





















































































































































































comporta che detta azione di rivendica vada considerata rientrante nella materia fallimentare. La Corte ha risposto, questa volta, negativamente, in quanto l'azione di rivendica rientrava nel patrimonio del venditore anche indipendentemente dal fallimento<sup>63</sup>. Al di là della soluzione del caso di specie, la Corte colse l'occasione per stabilire (ed è questo l'aspetto più interessante) che alcuni dei considerando del Reg. n. 44/2001 "manifestano la volontà del legislatore comunitario di far propria una concezione ampia della materia civile e commerciale" di cui allo stesso regolamento, estendendone di conseguenza l'ambito di applicazione. E si leggano, a riguardo, anche il primo periodo del sesto considerando del regolamento n.1346/2000 e il corrispondente sedicesimo considerando del nuovo testo, i quali evidentemente puntano a limitare l'ambito di applicazione di detti regolamenti sull'insolvenza, che non dovrebbe essere inteso in senso ampio.<sup>64</sup> Si instaura quindi, una sorta di gerarchia interpretativa fra le due discipline<sup>65</sup>, che possiamo ritenere sussistere nei successivi regolamenti

---

<sup>63</sup> La Corte ha ragionato insomma come la nostra Corte di Cassazione nell'ordinanza da primo richiamata (vedi nota n.20).

<sup>64</sup> Considerando n.6 del Reg. n. 1346/2000: "secondo il principio di proporzionalità, il presente regolamento dovrebbe limitarsi a disposizioni che disciplinano le competenze per l'apertura delle procedure di insolvenza e per le decisioni che scaturiscono direttamente da tali procedure e sono ad esse strettamente connesse".

Considerando n.16 del Reg. n. 848/2015: "il presente regolamento dovrebbe applicarsi alle procedure disciplinate dalle norme in materia di insolvenza. Tuttavia, non si dovrebbero considerare disciplinate dalle norme in materia di insolvenza le procedure che sono disciplinate dal diritto societario generale non destinato esclusivamente alle situazioni di insolvenza".

<sup>65</sup> Che a volte è stata, forse, portata ad estreme conseguenze dalla Corte, come quando, nel caso F-Tex c. Jadecloud-Vilma (C-213/10) essa negò la natura fallimentare di un'azione revocatoria fallimentare (sembra una contraddizione in termini) che era stata, nell'ambito di una fattispecie

n. 848/2015 e n. 1215/2012, che hanno sostituito quelli a cui si è fatto riferimento.

### ***3.3 Informazione dei creditori ed insinuazione dei crediti***

Il capo quarto del testo rifuso è dedicato alla disciplina della insinuazione dei crediti nelle procedure d'insolvenza transfrontaliere instaurate ai sensi del regolamento, disciplina che ad oggi risulta in certi aspetti più snella rispetto a quanto previsto nel testo del 2000.

In base all'art. 53 rimane fermo, rispetto all'impianto precedente, il principio per cui ogni creditore straniero può insinuare i crediti nella procedura principale e in qualsiasi procedura secondaria di insolvenza, “con qualunque mezzo di comunicazione ammesso dalla legge dello Stato di apertura”; v'è di nuovo che ai fini esclusivi della insinuazione dei crediti, ad oggi, non è obbligatorio essere rappresentati da un avvocato o altro professionista legale. Inoltre anche gli amministratori delle procedure principale o secondaria insinuano nelle altre procedure i crediti già insinuati nella procedura cui sono preposti, “nella misura in cui ciò sia di utilità per i creditori di quest'ultima procedura e fatto salvo il diritto di questi ultimi di opporvisi o di rinunciare a tale insinuazione, qualora la legge applicabile lo preveda”. Ovviamente la possibilità di

---

alquanto complessa, ceduta da una società ad un'altra dopo l'apertura della procedura di insolvenza.

una contemporanea insinuazione in più procedure dei medesimi crediti ha reso necessario garantire un miglior coordinamento tra le procedure<sup>66</sup>: per queste ragioni è stato previsto (con un meccanismo forse assimilabile a quello delle nostre azioni revocatorie) che il creditore che, dopo l'apertura di una procedura principale, abbia ottenuto con qualsiasi mezzo, in particolare azioni esecutive, soddisfazione totale o parziale del credito con beni di un debitore situati nel territorio di un altro stato membro, debba restituire all'amministratore delle procedure di insolvenza quanto ha ottenuto. Inoltre il creditore che in una procedura di insolvenza abbia recuperato una quota del proprio credito, può partecipare ai riparti effettuati in un'altra procedura soltanto allorché i creditori dello stesso grado o della stessa categoria abbiano ottenuto in tal altra procedura una quota equivalente (art. 23). Fondamentalmente, quindi, ogni credito deve essere presentato per il suo importo originario, senza dedurre la parte soddisfatta in altre procedure, restando inteso che il credito verrà considerato al momento del riparto, solo quando i creditori dello stesso rango (secondo la legge regolatrice della procedura) abbiano ottenuto in questo procedimento una percentuale di soddisfazione del proprio credito uguale a quella già conseguita dal creditore in altri procedimenti.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Coordinamento fra procedure, di cui diremo più diffusamente in seguito.

<sup>67</sup> "Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza"- Relazione del dott. Valentino Lenoci-

Ferma rispetto al precedente impianto rimane, infine, la sussistenza in capo al giudice competente dello Stato membro di apertura o all'amministratore delle procedure di insolvenza di obblighi informativi, da adempiersi "senza ritardo" (art.54), nei confronti dei creditori stranieri conosciuti. Queste informazioni vengono trasmesse mediante una nota individuale, contenente in particolare i termini da rispettare, le sanzioni previste circa i termini e l'organo o l'autorità legittimati a ricevere l'insinuazione dei crediti; nota individuale per la redazione della quale ad oggi è previsto un modulo uniforme elaborato dalla Commissione, pubblicato e reso disponibile sul portale europeo della giustizia elettronica. Un modulo uniforme apposito è, inoltre, ad oggi, previsto anche per l'insinuazione dei crediti (art. 55) e ciò, insieme con la non obbligatorietà dell'assistenza legale, nella pratica di certo favorirà l'avanzamento delle pretese creditorie nell'ambito di queste procedure. Detto modulo uniforme per l'insinuazione dei crediti ha un contenuto minimo obbligatorio<sup>68</sup> e deve essere, se nel caso, corredato da copia di

---

Sezione Fallimentare del Tribunale di Bari.

<sup>68</sup>Art. 55, paragrafo 2: "Il modulo uniforme per l'insinuazione di crediti di cui al paragrafo 1 include le seguenti informazioni:

- a) il nome, il recapito postale, l'indirizzo di posta elettronica, se del caso, il numero di identificazione personale, se del caso, nonché le coordinate bancarie del creditore straniero di cui al paragrafo 1;
- b) l'importo del credito, comprensivo di capitale e, se del caso, interessi, e data alla quale è sorto nonché data alla quale è divenuto esigibile, se diversa;
- c) in caso di interessi, il tasso d'interesse, se gli interessi sono di natura legale o contrattuale, il periodo di tempo per il quale tali interessi sono richiesti e l'importo capitalizzato degli interessi;
- d) in caso di spese derivanti dalla rivendicazione del credito prima dell'apertura della procedura, l'importo e il dettaglio di tali spese;

documenti giustificativi. Molto importante è la previsione di cui al sesto paragrafo dell'art. 55 per la quale “i crediti sono insinuati entro il termine previsto dalla legge dello Stato di apertura” (in ciò confermando quanto disposto dall'art. 7); la norma, poi, prosegue: “per i creditori stranieri tale termine non è inferiore a 30 giorni a decorrere dalla pubblicazione dell'apertura della procedura di insolvenza nel registro fallimentare dello Stato di apertura. Qualora uno stato membro faccia assegnamento sull'articolo 24, paragrafo 4, tale termine non è inferiore a 30 giorni a decorrere dalla data in cui il creditore è stato informato ai sensi dell'articolo 54”. L'articolo 24, a cui si rinvia, disciplina, come vedremo meglio in seguito, la creazione di registri fallimentari da parte di tutti gli Stati membri, in cui devono essere pubblicate e rese accessibili le informazioni inerenti alle procedure instaurate.<sup>69</sup>

### **3.4 Coordinamento delle procedure.**

Il testo rifuso si connota per una disciplina dettagliata dei rapporti e del coordinamento fra la procedura principale e la singola o le più

---

e) la natura del credito;

f) l'eventuale diritto di prelazione e il relativo fondamento;

g) l'eventuale garanzia reale o riserva di proprietà e, in tal caso, i beni che costituiscono la garanzia invocata, la data alla quale la garanzia è stata concessa e, qualora sia stata scritta, il numero d'iscrizione; e

h) l'eventuale compensazione e, in tal caso, gli importi dei crediti reciproci in essere alla data di apertura della procedura d'insolvenza, la data alla quale sono sorti e l'importo preteso al netto della compensazione”.

<sup>69</sup> Il quarto paragrafo contiene una deroga all'obbligatorietà dell'adempimento di detti obblighi informativi in caso di persone fisiche che non esercitano un'attività imprenditoriale o professionale indipendente, “a condizione che i creditori stranieri conosciuti siano informati, ai sensi dell'articolo 54, degli elementi di cui al paragrafo 2, lettera j)” dell'art. 24.

procedure secondarie, improntata fundamentalmente all'idea di preminenza della procedura principale. Era sorto, infatti, negli anni di applicazione del regolamento precedente (che sulla materia era, al solito, a tratti lacunoso), il problema della convivenza delle due procedure, nella misura in cui l'instaurazione della procedura secondaria poteva costituire un ostacolo alla soddisfacente conclusione della principale. Per evitare ciò, era previsto che le eventuali procedure territoriali (divenute secondarie in seguito all'apertura della procedura principale) dovessero avere necessariamente il carattere di procedure di liquidazione: questa previsione si traduceva nella pratica in una serie di difficoltà applicative, soprattutto nel caso in cui a livello territoriale si fosse instaurata una procedura che perseguisse maggiormente un fine di riorganizzazione dell'attività del debitore, piuttosto che di sua liquidazione.

Ad oggi il quadro è mutato. Si ha l'impressione che l'instaurazione di una procedura secondaria debba essere considerata una *extrema ratio* a cui ricorrere qualora non sia possibile soddisfare le medesime esigenze, che ne giustificherebbero l'apertura, all'interno della procedura principale. E, per questo, l'obiettivo del coordinamento tra procedure d'insolvenza appare, oggi, in modo residuale di fronte al nuovo obiettivo

della concentrazione delle diverse operazioni nell'ambito della stessa procedura principale di insolvenza<sup>70</sup>; e la strada della concentrazione ritengo sia l'unica che effettivamente possa garantire un migliore gestione delle procedure e il soddisfacimento equo dei creditori (si consideri, come si dirà successivamente, che nel testo di rifusione è venuta meno la previsione per cui le procedure secondarie debbano avere necessariamente finalità liquidativa, il che, se non fosse stato affiancato da una nuova strutturazione dei rapporti fra procedure in termini di netta preminenza della principale sulla secondaria, avrebbe probabilmente causato diversi problemi pratici di coordinamento delle stesse).

Il Regolamento n. 848/2015 disciplina la questione all'art. 3 (che abbiamo in parte già studiato in riferimento al Comi) per poi dedicarne un intero capo, il terzo (artt. 34- 52), intitolato "procedure secondarie di insolvenza".

Il sistema di base risulta immutato rispetto all'impianto precedente. Il primo paragrafo dell'art. 3 sancisce che è possibile instaurare una procedura principale nello Stato di ubicazione del Comi, statuizione a cui fanno seguito le presunzioni di cui abbiamo dato conto precedentemente; la norma continua, al secondo paragrafo: "se il centro

---

<sup>70</sup>In questi termini, F. M. Buonaiuti- *“La revisione del Regolamento sulle procedure d'insolvenza. Il coordinamento tra procedure d'insolvenza basato sulla prevalenza della procedura principale nel regolamento (UE) n. 2015/848 di rifusione”* - <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/>.

degli interessi principali del debitore è situato nel territorio di uno Stato membro, i giudici di un altro Stato membro sono competenti ad aprire una procedura di insolvenza nei confronti del debitore solo se questi possiede una dipendenza nel territorio di tale altro Stato membro. Gli effetti di tale procedura sono limitati ai beni del debitore che si trovano in tale territorio". Queste procedure saranno, se è aperta una procedura principale ai sensi del primo paragrafo, "procedure secondarie di insolvenza"<sup>71</sup>. D'altra parte è possibile che la procedura d'insolvenza territoriale di cui al secondo paragrafo abbia luogo prima dell'apertura di una procedura principale, ma "solamente allorché:

a) in forza delle condizioni previste dalla legislazione dello Stato membro nel cui territorio si trova il centro degli interessi principali del debitore non si possa aprire una procedura d'insolvenza di cui al paragrafo 1, oppure

b) l'apertura della procedura territoriale d'insolvenza sia richiesta da:

i) un creditore il cui credito deriva o è legato all'esercizio di una dipendenza situata nel territorio dello Stato membro in cui è richiesta l'apertura della procedura territoriale, oppure

ii) un'autorità pubblica che, secondo il diritto dello Stato membro nel cui territorio si trova la dipendenza, ha il diritto di chiedere l'apertura

---

<sup>71</sup> Art. 35: "Salvo disposizioni contrarie del presente regolamento, si applica alla procedura secondaria di insolvenza la legge dello Stato membro nel cui territorio questa è aperta".



della procedura d'insolvenza"

Se la procedura principale d'insolvenza è aperta, la procedura territoriale diviene una procedura secondaria di insolvenza". (paragrafo 4).

Rimane quindi fermo lo schema di base del regolamento, fondato sulla possibilità di instaurare sostanzialmente tre tipi di procedure: principale, territoriale autonoma e secondaria; ferma rimane anche la regola del riconoscimento automatico della decisione di apertura della procedura d'insolvenza, discendente dal principio generale di reciproca fiducia tra i sistemi giurisdizionali degli Stati membri, contenuta oggi nell'art.19 del regolamento<sup>72</sup> che giustifica l'adozione del criterio della prevenzione nella risoluzione dei conflitti positivi di giurisdizione.

A fianco di queste disposizioni vi sono poi quelle con cui il regolamento di rifusione ha inteso garantire un migliore coordinamento tra la procedura principale e le procedure secondarie eventualmente aperte. In questo quadro rientra, in primo luogo, la eliminazione della previsione per cui le procedure secondarie di insolvenza debbano presentare necessariamente il carattere di procedure di liquidazione, rendendo in ciò la disciplina più flessibile e facendo venir meno le difficoltà

---

<sup>72</sup> In base al quale, in particolare, una volta che un giudice di uno Stato membro abbia aperto la procedura d'insolvenza principale ritenendo localizzato nel proprio Stato membro il centro degli interessi principali del debitore, i giudici di tutti gli altri Stati membri sono tenuti a riconoscere tale decisione e possono soltanto aprire, ricorrendone i presupposti, una procedura secondaria d'insolvenza. Specifichiamo, inoltre, che il diritto di chiedere l'apertura della procedura secondaria di insolvenza è riconosciuta all'amministratore della procedura principale di insolvenza e a qualsiasi altra persona o autorità legittimata a chiedere l'apertura della procedura di insolvenza secondo la legge dello Stato membro nel cui territorio è chiesta l'apertura della procedura secondaria di insolvenza (art.37).

applicative di cui abbiamo detto sopra. Il contrappeso a questa nuova previsione è data dalla strutturazione del rapporto fra le procedure, come detto, come di netta preminenza della principale rispetto alla secondaria, dovendosi puntare per quanto possibile, alla concentrazione delle operazioni. Il legislatore, recependo quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Bank Handlowy*, ha anche fornito una disciplina più puntuale sulla apertura delle procedure secondarie d'insolvenza nel nuovo art. 34, che dispone oggi che se la procedura principale d'insolvenza presupponeva lo stato d'insolvenza del debitore, questo non può essere riesaminato dal giudice della procedura secondaria, il quale deve pertanto ritenersi vincolato dall'accertamento effettuato in proposito dal giudice della procedura principale<sup>73</sup>. Stona con l'esigenza di coordinamento fra procedure il riconoscimento della legittimazione a richiedere l'instaurazione di una procedura secondaria non soltanto all'amministratore della principale, ma a “qualsiasi altra persona o autorità legittimata a chiedere l'apertura di una procedura di insolvenza secondo la legge dello Stato membro nel cui territorio è chiesta l'apertura della procedura secondaria di insolvenza” (art.37).

La centralità della procedura principale d'insolvenza è realizzata attraverso una serie di previsioni nuove, che ci impongono di concepire,

---

<sup>73</sup> Nella pronuncia sul caso *Bank Handlowy* la Corte, ricordiamo, sancì la non necessaria rivalutazione della situazione di insolvenza da parte del giudice della procedura secondaria, facendo dipendere questo assunto proprio dal principio di fiducia reciproca tra i sistemi giurisdizionali degli Stati membri.

come già detto, l'instaurazione di una procedura secondaria quasi come una *extrema ratio* alla difficoltà/impossibilità di soddisfacimento dei creditori locali nell'ambito della procedura principale.

**Centralità della procedura principale.** In primo luogo risalta la possibilità, disciplinata dal lunghissimo art. 36, di contrarre da parte dell'amministratore della procedura principale di insolvenza, un impegno con i creditori locali "al fine di evitare l'apertura della procedura secondaria di insolvenza". Con detto impegno, l'amministratore della procedura principale fondamentale si impegna, nel ripartire i beni situati nello Stato membro in cui potrebbe essere aperta una procedura secondaria di insolvenza, o il ricavato del loro realizzo, a rispettare "i diritti nella ripartizione dei beni e i diritti di prelazione previsti dal diritto nazionale di cui i creditori avrebbero goduto". Questa previsione assolve evidentemente anche alla finalità di evitare la dispersione dei privilegi eventualmente riconosciuti ai creditori, nell'instaurazione di una procedura di insolvenza non più nazionale, ma transfrontaliera<sup>74</sup>. Detto impegno "vincola il patrimonio"

---

<sup>74</sup> Rimandiamo a quanto detto precedentemente a riguardo, ricordando sinteticamente in questa sede che dal combinato disposto degli artt. 7 e 8 del nuovo testo possiamo desumere che sarà la legge dello Stato di apertura a disciplinare "la ripartizione del ricavato della liquidazione dei beni, il grado dei crediti e i diritti dei creditori che sono stati in parte soddisfatti dopo l'apertura della procedura d'insolvenza in virtù di un diritto reale o a seguito di compensazione" (art. 7, secondo paragrafo, lett. i), ma che comunque "l'apertura della procedura di insolvenza non pregiudica il diritto reale del creditore o del terzo... che al momento dell'apertura si trovano nel territorio di un altro Stato membro" (art.8, primo paragrafo).

(così il sesto paragrafo dell'articolo), cioè: "se è aperta una procedura secondaria di insolvenza a norma degli articoli 37 e 38, l'amministratore della procedura principale di insolvenza trasferisce i beni che ha spostato fuori dal territorio di quello Stato membro una volta contratto l'impegno o, qualora sia già avvenuto il realizzo di tali beni, il loro ricavato, all'amministratore della procedura secondaria di insolvenza". L'impegno è contratto per iscritto (ed è soggetto agli altri eventuali requisiti di forma previsti dalla legge applicabile), è approvato dai creditori locali conosciuti; detti creditori locali possono addirittura ricorrere tanto ai giudici dello Stato membro in cui è stata aperta la procedura principale, quanto ai giudici dello Stato membro in cui potrebbe essere aperta la procedura secondaria, affinché sia garantito il rispetto delle condizioni dell'impegno. Infine, l'amministratore delle procedure di insolvenza risulta responsabile di eventuali danni derivanti ai creditori locali dall'inosservanza, da parte sua, di detti obblighi.

La centralità della procedura principale, e della figura dell'amministratore della stessa, è poi ribadita dalle previsioni di cui all'art. 38. Innanzitutto, il giudice investito di una domanda di apertura di una procedura secondaria è tenuto ad informarne immediatamente l'amministratore delle procedure di insolvenza (o il debitore non

spossessato). Inoltre, l'amministratore della procedura principale ha il potere di rifiutarsi di aprire una procedura secondaria qualora ritenga che l'impegno contratto a norma dell'art. 36, tuteli adeguatamente gli interessi dei creditori locali; d'altra parte, lo stesso può anche sospendere l'apertura della procedura secondaria di insolvenza per un periodo non superiore a tre mesi, qualora sia stata concessa una sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali<sup>75</sup> e si punti al raggiungimento di un accordo fra debitore e creditori. Questa ultima innovazione del testo del 2015 non è di poco conto: essa conferma quanto disposto dall'attuale art. 46 (si veda nota n. 32), riconoscendo all'amministratore della procedura principale il potere non più solo di sospendere le operazioni di realizzo dell'attivo, quanto addirittura di sospendere l'apertura della stessa procedura secondaria. Quella residua autonomia delle procedure secondarie viene (quasi) meno, ponendo i presupposti per concepire la instaurazione di procedure di insolvenza transfrontaliere, ai sensi del regolamento in esame, come l'instaurazione di una unica procedura su tutto il territorio europeo, cioè quella gestita dall'amministratore della procedura principale. Gli interessi dei creditori locali sono tutelati dalla possibilità che il giudice della procedura

---

<sup>75</sup> Si fa riferimento alla disposizione di cui all'art. 46 (non mutata nella sua formulazione rispetto al testo precedente), per cui: “a richiesta dell'amministratore della procedura principale di insolvenza, il giudice che ha aperto la procedura secondaria di insolvenza sospende in tutto o in parte le operazioni di realizzo dell'attivo”. Anche in questi casi la sospensione può durare al massimo tre mesi e al giudice è riconosciuto il potere di concedere misure atte a garantire gli interessi dei creditori locali.

secondaria disponga dei provvedimenti conservativi o altre misure idonee; inoltre se la continuazione della sospensione dovesse essere per loro pregiudizievole essa può essere revocata dal giudice d'ufficio o su istanza di un creditore.

Ancora, l'art. 39 riconosce all'amministratore della procedura di insolvenza il potere di impugnare la decisione di apertura della procedura secondaria di insolvenza dinanzi ai giudici dello Stato membro in cui è stata aperta la procedura secondaria di insolvenza “a motivo del fatto che il giudice non ha rispettato le condizioni e i requisiti dell'articolo 38”.

Per quanto concerne, invece, gli effetti della chiusura della procedura di insolvenza, si è prediletto un principio di autonomia fra le stesse procedure: l'art. 48 dispone, infatti, che “fatto salvo l'articolo 49<sup>76</sup>, la chiusura della procedura di insolvenza non osta alla continuazione di altre procedure d'insolvenza riguardanti lo stesso debitore ancora pendenti al momento della chiusura”.

### **Disposizioni sulla cooperazione fra giudici ed amministratori; istituzione dei Registri Fallimentari europei. Sempre inerente al**

---

<sup>76</sup> Art. 49 (formulazione immutata rispetto al precedente testo): “se il realizzo dell'attivo della procedura 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”.

coordinamento fra le procedure, rientrano innanzitutto le disposizioni di cui agli artt. 41-43, che (a onor del vero, in modo quasi ridondante) impongono degli obblighi di cooperazione in “qualsiasi forma” fra gli amministratori delle procedure di insolvenza (art. 41); “con qualsiasi mezzo” fra tutti i giudici fra i quali sia pendente una domanda di apertura di una procedura o che l'abbiano aperta (art.42); ed infine, se ciò non bastasse, “ con qualsiasi mezzo opportuno” tra amministratori delle procedure di insolvenza e giudici, il tutto al fine di “facilitare il coordinamento tra la procedura d'insolvenza e quelle territoriali e secondarie aperte nei confronti dello stesso debitore” (art.43).<sup>77</sup>

Ben più interessante è, invece, la previsione dell'obbligo (che prima era solo una facoltà), in capo agli Stati membri, di creare e tenere nel loro territorio uno o più registri in cui sono pubblicate informazioni relative alle procedure d'insolvenza (“registri fallimentari”). La norma di riferimento è l'art. 24, che al paragrafo 2 elenca una serie di informazioni che obbligatoriamente devono essere rese pubbliche tramite detti registri fallimentari, fra cui: la data di apertura della procedura, il giudice che ha aperto la procedura e il tipo di procedura d'insolvenza aperta di cui all'allegato A, le generalità del debitore, il

---

<sup>77</sup>Si tenga in considerazione l'esistenza a livello mondiale di “Principi di cooperazione nell'ambito del diritto commerciale internazionale”, elaborati dalla UNCITRAL (la Commissione per il Diritto Commerciale dell'ONU), a cui sicuramente il legislatore europeo si è ispirato per l'elaborazione della disciplina studiata.

termine per l'insinuazione dei crediti, la data di chiusura della procedura principale di insolvenza, se del caso, il giudice dinanzi al quale poter eventualmente presentare richiesta di impugnazione della decisione di apertura della procedura d'insolvenza. Queste indicazioni non ostano all'inserimento di informazioni aggiuntive, quali eventuali interdizioni di amministratori in relazione a insolvenze, a discrezione degli Stati membri; d'altra parte, “gli Stati membri non sono tenuti a includere nei registri fallimentari le informazioni di cui al paragrafo 1 del presente articolo (*id est*, tutte le informazioni pubblicate in detti registri) con riguardo alle persone fisiche che non esercitano un'attività imprenditoriale o professionale indipendente, né a rendere pubbliche tali informazioni tramite il sistema di interconnessione di tali registri, a condizione che i creditori stranieri conosciuti ne siano informati, ai sensi dell'articolo 54..” (si veda, a riguardo, quanto detto precedentemente in relazione alla procedura di insinuazione dei crediti). Gli effetti della pubblicazione di dette informazioni sono i medesimi previsti dal diritto nazionale e dal regolamento all'art. 55 in relazione alla procedura di insinuazione dei crediti. La finalità è quella di facilitare i creditori nel conoscere dell'instaurazione a carico del debitore di una procedura di insolvenza (anche in un altro Stato membro), per poter tempestivamente procedere all'insinuazione del proprio credito, secondo la disciplina che



analizzeremo più oltre. Perché ciò avvenga, detti registri devono essere fra loro interconnessi: a tal proposito l'art. 25 impone alla Commissione di creare, mediante atti di esecuzione, un sistema decentrato di interconnessione, che si componga di detti registri e del portale europeo della giustizia elettronica, che funge da punto di accesso elettronico centrale del pubblico alle informazioni del sistema. Fra queste, le informazioni obbligatorie di cui all'art. 24, devono essere accessibili gratuitamente; invece, “il presente regolamento non impedisce agli Stati membri di applicare una tariffa di importo ragionevole per l'accesso ai documenti o alle informazioni aggiuntive di cui sempre all'art.24, paragrafo 3” (art.27).<sup>78</sup>

### **3.5 Riconoscimento della procedura di insolvenza**

Al riconoscimento delle decisioni assunte dai giudici nello svolgersi della procedura di insolvenza è dedicato tutto il capo secondo del regolamento (artt. 19-33) che, in realtà, non risulta sostanzialmente mutato rispetto all'impianto precedente<sup>79</sup>, se non per l'inserimento delle

---

<sup>78</sup> A richiesta dell'amministratore delle procedure di insolvenza o del debitore non spossessato, l'avviso della decisione di apertura della procedura di insolvenza e la decisione che nomina l'amministratore delle procedure di insolvenza potranno essere pubblicate in qualunque altro stato membro in cui si trova una dipendenza del debitore (art. 28); e se la disciplina dello Stato membro in cui si trova la dipendenza del debitore esige che le informazioni sull'apertura di una procedura di insolvenza siano annotate nei registri immobiliari, l'amministratore delle procedure di insolvenza o il debitore non spossessato adotteranno “tutte le misure necessarie per garantire detta annotazione”.

<sup>79</sup>L'esperienza degli anni di applicazione del precedente regolamento ci ha dimostrato come questa

disposizioni sulla creazione ed interconnessione dei Registri Fallimentari, di cui abbiamo detto.

**Il principio del riconoscimento automatico.** Il capo si apre, quindi, con l'enunciazione all'art.19, del “principio del riconoscimento automatico”<sup>80</sup>, per cui la decisione di apertura della procedura di insolvenza da parte di un giudice di uno Stato membro competente in virtù dell'articolo 3, è riconosciuta in tutti gli altri Stati membri dal momento in cui essa produce effetto nello Stato di apertura; e ciò avviene anche quando un debitore, per la sua qualità, non può essere assoggettato a una procedura negli altri Stati membri. Si aggiunge poi, superflualmente direi, che: “il riconoscimento di una procedura di cui all'articolo 3, paragrafo 1 (*id est*, procedura principale), non osta all'apertura di una procedura di cui all'articolo 3, paragrafo 2 (*id est*, procedura secondaria), da parte del giudice di un altro Stato membro. Questa ultima è una procedura secondaria di insolvenza ai sensi del capo III”. Quali sono gli effetti del riconoscimento? In regime di reciproca fiducia fra i sistemi giurisdizionali degli Stati membri, “la

---

disciplina, come detto sostanzialmente immutata nel testo di rifusione, abbia avuto come principale uso quello della risoluzione dei conflitti di competenza, in ragione del principio di prevenzione, individuato dalla Cassazione Francese nella sentenza sul caso "Daysitek" come direttamente discendente dal principio dell'immediato e automatico riconoscimento delle decisioni. Sul punto si veda G. Montella “*Problemi di applicazione del Reg. n. 1346/2000 e soluzioni del nuovo Reg. n. 848/2015*” (UTET 2016).

<sup>80</sup>Considerando n. 65: “il presente regolamento dovrebbe prevedere l'immediato riconoscimento delle decisioni relative all'apertura... Il riconoscimento automatico dovrebbe pertanto avere per conseguenza che gli effetti che il diritto dello Stato di apertura comporta per la stessa si estendono ai rimanenti Stati membri”.

decisione di apertura di una procedura di insolvenza di cui all'articolo 3, paragrafo 1, produce in ogni altro Stato membro, senza altra formalità, gli effetti previsti dalla legge dello Stato di apertura, salvo disposizione contraria del presente regolamento e fintantoché non è aperta alcuna procedura di cui all'articolo 3, paragrafo 2 in tale altro Stato membro”.

In pratica, per fare un esempio, gli effetti che conseguono alla dichiarazione di fallimento nel nostro ordinamento, quali lo spossessamento del debitore e la perdita di capacità processuale in relazione alle controversie aventi ad oggetto rapporti patrimoniali, dovranno esplicitarsi, se il fallimento italiano si apre come procedura principale, anche negli altri Stati membri; tutto ciò fintantoché non venga instaurata una procedura secondaria, la quale detterà legge in relazione ai beni (da intendersi ampiamente come i rapporti giuridici) situati sul territorio di tale altro Stato membro, limitando, in questo modo, l'estendersi degli effetti della procedura principale. Per quanto concerne, invece, gli effetti della procedura di cui all'articolo 3, paragrafo 2, essi semplicemente “non possono essere contestati negli altri Stati membri. Qualsiasi limitazione dei diritti dei creditori, in particolare una dilazione di pagamento o la remissione di un debito risultante da tale procedura, può essere fatta valere per i beni situati nel territorio di un altro Stato membro soltanto nei confronti dei creditori

che vi hanno acconsentito” (così l'art. 20). Le ragioni di tale diversità vanno ravvisate nella differente natura delle due procedure: la prima, quella principale, ha una vocazione universale, ed in quanto tale è destinata ad espandere i suoi effetti su tutto il territorio della Unione, al contrario delle procedure secondarie, i cui effetti, per definizione, possono esplicarsi solo all'interno dello Stato di apertura.

**Il limite della contrarietà all'ordine pubblico.** L'unico limite all'esplicarsi del principio del riconoscimento automatico è individuato dall'art. 33 del testo di rifusione laddove si afferma che: “uno Stato membro può rifiutarsi di riconoscere una procedura di insolvenza aperta in un altro Stato membro o di eseguire una decisione presa nell'ambito di detta procedura, qualora il riconoscimento o l'esecuzione possano produrre effetti palesemente contrari all'ordine pubblico, in particolare ai principi fondamentali o ai diritti e alle libertà personali”. Come si sa, la clausola di ordine pubblico costituisce un elemento costante nelle convenzioni internazionali sul riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie; ma se normalmente il parametro è costituito dal cosiddetto “ordine pubblico internazionale”, per cui è necessario che la decisione estera da riconoscere sia compatibile non soltanto con le norme inderogabili, bensì anche con i principi ispiratori dell'ordinamento *ad quem*, nel caso del Regolamento comunitario, in ragione della stretta

vicinanza ed integrazione fra gli ordinamenti degli Stati membri, si va oltre, poiché è sufficiente la compatibilità con i principi fondanti e le libertà personali, sanciti a livello costituzionale. L'interpretazione che di questo concetto di ordine pubblico è stata data nelle varie occasioni dalla giurisprudenza europea e nazionale ha, poi, ulteriormente limitato le ipotesi in cui sia concesso ad uno Stato membro di rifiutarsi di riconoscere una decisione: si veda a riguardo, ancora, Eurofood<sup>81</sup> (che costituisce, ad oggi, l'unica pronuncia della Corte sul tema). In quella occasione, come si ricorderà, in esame era la decisione del Tribunale di Parma, che nell'ambito della c.d. “legge Marzano”, aveva dichiarato l'insolvenza della società del gruppo Parmalat, pochi giorni dopo la nomina del *provisional liquidator* ad opera del giudice irlandese. Sulla possibilità di uno Stato membro, nel caso di specie l'Italia, di rifiutarsi di riconoscere una decisione straniera, la Corte si esprime in questi termini: l'invocazione della clausola dell'ordine pubblico è “immaginabile solo nel caso in cui il riconoscimento o esecuzione della decisione pronunciata in un altro Stato contraente contrasti in modo inaccettabile con l'ordinamento giuridico dello Stato richiesto, essendo la stessa lesiva di un principio fondamentale.. la lesione dovrebbe costituire una violazione manifesta di una regola di diritto considerata

---

<sup>81</sup>Su tutto quanto, si veda più diffusamente G. Montella “ *Problemi di applicazione del Reg. n. 1346/2000 e soluzioni del nuovo Reg. n. 848/2015*” (“*Fallimento e concordato preventivo*”-UTET 2016).

essenziale nell'ordinamento giuridico dello Stato richiesto o di un diritto riconosciuto come fondamentale nello stesso ordinamento giuridico". In questo caso il mancato riconoscimento della decisione irlandese, si contestava, aveva violato i principi del giusto processo (e quindi il diritto di difesa delle parti) in quanto non era stato possibile per il *provisional liquidator* irlandese accedere ad una serie di documenti processuali. Di fatto, nella maggior parte dei casi, la clausola dell'ordine pubblico è stata invocata quando l'esistenza di un conflitto di competenze fra le diverse giurisdizioni minava all'esercizio del diritto di difesa delle parti. Molteplici sono le pronunce dei giudici degli Stati membri a riguardo, i quali, tendenzialmente, si sono uniformati all'interpretazione restrittiva data dalla Corte di Giustizia in Eurofood, come detto. In un'occasione, la Corte d'Appello di Lisbona<sup>82</sup>, ad esempio, dichiarò che la circostanza per cui, a seguito dell'avvio di una procedura di insolvenza in Inghilterra fosse precluso ad un soggetto di adire la giurisdizione portoghese per la tutela di un proprio diritto, non fosse incompatibile con le garanzie costituzionali portoghesi, non impedendone il riconoscimento; e ciò in ragione del fatto che detto diritto di difesa poteva essere esercitato nello Stato di apertura, senza che la maggiore difficoltà nel far ciò potesse costituire, nell'interpretazione della Corte, una ragione sufficiente per considerare

---

<sup>82</sup> 29.05.2008, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

il riconoscimento della procedura inglese come contrario all'ordine pubblico. Oppure, ancora, la Corte di Appello di Vienna nel 2004 ritenne che, la circostanza per la quale la decisione di apertura, da riconoscersi nel caso di specie, non fosse impugnabile per assenza di dettagliata motivazione, non costituisse una ragione valida per negarne il riconoscimento; decisione che venne a sua volta confermata dalla Cassazione austriaca, che negò l'applicabilità della clausola di ordine pubblico in relazione ad una pretesa errata affermazione, da parte del giudice *a quo*, della propria competenza internazionale. L'assecondarsi delle Corti, Europea e nazionali, su questa posizione interpretativa così restrittiva, se sicuramente è conforme ai principi e agli obiettivi della disciplina sotto esame poiché realizza in fatto lo “spazio giuridico unico europeo”, d'altra parte rischia, a mio avviso, di penalizzare, e non poco, le parti in causa, se queste devono per ogni questione adire una corte straniera (come imposto dalla decisione della Corte d'Appello di Lisbona nella decisione sopra richiamata) o vedersi violati alcuni diritti fondamentali (quali quello all'impugnazione) nell'ambito dello svolgimento del “giusto processo”; d'altra parte, ciò costituisce il contrappeso inevitabile ai vantaggi connessi al processo di integrazione giurisdizionale europea.

Per concludere, gli effetti del riconoscimento automatico si esplicano

anche in relazione ai poteri esercitabili dall'amministratore (non più curatore) delle procedure d'insolvenza, il quale, in base all'art. 21, “può esercitare nel territorio di un altro Stato membro tutti i poteri che gli sono attribuiti dalla legge dello Stato di apertura, finché non vi sia aperta un'altra procedura d'insolvenza o non vi sia adottato un provvedimento conservativo contrario, in seguito a una domanda di apertura di una procedura d'insolvenza in tale Stato”. Nello specifico, si dice, egli può trasferire i beni del debitore fuori dal territorio dello Stato membro in cui si trovano, far valere in via giudiziaria o stragiudiziaria che un bene mobile è stato trasferito dal territorio dello Stato di apertura nel territorio di tale altro Stato membro dopo l'apertura della procedura di insolvenza e può anche esercitare ogni azione revocatoria che sia nell'interesse dei creditori. Questa disposizione, insieme con la previsione di cui all'art. 7 del testo rifiuto, che sancisce l'applicazione della legge dello Stato di apertura nello svolgimento e conclusione della procedura, costituiscono gli strumenti più forti di realizzazione effettiva dello “spazio giuridico unico europeo”, perché una volta instaurata una procedura di insolvenza, la sua disciplina, che contempla anche i poteri che l'amministratore delle procedure può esercitare, sarà applicata in tutti i territori in cui si estenderà la procedura d'insolvenza. D'altra parte, l'esercizio di questi poteri da parte dell'amministratore delle



procedure non può essere assolutamente illimitato; infatti, l'art. 21 prosegue: “nell'esercizio dei propri poteri, l'amministratore delle procedure di insolvenza rispetta la legge dello Stato membro nel cui territorio intende agire e in particolare le modalità di liquidazione dei beni. Tali poteri non possono includere misure di coercizione, salvo se disposte dal giudice di quello Stato membro, o il diritto di decidere di una controversia o una lite”.

**L'articolo 18.** Per chiudere il quadro dobbiamo richiamare la disposizione di cui all'art. 18, che dispone che ai procedimenti giudiziari o arbitrari pendenti relativi a un bene o a un diritto facente parte della massa fallimentare di un debitore, si applica esclusivamente la legge dello Stato membro in cui il procedimento è pendente o ha sede il collegio arbitrale (non la legge dello Stato di apertura). Quindi, in generale, i poteri dell'amministratore della procedura e gli effetti in generale che l'apertura di questa esplica sono disciplinati dalla legge dello Stato di apertura della procedura; ma l'esercizio di detti poteri non potrà comportare violazione del diritto locale e specificamente riguardo i procedimenti pendenti, cioè gli effetti dell'apertura della procedura su questi, e le modalità di liquidazione dei beni si applicherà la legge del luogo in cui il procedimento si sta svolgendo.

**L'articolo 32.** Per quanto concerne, invece, il riconoscimento e

l'esecuzione delle altre decisioni la norma di riferimento è l'articolo 32, che prescrive il riconoscimento automatico altresì delle decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura di una procedura di insolvenza rese da un giudice la cui decisione di apertura è riconosciuta secondo le norme del Regolamento; analoga previsione è prevista per le procedure di composizione approvate dallo stesso giudice, nonché per le decisioni che derivano direttamente dalla procedura di insolvenza e sono a questa strettamente connesse, anche se prese da un altro giudice.<sup>83</sup>. Sempre l'articolo 32 impone, ancora, il riconoscimento automatico e lo stesso regime di esecuzione per i provvedimenti conservativi presi successivamente alla richiesta di apertura di una procedura di insolvenza. In realtà questa norma costituisce, in questi termini, una peculiarità nella misura in cui il riconoscimento automatico normalmente presuppone che si sia risolta positivamente la questione sulla sussistenza della competenza del giudice ex art. 3, cosa che non avviene con i provvedimenti cautelari, assunti normalmente quando detta questione ancora non s'è posta.

**La non automaticità degli effetti esecutivi.** Questo meccanismo del riconoscimento automatico, tuttavia, vale solo per quanto concerne gli effetti dichiarativi e costitutivi dei provvedimenti, e non gli effetti

---

<sup>83</sup> Abbiamo già detto a proposito delle problematiche inerenti alla qualificazione di una controversia come connessa a quella instaurata direttamente per via della procedura d'insolvenza.

esecutivi. Per quanto concerne l'esecuzione, infatti, sempre l'art. 32 rinvia alla disciplina convenzionale sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giurisdizionali, e cioè, oggi, il Regolamento n.1215/2012 (che ha sostituito la Convenzione di Bruxelles del 1968 e il successivo Regolamento n. 44/2001): ciò significa che sarà necessario presentare una istanza al giudice locale (si intende competente, cioè quello che in Italia è il giudice della esecuzione) che dovrà aprire un procedimento a contraddittorio eventuale e differito per decidere della esecuzione di detta sentenza straniera.

### ***3.6 Nuova disciplina dell'insolvenza dei gruppi societari.***

Il testo di rifusione del 2015 ha sopperito ad una importante mancanza del testo precedente, cioè l'assenza totale di una disciplina dell'insolvenza dei gruppi societari; ad essa oggi è dedicato tutto il quinto capo del Regolamento (artt. 56-77). Fondamentalmente, si è intervenuto su due fronti: da una parte, imponendo dei generali obblighi di cooperazione e di comunicazione fra gli organi delle procedure (prima sezione del capo) e, dall'altra, istituendo quello che dovrebbe essere un vero e proprio meccanismo di coordinamento delle singole procedure "individuali" (di cui alla seconda sezione), azionabile a

richiesta dell'amministratore della procedura di una società.

Il capo si apre, così, con l'art. 56 che sancisce un primo, generale obbligo di cooperazione fra amministratori: questa cooperazione può realizzarsi in qualsiasi forma; addirittura tutti o alcuni degli amministratori possono convenire di conferire ulteriori poteri all'amministratore delle procedure di insolvenza nominato in una delle procedure laddove un tale accordo sia consentito dalle norme applicabili a ciascuna procedura, o possono convenire la ripartizione di taluni compiti tra di essi. Più precisi ed incisivi sono i poteri specificamente riconosciuti dall'art. 60 agli amministratori delle procedure di insolvenza instaurate nei confronti di una società facente parte del gruppo. Questi ultimi possono, infatti, innanzitutto essere sentiti nelle procedure nei confronti di un'altra società dello stesso gruppo; chiedere, inoltre, l'apertura di una procedura di coordinamento; ma, soprattutto, hanno il potere, sussistendo alcune condizioni, di chiedere la sospensione per un periodo massimo di tre mesi di qualsiasi provvedimento relativo al realizzo dell'attivo nella procedura aperta nei confronti di un'altra società dello stesso gruppo. Nello specifico, la sospensione dei provvedimenti di realizzo dell'attivo è possibile purché: sia stato concordato fra gli amministratori un piano di ristrutturazione per tutte o alcune delle società del gruppo per le quali è stata aperta una

procedura d'insolvenza, che presenti ragionevoli probabilità di successo, tale sospensione sia necessaria al fine di garantire l'adeguata attuazione del piano di ristrutturazione, il piano di ristrutturazione sia a vantaggio dei creditori nell'ambito della procedura per la quale è stata richiesta la sospensione e, infine, né la procedura di insolvenza in cui l'amministratore delle procedure di insolvenza aperta nei confronti di una società facente parte del gruppo sia stato nominato né la procedura per la quale è stata richiesta la sospensione siano soggette al coordinamento di cui alla seconda sezione.

La seconda sezione introduce e disciplina un meccanismo di coordinamento fra le procedure individuali instaurate a carico delle singole società del gruppo. L'articolo 61 dispone che “le procedure di coordinamento di gruppo possono essere chieste<sup>84</sup> dinanzi a qualsiasi giudice competente per le procedure d'insolvenza riguardanti società facenti parte del gruppo da un amministratore delle procedure di insolvenza nominato in procedure d'insolvenza aperte nei confronti di una società del gruppo”; nel caso di conflitto, “i giudici diversi dal giudice adito in precedenza dichiarano la propria incompetenza a favore di tale giudice” (così l'art.62). La struttura di un gruppo societario

---

<sup>84</sup> La domanda è presentata in conformità della legge applicabile alle procedure in cui l'amministratore delle procedure di insolvenza è stato nominato e deve essere corredata dei seguenti elementi, indicati sempre all'art. 61: una proposta relativa alla persona da nominare come coordinatore di gruppo, le linee generali del coordinamento di gruppo proposto, con l'indicazione dei costi stimati e un elenco degli amministratori delle procedure di insolvenza nominati.

implica l'esistenza di una società madre e una o diverse società figlie minori e sarebbe forse parsa in questi termini più coerente la scelta di imporre il coordinamento presso il giudice della procedura riguardante la società madre, di maggiori dimensioni; ma il legislatore comunitario ha voluto (a ragione, a mio avviso) evitare la forzatura di imporre che detto coordinamento avvenga esclusivamente presso un giudice: in fondo, come dirò meglio in seguito, questo "meccanismo" di coordinamento si traduce in realtà in una opzione molto blanda di considerare anche quanto stia accadendo per le altre società del gruppo. Il giudice della procedura di coordinamento è individuato in base ad un accordo comune scritto, raggiunto fra almeno i due terzi di tutti gli amministratori nominati nelle procedure di insolvenza, i quali ritengono costui essere il più appropriato e riconoscendogli così competenza esclusiva in relazione alla procedura.

Come in concreto debba realizzarsi questo coordinamento è specificato dalle disposizioni della seconda sezione che indicano i compiti e i poteri del coordinatore. Innanzitutto questi è una persona abilitata a svolgere la funzione di amministratore delle procedure di insolvenza ai sensi della legislazione di uno Stato membro (si deduce, anche se non detto esplicitamente, Stato membro di appartenenza di almeno una delle società del gruppo); inoltre egli non è uno degli amministratori già

nominati in relazione alla procedura instaurata per una società del gruppo e non deve presentare conflitto d'interessi. Il suo compito è di definire e formulare le raccomandazioni ai singoli amministratori e proporre un piano di coordinamento del gruppo. Questo ultimo deve indicare le misure che si vogliono adottare per il successo della procedura coordinata, e nello specifico: le misure per ripristinare la redditività e la solidità finanziaria del gruppo o della sua parte, la composizione delle controversie infragruppo e gli accordi fra gli amministratori delle procedure. Il coordinatore può: essere sentito e partecipare alle procedure aperte nei confronti di una società del gruppo, mediare nelle controversie, presentare il suo piano di coordinamento, chiedere agli amministratori delle procedure di insolvenza informazioni su qualsiasi società del gruppo e chiedere una sospensione delle procedure aperte nei confronti di qualunque società del gruppo per un periodo non superiore a sei mesi. Di base, quindi, il coordinamento delle procedure di insolvenza delle diverse società di un gruppo si dovrebbe realizzare, nell'ottica del legislatore comunitario, grazie a questa figura del coordinatore, a cui però, in tutta franchezza, non sono stati riconosciuti dei poteri effettivamente incisivi di intervento nelle procedure d'insolvenza individuali; sembra, a dirla tutta, che quello del coordinamento delle procedure sia più che altro, come detto, una

opzione offerta agli amministratori delle procedure singole di “tenere in considerazione” quanto stia avvenendo nel corso delle procedure aperte a carico delle altre società del gruppo.

### ***3.7 Nuova disciplina sulla protezione dei dati personali.***

Per concludere questa disamina sulla nuova disciplina comunitaria della insolvenza transfrontaliera, facciamo un cenno alla seconda novità del testo di rifusione: il nuovo capo sesto (artt. 78-83) dedicato alla protezione dei dati personali.

Al trattamento dei dati personali eseguito negli Stati membri si applicano le norme nazionali di recepimento della direttiva 95/46/CE, mentre al trattamento dei dati personali eseguito dalla Commissione si applica il regolamento CE n.45/2001. La protezione dei dati personali è garantita dagli stessi organismi esistenti nei singoli Stati membri a tutela dei dati personali a norma del diritto nazionale: "ogni Stato membro comunica alla Commissione il nome della persona fisica o giuridica, dell'autorità pubblica, del servizio o di qualsiasi organismo designato dalla legge nazionale ad esercitare le funzioni di responsabile del trattamento" dei dati personali. La responsabilità in ordine ad eventuali violazioni dei diritti connessi ai dati personali è ripartita fra gli Stati, che



assicurano l'attuazione delle misure tecniche tese a garantire la sicurezza dei dati personali trattati nei registri fallimentari, e che sono, in questi termini, responsabili della raccolta e conservazione dei dati nelle banche nazionali, e la Commissione, che esercita la funzione di responsabile del trattamento dei dati personali e definisce le politiche necessarie, applicando le soluzioni tecniche del caso per adempiere alle proprie responsabilità entro i limiti della funzione di responsabile del trattamento. Inoltre la Commissione informa gli interessati, mediante pubblicazione attraverso il portale europeo della giustizia elettronica, circa il suo ruolo nel trattamento dei dati e gli scopi perseguiti.

Ad ogni modo è stabilito che "per quanto concerne le informazioni provenienti da banche dati nazionali interconnesse, nessun dato personale degli interessati è conservato nel portale europeo della giustizia elettronica. Tutti questi dati sono conservati nelle banche dati nazionali gestite dagli Stati membri o da altri organismi".

## Capitolo quarto

# GESTIONE DELLA CRISI E DELLA INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA BANCARIA

Per esplicita previsione, il Regolamento n. 848/2015, finora analizzato, non si applica "alle procedure di insolvenza che riguardano le imprese assicuratrici, gli enti creditizi, le imprese di investimento, nonché altre società, istituzioni o imprese cui si applica la direttiva 2001/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e gli organismi d'investimento collettivo, poiché sono tutte soggette a un regime particolare e le autorità di vigilanza nazionali sono investite di ampi poteri di intervento" (considerando n.19, Reg. n.848/2015).

La gestione delle crisi bancarie è materia alquanto complessa. Ad oggi, in particolar modo, l'attività degli istituti di credito, da una parte, non è più confinata all'interno di unico stato, agendo essi a livello transfrontaliero mediante la istituzione di succursali dell'istituto centrale, o il controllo di istituti minori; d'altra parte, le banche non svolgono più esclusivamente attività di erogazione del credito, ma si spingono a compiere rischiosi investimenti finanziari, e lo sviluppo del mercato per il trasferimento del rischio di credito (dagli intermediari

finanziari al mercato) ha fatto sì che il modello di banca tradizionale, denominato "originate-and-hold" («crea e detieni»: la banca che ha erogato il prestito lo mantiene in bilancio fino alla scadenza), sia stato sostituito per molti operatori da quello "originate-to-distribute" («crea e distribuisce»: l'intermediario seleziona i debitori, ma poi trasferisce ad altri il prestito, recuperando la liquidità e il capitale regolamentare prima impegnati (cartolarizzazione) o il puro rischio di credito (derivati creditizi)); infine le banche, oggi, normalmente vivono di rapporti di stretta interdipendenza, poiché si prestano denaro a vicenda per far fronte alle attività e agli investimenti che intraprendono. Sussiste, per tutte queste ragioni, una ontologica differenza dell'impresa bancaria dall'impresa industriale, per via della sua complessità e delle interrelazioni fra i propri flussi finanziari e della conseguente alta sensibilità alle fluttuazioni del mercato. L'esperienza della recente crisi dei mutui subprime<sup>85</sup>, che è sorta nel 2006 e dal 2008 ha portato al

---

<sup>85</sup> Ricordiamo, la crisi dei mutui subprime è sorta per lo scoppio successivo di una serie di bolle speculative concernenti il mercato immobiliare e la concessione di mutui, favorito dai seguenti fattori. Innanzitutto l'andamento del mercato immobiliare, che a partire dagli anni 2000 negli Stati Uniti aveva registrato una crescita esponenziale, comportando un aumento graduale del costo delle case. Questo fattore, insieme con l'esiguità dei tassi di interesse (tenuti bassi dalla FED per favorire il ricorso al credito) aveva comportato una "corsa al mutuo", a cui le banche americane non avevano opposto un atteggiamento razionale, concedendo, al contrario, appunto detti mutui subprime, concessi cioè a chi non poteva offrire alcuna garanzia di pagamento degli stessi. In questo le banche erano confortate dalla possibilità, da una parte, di rivendere l'immobile non acquistato dal mutuatario, il cui valore nel frattempo era aumentato, e dall'altra, soprattutto, di poter vendere il rischio sui mutui a società veicolo, che cercavano, sulla base delle rate di mutui che spettavano loro, di acquisire finanziamenti e guadagnarci dalla differenza nei tassi di interesse. Infine, non sussisteva al tempo alcuna disciplina che limitasse il leverage finanziario delle banche, potendo queste accrescere le proprie attività sproporzionalmente rispetto al capitale effettivamente posseduto. L'espansione della crisi a livello globale, poi, è stata determinata dalla sussistenza fra le banche, come detto, di rapporti di interdipendenza, in quanto, manifestatesi le prime crisi di liquidità, le banche si indebitavano le

crollo dei più grandi istituti di credito a livello mondiale, a partire dalla Lehman Brothers, molto ci ha insegnato sulla necessità di intervenire anticipatamente sull'attività bancaria per evitare che si gonfino bolle speculative, che, scoppiate, causino dissesti catastrofici come quello che abbiamo vissuto ("la più grande crisi economico-finanziaria dalla Grande Depressione degli anni '30"). Detto ciò, sia chiaro, non intendiamo dire che l'insolvenza bancaria sia qualcosa di differente dall'insolvenza industriale<sup>86</sup>. Il giudizio ex art. 5 l.fall. è identico al giudizio da compiersi ex art. 82 T.u.b.<sup>87</sup>: semplicemente quello bancario è un ambito di imprese, come detto, caratterizzate da intensa smaterializzazione degli *assets* e dalla sensibilità alle fluttuazioni del mercato, che fanno dell'impresa bancaria un naturale acceleratore dei fattori di crisi.

Sempre la crisi dei mutui subprime ci ha insegnato che la crisi finanziaria conseguente al crollo delle banche può tradursi in crisi dell'economia reale. Per questo, a maggior ragione, intervenire tempestivamente ed efficacemente in caso di dissesto risulta di primaria

---

une con le altre, e dall'essere, inoltre, non pochi coloro i quali a livello globale avevano acquisito obbligazioni delle banche americane, che negli anni di funzionamento di questo gioco sembravano solide e ricche.

<sup>86</sup>Così, D. Galletti "L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario".

<sup>87</sup>Art. 5 l.fall. : "L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito. Lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni".

Art. 82 T.u.b.: " Se una banca non sottoposta a liquidazione coatta amministrativa si trova in stato di insolvenza, il Tribunale del luogo in cui essa ha la sede legale.....dichiara lo stato di insolvenza con sentenza in camera di consiglio".

importanza. I governi hanno reagito al dissesto delle banche dapprima con forti iniezioni di liquidità, e facendo ciò hanno evitato, in molti casi, che la crisi finanziaria si propagasse a o peggiorasse la crisi dell'economia reale. Queste politiche, però, hanno fatto ricadere il peso del dissesto bancario sui contribuenti; inoltre esse sono evidentemente non conformi con il divieto, sussistente a livello europeo, degli aiuti di Stato alle imprese. Il problema è, inoltre, che così facendo, come detto, i governi hanno incentivato i grandi gruppi bancari ad allargarsi e assumersi sempre più rischi nelle operazioni di *Core business* (il c.d. Moral hazard). Ciò ha comportato l'abbandono graduale del principio "Too Big To Fail", secondo il quale certi gruppi bancari erano troppo grandi per fallire, per approdare al rischiosissimo "Too Big To Save".

Per quanto riguarda l'Europa, poi, la disomogeneità degli interventi delle *authorities* nazionali e della legislazione sull'insolvenza bancaria ha causato, molto spesso, un aggravamento dei costi del dissesto. In realtà, la Comunità Europea già dal 2001 con la Direttiva 2001/24/CE (quasi in contemporanea, quindi, del primo regolamento sull'insolvenza in generale- il Reg. n. 1346/2000) si era dotata di un meccanismo di coordinamento delle procedure di insolvenza degli istituti di credito a livello comunitario, basato, in questo caso<sup>88</sup>, sul modello del *full*

---

<sup>88</sup>In questo caso perché, come sappiamo, al contrario il modello di coordinamento delle procedure per quanto concerne l'insolvenza in generale, è il *modified universal insolvency*.

*universal insolvency*. Detta direttiva era stata recepita nel nostro ordinamento nel 2004 con l'aggiunta di una Sezione IIIbis al T.u.b. (artt. 95-bis - 95-septies).

Dopo lo scoppio della crisi del 2008 si è manifestata l'insufficienza del sistema di cui alla Direttiva del 2001. Innanzitutto essa non definiva una disciplina unica a livello comunitario della crisi d'impresa: il legislatore comunitario si era infatti limitato (come vedremo) ad indicare le modalità ed i meccanismi di coordinamento tra le diverse giurisdizioni nazionali per consentire la prevalenza e l'operatività della procedura d'intervento nel caso concreto. Inoltre, con questo meccanismo, le filiali transfrontaliere (*cross-border branches*) di un istituto erano trattate come parti dello stesso, e quindi incluse nelle procedure di insolvenza sotto il regime applicabile dello stato membro di appartenenza. Soluzione questa, che non prendeva in considerazione il pericolo di contagio a sfavore della stabilità finanziaria del sistema bancario dello Stato membro ospitante<sup>89</sup>.

Per queste ragioni si sono avute negli anni una serie di consultazioni pubbliche e relazioni sulle opportunità di modifica della disciplina, che si sono tradotti bene o male, nel nuovo testo della ultimissima Direttiva 2014/59/UE, la così detta Direttiva BRRD (*Bank Recovery and*

---

<sup>89</sup>Inoltre, la direttiva non prende assolutamente in considerazione l'ipotesi di succursali all'estero (*cross-border subsidiaries*) che sono soggette al regime di insolvenza dello Stato in cui sono state costituite. Si parla a questo proposito di "doppio binario di intervento".

*Resolution Directive*). Essa in realtà fa parte di un pacchetto comprendente anche il Regolamento europeo n. 806/2014, pienamente operativo da gennaio 2016, che ha introdotto il Meccanismo di risoluzione unico delle banche e delle società di intermediazione mobiliare (SIM) che prestano servizi che comportano l'assunzione di rischi in proprio (Single Resolution Mechanism, SRM); meccanismo, questo ultimo, complementare al Meccanismo di vigilanza unico (Single Supervisory Mechanism, SSM) già esistente. Ancora, è stato istituito il Fondo di risoluzione unico per il finanziamento dei programmi di risoluzione (Single Resolution Fund, SRF ) alimentato dai contributi degli intermediari dei paesi dell'area dell'euro con un piano di versamenti distribuito in 8 anni, senza utilizzo di denaro pubblico.

Il nostro studio si soffermerà prevalentemente sulla Direttiva del 2001, nell'ottica di valorizzare le differenze di questa disciplina dell'insolvenza transfrontaliera bancaria rispetto alla disciplina finora analizzata; accenneremo poi brevemente, alle ultime novità introdotte per sottolineare come si sia intervenuto incisivamente per evitare il collasso bancario in via preventiva.

#### **4.1 La direttiva 2001/24/CE**

Con la Direttiva 2001/24/CE<sup>90</sup> è stato così adottato a livello comunitario, nel comparto bancario, un tipico modello concorsuale di *full universal insolvency*<sup>91</sup>, che prevede cioè, l'instaurazione di una unica procedura di risoluzione della crisi universalmente valida (in questo consistendo la prima grande differenza rispetto alla disciplina generale dell'insolvenza transfrontaliera, finora analizzata, che come abbiamo visto si basa su un meccanismo di coordinamento delle singole discipline nazionali dell'insolvenza- *modified universal insolvency*). Nell'ambito della insolvenza bancaria<sup>92</sup> si è reso, cioè, necessario attribuire allo Stato di origine della banca il potere di instaurare e gestire una unica procedura, ancorché avente risvolti transfrontalieri, per il tramite della propria Autorità di Vigilanza, ed applicando la propria legge; unica procedura coinvolgente tanto la banca in sé, che le sue succursali diffuse sul territorio comunitario (elaborazione del principio del *home country control*). In precedenza, in caso di procedure di crisi di una succursale di un ente creditizio in Stati membri diversi da quello di origine, le autorità di vigilanza degli Stati ospitanti potevano autorizzare procedure concorsuali separate (cd. Procedure secondarie). I vantaggi,

---

<sup>90</sup>Recepita nel nostro ordinamento con il D.lgs. n. 197/2004 che ha introdotto una Sezione III- bis al T.u.b. (artt. 95bis – 95-septies), intitolata “Banche operanti nel settore comunitario”.

<sup>91</sup>Praticamente omogeneo, si sottolinea, è il regime che interessa le assicurazioni, in forza della quasi coeva Direttiva 2001/17, che è stata attuata nel nostro ordinamento nel 2003 attraverso il d.lgs. n. 93.

<sup>92</sup>Vi è da sottolineare che né la direttiva né il testo attuativo fanno alcun riferimento alla insolvenza come requisito di apertura di una procedura: il campo di applicazione della direttiva è pacificamente inteso come inclusivo anche di procedure che non presuppongono l'insolvenza ma una mera situazione di irregolarità amministrativa (amministrazione straordinaria, vedi art. 95 septies T.u.b. di ricezione della direttiva).



invece, di un sistema improntato al modello del *full universal insolvency* in questo ambito sono molteplici. Le notevoli limitazioni che ciò comporta per la sovranità nazionale sono limitate in un settore che già da tempo conosce il principio del *home country control*. Detto principio, come sappiamo, trova applicazione nei settori bancario e assicurativo nell'ambito del mercato unico europeo per garantire le quattro libertà fondamentali previste dal Trattato costitutivo della Unione Europea<sup>93</sup> e per impedire discriminazioni in base alla nazionalità, presupponendo il reciproco riconoscimento delle *authorities* degli Stati membri e un minimo di armonizzazione delle loro leggi; *authorities* e Stati che in questo modo accettano una notevole ridefinizione della loro sovranità, in genere limitata ai confini geografici dello Stato, acquisendo poteri regolatori nei confronti di tutti i soggetti che operano nel territorio, aventi sede legale al suo interno o in altri Paesi della Unione. Sussistendo, quindi, questo presupposto, l'esistenza di una rete di Autorità nazionali, dotate degli stessi poteri e funzioni, dovrebbe rendere efficiente la cooperazione, posto che all'eventuale inerzia di una potrebbe sopperire l'intervento delle altre. Inoltre il rischio di *forum shopping* è praticamente eliso poiché le banche operano sulla base di una autorizzazione i cui presupposti sono ormai armonizzati a livello

---

<sup>93</sup>*Id est* libertà di circolazione di persone, di merci, di capitali e di idee.

internazionale<sup>94</sup>; d'altra parte, in situazioni più delicate, quali ad esempio la tutela dei lavoratori, laddove le differenze di disciplina potrebbero maggiormente essere avvertite, è comunque prevista l'applicazione obbligatoria della disciplina dello Stato ospitante, ove è ubicata la succursale. Inoltre, in generale, il modello *full universal insolvency* risulta essere più efficiente di modelli di integrazione meno intensa e questo ne ha suggerito l'adozione per via della particolare delicatezza dell'attività bancaria che impone, come detto, di anticipare il giudizio sull'insolvenza in caso di istituti di credito. La Direttiva “si iscrive nel contesto legislativo comunitario realizzato dalla Direttiva 2000/12/CE relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio. Ne consegue che, nel corso del periodo di attività, l'ente creditizio e le sue succursali formano un'entità unica soggetta alla vigilanza delle autorità competenti dello Stato nel quale è stata rilasciata l'autorizzazione valida nell'insieme della Comunità” (considerando n.3), per cui sarebbe inopportuno rinunciare a tale unità che l'ente forma con le sue succursali allorché è necessario adottare provvedimenti di

---

<sup>94</sup>Intendiamo riferirci, in particolar modo, alle previsioni degli Accordi di Basilea, conclusi nel 1988 fra i Paesi facenti parte del G10. Il testo del primo accordo, che introduceva solamente dei requisiti patrimoniali minimi per l'esercizio dell'attività bancaria, fu poi rivisto, a partire dal 2004, entrando definitivamente in vigore nel 2008, con l'Accordo di Basilea 2. Quest'ultimo si connotava per una disciplina più specifica dei requisiti patrimoniali minimi delle banche, con l'introduzione dei cosiddetti 3 pilastri della disciplina della vigilanza bancaria: requisiti patrimoniali, controllo prudenziale e disciplina di mercato. Basilea 3 è, infine, un insieme di nuove regole elaborate dagli Stati facenti parte del G20, in risposta alla crisi finanziaria, per prevenire l'eccessiva assunzione di rischi da parte degli operatori e rendere il sistema finanziario più solido. Esso prevede, per gli intermediari finanziari, l'introduzione di standard minimi di liquidità, del concetto di capitale regolamentare, e di più alti requisiti patrimoniali, di misure per il contenimento del livello di leva finanziaria e misure atte a ridurre la prociclicità delle regole prudenziali.

risanamento o aprire una procedura di liquidazione”. La Direttiva, quindi, non punta ad armonizzare a livello comunitario la legislazione dei vari Stati membri in materia di provvedimenti di risanamento e di procedure di liquidazione: quello, al più, sarà un effetto collaterale dell'integrazione che si sta producendo in questo ambito a livello europeo.

La Direttiva, nella versione del 2001, costituisce un testo normativo molto breve (35 articoli in tutto) e poco complesso. Essa si applica “agli enti creditizi e alle loro succursali istituite in uno Stato membro diverso da quello della sede legale” e alle succursali di un ente creditizio la cui sede legale si trova fuori della Comunità “soltanto allorquando detto ente abbia succursali in almeno due Stati membri della Comunità”. (art.1), tanto in caso di provvedimenti di risanamento, che in caso di procedure di liquidazione. Nello specifico, i provvedimenti di risanamento sono quelli “destinati a salvaguardare o risanare la situazione finanziaria di un ente creditizio e che possono incidere sui diritti preesistenti dei terzi, compresi i provvedimenti che comportano la possibilità di una sospensione dei pagamenti, di una sospensione delle procedure di esecuzione o di una riduzione dei crediti, ovvero si tratta di provvedimenti amministrativi destinati a mantenere o ristabilire la situazione finanziaria della banca, consentire alle autorità di effettuare

controlli e verifiche, imporre le misure conseguenti”; le procedure di liquidazione sono le “procedure concorsuali aperte e controllate dalle autorità amministrative o giudiziarie di uno Stato membro al fine della realizzazione dell'attivo sotto la vigilanza di dette autorità, compreso il caso in cui dette procedure si chiudano con un concordato o un provvedimento analogo”.

Stante questo ambito di applicazione, l'adozione del principio del mutuo riconoscimento non avrebbe comportato particolari problemi in caso di provvedimenti di risanamento che tendenzialmente non comportano pregiudizio per i creditori, quanto piuttosto per le procedure concorsuali di liquidazione, in ragione delle difficoltà specifiche dovute alla diversità di trattamento nella ripartizione dell'attivo e nel concorso tra i privilegi dei creditori prevista dagli ordinamenti giuridici della sede principale e delle succursali. La soluzione adottata è stata quella della integrale applicazione della legislazione del Paese di origine anche alle succursali in altri Stati membri (art.10)<sup>95</sup>, che permette anche ad amministratori straordinari e liquidatori di esercitare nel territorio di tutti gli Stati membri "tutti i poteri che esercitano nel territorio dello

---

<sup>95</sup> Nel caso di provvedimenti di risanamento, l'articolo 3 prevede che "le autorità amministrative o giudiziarie dello Stato membro d'origine sono le sole competenti a decidere sull'applicazione ad un ente creditizio, incluse le succursali stabilite in altri Stati membri, di uno o più provvedimenti di risanamento" e "i provvedimenti di risanamento sono applicati secondo le leggi, i regolamenti e le procedure applicabili nello Stato membro d'origine, salvo che la presente direttiva non disponga diversamente, e producono i loro effetti secondo la legge di tale Stato membro in tutta la Comunità, senza ulteriori formalità". Stessi principi valgono in caso di procedure di liquidazione (artt.9-10).

Stato membro d'origine", potendo designare persone incaricate di assisterli o rappresentarli negli Stati membri ospitanti. Il principio della legge dello Stato d'origine è in parte attenuato attraverso l'inserimento di alcune deroghe, in maniera analoga a quanto, abbiamo visto, accade in virtù degli artt. 8 e seguenti del Reg. n. 848/2015. Le ipotesi sono praticamente identiche e la ratio di dette deroghe consiste sempre nell'esigenza ora di garantire la certezza del diritto, ora di salvaguardare i rapporti fra creditori, in ragione dei privilegi loro legittimamente spettanti. Nelle seguenti ipotesi di deroga si applicherà quindi il diritto dello Stato ospitante, e nello specifico:

- in caso di contratti di lavoro, la *lex contractus* (art.20),
- per quanto concerne il godimento o l'acquisto di beni immobili, la *lex rei sitae* (art.20),
- in caso di diritti reali e riserva di proprietà, la *lex contractus* (artt.21 e 22),
- per quanto concerne beni sottoposti a registrazione e i diritti di proprietà su strumenti registrati in un conto, registro o deposito, la *lex rei sitae* (art.24),
- per quanto concerne accordi di compensazione e novazione, si applicherà la legge dello Stato membro applicabile agli accordi (art.25),
- nel caso di transazioni effettuate in un mercato regolamentato e delle

cessioni con patto di riacquisto, la *lex contractus* (artt. 26 e 27).

Per quanto concerne i creditori, essendo la procedura unica, anche quelli che hanno la residenza, il domicilio o la sede legale in uno Stato membro diverso dallo Stato membro d'origine hanno il diritto di insinuare i propri crediti, beneficiando inoltre "dello stesso trattamento e dello stesso grado dei crediti di natura equivalente che possono essere insinuati dai creditori aventi la residenza, il domicilio o la sede legale nello Stato membro d'origine".<sup>96</sup> Due ultime previsioni sono, infine, rilevanti. La direttiva, in primo luogo, intende "proteggere i creditori che hanno effettuato transazioni con l'ente creditizio prima dell'adozione di un provvedimento di risanamento o dell'apertura di una procedura di liquidazione, contro le disposizioni relative alla nullità, all'annullamento o all'inopponibilità previste dalla legge dello Stato membro d'origine": a riguardo, l'art. 30 prevede che non si applica la legge dello Stato di origine in relazione alla nullità o annullamento o inopponibilità degli atti pregiudizievoli alla massa dei creditori "quando il beneficiario di tali atti prova che:

- l'atto pregiudizievole alla massa dei creditori è soggetto alla legge di uno Stato membro diverso dallo Stato membro d'origine, e

---

<sup>96</sup> Principio ribadito dall'art.21, appena richiamato, il quale prevede che: "l'adozione di un provvedimento di risanamento o l'apertura di una procedura di liquidazione non pregiudica il diritto reale del creditore o del terzo sui beni materiali o immateriali, mobili o immobili, siano essi beni determinati o universalità di beni indeterminati variabili nel tempo, di proprietà dell'ente creditizio, che al momento dell'adozione del provvedimento o dell'apertura di una tale procedura si trovano nel territorio di un altro Stato membro".

- questa legge non consente, nella fattispecie, di impugnare detto atto con alcun mezzo".

La formulazione della norma è praticamente identica alla corrispondente di cui al Reg. n. 848/2015 e valgono, a riguardo, le medesime considerazioni. Il legislatore comunitario ha inteso in questo modo garantire certezza del diritto, soprattutto per quanto concerne la materia (delicata) delle azioni revocatorie e delle altre azioni avverso gli atti pregiudizievoli ai creditori, conscio della incidenza del rischio di revocatoria sulle scelte degli operatori del mercato. Infine, per quanto concerne l'istituto della compensazione, l'art. 23 dispone che: "l'adozione di un provvedimento di risanamento o l'apertura di una procedura di liquidazione non pregiudica il diritto del creditore di invocare la compensazione del proprio credito con il credito dell'ente creditizio, quando la compensazione sia consentita dalla legge applicabile al credito dell'ente creditizio".

#### ***4.2 La Direttiva BRRD e l'Unione Bancaria Europea***

Con il manifestarsi della crisi del 2008 il sistema che abbiamo appena descritto è parso insufficiente per una corretta gestione delle crisi

bancarie<sup>97</sup>. Si sono avute, a onor del vero, non solo a livello europeo, se non internazionale, una serie di consultazioni pubbliche e dibattiti sulle opportunità di modifica della disciplina, nell'ottica di una maggiore integrazione legislativa e di una maggiore cooperazione fra le Autorità operanti nei diversi paesi. Il frutto di queste consultazioni fu l'individuazione, innanzitutto, degli obiettivi che dovevano essere perseguiti e, quindi, degli strumenti adatti a ciò. In questi termini la Commissione europea ha considerato prioritario<sup>98</sup> l'introduzione di una disciplina unitaria a livello europeo della gestione transfrontaliera delle crisi bancarie, al fine di consentire la risoluzione della crisi " in continuità" (c.d. *going concern*) ovvero l'ordinaria liquidazione dei gruppi bancari. Per cui da una parte è necessario che "tutte le autorità nazionali di vigilanza dispongano di strumenti adeguati per individuare i problemi esistenti nelle banche in una fase abbastanza precoce"; dall'altra, bisogna "evitare che in caso di crollo di banche transnazionali si producano gravi turbative in servizi bancari vitali o effetti di contagio sull'intero sistema finanziario. Questo implica l'elaborazione di un quadro europeo di risoluzione dei problemi e di misure per eliminare gli

---

<sup>97</sup> "La crisi finanziaria ha evidenziato una mancanza significativa di strumenti adeguati a livello di Unione per gestire con efficacia gli enti creditizi e le imprese di investimento (<enti>) in crisi o dissesto"- primo considerando della Direttiva 2014/59/UE.

<sup>98</sup> Ved. COMMISSIONE EUROPEA- "Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, alla Corte di Giustizia delle Comunità europee e alla Banca centrale europea, relativa a un quadro europeo per la gestione transfrontaliera delle crisi nel settore bancario", Bruxelles, 20.10.2009



ostacoli che l'approccio esclusivamente territoriale e per entità separate ai problemi di insolvenza frapponesse ad un'efficace risoluzione transfrontaliera".

Sono stati, quindi, individuati i momenti di intervento nella crisi finanziaria di un gruppo bancario in: *early intervention*, *resolution plan* e *orderly liquidation*. Questa ultima è propriamente la fase di dismissione dell'ente in dissesto, attraverso la liquidazione di tutto il suo patrimonio (fase di *gone concern*). Le due prime fasi di intervento sono, invece, ancora fasi di *going concern*, in cui cioè ancora è possibile l'esercizio dell'attività bancaria da parte dell'ente. Nello specifico, si interverrà in *early intervention*, con strumenti poco invasivi quali sistemi di controllo preventivo, di tipo cartolare o ispettivo<sup>99</sup>, quando l'ente non risponde più ai requisiti di patrimonializzazione di Basilea 3<sup>100</sup>. Quando però non solo l'ente non rispetti più i requisiti di patrimonializzazione, ma sia propriamente in crisi (ancorché non cronica), si è già in fase di *resolution plan*. È riguardo questa fase che la Direttiva in esame ha inciso maggiormente. L'obiettivo è di ampliarla quanto più possibile, nell'ottica di risanare il dissesto dell'ente e garantire la continuità nell'offerta dei servizi: le Autorità di vigilanza

---

<sup>99</sup> È previsto che periodicamente le banche inviino delle segnalazioni contenenti le informazioni necessarie per valutare il rispetto di suddetti requisiti (controllo cartolare); indagini più specifiche sono quelle operate dalle autorità di vigilanza per valutare l'attendibilità delle informazioni trasmesse (controllo ispettivo).

<sup>100</sup> Si veda nota n.10

dovrebbero essere dotate di poteri e strumenti che, senza pesare sulle finanze dello Stato, ma scaricando il peso del dissesto tutto all'interno della banca (attraverso il *bail-in*), rendano ciò possibile. Detti strumenti e poteri erano già stati individuati nella proposta di direttiva elaborata nel 2009<sup>101</sup>. Varcate le soglie di intervento, la *illiquidity threshold* o il *balance sheet threshold*<sup>102</sup>, l'autorità nazionale competente potrà agire attraverso i seguenti strumenti di risoluzione:

- La vendita delle attività: con questo strumento le autorità di risoluzione sono legittimate a vendere un istituto di credito, o parte delle attività/passività, ad uno o più acquirenti a condizioni di mercato senza che sia richiesto il consenso degli azionisti;

- Creazione di una banca ponte: le autorità di risoluzione possono trasferire tutte o parte delle attività di un istituto di credito ad una banca ponte, con lo scopo di ristrutturare l'organizzazione societaria rafforzandone la robustezza senza pregiudizio del mercato. Ciò è possibile in quanto l'ente originario continua a svolgere la propria attività; il destino della banca ponte comunque è d'essere liquidata, ma sul ricavato di detta liquidazione azionisti e creditori dell'istituto

---

<sup>101</sup> COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working document impact assessment Accompanying the Communication from the Commission to European Parliament, the Council, The European economic and social committee, the European Court of Justice and the European central bank.

<sup>102</sup> Queste le soglie di intervento adottate nella maggior parte degli Stati membri. Quella della *illiquidity threshold* è la soglia di intervento adottata nel nostro sistema fallimentare, corrispondente con la situazione in cui il debitore non sia capace di adempiere alle obbligazioni assunte; in altri ordinamenti si interviene, invece, in situazione di *balance sheet threshold*, quando cioè il bilancio dell'azienda mostri un valore netto negativo.

principale non possono avanzare alcuna pretesa (se non eventualmente sull'eventuale eccedenza che residua in seguito alla liquidazione).

- Separazione delle attività: questo strumento permette alle autorità di risoluzione di trasferire certe attività, in particolare le attività soggette ad alto rischio tale da influenzare l'equilibrio finanziario dell'istituto di credito, ad un organismo pubblico (*bad bank*) che ne gestisca la liquidazione in tempi ragionevoli. Anche in questo caso azionisti e creditori non possono avanzare pretese sulle attività trasferite.

- Conversione del debito-"write down powers"/ bail-in: questo istituto è il più complesso e discutibile. Permette di affrontare situazioni in cui *LCFIs* (Large Complex Financial Institutions) sono troppo grandi perché siano sufficienti gli ordinari strumenti di intervento. La conversione del debito si attua fundamentalmente mediante o la conversione di strumenti di debito dell'istituto in strumenti di rischio, o tramite la forzosa riduzione del valore contabile di alcuni attivi sopravvalutati rispetto al valore di mercato (con vantaggi, in primo luogo, a livello fiscale).<sup>103</sup>

---

<sup>103</sup> Sul meccanismo del *bail-in* e della sua legittimità si potrebbe discutere a lungo, ma questa non è forse la sede opportuna. Ricordiamo semplicemente che questo strumento è stato pensato per evitare che il peso del dissesto della banca sia scaricato sui contribuenti nelle manovre di salvataggio pubblico. Per questa ragione si è ritenuto di far gravare il debito della banca su chi nella stessa aveva investito, con azioni ed obbligazioni subordinate. Per cui si ammette, come detto, la riduzione forzosa del valore delle azioni e di alcuni crediti, o la conversione di crediti in azioni, secondo un ordine di priorità che vede per primi gli azionisti, seguiti da detentori di altri titoli di capitale, gli altri creditori subordinati, le persone fisiche e le piccole e medie imprese titolari di depositi per importo eccedente i 100000 euro (i depositanti per importi minori, piccolissimi risparmiatori, sono esclusi dall'ambito di applicazione del meccanismo ed in questo tutelati), il fondo di garanzia per i depositi. Si vuole scaricare, insomma, il peso del dissesto su chi abbia investito imprudentemente nella banca,

Questi fondamentalmente sono stati gli approdi delle consultazioni pubbliche e della ultima proposta di direttiva del 2009, recepiti nella Direttiva 2014/59/UE, più nota come Direttiva BRRD (*Bank Recovery and Resolution Directive*) adottata dall'Unione Europea il 12 Giugno 2014. Essa, inoltre, introduce regole nuove ed armonizzate che, negli auspici del legislatore europeo, permettano di intraprendere un nuovo corso nella gestione non già solo della crisi della impresa bancaria, quanto, prima, dell'attività bancaria in sé. Queste nuove norme "consentiranno di gestire le crisi in modo ordinato attraverso strumenti più efficaci e l'utilizzo di risorse del settore privato, riducendo gli effetti negativi sul sistema economico"<sup>104</sup>.

In fase di *early intervention* è imposta, infatti, alle banche la predisposizione, e riesamina con cadenza almeno annuale, di piani di risanamento individuali- *recovery plan*- che individuino le strategie e le azioni da intraprendere in caso di crisi. Il piano deve essere basato su assunzioni realistiche e relative a scenari che prevedano situazioni di crisi anche gravi; non deve assumere come possibile l'accesso a forme di

---

dimenticando che spesso l'azionista o l'obbligazionista della banca non è quello speculatore spregiudicato che si vuol credere, ma anche lui un "innocente" risparmiatore. In questo modo si disincentiva l'investimento dei piccoli e si ostacola la circolazione della ricchezza. Il dissesto di una banca è spesso di proporzioni immense; ma meglio sarebbe farlo gravare in primo luogo e per quanto più possibile su chi quel dissesto ha causato (che, al contrario, spesso va- quasi- esente da responsabilità).

<sup>104</sup> Relazione della Banca d'Italia sulla nuova direttiva- "*Che cosa cambia nella gestione delle crisi bancarie*", consultabile al <https://www.bancaditalia.it/media/approfondimenti/2015/gestione-crisi-bancarie/index.html>

finanziamento pubblico straordinarie e deve contemplare una serie di scenari di grave stress macroeconomico e finanziario attinenti alla specifica situazione della banca, individuando le misure idonee a farvi fronte. Il piano dovrà essere approvato dall'organo di amministrazione della banca ed approvato dalla autorità di vigilanza competente. Questa ultima, a sua volta, dovrà elaborare anch'essa dei piani di risoluzione per banche non sottoposte a vigilanza su base consolidata ovvero piani di risoluzione di gruppo. Nonostante questa disciplina così specifica, è difficile non pensare che l'elaborazione di detti piani non finisca per tradursi in una mera formalità, stante oggi giorno la subitaneità e soprattutto imprevedibilità delle fluttuazioni del mercato, e delle crisi che ne derivano. Ben più efficace, a mio parere, potrà essere l'esercizio da parte delle Autorità di risoluzione delle misure di intervento precoce, che sono state ampliate dalla direttiva in esame. Infatti ai primi segnali di deterioramento delle condizioni finanziarie o patrimoniali della banca<sup>105</sup>, e da una parte, misure alternative di natura privata (quali aumenti di capitale) o di vigilanza non consentano di evitare in tempi ragionevoli il dissesto<sup>106</sup>, dall'altra, sottoporre la banca alla liquidazione ordinaria non permetterebbe di salvaguardare la stabilità sistemica e

---

<sup>105</sup> Quali "rapido deterioramento della situazione finanziaria, peggioramento della situazione di liquidità, rapido aumento dei livelli di leva finanziaria, crediti in sofferenza o concentrazione delle esposizioni" (art.27 Direttiva in esame).

<sup>106</sup> Per la definizione del momento in cui l'ente è considerato in dissesto o a rischio dissesto si veda l'art. 32 della direttiva.

proteggere depositanti e clienti, le Autorità di vigilanza potranno (su richiesta degli stessi Stati membri, che in questo modo vengono responsabilizzati innanzi al complesso degli Stati della Unione) chiedere all'organo di amministrazione dell'ente di preparare un piano per negoziare la ristrutturazione del debito con tutti o alcuni dei creditori o, anche, rimuovere i vertici della banca e nominare amministratori straordinari, richiedere cambiamenti nella strategia aziendale dell'ente o alle strutture giuridiche o operative dello stesso, o adottare gli strumenti di intervento di cui sopra.

### **Conclusioni**

Al termine dello studio dei Regolamenti europei sulla insolvenza transfrontaliera c.d. “industriale”, e poi delle due direttive sulla insolvenza transfrontaliera bancaria, fondamentalmente possiamo compiere le seguenti considerazioni.

#### **Il testo di rifusione ha colmato le lacune del testo originario?**

Innanzitutto, possiamo chiederci se il testo di rifusione abbia effettivamente colmato le lacune di cui al primo regolamento, e se sia possibile, oggi, un ulteriore e più profondo livello di integrazione fra le normative dei diversi Stati membri. A mio parere il testo di rifusione del

2015 ha ben colmato alle lacune del Reg. n. 1346/2000.

Per quanto concerne la nuova disciplina della insolvenza dei gruppi di imprese, probabilmente non poteva prevedersi più che un meccanismo di coordinamento quale è quello che abbiamo studiato. Ma in realtà la problematica veramente centrale era e rimane quella della individuazione del C.o.m.i., poichè, come sappiamo, è in base ad esso che viene individuata la disciplina della procedura concorsuale e quindi si determina il trattamento delle pretese dei creditori. Il testo di rifusione ha recepito gli approdi della giurisprudenza sui criteri di individuazione di detto C.o.m.i. ed ha introdotto tanto nuove presunzioni (anche per le persone fisiche), quanto la previsione per cui lo spostamento della sede avvenuto nei pressi della apertura della procedura di insolvenza non è efficace. Non penso sia possibile concepire un meccanismo che garantisca maggiore certezza nella individuazione del C.o.m.i; il margine di incertezza che permane è, direi, fisiologico e legato alla varietà dei casi della realtà e delle possibilità di smistamento delle attività di gestione da parte dell'impresa sui diversi territori. L'accertamento del luogo in cui il debitore ha il suo C.o.m.i. dipende in misura rilevante, cioè, da accertamenti di fatto, che si prestano ad interpretazioni differenti.

**Forum shopping: sempre da condannare?** Quello su cui maggiormente possiamo discutere sia della correttezza della posizione assunta dal legislatore comunitario, che ha fermamente e sempre condannato queste strategie di impresa di spostamento della sede e scelta della disciplina "più appetibile", quondanche, come vedremo, le stesse potrebbero addirittura favorire una migliore realizzazione degli interessi dei creditori.

Fondamentalmente il problema che il trasferimento della sede determina, e che il legislatore comunitario pare abbia tenuto in considerazione, è che esso crea una pericolosa incertezza sulla disciplina legale, per cui potrebbe darsi che una impresa finisca per essere liquidata secondo una disciplina che è diversa da quella che regola il suo asset societario. La valutazione della disciplina applicabile, come sappiamo, ha un ruolo fondamentale nelle scelte di imprese ed investitori e quindi detta incertezza può essere quanto mai pericolosa per una fluida e serena circolazione della ricchezza. Ma in realtà la questione risulta più complessa e per comprenderla dobbiamo innanzitutto individuare quelle che sono le ragioni più comuni che spingono un'impresa al trasferimento della propria sede<sup>107</sup>. Allettante

---

<sup>107</sup> Su tutti questo, L. Panzani- *"La dimensione internazionale dell'insolvenza. Recenti sviluppi"*, relazione al Convegno *Il diritto e le discipline economiche*, tenutosi a Torino, 8 maggio 2014



potrebbe essere, ad esempio, la prospettiva di potersi avvalere di un diverso regime delle revocatorie o di una disciplina che non condanni alla postergazione i finanziamenti concessi dai soci. In entrambi questi casi ciò che spinge l'impresa al trasferimento della sede è la possibilità che con quella altra disciplina essa possa meglio realizzare i propri interessi, a scapito dei creditori. In queste ipotesi, evidentemente queste manovre costituiscono abuso del diritto alla libertà di stabilimento e prestazione dei servizi, in quanto l'intenzione è di trarre vantaggio dalla disciplina dell'Unione, a danno dei creditori, la cui *par condicio* viene irrimediabilmente alterata.

D'altra parte, altre potrebbero essere le considerazioni compiute dall'impresa che trasferisce la propria sede. Allettante potrebbe essere anche, infatti, la possibilità di variare più facilmente i piani di ristrutturazione elaborati con i creditori o poter ottenere il consenso dei creditori su forme di ristrutturazione secondo il modello della *pre-packaged bankruptcy*<sup>108</sup>. Queste due ipotesi, in realtà, sono compatibili con quello che è certamente lo scopo principale della disciplina comunitaria: che si proceda alla ristrutturazione in modo tale da assicurare la massimizzazione delle attività nell'interesse dei creditori.

---

<sup>108</sup> Ci stiamo riferendo ad uno strumento contemplato dall'ordinamento inglese (verso cui, come diremo in seguito, maggiormente si sono verificati fenomeni di migrazioni della sede), che permette di organizzare la vendita dell'azienda in funzionamento prima dell'apertura della procedura, evitando quindi i costi in prededuzione che si accumulano durante la prosecuzione dell'attività dell'impresa prima della vendita.

Il *forum shopping* dell'impresa in crisi manifesta, quindi, questa natura duplice, a tratti vantaggiosa e a tratti non vantaggiosa per gli interessi dei creditori. Come rapportarsi ad esso? È corretto impedire sempre e comunque che l'impresa scelga una disciplina di maggior favore?

Bisogna partire innanzitutto da una considerazione, e cioè che ovviamente non è sempre una sola fra queste quattro ragioni ad aver determinato l'impresa al trasferimento della sede: ben potrebbe quest'ultimo essere vantaggioso, ad esempio, tanto in relazione al regime dei piani di ristrutturazione, quanto a quello delle azioni revocatorie. Fatta questa premessa indispensabile, ritengo corretto l'atteggiamento di generale condanna del fenomeno da parte del legislatore europeo; in fondo, è sempre più corretto che si applichi comunque la normativa che fin dal principio avrebbe disciplinato la procedura di insolvenza. D'altra parte, altre volte, impedendo il *forum shopping* si perde una occasione importante di massimizzare le attività in sede di ristrutturazione a tutto vantaggio dei creditori. Quindi? Quindi teoricamente dovrebbe concepirsi un meccanismo che permetta proprio a questi ultimi di esprimersi sulla scelta dell'impresa. Non dimentichiamo, ovviamente, che il ceto creditorio è una entità quanto mai grande ed eterogenea (a maggior ragione per imprese che, riteniamo, operino a livello transfrontaliero); ma la previsione di un

meccanismo democratico di votazione, fondato anche sul peso del singolo credito nel passivo, forse costituisce la strada migliore per non perdere questa opportunità.

**È necessario un ulteriore livello di integrazione, con l'adozione di un modello di *full universal insolvency*?** Ci si potrebbe chiedere, a questo punto, se sia auspicabile raggiungere un ulteriore livello di integrazione, adottando un modello di *full universal insolvency* anche in sede di insolvenza industriale. In realtà in questo ambito mancano le esigenze che hanno portato all'adozione di quel modello in caso di insolvenza bancaria (come abbiamo analizzato); inoltre, il regolamento, come disciplina di diritto internazionale privato di coordinamento delle discipline nazionali, ha finora dato buona prova. V'è da dire che pur permanendo delle importanti differenze negli ordinamenti dei diversi Stati membri, che costituiscono la causa del fenomeno di *forum shopping*, l'esistenza di una disciplina comune, ancorché di mero coordinamento, ha comunque facilitato una certa osmosi fra gli ordinamenti degli Stati membri, permettendone un loro avvicinamento. Non nascondiamo, infine, che lo scenario futuro vada oltre la adozione di un nuovo modello di mero coordinamento, seppur di *full universal insolvency*, e prospetta l'elaborazione di una normativa sostanziale unica

a livello europeo della insolvenza transfrontaliera. Così la Commissione europea nella Raccomandazione del 12 marzo 2014, nella quale già sono stati sanciti alcuni principi che dovrebbero informare questa eventuale futura disciplina<sup>109</sup>.

**La disciplina speciale della insolvenza bancaria.** Il modello *full universal insolvency* risulta, invece, perfettamente funzionante in ambito di insolvenza bancaria, per le ragioni sopra esposte. Il sistema, pur nella identità di alcune disposizioni, risulta impostato in maniera decisamente differente rispetto al sistema della insolvenza transfrontaliera dell'impresa industriale. In particolar modo, peculiari sono i meccanismi pensati per evitare il dissesto e poi, in caso in cui comunque si manifesti, scaricarne il peso su azionisti ed obbligazionisti.

---

<sup>109</sup> Fra gli altri, stante che *"gli effetti del fallimento, in particolare la stigmatizzazione sociale, le conseguenze giuridiche e l'incapacità di far fronte ai propri debiti sono un forte deterrente per gli imprenditori che intendono avviare un'attività o ottenere una seconda opportunità (anche se è dimostrato che gli imprenditori dichiarati falliti hanno maggiori probabilità di avere successo la seconda volta)"* (ventesimo considerando), bisognerebbe tentare la ristrutturazione ad ogni costo, con l'adozione di procedure flessibili e l'esdebitazione dovrebbe essere concessa automaticamente al decorso di un certo tempo, senza l'intervento del giudice.

### **Bibliografia**

- BENEDETTELLI MASSIMO V., "Centro degli interessi principali del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, pp. 499-530;
- CELLE PIERANGELO- "La disciplina dell'Unione europea sull'insolvenza transfrontaliera: riflessi nel settore dello <shipping>", in *Diritto del commercio internazionale*, 2014, pp. 853-873;

- COMMISSIONE EUROPEA- "Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, alla Corte di Giustizia delle Comunità europee e alla Banca centrale europea, relativa a un quadro europeo per la gestione transfrontaliera delle crisi nel settore bancario", Bruxelles, 20.10.2009;
- DE CESARI PATRIZIA- "L'evoluzione della legislazione europea in tema di insolvenza", in *Fallimento e concordato fallimentare*, 2016, pp.494- 540;
- DI AMATO SERGIO, "Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera", in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2002, pp. 693-703;
- FUMAGALLI- "Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza", in *Riv. Dir. Proc.* 2001;
- GALLETTI DANILO- "L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario", in *Banca borsa e titoli di credito*, 2006, pp. 546-572;
- MARONGIU BUONAIUTI FABRIZIO, "La revisione del Regolamento sulle procedure di insolvenza/ Il coordinamento tra procedure di insolvenza basato sulla prevalenza della procedura principale nel Regolamento (UE) n.2015/848 di rifusione",- [www.sidi-isil.org/sidiblog/](http://www.sidi-isil.org/sidiblog/);

- MONTELLA GALEAZZO, “Problemi di applicazione del Regolamento n.1346/2000 e soluzioni del nuovo Regolamento n.848/2015”, in *Fallimento e concordato fallimentare*, 2016, pp. 540-594;
- PANZANI LUCIANO- “Abuso del diritto. Profili di diritto comparato con particolare riferimento alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera”, in *Giustizia civile*, 2014, pp. 693-739;
- PANZANI LUCIANO, "La dimensione internazionale dell'insolvenza. Recenti sviluppi", relazione al Convegno *Il diritto e le discipline economiche*, tenutosi a Torino, 8 maggio 2014;
- PROTO VINCENZO- “L'insolvenza transfrontaliera nell'ordinamento comunitario”, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2003, pp. 561-579;
- Relazione della Banca d'Italia sulla nuova direttiva- "*Che cosa cambia nella gestione delle crisi bancarie*", consultabile al <https://www.bancaditalia.it/media/approfondimenti/2015/gestione-crisi-bancarie/index.html>;
- RICCI E.F.- "Il riconoscimento delle procedure di insolvenza secondo il regolamento n. 1346/2000", in *Riv. Dir. Proc.* 2003, p. 391;
- VELLANI- "Approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera", Milano 2006.

*Vorrei ringraziare mamma, papà, Federica e Jacopo, per essere sempre presenti e pazienti con me.*

*Vorrei ringraziare anche te, lettore ignoto, per avermi dato fiducia ed aver almeno sfogliato questa tesi.*