunitarie (oggi dell'Unione) aventi natura vincolante."*

⁷ In particolare sulla cogenza del Regolamento si veda P. DE CESARI, *Il Regolamento 2015/848 e il nuovo approccio all'insolvenza*, in *il Fallimento*, fasc. 10, 2015, p. 1028 la quale evidenzia come il Regolamento sia uno strumento legislativo direttamente applicabile negli Stati membri. La stessa osserva l'utilizzo del Regolamento al fine di disciplinare *"sostanzialmente i tre aspetti fondamentali del diritto internazionale privato e processuale in tema di insolvenza all'interno dell'Unione: la competenza internazionale ad aprire procedure di insolvenza, la legge applicabile alle procedure una volta aperte, nonché il riconoscimento reciproco delle decisioni."*

⁸ Testo disponibile in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0484+0+DOC+XML+V0//IT>.

quale alternativa alla liquidazione si da garantire la parità delle condizioni di concorrenza⁹.

Le linee direttrici dell'armonizzazione sollecitata dal Parlamento si muovono, dunque, sul binario dell'ampliamento del presupposto di accesso, sia soggettivo che oggettivo, così da rendere possibile l'apertura tempestiva di una procedura di insolvenza nei confronti di debitori siano esse persone fisiche, persone giuridiche o associazioni non riconosciute soggette, secondo le normative interne, a procedure anche non giudiziali, finalizzate alla conservazione ed al "salvataggio" dell'impresa¹⁰.

Alla Risoluzione si susseguono una serie di atti: l' *"Atto per il mercato unico II del 3 ottobre 2012"*¹¹, la comunicazione *"Un nuovo approccio europeo al fallimento delle imprese e all'insolvenza"*¹² del 12

⁹ In particolare il Parlamento chiede che la Commissione tenga conto della:

- 1) Raccomandazione concernente l'armonizzazione di taluni aspetti connessi all'apertura delle procedure di insolvenza;
- 2) Raccomandazione concernente l'armonizzazione di taluni aspetti connessi all'insinuazione al passivo dei crediti;
- 3) Raccomandazione concernente l'armonizzazione degli aspetti connessi alle azioni revocatorie;
- 4) Raccomandazione concernente l'armonizzazione degli aspetti generali connessi ai requisiti richiesti per la qualifica e l'operato del curatore;
- 5) Raccomandazioni concernenti la revisione del regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza;
- 6) Raccomandazioni concernenti l'insolvenza dei gruppi societari.

¹⁰ B. WESSELS, *Europe Deserves a New Approach to Insolvency Proceedings*, in 4 *Eur. Company Law*, 2007, p. 253 ss., «[a]lthough even the more recent insolvency laws in several European countries continue to show substantial differences in underlying policy consideration, in structure and in content of these laws, in most of these jurisdictions there is openness towards corporate rescue procedures, which are an alternative to liquidation procedures. In many of these countries the US Chapter 11 procedure has served as a model for legislators. [...] The traditional 'post-mortem autopsy' approach is supplemented by instruments which allow for 'real time action' and domestic laws contain several proceedings which reflect different goals of a company in rescue»; nello stesso senso D. BENINCASA, *The Role of Western Legal Tradition and Europe in Harmonization and Circulation of Models in Eastern Europe Countries Insolvency Regimes?*, in *Dir. comm. int.*, 2011, p. 435 ss..

¹¹ Il testo è disponibile in http://ec.europa.eu/internal_market/smact/docs/single-market-act2_it.pdf.

¹² Il testo è disponibile in http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-254_it.htm.

dicembre 2012, il “Piano all’imprenditorialità 2020 del 9 gennaio 2013”¹³, dalla lettura dei quali, emerge con chiarezza la volontà di contrastare il fenomeno del *forum shopping* ed altresì la possibilità per gli imprenditori onesti di ottenere una seconda *chances* nella ormai consolidata convinzione che “un fallimento aziendale non dovrebbe tradursi in una “condanna a vita” che precluda qualsiasi attività imprenditoriale futura, ma andrebbe visto quale opportunità di apprendimento e miglioramento”.

Su tali principi si snoda la seconda linea di intervento legislativo trovando punto di partenza nella Proposta di riforma del Regolamento 1346/2000 presentata dalla Commissione europea il 12 dicembre 2012, nella quale trovano spazio le procedure anticipatorie dell’insolvenza non giudiziali; l’apertura all’interpretazione giurisprudenziale della Corte di giustizia europea in tema di “centro degli interessi principali”; l’istituzione di un registro dell’UE; una migliore disciplina dei rapporti tra procedure secondarie e procedura principale¹⁴.

Il prodotto dei due percorsi di revisione del quadro normativo europeo in materia di insolvenza, che abbiamo visto intrecciarsi ed integrarsi in ordine a principi ed obiettivi, ha trovato punto di approdo nella Raccomandazione del 12 marzo 2014 emessa ai sensi dell’art. 249 TFUE, con cui la stessa Commissione ha tracciato principi comuni in materia di insolvenza e contestualmente invitato gli Stati membri ad adottare *standard* procedurali volti a ridurre “le differenze e divergenze che ostacolano la ristrutturazione precoce di imprese

¹³ Il testo è disponibile in <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2012/IT/1-2012-795-IT-F1-1.Pdf>.

¹⁴ Sulla proposta di riforma del Regolamento 1346/00 più diffusamente si veda P. FAZZINI, in *Dir. comm. internaz.*, fasc.1, 2013, pag. 141; G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS (eds.), *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A Commentary and Annotated Guide*2, Oxford, 2009.

sane ma in difficoltà finanziaria e promuovere la possibilità per imprenditori onesti di ottenere una seconda opportunità” nonché nella pubblicazione del 5 giugno 2015, nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione, del Regolamento n. 848/2015 emesso in ossequio al dettato di cui agli artt. 114 TFUE, 50 TFUE e 81 TFUE.

Più precisamente i principi ispiratori del “moderno diritto fallimentare europeo” vengono consacrati nei considerando¹⁵ della Raccomandazione nei quali la Commissione evidenzia come finalità prioritaria la “ristrutturazione precoce” delle imprese si da consentire la conservazione del valore dei complessi produttivi attraverso la prosecuzione dell’attività, nonché la possibilità di offrire una seconda *chance* all’imprenditore onesto ma sfortunato mediante meccanismi di *discharge* efficaci e rapidi¹⁶.

La disciplina processuale e sostanziale del nuovo diritto fallimentare, invece, viene affidata al novellato Regolamento che poco differisce dalla Proposta di riforma del Regolamento 1346/2000

¹⁵ Ai considerando segue l’articolato suddiviso in quattro parti rispettivamente aventi ad oggetto le misure di ristrutturazione, il contenuto del piano e la sua omologazione, i diritti dei creditori e gli effetti del piano ed infine la tutela della nuova finanza quale strumento prioritario al fine di consentire il salvataggio delle imprese. In particolare la Raccomandazione stabilisce le imprese in crisi “devono poter disporre di misure che consentano di procedere alla ristrutturazione in una fase precoce (par. 6, lett. a), di rimanere nella disponibilità dei beni e dell’impresa (par. 6, lett. b), di proporre un piano ai creditori che lo devono poter adottare secondo le maggioranze prescritte nel proprio diritto nazionale - piano che dev’essere vincolante anche per i creditori dissenzienti se omologato dal tribunale (par. 6, lett. d) - di godere della sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali”. U. MACRI, *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella Raccomandazione UE 2014/135 e nel Regolamento 2015/343*, fasc. 10, 2015, p. 1051.

¹⁶ Sui principi di cui alla Raccomandazione vedi più diffusamente S. PACCHI, *La Raccomandazione della Commissione Ue su un nuovo approccio all’insolvenza anche alla luce di una prima lettura del regolamento UE n. 848/15 sulle procedure di insolvenza*, in *www.falliemntiesocietà*, P. DE CESARI, *Il Regolamento 2015/848 e il nuovo approccio all’insolvenza*, in *il Fallimento*, fasc. 10, 2015, p. 1027; U. MACRI, *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella Raccomandazione UE 2014/135 e nel Regolamento 2015/343*, fasc. 10, 2015, p. 1051.

presentata dalla Commissione europea il 12 dicembre 2012¹⁷, se non per l'introduzione di una disciplina del tutto nuova relativa all'insolvenza dei gruppi di imprese transnazionali¹⁸.

Il legislatore europeo ha, pertanto, informato la struttura normativa di cui al precedente Regolamento, ampliando il presupposto soggettivo si da comprendere qualsiasi debitore, sia esso società, persona giuridica, persona fisica professionale o, infine, persona fisica consumatore; il presupposto oggettivo individuato nelle situazioni di difficoltà *“non finanziaria che comportino una reale e grave minaccia per la capacità effettiva o futura del debitore di pagare i suoi debiti in scadenza”* o per *“la continuità aziendale”*, consentendo così, l'applicazione del Regolamento alle procedure non solo di liquidazione ma anche di ristrutturazione, riorganizzazione e *“salvataggio”*, nonché alle procedure che non prevedano la sottoposizione dei beni e degli affari del debitore al controllo o alla sorveglianza del Giudice, allineandosi, infine, alle realtà giuridiche nazionali ove le soluzioni conservative e preventive anche non giudiziali, influenzate dall'esperienza americana in tema di *reorganization* e *fresh start*, hanno assunto preminente centralità¹⁹.

¹⁷ Si veda la Relazione del 20 dicembre 2013 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio nella quale il Parlamento rileva: *“Il progetto di relazione sostiene le modifiche proposte dalla Commissione. In molti casi gli emendamenti presentati non sono finalizzati a modificare la struttura della proposta della Commissione né a introdurre nuovi elementi, ma piuttosto a suggerire chiarimenti o ad allineare il testo all'acquis.”*

¹⁸ Sulle differenze tra il Progetto di riforma del Regolamento 1346/2012 e Regolamento 848/2015 si vedano le motivazioni contenute nella Relazione del 20 dicembre 2013 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0481+0+DOC+XML+V0//IT>.

¹⁹ In particolar modo la disciplina concorsuale italiana ha ripercorso e traslato (in parte e con alcune distinzioni) il noto *Chapter 11 del Bankruptcy Code*, il quale prevede la *Reorganization*, in cui si trovano disciplinati gli accordi tra i debitori in crisi ed i loro creditori. Cfr. L. GUGLIELMUCCI, *Il diritto concorsuale tedesco tra risanamento e liquidazione*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2003, pag. 152; FERRI J.R.,

La portata innovativa di cui al Regolamento 848/15 ed alla Raccomandazione del 2014 sono dunque il frutto di un “processo virtuoso” in cui l’integrazione e la rivisitazione della normativa interna da parte degli Stati membri, oltre che il dibattito e la normativa internazionale, hanno avuto la funzione primaria di sollecitare e contagiare il legislatore europeo.

Quanto sopra, appare evidente, qualora si volga lo sguardo agli innumerevoli interventi normativi effettuati dai maggiori paesi membri dell’Unione (Francia, Germania, Spagna e Italia) i quali per *step* progressivi hanno introdotto strumenti volti alla conservazione dei valori aziendali e capaci di prevenire l’insolvenza.

In particolare si pensi alle procedure francesi di “*Sauvegarde acceleree*” e di “*Sauvegarde financiere acceleree*”; alle molteplici accezioni del piano alemanno, tanto flessibile da consentire sia la continuazione dell’attività d’impresa in capo al debitore (*Sanierungsplan*) sia la cessione in esercizio dell’impresa (*Ubertragungsplan*) in combinato con le misure di anticipazione degli

L’esperienza del Chapter 11. Procedure di riorganizzazione delle imprese in prospettiva di novità legislative, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2002, pag. 65; E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell’impresa e soluzioni stragiudiziali*, in (a cura di Galgano F.), *Trattato diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, Padova, 2005. Altresi, soprattutto alla luce delle recentissime riforme, appare plausibile ritenere che il nostro sistema sia stato influenzato anche dal sistema inglese che ha dato vita al cosiddetto *London Approach*, istituito nel 1989, ovvero ad un sistema di regole e principi generali, ai quali le banche creditrici devono attenersi nel porre in essere il tentativo di salvataggio aziendale, attraverso il quale queste ultime, si impegnano a mantenere od ampliare le linee di credito all’azienda in crisi che, sulla base di un piano di ristrutturazione condiviso, abbia la possibilità di riequilibrare la situazione economico-finanziaria. In questo senso: F. CORNELLI, L. FELLI, *Efficiency of bankruptcy procedures*, in *Temi di discussione*, Servizio Studi della Banca d’Italia, n. 245, 1994, pag. 22.; A. WALTERS, *Personal insolvency after the Enterprise Act*, in “*Company law*”, 25, 2004, pag. 6; D. PRENTICE, F. ODITH, N. SEAGAL, *Administration, part II of the Insolvency Act 1986*, in *Current developments, in International and comparative insolvency law*, (a cura di Ziegel J.S.), Clarendon press, Oxford, pagg. 73 e segg.; I. F. FLETCHER, *The Law of Insolvency*, London, 1996; KENT P., *La ristrutturazione finanziaria nell’esperienza inglese: la proposta londinese*, in *Banca, Impresa, società*, 1993, pag. 196; VALENTE P., *The London Approach (le procedure di “concertazione delle crisi” secondo le banche inglesi)*, in *Diritto fallimentare*, 1998, pagg. 360 e segg.

effetti protettivi di cui al “*Schutzschirmverfahren*”; alle procedure spagnole quali gli “*Acuerdos de refinanciacion*” o gli “*Acuerdos extrajudiciales de pagos*”; o ancora, volgendo lo sguardo al diritto concorsuale interno, agli Accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis* anche nella nuova accezione di cui al novellato 182 *septies*.

Fin da una primissima analisi del novellato Regolamento, anche in rapporto ai principi ed agli strumenti previsti in materia concorsuale negli ordinamenti nazionali di Francia, Germania, Spagna e Italia non può che riconoscersi la portata innovativa del predetto Regolamento e, in pari misura, il buon grado di armonizzazione espresso dagli ordinamenti nazionali in punto di prevenzione dell’insolvenza e conservazione del valore dell’impresa.

Al contrario, la portata innovativa del Regolamento ed il grado di armonizzazione in punto di procedure di insolvenza di gruppo appare mediata dalla scelta del legislatore europeo di introdurre un complesso di norme limitate alla cooperazione e coordinamento, complice la difformità di disciplina - anche in materia di diritto societario - dei vari Stati membri e la conseguente scelta di non incidere sulla sovranità degli stessi su temi delicati quali gli obblighi degli amministratori delle società appartenenti al gruppo “*nel periodo di imminente insolvenza*” («*in the period approaching insolvency*»)²⁰.

2. *Verso la definizione di una disciplina dei gruppi multinazionali insolventi.*

In tale contesto di fermento legislativo si innesta il problema dell’individuazione di una disciplina in tema di insolvenza dei gruppi di imprese transnazionali.

²⁰ Si vedano nello stesso senso i Report del Working Group V dell'UNCITRAL del 26-29 Maggio 2015 e le osservazioni rese dalla Francia. Disponibili su http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/5Insolvency.html

E' noto, infatti, che il precedente quadro legislativo europeo non costava di una disciplina relativa all'insolvenza dei gruppi multinazionali cosicché, sotto la vigenza del Regolamento 1346/00, sussistendo contemporaneamente lo stato di insolvenza di una o più imprese appartenenti al medesimo gruppo dislocate in differenti paesi, dovendosi determinare la competenza degli Stati mediante il COMI, potevano aprirsi tante procedure quante erano le imprese insolventi in ciascun Stato Membro competente.

Innanzitutto a tale assenza normativa in punto di disciplina unitaria delle crisi d'impresa, centrale è stata l'interpretazione del concetto giuridico di COMI (centro di interessi principale), il quale ha svolto (e svolge anche nel novellato Regolamento) un ruolo preminente non solo quale criterio di applicabilità del Regolamento stesso²¹, ma anche e soprattutto in funzione della possibilità di individuare criteri interpretativi estensivi che tenessero in conto l'appartenenza delle società insolventi, seppur dislocate in differenti paesi membri, ad un unico gruppo.

Attorno al concetto giuridico di COMI, disciplinato all' art. 3 n. 1, del Regolamento 1346/2000²², pertanto, ruotano numerose

²¹ P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Insolvenza Transfrontaliera e giurisdizione italiana, Il Fallimento*, Monografie, 2009, pag. 69 e ss la quale precisa: "Il regolamento ruota tutto intorno al centro di interessi principale del debitore: Il COMI costituisce, infatti, il criterio di collegamento ai fini della competenza internazionale dei giudici dei vari paesi membri ad aprire la procedura di insolvenza principale universale; inoltre il COMI sia pure indirettamente designa anche la legge processuale e sostanziale applicabile alla procedura una volta aperta, e rappresenta il criterio di riconoscimento reciproco delle decisioni intracomunitarie di insolvenza".

²² Art. 3 n. 1: "Sono competenti ad aprire la procedura di insolvenza i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il COMI del debitore. Per le Società e le persone giuridiche si presume che il centro di interessi principale sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede statutaria". Al considerando 13 viene altresì specificato che il centro di interessi principali deve intendersi quel luogo in cui il debitore esercita in modo abituale, e pertanto riconoscibile dai terzi la gestione dei suoi interessi.

sentenze della Corte di Giustizia Europea volte ad individuare la sua corretta interpretazione²³.

Tra la giurisprudenza formatasi sul punto, sicuramente è noto il *leading case Eurofood*²⁴, nel quale la Corte precisa - in senso assolutamente restrittivo - che il COMI, quale concetto proprio del Regolamento, ai sensi del tredicesimo considerando, deve intendersi “il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale, e pertanto riconoscibile a terzi, la gestione dei suoi interessi”²⁵. La presunzione semplice della sede statutaria, sempre secondo la ricostruzione della Corte può essere superata solo nel caso di società fantasma, ovvero, di Società che non svolga alcuna attività nel territorio dello stato membro in cui è locata la sede²⁶ essendo così irrilevante la sede della società “madre” pur se da questa vengono assunte e sottoposte a controllo le scelte gestionali della società “figlia” insolvente.

²³ In particolare la Corte di Giustizia, in tema di interpretazione di norme di diritto proprie dell’Unione che non effettuino richiami alle leggi interne degli stati membri, ha precisato che detta interpretazione debba avvenire, in ossequio all’esigenza di uguaglianza e applicazione uniforme del diritto, tenendo conto solo del contesto della disposizione e della finalità perseguita dalla norma senza alcun richiamo ai diritti nazionali. In particolare il concetto di “nozione autonoma di diritto comunitario” è stato enucleato nella sentenza Ekro, 18 gennaio 1984, Causa C-327/82, disponibile in *www.curia.europa.eu..* Più diffusamente sul concetto di nozione autonoma di diritto comunitario si veda P. DE CESARI - G. MONTELLA, *il giudice nel Regolamento 1346/2000: una nozione autonoma di diritto comunitario*, nota a Cons. Stato 25 gennaio 2007, n. 269, in *Il fallimento*, 2007, fasc. VII, p. 263; P. BERTOLI, *Corte di Giustizia integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005, 426 e ss.

²⁴ La questione sottesa alla Sentenza della Corte di Giustizia ha ad oggetto le vicende occorse in relazione a *Parmalat*. Più precisamente quest’ultima - società “madre” di un gruppo multinazionale - viene ammessa in Italia alla procedura di amministrazione straordinaria ai sensi della legge marzano il 24 dicembre 2003. Il 27 gennaio 2004 Bank of America chiede l’apertura a carico della *Eurofood IFSC Ltd* - società facente parte del gruppo Parmalat con sede a Dublino - della procedura di compulsory winding up alla *Hign Court* di Dublino. A distanza di un mese il Tribunale di Parma dichiara lo stato di insolvenza della stessa *Eurofood*. La questione pregiudiziale di competenza viene risolta dalla Corte di Giustizia in favore della Corti Irlandesi.

²⁵ Disponibile in *www.curia.europa.eu..*

²⁶ P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Insolvenza Transfrontaliera e giurisdizione italiana*, *Il Fallimento*, Monografie, 2009, pag. 69 e ss

Ad una interpretazione così restrittiva mostra segni di insofferenza la giurisprudenza dei Giudici nazionali, i quali, pur partendo dal noto *leading case* prendono le distanze dal precedente restrittivo di cui al caso *Eurofood*²⁷. Significativo il caso *Eurotunnel* nel quale il Tribunale di commercio di Parigi, nel 2006, ha ammesso alla procedura di insolvenza francese due società appartenenti al gruppo *Eurotunnel*, una di diritto francese, una di diritto inglese, arrogandosi così la competenza internazionale ad aprire la procedura di insolvenza per entrambe le società, sul presupposto che la direzione strategica del gruppo fosse ubicata a Parigi²⁸.

Le successive sentenze della Corte di Giustizia²⁹, pur confermando il contenuto del considerando 13 del Regolamento, hanno effettuato una interpretazione più elastica ammettendo che la prova contraria della presunzione del COMI possa essere “*confutata ove elementi obiettivi e riconoscibili da parte dei terzi consentano di*

²⁷ Sulla sostanziale disapplicazione del principio *Eurofood* si veda G. MONTELLA, *La corte di giustizia e il comi: eppur (forse) si muove!*, su ilfallimentarista.it. Il quale evidenzia come “*La sentenza Eurofood, così rigorosa e monolitica, ha avuto però una sorte davvero strana, e raramente riscontrabile nella giurisprudenza della Corte di giustizia: essa, cioè, è continuamente citata e omaggiata nelle giurisprudenze nazionali quale riferimento obbligatorio ed imprescindibile, salvo poi essere di fatto (quasi) regolarmente disattesa. Del resto, anche prima di Eurofood la presunzione di coincidenza del COMI con la sede statutaria era interpretata con molta elasticità. Sin dagli albori dell'applicazione del Regolamento (entrato in vigore, come si sa, il 31 maggio 2002) aveva preso corpo, in particolare, quello che fu ben presto chiamato - un po' stizzosamente - l'anglo-saxon approach, e cioè i giudici inglesi davano quasi per scontato che, in caso di gruppo societario, il COMI delle società controllate fosse da individuarsi nel Paese in cui opera la dirigenza del gruppo stesso (e quindi, date le fattispecie, nel Regno Unito) e ciò anche per le controllate con sede legale all'estero: si vedano in tal senso, a cavallo di Eurofood, i casi Daysitek, Rover, Collins & Aikman, Enron Directo, Cris Cross Telecommunication Group, Aim Underwriting Agencies, Nortel Networks, etc.*”

²⁸ Di pari tenore il caso relativo alla IT Holding Finance S.A. società con sede in Lussemburgo ed appartenente al gruppo italiano Ittierre. In tal caso ove il giudice italiano ha affermato la competenza internazionale italiana a sottoporre la medesima società a procedura nazionale sul presupposto che la IT Holding Finance S.A. svolgesse il ruolo di procurare finanziamenti internazionali alla capogruppo Ittierre.

²⁹ Si fa riferimento alle Sentenze Corte giust. UE, sez. I, 20 ottobre 2011, C-396/09, Interdil e Corte Giust. UE, sez. I, sent., 15 dicembre 2011, C- 191/10 Rastelli disponibili in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf>

determinare l'esistenza di una situazione reale diversa da quella che si presume corrispondere alla collocazione presso la sede statutaria"³⁰.

Il momento sembra, dunque, favorevole a che l'evoluzione del quadro legislativo europeo si apra all'individuazione di una normativa in tema di insolvenza dei gruppi multinazionali.

Nella Risoluzione adottata dal Parlamento Europeo il 15 novembre 2011, infatti, sulla scia del dibattito internazionale di cui al *Working Group V* dell'*Uncitral*³¹, il Parlamento europeo invita la Commissione a presentare una proposta flessibile per disciplinare le situazioni di insolvenza dei gruppi societari, che preveda - qualora l'assetto operativo/proprietario lo consenta - l'apertura di una procedura nello Stato membro in cui è situata la sede operativa del gruppo; il riconoscimento automatico dell'apertura della procedura; la sospensione delle procedure aperte in un altro Stato membro nei confronti di altri membri del gruppo.

Invita altresì a formulare una proposta che individui un gestore unico della procedura, ferma la tutela dei creditori della società avverso la quale è stata aperta una procedura secondaria mediante

³⁰ Sentenza *Interedil*, punto 52. Su detto filone interpretativo di apertura verso i criteri di individuazione del COMI e di superamento della presunzione della sede legale si veda Cassazione civile, sez. un., 06 febbraio 2015, n. 2243, in cui viene confermata la giurisdizione italiana a dichiarare il fallimento non solo della impresa madre avente sede in Italia ma anche delle società figlie/collegate aventi sede una in Gran Bretagna e una in Irlanda sulla base del fatto che l'attività sociale fosse «unitariamente programmata in Italia e da qui diretta». La Corte, infatti, pone l'accento su una serie di dati sintomatici emersi nel corso dell'istruttoria prefallimentare dai quali si evinceva che il luogo degli interessi principali delle società in questione fosse collocato in Italia sia con riferimento sia alla formazione della volontà dell'ente, sia al centro concretamente operativo. Disponibile su www.ilcodicedeconcordati.it.

³¹ In seno al *Working Group V* dell'*Uncitral*, il problema della disciplina dei gruppi è stato affrontato con riferimento alla *Model Law*. Primo punto di discussione è stato quello dell'individuazione di un possibile COMI di gruppo. Il *Working Group* ha, infatti, proposto che questo possa individuarsi nell'impresa madre. A questa dovrebbe poi essere affidato il compito di coordinare le diverse procedure aperte a carico delle altre imprese del gruppo. In questo senso cfr. L. PANZANI, *Il gruppo di imprese nelle soluzioni giudiziali della crisi*, in *Le Società*, fasc. 12, 2013, 1358 e ss.

l'istituzione di un comitato volto a difendere e a rappresentare gli interessi dei creditori e dei lavoratori locali. L'invito del Parlamento si spinge oltre, immaginando altresì la possibilità di consentire, in via eccezionale, l'aggregazione delle masse attive seppur solo qualora sia impossibile stabilire a quali debitori appartengano i vari attivi, o effettuare una valutazione dei crediti infragruppo.

In relazione ai gruppi decentrati, invece, invita all'individuazione di un complesso di norme volte ad agevolare e promuovere la cooperazione fra i giudici finalizzata a coordinare le operazioni delle procedure di insolvenza.

Al di là degli intenti programmatici di cui all' *"Atto per il mercato unico II del 3 ottobre 2012"* ove si ribadisce l'urgenza di regole in materia di insolvenza dei gruppi societari, che ne massimizzino le possibilità di sopravvivenza, la successiva Raccomandazione del 12 marzo 2014, contrariamente a quanto avviene nell'articolato in punto di misure di ristrutturazione, di piano, di omologazione nonché di diritti dei creditori, ove vengono tracciati principi chiari a cui devono ispirarsi i Paesi membri, resta silente in punto di insolvenza di gruppo.

Il tema trova spazio nell'art. 1 tra gli obiettivi, che la Raccomandazione si prefigge di raggiungere, ovvero *"eliminare le difficoltà di ristrutturazione dei gruppi transfrontalieri di imprese"* senza però qualificare il gruppo; individuare principi specifici in punto di competenza e giurisdizione; procedura unica; organi gestori; possibilità di aggregazione dei patrimoni; modalità di gestione delle procedure. L'impostazione della Raccomandazione sembra dunque conservare intatta la pretesa che l'insolvenza dei gruppi trovi soluzione attraverso la disciplina prevista per la singola impresa.

Le motivazioni sottese a siffatta battuta d'arresto possono rinvenirsi sia nella oggettiva difficoltà di contemperare il principio di autonomia di ciascuna società appartenente al gruppo con l'esigenza di una gestione unitaria efficiente sia, non tanto nella disparità e difformità tra i quadri nazionali in materia di ristrutturazione, quanto piuttosto nella totale assenza di discipline nazionali che possano fungere da riferimento.

D'altra parte le uniche esperienze a livello europeo sul tema di insolvenza di gruppo sono quelle formatesi in Germania ed in Italia.

In particolare in Germania, nell'attesa che venga approvata la proposta di legge volta ad integrare l'InsO³², sono state elaborate prassi volte ad attenuare l'assenza di una specifica disciplina, tra cui la nomina del medesimo curatore per tutte le procedure aperte avverso le componenti del gruppo ed, altresì, l'individuazione della competenza in capo al tribunale del luogo ove è sita la sede del gruppo³³.

Quanto all'esperienza Italiana, invece, nota è la possibilità per le grandi imprese commerciali insolventi, aventi i requisiti di cui agli 2 e 27 di cui al D.lgs. 270/99, di attrarre, in termini di coordinamento ed armonizzazione, le procedure aperte avverso le società direttamente o indirettamente controllate o controllanti nonché le

³² Si fa riferimento alla Bozza Interlocutoria del 3 gennaio 2013 ed al successivo disegno di legge ancora in discussione del 30 gennaio 2014. Più diffusamente sul punto U. MACRI, A. NAVARRA, *Le procedure di risanamento delle imprese, secondo la legislazione tedesca. L'Europa chiama Berlino risponde?*, in *Il Fallimento*, fasc. 10, 2015, pp. 1076 e ss. Testi di legge disponibili http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/18_wp/Konzerninsolvenzen/stellung_vid_diske.pdf?__blob=publicati

³³ U. MACRI, A. NAVARRA, *Le procedure di risanamento delle imprese, secondo la legislazione tedesca. L'Europa chiama Berlino risponde?*, in *Il Fallimento*, fasc. 10, 2015, pp. 1076 e ss.

imprese soggette a direzione comune, pur essendo esclusa la possibilità di aprire una procedura unica³⁴.

Non conforta, poi, il dibattito internazionale in seno al *Working Group V* ove innanzi al documento “*Facilitating the cross-border insolvency of multinational enterprise groups*” contenente la proposta di introdurre una procedura unica e criteri volti all’individuazione di un unico foro competente capace di attrarre a sé le procedure aperte nei confronti delle imprese appartenenti al gruppo, la Francia osserva che una siffatta impostazione normativa incoraggerebbe il “*forum shopping*” permettendo così che l’impresa appartenente ad un gruppo che apra per prima la procedura di insolvenza si assicuri che i suoi propri interessi prevalgano su quelli delle altre imprese appartenenti al medesimo gruppo ed altresì avrebbero avuto l’effetto di minare l’indipendenza delle Corti basata, invece, su regole chiare di giurisdizione³⁵.

³⁴ In particolare l’art. 81 consente che “*le imprese del gruppo soggette alle disposizioni sul fallimento, che si trovano in stato di insolvenza, possono essere ammesse all’amministrazione straordinaria indipendentemente dal possesso dei requisiti previsti nell’articolo Le imprese del gruppo sono ammesse all’amministrazione straordinaria qualora presentino concrete prospettive di recupero dell’equilibrio economico delle attività imprenditoriali, nei modi indicati dall’articolo 27, ovvero quando risulti comunque opportuna la gestione unitaria dell’insolvenza nell’ambito del gruppo, in quanto idonea ad agevolare, per i collegamenti di natura economica o produttiva esistenti tra le singole imprese, il raggiungimento degli obiettivi della procedura.*” Per un quadro sintetico della disciplina si veda S. PACCHI, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in www.treccanionline.it; L. PANZANI, *Il gruppo di imprese nelle soluzioni giudiziali della crisi*, in *Le Società*, fasc. 12, 2013, p. 1358 e ss

³⁵Sul punto vedi L. PANZANI, *Il gruppo di imprese nelle soluzioni giudiziali della crisi*, in *Le Società*, fasc. 12, 2013, 1358 e ss. Il quale osserva “*In primo luogo gli Stati si sono dimostrati restii ad accettare criteri di collegamento per l’individuazione della capogruppo che comporterebbero rilevanti perdite di sovranità. In secondo luogo sul piano tecnico i vari criteri elaborati per individuare la holding si sono dimostrati tecnicamente molto complessi da applicare. Queste difficoltà sono emerse in modo evidente nel dibattito che si è svolto sulla questione sia in sede Uncitral che in sede di Unione Europea ed ancora quando del tema si è discusso negli Stati Uniti con riferimento a problemi in parte diversi, connessi con il riconoscimento di una procedura aperta all’estero e della sua rilevanza nei riguardi delle società di diritto americano. Ne è derivata la convinzione che i tempi per elaborare una disciplina transfrontaliera dell’insolvenza di gruppo non siano ancora maturi e che di conseguenza si debba invece promuovere la collaborazione tra gli organi delle procedure relative alle singole società ed imprese, disciplinate dalla loro legge nazionale.*”

La Francia, conclude, evidenziando la necessità che la normativa si limiti a facilitare le *cross-border insolvency proceeding* attraverso procedure coordinate ed una implementazione della cooperazione tra corti ed organi della procedura³⁶.

Alla luce di tali considerazioni, appare quasi scontata la posizione assunta dalla Commissione in sede di Proposta di riforma del Regolamento 1346/2000, la quale, seppur stempera la “freddezza” della Raccomandazione, raccoglie parzialmente l’invito del Parlamento. Al problema dell’insolvenza di gruppo dedica, infatti, due *consideranda* ed il capo V *bis* composto dall’art. 42, 42 *bis*, *ter*, *quater* e *quinquies* all’interno dei quali la Commissione dispone il coordinamento delle procedure d’insolvenza riguardanti società diverse facenti parte dello stesso gruppo societario, la cooperazione e comunicazione tra giudici e curatore, consentendo, altresì, la possibilità di sospendere le altre procedure e, infine, proporre un piano di salvataggio delle società facenti parte del gruppo sottoposte a procedura d’insolvenza.

Resta, ancora una volta, silente in ordine alla determinazione del G-COMI ed all’introduzione di una procedura unica.

³⁶ “France would like to draw the attention of the Working Group to the need to, match objectives and drafting proposals. As matters stand, the drafting, proposals present risks and may lead to abuses, encouraging “forum shopping”, and allowing an enterprise group member that is the first to commence group, proceedings to ensure that its own interests prevail over those of other, enterprises belonging to the same group. The drafting proposals are also, problematic regarding the independence of the courts, an independence which, is based on clear and foreseeable rules on jurisdiction. In accordance with the objectives set forth in the general introduction of, document concerning Part I and in the preamble to Part II, France believes that, the focus should be placed solely on facilitating cross-border insolvency, proceedings affecting multinational enterprise groups by way of procedural, coordination and cooperation between courts and insolvency representatives”. France’s observations on document A/CN.9/WG.V/WP.128, entitled “Facilitating the cross-border insolvency of, multinational enterprise groups” United Nations Commission, on International Trade Law, Working Group V (Insolvency Law), Forty-seventh session, New York, 26-29 May 2015. Disponibili su http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/5Insolvency.html

Significativa, sul punto, la Relazione del 20 dicembre 2013 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che nel sottolineare come *“le situazioni di insolvenza transfrontaliere non costituiscono più un’eccezione ma un fenomeno quotidiano che non si limita alle società (o ai gruppi) di grandi dimensioni ma che si estende anche alle piccole e medie imprese (PMI)”*³⁷, evidenzia il divario tra la richiesta iniziale del Parlamento e il testo elaborato in sede di Proposta di modifica della Commissione.

Più precisamente nella parte motiva si legge: *“Nella sua relazione di iniziativa legislativa il Parlamento aveva chiesto alla Commissione una proposta flessibile per disciplinare le situazioni di insolvenza dei gruppi societari distinguendo tra due scenari, ovvero quello in cui la proprietà è sostanzialmente chiara e quello dei gruppi decentrati. Per il momento la Commissione non sta seguendo le raccomandazioni del Parlamento concentrandosi piuttosto sulle soluzioni per migliorare il coordinamento e la comunicazione tra diverse procedure di insolvenza”*.

A ben vedere, però, affermare che il progetto di relazione, si fermi ad un mero complesso di norme volte al coordinamento ed alla cooperazione, non rende giustizia allo sforzo delle istituzioni europee.

La proposta del 2012, infatti, si spinge oltre formulando una soluzione più ambiziosa tale da poter essere considerata un *“compromesso”* tra l'approccio della Commissione, improntato al *“coordinamento e alla comunicazione”*, e la posizione esposta dal Parlamento nella sua relazione di iniziativa legislativa.

³⁷ Si vedano le motivazioni contenute nella Relazione del 20 dicembre 2013 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000.
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0481+0+DOC+XML+V0//IT>

Di fianco alle previsioni dettate in materia di coordinamento, si affiancano le previsioni di cui agli art. 42 *ter* n. 1 e 42 *quinquies* lett. c) a norma delle quali il Giudice, innanzi al quale è pendente la domanda o che ha aperto la procedura, può nominare un “coordinatore”.

A detto coordinatore vengono affidati i compiti, non solo di individuare e formulare raccomandazioni per la conduzione coordinata delle procedure di insolvenza, ma anche di presentare “un piano di salvataggio, un concordato o una misura analoga per tutte o alcune delle società del gruppo per le quali è stata aperta una procedura d’insolvenza, e introdurli nelle procedure aperte nei riguardi di un’altra controllata nel rispetto della legge applicabile a tali procedure”.³⁸.

3. Il compromesso del Regolamento 848/15

Il risultato dell’*iter* legislativo, come visto sviluppatosi su due livelli normativi, viene consacrato nel Regolamento 848/15 il quale, pur mancando di attendere alle aspettative in punto di procedura unica e definizione del G COMI, individua una soluzione di compromesso la quale ha sicuramente il pregio di introdurre *ex novo* una disciplina in materia di insolvenza dei gruppi multinazionali - con definizione del concetto di gruppo - volta al coordinamento ed alla cooperazione tra i soggetti coinvolti nella gestione delle procedure che siano state aperte nei confronti di più società appartenenti ad un gruppo ed incardinate in differenti paesi membri

³⁸ Relazione sulla proposta del Parlamento Europeo disponibile su <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0481+0+DOC+XML+V0//IT>

secondo i criteri del COMI per come ridefinito nel Regolamento stesso³⁹.

I considerando del novellato regolamento fissano le finalità verso cui deve essere orientato il coordinamento e la cooperazione; in particolare: (i) il coordinamento dovrebbe facilitare l'efficace gestione delle procedure di insolvenza di società appartenenti al gruppo ed avere sempre un impatto positivo per i creditori (considerando 57); (ii) la cooperazione, invece, dovrebbe essere tesa ad individuare una soluzione che sfrutti le sinergie in seno al gruppo (considerando 52).

Dette finalità dovranno essere raggiunte trovando adeguata contemperazione con il contenimento dei costi di procedura così che il vantaggio del coordinamento non sia minore rispetto all'aggravio dei costi necessari per l'attuazione della stessa procedura (considerando 58), nonché con gli interessi dei creditori di ciascuna procedura, così che i creditori delle singole società avverso le quali è aperta una procedura di coordinamento non ne siano pregiudicati (considerando 52).

L'articolato, di cui al capo V, sez. 1 e 2 e relative sottosezioni, invece, disciplina norme di carattere sostanziale e processuale volte ad individuare (i) il Giudice competente in materia di apertura della procedura di coordinamento; (ii) il contenuto della domanda di coordinamento e le modalità di apertura della procedura di coordinamento; (iii) le modalità di contestazione del piano di coordinamento; (iv) i requisiti del coordinatore ed i compiti a costui affidati; (vi) gli obblighi informativi in capo agli amministratori delle procedure.

³⁹ Più diffusamente sul Regolamento si veda P. FAZZINI, *Promulgato il nuovo regolamento (ue) n. 2015/848 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere: principali profili di riforma*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 3, 2015, pag. 907.

Prima di delineare i tratti essenziali della procedura di coordinamento appare opportuno richiamare i presupposti oggettivi e soggettivi di applicazione della normativa in analisi ed, in particolare: la novellata definizione di gruppo, la ridefinizione del concetto di COMI, quale criterio di applicabilità del novellato regolamento stesso⁴⁰, il concetto di insolvenza - anche "imminente" - che ha ampliato il novero delle procedure ricomprese nel presente Regolamento.

Quanto al presupposto soggettivo per gruppo deve intendersi un' impresa "madre" e le sue "figlie". Per impresa madre ai sensi dell' art. 2, n. 14 del Regolamento 848/2015, *«l'impresa che controlla, direttamente o indirettamente, una o più imprese figlie. Un'impresa che redige un bilancio consolidato conformemente alla direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio è considerata quale impresa madre»*.

Sul punto v'è da osservare che contrariamente a quanto indicato nella Proposta di modifica del Regolamento 1346/2000 presentata dalla Commissione il 12 dicembre 2012 che intendeva definire il gruppo come *«a number of companies consisting of parent and subsidiary companies»* (lett. i), qualificando altresì la *«parent company»* sulla base del solo rapporto azionario (v. lett. j), il novellato regolamento ha adottato il criterio del "controllo", diretto o indiretto, già fatto proprio dalla *Legislative Guide* dell'UNCITRAL in materia di insolvenza di

⁴⁰ In questo senso P. FAZZINI, *Promulgato il nuovo regolamento (ue) n. 2015/848 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere: principali profili di riforma*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 3, 2015, pag. 907 il quale afferma "L'apertura della procedura principale nello Stato membro in cui è localizzato il COMI del debitore determina, secondo quanto previsto dal nuovo Regolamento, in parte innovando rispetto alla precedente versione, alcune conseguenze fondamentali: la determinazione della legge della procedura, salve alcune eccezioni accennate nel prosieguo; il riconoscimento in tutti gli Stati membri delle decisioni di apertura, di chiusura nonché di quelle relative allo svolgimento delle procedure di insolvenza e quelle riguardanti i provvedimenti conservativi e accessori alle procedure; la produzione di una sorta di effetto « esaustivo », che è in parte la sintesi dei due precedenti, che fa sì che l'apertura di procedure successive in altri Stati membri sia consentita soltanto per le procedure secondarie (qualora ne ricorrano i requisiti)".

gruppi di società (nella quale l'«*enterprise group*» è inteso come «*two or more enterprises that are interconnected by control or significant ownership*») e richiamato dalla Direttiva 2013/34 UE in tema di bilancio di esercizio e bilancio consolidato⁴¹.

Quanto al presupposto oggettivo, il Regolamento in tema di procedure di coordinamento di gruppo, troverà applicazione qualora una impresa madre ed una o più imprese figlie siano sottoposte a procedure concorsuali pubbliche, comprese le procedure provvisorie, disciplinate dalle norme in materia di insolvenza finalizzate al salvataggio, alla ristrutturazione del debito, alla riorganizzazione o liquidazione di cui all'allegato A del Regolamento, fermo restando che, in assenza di procedure interne o europee unitarie, la valutazione sullo stato di insolvenza per l'accesso alle procedure, dovrà essere effettuato in relazione alla singola impresa appartenente al gruppo.

Sono comunque escluse, ancorché appartenenti ad un gruppo e sussistendo i presupposti oggettivi sopra richiamati a) le imprese assicuratrici; b) gli enti creditizi; c) le imprese d'investimento e altre imprese o enti nella misura in cui siano contemplati dalla direttiva 2001/24/CE, oppure d) gli organismi d'investimento collettivo.

Quanto invece al presupposto di applicabilità del Regolamento dovrà farsi riferimento alla ridefinizione del COMI.

Il legislatore europeo, nel novellato Regolamento, amplia la definizione individuando il centro di interessi principale nel "*luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi*".

In primo luogo deve evidenziarsi come, a declinazione delle nuove finalità che il Regolamento si prefigge di raggiungere, dalla

⁴¹ In questo senso si veda P. FAZZINI - M.M. WINKLER, *La proposta di modifica del Regolamento sulle procedure di insolvenza*, in *Dir. comm. internaz.*, 2013, p. 141 ss.

liquidazione al salvataggio dell'impresa⁴², il COMI faccia riferimento al centro di gestione degli interessi del debitore, non più invece al luogo ove si localizzava la maggiore parte dei beni o delle attività produttive. Appare, infatti, chiaro l'intento del legislatore europeo di consentire l'apertura della procedura e la conseguente nomina dell'amministratore, in seno allo Stato membro nel quale il debitore abbia la gestione dell'impresa essendo pressoché irrilevante l'ubicazione dei beni del debitore⁴³.

D'altro canto nell'ottica di favorire la salvaguardia dei valori aziendali mediante la continuazione in esercizio dell'impresa, la tutela dei creditori trova soddisfazione, non solo all'interno di un mera percentuale rappresentante il credito recuperato o recuperabile, (che tra l'altro l'esperienza insegna poter essere superiore rispetto al realizzo di una procedura meramente liquidatoria⁴⁴), ma anche attraverso il beneficio, ancorché indiretto, della permanenza dell'impresa nel mercato in termini di posti di lavoro e rapporti commerciali⁴⁵.

⁴² S. PACCHI, *La Raccomandazione della Commissione Ue su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del regolamento UE n. 848/15 sulle procedure di insolvenza*, in *www.falliemntiesocietà*.

⁴³ Salva in ogni caso la possibilità di aprire procedure secondarie riferibili a parti di patrimonio del debitore localizzate in altri Stati membri, a condizione che sia ivi situata una dipendenza del medesimo da più di tre mesi.

⁴⁴ Si fa riferimento alla teoria del *going concern*, secondo cui un'impresa in movimento produce più ricchezza di quanta se ne possa ricavare da un procedimento di liquidazione concorsuale. In questo senso cfr. FRANZI C., *L'azione revocatoria nella nuova legge fallimentare. L'intervento riformatore e sua applicabilità*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, Fasc. n. 6, 2008, p. 123.

⁴⁵ Più diffusamente sul Regolamento si veda P. FAZZINI, *Promulgato il nuovo regolamento (ue) n. 2015/848 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere: principali profili di riforma*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 3, 2015, pag. 907, dal quale però mi permetto di discordare nel momento in cui evidenzia una sorta di "passaggio in secondo piano della tutela dei creditori" essendo invece quest'ultima temperata nel salvataggio dell'impresa. Si fa riferimento alla teoria del *going concern*, secondo cui un'impresa in movimento produce più ricchezza di quanta se ne possa ricavare da un procedimento di liquidazione concorsuale. In questo senso cfr. FRANZI C., *L'azione revocatoria nella nuova legge fallimentare. L'intervento riformatore e sua applicabilità*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, Fasc. n. 6, 2008, p.

La novellata definizione di COMI si arricchisce dell'interpretazione giurisprudenziale formatasi in tema recependo il tredicesimo considerando del Regolamento 1346/2000⁴⁶, ed ampliando estensivamente le possibilità di superare la presunzione di COMI presso la sede legale del debitore con riferimento al caso concreto purché sia riconoscibile anche *ex ante* da parte dei creditori⁴⁷.

Pertanto, qualora vengano aperte più procedure d'insolvenza, di cui all'allegato A del Regolamento, in differenti Stati membri dell'Unione dichiaratisi competenti in virtù del COMI, avverso imprese direttamente o indirettamente controllate o controllanti, potrà trovare applicazione la disciplina di cui al capo V del predetto Regolamento.

Sarà così possibile dare avvio ad una procedura di coordinamento di gruppo - flessibile e facoltativa - sotto il coordinamento di un unico gestore al quale è concessa la facoltà, previa valutazione congiunta con gli altri amministratori delle procedure della possibilità di ristrutturazione delle società, di proporre un piano di ristrutturazione coordinato.

A norma dell'art. 61, competente per l'apertura di una procedura di coordinamento può essere qualsiasi giudice competente per le procedure di insolvenza di una delle società del gruppo. Deroga a tale principio generale viene individuata secondo il criterio di

1238.

⁴⁶ Si veda la Sentenza *Eurofood* disponibile in www.curia.europa.eu. E più diffusamente P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Insolvenza Transfrontaliera e giurisdizione italiana, Il Fallimento*, Monografie, 2009, p. 69 e ss.

⁴⁷ Cfr. Corte giust. UE, 20 ottobre 2011, causa C-396/09, *Interedil S.r.l. c. Fall. Interedil S.r.l., Intesa Gestione Crediti S.p.A.*, in *Int'l Lis*, 2012, 31 e ss., con nota di L. PANZANI, *La nozione di COMI nella disciplina comunitaria dell'insolvenza transfrontaliera: i casi Interedil e Rastelli*; Corte giust. UE, 15 dicembre 2011, causa C-191/10, *Rastelli Davide & C. S.n.c. c. Jean-Charles Hidoux*, in *Foro it.*, 2012, IV, 61 e ss.; Corte giust. CE, 2 maggio 2006, causa C-341/04.

priorità per cui, qualora siano presentate più domande di apertura di procedura di coordinamento innanzi a differenti giudici, prevale la competenza del giudice adito per primo.

Ulteriore deroga a detto principio di priorità è data dal criterio di tipo pattizio contenuto nell'art. 66 a norma del quale il giudice competente per la procedura di coordinamento può essere individuato mediante un accordo scritto, raggiunto da almeno due terzi di tutti gli amministratori nominati nelle procedure di insolvenza delle società appartenenti al gruppo.

Una volta individuato il giudice competente ciascun amministratore nominato in una procedura d'insolvenza aperta nei confronti di una società facente parte di un gruppo di società, previa autorizzazione da parte dell'autorità competente, potrà presentare domanda di apertura della procedura di gruppo⁴⁸.

La domanda di apertura dovrebbe contenere i tratti essenziali del piano di coordinamento; l'indicazione della nomina del coordinatore in possesso dei requisiti di cui all'art. 71; l'indicazione degli amministratori delle società del gruppo ed, infine, la previsione di costi stimati per il coordinamento. Al giudice cui è stata presentata una domanda di procedura di coordinamento spetterà la valutazione in ordine alla maggiore efficacia derivante dalla gestione unitaria delle procedure d'insolvenza ed all'impatto positivo per i creditori aderenti alla procedura. Costui è, altresì, investito dell'onere della notifica della domanda da effettuarsi mediante raccomandata con ricevuta di ritorno. Nel termine di trenta giorni dalla ricezione della predetta comunicazione gli amministratori delle singole procedure hanno la facoltà di contestare l'inclusione delle proprie procedure

⁴⁸ Più diffusamente sulla procedura vedi P. FAZZINI, *Promulgato il nuovo regolamento (ue) n. 2015/848 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere: principali profili di riforma*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 3, 2015, pag. 907,

nella procedura di coordinamento e/o la persona indicata per il ruolo di coordinatore.

Delineati i tratti essenziali della procedura di coordinamento e dei principi esposti nei considerando del Regolamento, appare chiara la scelta del legislatore europeo di subordinare il coordinamento al rispetto della distinta personalità giuridica di ciascuna società del gruppo, si da garantire la tutela dei creditori, siano essi creditori della singola società appartenente al gruppo avverso la quale è stata aperta una procedura singola di insolvenza, siano essi creditori delle società del gruppo che hanno aderito al piano di ristrutturazione coordinato.

Sicuramente risulta essere in favore della tutela di tutti i creditori la facoltà concessa a ciascun amministratore di una società insolvente del gruppo di ottenere una autorizzazione alla sospensione (considerando n. 60) del provvedimento di realizzo di beni della procedura aperta nei confronti di altre società appartenenti al medesimo gruppo, purché sia stato presentato un piano di ristrutturazione; sia possibile riscontrare il vantaggio dei creditori della società richiedente la sospensione ed, infine, che detta sospensione sia finalizzata a garantire l'adeguata attuazione del piano.

Per i singoli creditori delle società appartenenti al gruppo, invece, la tutela trova realizzazione attraverso la previsione della facoltatività della procedura di coordinamento, come evidenziato nel considerando n. 56.

La *ratio* di tale scelta appare chiara, in quanto, sottesa alla facoltatività di aderire o meno alla ristrutturazione di gruppo, v'è la valutazione dell'amministratore nominato in ordine alla convenienza

del piano di ristrutturazione coordinato, effettuata in relazione agli interessi dei creditori della singola società appartenente al gruppo.

Per i creditori delle società aderenti al piano di ristrutturazione coordinato, invece, la tutela si realizza mediante la contestazione della partecipazione alla ristrutturazione coordinata delle singole società insolventi del medesimo gruppo.

I presupposti per la contestazione in ordine all'inclusione o meno di una società potranno avere ad oggetto la (i) "non" facilitazione della gestione unitaria; (ii) il pregiudizio "finanziario" dei creditori delle singole società; (iii) la carenza dei requisiti del coordinatore di cui all'art. 71.

In questi termini appare, dunque, snodarsi la questione centrale e maggiormente dibattuta in ordine alla disciplina delle imprese insolventi multinazionali che vede contrapposti i diritti dei creditori delle singole società appartenenti al gruppo contro la possibilità di una gestione unitaria più efficiente o, più precisamente, la difficoltà di contemperare il principio di autonomia di ciascuna società e conseguente diritto dei creditori a soddisfarsi sul patrimonio dell'ente senza che la soluzione coordinata comporti "dispersioni" del patrimonio in favore dei creditori delle altre società appartenenti al gruppo.

E' evidente dunque che, secondo tale impostazione, l'efficacia della norma e la possibilità concreta di presentare un piano coordinato di ristrutturazione sia previamente subordinato all'impatto positivo che questo deve avere nei confronti di tutti i creditori.

Per quanto sopra, svanita l'idea di una disciplina unitaria che consenta l'integrazione delle masse attive e passive delle società appartenenti al gruppo, la frizione degli interessi contrapposti dei

creditori (della singola società piuttosto che di tutti i creditori del gruppo) potrebbe trovare soluzione e contemperazione, a parere della scrivente, solo qualora vengano incontro i principi guida di cui alla Raccomandazione del 2014 ovvero, qualora il beneficio implicito del “salvataggio dell’impresa”, da considerarsi anche obbiettivo principe del “nuovo diritto fallimentare europeo”, prevalga sul beneficio inteso come soddisfazione meramente percentualista del credito.

Il Regolamento però sembra dimenticare detti principi guida reintroducendo nel successivo articolato (art. 63), quale elemento di valutazione in capo al giudice competente in ordine alla ammissione o meno della procedura di coordinamento, lo svantaggio “finanziario” dei creditori derivante dall’inclusione di una società insolvente del gruppo nel piano coordinato.

Detto riferimento appare, almeno sulla carta, non in linea con i tanto richiamati principi di cui alla Direttiva del 2014, si da immaginare che la ristrutturazione coordinata possa vedersi vanificata trovando limite nella migliore soddisfazione “finanziaria”, maggiormente perseguibile attraverso piani di ristrutturazione singoli, ciò con particolare riferimento alla soddisfazione di quei creditori di singole società appartenenti al gruppo maggiormente patrimonializzate.

V’è da notare, infine, che in questa ottica, il Regolamento affida il tema della convenienza (*recte*: vantaggio finanziario) della ristrutturazione coordinata agli amministratori delle procedure di insolvenza ed al giudice competente. I primi, infatti, sono gli unici legittimati a sollevare argomentazioni finalizzate all’esclusione di una delle società del gruppo dal piano di ristrutturazione coordinato e, parimenti, a sollevare argomentazioni finalizzate alla sospensione

dei provvedimenti di realizzo. Al giudice competente, invece, è affidato il compito sulla valutazione della convenienza della ristrutturazione coordinata.

Dovrà costui, anche sulla base del piano presentato dagli amministratori, *in primis* ammettere o escludere alla procedura coordinata le società del gruppo insolventi, sulla base di una valutazione che contemperi il vantaggio finanziario dei singoli creditori in relazione al piano coordinato effettuando un raffronto tra la soddisfazione che questi potrebbero ottenere, qualora la procedura fosse singolarmente gestita, e la soddisfazione, potenzialmente attuabile, qualora la procedura sia coordinata a livello di gruppo. Decide, poi, sulle istanze di sospensione dei provvedimenti di realizzo effettuando una valutazione prognostica circa la necessità della predetta sospensione al fine di consentire l'adeguata realizzazione del piano.

Amplio margine di operatività viene concessa agli amministratori delle singole procedure di insolvenza ed al coordinatore della procedura di gruppo in ordine al contenuto del piano, da depositarsi congiuntamente alla domanda di procedura coordinata, il quale, alla luce di quanto sopra, non solo dovrà contenere le linee generali del programma di coordinamento; l'evidenza del beneficio in termini di efficacia della gestione della procedura in relazione alle singole società del gruppo; i costi relativi alla procedura; l'indicazione del coordinatore avente i requisiti di cui all'art. 71; l'indicazione delle società appartenenti al gruppo che intendono inserirsi nel piano (e correlativamente quelle escluse dallo stesso) ma anche "i vantaggi finanziari" per i creditori delle singole società del gruppo (art. 63).

Contrariamente a quanto espressamente previsto nella Raccomandazione del 2014, in tema di piani di ristrutturazione che vengano presentati innanzi ai singoli Stati membri e per le imprese non appartenenti al gruppo, il piano di ristrutturazione coordinato, non deve essere adottato dalla maggioranza dei creditori, né parimenti vengono previste procedure di voto universali che pur tengano conto della necessità di votazioni separate da parte dei creditori di ciascuna società. Da una primissima interpretazione sul punto - la possibilità che il piano di coordinamento sia soggetto a votazione - appare potersi individuare nella previsione di cui all'art. 61 per il quale la domanda di coordinamento può essere presentata, in conformità alle condizioni stabilite dalla legge applicabile, in cui l'amministratore delle procedure di insolvenza è stato nominato. Ciò, pertanto, appare aprire la possibilità a che il piano di coordinamento sia approvato almeno dalla maggioranza dei creditori della società del gruppo richiedente il coordinamento, se ed in quanto sussistenti regole in tal senso, e in caso positivo, sulla base della normativa nazionale interna.

Non è prevista parimenti una procedura di omologazione del piano.

D'altra parte tale assenza normativa appare in linea con la scelta effettuata dal legislatore europeo di non accordare efficacia vincolante al piano di coordinamento.

Ciò appare desumersi dalla lettura dell'art. 70 a norma del quale gli amministratori "tengono - meramente - in conto" le raccomandazioni indicate dal coordinatore di gruppo e dalla successiva previsione espressa, per cui l'amministratore delle singole società insolventi di gruppo "non è tenuto a seguire integralmente o

parzialmente le raccomandazioni impartite del coordinatore o la programmazione” contenuta nel piano di gruppo.

A fronte della scelta del singolo amministratore di non perseguire le raccomandazioni ed il piano di gruppo è previsto solo un obbligo di mera comunicazione.

Al contrario, il coordinatore di gruppo è soggetto a revoca qualora agisca a detrimento dei creditori di una società del gruppo.

4. Conclusioni

In conclusione appare potersi confermare che la soluzione individuata dal legislatore europeo si attesti come disciplina di “transizione” che ha il pregio di aver colto la necessità di introdurre una disciplina in materia di insolvenza di gruppo e di aver immaginato un complesso di norme volte al coordinamento ed alla cooperazione, ma allo stesso tempo incapace di dirimere le problematiche sottese in punto di insolvenza di gruppo.

Sebbene, infatti, la scelta di mantenere distinti i patrimoni delle società appaia condivisa anche dal dibattito internazionale e nazionale, non si comprendono le motivazioni per cui alcuna efficacia vincolante sia disciplinata in punto di piano di gruppo e delle raccomandazione del coordinatore. Parimenti, difficilmente si comprende la rimessione della valutazione in termini di convenienza “finanziaria” al Giudice e non invece ai creditori.

Sembra che i principi generali maturati in tema di ristrutturazione delle singole imprese non siano filtrate all’interno della disciplina dei gruppi, ponendosi dunque detta disciplina in dissonanza rispetto alla Raccomandazione del 2014. D’altra parte l’obbiettivo di contemperare gli interessi dei creditori delle singole società rispetto ai creditori del gruppo unitariamente inteso,

sembrerebbe maggiormente raggiunto innanzi ad un impianto per cui la convenienza della possibilità di una ristrutturazione coordinata sia rimessa alla volontà della maggioranza di creditori secondo norme di voto universali (senza venir meno la necessità di votazioni separate da parte dei creditori di ciascuna società), svincolata da una valutazione meramente finanziaria della soddisfazione dei creditori, e successivamente omologata si da divenire efficace per tutti i creditori.

Le prospettive di armonizzazione europea e nazionale dovranno dunque farsi carico dello sviluppo della normativa in tema di insolvenza di gruppo.

In particolare il legislatore nazionale⁴⁹, già immagina, *“pur conservando l'autonomia delle masse attive e passive di ciascuna impresa costituita in forma di società dotata di propria personalità giuridica, una procedura che consenta di proporre un unico ricorso sia per l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti dell'intero gruppo, sia per l'ammissione di tutte le imprese del gruppo alla procedura di concordato preventivo e per la successiva eventuale omologazione, anche con presentazione di un piano concordatario unico o di piani tra loro collegati ed interferenti si da consentire di tenere pienamente conto dei riflessi reciproci delle singole operazioni contemplate dal piano e delle eventuali operazioni organizzative infragruppo”*.

⁴⁹ Relazione Rordorf allo schema di legge delega Disponibile su www.oci.it