

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
CURRICULUM IN DIRITTO INTERNAZIONALE

XXVI ciclo

Tesi di dottorato di ricerca

GLI ASPETTI DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E PROCESSUALE
DEL FALLIMENTO DI GRUPPI BANCARI MULTINAZIONALI

IUS 13

Candidato: Giulia VALLAR

Tutor: Chiar.mo Prof. Luigi FUMAGALLI - Chiar.ma Prof.ssa Roberta CLERICI

Coordinatore del dottorato: Chiar.ma Prof.ssa Ilaria VIARENGO

A.A. 2013 – 2014

GLI ASPETTI DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E PROCESSUALE DEL FALLIMENTO DI GRUPPI

BANCARI MULTINAZIONALI

Introduzione	7
I. Il fallimento di gruppi bancari multinazionali: identificazione del problema	11
1. Piano di lavoro.....	11
2. I motivi di una disciplina speciale per le crisi bancarie.....	11
3. Definizione della fattispecie oggetto di studio: il gruppo bancario multinazionale	15
3.1 Il concetto di gruppo.....	16
3.2 La natura dell'attività esercitata	19
3.3 Fattispecie con elementi di internazionalità	23
4. La disciplina della crisi del gruppo bancario multinazionale: profili caratteristici	24
4.1 Il “procedimento di insolvenza”	26
4.2 La natura dei provvedimenti.....	27
4.3 La natura dell'autorità competente	30
4.4 I presupposti oggettivi per l'adozione dei provvedimenti	34
4.5 Il ruolo dei creditori e degli azionisti.....	37
4.6 Gli scopi perseguiti.....	38
5. Dalla fisiologia alla patologia del gruppo tra monismo e pluralismo.....	40
5.1 <i>Single entity</i> e <i>separate entity doctrine</i>	40
5.2 Universalità, territorialità e <i>middle ground approaches</i>	42
5.3 I principi di territorialità e di universalità applicati ai gruppi.....	46
6. Studi, proposte e strumenti di <i>soft-law</i> : le iniziative in ambito internazionale	51
6.1 Unione europea.....	51
6.2 UNCITRAL.....	61
6.3 <i>Financial Stability Board</i>	63
6.4 <i>Basel Committee on Banking Supervision</i>	65
6.5 Fondo Monetario Internazionale	68
6.6 Altre iniziative	70
II. La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina generale e astratta	73
1. L'adozione del modello territorialista per i fallimenti dei gruppi Fortis e Kaupthing	74
2. Le caratteristiche degli accordi di cooperazione	77
2.1 I <i>Cross-Border Insolvency Protocols</i>	77

2.2	Le forme ed i contenuti degli accordi di cooperazione	79
2.3	I soggetti coinvolti nella cooperazione	82
2.4	I benefici derivanti dalla conclusione di protocolli	84
2.5	Le difficoltà legate alla cooperazione.....	85
2.6	La conclusione di protocolli e il principio di <i>comity</i>	88
3.	Iniziative di <i>soft law</i> a sostegno della cooperazione.....	90
3.1	Il <i>Cross-Border Insolvency Concordat</i>	90
3.2	La Legge Modello UNCITRAL	94
3.3	Lo studio del G-30 “ <i>International Insolvencies in the Financial Sector</i> ”.....	99
3.4	I <i>Principles of Cooperation among the NAFTA Countries</i> dell’ <i>American Law Institute</i> .100 (Segue): <i>Le Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases</i>	104
4.	La cooperazione tra curatori nel regolamento (CE) n. 1346/2000 e le <i>European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-border Insolvency</i>	107
5.	I protocolli rilevanti relativi al fallimento di società commerciali	112
5.1	Il primo protocollo concluso: il caso <i>Maxwell Communication Corporation</i>	113
5.2	Un protocollo concluso in un caso di liquidazione: il caso <i>Inverworld</i>	117
5.3	Il primo protocollo che ha coinvolto un ordinamento di <i>civil law</i> : il caso <i>Nakash</i>	118
6.	La cooperazione internazionale nei fallimenti di gruppi bancari	118
6.1	La liquidazione del gruppo BCCI.....	118
a)	La struttura del gruppo.....	118
b)	La cooperazione tra i curatori	119
c)	(Segue): alcuni accordi in particolare	122
6.2	Il fallimento del gruppo Lehman Brothers	123
a)	La struttura del gruppo e l’inizio della crisi.....	125
b)	I negoziati e la conclusione del protocollo	126
c)	La richiesta di approvazione del protocollo alla <i>U.S. Bankruptcy Court</i>	129
d)	Il contenuto del protocollo.....	130
e)	(Segue): in particolare, la gestione delle pretese infragruppo	134
f)	(Segue): le disposizioni transitorie	136
III.	Gli sviluppi recenti	137
1.	Iniziative in ambito bancario	139
1.1	La proposta di direttiva della Commissione europea del 6 giugno 2012	139
a)	La preparazione ed il contenuto dei piani di risoluzione delle crisi di gruppo.....	141

b)	Valutazione della possibilità di risoluzione delle crisi di gruppo e rimozione degli impedimenti	144
c)	I collegi di risoluzione delle crisi.....	146
d)	I collegi europei di risoluzione delle crisi.....	150
e)	Lo scambio di informazioni.....	150
f)	La risoluzione delle crisi di gruppo	151
g)	Il finanziamento della risoluzione delle crisi di gruppo	153
h)	Gruppi parzialmente esterni all'Unione.....	154
i)	Alcune osservazioni sul modello introdotto dalla proposta di direttiva	155
1.2	Il <i>Report</i> e le <i>Recommendations</i> del <i>Cross-border Bank Resolution Group</i> del Comitato di Basilea	158
1.3	Il <i>Framework for Enhanced Coordination</i> del Fondo Monetario Internazionale	160
1.4	I <i>FSF Principles for Cross-border Cooperation on Crisis Management</i>	163
1.5	I <i>Key Attributes</i> del <i>Financial Stability Board</i>	164
1.6	I lavori dell'UNCITRAL	167
2.	Iniziative in ambito commerciale	171
2.1	La proposta di modifica del regolamento (CE) n. 1346/2000	172
a)	Lo <i>status quo</i>	172
b)	Le nuove norme della proposta.....	175
c)	Alcune osservazioni sulle norme proposte	178
2.2	<i>Treatment of enterprise groups in insolvency</i> : la terza parte della Guida Legislativa UNCITRAL.....	180
2.3	Il <i>Global Principles Project</i>	182
2.4	I <i>Prospective Principles for coordination of multinational corporate group insolvencies</i>	183
2.5	I <i>Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes</i> della Banca Mondiale	186
2.6	Le future “ <i>EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Guidelines</i> ”	187
IV.	Considerazioni conclusive	191
V.	Bibliografia	197

Introduzione

Condurre uno studio sugli aspetti di diritto internazionale privato e processuale dell'insolvenza dei gruppi bancari multinazionali è di primario interesse alla luce, da un lato, della evidente attualità del tema nel momento in cui si scrive e, dall'altro, della mancanza di una disciplina specifica che regoli la fattispecie, sia a livello dei singoli Stati che a livello sovrastatale, regionale o internazionale.

L'attualità del tema deriva tanto dal fatto che quella del gruppo è una delle forme sempre più frequentemente utilizzata per la conduzione dell'attività di impresa¹, quanto dal fatto che sono stati molteplici, in tempi più o meno recenti, i casi di fallimenti di gruppi bancari localizzati in più di una giurisdizione. Si pensi, ad esempio, al fallimento della Lehman Brothers, della Kaupthing Bank, della Dexia, del Fortis Group e della Bank of Credit and Commerce International (BCCI).

La mancanza di una disciplina in questo settore, definita da un Autore un'«ingombrante lacuna»², colpisce, in particolare, se si considera che, a partire dal 1997, a livello sia internazionale che regionale, sono stati condotti studi ed emanati strumenti normativi che trattano questioni di diritto internazionale privato e processuale o di diritto sostanziale relative a fattispecie limitrofe a quella oggetto del presente lavoro. Tale mancanza è stata fatta dipendere da (i) la rarità con cui in passato le banche fallivano, o perché largamente possedute dagli Stati, o perché questi ultimi intervenivano, in situazioni di emergenza, elargendo aiuti finanziari³, (ii) la difficoltà «che la normativa, soprattutto quella in materia finanziaria, riesca ad

¹ In questo senso, tra i tanti, si veda UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law, Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency*, 21 luglio 2010, 5, disponibile a: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/pre-leg-guide-part-three.pdf> (visitato il 6.1.14). Una commissione della *House of Lords* ha affermato che quella del gruppo è “*the most common form of business model*”: *idem*, 69. La comunicazione della Commissione europea del 20 ottobre 2009, al paragrafo 4.1, riferisce che «[s]ubsidiaries are the predominant form of cross-border banking business in Europe, holding assets of almost € 4 trillion»: COMMISSIONE EUROPEA, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank - An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, 20 ottobre 2009, COM(2009) 561, disponibile a:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0561:FIN:EN:PDF> (visitato il 6.1.2014).

² GALANTI, *La nuova normativa europea sulle crisi bancarie*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2002, 406.

³ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, in IMF (ed.), *Current Developments in Monetary and Financial Law*, vol. 3, 2003.

aggiornarsi e rinnovarsi tanto velocemente quanto l'evolvere del suo oggetto»⁴, (iii) la riluttanza degli ordinamenti statali a rinunciare alla propria competenza esclusiva proprio in relazione ad una branca del diritto, quale quella concorsuale, per definizione pubblicistica ed espressione di sovranità⁵, a cui si deve aggiungere la «peculiarità insita ... nella materia» bancaria⁶ e (iv) la complessità della previsione di una disciplina fallimentare per le banche, per di più in una prospettiva transnazionale⁷.

La recente crisi finanziaria ha ricordato la necessità e l'importanza di un meccanismo coordinato per la risoluzione delle crisi dei grandi conglomerati finanziari di cui possano servirsi le autorità degli Stati coinvolti. Infatti, ad una notevole espansione, secondo modalità inedite, dell'ambito, della scala e della complessità delle transazioni finanziarie internazionali non è corrisposta un'evoluzione, secondo una eguale velocità, degli strumenti e delle tecniche predisposti per la gestione delle crisi finanziarie transnazionali, così che, all'occorrenza, si sono dovute adottare misure create *ad hoc* per ciascun caso, assai limitate a causa della necessità di agire tempestivamente e perlopiù orientate verso la richiesta di un massiccio intervento pubblico⁸.

Il sistema di cui si è variamente auspicata la realizzazione, specificamente rivolto alla gestione delle crisi dei grandi conglomerati finanziari, pur chiaramente mirando anch'esso, in ultima analisi, alla massimizzazione del valore degli attivi, a beneficio di tutti i creditori, dovrebbe essere, proprio per la particolare natura di tali entità, diverso ed ulteriore, sotto molteplici aspetti, rispetto a quello previsto per le società commerciali.

Da più parti, in dottrina, sono state sottolineate le difficoltà che potrebbero incontrarsi nel tentativo di individuare principi e regole in materia di insolvenza di

⁴ GIOMARELLI, *L'armonizzazione delle legislazioni europee in materia di crisi bancarie ed il decreto legislativo 9 Luglio 2004, n. 197*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, vol. 1, 2005, 786.

⁵ In questo senso DE CESARI - MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana. Competenza internazionale e riconoscimento delle decisioni*, Milanofiori, Assago, 2009, 24.

⁶ *Idem*, 38, i quali intravedono in tale peculiarità uno dei motivi per cui il legislatore dell'Unione Europea, come vedremo, per disciplinare l'insolvenza degli enti creditizi, ha scelto lo strumento della direttiva e non quello del regolamento, che aveva invece utilizzato per la disciplina internazionalprivatistica dell'insolvenza delle società commerciali.

⁷ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, *cit.*

⁸ Così CHAN HO - LASTRA, *International Developments*, in LASTRA (ed.), *Cross-border bank insolvency*, New York, 2011, 209.

gruppi bancari che possano essere ampiamente condivisi a livello internazionale, a causa delle frequenti e sostanziali differenze presenti in questa materia nelle discipline nazionali, per motivi storici, culturali e strutturali. Tuttavia, uno dei maggiori esperti statunitensi in materia di insolvenza dei gruppi di società si è rivelato, a questo proposito, ottimista, segnalando che coloro che si erano occupati della predisposizione di una disciplina dell'insolvenza dei gruppi di società commerciali avevano incontrato il medesimo scetticismo e il medesimo campanilismo incontrati da coloro che hanno incominciato ad occuparsi di cooperazione internazionale in materia di gestione delle crisi dei conglomerati finanziari⁹. Lo studioso ha anche ricordato che anche in sede UNCITRAL, nonostante la sostanziale attività di cooperazione tra le diverse componenti statali partecipanti ai negoziati, vi era stato un diffuso scetticismo in relazione alla effettiva possibilità di pervenire ad un qualche risultato. Quando un accordo in relazione alla Legge Modello era raggiunto e, oltretutto, in un tempo assai ridotto, in molti avevano predetto che, in realtà, tale legge sarebbe stata adottata da un numero esiguo di Stati. Quando anche questa critica si era rivelata infondata, alcuni avevano ancora tentato di gettare discredito su tale strumento, sottolineando che l'eccessiva vaghezza delle previsioni in esso contenute ne avrebbe impedito una diretta applicazione da parte delle autorità giudiziarie degli Stati. Secondo il medesimo Autore, senza dubbio una nuova critica sarebbe stata in procinto di essere avanzata, essendo stata sfatata anche quella da ultimo ricordata. Tuttavia, fino a quel momento, ogni accusa di campanilismo e di mancanza di una percezione globale si era, in realtà, dimostrata infondata¹⁰.

⁹ WESTBROOK, *The Elements of Coordination in International Corporate Insolvencies: What Cross-Border Bank Insolvency Can Learn From Corporate Insolvency*, in LASTRA (ed.), *Cross-border bank insolvency*, cit., 186.

¹⁰ *Idem*, 189.

CAPITOLO I

I. IL FALLIMENTO DI GRUPPI BANCARI MULTINAZIONALI:

IDENTIFICAZIONE DEL PROBLEMA

1. Piano di lavoro

Il presente lavoro è articolato in tre capitoli, oltre alle conclusioni. Il primo di essi è dedicato ad un'analisi degli aspetti rilevanti della fattispecie oggetto di studio. Il secondo si occupa di come sono stati affrontati i fallimenti di gruppi bancari multinazionali occorsi negli ultimi vent'anni. Il terzo è rivolto al futuro e analizza le numerose proposte di disciplina della materia, avanzate perlopiù a seguito della recente crisi finanziaria.

Nel presente capitolo in particolare saranno innanzi tutto esposte le ragioni per le quali è necessario prevedere una disciplina fallimentare speciale per le crisi bancarie rispetto a quella predisposta per i fallimenti di società commerciali. Saranno poi studiati i tratti caratteristici della fattispecie “gruppo bancario multinazionale” e le peculiarità di una disciplina specificamente dettata per il fallimento di questo tipo di enti. Inoltre si farà accenno alle due diverse concezioni, monista e pluralista, secondo cui un gruppo di società anche (bancarie) può essere concepito da un punto di vista sostanziale ed ai riflessi che tali concezioni hanno sulle soluzioni adottabili da un punto di vista processuale. Si ricorderanno infine le molteplici organizzazioni internazionali, istituzioni e associazioni di studiosi e/o di professionisti che si sono variamente occupati della materia oggetto del presente studio, al fine di introdurre quanto sarà approfondito nei due capitoli successivi.

2. I motivi di una disciplina speciale per le crisi bancarie

Il dibattito sull'opportunità di prevedere una disciplina fallimentare speciale per le banche risale agli inizi del ventesimo secolo, quando sia gli Stati Uniti che l'Europa sono stati investiti da una crisi di notevoli dimensioni¹.

Attualmente gli ordinamenti nazionali possono essere divisi in due categorie a seconda che prevedano o meno, per le crisi bancarie (interne), una disciplina

¹ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.

fallimentare speciale rispetto a quella ordinaria². Ad esempio, la Legge Modello UNCITRAL accorda agli Stati una facoltà di scelta in tal senso³. È poi possibile individuare alcuni ordinamenti che adottano una soluzione più sfumata, ad esempio (A) prevedendo sì una disciplina speciale per le banche ma che in realtà (i) si basa sulla disciplina fallimentare ordinaria o che (ii) vi opera un rinvio, più o meno ampio, per ogni aspetto non direttamente da essa regolato, oppure (B) inserendo all'interno della disciplina ordinaria disposizioni specifiche per le banche⁴. La scelta tra una disciplina autonoma per le crisi bancarie ed una che invece ampiamente si basa su o fa riferimento alla normativa fallimentare ordinaria dipende probabilmente, *inter alia*, anche dalla forma e dalla flessibilità che, in ciascun ordinamento, quest'ultima possiede⁵. Tali soluzioni intermedie non sembrano comunque impedire una qualificazione in termini di specialità della disciplina stessa, da un lato continuando pur sempre ad esistere ordinamenti che disciplinano in modo assolutamente identico crisi bancarie e non e dall'altro essendo comunque sempre vero che «le linee evolutive di fondo del trattamento delle crisi di impresa in generale e quelle del trattamento delle crisi bancarie in particolare coincidono»⁶: non ci si può aspettare che la disciplina speciale sia *in toto* diversa da quella ordinaria. A riprova di ciò è stato ad esempio ritenuto che l'ordinamento italiano prevede una disciplina speciale per le crisi dei gruppi bancari (interni)⁷, nonostante il fatto che l'art. 80(6) TUB

² Cfr. IMF - WORLD BANK, *An Overview of the Legal, Institutional, and Regulatory Framework for Bank Insolvency*, 2009, disponibile a: <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2009/041709.pdf> (visitato il 6.1.2014), 5. Su tale studio si veda più diffusamente *infra* cap. I, § 6.5.

³ Si veda l'art. 1(2) della Legge Modello.

⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank - An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, disponibile a: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/crisis-management/091020_working_document_en.pdf (visitato il 6.1.2014), 25.

⁵ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, *cit.*

⁶ NIGRO, *La gestione delle crisi bancarie nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1990, 279.

⁷ Così ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, IV ed., Milano, 2009, 352, 354; DE SENSI, *An Overview of Italian Intervention Measures*, in WESSELS - OMAR (a cura di), *Cross-Border Management in the Banking Sector*, Nottingham - Paris, 2011, 11; GIOMARELLI, *L'armonizzazione delle legislazioni europee*, *cit.*, 783; HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, *cit.* Il Regno Unito ha previsto una disciplina speciale nel 2008: si veda WESSELS, *The Future European Union Legislative Framework on Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector: A Legal Stress Test*, in WESSELS - OMAR (a cura di), *Cross-Border Management in the Banking Sector*, Nottingham - Paris, 2011, 56.

rinvii, «per quanto non espressamente previsto ..., [al]le disposizioni della legge fallimentare».

La tendenza a disciplinare con norme *ad hoc* le crisi bancarie dipende dal fatto che, in estrema sintesi e riprendendo un'espressione frequentemente utilizzata negli scritti del settore, “*banks are special*”⁸. È utile interrogarsi su quali siano i motivi di tale specialità, soprattutto al fine di comprendere quali caratteristiche debba possedere un'eventuale disciplina fallimentare specifica per i gruppi bancari multinazionali, di cui da più parti si chiede l'adozione. La speciale posizione occupata dagli istituti bancari all'interno degli ordinamenti è stata ripetutamente sottolineata in dottrina (i) con riferimento sia alla fisiologia degli stessi, (ii) che al particolare momento delle crisi che possono investirli.

(i) Per quanto concerne la fisiologia, si è sottolineato che le banche rivestono un ruolo centrale per l'economia di un Paese ed hanno una «*political dimension*»⁹, in quanto, secondo alcuni, svolgono, considerate nel loro complesso, una sorta di servizio pubblico¹⁰, oltre a rivestire un ruolo specifico per l'attuazione della politica monetaria di uno Stato¹¹.

(ii) Per quanto riguarda la fase della patologia, la crisi bancaria, pur senza essere «ontologicamente divers[a] da quella industriale»¹², pacificamente se ne

⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank - An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, cit., 4; CORRIGAN, *Are Banks special?*, in *Federal Reserve Bank of Minneapolis Annual Report*, 1982, 5-7, disponibile a: <http://minneapolisfed.org/pubs/ar/ar1982a.cfm> (visitato il 6.1.2014); HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.; KELLEY JR., *Are Banks still special?*, in ENOCH - GREEN (eds.), *Banking Soundness and Monetary Policy*, 1997, 263.

⁹ CAMPBELL, *Large scale bank insolvencies: The Challenge*, in WESSELS - OMAR (a cura di), *Insolvency Law in the United Kingdom: the Cork report at 30 Years*, Nottingham, 2010, 85 ss.

¹⁰ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit., la quale cita, a questo proposito, un messaggio indirizzato al Parlamento dal Consiglio federale svizzero, per incoraggiare l'adozione della legge bancaria svizzera del 1934 (nota 8).

¹¹ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.; HÜPKES, *The Legal Aspects of Bank Insolvency: A Comparative Analysis of Western Europe, the United States and Canada*, The Hague, 2000, 8 ss. Si veda anche COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro di risanamento e di risoluzione delle crisi degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica le direttive del Consiglio 77/91/CEE e 82/891/CE, le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE e 2011/35/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010*, 6.6.2012, COM(2012) 280 final, 8

¹² GALLETTI, *L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2006, 556.

Il fallimento di gruppi bancari multinazionali: identificazione del problema

differenza sotto diversi aspetti¹³, a partire dalle cause di essa¹⁴. L'asimmetria temporale che esiste tra il momento della raccolta e quello dell'impiego pone dei problemi che normalmente sono risolti in via preventiva, imponendo alla stessa di tenere riserve in grado di coprire le richieste provenienti dai correntisti, ma che, durante una crisi, possono influenzare la situazione di liquidità dell'intera economia di uno Stato: di fronte ad una c.d. "corsa agli sportelli", tale asimmetria rappresenta un fattore di vulnerabilità per la banca e per l'economia che attorno ad essa gravita¹⁵. Inoltre, vi è una particolare esigenza di tutela dell'interesse pubblico alla stabilità finanziaria del sistema invece che, semplicemente, dei creditori¹⁶; è necessario che la riorganizzazione o la liquidazione possano essere pianificate in anticipo, attraverso un coordinamento attuato a livello internazionale; bisogna garantire anche nel corso del procedimento la continuazione delle operazioni essenziali per il funzionamento complessivo del sistema¹⁷; ancora, se è vero, in generale, che la conduzione di operazioni infragruppo comporta la probabilità che l'insolvenza di una singola entità si propaghi alle altre, nel settore creditizio, si impone un intervento ancora più celere che nel settore commerciale, perché, nel primo caso, il rischio di effetti devastanti sulla stabilità del sistema finanziario è molto più elevato, e le conseguenze negative sono più varie, più numerose e più gravi, che nel secondo¹⁸. Infatti, «la crisi bancaria,

¹³ Tra i tanti, si veda, ad esempio, NIGRO, *La gestione delle crisi bancarie*, cit., 279.

¹⁴ Si veda COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, 799 s.

¹⁵ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.; HÜPKES, *The Legal Aspects of Bank Insolvency*, cit., 8 ss.

¹⁶ Ovviamente si dovranno assicurare in ogni caso prevedibilità e protezione ai creditori, rientrando ciò, comunque, nell'interesse pubblico da proteggere: «[b]eyond basic fairness, legal protection of creditors promotes stable financial markets, investment in financial enterprises, and efficient business operations. At a minimum, creditors must receive no less than they would had the firm been simply liquidated»: KRIMMINGER, *Ending Too Big to Fail: Practical Resolution Alternatives for Financial Conglomerates*, in LASTRA (ed.), *Cross-border bank insolvency*, cit., 297.

¹⁷ *Idem*, 287, 296. In questo senso anche COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro di risanamento e di risoluzione delle crisi degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica le direttive del Consiglio 77/91/CEE e 82/891/CE, le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE e 2011/35/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010*, cit., 5.

¹⁸ Si veda, ad es., IMF - WORLD BANK, *An Overview of the Legal*, cit., 16.; NIGRO, *La gestione delle crisi*, cit., 280. COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro di risanamento e di risoluzione delle crisi degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica le direttive del Consiglio 77/91/CEE e 82/891/CE, le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE e 2011/35/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010*, cit., 5, 9. La necessità di agire molto più celermente che nei casi di insolvenza di una società commerciale complica, chiaramente, in modo particolare, l'intervento. Ciò è evidenziato con particolare enfasi dal *Report and recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group*, (BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Report and Recommendations of the Cross-border*

... [da un lato] costituisce un naturale “acceleratore” dei fattori di crisi»¹⁹ e, dall’altro, «si caratterizza soprattutto per la grande facilità con la quale la stessa [non solo] coinvolge le altre imprese bancarie»²⁰, e i creditori e i debitori della banca²¹, ma anche si estende e miete vittime tra chi non ha mai avuto rapporti con essa²², propagandosi attraverso le rispettive controparti²³. Due sono i motivi principali di una sì rapida diffusione della crisi: (i) le banche sono legate l’una all’altra da numerosi contratti interbancari²⁴; (ii) la stabilità del sistema dipende in modo importante dalla fiducia che le banche riescono a riscuotere tra il pubblico dei risparmiatori²⁵, i quali, peraltro, non sono nemmeno in grado di informarsi regolarmente ed in modo appropriato sulla situazione finanziaria in cui versa una specifica banca e si lasciano dunque spesso influenzare da voci di cronaca e simili²⁶. Il venire meno della fiducia in una banca può determinare una situazione di allarme diffusa tra il pubblico che può portare alla c.d. «corsa agli sportelli», con ripercussioni sull’intero sistema economico di un Paese²⁷.

3. Definizione della fattispecie oggetto di studio: il gruppo bancario multinazionale

Chiariti gli elementi di specialità delle crisi bancarie rispetto alle crisi di società commerciali, deve ora procedersi ad identificare e delimitare la fattispecie oggetto di studio nel presente lavoro. A tal fine, è necessario muoversi in una prospettiva internazionale e non meramente interna di uno piuttosto che di un altro ordinamento. Infatti, le categorie concettuali che devono essere analizzate si pongono necessariamente a livello globale, all’interno di una struttura che travalica i singoli

Bank Resolution Group, marzo 2010, disponibile a: <http://www.bis.org/publ/bcbs169.pdf> (visitato il 6.1.2014).

¹⁹ GALLETTI, *L’insolvenza transfrontaliera*, cit., 556.

²⁰ COSTI, *L’ordinamento bancario*, cit., 800.

²¹ NIGRO, *La gestione delle crisi*, cit., 280.

²² CAMPBELL - LASTRA, *Definition of bank insolvency and types of bank insolvency proceedings*, in LASTRA (ed.), *Cross-border bank insolvency*, cit. Nello stesso senso anche ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, cit., 378.

²³ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.

²⁴ (Anche se, in realtà, molti di essi probabilmente dispongono di propri meccanismi di protezione). Si v. GALLETTI, *L’insolvenza transfrontaliera*, cit., 556; NIGRO, *La gestione delle crisi*, cit., 280; WESSELS, *The Future European Union Legislative Framework*, cit., 52.

²⁵ NIGRO, *La gestione delle crisi*, cit., 280.

²⁶ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.

²⁷ NIGRO, *La gestione delle crisi*, cit., 281.

ordinamenti, e sono dunque diverse da quelle proprie dei singoli ordinamenti nazionali²⁸. Porsi da un punto di vista interno dell'ordinamento italiano (o di qualunque altro ordinamento nazionale) sarebbe, oltretutto in contrasto con la natura stessa della fattispecie oggetto di studio, secondo quanto appena rilevato, forse anche anacronistico, a fronte di un'attività normativa che, sia per quanto riguarda il diritto internazionale privato e processuale che per quanto riguarda il diritto materiale, proviene sempre più frequentemente da fonti sovrastatali, o regionali (ad esempio dall'Unione europea) o internazionali.

Date queste premesse, al fine della ricostruzione e della delimitazione della fattispecie, sono preziosi gli studi condotti in seno all'UNCITRAL, al Fondo Monetario Internazionale, al Comitato di Basilea, all'Unione europea e ad altre organizzazioni e associazioni private di studiosi, che, sulla base di analisi di tipo comparatistico, hanno cercato di enucleare gli elementi e le caratteristiche della fattispecie in esame comuni ai vari ordinamenti.

3.1 Il concetto di gruppo

Lasciando per il momento da parte le caratteristiche di un'attività di tipo bancario e soffermandosi, in generale, sul concetto di "gruppo", si deve innanzi tutto rilevare che, anche solamente ad un livello nazionale, «la stessa definizione del fenomeno può presentare problemi e, soprattutto, non è detto che collegamenti tra società atti ad integrare la fattispecie gruppo in determinati settori dell'ordinamento, lo siano anche in altri»²⁹. Indicazioni in questo senso sono contenute anche in due ricerche condotte dallo studio legale DBB Law per conto della Commissione europea in materia di insolvenza³⁰, i quali riferiscono che sono pochi, nell'Unione, gli Stati in

²⁸ Così il prof. Francesco Denozza ad una seminario tenuto per gli studenti della Scuola di Dottorato dell'Università degli Studi di Milano, il 20 gennaio 2012.

²⁹ JAEGER - DENOZZA - TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale, Impresa e Società*, Milano, 2010, 289. Nello stesso senso si veda UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law, Part three, cit.*, 13.

³⁰ L'uno relativo alla possibilità di ridurre gli ostacoli al trasferimento degli attivi all'interno di un gruppo bancario multinazionale durante una situazione di crisi: AA. VV. (DBB LAW per la COMMISSIONE EUROPEA), *Study on the feasibility of reducing obstacles to the transfer of assets within a cross border banking group during a financial crisis, Final Report*, 20 aprile 2010, disponibile a: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/windingup/200908/final_report20091218_en.pdf (visitato il 6.1.2014) e l'altro relativo a misure di "Pre-insolvency, Early intervention, Reorganization - Liquidation" adottate nei confronti di banche in crisi: AA. VV. (DBB Law per la Commissione europea), *Study on Pre-insolvency - Early intervention - Reorganization - Liquidation*, 20 aprile 2010, disponibile a:

Capitolo I

cui è presente una definizione di gruppo quale ente dotato di una propria autonoma identità, l'appartenenza al quale possa determinare l'insorgere di specifici diritti in capo alle singole società, essendo invece più comune trovare, in un medesimo ordinamento, molteplici definizioni di gruppo, diverse da un settore all'altro del diritto. In relazione al settore (o ai settori) che qui interessa(no), se, da un lato, sembrerebbe che negli ordinamenti degli Stati membri nell'ambito del diritto fallimentare, la definizione di gruppo bancario abbia poco o nessuno spazio³¹, dall'altro lato, vi sarebbe, in alcuni ordinamenti, perlomeno da un punto di vista sostanziale, una definizione di gruppo specifica per gli enti creditizi³².

Nonostante le difficoltà appena rilevate, «in prima approssimazione», può ritenersi pressoché universalmente valida una definizione «intuitiva e imprecisa»³³, in base alla quale il gruppo è formato da «un insieme di società, [giuridicamente autonome,]³⁴ in cui una controlla (direttamente o indirettamente) tutte le altre»³⁵. Secondo una parte della dottrina, peraltro, l'elemento del controllo non sarebbe sufficiente, essendo necessaria anche una direzione unitaria³⁶.

Coerentemente con la definizione appena ricordata, la parte terza della Guida Legislativa dell'UNCITRAL³⁷ attesta che, nonostante il fatto che la gran parte dei sistemi legislativi evitino di definire specificamente il concetto di “gruppo di società”, sono molteplici gli elementi che ricorrono, nei diversi ordinamenti, quali, nel contempo, necessari e sufficienti all'identificazione della fattispecie e che, in particolare, ricorre l'aspetto della proprietà e della capacità di controllo o di influenza, sia diretti che indiretti³⁸. Sulla scorta di tali considerazioni, la Guida offre la seguente definizione di gruppo:

http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/windingup/200911/final_report200911_en.pdf
(visitato il 6.1.2014).

³¹ AA. VV. (DBB Law per la Commissione europea), *Study on Pre-insolvency*, cit., 246.

³² AA. VV. (DBB LAW per la COMMISSIONE EUROPEA), *Study on the feasibility of reducing obstacles to the transfer of assets*, cit., 32.

³³ Così testualmente JAEGER - DENOZZA - TOFFOLETTO, *op. cit.*, 289.

³⁴ Così le *Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia*, 9 ottobre 1987, in *Riv. Soc.*, 1987, 1286 ss.

³⁵ JAEGER - DENOZZA - TOFFOLETTO, *op. cit.*, 289.

³⁶ Si veda BLANDINI, *Direzione unitaria e responsabilità nei gruppi. Riflessioni a proposito del gruppo bancario*, in *Quaderni della Rivista di Diritto dell'Impresa*, 9, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, 12, n. 6 e i riferimenti ivi contenuti.

³⁷ Su cui v. *infra* cap. I, § 6.2 e cap. III, § 2.2.

³⁸ UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law, Part three*, cit., 13.

«[t]he term “enterprise group” covers different forms of economic organization based upon the single entity and for a working definition may be loosely described as two or more legal entities (group members) that are linked together by some form of control (whether direct or indirect) or ownership”³⁹,

intendendo per “control” “the capacity to determine, directly or indirectly, the operating and financial policies of an enterprise”⁴⁰. La struttura può variare ampiamente da caso a caso, da semplice a complessa e da orizzontale, in cui due società possiedono reciprocamente azioni l’una dell’altra, a verticale, in cui una società possiede azioni di un’altra società, a piramidale, ecc.

Deve essere pertanto distinto dalla fattispecie del gruppo il caso di una società che possiede esclusivamente filiali, le quali, non essendo considerate persone giuridiche autonome e distinte rispetto alla prima, non sono sufficienti, di per sé sole, alla formazione del gruppo. È evidente, tuttavia, che non si può escludere a priori la possibilità che, anche all’interno del gruppo, siano presenti delle filiali di una o più delle società che lo compongono.

La distinzione appena tracciata, tra, da un lato, la fattispecie del gruppo di società e, dall’altro, la fattispecie della singola società che possiede filiali, è, *inter alia*, rilevante da un punto di vista delle situazioni di crisi, dal momento che «il gruppo possiede una “leva finanziaria” certamente superiore a quella di un’impresa multidivisionale di pari dimensioni, rappresentando una soluzione organizzativa idonea ad espandere il capitale controllato a parità di capitale impiegato dal gruppo di comando. Ed è proprio questa potenziale capacità di moltiplicare le dotazioni finanziarie di cui dispone che fa sì che il gruppo sia in grado di coinvolgere nella propria azione e di esporre a rischio più ampie risorse finanziarie»⁴¹. Inoltre, proprio in occasione di crisi bancarie, «è emerso che l’appartenenza al gruppo aveva

³⁹ *Idem*, 5.

⁴⁰ *Idem*, 4.

⁴¹ LAMANDA, *Il gruppo bancario*, in RISPOLI FARINA (a cura di), *La nuova legge bancaria. Prime riflessioni sul testo unico in materia bancaria e creditizia*, Napoli, 1995, 239. Cfr. anche il considerando n. 8 della Proposta: «La crisi ha dimostrato che l’insolvenza di un’entità affiliata a un gruppo può influire rapidamente sulla solvibilità dell’intero gruppo e quindi comportare delle implicazioni sistemiche» (COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro di risanamento e di risoluzione delle crisi degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica le direttive del Consiglio 77/91/CEE e 82/891/CE, le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE e 2011/35/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010, cit.*).

potenziato le capacità operative della singola impresa, ma non aveva consentito una percezione immediata della effettiva consistenza dei rischi assunti»⁴².

3.2 La natura dell'attività esercitata

Più complesso è determinare che cosa si intenda per attività bancaria. Due aspetti principali devono essere affrontati: (i) da un lato quello per cui sono svariate le attività che nei diversi ordinamenti possono essere qualificate come bancarie⁴³ (infatti, senza pretesa di esaustività, esistono “*deposit taking*” (c.d. anche *commercial*)⁴⁴ e “*non-deposit taking banking institutions*”, “*investment banks*”, «*other deposit taking institutions, such as building societies and credit unions*»⁴⁵)⁴⁶, e (ii) dall'altro quello per cui, spesso, il gruppo c.d. bancario, è composto anche da società d'investimento, finanziarie o assicurative, che, appunto, bancarie non sono⁴⁷, ponendosi così quale alternativa al modello della banca universale⁴⁸, diventando dunque più opportuno parlare, a proposito di tali entità, di conglomerati finanziari⁴⁹. (iii) Di minore importanza, ma anch'essa meritevole quanto meno di un accenno, la caratterizzazione di una banca o di un gruppo bancario sulla base della maggiore o minore importanza da esso rivestita nel complesso del sistema cui appartiene.

A dimostrazione delle caratteristiche appena enunciate, valga per tutti l'esempio dell'ordinamento italiano, in cui il Testo Unico delle leggi in materia

⁴² LAMANDA, *op. loc. ult. cit.*

⁴³ A questo proposito, si veda, ad esempio, la definizione che di ente creditizio dà la direttiva 2006/48/CE “relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio (rifusione)”, all'art. 4(1): «a) un'impresa la cui attività consiste nel ricevere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto; oppure b) un istituto di moneta elettronica ai sensi della direttiva 2000/46/CE (1)».

⁴⁴ Deve essere specificato che l'attività delle banche c.d. commerciali non è limitata, tuttavia, alla accettazione di depositi ma si estende anche alla concessione di prestiti, ad attività di consulenza, al servizio delle cassette di sicurezza e ad altri servizi collegati: WEGMAN, *Improving the Monitoring of Cross Border Banks in the European Union: Towards a Common Framework on Crisis Management*, in WESSELS - OMAR (a cura di), *Cross-Border Management in the Banking Sector*, Nottingham - Paris, 2011, 32.

⁴⁵ CAMPBELL - LASTRA, *Definition of bank insolvency*, cit., 33.

⁴⁶ WEGMAN, *Improving the Monitoring*, cit., 32.

⁴⁷ Si veda, ad es., KRIMMINGER, *Ending Too Big to Fail*, cit., 285; HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.; INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), *Resolution of Cross-Border Banks - A proposed Framework for Enhanced Coordination*, 11 giugno 2010, disponibile a: <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2010/061110.pdf> (visitato il 6.1.2014), § 6.

⁴⁸ PENNISI, *Attività di direzione e poteri della capogruppo nei gruppi bancari*, Torino, 1997, 22.

⁴⁹ In questo senso si veda anche UNCITRAL, “*Insolvency of large and complex financial institutions – Note by the Secretariat*”, 24 settembre 2012, A/CN.9/WG.V/WP.109, disponibile a: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V12/561/04/PDF/V1256104.pdf?OpenElement> (visitato il 6.1.2014), § 8.

bancaria e creditizia⁵⁰, all'art. 60, peraltro ripreso dal Glossario contenuto nelle Istruzioni di Vigilanza per le banche redatte a cura della Banca d'Italia⁵¹, prevede che

«Il gruppo bancario è composto alternativamente:

- a) dalla banca italiana capogruppo e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate;
- b) dalla società finanziaria capogruppo italiana e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate, quando nell'insieme delle società da essa controllate vi sia almeno una banca e abbiano rilevanza determinante, secondo quanto stabilito dalla Banca d'Italia in conformità alle deliberazioni del CICR, quelle bancarie e finanziarie»⁵².

(i) Per quanto riguarda il primo aspetto, due soluzioni possono essere adottate, tenendo conto che l'obiettivo ultimo è quello di dare vita ad un sistema che possa essere condiviso dal maggior numero di Stati. Da un lato, potrebbe sembrare opportuno adottare una definizione di attività bancaria la più ampia possibile, atta a ricomprendere al suo interno tutte quelle fattispecie che, nei diversi ordinamenti, sono considerate di tipo bancario⁵³. Si dovranno identificare, se presenti, gli elementi comuni⁵⁴ alle diverse definizioni date dagli ordinamenti statali e nell'ambito di sistemi regionali e internazionali, i quali costituiranno il necessario nucleo di partenza. Da un altro lato, potrebbe darsi, invece, che, dopo avere chiarito le ragioni della necessità di una disciplina fallimentare specifica, diversa da quella di diritto comune, risulti che tale necessità effettivamente si pone solamente in relazione ad alcuni tipi di banche, come, ad esempio, sembrerebbe suggerire la Commissione europea in uno dei documenti di lavoro che hanno accompagnato una comunicazione del 2009, relativa alla possibile creazione di un quadro europeo per la risoluzione delle crisi transnazionali nel settore bancario⁵⁵. In tale documento si legge, appunto, che le banche c.d. *deposit-taking* sono, in presenza di determinate circostanze,

⁵⁰ Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385.

⁵¹ BANCA D'ITALIA, *Istruzioni di vigilanza per le banche, Circolare n. 229 del 21 aprile 1999*, disponibile a: http://www.bancaditalia.it/vigilanza/normativa/norm_bi/circ-reg/istrvig/istr_vig_99_12a.pdf (visitato il 6.1.2014), 3.

⁵² La definizione di gruppo bancario è adottata dal T.U. solamente a fini di vigilanza.

⁵³ Sull'uso, nelle convenzioni internazionali, di espressioni «ampie e generali», si veda MOSCONI - CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, Torino, Utet, VI ed., 2013, 218.

⁵⁴ UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law, Part three, cit.*, 13.

⁵⁵ Su cui v. più estesamente *infra* cap. I, § 6.1.

esposte ad un rischio di fallimento maggiore rispetto a quello cui sono esposti altri tipi di banche, dal momento che la maggior parte dei depositanti persone fisiche, non essendo in grado di valutare adeguatamente la reale posizione finanziaria di una specifica banca, al primo sentore di difficoltà per quest'ultima, tendono a prelevare il più velocemente possibile i propri depositi, così creando, per la banca stessa, una situazione ancora più sfavorevole di quella in cui (eventualmente) si trovava in origine⁵⁶.

(ii) Per quanto riguarda, invece, il secondo aspetto, è necessario tenere conto, nel dettare una disciplina per la gestione delle situazioni di crisi, della presenza di tali entità nel gruppo *bancario* perché, ovviamente, le sorti del gruppo sono legate alle vicende di ogni sua componente, essendo molti dei servizi essenziali per la conduzione dell'attività bancaria prestati da altre componenti del conglomerato finanziario⁵⁷. Dunque, non avrebbe senso separare, nel momento della patologia e, ancora prima, a livello di controllo preventivo, ciò che, fisiologicamente, è strettamente interconnesso, realizzando quello che è stato chiamato un «*“global in life, national in death” conundrum*»⁵⁸.

Questo è il motivo per cui, ad esempio, il Comitato di Basilea, che si occupa, *inter alia*, di vigilanza sull'attività bancaria a livello internazionale, ha lavorato a stretto contatto con le autorità di vigilanza delle società assicurative e finanziarie, per coordinarsi con queste nell'affrontare i problemi posti globalmente dai grandi conglomerati finanziari⁵⁹.

Non soltanto una parte della dottrina⁶⁰ ma anche la Commissione europea, nel documento che accompagna la comunicazione del 2009 di cui si è detto, si è espressa a favore di un'estensione dell'ambito di applicazione delle norme sull'insolvenza dettate per le banche anche ad altre istituzioni finanziarie, come ad esempio le società assicurative o di investimento, che possono comportare un rischio sistemico.

⁵⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank - An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, cit., 4.

⁵⁷ KRIMMINGER, *Ending Too Big to Fail*, cit., 295.

⁵⁸ MOLONEY, *EU Financial Market Regulation after the Global Financial Crisis: “More Europe” or More Risks?*, in *Common Market Law Review*, 2010, 1319.

⁵⁹ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *History of the Basel Committee and its Membership*, August 2009, disponibile a: <http://www.bis.org/bcbs/history.pdf> (visitato il 6.1.2014), 4.

⁶⁰ CAMPBELL - LASTRA, *Definition of bank insolvency*, cit., 38.

Il fallimento di gruppi bancari multinazionali: identificazione del problema

Ciò, tanto che si adotti un approccio c.d. universalista, nel qual caso sarebbe effettivamente privo di senso stralciare dall'unità del gruppo le società non bancarie, quanto che si adotti un approccio territorialista⁶¹, perché comunque i mercati e le attività sono altamente integrate⁶².

Una posizione intermedia è assunta dal Fondo Monetario Internazionale, in un documento adottato congiuntamente alla Banca Mondiale, che si propone di offrire una panoramica della cornice legislativa, istituzionale e regolamentare dell'insolvenza delle banche. Secondo tale documento, le regole di base per la risoluzione delle crisi possono variare a seconda che si tratti di banche o di società non bancarie ma la disciplina specifica relativa al coordinamento tra le autorità dei diversi Stati deve essere applicata a prescindere dalla natura dell'attività esercitata⁶³.

Una questione differente da quella appena trattata riguarda l'opportunità di estendere tutte (o anche solo alcune) delle misure specificamente previste per l'insolvenza delle banche, ad altre istituzioni finanziarie e, secondo alcuni, persino alle agenzie di *rating*, che però, a differenza dell'ipotesi sopra vista, non fanno parte di un gruppo definibile come gruppo bancario, bensì esistono ed operano come entità a se stanti oppure come parti sì di un gruppo, ma non bancario. La ragione principale per cui alcuni in dottrina⁶⁴ hanno avanzato tale proposta attiene all'esigenza di dettare, anche in relazione a tali enti, che pur, come si è detto, non svolgono attività bancaria, una regolamentazione specifica in materia di insolvenza, diversa da quella di diritto comune⁶⁵, a cui si aggiungono poi alcune ragioni specifiche in relazione all'uno piuttosto che all'altro dei settori presi in considerazione. Tuttavia, tale questione esula dalla prospettiva specifica della presente trattazione, nella quale ci si concentrerà invece esclusivamente sui gruppi bancari, siano essi composti unicamente da banche o anche da altri tipi di società, secondo quanto sopra visto.

(iii) Un'ulteriore distinzione, di minore rilievo, all'interno della categoria "banche", può essere tracciata tra c.d. «*systemically important*» e «*non-systemically*

⁶¹ Sugli approcci territorialista ed universalista si v. *infra* cap. I, 5.2.

⁶² COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank - An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, cit., 6.

⁶³ IMF - WORLD BANK, *An Overview of the Legal*, cit., § 6.

⁶⁴ Tra i tanti, si veda, ad esempio, WEGMAN, *Improving the Monitoring*, cit., 31 s.

⁶⁵ In questo senso si veda CAMPBELL - LASTRA, *Definition of bank insolvency*, cit., 38.

important cross-border banks or banking groups». Al di là dell'opportunità o meno di adottare una disciplina differenziata per le une e per le altre, è necessario, in via preliminare, chiarire quali siano gli elementi sulla cui base la distinzione può essere operata, ovvero quali siano gli aspetti determinanti affinché una banca possa essere fatta rientrare nell'uno piuttosto che nell'altro gruppo. A questo proposito, la Commissione europea, nel già citato documento di lavoro che accompagna la comunicazione del 2009, ha proposto di tenere conto (i) delle dimensioni, in particolare nel caso in cui si tratti di un'istituzione c.d. "too big to fail", (ii) delle interconnessioni esistenti tra, da un lato, il gruppo bancario e, dall'altro, le sue controparti e gli altri attori del mercato, (iii) la complessità del gruppo e (iv) il ruolo ricoperto dall'istituzione nel sistema dei pagamenti o nell'ambito di altri servizi essenziali. Secondo la stessa Commissione, tali parametri sono estremamente critici e potenzialmente assai complessi da applicare ma, nello stesso tempo, necessari perché, adottandone di più semplici, vi sarebbe il pericolo di non riuscire a coprire tutti i possibili casi. Inoltre, sempre secondo la Commissione, sono necessarie trasparenza e certezza giuridica, al fine di escludere il rischio che si crei qualunque situazione dubbia, in relazione alla riconducibilità o meno di una fattispecie allo speciale regime fallimentare predisposto⁶⁶.

Molto brevemente, per quanto riguarda l'opportunità di prevedere una disciplina differenziata a seconda che si tratti di istituzioni rilevanti o meno da un punto di vista sistematico, sembra potersi affermare, anche alla luce delle considerazioni precedentemente svolte sulla natura del gruppo, che l'importanza sistemica sia insita in quest'ultima, e che quindi non esista un gruppo bancario che ne sia privo, così che tale distinzione si rivelerebbe inutile qualora la specifica disciplina sia dettata proprio per tale categoria di enti.

3.3 Fattispecie con elementi di internazionalità

Il carattere internazionale o, meglio, multinazionale del gruppo è determinato dalla dislocazione geografica in più di uno Stato delle varie società che lo compongono, così che ciascuna sarà tendenzialmente soggetta alla legislazione di

⁶⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank - An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, cit., 6 ss.

uno Stato diverso⁶⁷, pur essendo parte di un'unica entità economica⁶⁸. L'elemento sulla cui base andrà identificato lo Stato "di appartenenza" di ciascuna società è variabile e la sua determinazione dipende da scelte di natura politico-legislativa del legislatore (nazionale o sovranazionale) stesso: potrà essere la sede statutaria, l'amministrazione centrale, il centro di attività principale⁶⁹ o, ancora, il centro degli interessi principali⁷⁰. Ciascuno di questi criteri andrà poi qualificato, a seconda dei casi, secondo le opportune modalità⁷¹.

L'internazionalità della fattispecie, a ben vedere, può essere determinata, in via teorica, oltre che dalla presenza di vere e proprie società del gruppo in più di uno Stato, dall'estraneità di un qualsiasi elemento della fattispecie stessa ad un determinato ordinamento giuridico preso a riferimento, come potrebbe essere ad esempio anche il mero svolgimento di un'attività o la presenza di beni in più Stati⁷². Tuttavia, i problemi che tradizionalmente si pongono in relazione all'insolvenza transnazionale di gruppi di società sono determinati proprio dalla dislocazione delle diverse società in una pluralità di Stati.

4. La disciplina della crisi del gruppo bancario multinazionale: profili caratteristici

È opportuno eliminare fin da ora i dubbi relativi alla caratteristica c.d. *too big to fail* dei gruppi bancari, spesso richiamata dagli Stati per giustificare interventi pubblici volti ad impedirne la dissoluzione. In relazione a ciò, da un lato, sembra

⁶⁷ MAZZONI, *Cross-border insolvency of multinational groups of companies: proposals for an european approach in the light of the UNCITRAL approach*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2010, 756.

⁶⁸ JOOSEN, *Early Intervention Measures for Banks*, in WESSELS - OMAR (a cura di), *Cross-Border Management in the Banking Sector*, Nottingham - Paris, 2011, 18.

⁶⁹ Questi sono i tre criteri utilizzabili in via alternativa per l'identificazione del domicilio di una persona giuridica ai sensi dell'art. 60(1) del regolamento (CE) n. 44/2001, che recepisce «i collegamenti che vengono variamente impiegati nei sistemi di diritto internazionale privato ai fini dell'individuazione della legge regolatrice» (MOSCONI - CAMPIGLIO, *op. cit.*, 61). I medesimi criteri si ritrovano nell'art. 63(1) del nuovo regolamento (UE) n. 1215/2012.

⁷⁰ È questo il criterio utilizzato dall'art. 3(1) del regolamento (CE) n. 1346/2000 per identificare il giudice competente ad aprire la procedura principale di insolvenza. Il considerando 13 dispone che «[p]er «centro degli interessi principali» si dovrebbe intendere il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale, e pertanto riconoscibile dai terzi, la gestione dei suoi interessi». L'art. 3(1) peraltro precisa che «per le società e le persone giuridiche si presume che il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede statutaria».

⁷¹ Sulla qualificazione, in particolare di norme di diritto internazionale privato di origine convenzionale e comunitaria, si v. MOSCONI - CAMPIGLIO, *op. cit.*, 207 ss. e 217 ss.

⁷² NIGRO - VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, 36.

potersi affermare che il fallimento di tali categorie di imprese non può essere a priori escluso perché - abbastanza intuitivamente - la presenza e la disponibilità di aiuti esterni, perlopiù di provenienza statale, non può essere necessariamente garantita in qualsiasi momento storico e, soprattutto, quando ad avere necessità di tali aiuti non sia una sola banca (come è successo, ad esempio, nel Regno Unito, nel 2007 - 2008, con la Northern Rock) ma tutte le banche di un determinato Stato. Dall'altro lato, non può non darsi conto di alcune autorevoli voci, invero sempre più numerose, che si sono levate contro tale impostazione e a favore di una disciplina delle crisi dei gruppi bancari che non alteri gli equilibri fisiologici del mercato⁷³. In relazione a ciò, la Commissione europea ha messo in luce che proprio l'individuazione di gruppi bancari «*systemically important*», da assoggettare ad uno speciale regime fallimentare creato *ad hoc*⁷⁴, dovrebbe contribuire a diffondere tra il pubblico l'idea per cui anche tali istituzioni possono fallire e questo, a sua volta, avrebbe un effetto positivo sul mercato perché i depositanti non confiderebbero più in una situazione di "infallibilità" di tali banche⁷⁵.

Sgombrato il campo da ogni possibile dubbio relativo alla possibilità di fallimento anche dei grandi conglomerati finanziari, devono ora essere analizzate, in generale, le caratteristiche proprie dell'insolvenza di una banca e, in particolare, i profili di criticità che possono porsi in relazione alla struttura di gruppo. Si tratta, in sostanza, di individuare analogie e differenze tra le crisi dei gruppi bancari o, più in generale, dei conglomerati finanziari e quelle dei gruppi di società commerciali. Tale esigenza deriva dal fatto che, come si è già accennato, ad oggi, è completamente assente, sia a livello di singoli Stati che a livello sovrastatale, una disciplina della crisi dei gruppi bancari multinazionali e dunque, nel tentativo di delinearne una, sembra che un ragionevole punto di partenza possa essere rappresentato dai lavori che sono già stati (in parte) condotti, da alcune organizzazioni internazionali e associazioni di studiosi, in materia di insolvenza dei gruppi di società commerciali.

⁷³ KRIMMINGER, *Ending Too Big to Fail*, cit., 287 s.

⁷⁴ V. *supra* § 3.2.

⁷⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank - An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, cit., 8.

Il fallimento di gruppi bancari multinazionali: identificazione del problema

Infatti, nonostante le molteplici differenze esistenti tra le due fattispecie, di cui almeno alcune tra le principali saranno indicate nei paragrafi che seguono, e ferma restando, come si vedrà, l'opportunità che l'insolvenza dei gruppi bancari sia disciplinata da una *lex specialis*, diversa rispetto alla legge generale che disciplina i casi di insolvenza di gruppi non bancari⁷⁶, da più parti in dottrina si è rilevato, in generale, che una comprensione dei meccanismi di gestione delle crisi dei gruppi di società commerciali può aiutare a trovare soluzioni utili anche per il caso di crisi di gruppi di società bancarie⁷⁷ e, in particolare, che vi sono degli elementi propri dell'insolvenza dei primi che rilevano anche in materia di insolvenza dei secondi⁷⁸. Anzi, c'è stato chi, pur riconoscendo che il tema dei gruppi è uno dei più complessi nell'ambito dell'insolvenza, ha suggerito che, forse, nel contesto delle banche, la soluzione dei diversi problemi che variamente si pongono potrebbe rivelarsi meno complicata che in altri contesti, per la frequente presenza di disposizioni, perlopiù di natura regolamentare, che richiedono l'adozione di determinate strutture e relazioni infragruppo che possono, all'occorrenza, contribuire al raggiungimento di una soluzione coordinata, attraverso la cooperazione tra le diverse società del gruppo⁷⁹.

4.1 Il “procedimento di insolvenza”

Proporre una definizione di procedimento di insolvenza che possa essere ampiamente condivisa a livello internazionale è stato da più parti percepito come un'assoluta necessità, specialmente nel contesto dell'insolvenza transnazionale, quale primo passo verso la conclusione di uno strumento multilaterale in materia. Si dovrebbe, cioè, raggiungere un accordo su cosa esattamente si intenda per insolvenza bancaria e su quale sia il momento determinante ai fini dell'apertura della procedura stessa. Tale è l'auspicio formulato da Rosa Lastra, a chiusura di un capitolo del recente volume da lei curato, in cui, peraltro, essa ha indicato l'opportunità di instaurare a tal fine una collaborazione tra l'UNCITRAL, il *Financial Stability Board*, il Comitato di Basilea ed il Fondo Monetario Internazionale⁸⁰.

⁷⁶ A questo proposito si veda, in generale, CAMPBELL - LASTRA, *Definition of bank insolvency*, cit.

⁷⁷ WESTBROOK, *The Elements of Coordination*, cit., 185.

⁷⁸ Si veda WESTBROOK, *The Elements of Coordination*, cit., 186 e INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), *Resolution of Cross-Border Banks*, cit..

⁷⁹ WESTBROOK, *idem*, 192.

⁸⁰ LASTRA, *International Law Principles Applicable to Cross-Border Bank Insolvency*, in LASTRA (ed.), *Cross-border bank insolvency*, cit., 184.

La soluzione ottimale sembra consistere nell'adottare una definizione la più ampia possibile, atta a ricomprendere al proprio interno le varie nozioni d'insolvenza proprie dei sistemi normativi degli Stati. In questo senso si sono orientati sia uno dei più noti studiosi statunitensi della materia, Jay Westbrook, che il Fondo Monetario Internazionale in uno studio condotto in collaborazione con la Banca Mondiale. Il primo, all'inizio di un contributo al volume curato da Rosa Lastra, chiarisce che, all'interno del contributo stesso, il termine "insolvenza" sarà utilizzato «[to] refer to a legal proceeding or process intended to resolve the financial distress of a business whether by liquidation or reorganization»⁸¹.

Nello studio del Fondo Monetario Internazionale si legge che

«[i]n the context of bank insolvency, the term "insolvency proceedings" refers to all types of official action involving the removal of management and/or the imposition of limits on, or suspension of, the rights of shareholders and the assumption of direct control by a banking authority or other officially-appointed person over a bank that has crossed a "threshold" for the commencement of insolvency proceedings»⁸².

4.2 La natura dei provvedimenti

Il procedimento di insolvenza, largamente inteso, può essere suddiviso in tre fasi, coerentemente ad una distinzione che, a detta di alcuni⁸³, è stata proposta per la prima volta nella Comunicazione della Commissione europea del mese di ottobre 2009⁸⁴: (i) la fase anteriore all'insolvenza, (ii) la fase dell'insolvenza vera e propria e (iii) la fase della riorganizzazione o della liquidazione⁸⁵, a ciascuna delle quali corrisponde una grande varietà di misure che, generalmente in modo graduale e parallelo all'evolversi della situazione, possono essere adottate.

⁸¹ WESTBROOK, *The Elements of Coordination*, cit., 185 n. 1.

⁸² IMF - WORLD BANK, *An Overview of the Legal*, cit., 4. Su tale studio si veda più diffusamente *infra* cap. I, § 6.5.

⁸³ JOOSEN, *Early Intervention Measures for Banks*, cit., 19.

⁸⁴ Su cui si veda più estesamente *infra* cap. I, § 6.1.

⁸⁵ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit..

Il fallimento di gruppi bancari multinazionali: identificazione del problema

Per quanto concerne la fase anteriore all'insolvenza (i), gli ordinamenti solitamente prevedono misure che possono collocarsi a metà tra interventi di tipo amministrativo-regolamentare e c.d. “*pre-insolvency measures*”, che sostanzialmente equivalgono ai procedimenti di riorganizzazione previsti dalle discipline fallimentari ordinarie⁸⁶ e che mirano alla ristrutturazione o alla liquidazione anticipate della banca, eventualmente attraverso il raggiungimento di un accordo con gli azionisti. Peraltro questi ultimi rivestono qui un ruolo di minore importanza rispetto a quello rivestito nelle procedure fallimentari classiche aperte nei confronti di società commerciali ed hanno margini di negoziazione assai meno ampi, solitamente essendo le autorità amministrative i principali attori della procedura⁸⁷. Nell'ambito delle crisi bancarie tale fase riveste massima importanza, essendo stata unanimemente rilevata in dottrina la maggiore appropriatezza, appunto per le banche, di forme d'intervento anticipate rispetto al sorgere della crisi vera e propria, le quali, rispetto alle misure tradizionali, adottate solo *ex post*⁸⁸, consentirebbero di limitare considerevolmente i danni arrecati tanto al mercato che ai creditori.

Durante la fase dell'insolvenza (ii), tipicamente si prevede una sospensione totale o parziale dei pagamenti e il divieto di intraprendere azioni esecutive nei confronti della banca, al fine di proteggere gli interessi dei depositanti e di evitare la dispersione dell'attivo della banca o la sua aggressione da parte di solo alcuni creditori a danno di altri. Il divieto di azioni esecutive è uno strumento essenziale all'interno di una procedura di insolvenza, in quanto permette di ponderare le diverse soluzioni possibili, al riparo dalla pressione esercitata dai creditori⁸⁹, ma deve essere temperato dalla previsione di una qualche forma di amministrazione controllata o provvisoria, in cui l'autorità di vigilanza assume, direttamente o indirettamente, il controllo della banca ed il potere di autorizzare deroghe alla sospensione dei pagamenti, per soddisfare determinate necessità dei correntisti⁹⁰. Una particolarità delle discipline fallimentari dettate appositamente per le banche è costituita da una previsione di irrevocabilità degli ordini di pagamento e di quelli relativi alle transazioni dei titoli azionari e obbligazionari, a tutela della rete da essi costituita.

⁸⁶ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit..

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ DE SENSI, *An Overview of Italian Intervention Measures*, cit., 2011.

⁸⁹ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.

⁹⁰ *Idem.*

Ammettendone la revocabilità, attraverso l'applicazione di una disciplina fallimentare ordinaria, si danneggerebbero gli altri attori coinvolti nella catena dei pagamenti, rischiando così di generare ulteriori inadempimenti connessi al primo⁹¹, diffondendo la crisi al di fuori dei confini originari.

Due diversi esiti sono possibili al termine della seconda fase: una procedura di liquidazione dell'attivo della banca o una procedura di risanamento/riorganizzazione della stessa (iii). Nel corso degli ultimi quarant'anni circa, pur con importanti variazioni, si è avuta una tendenziale convergenza degli ordinamenti nazionali verso la previsione e la disciplina di un singolo procedimento, nel corso del quale possono essere adottate l'una o l'altra delle due soluzioni⁹², anche se, di recente, c'è stato chi ha ritenuto preferibile distinguere e mantenere separati il momento della riorganizzazione della banca e quello della sua liquidazione⁹³.

Nel caso si proceda ad una riorganizzazione, le misure di volta in volta adottate saranno calibrate sulle esigenze del caso concreto e dunque non è possibile identificare *ex ante* differenze tra queste e quelle adottate in relazione alle società commerciali.

Nel caso si debba procedere alla liquidazione della banca, vengono attribuiti all'autorità competente poteri più invasivi rispetto a quelli che le erano attribuiti nella fase precedente⁹⁴. In generale, la necessità di agire con rapidità ed efficienza richiede, secondo alcuna dottrina, che siano adottati meccanismi speciali per la risoluzione delle crisi, più costosi rispetto a quelli tradizionali, che altrimenti verrebbero anch'essi sostituiti a favore dei primi⁹⁵. In particolare, affianco agli strumenti utilizzati anche nel diritto fallimentare classico, esistono anche strumenti specifici per la crisi delle banche, come il trasferimento di attivi a c.d. “good” e “bad banks”, la creazione di “bridge banks” generalmente controllate, almeno parzialmente, dallo Stato, la vendita dell'intera attività della banca o di alcuni attivi

⁹¹ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.

⁹² WESTBROOK, *The Elements of Coordination*, cit., 188. In questo stesso senso CAMPBELL - LASTRA, *Definition of bank insolvency*, cit., 40.

⁹³ JOOSEN, *Early Intervention Measures for Banks*, cit., 19.

⁹⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank - An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, cit., 27.

⁹⁵ GALLETTI, *L'insolvenza transfrontaliera*, cit., 557.

e/o posizioni giuridiche ad un'istituzione privata o, ancora, la nazionalizzazione della banca⁹⁶.

Non ogni misura, tra quelle indicate, è adatta a ciascun tipo di banca, essendo amplissima, come si è visto, la varietà di fattispecie che possono essere generalmente qualificate come banche. Il documento della Commissione che accompagna la comunicazione del 2009 di cui si è detto offre, a sostegno di tale affermazione, due esempi: (i) ci sono casi in cui, a motivo di una struttura di gruppo particolarmente complessa, gli acquirenti privati non sarebbero in grado di svolgere la necessaria *due diligence* nei tempi ristretti richiesti invece dalla situazione di crisi e pertanto si impone un acquisto da parte del settore pubblico⁹⁷; (ii) il trasferimento di attivi e di posizioni giuridiche ad una c.d. “*bridge bank*” è una misura sicuramente più adatta nel caso di una banca c.d. “*deposit-taking*” che non nel caso di una banca di investimenti, sia per la natura di essa che per i particolari scopi perseguiti in tale ipotesi attraverso la procedura fallimentare⁹⁸.

4.3 La natura dell'autorità competente

Una prima *possibile* differenza tra la disciplina fallimentare ordinaria e la disciplina fallimentare specificamente dettata per le banche riguarda la natura dei soggetti e delle autorità competenti rispettivamente a dare inizio e a condurre il procedimento di insolvenza. Nell'ambito della prima, l'iniziativa spetta generalmente ad uno o più creditori o al debitore⁹⁹ e, per la conduzione del procedimento, è in ogni caso competente un'autorità giudiziaria, mentre, nell'ambito della seconda, l'iniziativa, spesso, può essere presa unicamente dall'autorità di vigilanza e, nel procedimento che seguirà, ad una possibile competenza dell'autorità giudiziaria, di solito si aggiunge, cumulativamente o alternativamente¹⁰⁰, e con un'estensione dei

⁹⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank - An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, cit., 29. V. pp. 31 s. per una descrizione dettagliata di ciascuno di questi strumenti.

⁹⁷ *Idem*, 8.

⁹⁸ *Idem*, 5 s.

⁹⁹ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.

¹⁰⁰ INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), *Resolution of Cross-Border Banks*, cit., § 29. IMF - WORLD BANK, *An Overview of the Legal*, cit., 18

poteri e a condizioni per esercitarlo assai variabili da un ordinamento all'altro¹⁰¹, quella di un'autorità amministrativa, (a titolo meramente esemplificativo, di nuovo, le autorità di vigilanza, oppure le banche centrali, i ministeri o le agenzie per la protezione dei depositi)¹⁰². Di tale peculiarità tiene conto, ad esempio, la direttiva 2001/24/CE¹⁰³ che, nelle proprie disposizioni, considera sempre la possibilità che le autorità competenti siano tanto quelle amministrative che quelle giudiziarie¹⁰⁴.

Il Rapporto redatto a cura della Commissione europea, relativo ai risultati della consultazione pubblica sulla riorganizzazione e la liquidazione dei gruppi bancari, dà conto delle diverse realtà esistenti negli Stati membri che hanno risposto al sondaggio, in relazione al coinvolgimento delle autorità di vigilanza nella gestione delle situazioni di crisi. Da esso traspare che in alcuni ordinamenti tale autorità deve manifestare il proprio parere prima di poter incominciare una procedura di riorganizzazione o di liquidazione nei confronti di una banca. In altri, la procedura può essere incominciata solo su richiesta dell'autorità, in altri ancora quest'ultima può intervenire nella gestione della banca che si trovi a dovere affrontare problemi eccezionalmente seri, ed è autorizzata a proporre l'adozione di, o direttamente ad adottare, misure di riorganizzazione. Infine, in altri ordinamenti, le autorità di vigilanza possono, o hanno competenza esclusiva a, nominare un curatore fallimentare¹⁰⁵.

La scelta relativa alla natura dell'autorità competente è altamente variabile da Stato a Stato¹⁰⁶ e riconducibile a molteplici fattori. Per esempio, da un lato, in alcuni ordinamenti è necessario che il procedimento di insolvenza sia condotto davanti all'autorità giudiziaria, perché solo questa è competente, secondo la Costituzione rilevante, ad espropriare o altrimenti disporre delle proprietà del debitore. Una parte

¹⁰¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank - An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, cit., 24.

¹⁰² *Idem*, 101.

¹⁰³ Su cui v. *infra* cap. I, § 6.1.

¹⁰⁴ Si veda, ad esempio, art. 2, secondo trattino, della direttiva.

¹⁰⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Summary of the public consultation on the reorganisation and winding-up of credit institutions*, dicembre 2007, disponibile a:

http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/windingup/spc_en.pdf (visitato il 6.1.2014), § 92. Su tale rapporto v. più estesamente *infra* cap. I, § 6.1.

¹⁰⁶ CAMPBELL - LASTRA, *Definition of bank insolvency*, cit., 48 e HÜPKES, *The Legal Aspects of Bank Insolvency*, cit., 67.

della dottrina si è espressa a favore della competenza dell'autorità giudiziaria, perché non vi sarebbe ragione di trattare in modo diverso da qualsiasi altra società una banca che, essendo fallita o stando per fallire, non può più esercitare la propria attività, sostanzialmente non essendo più tale¹⁰⁷. Al contrario, una parte della dottrina ha criticato l'intervento di un giudice, essendo necessariamente legato all'idea di una procedura fallimentare e dunque frustrando a priori qualunque tentativo di riorganizzazione dell'attività bancaria¹⁰⁸; tale posizione non sembra tuttavia condivisibile, ben potendosi procedere alla riorganizzazione dell'attività di una banca (e in generale di un'impresa) in crisi con il coinvolgimento di un'autorità giudiziaria, la quale, ad esempio, come avviene nell'amministrazione controllata italiana, può essere chiamata, solamente ai fini di esercitare un controllo sull'accordo concluso tra imprenditore in crisi e creditori.

Dall'altro lato, la presenza delle autorità amministrative può essere dovuta alla maggiore adeguatezza di queste ultime rispetto che non alle autorità giudiziarie ad intervenire in modo decisivo e particolarmente rapido e cogliendo le peculiarità del settore stesso, necessità tipica delle situazioni di crisi del settore bancario (a meno che l'autorità giudiziaria possa farlo sulla base di una procedura speciale eventualmente creata *ad hoc* per tali fattispecie¹⁰⁹ oppure che sia richiesta un'autorizzazione meramente formale del giudice ordinario¹¹⁰). Inoltre, lo stretto controllo esercitato nella fase fisiologica della vita di una banca dalle autorità amministrative, a sua volta dovuto alla particolare natura dell'attività svolta da tali tipi di società, potrebbe determinare (i) la necessità di assicurare una continuità tra la fase del controllo, sempre presente, e la fase, eventuale, di gestione della crisi¹¹¹ e (ii) la situazione per cui l'autorità di vigilanza è l'unica ad essere davvero in grado di valutare correttamente la situazione in cui versa la banca e di individuare la misura

¹⁰⁷ Si veda ASHMEAD, *In Re Colonial Realty Co.: the Second Circuit Harmonizes Bankruptcy and Bank Insolvency Law (Rejecting Established Bankruptcy Case Law in The Process)*, in 60 *Brooklyn Law Review* 517, 1994, 519.

¹⁰⁸ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.

¹⁰⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank - An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, cit., 26.

¹¹⁰ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.

¹¹¹ Sul legame tra il controllo dell'attività del gruppo bancario e la procedura fallimentare, si veda anche *infra* cap. I, § 5.

più adatta da prendere in relazione ad essa¹¹². In sostanza, la presenza dell'autorità di vigilanza garantirebbe una maggiore efficienza nella conduzione del procedimento¹¹³. Peraltro, facendo un passo ulteriore, proprio al fine di assicurare la continuità di cui si è detto si è ritenuto opportuno che, laddove esista un controllo centralizzato ed unico per tutte le società del gruppo, unica e centralizzata sia anche la procedura volta alla liquidazione delle stesse¹¹⁴.

Nonostante vi sia, in generale, una certa riluttanza al trasferimento di alcune funzioni tradizionalmente esercitate dal potere giudiziario alle autorità amministrative¹¹⁵, è possibile identificare una tendenza comune a più Stati, più o meno recente¹¹⁶, nel senso di preferire l'istituzione di procedimenti amministrativi, al fine di aggirare il sistema di giudici ordinari¹¹⁷. In ogni caso, non esiste un accordo a livello internazionale su quale sia l'approccio migliore, ammesso che effettivamente ne uno esista¹¹⁸, ferma comunque la necessità di riporre particolare attenzione nell'evitare conflitti di competenza tra l'autorità giudiziaria e quella amministrativa, nel caso siano entrambe coinvolte nella procedura¹¹⁹.

In chiusura deve dirsi che tale particolarità delle crisi degli istituti di credito riveste un'importanza relativa, da un lato perché ciò che conta è, in realtà, non una mera etichetta apposta sull'uno o sull'altro organo, quanto piuttosto le funzioni da esso effettivamente esercitate e dall'altro lato perché la particolarità stessa non sembra alterare i termini della questione relativa all'identificazione della o delle autorità competente/i, siano esse amministrativa/e e/o giudiziaria/e¹²⁰.

¹¹² HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.

¹¹³ *Idem*

¹¹⁴ In questo senso si veda, per esempio, LASTRA, *International Law Principles*, cit. 162. È questa, invero, la scelta compiuta dal nostro T.U.B.

¹¹⁵ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.

¹¹⁶ Già nel 2000 Eva Hüpkès notava che alcuni Stati europei, in particolare la Svizzera e i Paesi Bassi, a cui poi si è aggiunta la Francia, avevano cercato di spostarsi da un sistema giurisdizionale verso un sistema amministrativo: HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.; HÜPKES, *The Legal Aspects of Bank Insolvency*, cit., 67.

¹¹⁷ CAMPBELL - LASTRA, *Definition of bank insolvency*, cit., 49. Anche il documento dell'IMF, *Resolution of Cross-Border Banks*, cit., 16, indica che nella maggior parte dei casi la competenza è delle autorità amministrative piuttosto che delle corti.

¹¹⁸ CAMPBELL - LASTRA, *idem*, 48.

¹¹⁹ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.

¹²⁰ Sull'irrelevanza, in materia concorsuale e da un punto di vista del diritto internazionale privato, di una competenza in capo ai giudici ordinari o in capo all'autorità amministrativa si veda per tutti DE CESARI - MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., 122 s. e i riferimenti ivi contenuti.

4.4 I presupposti oggettivi per l'adozione dei provvedimenti

La determinazione del momento rilevante ai fini dell'apertura della procedura di insolvenza è uno degli aspetti in relazione a cui la disciplina specificamente dettata per il fallimento delle banche differisce da quella generale, perché il concetto di stato di insolvenza utilizzato da quest'ultima per individuare il momento utile per l'apertura della procedura è inadatto ad essere applicato in campo bancario.

(A) Tipicamente, il fallimento di una società commerciale si verifica nel momento in cui essa non è più in grado di pagare i propri debiti al momento della scadenza. Tuttavia, per le banche non può valere la stessa regola (i) perché la situazione per cui l'incapacità di pagare un debito alla scadenza deriva da una temporanea mancanza di liquidità, e dunque non è necessariamente indice di insolvenza, si verifica molto più spesso che nel settore commerciale; (ii) perché le banche, pur trovandosi in una situazione di difficoltà finanziaria, potrebbero essere in grado di continuare a pagare i creditori, avendo un flusso di cassa che proviene dai depositanti e, nel contempo, non avendo, nei confronti di questi ultimi, alcuna obbligazione di pagamento in corso¹²¹; (iii) perché valutazioni aventi ad oggetto il capitale non sono sempre sufficienti a fare trasparire i problemi esistenti all'interno di una banca, specialmente quando essi si trovano in una fase iniziale; (iv) infine, perché una banca insolvente da un punto di vista economico non è sempre dichiarata tale anche da un punto di vista giuridico, essendo spesso le autorità competenti particolarmente caute nell'agire in questo senso, preferendo invece riabilitarla o riorganizzarla, perlopiù attraverso aiuti finanziari di provenienza pubblica.

Date queste caratteristiche e dato che tra i compiti delle autorità di vigilanza rientra quello di quantificare il capitale e valutare la qualità dell'attivo della banca, è stato sostenuto che spetta a tali autorità anche la determinazione del momento in cui una banca non è più in grado di sopravvivere e deve pertanto essere chiusa. Ciò equivale a dire, citando Ryback, che una banca è insolvente quando l'autorità di vigilanza così stabilisce¹²².

(B) Inoltre, essendovi la necessità di minimizzare, se non addirittura di impedire, le perdite e le più vaste implicazioni economiche derivanti dal fallimento

¹²¹ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.

¹²² RYBACK, in IMF (ed.) *Current Developments in Monetary and Financial Law*, 1999, 226.

di una banca, per consentire effettive possibilità di stabilizzazione o di liquidazione e per limitare, nella misura più ampia possibile, l'entità del futuro intervento pubblico¹²³, in questo settore, come è stato, peraltro, già ampiamente sottolineato, è necessario che le autorità competenti possano intervenire in un momento precedente rispetto a quello in cui interverrebbero nell'ambito di una procedura fallimentare ordinaria, dunque in anticipo rispetto al sorgere della crisi vera e propria, quando sarebbe troppo tardi per potere intervenire efficacemente¹²⁴. Infatti, mere situazioni di irregolarità, disfunzioni e disorganizzazioni «sono suscettibili di intaccare nello stesso modo e con le stesse conseguenze [di una crisi patrimoniale vera e propria] il fondamentale elemento su cui si basa l'operatività stessa della banca, cioè la fiducia dei risparmiatori»¹²⁵.

Come si è visto, i provvedimenti che possono essere adottati nel caso di insolvenza di una banca (o di un gruppo bancario) sono diversi a seconda della fase in cui si trova il procedimento di insolvenza. Devono dunque identificarsi dei presupposti oggettivi distinti in relazione a ciascuna categoria di provvedimenti¹²⁶.

Per i primi interventi, di c.d. “*early intervention*”, adottati anteriormente all'insorgere di una vera e propria situazione di insolvenza, cioè in un momento spesso definito di “*regulatory insolvency*”¹²⁷, la condizione frequentemente posta è, in modo più o meno specifico, quella della violazione dei requisiti dettati dalla normativa bancaria rilevante¹²⁸, in relazione all'autorizzazione all'esercizio e alla conduzione della attività bancaria¹²⁹, anche se, data la grande varietà di tali misure, è

¹²³ COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank - An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, cit., 35.

¹²⁴ GROUP OF THIRTY, *International Insolvencies in the Financial Sector – A Study Group Report*, Washington, 1998, disponibile a: <http://ifci.ch/139750.htm> (visitato il 6.1.2014), 4; HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.; HÜPKES, *The Legal Aspects of Bank Insolvency*, cit., 12; IMF - WORLD BANK, *An Overview of the Legal*, cit., 21.

¹²⁵ NIGRO, *La gestione delle crisi*, cit., 280.

¹²⁶ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.

¹²⁷ HÜPKES, *The Legal Aspects of Bank Insolvency*, cit., 13.

¹²⁸ IMF - WORLD BANK, *An Overview of the Legal*, cit., 21; COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank - An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, cit., 34; HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.

¹²⁹ HÜPKES, *op. loc. ult. cit.*

difficile trovare un denominatore comune a tutte quante¹³⁰. Si potrà dunque trattare di un deterioramento della qualità o del valore degli attivi, di una eccessiva esposizione al rischio, di bassi guadagni o di perdite operative o, ancora, di irregolarità nella gestione.

Un intervento più invasivo, ma pur sempre anteriore all'insorgere della crisi vera e propria, dunque adottato in corrispondenza alla seconda delle tre fasi sopra identificate, si verifica quando si percepisce l'esistenza di una minaccia alla stabilità finanziaria della banca.

Per quanto riguarda invece la terza fase, quella della ristrutturazione o della liquidazione, un intervento è giustificato dal verificarsi di una situazione di illiquidità o di insolvenza. Peraltro, esiste, sia negli ordinamenti interni dei singoli Stati che a livello sovranazionale, un'ampia varietà di disposizioni che indicano in modo diverso le une dalle altre le condizioni che determinano se e quando una banca possa dirsi solvibile o insolubile, liquida o illiquida¹³¹. Tale questione implica importanti considerazioni finanziarie derivanti dal fatto che, nel settore bancario, la linea di demarcazione tra una situazione di illiquidità ed una situazione di insolvenza non è sempre chiaramente individuabile. Infatti, una crisi bancaria si presenta tendenzialmente come un processo fluido in cui dall'illiquidità si può facilmente passare all'insolubilità ed in cui un'entità insolvente, se autorizzata a proseguire nella conduzione delle proprie attività, rischia di diventare illiquida.

Nonostante le difficoltà appena rilevate, appare chiaro che le condizioni poste per un intervento nel corso di una situazione di crisi vera e propria sono generalmente molto più definite rispetto a quelle poste per un intervento anticipato, in relazione al quale rimane dunque una grande discrezionalità in capo all'autorità competente¹³².

¹³⁰ JOOSEN, *Early Intervention Measures for Banks*, cit., 25.

¹³¹ LASTRA, *International Law Principles*, cit., 169.

¹³² COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank - An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, cit., 35.

4.5 Il ruolo dei creditori e degli azionisti

Un ulteriore elemento per cui la disciplina fallimentare speciale prevista per le banche spesso si differenzia da quella ordinaria riguarda, in generale, il ruolo e, in particolare, i diritti che vengono garantiti, durante la procedura stessa, ai creditori.

La disciplina generale assicura a questi ultimi, tendenzialmente, un ruolo attivo e, addirittura, in relazione ad alcune questioni di primaria importanza, la loro presenza è richiesta a pena di nullità. In ambito bancario, invece, è frequente che i creditori e gli azionisti (a differenza, invece, della banca stessa e dei suoi direttori ed amministratori) non abbiano alcuna posizione attiva, per cui né possono fare valere i propri interessi, né possono essere destinatari di notifiche di documenti relativi al procedimento, nonostante il fatto che la loro posizione possa esserne pregiudicata.

Tale situazione è stata spesso percepita come un'assenza di garanzia di un giusto processo. Tuttavia, essa va considerata tenendo a mente due delle caratteristiche essenziali dei procedimenti fallimentari previsti per le banche, di cui si è in parte già detto, ovvero la particolare rapidità con cui è necessario intervenire¹³³, che rischierebbe di essere pregiudicata qualora si dovessero condurre vere e proprie udienze con il coinvolgimento dei creditori¹³⁴, e gli scopi specifici che devono essere perseguiti¹³⁵.

A questo proposito, deve essere ricordata la decisione della Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso *Pafitis*¹³⁶, secondo la quale gli Stati membri non possono adottare misure di riorganizzazione di una banca in violazione del livello minimo di protezione degli azionisti stabilito dalla seconda direttiva del Consiglio, del 13 dicembre 1976 in materia di diritto societario (77/91/CEE), ritenuta, nella decisione stessa, applicabile alle banche poste sotto amministrazione provvisoria dall'autorità di vigilanza. Nel caso di specie, l'amministratore temporaneo di una banca, nominato dalla Banca di Grecia, aveva deciso di operare un aumento di capitale senza consultare l'assemblea generale degli azionisti, contrariamente a quanto prevede l'art. 25(1) della direttiva. Secondo Eva Hüpkes, una decisione in questo senso è dipesa dalla qualificazione delle misure adottate come misure

¹³³ V. *supra* in particolare § 2.

¹³⁴ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, *cit.*

¹³⁵ V. *infra* cap. I, § 4.6.

¹³⁶ Corte di Giustizia dell'Unione europea, 12 marzo 1996, *Panagis Pafitis e altri c. Trapeza Kentrikis Ellados A.E. e altri*, C-441/93.

temporanee di regolamentazione e di amministrazione e non, invece, come misure c.d. di “*quasi-insolvency*”¹³⁷, nel qual caso sarebbe stato probabilmente possibile non consultare gli azionisti in relazione ad un aumento di capitale, dato che, nei procedimenti di insolvenza, come si è detto, essi vengono generalmente privati dei diritti che sono loro garantiti in una situazione fisiologica¹³⁸.

4.6 Gli scopi perseguiti

La particolare posizione rivestita dalle banche all'interno degli ordinamenti statali determina, come è già stato accennato, delle specificità in relazione agli obiettivi perseguiti da una disciplina fallimentare dettata appositamente per esse, rispetto a quelli perseguiti da una disciplina fallimentare ordinaria.

In via generale, pur se, anche quella ordinaria mira, *in ultima analisi*, a garantire la stabilità finanziaria del sistema¹³⁹, essa è, *in via primaria*, tradizionalmente orientata a garantire un trattamento giusto ed equo dei creditori e la massimizzazione del valore degli attivi nell'interesse di questi¹⁴⁰. Gli obiettivi da ultimo indicati sono certamente perseguiti anche dalla disciplina speciale, ma solamente in seconda battuta, essendo essa rivolta, invece, *primariamente*, al perseguimento di scopi sociali più ampi, cioè di interessi pubblici, tra cui la prevenzione dei problemi sistematici, riducendo al minimo l'impatto del fallimento sul sistema bancario complessivo, il mantenimento della stabilità e della sicurezza del sistema finanziario largamente inteso, l'integrità dei sistemi di pagamento, la continuità nella prestazione dei servizi bancari centrali, la protezione dei correntisti assicurati, la possibilità di ripagare i correntisti immediatamente, la protezione dei consumatori in generale, il mantenimento della confidenza del pubblico nel settore bancario e, infine, la minimizzazione dei costi sostenuti dal pubblico¹⁴¹.

¹³⁷ Peraltro, la stessa Autrice mette in luce che la classificazione in un senso piuttosto che nell'altro delle misure adottate non è facile da operare.

¹³⁸ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.

¹³⁹ CAMPBELL - LASTRA, *Definition of bank insolvency*, cit., 37 - 39.

¹⁴⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank - An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, cit., 25.

¹⁴¹ *Ibidem*; CAMPBELL - LASTRA, *Definition of bank insolvency*, cit., 39; HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.

Capitolo I

La necessità di perseguire tali obiettivi giustifica, in presenza di determinate circostanze, la messa in secondo piano del principio c.d. di *pari passu*, generalmente posto a garanzia di un equo trattamento dei creditori, così che, ad esempio, (i) i depositanti e i piccoli creditori potrebbero essere soddisfatti interamente, mentre i creditori di somme più elevate potrebbero invece essere tenuti a rinegoziare le proprie pretese; (ii) oppure, potrebbe essere necessario vendere tutti gli attivi della banca in un mercato sfavorevole, o, ancora, (iii) al fine di evitare stravolgimenti del mercato, l'intero complesso bancario potrebbe dovere essere ceduto secondo modalità che non consentono di massimizzarne il valore, ma che perlomeno evitano perdite ancora più elevate¹⁴².

Con riferimento ai soli provvedimenti di risanamento, è stata messa in luce un'ulteriore differenza di fondo tra i due tipi di disciplina fallimentare. Infatti, se in quella ordinaria il risanamento delle imprese «avviene, di regola, attraverso il sacrificio, almeno in parte, dei creditori», in quella speciale dettata per le banche esso «ha invece di mira proprio la tutela, anche se non necessariamente integrale, dei creditori»¹⁴³.

Una delle difficoltà incontrate da chi è chiamato a delineare una disciplina fallimentare speciale per i casi di insolvenza bancaria internazionale consiste proprio nel dovere riconciliare gli obiettivi tradizionalmente perseguiti da una disciplina fallimentare, con quelli specificamente richiesti dalle peculiarità della fattispecie¹⁴⁴. Compito ulteriormente complicato dal fatto che gli scopi perseguiti possono essere lievemente diversi a seconda della natura della banca¹⁴⁵ e che le norme che disciplinano l'insolvenza bancaria differiscono ampiamente da Stato a Stato, sotto molteplici aspetti, tra cui anche per il fatto di essere orientate, a seconda dei casi, in senso più favorevole al debitore piuttosto che al creditore.

¹⁴² *Idem.*

¹⁴³ NIGRO, *La gestione delle crisi*, cit., 282 s., il quale, a sua volta, cita PORZIO, *Crisi e salvataggio delle banche*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 1990, n. 1, 19 ss.

¹⁴⁴ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.

¹⁴⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank - An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, cit., 5 s.

5. Dalla fisiologia alla patologia del gruppo tra monismo e pluralismo.

5.1 *Single entity e separate entity doctrine*

Una delle questioni centrali in riferimento alla disciplina sostanziale dei gruppi di società (non necessariamente bancari) è costituita dal possibile contrasto tra la forma giuridica del gruppo stesso e le modalità con cui viene condotta l'attività di impresa.

Da un punto di vista giuridico, le diverse società che costituiscono un gruppo bancario (multinazionale) sono persone giuridiche autonome ed indipendenti le une dalle altre, in via di principio, ciascuna responsabile unicamente per i debiti da essa contratti e soggetta alla legge dello Stato di appartenenza¹⁴⁶, anche per quanto riguarda, chiaramente, la disciplina fallimentare. Teoricamente, dunque, a nessuna delle società del gruppo si dovrebbe poter estendere il procedimento di insolvenza incominciato nei confronti di un'altra, per il solo fatto di appartenere entrambe al medesimo gruppo. Da un punto di vista fattuale, tuttavia, molti gruppi di società agiscono a livello globale, possiedono fondi comuni e sono amministrati come se fossero una singola entità¹⁴⁷.

Il contrasto tra la struttura giuridica del gruppo e le modalità con cui viene condotta l'attività di impresa è, a ben vedere, solo potenziale, perché l'equilibrio tra questi due estremi varia ampiamente da gruppo a gruppo, «essendo l'integrazione una caratteristica graduabile»¹⁴⁸ sulla base di una serie di fattori, tra cui l'organizzazione economica del gruppo, le modalità con cui conduce il proprio *marketing*, l'immagine che di esso è offerta al pubblico¹⁴⁹. Ai due estremi si pongono (i) il caso in cui la società madre è una mera detentrica di azioni delle società figlie e si limita «a percepire i dividendi e ad esercitare il voto nell'assemblea delle

¹⁴⁶ Appartenenza determinata sulla base di criteri di volta in volta fissati dalla normativa statale di riferimento: v. *supra* § 3.3.

¹⁴⁷ PENNISI, *Attività di direzione*, cit., 26; SARRA, *Oversight and financing of cross-border business enterprise group insolvency proceedings*, in *Texas International Law Journal*, 2009, 548. Si vedano anche SARRA, *Corporate Group Insolvencies: Seeing the Forest and the Trees*, in *Banking and Finance Law Review*, 2008, 63 ss. e SARRA, *Maidum's Challenge, Legal and Governance Issues in Dealing with Cross-Border Business Enterprise Group Insolvencies*, in *International Insolvency Review*, 2008, 73 ss.

¹⁴⁸ PENNISI, *Attività di direzione*, cit., 74 e, di nuovo, a p. 80.

¹⁴⁹ UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law, Part three*, cit.

controllate»¹⁵⁰, le quali, di conseguenza, possiedono ampia autonomia ed indipendenza le une dalle altre e (ii) il caso in cui, invece, le società sono altamente integrate ed operano unitariamente¹⁵¹, essendo dunque le controllate autonome solo da un punto di vista formale, «avendo la capogruppo accentrato presso di sé tutte le funzioni [centrali, amministrative e operative, di ciascuna delle società]¹⁵² del gruppo»¹⁵³. In questo secondo caso il gruppo assomiglia più che altro ad un'impresa multidivisionale¹⁵⁴. L'ipotesi è, ad esempio, quella in cui le società del gruppo concludono, sotto un medesimo marchio, contratti con parti terze, come se costituissero un'unica attività economica, in tal modo potendo indurre in errore i creditori sull'identità della loro reale controparte contrattuale. A seconda che ci si trovi nell'uno piuttosto che nell'altro modello, le società del gruppo possono ricoprire ruoli molto differenziati, potendo talvolta servire da mere finzioni legali, piuttosto che, altre volte, svolgendo attività completamente separate da quelle svolte dalle altre società, ad esempio, tornando al caso visto, anche avvalendosi di un marchio differente¹⁵⁵.

A prescindere dal maggiore o minore grado di integrazione delle diverse società del gruppo, la dottrina ha sottolineato che non devono in nessun caso essere mai perse di vista le due dimensioni, l'una formale e l'altra fattuale, perché entrambe, con le proprie particolarità, contribuiscono a forgiare la fattispecie gruppo nel suo complesso¹⁵⁶.

La struttura di gruppo è oggetto di particolare attenzione, *inter alia*, da parte di chi studia le procedure fallimentari e, più in generale, le situazioni di crisi. Quest'ultima può nascere a diversi livelli del gruppo e propagarsi secondo modalità differenti, in particolare «dal vertice alla base»¹⁵⁷, o viceversa, oppure, ancora, «per linee orizzontali, sia in ragione dei rapporti diretti fra le singole componenti, sia in

¹⁵⁰ PENNISI, *Attività di direzione*, cit., 74.

¹⁵¹ SARRA, *Corporate Group Insolvencies*, cit., 64. Si veda anche SARRA, *Maidum's Challenge*, cit., 73 ss.

¹⁵² HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, cit.

¹⁵³ PENNISI, *Attività di direzione*, cit., 74.

¹⁵⁴ In questo senso PENNISI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵⁵ WESTBROOK, *The Elements of Coordination*, cit., 192.

¹⁵⁶ SARRA, *Corporate Group Insolvencies*, cit., 66.

¹⁵⁷ PIRAS, *La crisi del gruppo bancario: profili generali*, in BAVETTA (a cura di), *La crisi del gruppo bancario*, Milano, 1997, 31.

via mediata, attraverso il cuscinetto della capogruppo»¹⁵⁸. È intuitivo che le difficoltà economiche che colpiscono una società del gruppo possono assai facilmente ripercuotersi anche sulle altre a causa, alternativamente o cumulativamente e senza pretesa di esaustività, di una perdita di fiducia da parte del pubblico nei confronti del gruppo in generale oppure delle relazioni infragruppo. Queste ultime sono di frequente decisive per garantire la produttività delle diverse società, che infatti risultano spesso legate tra loro da importanti vincoli economici, dovuti, ad esempio, al trasferimento di attivi da una società del gruppo ad un'altra, alla prestazione di garanzie o, ancora, all'accesso reciproco ad infrastrutture essenziali¹⁵⁹. Inoltre, per quanto riguarda i gruppi interni, in molti ordinamenti, tra cui la Svizzera e gli Stati Uniti, esisterebbe una sorta di obbligazione di fatto, in capo alle società di un medesimo gruppo, di andare in aiuto di quella che si trova in difficoltà¹⁶⁰.

5.2 Universalità, territorialità e *middle ground approaches*

Il problema, di natura sostanziale, dato dalla contrapposizione, esistente in relazione a molti gruppi di imprese, tra le previsioni legislative e la realtà dei fatti è in qualche modo connesso a e può influenzare le soluzioni che, da un punto di vista processuale, possono essere adottate ai fini della conduzione della procedura fallimentare, ovvero la soluzione universalista, quella territorialista e quelle che ne attenuano la portata. Si badi, però, che con ciò non si vuole sostenere che esiste un binomio perfetto tra la percezione del gruppo come unità e l'instaurazione di un unico procedimento, secondo un'impostazione universalista o, viceversa, tra la percezione del gruppo come insieme di tante società giuridicamente distinte e l'instaurazione di una pluralità di procedimenti, secondo una visione territorialista, ben potendo il gruppo essere considerato come formato da tante unità giuridicamente separate le quali vengono poi, tuttavia, assoggettate ad un unico procedimento. Potrebbe però darsi che l'adozione dell'uno piuttosto che dell'altro approccio sia resa necessaria da una particolare organizzazione del gruppo, dalle modalità con cui le

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ LASTRA, *Cross-border bank insolvency: legal implications in the case of banks operating in different jurisdictions in Latin America*, in *Journal of International Economic Law*, 2003, 162 s.

¹⁶⁰ HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, *cit.* Per gli Stati Uniti, l'Autrice ricorda il principio c.d. “*the source of strength*” contenuto nel 12 CFR 225.4 e, per la Svizzera, una pronuncia della Corte Suprema Federale, BGE 116 IB 331.

operazioni sono condotte al suo interno o con cui esso agisce o, infine, dal contenuto e dalla struttura dei sistemi regolamentari dei diversi Stati¹⁶¹, così venendosi a creare una situazione di continuità tra la fase fisiologica e quella patologica del gruppo.

Tali soluzioni sono state tradizionalmente adottate o ne è stata proposta l'adozione in materia di insolvenza transnazionale di società e di loro filiali estere, quindi al di fuori dello specifico ambito dei gruppi. A seconda della estensione attribuita agli effetti di una procedura fallimentare aperta in un determinato ordinamento, cioè a seconda che siano o meno ritenuti competenti, in relazione tanto alla società che alle sue filiali estere, i giudici di un unico Stato (in particolare di quello di appartenenza della società) si potrà avere o un unico procedimento che coinvolge tanto la società che le sue filiali (modello universalista), o tanti procedimenti paralleli, quante sono le entità insolventi (società e filiali) (modello territorialista).

Affinché il meccanismo dell'universalità funzioni propriamente sarebbe, evidentemente, necessario un accordo in tal senso concluso dal maggior numero possibile di Stati. Infatti, se, in teoria, i curatori che operano in un ordinamento di stampo universalista dovrebbero potere accedere a tutti gli attivi di una determinata società, ovunque localizzati nel mondo, in pratica, in assenza di una pattuizione largamente partecipata, essi otterranno il controllo solamente di quelli che si trovano all'interno della propria giurisdizione e nelle giurisdizioni straniere in cui il procedimento è stato riconosciuto¹⁶². Inoltre, uno Stato potrebbe incontrare difficoltà nel tentativo «raccordare l'azione dei suoi organi con le caratteristiche transnazionali della fattispecie, prima fra tutte la presenza di un patrimonio all'estero»¹⁶³. Da un lato, i connotati pubblicistici propri della materia fallimentare nonché l'esigenza di controllare l'attività di impresa che si svolge nello Stato hanno tradizionalmente determinato una certa reticenza dei legislatori nazionali a cedere le competenze dei giudici e, in generale, delle autorità statali a favore di autorità estere¹⁶⁴. Dall'altro, un

¹⁶¹ WESTBROOK, *The Elements of Coordination*, cit., 187.

¹⁶² LASTRA, *Cross-border bank insolvency: legal implications*, cit., 167.

¹⁶³ DE CESARI - MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., 21.

¹⁶⁴ QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria. Modelli di riferimento e diritto interno*, Torino, 2007, 21 s. L'Autrice ritiene che non debba sottovalutarsi nemmeno un «aspetto per certi versi più “emotivo” ...: i Paesi sono percepiti come “vincitori” quando impongono la loro giurisdizione, a carattere universale o principale, in ordine alla crisi di una impresa

atteggiamento campanilistico dei legislatori nazionali ha spesso portato a fare rientrare nell'ambito di applicazione della disciplina fallimentare interna di ciascuno Stato anche fattispecie quasi totalmente esterne a quest'ultimo¹⁶⁵. In presenza di tali connotati i legislatori statali hanno frequentemente tentato di applicare il principio dell'universalità ai procedimenti di insolvenza aperti nel proprio territorio, senza però riconoscere, nel contempo, universalità di effetti ad analoghi procedimenti stranieri¹⁶⁶. Un'adozione unilaterale dell'approccio universalista porta ad una situazione che qualcuno ha indicato come "schizofrenica"¹⁶⁷.

Se il modello universalista è stato adottato nell'ambito di alcune convenzioni bilaterali¹⁶⁸, la profonda differenza esistente tra le discipline sostanziali della materia vigenti negli Stati, non soltanto per quanto riguarda disposizioni di dettaglio ma già nella «filosofia ispiratrice» e nei «principi generali», ha impedito di considerarlo quello in assoluto preferibile¹⁶⁹. Così, storicamente il modello più diffuso è stato quello territorialista, mentre di recente si è riscontrato un favore sempre crescente, da parte dei legislatori¹⁷⁰, di istituzioni e organizzazioni internazionali e della stessa dottrina, nei confronti dei c.d. "middle ground approaches", cioè della universalità limitata¹⁷¹. Tale soluzione consente la pendenza di molteplici procedimenti in diversi Stati che saranno poi coordinati o collegati in una prospettiva unitaria, mirando a raggiungere, nel massimo grado possibile, risultati a livello globale, tenendo però

transnazionale, mentre appaiono "perdenti" laddove limitano l'applicazione delle leggi interne in relazione ad imprese operanti sul territorio».

¹⁶⁵ FABIANI, *Gruppi d'impresa ed insolvenza transfrontaliera: spazi residui di forum e law shopping nella disciplina comunitaria*, in *Int'l Lis*, 2004, 95.

¹⁶⁶ Così, DE CESARI - MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., 19 e UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law, Part three*, cit., 68.

¹⁶⁷ MEVORACH, *Towards a consensus on the treatment of multinational enterprise groups in insolvency*, in *Cardozo Journal of International and comparative Law*, 2010, 382.

¹⁶⁸ Così QUEIROLO, *L'insolvenza transnazionale: il regolamento (CE) n. 1346/2000 e la disciplina italiana*, in SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato. Commento sistematico*, Padova, 2007, 808.

¹⁶⁹ Cfr. QUEIROLO, *L'insolvenza transnazionale: il regolamento (CE) n. 1346/2000*, cit., 808; QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 32 s.

¹⁷⁰ Per quanto riguarda il legislatore europeo si rimanda al capitolo III. Per quanto riguarda i legislatori nazionali cfr. per tutti QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 66 ss.

¹⁷¹ SARRA, *Oversight and financing*, cit., 553. Si vedano anche SARRA, *Corporate Group Insolvencies*, cit., 63 ss. e SARRA, *Maidum's Challenge*, cit., 73 ss. All'interno della categoria dell'universalità limitata si è distinto tra l'approccio della universalità modificata e quello del "fallimento secondario", adottati rispettivamente dalla Legge Modello UNCITRAL e dal regolamento (CE) n. 1346/2000: v. *infra* in questo stesso § e cfr. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 37 s.

conto, secondo schemi variabili, delle peculiarità delle normative fallimentari di ciascuno Stato. Quanto descritto può essere attuato secondo diversi modelli. Uno è quello fatto proprio dalla Legge Modello UNCITRAL e dal regolamento (CE) n. 1346/2000, in base al quale sarà aperto un procedimento principale, con effetti tendenzialmente universali, nello Stato in cui il debitore insolvente possiede la propria sede o il centro principale delle proprie attività mentre in altri Stati in cui si trova una filiale dello stesso o alcuni dei suoi beni potranno essere aperte procedure secondarie. La dottrina ha messo in luce che anche all'interno di questo medesimo schema sussiste una differenza di fondo tra la Legge Modello ed il regolamento, data dal fatto che mentre nella prima «l'idea centrale rimane quella di una procedura unica» e i procedimenti secondari «sono volti esclusivamente alla liquidazione del patrimonio del debitore e funzionali alla piena realizzazione del procedimento principale», tanto da poter essere considerati «procedimenti ibridi» o «semplici strumenti per la migliore realizzazione del fallimento principale», nel regolamento essi sono invece «veri e propri procedimenti concorsuali»¹⁷². Un altro schema è quello adottato attraverso i protocolli, in cui non si ha l'apertura di un procedimento principale e di procedimenti secondari ma di molteplici procedimenti, per così dire «di pari grado», dei quali si opera un coordinamento¹⁷³. A proposito di tale modello è stato autorevolmente osservato che esso non dev'essere inteso come una sconfitta o un compromesso dettato dall'impossibilità di adottare quello universalista, quanto piuttosto come lo strumento che per il momento «fornisce le migliori risposte alle istanze derivanti dall'insolvenza transnazionale»¹⁷⁴. Infatti, consente di «bilanciare ed avvicinare gli ideali universalistici e la necessità di rispettare i principi fondamentali accolti negli ordinamenti nazionali sia per quanto concerne la disciplina fallimentare, sia per quanto concerne, più in generale, il sistema giuridico nel suo complesso [, realizzando] l'esigenza di collaborazione tra ordinamenti giuridici, nel rispetto della loro sovranità e specificità»¹⁷⁵.

¹⁷² Si veda QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 38 e i riferimenti ivi contenuti e 157 s.

¹⁷³ Sui protocolli v. *amplius* nel cap. II. Nel senso che il modello su cui i protocolli si basano è quello dell'universalità limitata (o "modificata", come la chiama l'autrice), cfr. ALTMAN, *A test case in international bankruptcy protocols: the Lehman Brothers insolvency*, in *San Diego International Law Journal*, 2011, 475.

¹⁷⁴ Cfr. QUEIROLO, *L'insolvenza transnazionale: il regolamento (CE) n. 1346/2000*, cit., 808.

¹⁷⁵ QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 39 s.

5.3 I principi di territorialità e di universalità applicati ai gruppi

È innanzi tutto necessario appurare se le soluzioni territorialista ed universalista possano essere applicate anche in presenza di veri e propri gruppi di società multinazionali e, qualora a tale quesito debba darsi risposta positiva, ci si dovrà poi chiedere se la particolare natura dell'attività esercitata, cioè l'attività bancaria, possa costituire un ulteriore ostacolo all'applicabilità delle stesse.

In relazione al primo aspetto, esistono due orientamenti contrastanti ma si può pacificamente ritenere prevalente quello secondo cui tali modelli possono essere applicati anche alla fattispecie "gruppo". Da un lato, il *report* della *Basel Committee on Banking Supervision* del marzo del 2010 ha sottolineato che tanto l'approccio territorialista quanto quello universalista, essendo «*entity-centric*», sono inadatti ad essere applicati alla realtà dei gruppi, perché non si prestano a prendere in considerazione le svariate complessità legate alle crisi di questi ultimi¹⁷⁶. Inoltre, essendo la realtà finanziaria attuale caratterizzata per lo più dall'esistenza di gruppi bancari e di conglomerati finanziari, una parte della dottrina ha ritenuto obsoleto ed esclusivamente teorico qualsiasi riferimento a tali principi nella materia di cui ci si sta occupando, in relazione alla quale sarebbe invece necessario fare riferimento ad altro, nello specifico ad un approccio c.d. *middle ground*¹⁷⁷. In particolare, il principio dell'universalità sembrerebbe inadatto ad essere applicato, per il momento, a società controllate (*subsidiaries*), essendo stato concepito solamente in relazione a filiali (*branches*)¹⁷⁸. Dall'altro lato, la Commissione europea, nella proposta di modifica della direttiva 2001/24/CE, ha considerato la possibilità di estendere l'applicabilità proprio di quest'ultimo anche alla realtà delle società controllate¹⁷⁹. Anche l'UNCITRAL ha auspicato l'adozione, per le diverse società componenti il gruppo, di una soluzione ampia e potenzialmente globale, che rifletta le modalità con cui il gruppo conduceva la propria attività prima dell'inizio dell'insolvenza e che

¹⁷⁶ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Report and Recommendations*, cit., para 55. Si veda anche, nello stesso senso, INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), *Resolution of Cross-Border Banks*, cit., 15.

¹⁷⁷ LASTRA, *Cross-border bank insolvency: legal implications*, cit., 183 s.

¹⁷⁸ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Report and Recommendations*, cit., para. 60 e LASTRA, *Cross-border bank insolvency: legal implications*, cit., 168.

¹⁷⁹ LASTRA, *Cross-border bank insolvency: legal implications*, cit., 168. Sulla maggiore adeguatezza di un approccio c.d. *middle ground* alla realtà dei gruppi cfr. anche QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 42.

tratti sia ciascuna società del gruppo che quest'ultimo come un *unicum*, in particolare laddove l'attività di impresa si presentava altamente integrata¹⁸⁰. A tali opinioni istituzionali favorevoli all'utilizzabilità di questi modelli anche in relazione ai gruppi, si aggiungono quelle di una parte consistente della dottrina¹⁸¹. Peraltro, anche nell'ambito degli ordinamenti nazionali è crescente il numero di normative in materia societaria che si sono orientate in tal senso in relazione ai gruppi interni. Ad esempio, negli Stati Uniti è adottato il modello universalista per impedire che la struttura del gruppo possa essere utilizzata al fine di sottrarsi alla *policy* sottesa alla normativa stessa. La giurisprudenza ha contribuito a questo processo, anch'essa applicando selettivamente il *single entity approach* per assicurare il raggiungimento dei risultati voluti da tale normativa¹⁸². I giudici, in particolare, hanno, *inter alia*, il potere di modificare l'ordine di soddisfazione delle pretese dei diversi creditori, nella liquidazione di una società del gruppo, sia considerando alcuni prestiti infragruppo alla stregua di partecipazioni, di modo che non generino debiti, sia assoggettandone altri, effettuati a favore della società insolvente, alla pretesa di terzi creditori esterni al gruppo stesso¹⁸³.

In relazione al secondo aspetto, cioè all'applicabilità di tali modelli a gruppi di società che esercitano attività bancaria, non sembrano esservi particolari problemi.

Fatte tali precisazioni, bisogna dare conto, in breve, di quali soluzioni i due modelli comportano in relazione alla specifica fattispecie dei gruppi.

Secondo il modello territorialista, devono essere aperte tante procedure di risanamento o di liquidazione quanti sono gli Stati in cui il gruppo è presente con le proprie società. Ciascun procedimento produrrà effetti esclusivamente all'interno dello Stato in cui si svolge e l'autorità competente applicherà, quale regola generale, la *lex concursus* in vigore nello Stato stesso, secondo il principio "*one company, one*

¹⁸⁰ UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law, Part three, cit.*, 71. Si veda anche UNCITRAL, "*Insolvency of large and complex financial institutions – Note by the Secretariat*", *cit.*, § 39.

¹⁸¹ Su cui v. *infra* in questo stesso §.

¹⁸² Soprattutto tre casi - *In re Condor Ins Ltd* (2010 WL 9691613 (5th Cir. 2010)), *In re Maxwell Comm. Corp* (93 F 3d 1036 (2nd Cir. 1996)) e *In re HIH Casualty and General Insurance Ltd* (EWHC 2125 (Ch) (2005)) - testimoniano la tendenza dei giudici statunitensi all'adozione di un modello universalista anche in relazione ai gruppi.

¹⁸³ UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law, Part three, cit.*, 16.

*insolvency, one proceeding*¹⁸⁴. Anche a seguito dell'apertura della procedura di insolvenza, i debiti contratti da una società del gruppo sono e rimangono debiti della medesima e gli attivi delle altre società non possono essere devoluti al gruppo nel suo complesso cioè, in fin dei conti, non possono essere messi a disposizione della prima, per il soddisfacimento dei debiti da essa contratti. Ciascuna società risponde unicamente dei propri debiti e delle proprie obbligazioni, con la conseguenza che eventuali perdite di una società, intervenute in relazione al fallimento di un'altra società, non potranno eccedere l'ammontare investito dalla prima nella seconda.

Secondo il modello universalista, una sola autorità è competente ad incominciare una procedura di risanamento o una procedura di liquidazione nei confronti di tutte le società che compongono il gruppo multinazionale. Gli effetti giuridici derivanti dall'apertura del procedimento, così come sono determinati dalla legge dello Stato di apertura, ovvero dalla *lex concursus*, si estendono anche agli altri Stati in cui sono presenti le società del gruppo e ai beni del debitore insolvente e ai creditori, ovunque situati. Tutte queste ultime possono essere ritenute responsabili per i debiti contratti da una di esse¹⁸⁵ e la massimizzazione del valore dell'attivo è perseguita su scala globale, con riferimento all'intero gruppo, anche se, in determinate giurisdizioni, particolari interessi possono essere meglio soddisfatti attraverso l'adozione di strategie locali¹⁸⁶. Il vantaggio principale che viene tradizionalmente collegato all'adozione di un modello universalista è la possibilità di evitare, attraverso di esso, qualunque forma di *forum shopping*¹⁸⁷.

Con riferimento ai gruppi di società, a sostegno del modello territorialista sono stati adottati: (i) il pregio che esso avrebbe di semplificare una situazione complessa, riducendola sostanzialmente ad un fascio di rapporti bilaterali; (ii) la necessità di rispettare l'affidamento che i creditori hanno riposto nello scegliere

¹⁸⁴ PAULUS, *Group insolvencies - Some thoughts about new approaches*, in *Texas International Law Journal*, 2007, 820.

¹⁸⁵ RAIAK, *Corporate groups and cross-border bankruptcy*, in *Texas International Law Journal*, 2009, 525.

¹⁸⁶ WESTBROOK, *The Elements of Coordination*, cit., 187.

¹⁸⁷ VERWEIJ - WESSELS (a cura di), *Comparative and International Insolvency Law - Central Themes and Thoughts. Papers from the Honours Class 'Comparative and International Insolvency Law', organized at Leiden Law School, the Netherlands, March - June 2009*, Nottingham - Paris, 2010, 27; SANTOSUOSSO, *L'insolvenza nei gruppi transfrontalieri tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2003, I, 665.

quale controparte contrattuale una determinata società piuttosto che un'altra¹⁸⁸ e dunque le aspettative degli stessi, che non devono essere tenuti ad indagare la situazione finanziaria in cui versano le altre società del gruppo¹⁸⁹ e che, diversamente da quanto potrebbe verificarsi in caso di adozione del modello universalista, non dovranno rivolgersi ad un'autorità straniera, né partecipare ad un procedimento in uno Stato estero¹⁹⁰; (iii) la sua idoneità ad essere applicato anche in presenza di gruppi non altamente integrati, in cui le diverse società che lo compongono sono indipendenti le une dalle altre, sia da un punto di vista operativo che da un punto di vista finanziario¹⁹¹; (iv) la sua compatibilità con i principi fondamentali di diritto commerciale dell'autonomia, dell'indipendenza e della responsabilità limitata delle diverse società che compongono il gruppo, nonché con il principio della sovranità territoriale che ciascuno Stato può esercitare sulle società presenti nel proprio territorio¹⁹²; (v) la maggiore immediatezza nell'identificare il giudice competente nel caso in cui il dissesto riguardi una sola società del gruppo, che non sia la controllante. Infatti, in quest'ultima ipotesi, se si adottasse un approccio universalista si dovrebbe chiarire «se il foro competente debba essere rintracciato nello Stato in cui ha sede e concentra i suoi affari la singola impresa insolvente o in quello in cui ha sede e concentra i suoi affari la società madre»¹⁹³.

A favore del modello universalista, (i) è stato rilevato che sarebbe in qualche modo artificiale e desueto vincolare i creditori di una delle società del gruppo unicamente alle possibilità di soddisfazione che quest'ultima può loro offrire, perché, in realtà, spesso accade che i diritti e le obbligazioni sono fatti transitare, attraverso flussi continui, da una società all'altra o dalla base al vertice del gruppo, con la conseguenza che è puramente casuale il fatto che una società sia la reale debitrice di un particolare creditore e che, in un dato momento, essa sia solvente¹⁹⁴. Più in

¹⁸⁸ Si veda PAULUS, *Group insolvencies*, cit., 825, il quale tuttavia ritiene che il modello universalista offra dei vantaggi preferibili a questi: v. *infra* in questo stesso §.

¹⁸⁹ MEVORACH, *Towards a consensus*, cit., 375.

¹⁹⁰ *Idem*, 380.

¹⁹¹ SARRA, *Oversight and financing*, cit., 550. Si vedano anche SARRA, *Corporate Group Insolvencies*, cit., 63 ss. e SARRA, *Maidum's Challenge*, cit., 73 ss.

¹⁹² MEVORACH, *Towards a consensus*, cit., 375.

¹⁹³ QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 28.

¹⁹⁴ PAULUS, *Group insolvencies*, cit., 829 s.; SARRA, *Oversight and financing*, cit., 549; MEVORACH, *Towards a consensus*, cit., 380. Si vedano anche SARRA, *Corporate Group Insolvencies*, cit., 63 ss. e SARRA, *Maidum's Challenge*, cit., 73 ss.

generale, i creditori di una singola società del gruppo potrebbero essere svantaggiati da una gestione di una situazione di crisi in chiave territorialista, nel caso in cui il gruppo sia stato amministrato a livello centrale, perseguendo tendenzialmente l'interesse complessivo dello stesso e non quello delle singole società. Un'Autrice ha ripetutamente sottolineato tale aspetto osservando che «*when the company or parts of the business enterprise group are financially distressed, the corporate form chosen at the outset will affect the treatment in insolvency proceedings and may have a significant impact on creditors' interests*»¹⁹⁵. (i-bis) Tale problema si pone in modo particolare con riferimento ai lavoratori, i quali potrebbero avere lavorato per, e dunque essere creditori di, una società che al momento dell'apertura della procedura fallimentare non possiede alcun attivo¹⁹⁶. Ulteriori argomenti solitamente addotti a sostegno di un modello universalista attengono (ii) al valore aggiunto che deriverebbe dalla vendita dei beni del gruppo in maniera unitaria, rispetto ad una vendita dei medesimi in modo separato¹⁹⁷ e (iii) alla non idoneità del modello territorialista nel caso in cui si miri alla ristrutturazione del gruppo invece che alla mera liquidazione dei beni, perché non tutte le legislazioni nazionali prevedono tale possibilità, il che sarebbe dannoso, tra l'altro, laddove la ristrutturazione, rispetto alla liquidazione, potrebbe permettere di realizzare maggiore ricchezza con cui soddisfare i creditori¹⁹⁸. (iv) A favore di un'estensione della responsabilità per i debiti contratti da una società del gruppo alle altre, è stato anche segnalato che sarebbe contraria al principio secondo cui i creditori devono essere soddisfatti in via preferenziale rispetto agli azionisti una situazione in cui i creditori di una società del gruppo subiscono le perdite di questa mentre le altre società hanno in precedenza tratto vantaggio dalle attività svolte dalla stessa¹⁹⁹. Infine, è stato sottolineato che (v) qualora le società del gruppo siano altamente integrate le une con le altre, l'adozione del modello territorialista creerebbe il rischio di dovere procedere prematuramente alla liquidazione delle società stesse, per fare fronte ad una pluralità di pretese che i

¹⁹⁵ SARRA, *Maidum's Challenge*, cit., 81; SARRA, *Corporate Group Insolvencies*, cit., 69.

¹⁹⁶ PAULUS, *Group insolvencies*, cit., 826.

¹⁹⁷ *Idem*; SARRA, *Oversight and financing*, cit., 551. Si vedano anche SARRA, *Corporate Group Insolvencies*, cit., 63 ss. e SARRA, *Maidum's Challenge*, cit., 73 ss.

¹⁹⁸ PAULUS, *Group insolvencies*, cit., 826; SARRA, *Oversight and financing*, cit., 2009, 551. Si vedano anche SARRA, *Corporate Group Insolvencies*, cit., 63 ss. e SARRA, *Maidum's Challenge*, cit., 73 ss.

¹⁹⁹ RAJAK, *Corporate groups and cross-border bankruptcy*, cit., 527.

creditori hanno avanzato nei diversi ordinamenti in cui le società si trovano, invece di tentare la via di una ristrutturazione complessiva²⁰⁰.

La scelta tra l'uno e l'altro modello dovrebbe essere effettuata considerando gli scopi che vogliono o che devono essere perseguiti attraverso una disciplina fallimentare e i *pro* e i *contra* che gli stessi comportano²⁰¹.

6. Studi, proposte e strumenti di *soft-law*: le iniziative in ambito internazionale

A conclusione di questo primo capitolo, si ritiene opportuno fornire una panoramica degli studi condotti da associazioni di studiosi o di professionisti attivi a livello internazionale e da organizzazioni internazionali, al fine di offrire soluzioni, più o meno temporanee, al problema dell'insolvenza dei gruppi bancari multinazionali²⁰² che, attualmente, come si ha già avuto modo di rilevare, è privo di una qualsiasi disciplina di diritto positivo.

Alcuni di questi documenti si occupano specificamente dell'insolvenza internazionale di gruppi bancari, altri invece trattano dell'insolvenza internazionale di gruppi di società commerciali (talvolta esplicitamente escludendo dal proprio campo di applicazione i gruppi bancari). Nonostante ciò, anche questi ultimi devono essere ricordati in quanto, sotto alcuni aspetti, offrono utili spunti per il presente studio²⁰³.

Ciascuno dei documenti qui di seguito menzionati saranno esaminati nel dettaglio nei capitoli successivi.

6.1 Unione europea

(i) Iniziando dall'Unione europea, deve essere innanzi tutto ricordato il regolamento CE n. 1346/2000 del 29 maggio 2000 relativo alle procedure di insolvenza. Dopo avere dato atto, al considerando n. 10, che «in considerazione delle

²⁰⁰ SARRA, *Oversight and financing*, cit., 551. Si vedano anche SARRA, *Corporate Group Insolvencies*, cit., 63 ss. e SARRA, *Maidum's Challenge*, cit., 73 ss.

²⁰¹ MEVORACH, *Towards a consensus*, cit., 376.

²⁰² WESTBROOK, *The Elements of Coordination*, cit., 187.

²⁰³ Sulla utilità di prendere ad esempio le discipline eventualmente dettate dagli ordinamenti interni per l'insolvenza dei gruppi di società commerciali, al fine di delinearne una per il fallimento di gruppi bancari multinazionali, si veda COMMISSIONE EUROPEA, *Summary of the public consultation*, cit., al § 63.

notevoli differenze fra i diritti sostanziali, non è realistico istituire un'unica procedura di insolvenza avente valore universale per tutta la Comunità», il regolamento prevede la possibilità di aprire un procedimento principale, avente efficacia universale, nello Stato membro in cui il debitore ha il proprio centro degli interessi principali, ed eventualmente affiancarlo da uno o più procedimenti secondari, con efficacia meramente territoriale, negli Stati membri in cui il debitore possiede una «dipendenza»²⁰⁴. È questo, come si è detto, il modello della universalità modificata o limitata, adottato anche dalla Legge Modello UNCITRAL.

È bene fin da subito mettere in luce, però, che il regolamento n. 1346, oltre a non contemplare l'ipotesi dell'insolvenza di gruppi di società²⁰⁵, all'art. 1.2, espressamente esclude la propria applicabilità alle “procedure di insolvenza che riguardano ... gli enti creditizi [e] le imprese d'investimento che forniscono servizi che implicano la detenzione di fondi o di valori mobiliari di terzi ...”²⁰⁶. Tale esclusione è giustificata dal considerare n. 9 con la considerazione che «ad ess[i] si applica un regime particolare e [che] le autorità nazionali hanno, in alcuni casi, poteri di intervento estremamente ampi». In effetti, il funzionamento del modello della universalità limitata sembrerebbe essere incompatibile con il carattere esclusivo del sistema di vigilanza sull'attività bancaria previsto all'interno dell'Unione²⁰⁷, che consente ad una banca, che abbia ricevuto l'autorizzazione all'esercizio nello Stato di origine, di insediarsi, tramite filiali, in qualsiasi altro Stato membro, senza essere soggetta ad alcun controllo da parte di quest'ultimo²⁰⁸. Peraltro, il rapporto Virgós - Schmit sottolinea che «[t]he exclusion of credit institutions [...] was agreed to by all

²⁰⁴ Per “dipendenza” il regolamento intende «qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore esercita in maniera non transitoria un'attività economica con messi umani e con beni» (art. 2, lett. h del regolamento).

²⁰⁵ Tra i tanti, si veda, GALANTI, *La nuova normativa europea*, cit., 411, DE CESARI - MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., 31. Alcune voci dottrinali minoritarie si sono pronunciate nel senso che la nozione di filiale del regolamento potrebbe essere interpretata estensivamente in modo da ricomprendere al suo interno anche le società controllate: si veda, per es. KOPPENOL - KRAMER, *Internationaal privaatrecht*, 1998-2002, parte II, NTBR, 2003, 267. *Contra* WESSELS, *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in Particular Against (Groups of) Companies*, in www.iiiglobal.org, 19 s. Tale interpretazione è da ritenersi errata soprattutto alla luce di alcune recenti proposte di modifica del regolamento stesso, nel senso di includere (con una previsione espressa) i gruppi all'interno del suo ambito di applicazione.

²⁰⁶ NERETTO aggiunto.

²⁰⁷ Si vedano i considerando 3 e 4 della direttiva 2001/24/CE.

²⁰⁸ In effetti, di tale peculiarità tiene invece conto la direttiva 2001/24/CE in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi.

Member States only after a statement by the Council and the Commission regarding the need to step up work on insolvency proceedings involving institutions and undertakings referred to in Article 1(2)»²⁰⁹.

Il 12 dicembre 2012 è stata presentata una proposta di modifica del regolamento 1346 che, *inter alia*, prevede l'introduzione di una disciplina sul fallimento dei gruppi di società.

(ii) D'altro canto, le situazioni di crisi delle banche sono state, per lungo tempo, disciplinate dai singoli Stati, anche riguardo alle filiali presenti in uno Stato membro diverso da quello della società principale. In relazione a ciascuna entità, si riteneva competente l'autorità dello Stato nel quale essa si trovava, con conseguenti possibili conflitti di giurisdizione e disparità di trattamento dei creditori delle diverse filiali²¹⁰.

L'interesse delle Istituzioni europee per le banche, inizialmente rivolto ai profili dell'autorizzazione all'ingresso e del controllo dell'attività, si dirigeva poi verso gli aspetti della crisi. In occasione dell'emanazione della prima direttiva di coordinamento in materia bancaria (direttiva 77/780/CEE)²¹¹ si era presentata la chiara necessità di dovere prevedere una disciplina delle situazioni di crisi a livello sovranazionale e pertanto un primo tentativo in tal senso risale ad una proposta di direttiva della metà degli anni Ottanta²¹². L'*iter* normativo era poi stato interrotto per diversi anni e, nel frattempo, era intervenuta la seconda direttiva in materia di coordinamento bancario (direttiva 89/646/CEE)²¹³, con la quale alcuni ritennero che fosse stata colmata la lacuna relativa alla disciplina delle crisi, soprattutto per la presenza, nella direttiva, di alcune norme in materia di sanzioni e di irregolarità (artt.

²⁰⁹ VIRGÓS - SCHMIT, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, Bruxelles, 3 maggio 1996, para. 55, disponibile a: http://globalinsolvency.com/sites/globalinsolvency.com/files/insolvency_report.pdf (visitato il 6.1.2014).

²¹⁰ *Financial services: Commission welcomes Council adoption of Directive on winding up of credit institutions*, Bruxelles, 12 marzo 2001, IP/01/344.

²¹¹ Prima direttiva del Consiglio del 12 dicembre 1977, n. 780, in G.U. n. L 322 del 17/12/1977, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio, abrogata dall'art. 67 della direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 marzo 2000. La direttiva era stata recepita in Italia con d.p.r. 27 giugno 1985, n. 350.

²¹² Si veda GIOMARELLI, *L'armonizzazione delle legislazioni europee*, cit., 785.

²¹³ Seconda direttiva 89/646/CEE del Consiglio, del 15 dicembre 1989, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE, in GU L 386 del 30.12.1989

17 e 21)²¹⁴. La crisi della Bank of Credit and Commerce International S.A. (BCCI S.A.) nel 1991²¹⁵ riaprì la questione e così ricominciarono i lavori che culminarono con l'emanazione della direttiva 2001/24/CE²¹⁶ in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi, che detta un regime sull'insolvenza speciale e parallelo a quello del regolamento 1346/2000. La sua adozione era stata indicata come un'assoluta priorità sia nel Piano di azione della Commissione europea del 2000 in materia di servizi finanziari²¹⁷ che in occasione del vertice di Lisbona del 23 e 24 marzo 2000²¹⁸.

La scelta dello strumento della direttiva invece che quello del regolamento è dovuta alla necessità, data dalle particolari caratteristiche della materia oggetto di lasciare a ciascuno Stato la possibilità di forgiare la disciplina sulla base delle proprie esigenze attraverso la normativa di recepimento.

Ai sensi dell'art. 1(1), essa si applica «agli enti creditizi e alle loro succursali istituite in uno Stato membro diverso da quello della sede legale» e dunque disciplina la crisi di un'unica impresa bancaria che opera in diversi Stati attraverso filiali²¹⁹, sprovviste di personalità giuridica, secondo quanto prevede l'art. 1, punto 3 della direttiva 2000/12/CE, a cui rinvia, a fini definitivi, l'art. 2 della direttiva 2001/24/CE. Quest'ultima dunque non disciplina, invece, la crisi dei gruppi bancari multinazionali, lasciando così un'importante lacuna la cui gravità è stata variamente sottolineata in dottrina²²⁰. Allo stadio attuale, pertanto, da un punto di vista dell'Unione europea, le società che compongono un gruppo bancario sono considerate società autonome e a tutti gli effetti indipendenti le une dalle altre, con la conseguenza che potranno essere aperti in più di uno Stato membri

²¹⁴ In questo senso si veda GIOMARELLI, *L'armonizzazione delle legislazioni europee*, cit., 785.

²¹⁵ Su cui v. *amplius infra* cap. II, § 6.1.

²¹⁶ Del 4 aprile 2001, attuata in Italia con d. lgs. 9 luglio 2004, n. 197, su legge delega 3 febbraio 2003, n. 14, che ha modificato il TUB, inserendo, nel Titolo IV "Disciplina delle crisi", Capo I "Banche", una sezione III-bis "Banche operanti in ambito comunitario" (artt. da 95-bis a 95-septies).

²¹⁷ *Financial Services: Commission reports progress on Action Plan, outlines new priorities*, Bruxelles, 31 maggio 2000, IP/00/556

²¹⁸ Così *Financial services: Commission welcomes Council adoption of Directive*, cit.

²¹⁹ Si veda GIOMARELLI, *L'armonizzazione delle legislazioni europee*, cit., 786 e GALANTI, *La nuova normativa europea*, cit., 411, il quale ritiene «tuttavia che il riconoscimento automatico nei Paesi della CE delle misure di crisi, in base al regolamento e alle direttive settoriali, possa comunque agevolare la gestione coordinata della crisi di un'impresa multinazionale comunitaria» (nota 23). D'accordo su quest'ultimo punto MOSS - WESSELS (a cura di), *EU banking and insurance insolvency*, Oxford University Press, 2006, 51.

²²⁰ GIOMARELLI, *L'armonizzazione delle legislazioni europee*, cit., 786.

Capitolo I

paralleli in relazione a ciascuna di esse, senza che la direttiva istituisca nemmeno un meccanismo per coordinarli. Una modalità che è stata suggerita per aggirare tale sistema potrebbe consistere nel nominare, in ciascuno Stato membro, un medesimo soggetto facente le funzioni di liquidatore in relazione a ciascuna delle società del gruppo, così che egli stesso si adoperi per coordinare le diverse misure che adottande²²¹.

Diversamente dal regolamento n. 1346, la direttiva 2001/24/CE si basa sui principi di unità ed universalità e, di conseguenza, mira ad istituire un unico procedimento di insolvenza, in base al quale la banca debitrice è trattata, ai fini del risanamento o della liquidazione, quale entità unica. Esclusivamente competenti a conoscere della fattispecie saranno le autorità amministrative o giudiziarie dello Stato membro d'origine²²², le cui decisioni, in linea di principio, devono poter produrre in tutti gli altri Stati membri, senza alcuna formalità, gli effetti loro attribuiti dalla legge di quest'ultimo (*lex concursus*), la quale, salvo alcune deroghe per particolari situazioni, regolerà l'intera procedura. Gli attivi di cui si potrà disporre durante il procedimento comprendono anche quelli delle filiali che la banca debitrice possiede negli altri Stati membri, con il corollario che i creditori, ovunque situati all'interno dell'Unione, potranno far valere i propri diritti in quel procedimento. La direttiva si applica anche alle filiali presenti negli Stati membri di banche non appartenenti all'Unione europea, in relazione alle quali tuttavia non è possibile istituire un unico procedimento in relazione a più filiali di una medesima banca non europea, bensì potranno unicamente essere istituiti più procedimenti distinti in relazione a ciascuna di esse, salvo poi la possibilità di prevedere una qualche forma di coordinamento²²³.

I considerando 3 e 4 così giustificano la scelta di tale modello:

«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

²²¹ MOSS - WESSELS (a cura di), *EU banking and insurance insolvency*, cit., 50 s. Si muove in questa direzione anche la proposta di AA. VV. (DBB Law per la Commissione europea), *Study on Pre-insolvency*, cit., 422.

²²² Si vedano gli artt. 3(1) e 9(1) della direttiva. Lo Stato membro di origine è lo Stato in cui è stata rilasciata l'autorizzazione. Cfr. l'art. 1, punto 6, della direttiva 2000/12/CE, richiamato dall'art. 2 della direttiva 2001/24/CE.

²²³ Si v. il considerando 22.

rilasciata l'autorizzazione valida nell'insieme della Comunità. Sarebbe particolarmente inopportuno rinunciare a tale unità che l'ente forma con le sue succursali allorché è necessario adottare provvedimenti di risanamento o aprire una procedura di liquidazione».

Si tratta, in sostanza, della questione di cui si è detto, relativa all'esclusività della vigilanza, sulle banche dell'Unione, operata dall'autorità dello Stato membro di origine, anche in relazione ad eventuali filiali costituite in altri Stati membri (è questo il principio del controllo dello Stato di origine²²⁴, alla base anche delle altre direttive dell'Unione in materia bancaria). Tale impostazione è peraltro richiesta anche al fine di accordare eguale trattamento a tutti i creditori, a prescindere dallo Stato di appartenenza, secondo quanto prevede il considerando n. 16.

(iii) Deve essere sottolineata la diversa base giuridica, e dunque la diversa *ratio*²²⁵, che il regolamento CE n. 1346/2000 e la direttiva 2001/24/CE posseggono. Secondo quanto previsto nel preambolo del regolamento, esso trova il proprio fondamento nell'allora Titolo IV TCE: "Visti, asilo, immigrazione e altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone"²²⁶ e, in particolare, in quello che era l'art. 61(c) TCE²²⁷, ai sensi del quale:

«Allo scopo di istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, il Consiglio adotta:
c) misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, come previsto all'articolo 65».

A sua volta, l'art. 65 TCE²²⁸, richiamato anche dal considerando n. 2 del regolamento, così disponeva:

«Le misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere, da adottare a norma dell'articolo 67 e per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno, includono:

- a) il miglioramento e la semplificazione:
- del sistema per la notificazione transnazionale degli atti giudiziari ed extragiudiziali,
 - della cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova,

²²⁴ Lo "home country control principle". Si veda *Financial services: Commission welcomes Council adoption of Directive*, cit.

²²⁵ Si veda WESSELS, *The Future European Union Legislative Framework*, cit., 51.

²²⁶ Corrispondente all'attuale Titolo V TFUE: "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia".

²²⁷ Le previsioni dell'art. 61 TCE sono riprese nell'attuale art. 67 TFUE.

²²⁸ Le previsioni dell'art. 65 TCE sono riprese nell'attuale art. 81 TFUE, contenuto nel Titolo V, Capo III: "Cooperazione giudiziaria in materia civile".

Capitolo I

- del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, comprese le decisioni extragiudiziali;
- b) la promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale;
- c) l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri».

Pertanto il regolamento 1346 si basa sul principio di reciproca fiducia tra gli ordinamenti, che ha permesso di attuare la cooperazione giudiziaria tra Stati membri.

Diversamente, la direttiva si fonda sul Titolo III: “Libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali”²²⁹, Capo II: “Il diritto di stabilimento” dell’allora TCE e, in particolare, sull’art. 43, il quale dispone(va)²³⁰:

«Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro.

La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 48, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali».

Inoltre, il preambolo della direttiva richiama l’allora art. 47(2) del TCE²³¹ che, nella parte che ora rileva, così disponeva:

«2. In ordine alle stesse finalità, il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251 stabilisce le direttive intese al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all'accesso alle attività non salariate e all'esercizio di queste. ...».

(iv) Molteplici iniziative sono state e sono tuttora portate avanti dalla Commissione europea nel tentativo di prevedere all’interno dell’Unione una disciplina anche delle crisi dei gruppi bancari multinazionali. Un forte impulso in

²²⁹ Corrispondente all’attuale Titolo IV.

²³⁰ Così WESSELS, *The Future European Union Legislative Framework*, cit., 51. L’art. 43 TCE corrisponde all’attuale art. 49 TFUE.

²³¹ La cui previsione è oggi ripresa nell’art. 53 TFUE.

questa direzione è pervenuto dal *High Level Group on Financial Supervision in the EU*, guidato da Jacques de Larosière, che ha pubblicato un rapporto nel mese di febbraio del 2009, in cui si sottolineava la necessità di colmare la mancanza, a livello europeo, di una disciplina per la risoluzione delle crisi all'interno del Mercato Unico²³². Alla raccomandazione n. 13 si legge:

«*The Group calls for a coherent and workable regulatory framework for crisis management in the EU:*

- ... *a transparent and clear framework for managing crises should be developed;*
- *all relevant authorities in the EU should be equipped with appropriate and equivalent ... crisis intervention tools;*
- *legal obstacles which stand in the way of using these tools in a cross-border context should be removed, with adequate measures to be adopted at EU level».*

(a) Già in precedenza la Commissione europea si era mossa nel tentativo di colmare tale lacuna promuovendo, nel mese di maggio del 2007, una consultazione pubblica²³³ al fine di valutare, *inter alia*, se il campo di applicazione della direttiva 2001/24/CE avrebbe potuto essere esteso ai gruppi bancari multinazionali. I risultati di tale consultazione²³⁴ avevano rivelato un tendenziale favore, tra coloro che hanno risposto, ad un'estensione dell'ambito di applicazione della direttiva nel senso indicato²³⁵. La medesima consultazione ha anche sollecitato la formulazione di osservazioni con riguardo alla trasferibilità degli attivi di un gruppo da una società all'altra dello stesso, durante le situazioni di crisi, questione su cui è stato poi pubblicato un ulteriore rapporto nel mese di novembre dell'anno successivo²³⁶.

²³² THE HIGH LEVEL GROUP ON FINANCIAL SUPERVISION IN THE EU, Chaired by Jacques de Larosière, *Report*, Brussels, 25 febbraio 2009, p. 34, disponibile a: http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf (visitato il 6.1.2014).

²³³ COMMISSIONE EUROPEA, "Public consultation on the reorganization and winding-up of credit institutions", maggio 2007, disponibile a: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/windingup/consultation_questionnaire_en.pdf (visitato il 6.1.2014).

²³⁴ I risultati ed un rapporto relativo agli stessi sono rispettivamente consultabili ai seguenti indirizzi: <https://circabc.europa.eu/faces/jsp/extension/wai/navigation/container.jsp> e http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/windingup/spc_en.pdf (visitati il 6.1.2014). I risultati stessi sono stati poi inclusi nella relazione presentata dalla Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, ai sensi dell'art. 156 c. 3 della direttiva 2006/48/CE relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio.

²³⁵ Le specifiche proposte avanzate da coloro che hanno risposto alla consultazione saranno analizzate nei capitoli seguenti.

²³⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Commission services' report on 'asset transferability'*, 14 novembre 2008, disponibile a: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/windingup/rep141108_en.pdf (visitato il 6.1.2014). Anche tale questione sarà trattata più estesamente nei capitoli seguenti.

(b) A ciò ha fatto seguito, nel mese di ottobre del 2009, una Comunicazione della Commissione, relativa alla possibile creazione di un quadro europeo per la risoluzione (in tre fasi eventuali: “*early intervention*”, “*resolution*” e “*insolvency*”²³⁷) delle crisi transnazionali nel settore bancario, con particolare riferimento ai gruppi e alla trasferibilità degli attivi all’interno degli stessi durante una situazione di crisi²³⁸. Il programma di lavoro proposto nella Comunicazione è stato ritenuto da alcuni particolarmente ambizioso, in particolare alla luce della complessità della materia²³⁹. Le parti interessate, invitate a fare pervenire le proprie osservazioni entro il 20 gennaio 2010, hanno tendenzialmente approvato le proposte avanzate dalla Commissione²⁴⁰.

Sulla base di questi documenti, nel mese di ottobre del 2010, la Commissione ha rilasciato una nuova comunicazione, concernente le principali questioni che si pongono in relazione alla prevenzione, alla gestione e alla risoluzione delle crisi bancarie, che avrebbe poi inserito in una proposta legislativa in via di preparazione. Con riferimento ai gruppi, particolare attenzione è data alla questione del coordinamento tra le autorità dei diversi Stati (sia Stati membri che Stati terzi). Infine, sono fissati gli obiettivi dei futuri interventi: nel breve termine, la verifica della necessità di un’ulteriore armonizzazione delle discipline nazionali dell’insolvenza bancaria, nel lungo termine, lo studio di un modello maggiormente integrato, eventualmente anche attraverso l’istituzione di un’autorità a livello europeo²⁴¹. Nel mese di gennaio del 2011, è stata nuovamente promossa una consultazione pubblica relativa ai dettagli tecnici della proposta contenuta nella Comunicazione del 2010.

²³⁷ V. p. 4 della Comunicazione.

²³⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Communication from the Commission*, COM(2009) 561, *cit.*

²³⁹ JOOSEN, *Early Intervention Measures for Banks*, *cit.*, 25.

²⁴⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Overview of the results of the public consultation on an EU framework for Cross-border crisis management in the banking sector*, 11 marzo 2010, disponibile a: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2009/banking_crisis_management/replies_summary_en.pdf (visitato il 6.1.2014). I dettagli saranno analizzati nei capitoli seguenti.

²⁴¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Central Bank, An EU Framework for Crisis Management in the Financial Sector*, 20 ottobre 2010, COM(2010) 579 final, disponibile a: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/crisis-management/framework/com2010_579_en.pdf (visitato il 6.1.2014).

Il fallimento di gruppi bancari multinazionali: identificazione del problema

(c) Nel mese di aprile del 2010 sono stati pubblicati, a cura dello studio legale belga Demolin Brulard Barthelemy, incaricato dalla Commissione europea, due documenti relativi a, rispettivamente, (i) la possibilità di ridurre gli ostacoli al trasferimento di attivi all'interno di un gruppo bancario durante una situazione di crisi²⁴² e (ii) una possibile disciplina delle misure di *pre-insolvency*, *early intervention*, *reorganization* e *liquidation*, con specifico riferimento ai gruppi bancari²⁴³.

(d) Devono anche essere ricordati, da un lato, il vertice organizzato il 19 marzo 2010, in cui si discusse di “*cross-border crisis management*”, con particolare riferimento, *inter alia*, a: (i) “[*m*]aking bank resolution effective for cross-border banks” e (ii) “[*i*]nsolvency framework: coordination or integration?”²⁴⁴ e, dall'altro, l'istituzione di un *Insolvency Law Group of Experts* (ILEG), con il compito di coadiuvare i lavori preparatori e lo sviluppo ulteriore di un regime di gestione delle crisi bancarie all'interno dell'Unione.

(e) Da ultimo, il 6 giugno 2012, la Commissione europea ha pubblicato una “Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro di risanamento e di risoluzione delle crisi degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica le direttive del Consiglio 77/91/CEE e 82/891/CE, le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE e 2011/35/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010”²⁴⁵. La base giuridica della proposta è costituita dall'art. 114 TFUE che consente l'adozione di misure di ravvicinamento delle disposizioni nazionali che hanno per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno. Tale proposta contiene, finalmente, *inter alia*, una disciplina della risoluzione delle crisi dei gruppi bancari multinazionali.

²⁴² AA. VV. (DBB LAW per la Commissione europea), *Study on the feasibility of reducing obstacles to the transfer of assets*, cit.

²⁴³ AA. VV. (DBB Law per la Commissione europea), *Study on Pre-insolvency*, cit..

²⁴⁴ Si veda http://ec.europa.eu/internal_market/bank/crisis_management/index_en.htm (visitato il 6.1.2014), in cui sono pubblicati i testi delle presentazioni, un riassunto delle discussioni dei vari *panel* e le riprese video del vertice.

²⁴⁵ COM(2012) 280 final, disponibile a: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0280:FIN:IT:PDF> (visitato il 6.1.2014).

6.2 UNCITRAL

(i) Spostandosi oltre l'Unione europea, in ambito internazionale, deve essere ricordata, prima di tutto, la *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency* del 1997, che, pur non escludendo necessariamente dal proprio campo di applicazione l'insolvenza delle società bancarie²⁴⁶, non contempla, in generale, l'ipotesi dell'insolvenza dei gruppi di società (sia commerciali che di qualsiasi altra natura) e dunque le sue previsioni hanno un'applicabilità limitata nei casi di insolvenza di gruppi multinazionali²⁴⁷. Questo però non impedisce di considerare alcuni principi e tratti della disciplina posta dalla Legge e dalla Guida ad essa relativa²⁴⁸, che rimangono validi a prescindere dalla natura del soggetto sottoposto alla procedura di insolvenza, come ad esempio l'identificazione del COMI, la cooperazione tra autorità e la discrezionalità nel prestare aiuto ad autorità straniera²⁴⁹.

La Legge Modello offre agli Stati, pur rispettando le differenze presenti nelle normative interne di ciascuno di essi e senza mirare ad un'uniformazione della disciplina sostanziale dell'insolvenza, soluzioni per la regolamentazione dei casi di insolvenza transnazionale, intesi quali casi in cui il debitore insolvente ha beni in più di uno Stato o in cui alcuni dei creditori del debitore insolvente non provengono dallo Stato in cui è stata aperta la procedura fallimentare. I principali aspetti trattati dalla Legge Modello sono (i) l'assistenza ad un'autorità straniera nell'ambito di un procedimento che si svolge nel foro, (ii) la possibilità, per i commissari liquidatori o i curatori fallimentari stranieri, di accedere ad una procedura di insolvenza che ha luogo in un altro Stato, (iii) il riconoscimento di procedimenti stranieri, (iv) il coordinamento dei procedimenti che riguardano un medesimo debitore, (v) i diritti dei creditori stranieri e (vi) la cooperazione tra le autorità di Stati diversi.

²⁴⁶ Si veda l'art. 1(2) della Legge Modello.

²⁴⁷ Deve tuttavia segnalarsi fin da subito che la Legge Modello è stata recepita da un numero esiguo di Stati: Ad oggi (6/1/14) 19 Stati. Elenco aggiornato disponibile a: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html (visitato il 6.1.2014).

²⁴⁸ Il riferimento è alla *Guide to enactment* che segue immediatamente la Legge modello.

²⁴⁹ INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), *Resolution of Cross-Border Banks*, cit., 17.

Il fallimento di gruppi bancari multinazionali: identificazione del problema

(ii) Nel 2009 è stata poi adottata la *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*²⁵⁰, destinata a fornire ai giudici e ai pratici informazioni sulla cooperazione e sugli scambi di informazioni nei casi di insolvenza transnazionale. Si basa sulla descrizione e sull'analisi di alcuni accordi, della più varia natura, realmente conclusi a livello internazionale, in occasione di casi verificatisi all'incirca nel corso dei dieci anni precedenti, sia tra le parti del procedimento fallimentare che tra i giudici, con lo scopo di dimostrarne la grande utilità e praticità, legate soprattutto al fatto che tali accordi permettono di risolvere ciascuna situazione tenendo conto delle specifiche necessità che in concreto si presentano.

(iii) Infine, grande interesse riveste per lo studio che sarà condotto la *Legislative Guide on Insolvency Law* e, in particolare, la sua parte terza, pubblicata nel mese di luglio del 2010, che si occupa di *Treatment of enterprise groups in insolvency*²⁵¹. Deve segnalarsi, tuttavia, che nell'ambito di applicazione dell'intera Guida non rientrano le società che svolgono attività particolari, tra cui, per quanto qui interessa, le banche²⁵².

La parte terza di cui si è detto mira a fare luce su quegli aspetti della disciplina fallimentare che, in relazione ai gruppi di società, devono essere distinti da o aggiunti rispetto alla disciplina fallimentare dettata per le singole società, così che, per quanto non espressamente disposto dalla parte terza, valgono le previsioni contenute nelle parte seconda della Guida Legislativa medesima²⁵³. La terza parte è suddivisa in tre capitoli, nel primo dei quali sono svolte considerazioni di carattere generale sui gruppi di società, mentre nel secondo e nel terzo questi ultimi, rispettivamente interni ad un solo Stato e multinazionali, sono considerati nell'ottica

²⁵⁰ UNCITRAL, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, 2009, disponibile a: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Practice_Guide_Ebook_eng.pdf (visitato il 6.1.2014).

²⁵¹ UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law, Part three, cit.*

²⁵² Parte III della Guida Legislativa, p. 4. Si vedano anche le raccomandazioni 8 e 9 della parte II della Guida Legislativa e la nota 6 alla Raccomandazione 9, secondo la quale «banks ... may require specialized treatment that can appropriately be provided in a separate insolvency regime or through special provisions in the general insolvency law».

²⁵³ UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, 2004, disponibile a: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf (visitato il 6.1.2014), 38 ss. Si veda UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law, Part three, cit.*, 3.

del fallimento. Il terzo capitolo assume quale punto di partenza la Legge Modello²⁵⁴ e la *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*²⁵⁵.

L'obiettivo di questa parte della Guida Legislativa è permettere che l'insolvenza di una o più società possa essere affrontata alla luce della dimensione di gruppo di cui fanno parte, al fine di tenere conto delle relative peculiarità e di raggiungere i migliori risultati possibili, a tutela dell'interesse tanto del gruppo medesimo che dei suoi creditori. Il modello adottato, quale regola generale, è quello territorialista, mentre solamente in via di eccezione è possibile adottare una soluzione universalista²⁵⁶.

In particolare, si mira a promuovere gli obiettivi che la Raccomandazione n. 1, contenuta nella Parte I della Guida Legislativa aveva considerato essenziali al fine della previsione di una disciplina fallimentare adeguata e a gestire in modo più efficace, nel contesto della Raccomandazione n. 5 («*The insolvency law should include a modern, harmonized and fair framework to address effectively instances of cross-border insolvency ...*»), i casi di insolvenza transnazionale dei gruppi di società²⁵⁷.

(iv) A seguito di una proposta della Svizzera formulata nel mese di aprile del 2010, anche l'UNCITRAL sta ora valutando la possibilità di occuparsi del fallimento internazionale dei grandi conglomerati finanziari.

6.3 Financial Stability Board

Un ruolo primario nello studio dell'insolvenza internazionale dei gruppi bancari è rivestito anche dal Financial Stability Board, istituito nel mese di aprile del 2009 quale successore del Financial Stability Forum. Quest'ultimo era stato fondato a Bonn nel 1999 dai ministri delle finanze del G-7 e dai governatori delle banche centrali, a seguito di un suggerimento in tal senso ricevuto da Hans Tietmeyer, allora presidente della Deutsche Bundesbank, al quale era stato chiesto un parere su un'ipotetica struttura per rafforzare a livello internazionale la cooperazione tra le autorità di vigilanza e le istituzioni finanziarie, al fine di promuovere stabilità nel complessivo sistema finanziario internazionale. Si era riunito per la prima volta a

²⁵⁴ Su cui v. *supra* § 6.2.

²⁵⁵ UNCITRAL, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, cit.

²⁵⁶ MAZZONI, *Cross-border insolvency*, cit., 759.

²⁵⁷ UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law, Part three*, cit., 3.

Il fallimento di gruppi bancari multinazionali: identificazione del problema

Washington nel mese di aprile del 1999, con la partecipazione di autorità nazionali responsabili della stabilità finanziaria presso i ministeri delle finanze, le banche centrali e le autorità di vigilanza; di collegi di regolamentazione e di vigilanza a livello internazionale responsabili di particolari settori ed impegnati a sviluppare *standard* e codici di buona condotta; di istituzioni finanziarie internazionali incaricate della sorveglianza dei sistemi finanziari domestici e internazionali e del controllo ed incoraggiamento dell'implementazione di detti *standard*; di comitati di esperti di banche centrali interessati alle infrastrutture ed al funzionamento del mercato.

Nel mese di novembre del 2008, i *leader* del G-20 chiedevano un aumento del numero di membri del FSF, al fine di accrescerne i poteri e l'influenza sulla stabilità finanziaria. Così, l'FSF a partecipazione allargata divenne l'FSB, con anche un mandato più ampio. Riunisce autorità nazionali responsabili della stabilità finanziaria in centri finanziari internazionali di massima importanza, in istituzioni finanziarie internazionali, in collegi di regolamentazione e di supervisione stabiliti a livello internazionale per specifici settori di attività e comitati di esperti delle banche centrali. Il segretariato ha sede a Basilea, ospitato dalla *Bank for International Settlements*. Il mandato del FSB consiste nell'identificare le fragilità del sistema finanziario e le misure necessarie per farvi fronte; promuovere il coordinamento e lo scambio di informazioni tra le autorità responsabili della stabilità finanziaria; monitorare e dare consigli in relazione agli sviluppi del mercato ed alle implicazioni per le *policy* di regolamentazione, nonché sulla migliore pratica per conformarsi agli *standard* di regolamentazione; incoraggiare l'istituzione di collegi di risoluzione; gestire piani di emergenza per la gestione delle crisi transfrontaliere, in particolare con riguardo a enti rilevanti per il sistema; collaborare con il Fondo Monetario Internazionale nella conduzione di "*Early Warning Exercises*"²⁵⁸.

Della ampia attività del FSF/FSB, in questa sede interessano i *Principles for Cross-border Cooperation on Crisis Management* del 2 aprile 2009²⁵⁹, che saranno analizzati nel capitolo II, e i *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for*

²⁵⁸ Le informazioni fino a qui riportate sono state reperite sul sito del FSB:

<http://www.financialstabilityboard.org/index.htm> (visitato il 6.1.2014).

²⁵⁹ FINANCIAL STABILITY FORUM, *FSF Principles for Cross-border Cooperation on Crisis Management*, 2 aprile 2009, disponibile a: http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_0904c.pdf (visitato il 6.1.2014).

Financial Institutions del mese di ottobre del 2011²⁶⁰, di cui si darà conto nel capitolo III. Periodicamente, il FSF, prima, ed ora il FSB pubblicano inoltre rapporti relativi allo stadio di sviluppo dell'implementazione dei principi contenuti in tali documenti.

6.4 Basel Committee on Banking Supervision

Altro organismo rilevante è la *Basel Committee on Banking Supervision* (BCBS), nota in Italia con il nome di “Comitato di Basilea”, istituita alla fine del 1974, dai governatori delle banche centrali degli Stati del Gruppo dei Dieci, a seguito di gravi instabilità monetarie e del settore bancario a livello internazionale, e in particolare a seguito del fallimento, nella Germania dell'ovest, della Bankhaus Herstatt. All'interno del Comitato, i Paesi sono rappresentati dalle proprie banche centrali, così come dalle autorità formalmente incaricate della vigilanza prudenziale sulle banche, qualora questa non sia svolta dalle prime. Al fine di stimolare la partecipazione di un numero sempre più elevato di Stati ai lavori del Comitato, quest'ultimo ha sempre incoraggiato i contatti e la cooperazione tra i propri membri e le altre autorità di vigilanza delle banche. Scopo del Comitato di Basilea è incentivare la vigilanza bancaria a livello mondiale, migliorandone nel contempo la qualità. Tuttavia, non esistendo formalmente un'autorità sovranazionale di vigilanza, il Comitato si limita ad elaborare *standard* e linee guida e a raccomandare alle singole autorità nazionali l'adozione di misure di buona pratica, attraverso adeguati mezzi di recepimento che consentano di tenere conto delle peculiarità di ciascun ordinamento. In sostanza, si tratta di una produzione normativa di “*soft law*”²⁶¹, con cui si tenta di incoraggiare la convergenza verso approcci e *standard* comuni, senza invece mirare ad una specifica armonizzazione delle normative nazionali. Attualmente costituisce un centro per la regolare cooperazione, tra gli Stati parte, su questioni, appunto, di vigilanza bancaria²⁶². Il Segretariato del Comitato è messo a disposizione dalla già ricordata *Bank for International Settlements*.

²⁶⁰ FINANCIAL STABILITY BOARD, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, ottobre 2011, disponibile a: http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104cc.pdf (visitato il 6.1.2014).

²⁶¹ Così, ad es., SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, Milano, 2008, 508.

²⁶² BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *History of the Basel Committee*, cit.

Il fallimento di gruppi bancari multinazionali: identificazione del problema

(i) Tra gli studi pubblicati dalla BCBS, il primo che deve essere ricordato è un rapporto del mese di dicembre del 1992 che analizza l'allora recente fallimento della Bank of Credit and Commerce International S.A. (BCCI S.A.), intitolato "*The Insolvency Liquidation of a Multinational Bank*"²⁶³, noto anche come "*the Patrikis Report*". Prendendo come punto di riferimento tale caso, il documento identifica, con l'obiettivo di coadiuvare l'attività delle autorità di vigilanza dei diversi Stati, una serie di profili in relazione a cui si potrebbero verificare incertezze e conflitti in occasione della liquidazione di una banca multinazionale. In quest'ottica ha sottolineato (i) la necessità che le autorità di vigilanza dei diversi Stati coinvolti tengano conto della natura e delle tempistiche degli scambi di informazioni; (ii) il legame esistente tra la natura delle norme che disciplinano la liquidazione di una banca multinazionale e le modalità con cui viene svolta l'attività di vigilanza sulla stessa; (iii) il ruolo che, da un lato, le differenze presenti nelle normative fallimentari e, dall'altro, il coordinamento e la cooperazione tra i curatori o tra i commissari liquidatori possono svolgere nel determinare l'ammontare delle somme che verranno restituite ai depositanti e agli altri creditori della banca al termine della procedura di liquidazione; (iv) l'influenza che le autorità di vigilanza possono avere sul coordinamento e sulla cooperazione tra i curatori o tra i commissari liquidatori²⁶⁴.

(ii) Nel mese di dicembre del 2007, è stato poi istituito un gruppo di lavoro, il *Cross-Border Bank Resolution Group*, a cui è stato affidato il compito di studiare gli aspetti relativi alla liquidazione di banche attive a livello internazionale oppure di banche parti di gruppi multinazionali²⁶⁵. Nel dicembre 2008, il Comitato di Basilea chiedeva al Gruppo di ampliare l'ambito della propria analisi, estendendola agli sviluppi e alle procedure di gestione e risoluzione delle crisi più recenti, con specifico riferimento allo studio dei casi concreti occorsi.

La creazione di tale Gruppo rappresenta la formalizzazione di alcuni incontri che si erano tenuti, appunto in via informale, a partire dal mese di dicembre del 2006, con lo scopo di analizzare gli strumenti normativi applicabili, all'interno di alcuni dei più rilevanti sistemi giuridici, alle istituzioni finanziarie attive a livello

²⁶³ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *The Insolvency Liquidation of a Multinational Bank*, dicembre 1992, disponibile a: <http://www.bis.org/publ/bcbssc333.pdf> (visitato il 6.1.2014).

²⁶⁴ Si veda il documento alle pag. 1 s.

²⁶⁵ Si veda la n. 2 del *Report*. Pertanto l'ambito di applicazione dello studio commissionato al gruppo è più ampio di quello del presente lavoro.

internazionale, al fine di (i) sviluppare una migliore comprensione della cornice normativa ed operativa e delle questioni che sarebbero potute sorgere nella gestione e nella risoluzione delle crisi che coinvolgono i grandi conglomerati finanziari, (ii) identificare aree di possibile contrasto e (iii) sottolineare la necessità di un coordinamento ulteriore.

Un documento consultivo pubblicato dal Gruppo nel mese di settembre del 2009²⁶⁶, rileva che i meccanismi allora esistenti per la risoluzione delle crisi, essendo in maggioranza rivolti ad un ambito domestico e a minimizzare le perdite a carico degli azionisti locali, non erano assolutamente adatti a risolvere grossi problemi a livello transnazionale. A ciò si aggiungeva che la mancanza di un meccanismo internazionalmente condiviso che permettesse di suddividere tra i diversi Stati coinvolti l'onere fiscale legato a tali crisi. Il *report* finale curato da tale Gruppo, pubblicato nel mese di marzo del 2010²⁶⁷, dopo avere analizzato alcuni casi di insolvenza di gruppi bancari e avere ricostruito i tratti salienti dei modelli territorialista e universalista, formula, in una prospettiva “*middle ground*”, una serie di raccomandazioni concrete e pratiche per affrontare i punti deboli dei sistemi di gestione e risoluzione²⁶⁸ delle crisi, facendo tesoro di quanto appreso dalla recente (e ancora in corso?) crisi finanziaria globale²⁶⁹. Un certo impulso nella preparazione del Rapporto era pervenuto dal Gruppo di Lavoro del G-20 dedicato a “*Reinforcing International Cooperation and Promoting Integrity in Financial Markets*” il quale aveva appunto auspicato che il Comitato di Basilea ed il *Financial Stability Forum*²⁷⁰ “*explore the feasibility of common standards and principles as guidance for acceptable practices for cross-border resolution schemes thereby helping reduce the negative effects of uncoordinated national responses, including ring fencing*”²⁷¹.

²⁶⁶ <http://www.bis.org/publ/bcbs162.pdf> (visitato il 6.1.2014).

²⁶⁷ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Report and Recommendations*, cit. Secondo il Fondo Monetario Internazionale, tale Report è, tra le diverse iniziative avutesi nell'ambito della risoluzione delle crisi transfrontaliere, la più importante (Resolution Framework, 14).

²⁶⁸ Nel Report, il termine risoluzione è inteso in senso ampio e ricomprende ogni forma di intervento per la gestione di problemi finanziari di un ente, che ne mettono in pericolo la sopravvivenza.

²⁶⁹ CHAN HO - LASTRA, *International Developments*, cit., 207 ss.

²⁷⁰ Su cui v. *supra* § 6.3.

²⁷¹ G-20 Working Group on Reinforcing International Cooperation and Promoting Integrity in Financial Markets (WG2), *Final Report*, 27 marzo 2009, 5, disponibile a: http://www.astrid-online.it/Dossier--d1/Documenti/The-London/G20_wg2_27_03_09.pdf (visitato il 6.1.2014).

6.5 Fondo Monetario Internazionale

Un ulteriore attore di primaria importanza, a livello internazionale, (anche) nel campo dell'insolvenza dei gruppi bancari è il Fondo Monetario Internazionale ("IMF", secondo l'acronimo anglosassone).

(i) Congiuntamente alla Banca Mondiale, il Fondo ha pubblicato, nel mese di aprile del 2009, un documento, assai favorevolmente accolto dalla dottrina²⁷², intitolato *An Overview of the Legal, Institutional, and Regulatory Framework for Bank Insolvency*²⁷³. Esso si colloca all'interno di un più ampio progetto del Fondo e della Banca relativo alla stabilità del settore finanziario, attraverso il quale sono stati condotti degli studi, *inter alia*, sulla gestione di strumenti finanziari complessi nell'ambito di un procedimento di insolvenza, sullo scambio di informazioni tra le autorità di vigilanza delle banche dei diversi Stati e sulla vigilanza e sull'intervento delle autorità in caso di insolvenza transnazionale. Il documento tiene conto degli studi intrapresi dalle altre organizzazioni e istituzioni internazionali, tra cui viene espressamente ricordato, nella prefazione, quello del *Cross-border Bank Resolution Group* del Comitato di Basilea²⁷⁴, e con cui il Fondo Monetario si impegna a coordinarsi e a lavorare a stretto contatto.

Il documento indaga quali debbano essere le principali caratteristiche legislative, istituzionali e regolamentari che uno Stato dovrebbe possedere al fine di potere affrontare in modo efficace le situazioni di crisi delle banche, sia in una situazione di stabilità finanziaria del sistema (parte I) che in una situazione di crisi (parte II), stimolando - in relazione a questa seconda parte - una discussione su pratiche ancora in fase di evoluzione. Punto di partenza della prima parte dello studio è un rapporto proveniente dalla "*Global Bank Insolvency Initiative*"²⁷⁵, di cui la seconda parte invece rappresenta un ampliamento ed un aggiornamento di alcuni capitoli. Il fallimento delle banche e dei gruppi bancari multinazionali è tuttavia escluso dal campo di applicazione del documento, che si occupa solo di banche

²⁷² Si veda, ad es., CAMPBELL - LASTRA, *Definition of bank insolvency*, cit., 37.

²⁷³ IMF - WORLD BANK, *An Overview of the Legal*, cit.

²⁷⁴ Che poi terminerà con il rapporto del marzo del 2010: v. *supra* § 6.3.

²⁷⁵ Iniziativa congiunta del FMI e della Banca Mondiale, avviata nel 2002.

interne²⁷⁶ e che richiama, per il fallimento transnazionale, proprio i lavori del Comitato di Basilea²⁷⁷.

(ii) Nel mese di giugno del 2010, il Fondo ha poi pubblicato un documento intitolato “*Resolution of Cross-Border Banks - A Proposed Framework for Enhanced Coordination*”²⁷⁸, che si basa sui lavori del Gruppo di Basilea e dell’UNCITRAL sopra ricordati e di cui rappresenta uno sviluppo ulteriore. In particolare, per quanto riguarda le iniziative in ambito UNCITRAL, il Fondo riconosce che, in via generale, esse non possono essere applicate in campo bancario, essendo state concepite in riferimento a società commerciali, ma tuttavia identifica due aspetti comunque rilevanti: in primo luogo il fatto che, in base alla disciplina proposta dall’UNCITRAL, i giudici sono tenuti a riconoscere l’esistenza di procedimenti fallimentari svoltisi in altri Stati, ma sono liberi di decidere il grado di deferenza che presenteranno nei confronti delle rispettive decisioni o richieste; in secondo luogo, il fatto che l’UNCITRAL abbia cercato di affrontare gli ostacoli che potrebbero frapporsi al coordinamento dei procedimenti²⁷⁹. L’inizio dei lavori che hanno condotto all’elaborazione di tale documento deve essere fatta risalire all’impulso ricevuto dai *leader* del G-20 in occasione del vertice tenutosi a Londra nel mese di aprile del 2009, durante il quale era rinnovato l’accordo nel senso di supportare i ripetuti sforzi sostenuti dal Fondo stesso, dal *Financial Stability Board*, dalla Banca Mondiale e dal Comitato di Basilea per lo sviluppo di una disciplina internazionale che fungesse da punto di riferimento per la conclusione, a livello transnazionale, di accordi di riorganizzazione dei gruppi bancari in crisi²⁸⁰. Nella riunione tenutasi a Pittsburgh nell’ottobre del 2009, i medesimi *leader* avevano poi auspicato lo sviluppo di «*resolution tools and frameworks for the effective resolution of financial groups to help mitigate the disruption of financial institution failures and reduce moral hazard in the future*»²⁸¹. A sua volta, il Gruppo dei 20 era stato previamente

²⁷⁶ Si veda il documento a p. 3 s.

²⁷⁷ Si veda il documento a p. 14, n. 3.

²⁷⁸ INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), *Resolution of Cross-Border Banks*, cit.

²⁷⁹ INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), *Resolution of Cross-Border Banks*, cit., 16

²⁸⁰ Comunicato finale disponibile a: <http://www.g20.org/Documents/final-communique.pdf> (visitato il 6.1.2014).

²⁸¹ Comunicato finale disponibile a: http://www.g20.org/Documents/pittsburgh_summit_leaders_statement_250909.pdf (visitato il 6.1.2014).

esortato ad intraprendere tale attività²⁸² da un rapporto preparato nel 2008 dal *Financial Stability Board*, intitolato *Enhancing Market and Institutional Resilience*²⁸³.

6.6 Altre iniziative

Ulteriori spunti di riflessione potranno essere rinvenuti (i) nello studio condotto a seguito di un gran numero di fallimenti transfrontalieri avvenuti nei primi anni '90²⁸⁴ e pubblicato nel 2003 a cura dell'*American Law Institute* (ALI), intitolato "*Transnational Insolvency: Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries*", poi modificati dal *Global Principles Project* del 2012, coordinato congiuntamente dall'ALI e dall'*International Insolvency Institute* (III), oltreché nelle *Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases*, approvate dall'III e dall'*Insolvency Institute of Canada*, che mirano ad ampliarne il campo di applicazione e a diffonderne l'uso e nei *Prospective Principles for coordination of multinational corporate group in insolvencies* sempre dell'*International Insolvency Institute*; ed ancora:

(ii) nelle quattordici raccomandazioni e nel rapporto pubblicati nel 1998, dal Gruppo dei trenta (G-30), a seguito del fallimento della Barings Bank, che trattano alcune delle principali questioni che si pongono in relazione al fallimento dei grandi conglomerati finanziari, focalizzandosi in particolare sulla necessità di rafforzare la cooperazione tra le autorità competenti²⁸⁵;

(iii) nella disciplina che l'ordinamento italiano ed eventualmente altri ordinamenti nazionali dettano per la crisi dei gruppi bancari interni. Considerare la disciplina dettata a livello interno per ricercare una soluzione condivisibile su di un piano internazionale è stata la modalità secondo cui ha proceduto il V Gruppo di lavoro dell'UNCITRAL nella preparazione della parte III della Guida Legislativa²⁸⁶.

²⁸² JOOSEN, *Early Intervention Measures for Banks*, cit., 17.

²⁸³ FINANCIAL STABILITY FORUM, *Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience*, 7 aprile 2008, disponibile a: http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_0804.pdf (visitato il 6.1.2014).

²⁸⁴ DIALTI, *Cooperazione tra curatori e corti in diritto internazionale fallimentare: un'analisi comparata*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, 1016.

²⁸⁵ GROUP OF THIRTY, *International Insolvencies in the Financial Sector*, cit.

²⁸⁶ MAZZONI, *Cross-border insolvency*, cit., 759 s.

Per quanto concerne l'Italia, la disciplina rilevante è contenuta nel Capo II del Titolo IV del T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia, che considera il gruppo bancario in modo unitario, sia prima che durante una situazione di crisi²⁸⁷. Deve segnalarsi che si tratta di uno dei pochi ordinamenti nazionali²⁸⁸ ad avere previsto una disciplina per la crisi dei gruppi bancari (interni)²⁸⁹;

(iv) nel *Model International Insolvency Cooperation Act* (MIICA), un progetto di vecchia data, lanciato da un'organizzazione non governativa, sviluppatosi sotto gli auspici della Commissione J della *Section on Business Law* dell'*International Bar Association* e approvato nel 1989 dal *Council of the Section on Business Law* e dal *Council of the International Bar Association*²⁹⁰.

Si proponeva di identificare le modalità con cui i giudici nazionali avrebbero potuto prestare assistenza in occasione di procedimenti di insolvenza condotti in altri Stati. Nonostante non abbia riscosso grande successo, ha comunque contribuito a diffondere la percezione che una legge modello avrebbe potuto rappresentare un utile strumento di ravvicinamento delle legislazioni dei diversi Stati in materia di insolvenza, di fronte alle persistenti difficoltà incontrate in relazione alla conclusione di un trattato. Inoltre, ha anche dimostrato l'importanza del coinvolgimento dei governi nazionali nei processi di negoziazione di strumenti multilaterali, in particolare laddove tali strumenti debbano poi essere attivamente recepiti a livello dei singoli Stati²⁹¹;

(v) nel *Cross-Border Insolvency Concordat*, un'altra iniziativa della *Committee J* risalente ai primi anni Novanta, con cui sono state proposte alcune soluzioni pratiche alle tradizionali questioni di diritto internazionale privato che si

²⁸⁷ ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, cit., 375 s.

²⁸⁸ KRIMMINGER, *Ending Too Big to Fail*, cit., 282: «few countries, if any, have tools for resolving domestic financial groups - as distinct from individual deposit-taking institutions - in an integrated manner in their own jurisdictions». HÜPKES, *Insolvency - why a special regime for banks?*, cit.; BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Report and Recommendations*, cit., 25.

²⁸⁹ Per un'interpretazione che consente di assoggettare alla disciplina prevista dalla direttiva anche le società estere del gruppo, si veda DE CESARI - MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., 39. Tale interpretazione è immediatamente confutata dai medesimi Autori che la hanno proposta.

²⁹⁰ COMMITTEE J, SECTION ON BUSINESS LAW, INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *Model International Insolvency Cooperation Act*, ri-stampato in BARRETT AND POWERS, *Proposal for Consultative Draft of Model International Insolvency Cooperation Act for Adoption by Domestic Legislation With or Without Modification*, in *International Business Law*, 1989, 323 ss.

²⁹¹ In questo senso si veda UNCITRAL, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, cit, 11.

Il fallimento di gruppi bancari multinazionali: identificazione del problema

pongono in relazione a casi di insolvenza transnazionale, secondo un modello dell'universalità limitata²⁹²;

(vi) nei *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes* della Banca Mondiale.

²⁹² COMMITTEE J, SECTION ON BUSINESS LAW, INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *Cross-Border Insolvency Concordat*, 17 settembre 1995, disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/396/1522.html> (visitato il 6.1.2014).

CAPITOLO II

II. LA SPONTANEA COOPERAZIONE TRA CURATORI E GIUDICI IN MANCANZA DI UNA DISCIPLINA GENERALE E ASTRATTA

L'attuale mancanza, a livello internazionale, di qualsiasi tipo di regolamentazione per i casi di fallimento dei gruppi bancari multinazionali, di cui si è dato conto nel primo capitolo, sembrerebbe comportare *prima facie* che essi debbano essere affrontati a livello statale, in modo indipendente e dunque necessariamente frammentario, da parte di ciascuno degli ordinamenti coinvolti, attraverso l'applicazione delle rispettive procedure nazionali e senza che i provvedimenti adottati possano avere effetto al di fuori dei confini dello Stato di adozione.

In effetti, questo è quanto accadeva in relazione ai fallimenti dei gruppi Fortis e Kaupthing. Diversamente, nei fallimenti della BCCI e della Lehman Brothers, nel tentativo di superare l'ostacolo dato dalla mancanza di un regime fallimentare sovranazionale, i curatori incaricati della gestione della crisi delle diverse società nei molteplici Stati coinvolti hanno tentato, per quanto possibile, di coordinare le procedure in corso.

Cooperazione si è avuta anche nel caso relativo al gruppo Dexia, costituito nel 1996 a seguito di una fusione tra una banca belga, la Crédit Communal de Belgique, ed una banca francese, la Crédit Local de France, e che aveva una significativa presenza anche in Lussemburgo e negli Stati Uniti. Nel 2008 ha cominciato a versare in una situazione di crisi ma è stato poi ricapitalizzato da enti sia pubblici che privati, tanto francesi che belgi, e dallo Stato lussemburghese. Le autorità francesi, belghe e lussemburghesi hanno intrattenuto, in via informale, comunicazioni reciproche al fine di superare l'ostacolo dato dalla molteplicità di regimi fallimentari applicabili e raggiunto una posizione comune sulle modalità di rifinanziamento, suddividendosi equamente gli oneri da sostenere¹, dimostrando così

¹ Soprattutto in termini di garanzie da prestare per assicurare al gruppo l'accesso ai finanziamenti.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina generale e astratta

l'importanza di una soluzione condivisa, per lo meno tra le banche centrali e le autorità degli Stati coinvolti². Tuttavia, oltre al fatto che, come si è detto, tali accordi sono stati conclusi in via informale e dunque non sono disponibili documenti relativi agli stessi, una procedura fallimentare nei confronti del gruppo Dexia non è mai stata aperta e pertanto la trattazione del caso esula dall'oggetto del presente studio.

In questo capitolo si darà conto di come sono stati affrontati, alla luce del sistema normativo vigente, i casi menzionati, in particolare soffermandosi su i due che più interessano da un punto di vista internazionalprivatistico, cioè quello della BCCI e quello della Lehman Brothers. Per meglio comprendere il tipo di soluzione adottata nei due casi da ultimo menzionati, oltre a tratteggiare le caratteristiche generali che gli accordi di cooperazione internazionale in materia fallimentare normalmente posseggono, saranno analizzati alcuni “*leading cases*” relativi a fallimenti di società commerciali risolti secondo modalità analoghe. Sempre in riferimento all'ambito dei fallimenti di società commerciali, saranno anche analizzati alcuni documenti di *soft law* redatti a partire dalla metà degli anni Novanta a cura di organizzazioni internazionali o di associazioni private di professionisti e/o di studiosi che offrono, a seconda dei casi, modelli, linee guida, raccomandazioni o principi per facilitare la conclusione di accordi internazionali tra curatori. Infine, sarà fatto riferimento al regolamento (CE) n. 1346/2000, quale unico strumento di *hard law* che ad oggi prevede forme di cooperazione tra i curatori della procedura principale e quelli delle procedure secondarie.

1. L'adozione del modello territorialista per i fallimenti dei gruppi Fortis e Kaupthing

Il gruppo Fortis, formato da società aventi sede in Belgio, nei Paesi Bassi e in Lussemburgo, è entrato in crisi nel 2008. Il relativo fallimento è tuttavia stato evitato attraverso una transazione con cui i Paesi Bassi hanno comprato la parte bancaria e quella assicurativa del gruppo con sede nel loro territorio, nonché la parte di ABN

² La maggior parte delle informazioni relative ai casi considerati sono state reperite in COLETON, *Banking Insolvency Regimes and Cross Border Banks – Complexities and Conflicts: Is the Current European Insolvency Framework Efficient and Robust Enough to Effectively Resolve Cross-Border Banks, Can There be a One Size Fits all Solution?*, in *Banking Insolvency Regimes and Cross Border Banks*, 2012, 69 ss.

Capitolo II

Amro che il gruppo Fortis aveva da poco acquisito. Il governo belga ha comprato la parte belga del gruppo, che era la più consistente, e, superati alcuni ostacoli posti dagli azionisti della banca³, ha poi rivenduto il 75% delle azioni a BNP Paribas. Quest'ultima ha acquisito direttamente la parte assicurativa belga del gruppo e la maggioranza delle azioni delle società controllate lussemburghesi. Nonostante la volontà iniziale fosse quella di affrontare la situazione in modo coordinato⁴, si è finito per adottare un approccio territorialista, con soluzioni autonome ed indipendenti da uno Stato all'altro. Ciò colpisce soprattutto laddove si consideri che i tre Stati coinvolti, cioè Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo, hanno una lunga tradizione di cooperazione, anche tra le autorità di vigilanza e di regolamentazione finanziaria e nello scambio reciproco di informazioni, oltre che sistemi legislativi altamente armonizzati⁵.

Kaupthing era invece una banca islandese presente con filiali e/o società del gruppo in tredici Stati. Nel mese di ottobre del 2008 il governo islandese ne ha assunto il controllo, assieme alle altre due più grandi banche islandesi, Landesbanki e Glitnir, sulla base di un *Emergency Act* emanato poco prima. Tali banche sono state suddivise in una “nuova banca”, contenente tutti i rapporti, attivi e passivi, esclusivamente domestici, e in una “vecchia banca” alla quale erano riferiti tutti gli altri rapporti; gli attivi delle società aventi la propria sede in Stati diversi dall'Islanda sono stati svenduti. Dunque anche la crisi del gruppo Kaupthing fu affrontata sulla base di un approccio nazionalistico secondo un atteggiamento c.d. di “*ring-fencing*” che ha impedito la massimizzazione del valore dell'attivo.

L'adozione di un modello territorialista non ha permesso di realizzare in modo soddisfacente quegli obiettivi tradizionalmente perseguiti attraverso una procedura fallimentare. In via generale, è stato sottolineato come tale impostazione non permette di condurre il procedimento in modo equo, efficiente e trasparente né di prevederne i costi e la durata. Rende inoltre più difficile il salvataggio del gruppo. In particolare, poi, impedisce la massimizzazione del valore dell'attivo del gruppo, che

³ Infatti, il 12 dicembre 2008, la Corte di Appello di Bruxelles sospendeva il procedimento di vendita delle azioni a BNP, accogliendo la richiesta avanzata dagli azionisti nel senso che la vendita fosse da essi previamente approvata. Inizialmente essi non approvavano le condizioni di vendita le quali erano poi modificate ed infine approvate il 12 maggio 2009.

⁴ COLETON, *Banking Insolvency Regimes*, cit., 70.

⁵ INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), *Resolution of Cross-Border Banks*, cit., 13.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina generale e astratta

invece andrebbe perseguita a beneficio di tutti i creditori dello stesso. La causa è da ricercare negli elevati costi di gestione, che sono perlomeno raddoppiati rispetto ad una situazione in cui il fallimento dell'intero gruppo sia gestito in modo unitario. A loro volta, tali costi derivano dall'elevato numero di contenziosi che devono essere risolti nell'ambito della procedura fallimentare e dalle modalità di vendita dei beni del gruppo. In relazione al primo aspetto, si tratta di controversie relative a questioni di diritto internazionale privato e processuale prima ancora che di merito, che comportano una imprevedibilità dell'esito del procedimento, in particolare con riguardo ai diritti e alle priorità dei creditori del gruppo, con il rischio che non tutti questi ultimi ricevano un eguale trattamento⁶. In relazione al secondo aspetto, è stato rilevato che una vendita dei singoli beni separatamente permette di realizzare un minor valore rispetto a quello che si potrebbe invece ottenere attraverso una vendita degli stessi all'interno di un "cross-border package"⁷. A tali note negative si aggiunge il fatto che la gestione di un fallimento di un gruppo di società, siano esse banche o società commerciali, secondo un modello territorialista puro non permette di rispettare nemmeno la reale struttura del gruppo, perché l'attivo, le responsabilità e le operazioni delle società che lo compongono raramente sono riconducibili esclusivamente all'interno dei confini di un unico ordinamento e, inoltre, spesso dipendono da transazioni e garanzie intra-gruppo, così che le corti di nessuno Stato riuscirebbero da sole ad avere un pieno ed esclusivo controllo della situazione⁸. In conclusione, la mancanza di una regolamentazione adeguata che permetta di gestire in modo efficiente le crisi dei gruppi bancari multinazionali determina di per sé un costo elevato. È pur vero che anche le discipline dettate dai singoli ordinamenti nazionali per i fallimenti interni sono spesso inadeguate, ma nelle ipotesi di insolvenze transnazionali le ripercussioni negative sono molto maggiori⁹: nei casi ricordati, le perdite sono state consistenti.

⁶ UNCITRAL, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, cit., 9.

⁷ WESTBROOK, *International Judicial Negotiation*, in *Texas International Law Journal*, 2003, 572 s. In questo senso si veda anche EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff working document – Impact assessment Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings*, 12 dicembre 2012, SWD(2012) 416 final, § 3.2.3, disponibile a: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-ia_en.pdf (visitato il 6.1.2014).

⁸ WESTBROOK, *International Judicial Negotiation*, cit., n. 31.

⁹ UNCITRAL, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, cit., 9.

2. Le caratteristiche degli accordi di cooperazione

2.1 I *Cross-Border Insolvency Protocols*

È noto che il termine “cooperazione”, riguardo ai rapporti transnazionali, può indicare diversi fenomeni. In un primo e più comune senso, indica quella cooperazione tra Stati attraverso cui sono conclusi trattati o creati altri strumenti che disciplinano le tipiche questioni del diritto internazionale privato e processuale. In un secondo senso, meno diffuso, indica una forma di cooperazione che viene attuata in assenza della prima, secondo modalità spontanee, da parte di soggetti privati diversi dagli Stati, appartenenti a più ordinamenti, che desiderano raggiungere dei risultati che non sarebbero raggiungibili altrimenti, proprio a causa dell’assenza di forme di collaborazione intergovernative¹⁰. Tale caratteristica quale mezzo per ovviare ad una mancanza di disciplina concordata a livello degli Stati è messa in luce in modo esplicito, ad esempio, nell’introduzione al *Cross-Border Insolvency Concordat* della *Committee J*¹¹, che qualifica il Concordato stesso come una “*interim measure*”, applicabile fino a che, appunto, trattati o altri accordi saranno adottati dagli Stati. In un sistema, quale è quello attuale, improntato ad un modello territorialista, la cooperazione internazionale non può che avvenire caso per caso¹² e rappresenta uno strumento essenziale per l’elaborazione, in tempi rapidi, di soluzioni appropriate per ciascuna fattispecie.

È a tali forme di cooperazione, minori ma necessarie, che è dedicato il presente capitolo.

Si tratta di forme di cooperazione che si stanno diffondendo in un numero crescente di settori del diritto. È però nell’ambito dell’insolvenza transnazionale che, da un lato, tutto è incominciato, in particolare, e soprattutto all’inizio, tra Stati Uniti e Canada¹³ e che, dall’altro, si riscontrano tuttora gli sviluppi più consistenti rispetto ad

¹⁰ DIALTI, *Cooperazione tra curatori e corti*, cit., 1010.

¹¹ Su cui v. *supra*, cap. I, § 6.6 e *infra* cap. II, § 3.1.

¹² LOPUCKI, *The case for cooperative territoriality in international bankruptcy*, in *Michigan Law Review*, 2000, 2219.

¹³ Tradizionalmente sono ricordati due casi: Supreme Court of the United States, 3 giugno 1895, *Hilton et al. v. Guyot et al.*, 159 U.S. 113 (1895) e Supreme Court of the United States, 10 dicembre 1883, *Canadian Southern Ry. Co. v. Gebhard*, 109 U.S. 527 (1883).

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina
generale e astratta

ogni altra area del diritto¹⁴, anche se permane una diffusione maggiore negli ordinamenti di *common law*.

In ambito fallimentare tale cooperazione porta alla creazione, per opera di alcuni o di tutti gli organi del fallimento, di documenti comunemente chiamati “*Cross-Border Insolvency Protocols*” o, più semplicemente, protocolli, o ancora “*cross-border insolvency agreements*”, “*insolvency administration contracts*”, “*cooperation and compromise agreements*” o “*memoranda of understanding*”¹⁵. Alcuni di essi si basano sui modelli redatti a cura di organizzazioni internazionali o di associazioni private, altri sono creati in modo spontaneo dalle parti interessate.

Quanto alla natura giuridica di tali documenti, non è ancora stato raggiunto un accordo in dottrina. Secondo alcuni si tratta di una sorta di legge fallimentare transnazionale altrimenti mancante¹⁶, secondo altri, di trattati di diritto internazionale privato fallimentare *ad hoc*¹⁷ e secondo altri ancora, di contratti conclusi tra i diversi organi del fallimento che, come ogni contratto concluso dopo l’apertura della procedura fallimentare e che eccede la normale amministrazione, deve essere approvato dal giudice¹⁸. Nemmeno l’UNCITRAL ha preso una posizione definitiva sul punto, suggerendo che possa trattarsi tanto di contratti che di provvedimenti/ordinanze del giudice che – come si vedrà – è chiamato ad approvarli¹⁹.

¹⁴ LEONARD, *The developing use of protocols in major cross-border filings*, in *American Bankruptcy Institute Journal*, 1999, 12; WARREN - WESTBROOK, *Court-to-court negotiation*, in *American Bankruptcy Institute Journal*, 2003, 28.

¹⁵ A seconda del contenuto, infine, si può eventualmente parlare di “protocolli operativi” (“*operating protocol*”) e di “accordi di distribuzione” (“*distribution agreement*”). Cfr. WESTBROOK, *International Judicial Negotiation*, cit., 572.

¹⁶ WARREN - WESTBROOK, *Court-to-court negotiation*, cit., 28.

¹⁷ FLASCHEN – SILVERMAN, *Cross-border Insolvency Cooperation Protocols*, in *Texas International Law Journal*, 1998, 589; FLASCHEN – SILVERMAN, *The Importance of Comity and Cooperation in Resolving International Insolvencies*, in LEONARD – BESANT, *Current issues in cross-border insolvency and reorganizations*, London, 1994, 44.

¹⁸ SEXTON, *Current problems and trends in the administration of transnational insolvencies involving enterprise groups: the mixed record of protocols, the UNCITRAL Model Insolvency Law, and the EU insolvency regulation*, in *Chicago Journal of International Law*, 2012, 818. L’Autore in particolare critica la posizione di Flaschen e di Silverman (v. *supra* nota precedente), ritenendo che non si possa parlare di trattati per due motivi: (i) i protocolli non sono vincolanti mentre lo sarebbero se fossero trattati; (ii) ciascun organo del fallimento può rifiutare di entrare a far parte di un protocollo.

¹⁹ UNCITRAL *Legislative Guide, part three, cit.*, § 50.

Innanzitutto, secondo la *Practice Guide* dell'UNCITRAL, possono essere o meno giuridicamente vincolanti tra le parti che li sottoscrivono oppure possono contenere disposizioni che lo sono ed altre che non lo sono²⁰, ma nella prassi sono sostanzialmente sempre intesi come accordi vincolanti²¹. La struttura, che presenta, ad esempio, delle premesse²² o delle definizioni²³, e gli effetti prodotti ricordano quelli tipici di un contratto tra privati. Alla sottoscrizione delle parti si aggiunge, nella maggior parte dei casi, un ordine di approvazione formale emesso dalle corti competenti, che ne rafforza l'efficacia, in particolare perché impedisce ad eventuali parti dissenzienti, ad esempio creditori, di minare gli effetti positivi legati al protocollo stesso, contestandone uno o più aspetti.

Il presupposto minimo indispensabile è che i sistemi normativi che di volta in volta entrano in gioco perlomeno non impediscano alle autorità amministrative o giudiziarie di intraprendere tali forme di cooperazione. Sotto questo profilo, merita attenzione la differenza di atteggiamento che hanno gli ordinamenti di *civil law* rispetto a quelli di *common law* verso la conclusione di questi protocolli²⁴. Peraltro, i protocolli sono sempre espliciti nel fare salve le disposizioni imperative in vigore nei singoli ordinamenti. Altro presupposto è un atteggiamento collaborativo da parte delle corti coinvolte²⁵.

2.2 Le forme ed i contenuti degli accordi di cooperazione

Essendo i *cross-border insolvency agreement* accordi spontanei, non esistono requisiti particolari relativi alla forma che essi devono rivestire: generalmente sono scritti ma possono anche essere orali e, a seconda delle esigenze della situazione concreta, possono essere conclusi tanto all'inizio della crisi, come per lo più avviene, che nel corso della stessa. Inoltre essi si basano e dunque garantiscono la autonomia di tutte le parti coinvolte.

²⁰ UNCITRAL, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, cit., 38.

²¹ *Idem*, 27 s.

²² Si veda il protocollo concluso in relazione al caso *Everfresh*, disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/573/1750.html> (visitato il 6.1.2014).

²³ Si veda, a mo' di esempio, il protocollo concluso in relazione al caso *Loewen: Cross-Border Insolvency Protocol for the Loewen Group Inc. and its Affiliates between the United States Bankruptcy Court for the District of Delaware (Case No. 99-1244) and the Ontario Superior Court of Justice at Toronto (Case No. 99-CI-3384)*, disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/573/1753.html> (visitato il 6.1.2014).

²⁴ Su cui v. *infra* cap. II, § 2.5.

²⁵ WARREN - WESTBROOK, *Court-to-court negotiation*, cit., 29.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina generale e astratta

La tipologia dei casi in cui sono stati utilizzati è ampia, variando da procedimenti di liquidazione a procedimenti di riorganizzazione, da casi in cui erano stati aperti più procedimenti principali, a casi in cui un procedimento principale era affiancato da uno o più procedimenti secondari, tanto nei confronti di un medesimo debitore che nei confronti di più debitori appartenenti ad un medesimo gruppo di società. Altrettanto varia la combinazione degli ordinamenti coinvolti, potendosi trattare di due o più ordinamenti di *common law* o di *civil law* o di un insieme dei due tipi.

Per quanto riguarda il contenuto, esso può essere, innanzi tutto, tanto generico che specifico. Gli accordi di cooperazione “generici” possono avere ad oggetto la semplice previsione *pro futuro* della necessità che tra le parti sia instaurata una cooperazione dai contenuti più specifici o delle modalità secondo cui tale cooperazione dovrà avvenire. Le questioni trattate nei protocolli dal contenuto specifico saranno illustrate nel prosieguo del presente paragrafo.

In secondo luogo, in un primo tempo erano frequenti forme di cooperazione dirette ad uno scambio reciproco di informazioni relative alle diverse procedure in corso, al fine di averne una visione complessiva, ad esempio attraverso uno scambio di provvedimenti o di trascrizioni dei procedimenti oppure di scritti informativi non ufficiali²⁶. A proposito di questa prima forma di cooperazione, occorre una breve digressione, soprattutto per quanto riguarda le informazioni relative alla legge che sarà applicata dai giudici stranieri ed agli effetti che ne potrebbero derivare: esse potrebbero anche essere richieste direttamente alle parti ma spesso tale soluzione, oltre che essere piuttosto costosa, non offre risultati soddisfacenti perché le parti tendono a presentare le informazioni loro richieste secondo delle modalità che in qualche modo, seppur sottile, le possa favorire. Dunque una richiesta diretta alle corti straniere pare essere una soluzione molto più attraente²⁷.

Una seconda, più avanzata variante di cooperazione, è diretta alla negoziazione di misure e soluzioni condivise²⁸. Queste sono, per lo più, di carattere procedurale, essendo tali protocolli volti a facilitare la cooperazione ed il

²⁶ UNCITRAL, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, cit., 37, 39.

²⁷ WESTBROOK, *International Judicial Negotiation*, cit., 579, 580.

²⁸ WESTBROOK, *International Judicial Negotiation*, cit., 581.

coordinamento tra due o più procedimenti fallimentari aperti in Stati diversi nei confronti di un medesimo debitore o di un debitore appartenente ad un medesimo gruppo di società e ad assistere nella gestione di detti procedimenti. Non è escluso, tuttavia, che talvolta siano affrontate anche questioni di merito.

Nello specifico, senza pretesa di esaustività, i contenuti possono riguardare (i) aspetti organizzativi/procedurali: la previsione di una procedura comune da utilizzare davanti alle corti dei diversi Stati e delle modalità con cui il deposito di documenti e di altre informazioni debba avvenire, con l'avvertenza, però, che tale coordinamento potrebbe risultare di difficile attuazione quando vi siano delle differenze nelle norme che nei singoli Stati regolano la giurisdizione interna e internazionale²⁹; la sospensione dei procedimenti; la previsione di termini di decadenza; la determinazione delle modalità di comunicazione e di esecuzione delle notifiche; la fissazione di udienze e di riunioni comuni; il coordinamento e l'armonizzazione dei piani di riorganizzazione e l'assistenza prestata in relazione agli stessi; il rinvio di questioni da un giudice ad un altro; le modalità di comunicazione tra le diverse corti; la nomina di un unico curatore fallimentare che si occupi, congiuntamente o disgiuntamente, delle procedure aperte nei confronti delle diverse società, oppure, nel caso ciò non sia possibile, il coordinamento delle attività dei diversi curatori; la legge applicabile. Altri contenuti possono riguardare (ii) le modalità di gestione degli attivi del gruppo e, in particolare, il recupero e la distribuzione degli stessi in maniera unitaria, quando ciò permetta di ottenere un ricavo maggiore rispetto a quello derivante da una vendita dei beni singolarmente considerati e in modo indipendente nei diversi ordinamenti o quando il valore degli attivi presenti in un singolo ordinamento non è sufficientemente alto da giustificare una gestione separata. (iii) Per quanto riguarda i creditori, poi, potranno essere redatte liste unificate oppure potrà essere favorita la conclusione di accordi con gli stessi nel senso di non far valere la propria pretesa in un determinato ordinamento, al fine di evitare che alcuni creditori siano, ad esempio, soddisfatti due volte, in due diversi ordinamenti; si darà loro la possibilità di fare valere le proprie pretese e un diritto di accesso diretto di fronte alla giurisdizione che ritengano più appropriata e, nel contempo, si

²⁹ Si veda, per esempio, il caso esemplificato da WESTBROOK, *The Elements of Coordination*, cit., 192.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina generale e astratta

prevedranno procedure che permettano di tenere in conto e di risolvere in tempo reale, in tutte le giurisdizioni, le pretese da essi avanzate; si favoriranno riunioni tra i comitati dei creditori, essendo improbabile che si riesca a stabilire un singolo comitato che rappresenti tutti i creditori, dal momento che gli interessi di questi ultimi probabilmente divergeranno a seconda che si tratti dei creditori di una società piuttosto che di un'altra. (iv) I protocolli possono poi disciplinare le modalità secondo cui il gruppo dovrà essere gestito nel corso della crisi, qualora si preveda una continuazione delle attività dello stesso, dunque, per esempio, prevedendo la nomina di nuovi amministratori. Infine, (v) potranno essere previste alcune disposizioni c.d. di chiusura, come ad esempio questioni strettamente legate all'accordo, quali la modifica, l'estinzione, l'interpretazione e l'efficacia dello stesso, la risoluzione delle controversie da esso nascenti, la ripartizione dei costi e delle spese; oltre a quelle di cui si è già detto e che sono sempre presenti, che escludono qualunque deroga alla competenza dei giudici e all'ordine pubblico, potranno trovarsi clausole relative alle informazioni che devono essere rese note alle altre parti e alla tutela dei diritti delle parti che non hanno sottoscritto il protocollo³⁰.

2.3 I soggetti coinvolti nella cooperazione

Come per la forma dei protocolli³¹, anche in relazione alla natura dei soggetti che prendono parte agli stessi non esistono regole definite, essendo i protocolli forme di collaborazione spontanea. In linea di principio, pertanto, promotori e parti degli stessi possono essere tutti i soggetti che, a vario modo, sono coinvolti in un procedimento di insolvenza di un gruppo: i curatori, i giudici, le società fallite e i creditori, organizzati o meno in un comitato. Se si prende ad esempio il caso *Maxwell*, la giudice statunitense Tina Brozman, nel *Final Supplemental Order Appointing Examiner and Approving Agreement between Examiner and Joint Administrators*, espressamente ha indicato tra i soggetti interessati ad un'armonizzazione dei due procedimenti in corso rispettivamente negli Stati Uniti e

³⁰ LOPUCKI, *Cooperation in International Bankruptcy: a Post-universalist Approach*, in *Cornell Law Review*, 1999, 750; WESTBROOK, *International Judicial Negotiation*, cit., 573; UNCITRAL, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, cit., 37, 39; UNCITRAL *Legislative Guide*, part three, cit., 23 s.

³¹ V. *supra* cap. II, § 2.2.

nel Regno Unito, le due corti, l'*Examiner*, i *Joint Administrators* e la società debitrice³². L'iniziativa a concludere tale tipo di accordi generalmente consiste in un incoraggiamento da parte dei giudici a che altri soggetti, cioè, nella maggior parte dei casi i curatori, attraverso forme di comunicazione diretta ed uno scambio di informazioni reciproco, raggiungano un accordo su alcuni punti centrali, limitandosi le corti a garantire l'assistenza necessaria. Secondo la *Practice Guide* dell'UNCITRAL, la possibilità che essa provenga dalle corti, che dunque verrebbero coinvolte in un momento assai anticipato, rappresenta una garanzia di successo della conclusione dell'accordo. Generalmente, tali accordi sono poi approvati dai giudici, a condizione di reciprocità di approvazione da parte delle autorità di almeno un altro tra gli ordinamenti coinvolti. Westbrook, pertanto, ha affermato che tali concessioni reciproche non possono che essere viste come il meccanismo ed il risultato di una negoziazione condotta tra autorità, a prescindere dal ruolo, probabilmente di intermediari, giocato dalle parti³³. Da un lato, l'approvazione dei protocolli da parte delle corti non sempre è presente, essendo più difficile da ottenere rispetto alla mera conclusione degli stessi da parte dei curatori³⁴. Dall'altro lato è possibile che all'approvazione dei giudici si aggiunga quella dei curatori o del comitato dei creditori³⁵. I protocolli finora conclusi hanno visto una partecipazione prevalente dei curatori e dei giudici, secondo combinazioni variabili spesso, e soprattutto negli ordinamenti di *civil law*, anche in funzione della legge applicabile e, in particolare, dei poteri che la stessa conferisce ai diversi organi. La frequente assenza dei creditori, a parte alcune eccezioni rappresentate da creditori di grandi dimensioni o da comitati di creditori, dipende dalle complessità che deriverebbero dalla negoziazione di un accordo tra un numero elevato di parti. Ad essi è però generalmente garantita la possibilità di presentare osservazioni o di opporsi al contenuto degli accordi³⁶.

³² United States Bankruptcy Court, Southern District of New York, *In Re Maxwell Communication Corporation plc*, Debtor. Chapter 11 Case No. 91 B 15741 (TLB), *Final Supplemental Order Appointing Examiner and Approving Agreement between Examiner and Joint Administrators*, in Annual Survey of Bankruptcy Law, 1994 – 1995, 96.

³³ WESTBROOK, *International Judicial Negotiation*, cit., 573.

³⁴ AMERICAN LAW INSTITUTE, *Transnational Insolvency: Cooperation among NAFTA Countries. Principles of Cooperation among the NAFTA Countries*, Huntington, Juris Publishing, 2003, 65 s.

³⁵ UNCITRAL *Legislative Guide, part three*, cit., § 48.

³⁶ UNCITRAL, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, cit., 32 s.

Tuttavia anche le parti hanno un ruolo rilevante messo in luce in un articolo apparso nel mese di marzo del 1998 sull'*American Bankruptcy Institute Journal*. In esso il giudice Farley ha esplicitamente elencato, in un passaggio piuttosto interessante, una serie di comportamenti che i giudici si aspettano che le parti, in persona dei propri legali, tengano, nei casi in cui è necessaria una collaborazione transnazionale. In primo luogo, ci si aspetta che gli avvocati delle parti contribuiscano, nella loro veste di professionisti, all'attuazione delle diverse proposte provenienti dalle autorità amministrative o giurisdizionali e che mantengano nei confronti delle corti di altri Stati un atteggiamento cooperativo e comunicativo. In generale, poi, dovranno prestare assistenza nella gestione del caso concreto, ad esempio nella traduzione dei verbali dei procedimenti, oppure informando ed aggiornando le corti di eventuali altri procedimenti che si stanno svolgendo in ordinamenti stranieri, o ancora, mantenendo un continuo contatto con i giudici stessi, qualora vi sia la necessità di modificare dei provvedimenti inizialmente emanati in una situazione di emergenza o per altre evenienze simili³⁷. C'è chi ha addirittura ritenuto opportuno che le parti non siano coinvolte ulteriormente nel processo di conclusione dei protocolli, essendo noti gli svantaggi che altrimenti ne deriverebbero: (i) la già menzionata difficoltà di raggiungere qualsiasi tipo di accordo e (ii) la parzialità delle informazioni fornite alle corti. Per tale motivo è stato auspicato che siano le corti stesse ad assumere un ruolo preminente ed attivo nella conclusione di protocolli e in generale nelle negoziazioni, di modo da rendere superfluo il ruolo giocato dalle parti³⁸.

2.4 I benefici derivanti dalla conclusione di protocolli

I benefici derivanti dalla conclusione di protocolli sono, in parte, già stati delineati indirettamente nel primo paragrafo del presente capitolo. Allora erano stati evidenziati quegli svantaggi legati all'assenza di cooperazione. Dunque, al contrario, si può ora ricordare che la cooperazione garantisce una riduzione dei costi e dunque la massimizzazione del valore degli attivi che potranno poi essere ridistribuiti ai creditori, attraverso (i) una gestione ordinata, efficace ed efficiente dei procedimenti;

³⁷ FARLEY, *A Judicial Perspective on International Cooperation in Insolvency cases*, in *American Bankruptcy Institute Journal*, 1998, 13.

³⁸ WARREN - WESTBROOK, *Court-to-court negotiation*, cit., 29.

(ii) la riduzione, nel massimo grado possibile, dei conflitti di leggi e di giurisdizioni; (iii) una maggiore prevedibilità dei risultati; (iv) la risoluzione delle pretese infragruppo secondo schemi trasparenti ed efficienti; (v) una vendita degli attivi come un complesso unitario invece che parcellizzata³⁹.

A ciò si deve ora aggiungere il beneficio derivante dall'essere i protocolli strumenti flessibili che permettono di delineare delle soluzioni *ad hoc* per ciascun caso e di ottenere, nella sostanza, effetti vicini a quelli che si otterrebbero se si adottasse un approccio universalista⁴⁰. La flessibilità è particolarmente importante in materia di insolvenza transnazionale perché in questo settore più ancora che negli altri le situazioni che possono presentarsi, ivi compresi gli interessi delle parti e le caratteristiche di ciascun ordinamento (come per esempio la legge applicabile) sono talmente varie da rendere qualsiasi regola rigida inadatta a risolverle tutte in modo soddisfacente⁴¹ oppure da rendere necessaria la modifica di alcuni termini dell'accordo nel corso del procedimento o la conclusione di un nuovo protocollo che si aggiunga al precedente.

2.5 Le difficoltà legate alla cooperazione

Due ordini di difficoltà possono incontrarsi nella conclusione dei protocolli, una di tipo giuridico e una di tipo pratico.

Incominciando dalle difficoltà di ordine giuridico, esse dipendono in primo luogo dalla necessità di garantire che la cooperazione avvenga nel rispetto dei principi di ordine costituzionale propri di ciascun ordinamento, tra cui quelli di indipendenza ed imparzialità dei giudici, del giusto processo e della riservatezza delle decisioni o relativi alle norme imperative degli ordinamenti coinvolti. Ad esempio, potrebbe essere necessario informare le parti, con una notifica appropriata,

³⁹ AMERICAN LAW INSTITUTE, *Transnational Insolvency*, cit., 23 ss.; WEIL, GOTSHAL & MANGES LLP, *Debtors' Motion Pursuant to Sections 105 and 363 of the Bankruptcy Code for Approval of a Cross-Border Insolvency Protocol*, 26 maggio 2009, disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/viewdownload/573/4339.html> (visitato il 6.1.2014), § 29; LEONARD, *The way ahead: protocols in international insolvency cases*, in *American Bankruptcy Institute Journal*, 1998, 12; FLASCHEN – SILVERMAN, *Cross-border Insolvency Cooperation Protocols*, cit., 587; UNCITRAL, *Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment*, 30 maggio 1997, §173, disponibile a: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/insolvency-e.pdf> (visitato il 6.1.2014).

⁴⁰ DI SANO, *The third road to deal with the insolvency of multinational enterprise groups*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2011, 23.

⁴¹ NADELMANN, *Solomons v. Ross and International Bankruptcy Law*, in *The Modern Law Review*, 1946, 167; UNCITRAL, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, cit., 7.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina
generale e astratta

delle operazioni che si terranno in vista della conclusione di un accordo di cooperazione e garantire loro la possibilità di assistere o intervenire alle medesime. È possibile che gli ordinamenti pongano le condizioni necessarie, ma in realtà una regolamentazione specifica spesso manca, oppure ne sono incerti i margini di efficacia oppure, ancora, Stati diversi pongono condizioni diverse: ciò limita molto la possibilità di sviluppo di tali protocolli, soprattutto negli ordinamenti di *civil law*⁴².

In secondo luogo, esistono difficoltà legate al tipo di ordinamento cui appartengono i giudici e gli altri organi tra cui la cooperazione si instaura. Infatti, in generale, quest'ultima risulta di più facile attuazione quando sono coinvolti esclusivamente ordinamenti di *common law*, all'interno dei quali le corti godono di una maggiore discrezionalità nel proprio operato. Nei Paesi di *civil law* sembra che debba necessariamente esistere una normativa di autorizzazione alla cooperazione e ciò crea il rischio che la mancanza di tale normativa pregiudichi possibili forme di cooperazione⁴³. Inoltre, quanto alle modalità pratiche, negli ordinamenti di *common law* ci si può generalmente avvalere di tutti i moderni mezzi di comunicazione disponibili, mentre in quelli di *civil law* è più facile che siano posti requisiti processuali più stringenti⁴⁴. Le maggiori difficoltà esistenti negli ordinamenti di *civil law* non hanno comunque impedito la conclusione di protocolli anche tra organi appartenenti esclusivamente a questi ultimi. Il primo e più importante protocollo tradizionalmente ricordato, concluso anche tra curatori appartenenti ad un ordinamento di *civil law* è quello relativo al caso *Nakash*⁴⁵, che ha poi facilitato la soluzione di alcune questioni che sono sorte anche nel caso *Lehman*. Un altro, ricordato dalla *UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, è quello relativo al caso *EMTEC*, sviluppatosi tra Germania e Francia⁴⁶.

⁴² WARREN - WESTBROOK, *Court-to-court negotiation*, cit., 29; WESTBROOK, *The Elements of Coordination*, cit.; UNCITRAL, *Model Law*, cit., §§ 38, 182; UNCITRAL, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, cit., 17; WESTBROOK, *International Judicial Negotiation*, cit., 569, 582 s.

⁴³ LOPUCKI, *The case for cooperative territoriality*, cit., 2219.

⁴⁴ WESTBROOK, *International Judicial Negotiation*, cit., n. 92.

⁴⁵ Su cui v. *infra* cap. II, § 5.3.

⁴⁶ Si veda UNCITRAL, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, cit., 35.

Per quanto riguarda i problemi di ordine pratico, bisogna innanzi tutto ricordare quelli di natura linguistica, derivanti dalle difficoltà di traduzione di termini tecnici, i quali, tuttavia, non sembrano irrisolvibili, considerando anche i risultati che sotto questo aspetto stanno raggiungendo alcune organizzazioni internazionali, tra cui spicca in particolare l'Unione europea. In secondo luogo possono porsi alcuni problemi legati all'atteggiamento di riluttanza o di esitazione che sicuramente in più ambienti ancora sussiste verso l'adozione di nuove forme procedurali, in particolare, verso la conduzione di comunicazioni dirette tra giudici. Ad esempio, le autorità statali non sono sempre disposti ad accettare che un organo giurisdizionale negozi con un altro organo giurisdizionale o con i curatori fallimentari stranieri e ancora meno con le parti, tanto che raramente viene espressamente dato conto del processo di negoziazione. Inoltre, le corti tendono tipicamente a concentrarsi sulle questioni che sono state poste di fronte ad esse e potrebbero essere riluttanti a prestare assistenza in altri procedimenti quando il proprio non presenta elementi di internazionalità⁴⁷. Tale atteggiamento può avere le cause più varie, da considerazioni etiche alla cultura giuridica, alle stesse differenze linguistiche o alla mancanza di familiarità con sistemi giuridici stranieri⁴⁸. A questo proposito, a favore della cooperazione, è stato sostenuto che, sebbene possa sembrare una forma di sviluppo anomala rispetto alle tradizionali forme di amministrazione dei fallimenti e della giustizia in generale, essa rappresenta pur sempre una forma di sviluppo "sana" ("healthy") e necessaria, in una realtà in cui non vi è alcuna autorità che controlli o che coordini lo svolgimento delle procedure alla pari, per esempio, della Corte Suprema degli Stati Uniti o della Corte di Giustizia dell'Unione europea⁴⁹.

Alcune delle difficoltà di cui si è dato conto sono state prese in considerazione e risolte in quegli strumenti di *soft law*, di cui si è detto e che saranno analizzati nei paragrafi che seguono, nati appunto per favorire, in vario modo, proprio la cooperazione tra corti in casi di insolvenza transnazionale. Ciò

⁴⁷ UNCITRAL, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, cit., 21.

⁴⁸ UNCITRAL *Legislative Guide, part three*, cit., 72 ss.; UNCITRAL, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, cit., 20.

⁴⁹ WESTBROOK, *International Judicial Negotiation*, cit., 569.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina generale e astratta

naturalmente non esclude che altre eventuali difficoltà dovranno essere affrontate volta per volta, man mano che si presenteranno nei casi concreti⁵⁰.

2.6 La conclusione di protocolli e il principio di *comity*

Decidere se la cooperazione internazionale in materia di insolvenza transnazionale sia espressione del principio di *comity* dipende dal significato che si attribuisce al termine stesso. A questo proposito, si può in primo luogo fare riferimento ad un recente scritto di Adrian Briggs, dedicato al principio di *comity* nel diritto internazionale privato⁵¹. Secondo la ricostruzione dell'Autore, il concetto di "comity", tipico degli ordinamenti di *common law*, ha giocato un importante ruolo nei secoli passati e, pur se non più considerato o ormai criticato da alcuni per essere un concetto indefinito e dunque utilizzabile come sorta di arma segreta, riveste tuttora un ruolo nell'assistere il giurista che debba dare una risposta a questioni in relazione alle quali una risposta ci dev'essere ma non esiste ancora. Si tratta cioè di un mezzo per affrontare questioni che sorgono in aree del diritto nelle quali è auspicabile che si sviluppino forme di cooperazione internazionale tra autorità giudiziarie ma per le quali non vi è a disposizione alcun accordo internazionale né altro meccanismo legislativo adatto. *Comity* significa piena fiducia reciproca tra istituzioni giudiziarie di diversi Stati, non interferenza con l'operato delle medesime, pieno rispetto degli atti delle stesse e della loro definitività. *Comity*, invece, non è una forma di reciprocità⁵² e pertanto, secondo la prospettiva di tale Autore, la cooperazione in materia di insolvenza transnazionale non può ricondursi al concetto di *comity*.

Nel senso che la cooperazione tra corti, nello specifico campo dell'insolvenza transnazionale, non è espressione del principio di *comity* si erano già espressi Warren e Westbrook i quali intendono tale principio in modo lievemente diverso rispetto a come è stato descritto da Briggs. Esso indicherebbe unicamente un atteggiamento di deferenza di alcune corti nei confronti di altre, dettato, sostanzialmente, da motivi di

⁵⁰ WESTBROOK, *International Judicial Negotiation*, cit., 583.

⁵¹ BRIGGS, *The Principle of Comity in Private International Law*, in *Recueil des Cours*, vol. 354, 2011, 69 ss.

⁵² Sul significato di reciprocità, peraltro, si veda la diversa impostazione di Westbrook, in questo stesso §.

cortesìa e dunque indipendentemente da qualsiasi aspettativa in relazione a futuri comportamenti di quel medesimo giudice in casi analoghi e, tantomeno, nello stesso caso. Eventualmente, nel decidere se comportarsi secondo *comity*, i giudici guarderanno al passato delle relazioni tra le due corti. Secondo gli Autori, rifarsi a tale principio in materia di insolvenza sarebbe desueto, perché chiaramente non è questo il tipo di situazione che si verifica quando i giudici di più Stati collaborano per risolvere un caso di fallimento di un gruppo di società multinazionale, in cui è necessaria una c.d. “*real-time reciprocity*”. Quest’ultima si distingue dalla tradizionale reciprocità, perché si riferisce ad un medesimo caso per la cui soluzione sono state investite le corti di più di un ordinamento e non, invece, ad una cooperazione basata su una sorta di scambio di favori, magari in relazione a casi precedentemente occorsi. La cooperazione cui il presente capitolo è dedicato è esplicitamente soggetta alla “condizionalità”, laddove invece un determinato giudice agirà ispirandosi al principio di *comity* solamente nella speranza che in futuro l’altro giudice agisca secondo dei medesimi canoni di comportamento; ma la mera speranza non può certo essere considerata una condizione di reciprocità⁵³. A titolo di esempio, per spiegare come può funzionare la “condizionalità” di cui si è detto, Westbrook ha ricordato il caso *Blanco v. Banco Industrial de Venezuela S.A.*⁵⁴. La parte attrice, una società venezuelana, aveva instaurato, di fronte alle corti di New York, nei confronti della banca convenuta, un procedimento di cui poi, a seguito del fallimento della società venezuelana stessa, il curatore fallimentare, incaricato della gestione dell’insolvenza nello Stato di origine, chiedeva la cancellazione. Gli azionisti della società intervennero chiedendo il rigetto della richiesta del curatore fallimentare, lamentando che non avrebbero potuto ottenere alcuna soddisfazione nella procedura fallimentare in corso in Venezuela. Le corti statunitensi ritennero di dover interrompere il procedimento in favore della competenza delle corti fallimentari venezuelane, in base al principio del *forum non conveniens*, ponendo però esplicitamente la condizione che queste ultime nominassero un co-curatore

⁵³ WARREN - WESTBROOK, *Court-to-court negotiation*, cit., 28 e n. 3; WESTBROOK, *International Judicial Negotiation*, cit., 569.

⁵⁴ United States Court of Appeals, Second Circuit, 30 aprile 1993, *Pedro Pablo Blanco, F. and Jesus Vasquez Mancera, as Trustees for Proyecfin de Venezuela, S.A., Plaintiffs-Appellees, Inversiones Eufates, S.A., Inversiones Gusanca, C.A., Plaintiffs-Intervenors-Appellants, v. Banco Industrial De Venezuela, S.A., Defendant-Appellee*, 997 F.2d 974.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina generale e astratta

fallimentare che potesse garantire agli azionisti una tutela adeguata. Se tale condizione non fosse stata soddisfatta, il procedimento avrebbe potuto essere riaperto negli Stati Uniti.

La prospettiva secondo cui, invece, l'utilizzo dei protocolli nel campo dell'insolvenza transnazionale è espressione del principio di *comity* è stata adottata in sede UNCITRAL e da un Autore italiano. A ben vedere, tale conclusione è stata raggiunta intendendo per “*comity*” un atteggiamento di rispetto verso la parità e l'indipendenza assoluta dei soggetti coinvolti nella conclusione dei protocolli e verso la sovranità degli Stati interessati, senza prendere specifica posizione in relazione alla questione della reciprocità⁵⁵.

3. Iniziative di *soft law* a sostegno della cooperazione

L'importanza dell'uso dei protocolli è sempre più spesso riconosciuta da parte di organizzazioni internazionali e associazioni professionali di massima importanza, le quali ne incoraggiano l'impiego e/o assistono nella relativa negoziazione⁵⁶, perlopiù attraverso di *soft law*, caratteristica che, a ben vedere, non dovrebbe impedire agli stessi di raggiungere il proprio scopo. Infatti, negli ultimi anni sono fiorite nel mondo della finanza iniziative c.d. “*non-binding*”, come ad esempio raccomandazioni, documenti pubblicati da organismi privati o codici di autocondotta, a cui i protagonisti del Mercato ed i loro consulenti legali e finanziari hanno prestato la massima attenzione⁵⁷.

3.1 Il *Cross-Border Insolvency Concordat*

Uno dei primi documenti che deve essere ricordato per avere previsto la possibilità, per le parti ed i giudici coinvolti in un fallimento internazionale, di concludere protocolli quando più procedimenti principali fossero aperti in diverse giurisdizioni è il *Cross-Border Insolvency Concordat*, redatto nel 1995 dalla

⁵⁵ DIALTI, *Cooperazione tra curatori e corti*, cit., 1015; UNCITRAL, *Model Law*, cit., § 175; UNCITRAL, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, cit., 38.

⁵⁶ DI SANO, *The third road to deal*, cit., 22; UNCITRAL, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, cit., 27.

⁵⁷ DI SANO, *The third road to deal*, cit., 23.

Committee J della *Section on Business Law* dell'*International Bar Association*⁵⁸. I lavori erano stati iniziati a seguito del caso che aveva coinvolto la società canadese Olympia & York all'inizio degli Anni Novanta⁵⁹. Esso contiene principi che hanno il pregio di essere flessibili e dunque di poter essere adattati, ad opera degli avvocati delle parti, alle esigenze del caso concreto e alle eventuali norme imperative vigenti negli Stati interessati.

In via di principio, sulla scorta di quanto era già stato fatto con il *Model International Insolvency Cooperation Act*⁶⁰, il *Concordat* avrebbe voluto idealmente favorire l'apertura di un unico procedimento principale, soluzione tuttavia irraggiungibile. Pertanto, optando per un approccio *middle ground*⁶¹, esso fornisce, per il caso in cui più procedimenti principali vengano aperti, più o meno contemporaneamente, in molteplici giurisdizioni, da un lato, principi volti a favorire il coordinamento degli stessi e delle pretese dei creditori e, dall'altro, principi utili per l'individuazione della legge applicabile, questi ultimi validi tanto nel caso in cui sia aperto un solo procedimento principale, quanto nel caso in cui ne siano aperti più di uno.

Il primo principio che qui interessa è il n. 3, che prevede alcuni diritti spettanti ai curatori ed ai creditori e alcune disposizioni relative allo scambio di informazioni. Innanzi tutto, qualora più procedimenti principali siano aperti parallelamente, è previsto che i curatori fallimentari nominati in ciascuno di essi ricevano le notifiche dei provvedimenti adottati anche negli altri procedimenti e possano comparire negli stessi. Se necessario, si potrà ricorrere ad una procedura di *exequatur* per riconoscere i poteri dei curatori negli ordinamenti diversi da quello di appartenenza. Il curatore rimane in tal modo assoggettato alla giurisdizione del giudice davanti a cui compare. Al fine di garantire che, almeno in via di principio, nessuno dei creditori subisca discriminazioni, anche ad essi è assicurato il diritto di comparire di fronte ai giudici di tutti gli ordinamenti coinvolti, a prescindere dal fatto che abbiano o meno depositato una domanda davanti agli stessi, senza però divenire, per il solo fatto di essere comparsi, soggetti alla giurisdizione di questi. Nel caso in

⁵⁸ Sul *Concordat*, in generale, v. *supra* cap. I, § 6.6.

⁵⁹ Così LEONARD, *The way ahead, cit.*, 12.

⁶⁰ V. *supra* cap. I, § 6.6.

⁶¹ ALTMAN, *A test case in international bankruptcy, cit.*, 477.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina generale e astratta

cui invece vogliono essere sentiti su questioni relative alle proprie pretese, allora saranno assoggettati alla giurisdizione del giudice interessato, ma unicamente in relazione a quelle specifiche questioni. Sempre ai creditori, poi, dovrà essere garantita la possibilità di chiedere, anche se solo per un periodo di tempo limitato, la revisione nel merito di eventuali provvedimenti (anche provvisori) adottati dai giudici di ordinamenti diversi da quello cui sono sottoposti. Le ragioni legate alla necessità della previsione di un meccanismo siffatto derivano dalla complessità delle situazioni che generalmente si verificano nei procedimenti di insolvenza transnazionale e dall'opportunità che le parti eventualmente danneggiate dai provvedimenti di cui si è detto possano chiederne la revisione nel momento in cui la situazione si è stabilizzata e le fattispecie sono state chiarite. Infine, il principio in esame prevede che le informazioni rese pubbliche in un foro lo siano anche negli altri fori e che quelle riservate in possesso di uno o più curatori siano messe a disposizione anche degli altri curatori.

Il principio n. 4 si occupa delle modalità di gestione delle pretese dei creditori e sottolinea la necessità che sotto questo aspetto ciascun giudice si coordini con gli altri, laddove necessario attraverso un protocollo. Le richieste di risarcimento dovranno, in linea di principio, essere depositate davanti ad un unico giudice e, nel caso in cui siano depositate davanti a più giudici, si dovrà avere cura di evitare che le parti ricevano più del dovuto. Tendenzialmente, a ciascun creditore deve essere concessa la possibilità di scegliere il foro più appropriato, così che tutti, come rilevato prima, siano trattati in modo equo. Tale scelta non influirà sulla legge applicabile alla pretesa stessa perché, ai sensi del Concordato, per tale aspetto dovrà essere utilizzato un unico sistema di norme di conflitto in tutti i procedimenti; tuttavia, è possibile che un foro sia ritenuto più attraente rispetto ad un altro o che un creditore privilegiato riceva un trattamento migliore ai sensi di un sistema di distribuzione piuttosto che ai sensi di un altro: infatti, in ciascun procedimento gli attivi saranno distribuiti secondo l'ordine di precedenza stabilito da ciascun ordinamento. Invece, la classificazione delle diverse pretese dei creditori dovrà essere fatta in modo coordinato da parte dei giudici dei diversi Stati coinvolti, di modo che classi di creditori assimilabili possano essere valutate comparativamente. I ricavi degli immobili dovranno essere distribuiti tra le diverse giurisdizioni in misura

Capitolo II

proporzionale ai diritti dei creditori, mentre quanto ricavato a seguito di azioni revocatorie sarà, a scelta, distribuito proporzionalmente tra le diverse giurisdizioni oppure affidato al giudice che ha ordinato la revocatoria, il quale poi si occuperà di distribuirli ai creditori.

I principi nn. 6 e 7 prevedono che i curatori di ciascun foro potranno avvalersi delle regole presenti in ciascuna delle giurisdizioni coinvolte, anche se nella propria non sono disponibili regole identiche o simili, ivi comprese quelle che disciplinano le azioni revocatorie. Ad esempio, se in uno degli Stati in cui il gruppo operava, vige una norma che permette di annullare un contratto ad esecuzione periodica o continuata che si riveli particolarmente gravoso, qualsiasi curatore coinvolto può utilizzarla a beneficio di tutti i creditori, a prescindere dal fatto che vi sia una norma di tal fatta nell'ordinamento di appartenenza. Tuttavia, a tutela della sicurezza dei traffici commerciali, tali regole non potranno essere utilizzate in modo imprevedibile. Ciò è probabilmente da intendersi come un riferimento al principio n. 8, espressamente fatto salvo dalle regole appena analizzate, il quale prevede che anche se le parti sono soggette ad una specifica giurisdizione, le norme che disciplinano l'azione revocatoria in quel foro non si applicano alle transazioni che non presentano alcun collegamento significativo con il foro stesso. Inoltre il medesimo principio stabilisce che la validità e l'ammissibilità delle pretese dei creditori, ivi comprese quelle relative ad eventuali contratti collegati o a compensazioni, dovranno essere decise in ciascun foro sulla base di una legge individuata attraverso le norme di diritto internazionale privato.

Infine, interessa il principio n. 9, ai sensi del quale la conclusione di un concordato fallimentare non è preclusa per il solo fatto di non essere prevista dalle legislazioni di alcuni ordinamenti, purché però l'esecuzione dello stesso non comporti alcuna discriminazione per le parti.

Infine, a titolo di regola generale, il *Concordat* prescrive che le aspettative delle parti non devono essere frustrate da *acta iure imperii* adottati inaspettatamente a seguito dell'apertura dei procedimenti di insolvenza.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina generale e astratta

Tra i protocolli che hanno utilizzato il Concordato come modello si ricordano tradizionalmente quelli relativi ai casi *Everfresh*⁶², *AIOC*⁶³, e, indirettamente, *Livent*⁶⁴, che riprende interamente il primo.

3.2 La Legge Modello UNCITRAL

Sulla base di un ordine meramente cronologico, deve ora essere ricordata la Legge Modello UNCITRAL del 1997⁶⁵, ed in particolare il suo capitolo IV (artt. 25 – 27), intitolato “*Cooperation with foreign courts and foreign representatives*” e indicato, dalla *Guide to enactment of the UNCITRAL Model Law*, quale “*core element*” della Legge stessa. Secondo la dottrina, la previsione espressa con cui si autorizzano corti e curatori dei diversi Stati a comunicare direttamente tra loro rappresenta l’innovazione più radicale contenuta nella Legge Modello⁶⁶.

Le norme proposte tengono conto di quanto emerso durante il secondo *Multinational Judicial Colloquium on Cross-Border Insolvency*, organizzato a New Orleans nel 1997, sotto l’egida dell’UNCITRAL e di INSOL⁶⁷. Lo scopo è favorire lo sviluppo della cooperazione soprattutto in quegli ordinamenti in cui i giudici hanno una possibilità assai limitata di agire al di fuori di espresse previsioni normative; in ogni caso, la Guida ha rilevato che, anche in quegli ordinamenti in cui non è in via di principio necessaria un’espressa autorizzazione legislativa alla cooperazione, la presenza di una cornice legislativa all’interno della quale tale

⁶² *Orders Approving Cross-Border Insolvency Protocol between Canada and the United States in Re Everfresh Beverages Inc., Ontario Court of Justice, Toronto (Mr. Justice J.M. Farley), Case No. 32-077978, (December 20, 1995) and United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York. (Hon. Burton R. Lifland), Case No. 95 B 45405, (December 20, 1995),* disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/573/1750.html> (visitato il 6.1.2014).

⁶³ *Cross-Border Liquidation Protocol in Re AIOC Corporation and AIOC Resources AG, between United States and Switzerland: United States Bankruptcy Court for Southern District Court of New York (Chief Judge Tina L. Brozman), Case Nos. 96 B 41895 and 96 B 41896, (April 3, 1998),* disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/573/1775.html> (visitato il 6.1.2014).

⁶⁴ *Cross-Border Insolvency Protocol in Re Livent Inc. between United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Hon. Arthur Gonzales), Case No. 98-B-48312, and Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Mr. Justice J.D. Ground), Case No. 98-CL-3162, (June 11, 1999),* disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/573/1754.html> (visitato il 6.1.2014).

⁶⁵ Su cui, in generale, v. *supra* cap. I, § 6.2.

⁶⁶ WESTBROOK, *The Elements of Coordination*, cit., 199.

⁶⁷ Si veda <http://www.uncitral.org/pdf/english/news/SecondJC.pdf> (visitato il 6.1.2014).

cooperazione può collocarsi rappresenta un utile elemento di supporto alla stessa⁶⁸. Negli ordinamenti in cui l'attuazione della cooperazione si fonda sul principio di *comity*⁶⁹, la Legge Modello può servire a concretizzare tale principio e ad adattarlo alle particolari caratteristiche dell'insolvenza transnazionale; negli ordinamenti in cui, invece, la base giuridica della cooperazione è rappresentata da un accordo *ad hoc* tra le parti, la Legge Modello può servire appunto da modello per l'elaborazione di tale accordo⁷⁰.

Venendo ora alle singole previsioni, gli artt. 25 e 26 incoraggiano la cooperazione e le comunicazioni dirette tra corti e curatori a livello transnazionale attraverso l'uso del verbo “*shall*” e la locuzione “*to the maximum extent possible*”. Tali organi possono comunicare reciprocamente e richiedere informazioni in via diretta, con un certo grado di autonomia e di libertà di iniziativa, senza necessità di intermediari o di altre formalità, che sarebbero in contrasto con la *policy* cui le norme sono ispirate e con l'obiettivo di favorire la speditezza delle operazioni. In particolare, da un lato, si vuole evitare l'uso di procedure, come per esempio la rogatoria, assai dispendiose in termini, in primo luogo, di tempo; dall'altro lato, non è richiesto, ai fini della messa in atto della cooperazione, un previo riconoscimento formale del procedimento di insolvenza aperto nello Stato straniero⁷¹.

L'art. 27 enumera in modo non esaustivo sei possibili forme di cooperazione, attraverso cui dare attuazione alle previsioni degli artt. 25 e 26. Il contenuto dell'art. 27 della Legge Modello è stato poi ulteriormente specificato dalla *UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*⁷² e pertanto, l'analisi che segue terrà conto sia delle puntuali previsioni della Legge, che di quanto precisato nella *Practice Guide*.

La prima modalità di cooperazione prevista dall'art. 27 consiste nella nomina di una persona, fisica o giuridica, che agisca sotto la direzione di un giudice, ricoprendo un'ampia varietà di funzioni, tra cui, a titolo meramente esemplificativo,

⁶⁸ In questo senso si veda anche WESTBROOK, *A Global Solution to Multinational Default*, in *Michigan Law Review*, 2000, 2279 s.

⁶⁹ Sui rapporti tra la cooperazione in materia di insolvenza transnazionale ed il principio di *comity*, v. *supra* cap. II, § 2.6.

⁷⁰ UNCITRAL, *Model Law*, *cit.*, § 174 s.

⁷¹ UNCITRAL *Legislative Guide*, *part three*, *cit.*, 72.

⁷² UNCITRAL, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, *cit.*, 17 ss.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina generale e astratta

quella di tramite tra le diverse corti coinvolte, in particolare laddove vi siano ostacoli dati da differenze linguistiche, o quella di promotrice della conclusione di un concordato fallimentare o di un accordo tra le parti su alcune questioni nodali della procedura. Si prevede inoltre che la nomina potrà specificare le condizioni di svolgimento dell'incarico e potrà chiedere che sia redatto un rapporto relativo alle attività svolte.

La seconda modalità ritenuta essenziale al fine di attuare la cooperazione di cui agli artt. 25 e 26 della Legge Modello è lo scambio di informazioni, che può avvenire attraverso qualsiasi mezzo di comunicazione considerato appropriato e in forma sia scritta che orale. La *Practice Guide* dedica un lungo parte di approfondimento a tale modalità di cooperazione. In primo luogo si sottolinea che l'istituzione di un canale di comunicazione nei casi di insolvenza transnazionale può giovare alle relative procedure sotto vari aspetti. Per esempio, può aiutare le parti a meglio comprendere le implicazioni o le modalità di applicazione della legge straniera, in particolare per quanto riguarda le differenze o le sovrapposizioni con quella locale, che potrebbero determinare la nascita di ulteriori controversie; può poi facilitare la risoluzione di questioni in relazione alle quali sussistono visioni contrastanti; può contribuire a che le parti si scambino informazioni affidabili, evitando i pregiudizi e le distorsioni inevitabilmente presenti quando le stesse, ciascuna all'interno del proprio ordinamento, si fanno portatrici esclusivamente dei propri interessi. Le comunicazioni possono anche giovare, più in generale, agli interessi della comunità internazionale, facilitando una migliore comprensione tra i diversi attori della stessa e dunque, indirettamente, favorire lo sviluppo dell'economia globale, preservando un valore che potrebbe altrimenti andare perduto qualora l'insolvenza venisse affrontata secondo un modello territorialista. Altri possibili vantaggi potrebbero non essere facilmente identificabili *ex ante* ma divenire poi palesi una volta intraprese le suddette comunicazioni: per esempio, potrebbero contribuire a stimolare, in una prospettiva di lungo periodo, riforme legislative. Le parti coinvolte nelle comunicazioni possono essere, secondo quanto previsto dalla *Practice Guide*, sia giudici che ufficiali giudiziari o intermediari nominati dalle corti, così come curatori fallimentari. Nello svolgimento delle comunicazioni si dovranno garantire trasparenza, efficacia e credibilità e, in generale, la protezione degli

interessi sia procedurali che sostanziali delle parti, ad esempio attraverso linee guida, che eventualmente saranno incorporate in specifici “*insolvency agreements*”. Si dovrà prevedere, ad esempio, un sistema di notifiche appropriato, al fine di permettere alle parti interessate di assistere alle comunicazioni o di opporsi alle stesse, ed un sistema di registrazione, in vista di un deposito nei fascicoli dei procedimenti, con l’eventuale previsione di misure volte a proteggerne la riservatezza. Inoltre, si dovrà stabilire se le comunicazioni costituiscono la regola o solamente un’eccezione utilizzabile in caso di assoluta necessità; se nell’ambito delle stesse devono essere trattate unicamente questioni procedurali o se possono essere affrontati anche aspetti di merito; se un giudice può pretendere che sia seguito un determinato *iter* nella conduzione delle stesse; quale lingua dovrà essere utilizzata ed ogni conseguente bisogno di traduzione.

La terza modalità di cooperazione prevista dall’art. 27 della Legge Modello consiste nel coordinamento della gestione e della vigilanza degli attivi e delle attività del debitore. Potranno, per esempio, essere condotte ricerche o intentate azioni revocatorie congiuntamente. Si potranno determinare, *inter alia*, la legge regolatrice dei rapporti sostanziali a cui gli attivi si riferiscono, le parti incaricate di stabilire le modalità di disposizione degli stessi, l’eventuale necessità di autorizzazioni, la possibilità di suddividere tra i diversi ordinamenti coinvolti gli oneri ad essi relativi e, infine, le modalità di scambio delle informazioni necessarie ad assicurare il coordinamento e la cooperazione. Ciò può contribuire ad evitare l’insorgere di eventuali controversie e ad assicurare che il principale obiettivo perseguito, soprattutto nelle procedure di riorganizzazione, sia la salvaguardia degli interessi di tutte le parti coinvolte.

La quarta modalità, prevista alla lettera *d*), consiste nell’approvazione e nell’esecuzione, da parte delle corti coinvolte, di accordi, c.d. “*cross-border insolvency agreements*” - sostanzialmente dei protocolli -, relativi al coordinamento dei procedimenti, la conclusione dei quali sembra essere particolarmente opportuna in presenza di determinate circostanze identificate dalla *Practice Guide* stessa. Tra queste, la presenza, nella fattispecie, di un elevato numero di elementi di internazionalità; una struttura complessa del debitore; l’apertura, nei diversi Stati interessati, di tipi diversi di procedure fallimentari; la presenza di attivi sufficienti a

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina generale e astratta

coprire i costi di elaborazione dell'accordo; la disponibilità di tempo per condurre i negoziati necessari; la somiglianza di contenuti delle disposizioni di legge sostanziali; l'incertezza riguardo a questioni di legge applicabile e di scelta del foro; la sospensione non coordinata dei procedimenti nei diversi ordinamenti; la disponibilità di un sistema centralizzato di gestione della massa attiva; la nomina dei curatori fallimentari per i diversi ordinamenti da parte di una medesima società, attiva a livello internazionale⁷³.

La lettera e) dell'art. 27 prevede la possibilità di coordinare i procedimenti aperti nei confronti di un medesimo debitore e l'art. 29 contiene alcune indicazioni, rivolte alle corti, per facilitare tale coordinamento, che può avvenire anche attraverso lo svolgimento di udienze simultanee oppure, nel caso di procedimenti di riorganizzazione, attraverso una negoziazione, redazione, approvazione e/o esecuzione congiunta dei relativi piani, anche con il coinvolgimento dei creditori di tutti gli ordinamenti interessati.

Infine, la lettera f) concede agli Stati che adotteranno la Legge Modello la facoltà di indicare forme o esempi ulteriori di cooperazione. La *Practice Guide* fornisce due possibili contenuti: (i) questioni di giurisdizione e di ripartizione della gestione delle diverse pretese dei creditori tra le corti, che si presumono comunque cooperare; (ii) il coordinamento delle pretese, della valutazione e dell'ordine di soddisfazione dei creditori. In relazione alla prima possibilità, la Guida osserva che la determinazione di un foro adatto alla trattazione di una particolare pretesa potrebbe comportare la necessità che un giudice rinvi una controversia inizialmente sottopostagli ad un altro giudice, operazione che tuttavia potrebbe non essere sempre possibile, dal momento che alcune materie devono essere necessariamente soggette alla giurisdizione o quanto meno al controllo di un determinato ordinamento. Inoltre, specie negli ordinamenti di *civil law*, potrebbero esservi limitazioni di tipo procedurale alla possibilità per i giudici di deferire il procedimento ad altri giudici. Una soluzione suggerita dalla *Practice Guide* consiste nell'astensione, da parte di uno specifico curatore, dal sottoporre la questione al giudice locale, lasciando il tutto nelle mani del curatore facente capo all'ordinamento appropriato.

⁷³ UNCITRAL, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, cit., 30.

3.3 Lo studio del G-30 “*International Insolvencies in the Financial Sector*”

Di poco successivo alla Legge Modello UNCITRAL è lo studio pubblicato dal Gruppo dei Trenta sui fallimenti internazionali nel settore finanziario⁷⁴. A seguito del fallimento della banca inglese Barings, occorso nel 1995, era istituito un gruppo di studio al fine di approfondire gli aspetti rilevanti dei fallimenti delle istituzioni finanziarie attive a livello globale. I risultati provvisori della ricerca contenuti in un rapporto e in alcune raccomandazioni, erano poi oggetto, tra la fine del 1996 e l'inizio del 1997, di commenti ed osservazioni da parte di quattordici Stati⁷⁵, dell'allora Comunità europea e di due organizzazioni internazionali: l'UNCITRAL e il Fondo Monetario. Successivamente, nel mese di maggio del 1997 la bozza dello studio ed i commenti raccolti erano discussi ad una conferenza a Londra e la versione finale del Rapporto e delle Raccomandazioni era poi pubblicata a cura del Gruppo dei Trenta nel 1998. Tali raccomandazioni erano viste già allora quale soluzione di breve periodo, in attesa di una iniziativa volta ad uniformare le discipline fallimentari dei singoli Stati.

Venendo al contenuto, rilevano innanzi tutto quelle rivolte alle autorità di vigilanza, a cui è consigliato, al fine di prepararsi ad affrontare eventuali crisi, di identificare *ex ante* possibili vie di comunicazione utilizzabili per cooperare non soltanto con colleghi ma anche con avvocati, curatori e giudici di altri Stati e di trovare a livello internazionale un accordo relativo all'organizzazione, ai tempi e al tipo di assistenza che esse e gli altri soggetti menzionati si forniranno reciprocamente. Altre tre raccomandazioni rilevanti sono rivolte ai legislatori dei singoli Stati, i quali dovrebbero consentire il riconoscimento dei procedimenti fallimentari stranieri con l'obiettivo di facilitare la cooperazione internazionale, autorizzare lo scambio di informazioni tra i diversi attori delle procedure fallimentari e identificare un giudice o comunque un unico centro di riferimento per ciascun fallimento internazionale. Infine rileva una raccomandazione rivolta agli avvocati, i

⁷⁴ Nei lavori preparatori è specificato che oggetto di studio sono stati i fallimenti non solo delle banche c.d. commerciali ma anche di quelle d'investimento, dei conglomerati finanziari, delle società assicurative. Cfr. GROUP OF THIRTY, *International Insolvencies in the Financial Sector*, cit., 32.

⁷⁵ Australia, Canada, Repubblica Ceca, Germania, Hong Kong, Indonesia, Italia, Giappone, Lussemburgo, Messico, Paesi Bassi, Antille Olandesi e Stati Uniti. Si veda GROUP OF THIRTY, *International Insolvencies in the Financial Sector*, cit., 65 ss.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina
generale e astratta

quali sono invitati a concordare con le autorità di vigilanza misure per facilitare la cooperazione ed il riconoscimento dei procedimenti fallimentari stranieri.

3.4 I Principles of Cooperation among the NAFTA Countries dell'American Law Institute.

Un ruolo pionieristico in tema di cooperazione interstatale tra organi delle procedure fallimentari è stato rivestito dall'*American Law Institute* con il *Transnational Insolvency Project* del 2003⁷⁶. Tale progetto stabilisce una procedura, che ha ricevuto l'appoggio sia di giudici che di pratici, tanto di *common law* che di *civil law*⁷⁷, per la conduzione di comunicazioni tra i diversi organi. Anche la dottrina si è mostrata entusiasta: in particolare, Jay Westbrook nel 2000 descriveva il progetto come la migliore risposta ai problemi posti dal fenomeno dei fallimenti transazionali, attraverso un modello che definisce di "*modified universalism*", da un lato perché si trattava di uno strumento flessibile che poteva adattarsi in modo pragmatico ai diversi problemi posti dalla presenza di numerosi ordinamenti ciascuno con regole proprie e dall'altro lato perché avrebbe permesso una transizione rapida e non problematica verso un auspicato modello propriamente universalista⁷⁸. Assumono qui rilievo alcuni principi generali contenuti nella sezione III del Progetto, alcuni principi procedurali contenuti nella sezione IV e le linee guida applicabili alle comunicazioni tra corti, contenute nell'Appendice B al Progetto stesso.

Iniziando dai principi generali, il primo di essi prescrive ai giudici e ai curatori di cooperare nei casi di insolvenza transazionale, perseguendo il duplice obiettivo di massimizzare il valore complessivo di tutti gli attivi del debitore e di assicurare che il processo sia amministrato in modo equo. Il terzo principio indica la necessità, di massima importanza secondo i redattori dei principi stessi, di sospendere il più celermente possibile, al fine di favorire la cooperazione, qualunque attività relativa alla società fallita. Il quarto principio, invece, riguarda le informazioni che devono o possono essere scambiate per attuare la cooperazione e

⁷⁶ Poi tradotto in più lingue a cura dell'*International Insolvency Institute*, con l'obiettivo di diffonderne l'uso presso giurisdizioni straniere.

⁷⁷ Su questo progetto si veda WESTBROOK, *The Transnational Insolvency Project of the American Law Institute*, in *Connecticut Journal of International Law*, 2001, 99 ss.

⁷⁸ WESTBROOK, *A Global Solution*, cit., 2277.

Capitolo II

per impedire la commissione di eventuali illeciti da parte del fallito o dei creditori, tra le quali rientrano sicuramente quelle relative agli attivi recuperati e alle pretese avanzate dai creditori in ciascun ordinamento. Il principio prevede che al fine di ottenere queste informazioni i curatori stranieri possono avvalersi di tutti i mezzi previsti dalla legge applicabile - anche secondo quanto poi ribadito dal nono principio procedurale -.

Passando ai principi procedurali, interessa innanzi tutto l'ottavo principio, che approfondisce il quarto principio generale, appena ricordato. Esso prevede che il curatore, il debitore o un creditore, che chieda al giudice di uno Stato l'apertura di una procedura di insolvenza o il riconoscimento di una procedura aperta all'estero, debba fornire al medesimo giudice tutte le informazioni necessarie relative all'esistenza e allo stato di avanzamento di eventuali altre procedure fallimentari o procedure analoghe già aperte all'estero nei confronti del medesimo debitore o di un debitore ad esso collegato. Infatti, secondo quanto si legge nel commento al principio stesso, la cooperazione non può avvenire in mancanza di tali informazioni e pertanto deve essere prevista una regola per la messa a disposizione delle stesse in tutti gli ordinamenti entro un tempo ragionevole. Tuttavia possono sorgere due problemi in relazione alla regola ora in esame: il primo relativo all'ampiezza dell'obbligo di informazione, questione che sarà regolata dalla legge del luogo in cui le informazioni devono essere rese disponibili, ed il secondo relativo alla riservatezza, questione che invece sarà regolata dalla legge dell'ordinamento *a quo*. Peraltro si sottolinea che l'eventuale incompatibilità tra quanto previsto dalle due leggi, a meno che non si trovi una soluzione concordata, potrebbe minare gli obiettivi perseguiti in entrambi i procedimenti.

Il decimo principio procedurale prevede che le corti davanti a cui è stata aperta una procedura di insolvenza o quelle a cui è richiesta assistenza da parte di corti fallimentari straniere comunichino tra loro direttamente o attraverso i curatori, nel massimo grado possibile, nei limiti di quanto permesso dalle disposizioni di legge applicabili, sia attraverso uno scambio di documenti scritti che attraverso mezzi di comunicazione telematici.

Rilevano poi, a proposito della cooperazione tra organi del fallimento, i principi procedurali da 14 a 22, relativi a casi di apertura di più procedimenti

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina
generale e astratta

paralleli. Si prevede innanzi tutto che i curatori debbano cooperare su ogni aspetto del procedimento e che lo strumento principe a tal fine sia un accordo o, che dir si voglia, protocollo, indicato come un “*superior method of cooperation*”⁷⁹. In esso dovranno definirsi, per lo meno nei tratti salienti, i meccanismi decisionali, facendo comunque salva anche la possibilità di prendere decisioni in via informale⁸⁰. In particolare, dovranno prevedersi metodi per l’approvazione da parte delle corti in modo coordinato e per la comunicazione tra creditori, quando richiesto dalla legge applicabile. Inoltre, dovranno essere previsti meccanismi che permettano di evitare udienze o altri procedimenti inutili e costosi.

Il quindicesimo principio stabilisce che ciascun curatore dovrebbe ottenere da parte del giudice competente l’approvazione di qualunque azione che possa avere effetto sugli attivi o sulle operazioni di una delle società del gruppo avente sede in un altro ordinamento, quando questa sia richiesta dalle leggi dell’ordinamento cui la corte appartiene, eccetto quanto previsto da un eventuale protocollo approvato (anche) dal giudice stesso. Inoltre, ciascun curatore, salvo che sussistano circostanze di particolare urgenza, dovrà cercare di ottenere in anticipo il consenso degli altri curatori, in relazione a questioni riguardanti gli attivi che si trovano o i procedimenti che si svolgono negli ordinamenti di tali altri curatori.

Il sedicesimo principio disciplina le modalità di notifica ai curatori delle udienze o dei provvedimenti adottati dai giudici. Il commento al principio prevede inoltre che qualunque attività in relazione alla quale è richiesta anche l’approvazione del giudice competente deve formare oggetto di notifica, costituendo tale requisito un indice di importanza tale da rendere necessaria una notifica.

Il diciassettesimo principio prevede che i curatori di ciascun procedimento devono cercare di vendere gli attivi in modo coordinato, al fine di massimizzarne il valore, e che ogni giudice locale deve approvare quelle vendite che effettivamente permettono il raggiungimento di tale risultato. A tal fine, potrebbe essere vantaggioso per i curatori nominare un soggetto qualificato, terzo e neutrale, per esempio un banchiere o un intermediario finanziario, il quale si occupi della vendita degli attivi

⁷⁹ Commento al paragrafo B) del quattordicesimo principio

⁸⁰ Si v. la linea guida n. 12.4 delle *European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-border Insolvency*. Cfr. *infra* cap. II, §4.

secondo determinati criteri approvati dai curatori e dai giudici. Un'altra possibilità, qualora ciò sia permesso dalle leggi locali, consiste nell'affidare la determinazione delle modalità di distribuzione dell'attivo ad arbitri.

Il diciottesimo principio prevede che qualora in uno dei tre Stati del NAFTA si proceda alla riorganizzazione di una delle società del gruppo, le corti degli altri due Stati devono cooperare al fine di rendere i rispettivi procedimenti compatibili con gli obiettivi di riorganizzazione perseguiti nel primo.

È previsto poi, nei successivi tre principi, che la cooperazione tra giudici deve anche essere diretta ad ottenere i necessari finanziamenti successivi al fallimento e che i curatori devono raggiungere una posizione comune sulle regole applicabili alle azioni revocatorie. Ciascun curatore dovrà impegnarsi a mettere a disposizione dei colleghi stranieri in modo tempestivo tutte le informazioni relative alle pretese fatte valere dai creditori, ivi compreso il grado di certezza delle stesse.

Infine, il ventiduesimo principio stabilisce che le pretese ammesse in una delle procedure fallimentari devono esserlo anche nelle altre procedure aperte nei Paesi NAFTA, a meno che i medesimi fatti debbano essere interpretati diversamente in base alle regole di ripartizione locali.

I gruppi di società sono presi in considerazione solamente dal ventitreesimo e ventiquattresimo principio, volendo il progetto dedicarsi a tali realtà solamente in minima parte⁸¹. Il primo di essi prevede che la possibilità di aprire una procedura fallimentare nei confronti di una società controllata nel medesimo ordinamento in cui è già aperta una procedura fallimentare nei confronti della sua controllante e di coordinare tali procedimenti, sia da un punto di vista procedurale che da un punto di vista sostanziale, nel caso in cui non sia già aperto un procedimento nello Stato in cui la controllata possiede il centro dei propri interessi. In quest'ultimo caso tale procedimento dovrà essere coordinato con il primo, realizzando, laddove possibile, un consolidamento sostanziale. Il secondo dei principi sopra ricordati dispone che nei procedimenti paralleli aperti nei confronti di diverse società di un gruppo il coordinamento e la cooperazione devono, in via di regola generale, funzionare in modo analogo, ai casi in cui più procedimenti paralleli sono aperti nei confronti di un medesimo debitore, anche se alcune questioni, come per esempio la distribuzione

⁸¹ AMERICAN LAW INSTITUTE, *Transnational Insolvency*, cit., 23, n. 42.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina
generale e astratta

dell'attivo, potrebbero dover essere risolte in modo diverso, a causa di peculiarità inerenti alla struttura di gruppo.

L'appendice B ai principi qui in esame contiene le linee guida applicabili alle comunicazioni tra corti, che saranno analizzate nel paragrafo successivo, mentre l'appendice C fornisce dei protocolli modello. Sia le une che gli altri sono stati effettivamente utilizzati, con ottimi risultati, in molti casi di insolvenza transnazionale⁸².

(Segue): Le *Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases*

Interesse particolare ai fini del presente capitolo riveste l'appendice B ai Principi, contenente diciassette linee guida applicabili alle comunicazioni tra giudici, considerate, anche dall'*American Law Institute*, uno degli elementi fondamentali ai fini della cooperazione nell'insolvenza transnazionale. Esse forniscono una sorta di guida procedurale per il coordinamento delle comunicazioni tra le parti coinvolte in un procedimento di insolvenza e specificano quali siano i mezzi di comunicazione appropriati. Per la loro particolare rilevanza, sono state tradotte in più lingue, diffondendone così la conoscenza anche al di fuori dei Paesi NAFTA⁸³.

In via generale, l'applicazione delle linee guida dovrà avvenire in modo conforme alle disposizioni di procedura locali e ad eventuali usi o consuetudini rilevanti anche al fine di garantire che i procedimenti si svolgano in modo equo. In particolare, i giudici che desiderino utilizzarle dovranno previamente adottarle in via

⁸² Così WESTBROOK, *The Duty to Seek Cooperation in Multinational Insolvency Cases*, in *Annual Review of Insolvency Law*, 2004, 364 n. 10. In particolare, moltissimi sono i protocolli che fanno riferimento alle linee guida: dei quarantacinque pubblicati sul sito internet dell'*International Insolvency Institute*, diciannove incorporano le linee guida. Il primo caso è stato *Matlack System, Inc.* tra corti canadesi e corti statunitensi (*Cross-Border Insolvency Protocol in Re Matlack Inc. between Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Mr. Justice J.M. Farley), Case No. 01-CL-4109, (April 19, 2001) and United States Bankruptcy Court for the District of Delaware (Hon. Mary F. Walrath), Case No. 01-01114 (MFW), (May 24, 2001) including approval and adoption of the American Law Institute Guidelines for Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases*), disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/573/1759.html> (visitato il 6.1.2014). Recentemente sono state allegate al protocollo concluso nel caso *Lehman* su cui v. *infra* cap. II, § 6.2.

⁸³ DIALTI riferisce che il prof. Wessels, durante il corso di *International Insolvency Law*, tenuto nel 2003-2004 presso l'*Institute for Law and Finance*, ha proposto l'uso di queste linee guida anche in ambito comunitario, *Cooperazione tra curatori e corti, cit.*, 1017.

formale e tale adozione dovrà essere notificata alle parti e ai loro difensori, che potranno anche eventualmente opporsi.

Si prevede che i giudici comunichino reciprocamente e con i curatori stranieri o con i rappresentanti di corti straniere, per coordinare ed armonizzare i relativi procedimenti. Per quanto riguarda in particolare i curatori, essi previa autorizzazione del giudice da cui sono stati nominati, potranno comunicare direttamente, a seconda dei casi, con i giudici, i curatori stranieri o i rappresentanti autorizzati dei giudici⁸⁴. In via di principio, i giudici dovranno rispondere direttamente alle richieste loro pervenute, in particolare quando provengono da un altro giudice (straniero); e solo eccezionalmente potranno avvalersi, nel rispondere, di rappresentanti autorizzati o di curatori. Quanto ai mezzi di comunicazione, vige la più ampia libertà di scelta: potranno essere scambiati documenti oppure potranno utilizzarsi mezzi di comunicazione immediata. Nessun ostacolo alla comunicazione deriva dal tipo di procedimento aperto davanti a ciascun giudice, purché vi sia comunanza di questioni trattate e/o di parti coinvolte: l'obiettivo principale a cui le comunicazioni devono essere ispirate è l'interesse per la giustizia.

Sia che si tratti di contatti tra giudici che tra un giudice ed un curatore o, ancora, tra un giudice ed un rappresentante di un giudice straniero, la settima e l'ottava linee guida garantiscono agli avvocati delle parti il diritto di assistere alle comunicazioni e di essere avvisati delle stesse con apposita notifica, eseguita ai sensi delle norme procedurali locali. Inoltre, le comunicazioni devono essere registrate, possono eventualmente essere trascritte e una copia della registrazione e della eventuale trascrizione dovrà essere depositata nei fascicoli dei procedimenti e messa a disposizione degli avvocati delle parti, con le necessarie cautele volte a tutelare la riservatezza delle informazioni. Infine, gli accordi relativi al tempo e al luogo di svolgimento delle comunicazioni saranno conclusi avendo riguardo, in via di principio, esclusivamente alle necessità dei giudici. È prevista la possibilità di condurre udienze simultanee, durante le quali, in ciascuna delle aule d'udienza, si possa assistere in tempo reale a quanto avviene nelle altre. In vista dell'udienza, i documenti depositati presso ciascun giudice dovranno essere messi a disposizione, o

⁸⁴ Linea guida n. 4.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina
generale e astratta

fisicamente o attraverso mezzi elettronici, anche degli altri giudici, senza che tuttavia ciò determini l'acquisto della qualità di parte in più di una giurisdizione.

I rappresentanti delle parti dovranno, salvo speciali permessi in senso contrario, depositare le proprie richieste o difese solamente davanti al giudice di appartenenza, e anche nel caso eccezionale in cui una parte sia autorizzata a comparire ed essere sentita di fronte ad un giudice straniero, non sarà per ciò solo soggetta alla giurisdizione di quest'ultimo. I giudici dovranno stabilire linee guida per un deposito ordinato delle pretese, per l'emanazione di decisioni in modo coordinato e per risolvere in modo congiunto ogni questione preliminare, procedurale o amministrativa. Qualunque sospensione del procedimento davanti ad un giudice, con riferimento ad una parte o ad una particolare richiesta della stessa, non deve produrre effetto sulle richieste avanzate da tale parte davanti ad un altro giudice e i due giudici si devono impegnare a comunicare reciprocamente al fine di risolvere eventuali problemi di sovrapposizione tra le pretese fatte valere davanti ad essi. Dovranno poi essere riconosciuti ed accettati come validi le leggi o i regolamenti applicati davanti ai giudici stranieri e i provvedimenti emanati dagli stessi, a meno che una delle parti si opponga. Infine, dovrà essere redatta una lista di soggetti, c.d. "*Non-Resident Parties*", i quali riceveranno anche le notifiche relative ai procedimenti davanti ai giudici stranieri.

I provvedimenti che le corti adottano ai sensi delle linee guida potranno essere modificati nel tempo qualora ciò sia necessario per il raggiungimento degli scopi enunciati nelle linee guida o per adeguarli ai cambiamenti e agli sviluppi dei procedimenti. Le modifiche avranno effetto a seguito di un'approvazione congiunta delle corti coinvolte e, nel caso in cui l'iniziativa provenga da un unico giudice, questo dovrà notificare agli altri giudici coinvolti la propria intenzione in questo senso.

Infine si prevede che nessuna azione intrapresa ai sensi delle linee guida deve essere intesa come un compromesso o una deroga ai poteri, alle responsabilità o all'autorità dei giudici, né come la risoluzione nel merito di alcuna questione controversa, o come la rinuncia delle parti ad alcun diritto sostanziale o ad alcuna pretesa o come rinuncia agli effetti prodotti delle ordinanze dei giudici.

Le linee guida non sono pensate per essere statiche ma per essere adattate e modificate a seconda delle esigenze del caso concreto e per cambiare ed evolversi parallelamente al cambiamento e all'evoluzione della realtà. Tale caratteristica permette di inserirle agevolmente all'interno dei protocolli, a loro volta, flessibili ed adattabili alle caratteristiche di volta in volta rilevanti.

4. La cooperazione tra curatori nel regolamento (CE) n. 1346/2000 e le *European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-border Insolvency*

Anche nel regolamento CE n. 1346/2000 è possibile reperire disposizioni sulla cooperazione nell'ambito di procedure di insolvenza⁸⁵. Come già precisato, tale regolamento non si applica all'insolvenza dei gruppi di società e tantomeno all'insolvenza dei gruppi bancari, tuttavia esso merita di essere ricordato quale unico strumento di “*hard law*” ad oggi vigente, contenente previsioni in materia appunto di cooperazione. In ogni caso, è bene precisare che l'impostazione del regolamento è diversa da quella tipica della cooperazione perché basata sulla supremazia del giudice e del curatore della procedura principale, rispetto al giudice ed al curatore della procedura secondaria, laddove invece, presupposto della cooperazione dovrebbe essere la parità tra i soggetti dei vari Stati coinvolti.

Il considerando n. 20 del citato regolamento prevede che le «procedure principali e secondarie di insolvenza possono ... contribuire ad un'efficace liquidazione dell'attivo soltanto se è effettuato un coordinamento tra tutte le procedure pendenti. Il presupposto essenziale a tal fine è una stretta collaborazione tra i diversi curatori, che deve comportare in particolare un sufficiente scambio di informazioni». L'art. 31 prevede pertanto un “[o]bbbligo di collaborazione e di informazione” tra il curatore della procedura principale e i curatori delle procedure secondarie, fatte salve le disposizioni che limitano la trasmissibilità delle informazioni. La norma in esame non specifica ulteriormente le modalità attraverso cui le comunicazioni debbono avvenire, così che, di volta in volta, i curatori

⁸⁵ Sul regolamento v. *supra* cap. I, § 6.1. Per quanto riguarda invece la direttiva 2001/24/CE, nessuna questione si pone a proposito della cooperazione poiché essa è improntata al modello universalista.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina
generale e astratta

dovrebbero adoperarsi per l'adozione di misure *ad hoc*. Pertanto, il “*Core Group*” dell’“*Academic Wing*” di INSOL Europe, nel proprio secondo congresso tenutosi a Praga del mese di ottobre del 2004, valutava la possibilità di definire un insieme di *standard* non vincolanti per facilitare la comunicazione e la cooperazione nei casi previsti dal regolamento 1346. Secondo il *Core Group*, ciò avrebbe potuto giovare sotto molteplici aspetti: innanzi tutto avrebbe facilitato il raggiungimento di quegli obiettivi tipicamente perseguiti nell'ambito delle procedure fallimentari, a partire dalla massimizzazione del valore dell'attivo; inoltre avrebbe contribuito ad aumentare la professionalità degli esperti in materia fallimentare; infine avrebbe costituito un supporto ad eventuali provvedimenti emanati dai giudici nell'ambito di procedure fallimentari o procedure correlate. Si dava così mandato ad una “*Task Force*”, presieduta dai professori Bob Wessels e Miguel Virgós, che preparava inizialmente una bozza di documento oggetto di plurimi momenti di confronto tra esperti della materia prima a Scottsdale (USA), nel mese di maggio del 2006, in occasione del congresso di *INSOL International Academics*, poi a Bucarest, nel mese di settembre dello stesso anno, alla conferenza annuale di INSOL Europe, ad Oxford nel marzo 2007 alla conferenza annuale dell’*Insolvency Lawyers Association* e infine a Città del Capo, sempre nel marzo 2007, ad un ulteriore congresso di *INSOL International Academics*.

Publicato con il nome di *European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-border Insolvency Cooperation*⁸⁶, il documento contiene diciotto⁸⁷ linee guida ed un relativo commento, primariamente pensate per funzionare quale primo passo verso la creazione di una cornice all'interno della quale curatori e giudici coinvolti in una procedura d'insolvenza rientrante nell'ambito di applicazione del regolamento 1346 possano operare in modo efficiente ed efficace. Peraltro, è bene precisare fin da subito che anche soggetti operanti nell'ambito di procedure

⁸⁶ *European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-border Insolvency Developed under the aegis of the AcademicWing of INSOL Europe by Professor Bob Wessels and Professor Miguel Virgós*, luglio 2007, disponibile a: <http://www.insol.org/INSOLfaculty/pdfs/BasicReading/Session%205/European%20Communication%20and%20Cooperation%20Guidelines%20for%20Cross-border%20Insolvency%20.pdf> (visitato il 6.1.2014).

⁸⁷ Inizialmente erano ventidue. Erano poi diminuite a diciotto, per l'eccessiva complessità di alcune, tra cui in particolare si segnala la linea guida n. 16 sui gruppi di società.

fallimentari diverse da queste ultime sono incoraggiati, laddove possibile, a fare uso delle linee guida⁸⁸. Le linee guida incoraggiano in modo decisivo la conclusione di accordi di collaborazione o protocolli⁸⁹, quali mezzi di coordinamento di procedure di insolvenza aperte in più di uno Stato, ponendo requisiti minimi che potrebbero dover essere affiancati da altre misure specificamente pensate per situazioni particolari. Pur non offrendo un'assoluta garanzia di successo, esse dovrebbero in ogni caso ispirare l'attività di ogni soggetto attivo nell'ambito di una procedura fallimentare, fungendo quale primo punto di riferimento. A tal fine, sarebbe opportuno da un lato introdurre nei singoli Stati norme etiche o professionali riguardanti lo scambio di informazioni e la cooperazione tra soggetti attivi in una procedura fallimentare, ispirate alle linee guida, favorendo in tal modo anche la presentazione di osservazioni o suggerimenti per il miglioramento delle stesse, e dall'altro intraprendere un'attività di formazione e di sensibilizzazione all'uso delle linee guida a livello europeo per avvocati, giudici e commercialisti.

Venendo alle specifiche previsioni, innanzi tutto è chiarito che l'obiettivo generale delle stesse, consistente nel permettere ai giudici ed ai curatori di operare in modo efficiente ed efficace, deve essere perseguito avendo di mira il preminente interesse dei creditori. Lo scopo immediato, come già precisato, consiste nel facilitare il coordinamento delle procedure fallimentari riguardanti lo stesso creditore. In particolare le linee guida mirano a promuovere una gestione ordinata, efficace, efficiente e rapida di tali procedure; la massimizzazione su scala globale del valore degli attivi, previa identificazione e messa al sicuro degli stessi; lo scambio di informazioni; l'eliminazione o la riduzione delle controversie, dei costi e degli inconvenienti. Si precisa poi che attraverso la redazione delle linee guida non si è inteso in alcun modo pregiudicare l'esercizio indipendente della giurisdizione da parte di qualsiasi giudice nazionale, né interferire con le norme processuali o con i principi etici applicabili ai curatori nei diversi Stati, né conferire diritti sostanziali o interferire con qualsiasi funzione o dovere imposto ai diversi attori dal regolamento 1346 o dalle norme nazionali.

⁸⁸ Si veda in questo senso la linea guida n. 18.

⁸⁹ Letteralmente il testo dell'introduzione delle linee guida parla di «*agreements concerning cooperation or 'protocols'*». *European Communication and Cooperation Guidelines, cit.*, 24.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina generale e astratta

Segue una serie numerosa di linee guida rivolte ai curatori. Innanzi tutto si prevede che a costoro dev'essere consentito adire un qualsiasi giudice straniero per l'esercizio di un qualunque diritto alla pari di un curatore interno. Inoltre essi devono (“*are required to*”) comunicare gli uni con gli altri in via diretta e dal momento in cui ricevono l'incarico, su iniziativa del curatore nominato nell'ambito della procedura principale, e rispondere in modo solerte ad eventuali richieste di informazioni, oltreché tenere un registro aggiornato delle comunicazioni effettuate. La lingua delle comunicazioni è decisa dai curatori medesimi sulla base di considerazioni di convenienza e di contenimento dei costi. Per quanto riguarda in particolare lo scambio di informazioni, si prevede innanzi tutto che essi devono reciprocamente fornirsi in modo rapido e completo ogni informazione rilevante, periodicamente aggiornata, in particolare riguardante l'esistenza e l'avanzamento del procedimento di insolvenza per il quale sono stati nominati, eventualmente previa conclusione di specifici accordi a tutela della riservatezza laddove sono coinvolti dati sensibili. Inoltre essi devono informare i giudici, nei limiti di quanto consentito o richiesto dalle proprie leggi nazionali, di qualsiasi sviluppo considerevole relativo ai procedimenti stranieri. Ai curatori stranieri deve essere conferito il potere di usare ogni mezzo lecito per ottenere tutte le informazioni che sarebbero state disponibili ad un creditore o ad un curatore nell'ambito di qualsiasi procedimento nazionale. La cooperazione tra curatori è inoltre necessaria al fine di ridurre le possibili incompatibilità tra i procedimenti ed aumentare le possibilità di un buon esito degli stessi, sia che si sia optato per una riorganizzazione dell'attività dell'impresa insolvente, sia che si sia giunti ad una liquidazione della stessa, nel qual caso la vendita degli attivi dovrà avvenire in un'unica soluzione. A questo proposito è fra l'altro previsto che i curatori delle procedure secondarie devono indicare al curatore della procedura principale quale sia, a loro avviso, il modo migliore per procedere con riguardo alla filiale in relazione alla quale sono stati nominati e che la decisione finale sarà poi presa di concerto da tutti essi. Quale mezzo per attuare la cooperazione è suggerita la conclusione di accordi o protocolli (“*agreements or protocols*”)⁹⁰ e qualora tali protocolli non contengano alcuna previsione per un caso

⁹⁰ Cfr. la linea guida 12.4. Essa è esplicitamente ispirata al *Procedural Principle* ALI n. 14. Si veda

specifico, i curatori dovranno agire tenendo a mente l'obiettivo generale di cui si è detto in principio, cioè quello di garantire una gestione efficace ed efficiente del procedimento. Tutti i curatori devono essere informati per tempo di qualsiasi udienza o di qualsiasi provvedimento che li riguardi. Quando un curatore non può comparire personalmente davanti al giudice, quest'ultimo dovrà, prima di adottare qualsiasi provvedimento, invitare il primo a fare pervenire le proprie osservazioni.

Un altro gruppo di linee guida è dedicato a questioni in senso lato processuali. Si prevede che siano stabilite procedure valide in ogni ordinamento per l'autenticazione dei documenti e la trasmissione degli stessi; che i giudici siano incoraggiati, in caso di necessità, ad autorizzare nel corso del procedimento l'uso di una lingua diversa da quella nazionale, purché ciò non arrechi pregiudizio ad alcuna delle parti e ad accettare i documenti relativi alle comunicazioni nella lingua decisa ed utilizzata dai curatori, senza richiederne una traduzione; o almeno che i provvedimenti emanati nell'ambito delle procedure fallimentari siano, nei limiti di quanto permesso dalle norme processuali nazionali, pubblicati anche in una lingua diversa da quella del processo.

Infine merita attenzione la sedicesima linea guida che, nonostante il silenzio del regolamento sul punto, contiene disposizioni relative alla cooperazione tra corti⁹¹. Tale particolarità è giustificata nel commento alle linee guida da un lato attraverso il riferimento ad alcune sentenze di organi statali che hanno ritenuto che anche i giudici dovessero rispettare le previsioni di cui all'art. 31 del regolamento⁹² nonché ad alcuni Stati in cui effettivamente la cooperazione tra giudici in casi di fallimenti internazionali è stata attuata⁹³; dall'altro lato attraverso la considerazione secondo cui

in questo senso la spiegazione alla linea guida, p. 63. Ai protocolli era già stato fatto riferimento nella linea guida 2.1 come "*governance protocol*". Si noti che invece il regolamento non menziona i protocolli.

⁹¹ Come si vedrà nel cap. III, il 12 dicembre 2012 la Commissione europea ha avanzato una proposta di regolamento di modifica del regolamento 1346 in cui, nella parte dedicata ai gruppi, si ritrovano disposizioni in materia di cooperazione, non più solo tra curatori ma anche tra corti e tra curatori e corti.

⁹² In particolare è ricordata la sentenza dell'*Oberlandesgericht* di Vienna del 9 novembre 2004 relativa al caso *Stojevic* (28 R 225/04w), in *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, 2005, 56 ss. I giudici austriaci si sono espressi nel senso che secondo l'opinione dominante e anche in conformità alla Legge Modello UNCITRAL (su cui v. *supra* cap. I, § 6.2 e cap. II, § 3.2), anche i giudici sono tenuti a cooperare reciprocamente.

⁹³ Gli Stati ricordati sono l'Inghilterra, la Germania, i Paesi Bassi e la Francia.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina generale e astratta

la cooperazione tra giudici sarebbe implicita nel sistema del regolamento⁹⁴, espressione della cooperazione giudiziaria in materia civile, oltretutto nei principi di reciproca assistenza e di leale collaborazione tra Stati membri di cui all'allora art. 10 TCE⁹⁵. La linea guida in oggetto prevede che i giudici devono permettere il raggiungimento dell'obiettivo generale consistente nel garantire la conduzione dei procedimenti in modo efficace ed efficiente; cercare una soluzione condivisa ad eventuali dubbi riguardanti l'applicazione delle linee guida o di altri accordi o protocolli conclusi ai sensi delle linee guida stesse; valutare l'opportunità di nominare la medesima persona come curatore nei diversi procedimenti aperti oppure di nominare curatore o co-curatore della procedura secondaria un rappresentante (letteralmente "agent") del curatore nominato nella procedura principale; in generale cooperare reciprocamente in modo diretto oppure attraverso i curatori o altro organo a ciò deputato; sollecitare i curatori a riferire periodicamente sulle modalità attraverso cui le linee guida stesse e gli eventuali protocolli conclusi sono applicati nonché su eventuali problemi pratici riscontrati.

5. I protocolli rilevanti relativi al fallimento di società commerciali

I protocolli conclusi in relazione ai fallimenti di società commerciali sono piuttosto numerosi: sul sito internet dell'*International Insolvency Institute* ne sono pubblicati circa quarantacinque⁹⁶. Precedentemente ne era stata redatta una lista, a cura dell'*American Law Institute* in occasione della preparazione del *Transnational Insolvency Project*, aggiornata al mese di aprile del 1998, riprodotta in appendice ad

⁹⁴ In particolare è ricordato il considerando 22 che così dispone: «Il presente regolamento dovrebbe prevedere l'immediato riconoscimento delle decisioni relative all'apertura, allo svolgimento e alla chiusura di una procedura di insolvenza che rientra nel suo ambito d'applicazione, nonché delle decisioni strettamente collegate con detta procedura d'insolvenza. Il riconoscimento automatico dovrebbe pertanto avere per conseguenza che gli effetti che il diritto dello Stato di apertura della procedura comporta per la stessa si estendono ai rimanenti Stati membri. Il riconoscimento delle decisioni pronunciate dai giudici degli Stati membri dovrebbe poggiare sul principio di fiducia reciproca. A tale riguardo i motivi del mancato riconoscimento dovrebbero essere ridotti al minimo necessario. Si dovrebbe risolvere secondo tale principio anche il conflitto che insorge quando i giudici di due Stati membri si ritengono competenti ad aprire una procedura principale di insolvenza. La decisione del giudice che apre per primo la procedura dovrebbe essere riconosciuta negli altri Stati membri, senza che questi ultimi abbiano la facoltà di sottoporre a valutazione la decisione del primo giudice».

⁹⁵ Sostituito, nella sostanza, dall'art. 4, paragrafo 3, del TUE.

⁹⁶ <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/viewcategory/573.html> (visitato il 6.1.2014).

un articolo di Leonard apparso sull'*American Bankruptcy Institute Journal*⁹⁷. Alcuni di essi sono particolarmente rilevanti per il presente studio rappresentando, come già è stato sottolineato, dei “*leading cases*” ed avendo fornito uno spunto per la soluzione di numerose criticità presentatesi soprattutto in occasione del fallimento del gruppo *Lehman Brothers*⁹⁸.

5.1 Il primo protocollo concluso: il caso *Maxwell Communication Corporation*

Sotto numerosi aspetti il caso *Maxwell Communication Corporation* ha rappresentato una novità in materia di insolvenza transnazionale. Innanzi tutto, il protocollo ad esso relativo è stato il primo piano globale di distribuzione di successo che sia mai stato concluso su base mondiale⁹⁹, così contribuendo alla diffusione di una forma di cooperazione transnazionale, formalizzata ed approvata dai giudici, tra curatori operanti nell’ambito di due procedure fallimentari principali aperte, in due diversi ordinamenti, nei confronti di una medesima società¹⁰⁰. Inoltre, si è trattato del primo caso in cui una società inglese soggetta ad un procedimento di *administration* nel Regno Unito è stata contemporaneamente assoggettata, negli Stati Uniti, ad un procedimento ai sensi del *Chapter 11*¹⁰¹.

Maxwell Communication Corporation plc (MCC) era una società capogruppo, come si diceva, inglese, controllante più di 400 società in tutto il mondo. A seguito di alcune consistenti difficoltà finanziarie, sorte immediatamente dopo la morte del proprietario del gruppo, Ian Robert Maxwell, avvenuta nel mese di novembre del 1991, la MCC incominciava a New York, il 16 dicembre 1991, un procedimento volontario *ex Chapter 11* e, il giorno successivo, chiedeva ed otteneva l’apertura a Londra di un procedimento di “*administration*” ai sensi dello *U.K. Insolvency Act*. Da un lato, le controllate aventi sede negli Stati Uniti rappresentavano circa il 75% degli attivi del gruppo e gli amministratori speravano che il *favor* delle disposizioni fallimentari statunitensi verso piani di riorganizzazione avrebbe offerto buone *chance* di uscire indenni dalla situazione di crisi. Dall’altro,

⁹⁷ LEONARD, *The way ahead*, cit., 12 ss.

⁹⁸ ALTMAN, *A test case in international bankruptcy protocols*, cit., 491 s.

⁹⁹ WESTBROOK, *International Judicial Negotiation*, cit., 572; WARREN - WESTBROOK, *Court-to-court negotiation*, cit., 28; ALTMAN, *A test case in international bankruptcy protocols*, cit., 490.

¹⁰⁰ FLASCHEN – SILVERMAN, *Cross-border Insolvency Cooperation Protocols*, cit., 591.

¹⁰¹ *Ibidem*. Sia l’“*administration*” inglese che il procedimento statunitense *ex Chapter 11* sono sostanzialmente procedimenti di riorganizzazione.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina
generale e astratta

l'iniziativa davanti alle corti inglesi era stata intrapresa al fine di proteggere il gruppo dalle pretese dei creditori locali. La situazione che si veniva a creare era dunque quella di una medesima società capogruppo contemporaneamente soggetta a due procedimenti di insolvenza principali e dunque anche ipoteticamente, oggetto di provvedimenti contrastanti emanati dai giudici dell'uno o dell'altro Stato.

Ritenendo che la conduzione di due procedimenti paralleli in relazione ad una medesima società avrebbe comportato innumerevoli contenziosi e costi altissimi, al fine di evitare il sorgere di ogni possibile conflitto e di facilitare e rendere più celere la procedura di riorganizzazione della MCC, il giudice fallimentare statunitense, Tina L. Brozman, nominava uno “*Special Examiner*”, conferendogli dei c.d. “*expanded powers*” ai sensi delle sezioni 1104 e 1106 del *Bankruptcy Code* ed incaricandolo di impegnarsi al fine di armonizzare i procedimenti. Parimenti, il giudice inglese Hoffmann autorizzava gli amministratori locali nello stesso senso.

Dopo ampie trattative condotte tra New York e Londra, gli amministratori nominati dalle corti inglesi (i *Joint Administrators*) e l'*Examiner* statunitense siglavano un protocollo¹⁰², approvato dalle corti inglesi il 31 dicembre 1991¹⁰³ e da quelle statunitensi il 15 gennaio 1992¹⁰⁴, acquisendo così forza di legge all'interno dello specifico caso *Maxwell*. Si decideva di portare avanti il coordinamento per tappe: il protocollo iniziale avrebbe dovuto occuparsi di stabilizzare la situazione e di mettere al sicuro l'attivo esistente, mentre questioni relative alle modalità di conclusione del procedimento, alla possibilità di uscita e alle modalità di distribuzione dell'attivo rimanente ai creditori sarebbero state definite in un secondo momento, salvo qualche eventuale indicazione di massima. Al di là del contenuto specifico, il protocollo diveniva la base per un futuro coordinamento ed una futura cooperazione continuativi tra le parti.

¹⁰² *Cross-Border Insolvency Protocol and Order Approving Protocol in Re Maxwell Communication plc between the United States and the United Kingdom. United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Hon. Tina L. Brozman), Case No. 91 B 15741, (January 15, 1992) and the High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court, Case No. 0014001 of 1991, (December 31, 1991), disponibile a: <http://www.iiiiglobal.org/component/jdownloads/finish/573/1746.html> (visitato il 6.1.2014).*

¹⁰³ High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court, Case No. 0014001 of 1991.

¹⁰⁴ United States Bankruptcy Court, Southern District of New York, *In Re Maxwell Communication Corporation plc*, Debtor. Chapter 11 Case No. 91 B 15741 (TLB), *Final Supplemental Order Appointing Examiner and Approving Agreement between Examiner and Joint Administrators*, in *Annual Survey of Bankruptcy Law*, 1994 – 1995, 96 ss.

Nel protocollo le società del gruppo erano divise in due insiemi: “*the M&O Group*” e “*the Other Subsidiaries*”, a seconda del tipo di attività esercitata. A tali due insiemi si affiancava la società debitrice controllante l’intero gruppo, cioè la MCC. A David Shaffer, amministratore del gruppo già nel periodo antecedente la crisi, era garantita la possibilità di continuare a supervisionare l’andamento dello stesso e di mantenere alcune delle cariche precedentemente ricoperte, ma l’*Examiner* e i *Joint Administrators* si riservavano comunque il diritto di adire il giudice fallimentare, nel caso incontrassero difficoltà nel raggiungimento degli obiettivi fissati nel protocollo stesso. La restante composizione dei consigli di amministrazione di alcune delle società del gruppo sarebbe stata determinata sulla base di un accordo tra i *Joint Administrators* e l’*Examiner*, e di un parere della società capogruppo. Si stabiliva inoltre che, in relazione alle società controllate dalla MCC e controllanti l’*M&O Group*, i *Joint Administrators* avrebbero potuto, in caso di necessità, avviare una procedura di insolvenza o altre procedure similari, dandone però previa comunicazione all’*Examiner*. Da un lato, il giudice statunitense acconsentiva a che gli amministratori nominati dal giudice inglese assumessero la funzione di amministratori della MCC e, dall’altro lato, il giudice inglese accordava all’*Examiner* statunitense il diritto di essere ascoltato davanti alle corti inglesi stesse¹⁰⁵. A seconda della società o della categoria di società interessate, nonché a seconda della rilevanza economico-finanziaria dell’operazione da intraprendere, il protocollo istituiva poi alcune regole procedurali specifiche per l’approvazione di una serie di atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, che coinvolgevano le parti e prevedevano meccanismi di pubblicità, di volta in volta, diversi. In via di principio, un ruolo primario era attribuito ai *Joint Administrators*, i quali, talvolta, avrebbero dovuto ottenere un previo consenso da, o effettuare una notifica tempestiva a, l’*Examiner* o, in seconda battuta, alla corte fallimentare statunitense. Il

¹⁰⁵ Così United States Bankruptcy Court, S.D. New York, 5 agosto 1994, *In re Maxwell Communication Corporation plc, et al., Debtors. Maxwell Communication Corporation plc, by Andrew Mark Homan, Colin Graham Bird, Jonathan Guy Anthony Phillips, and Alan Rae Jamieson, its Joint Administrators, Plaintiffs, and Richard A. Gitlin, Examiner, Intervenor Plaintiff, v. Barclays Bank plc, Defendant. Maxwell Communication Corporation plc, by Andrew Mark Homan, Colin Graham Bird, Jonathan Guy Anthony Phillips, and Alan Rae Dalziel Jamieson, its Joint Administrators, and Richard A. Gitlin, Examiner, Plaintiffs, v. National Westminster Bank plc, Defendant. Maxwell Communication Corporation plc, by Andrew Mark Homan, Colin Graham Bird, Jonathan Anthony Guy Phillips, and Alan Rae Dalziel Jamieson, its Joint Administrators, Plaintiffs, v. Société Générale, Defendant*, 170 B.R. 800, 802.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina
generale e astratta

protocollo ribadiva infine che lo scopo ultimo perseguito da tutte le parti doveva essere quello di fare sì che il piano proposto davanti alla Corte statunitense ai sensi del *Chapter 11* in relazione alla società capogruppo e le proposte dei *Joint Administrators* prevedessero sostanzialmente una medesima soluzione per tutte le società del *M&O Group*.

Sulla base della cornice costituita dal primo protocollo, erano poi conclusi, nel mese di febbraio del 1993, due documenti formalmente separati e distinti: un *reorganization plan* ed uno *scheme of arrangement*, che definivano, in modo interdipendente l'uno dall'altro, gli aspetti in precedenza lasciati in sospeso, cioè le modalità di distribuzione dell'attivo ai creditori e di definitiva conclusione dei procedimenti, armonizzando sotto molteplici aspetti l'attuazione delle rilevanti disposizioni contenute nelle leggi fallimentari inglesi e statunitensi¹⁰⁶. Tali documenti erano poi approvati dai due giudici. Era creata un'unica massa di attivi da cui si poteva attingere per la soddisfazione delle pretese di tutti i creditori, ovunque localizzati, i quali erano informati della possibilità di fare valere le proprie pretese con, salvo quanto si dirà, eguali risultati, tanto davanti alle corti inglesi che davanti a quelle statunitensi, determinando caso per caso il foro appropriato alla trattazione di ciascuna situazione. Si segnalava ai creditori, tuttavia, l'opportunità di richiedere, in ogni caso, pareri di esperti in relazione a possibili differenze che la gestione delle domande da essi formulate, pur senza influenzare in modo sostanziale l'applicazione di principi giuridici sostanziali, avrebbe potuto subire nei due fori, andando ad incidere sull'ammontare che essi avrebbero potuto ottenere a soddisfazione della propria pretesa.

La conclusione del protocollo e degli altri due accordi di cui si è detto ha permesso, all'interno del caso *Maxwell*, di massimizzare il valore degli attivi, nel contempo soddisfacendo gli interessi e le aspettative di entrambi i giudici e dunque di entrambi gli ordinamenti coinvolti. Nonostante l'esistenza di una situazione di crisi in cui il passivo ammontava sostanzialmente al doppio dell'attivo, gli amministratori inglesi e quelli statunitensi trovarono un accordo su ogni questione,

¹⁰⁶ Si veda AA. VV., *The Law and Practice of International Insolvencies, Including a Draft Cross-Border Insolvency Concordat*, in *Annual Survey of Bankruptcy Law*, 1994-1995, 93 s.

così che non sorse tra gli stessi alcun conflitto che dovesse poi essere risolto in via giudiziale¹⁰⁷.

5.2 Un protocollo concluso in un caso di liquidazione: il caso *Inverworld*

Il gruppo Inverworld aveva la propria sede principale in Texas, possedeva molti beni a New York e concludeva contratti attraverso le proprie società controllate aventi sede nel Regno Unito e nelle Isole Cayman¹⁰⁸. A seguito di una situazione di crisi, erano aperti procedimenti di insolvenza sia nei confronti della società capogruppo che nei confronti di molte controllate. Anche in questo caso una gestione dell'insolvenza separata per ciascuna società sarebbe stata altamente costosa, avrebbe potuto comportare soluzioni difformi e avrebbe lasciato poca massa attiva per la soddisfazione dei creditori.

Al fine di evitare tali inconvenienti, i rappresentanti delle diverse società siglavano un protocollo poi accettato da ciascuno dei giudici coinvolti. Attraverso di esso, le parti si accordavano per chiudere la procedura che era stata aperta nel Regno Unito, tuttavia prevedendo alcune condizioni di trattamento dei creditori che in essa si erano insinuati, e per affidare la soluzione delle relative questioni ai giudici competenti in relazione agli altri due procedimenti, l'uno aperto negli Stati Uniti, in Texas, e l'altro nelle isole Cayman. In particolare, le corti statunitensi avrebbero dovuto risolvere tutte le questioni pendenti, sia di fatto che di diritto, relative all'ordine di soddisfazione delle diverse classi di creditori, mentre le corti delle Isole Cayman avrebbero dovuto monitorare la distribuzione dell'attivo ai vari creditori. Inoltre, ciascun giudice avrebbe dovuto ritenersi vincolato alle decisioni dell'altro, così da evitare procedimenti e decisioni parallele su una medesima questione. Questo meccanismo ha permesso di risolvere l'intera vicenda con costi nettamente inferiori rispetto a quelli che si sarebbero dovuti sostenere qualora tre procedimenti fossero

¹⁰⁷ A parte che per una questione relativa alla eventuale applicabilità della legge statunitense ad alcuni trasferimenti operati, in favore di banche non statunitensi, nel periodo immediatamente precedente la richiesta di apertura della procedura di insolvenza.

¹⁰⁸ Cfr. *Cross-Border Insolvency Protocol in Re Inverworld, Inc. between United States District Court for the Western District of Texas (Hon. Frederick Biery), Case No. SA99-C0822FB, (October 22, 1999) and U.K. High Court of Justice, Chancery Division, (1999) and the Grand Court of the Cayman Island, (1999)*, disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/573/1756.html> (visitato il 6.1.2014).

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina
generale e astratta

avanzati in modo parallelo ed indipendente l'uno dall'altro nei diversi ordinamenti coinvolti.

5.3 Il primo protocollo che ha coinvolto un ordinamento di *civil law*: il caso *Nakash*

Joseph Nakash era un cittadino statunitense che svolgeva attività di tipo imprenditoriale a livello internazionale in diversi settori dell'economia. Nell'ambito del procedimento per il fallimento della North American Bank, il 27 dicembre 1993, la Corte distrettuale di Gerusalemme lo riconosceva debitore di 160 milioni di dollari, a causa del ruolo da lui rivestito come membro del consiglio di amministrazione della banca. A seguito di tale sentenza, era aperta in Israele una procedura fallimentare nei suoi confronti e il curatore fallimentare israeliano inizialmente otteneva negli Stati Uniti un'ordinanza con cui si consentiva l'esecuzione forzata sui beni del medesimo ivi presenti. Nei confronti del medesimo veniva poi aperta anche negli Stati Uniti una procedura fallimentare all'interno della quale, il 7 febbraio 1995, Richard Gitlin era nominato *Examiner* ed incaricato di redigere un protocollo per armonizzare e coordinare i due procedimenti. Tale protocollo era poi sottoscritto dall'*Examiner* e dal curatore israeliano e approvato dal giudice statunitense. I giudici israeliani, pur senza approvarlo ufficialmente, si attevano alle disposizioni dello stesso¹⁰⁹.

6. La cooperazione internazionale nei fallimenti di gruppi bancari

6.1 La liquidazione del gruppo BCCI

a) La struttura del gruppo

Il gruppo BCCI era stato fondato nel 1972 dal pachistano Agha Hasan Abedi, con sede in Lussemburgo e due uffici principali a Londra e Karachi. Tra il 1982 ed il 1988 raggiungeva la massima espansione con un totale di 417 uffici in 73 Stati. Il 5 luglio 1991, data formale del crollo del gruppo, quest'ultimo operava in 71 Stati con

¹⁰⁹ *Cross-Border Insolvency Protocol between the United States and Israel in Re Nakash, United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 94 B 44840, (May 23, 1996) and District Court of Jerusalem, Case No. 1595/87, (May 23, 1996)*, disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/viewdownload/573/1751.html> (visitato il 6.1.2014).

una struttura che vedeva la BCCI Holdings, con sede in Lussemburgo a capo della BCCI SA, una delle controllate di maggiori dimensioni, parimenti con sede in Lussemburgo, della BCCI Overseas, con sede nelle Isole Cayman e di numerose altre società e filiali minori presenti nel resto del mondo. Alla BCCI si affiancava poi il gruppo ICIC, controllato dalla prima e strettamente connesso a questa per il tipo di attività esercitata. Il centro delle operazioni era stato inizialmente collocato ad Abu Dhabi ma dopo poco tempo era trasferito a Londra¹¹⁰.

Oltre alle dimensioni e alla dispersione delle società del gruppo in più di 70 Stati, altri tratti caratteristici relativi alla conduzione delle operazioni e alle circostanze da cui è originato il fallimento devono essere fin da subito segnalati per avere determinato un significativo aumento delle incertezze che normalmente si pongono nell'ambito di qualsiasi procedimento fallimentare, problematiche inedite e una prospettiva di controversie lunghe e costose non soltanto nei confronti di parti terze ma anche tra le diverse società del gruppo. Innanzi tutto le attività erano condotte su scala internazionale e secondo schemi altamente integrati, senza possibilità di distinguere le varie società del gruppo in relazione alle diverse operazioni intraprese; inoltre, l'inadeguatezza nella tenuta dei registri contabili, le diffuse frodi e le numerose irregolarità riscontrate nella gestione societaria rendevano incerta la determinazione della situazione finanziaria del gruppo.

b) La cooperazione tra i curatori

Di fronte a tale scenario, la cooperazione tra i soggetti coinvolti nei diversi fallimenti ed il coordinamento delle attività intraprese in relazione a ciascuna società del gruppo erano sentiti fin da subito come fondamentali soprattutto al fine di proteggere e di massimizzare l'attivo e di impedire un incremento delle passività.

L'inizio della vicenda deve essere fatto risalire al 5 luglio 1991, quando la *Bank of England*, l'*Institut Monétaire Luxembourgeois* e le autorità di vigilanza delle Isole Cayman, a seguito di svariate segnalazioni pervenute dalle società di *rating*, si

¹¹⁰ Le informazioni sul fallimento del gruppo BCCI sono state tratte dal c.d. *Patrikis Report*, su cui v. *supra* cap. I, § 6.4, e dal *Global Report on the liquidation of the BCCI group (1991 – 2012)*, 16 marzo 2012. La pagina iniziale di questo rapporto precisa che il relativo contenuto costituisce un'informazione riservata e che pertanto non deve essere divulgato a parti terze. Lo stesso è poi ribadito a pag. 9 del documento. Tuttavia esso è liberamente reperibile su internet a questo indirizzo: http://www.bcci.info/pdf/bcci_global_report.pdf (visitato il 6.1.2014).

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina generale e astratta

coordinavano nel cessare le attività delle società del gruppo aventi sede nei rispettivi ordinamenti. In risposta a ciò, anche le autorità degli altri Stati in cui il gruppo possedeva controllate prendevano iniziative per quanto di loro competenza. Tra il 5 e il 22 luglio 1991 in Lussemburgo, in Inghilterra e nelle Isole Cayman erano nominati curatori alcuni professionisti del gruppo Deloitte, così da facilitare la cooperazione tra i medesimi. I curatori inglesi erano incaricati di recuperare i beni della BCCI SA in qualsiasi Stato si trovassero; similmente, i curatori della BCCI Overseas avrebbero dovuto fare lo stesso con i beni di questa e delle altre società affiliate di loro competenza. Per quanto riguarda il Lussemburgo, i *Commissaires de Surveillance* erano incaricati di proteggere gli attivi della BCCI Holdings e della BCCI SA ovunque situati.

La cooperazione avveniva inizialmente in via informale, facilitata, come accennato, dal fatto che molti dei curatori erano soci di una medesima società, la Deloitte. La circostanza da ultimo accennata impediva anche l'insorgere di conflitti d'interesse tra i curatori inglesi e quelli lussemburghesi sui beni della BCCI SA. Fin dal principio, i commissari liquidatori nelle Isole Cayman, del Lussemburgo e dell'Inghilterra lavoravano a stretto contatto, nonostante l'ostacolo rappresentato dalle norme sul segreto bancario vigenti nei singoli Stati¹¹¹ che impedivano un libero flusso di informazioni. Erano presi i contatti con i curatori locali responsabili delle diverse società controllate e collegate e delle filiali. In principio, mensilmente si tenevano riunioni tra i curatori ed erano formati alcuni gruppi di esperti di materie particolari, per la gran parte attivi inizialmente presso la sede di Abu Dhabi, dove era presente la maggiore quantità di informazioni sulle società del gruppo, assieme alla sede londinese. Tra tali gruppi merita di essere ricordato quello deputato a favorire il coordinamento di, e a pianificare, le diverse attività da condurre su scala globale e quello incaricato di determinare l'ammontare delle passività del gruppo e di assicurare che tutti i creditori, a prescindere dalla giurisdizione in cui si trovassero, fossero trattati in modo giusto ed equo e che, nel contempo, non facessero valere le medesime pretese in più di un ordinamento. Tale compito è risultato particolarmente complicato per le difficoltà di cui si è detto con riguardo alla possibilità di scambiarsi

¹¹¹ In alcuni Stati, come per esempio in Lussemburgo, la violazione delle norme sul segreto bancario costituiva reato.

informazioni, per la diffusa pratica dei prestiti infra-gruppo e per l'elevato numero di pretese avanzate dai creditori¹¹².

Ben presto diveniva chiaro che una liquidazione su scala globale sarebbe stata la migliore soluzione da un punto di vista degli interessi dei creditori delle società del gruppo. A tal fine l'accordo di cooperazione era formalizzato nei "*BCCI and ICIC Pooling Agreements*" e in altri accordi minori¹¹³, poi approvati dai giudici dei principali Stati coinvolti. Essi rimanevano aperti all'adesione dei commissari liquidatori di tutti gli altri Stati in cui il gruppo BCCI operava e, in effetti, nel tempo, agli iniziali partecipanti, si univano i curatori del Bahrain, della Cina, di Cipro e del Giappone. Successivamente anche i curatori degli Emirati Arabi Uniti partecipavano agli *Agreements* dopo che accordi più ampi erano intrapresi con il governo di Abu Dhabi. Intese meno formali erano invece occasionalmente concluse con i curatori di altre giurisdizioni, come per esempio Gibilterra e Hong Kong.

Numerose erano tuttavia anche le giurisdizioni i cui curatori decidevano di operare indipendentemente, tra cui sono stati in particolare segnalati gli Stati Uniti per avere assunto un forte atteggiamento c.d. di "*ring fencing*"¹¹⁴. Questo naturalmente creava alcune difficoltà di coordinamento tra i fallimenti "cooperanti" da un lato e quelli "non cooperanti" dall'altro. A titolo esemplificativo, la possibilità di compensare rapporti di debito e di credito facenti capo ad una determinata persona fisica o giuridica nei confronti del gruppo era minata dall'eventualità che essa avesse avuto rapporti con più società o filiali dello stesso, alcune delle quali "non cooperanti"; ammettere i creditori a far valere la propria pretesa direttamente nelle procedure fallimentari aperte in Inghilterra, in Lussemburgo o nelle Isole Cayman nei confronti della BCCI SA o della BCCI Overseas, nonostante essi intrattenessero rapporti con un'altra società o filiale, comportava difficoltà di accertamento della bontà della pretesa stessa, dovendosi accedere ad informazioni non immediatamente reperibili; inoltre, nell'ambito delle procedure cooperanti, l'ammontare di quanto spettante a ciascun creditore era di difficile determinazione qualora essi fossero già stati parzialmente soddisfatti nell'ambito di procedimenti indipendenti; infine

¹¹² Circa 100.000.

¹¹³ "*Company/Branch Pooling Agreements; Global Cost and Recovery Sharing Agreement; Paying agency Agreement*". Interessa notare che mai, nell'ambito della liquidazione del gruppo BCCI, è usato il termine "protocollo".

¹¹⁴ WESTBROOK, *International Judicial Negotiation, cit.*, n. 27.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina
generale e astratta

bisognava respingere le pretese avanzate dai curatori di alcune società non partecipanti agli accordi nei confronti dei fallimenti inglesi, lussemburghesi o delle Isole Cayman.

Ex post è possibile affermare che la cooperazione nel caso del fallimento BCCI ha permesso di determinare la situazione finanziaria complessiva del gruppo, l'entità degli attivi di ciascuna delle società che lo componevano e di gestire in modo soddisfacente le reciproche pretese di queste ultime; di definire una posizione comune nei confronti degli azionisti di maggioranza; di reperire e condividere le prove a supporto delle pretese contro parti terze; di coordinare e condividere le risorse, anche umane; di pianificare una liquidazione globale.

c) (Segue): alcuni accordi in particolare

Il “*BCCI Pooling Agreements*”¹¹⁵ era concluso il 20 febbraio 1992 dai curatori delle Isole Cayman competenti in relazione alla BCCI Overseas, da quelli inglesi e da quelli del Lussemburgo competenti in relazione alla BCCI SA. L'accordo prevedeva che gli attivi di tutte le società e filiali partecipanti fossero convogliati in un unico fondo; che tutti i creditori fossero soddisfatti in un'eguale percentuale; che le società partecipanti rinunciassero a far valere le proprie pretese nei confronti delle altre; che qualsiasi società del gruppo BCCI potesse decidere di prendervi parte.

L'*ICIC Pooling Agreement* era concluso ed approvato dai giudici del Lussemburgo, da quelli inglesi e da quelli delle Isole Cayman tre anni più tardi, nel mese di gennaio 1995, a motivo della stretta integrazione delle attività dei gruppi BCCI e ICIC.

Un ulteriore accordo da ricordare è il “*Company/Branch Pooling Agreements*” a cui hanno partecipato numerose società del gruppo con sede in dieci diversi Stati. Ai sensi di tale accordo, i creditori di ciascuna delle società partecipanti erano autorizzati a far valere la propria pretesa in uno qualsiasi degli ordinamenti in cui tali società avevano sede, indipendentemente dallo Stato in cui la pretesa fosse

¹¹⁵ L'uso del plurale nell'inglese non indica l'esistenza di più accordi. Perciò, in italiano, per riferirsi a tale “*agreements*” e a quelli che saranno menzionati successivamente si utilizzerà la forma del singolare.

sorta, e sarebbero stati soddisfatti nella medesima percentuale, salvo quanto già ricevuto in altri procedimenti non partecipanti all'accordo.

Infine rileva il “*Board of Liquidators*”, una struttura informale che riuniva trimestralmente i curatori di tutte le società del gruppo per il compimento di svariate attività, tra cui possono ricordarsi la conclusione di un accordo su progetti globali, la definizione degli obiettivi e delle strategie della liquidazione e la valutazione di eventuali progressi rispetto agli obiettivi prefissati; la definizione di un piano di spesa e la valutazione dei costi effettivi rispetto a quelli prefissati; l'esame incrociato delle informazioni finanziarie relative alle società BCCI e ICIC; il reperimento di soluzioni ai diversi problemi ed il coordinamento delle attività da intraprendere nelle numerose giurisdizioni interessate. Preme rilevare che le decisioni prese dal *Board of Liquidators* non vincolavano i curatori dissenzienti e che pertanto anch'esso, come tutti gli accordi di cui si è detto, funzionava su base volontaria.

6.2 Il fallimento del gruppo Lehman Brothers

Prima di affrontare nel dettaglio gli eventi che hanno riguardato il fallimento del gruppo Lehman Brothers, deve preliminarmente chiarirsi se tale società possa essere considerata una banca. Il dubbio nasce, se non altro, a seguito di un decreto emesso il 17 dicembre 2009 dal tribunale di Milano¹¹⁶, nell'ambito di una controversia iniziata dai signori E.C., M.G., G.P., F.R., P.S., D.S. e S.S., i quali chiedevano il soddisfacimento di un credito di lavoro maturato nei confronti della Lehman Brothers International Italian Branch, società datrice succursale della Lehman Brothers International – (Europe) che era soggetta in Inghilterra ad una procedura di *administration*¹¹⁷. In particolare, gli attori chiedevano l'apertura in Italia di una procedura secondaria di insolvenza ai sensi dell'art. 27 del regolamento (CE) n. 1346/2000. Il tribunale di Milano dichiarava inammissibile il ricorso ritenendo tale regolamento inapplicabile, ai sensi dell'art. 1, secondo paragrafo, dello stesso che ne delimita l'ambito di applicazione. Come già accennato¹¹⁸, ai sensi di tale norma, il regolamento non si applica «alle procedure di insolvenza che riguardano ... gli enti

¹¹⁶ Tribunale di Milano, decreto 17 dicembre 2009, *E.C., M.G., G.P., F.R., P.S., D.S. e S.S. c. Lehman Brothers International Italian Branch e Lehman Brothers International – (Europe)*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, 987 ss.

¹¹⁷ Sulla procedura di *administration v. supra* cap. II, § 5.1.

¹¹⁸ *V. supra* cap. I, § 6.1.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina
generale e astratta

creditizi, le imprese d'investimento che forniscono servizi che implicano la detenzione di fondi o di valori mobiliari di terzi». Secondo il Tribunale, «[n]el caso di specie, l'esenzione rilevante è quella riferita alle imprese d'investimento» e non dunque quella riferita agli enti creditizi. Pertanto, la domanda posta in principio può essere così riformulata: nel linguaggio comune, il termine “banche” indica soltanto gli enti creditizi o anche le «imprese d'investimento che forniscono servizi che implicano la detenzione di fondi o di valori mobiliari di terzi»? Lo stesso dubbio sussiste se invece che alla terminologia italiana ci si riferisce a quella inglese: sia le “*credit institutions*” che le “*investment firms*” possono essere genericamente indicate con il termine “*banks*”?

La risposta è di segno positivo, e cioè nel senso che il termine banche è generalmente usato per indicare tanto gli istituti di credito che le imprese di investimento e pertanto anche la Lehman Brothers, che *inter alia* il Tribunale di Milano ha qualificato come impresa d'investimento, può essere considerata una “banca”¹¹⁹. Tale conclusione deriva da un'analisi della prassi linguistica sviluppatasi nel settore. Innanzi tutto, moltissimi documenti che nel titolo dichiarano di occuparsi di insolvenza di gruppi bancari, come per esempio quello del Fondo Monetario Internazionale intitolato “*Resolution of Cross-Border Banks – A proposed Framework for enhanced coordination*”¹²⁰ o quello del Comitato di Basilea intitolato “*Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group*”¹²¹ si occupano anche del caso *Lehman Brothers*¹²². Allo stesso modo, la proposta di direttiva «che istituisce un quadro di risanamento e di risoluzione delle crisi degli enti creditizi e delle imprese di investimento», che sarà analizzata nel terzo capitolo, distingue, peraltro già nel titolo, tra “*credit institutions*” ed “*investment firms*” ma poi indica entrambi genericamente con il termine “*banks*”¹²³.

¹¹⁹ Questo discorso peraltro si ricollega a quanto si diceva nel primo capitolo a proposito della variegata natura di attività che una banca può svolgere (cfr. *supra* cap. I, § 3.2).

¹²⁰ Su cui v. *infra* cap. III, § 1.3.

¹²¹ Su cui v. *infra* cap. III, § 1.2.

¹²² Si vedano p. 13 del documento del FMI e p. 14 ss. del documento del BCBS.

¹²³ Si veda il sito della Commissione europea, in particolare questa pagina:

http://ec.europa.eu/internal_market/bank/crisis_management/index_en.htm (visitato il 6.1.2014), in generale, tutti i documenti pubblicati dalla Commissione in occasione della presentazione della proposta di direttiva. Inoltre, il 5 ottobre 2012, la stessa Commissione dava il via ad una “*Consultation*

a) La struttura del gruppo e l'inizio della crisi

Il gruppo Lehman Brothers, prima della crisi che lo ha colpito alla fine del 2008, era, per dimensioni, la quarta banca di investimenti presente negli Stati Uniti, nonché una delle più grandi società di servizi finanziari al mondo. Per più di 150 anni aveva ricoperto un ruolo di *leader* nel mercato finanziario globale, al servizio di società private, di enti pubblici, di clienti istituzionali e di investitori privati¹²⁴. Possedeva una sede centrale a New York e sedi regionali a Londra (LBIE)¹²⁵ e a Tokyo, ed operava in almeno 40 Stati in tutto il mondo, attraverso oltre 900 entità. L'intero gruppo era gestito in modo accentrato da parte della società madre, la Lehman Brothers Holding Inc. ("LBHI"), la quale esercitava un controllo sulle risorse finanziarie complessive, attraverso un sistema che permetteva di raccogliere e unificare i ricavi derivanti dalle attività delle diverse società del gruppo per poi utilizzarli nell'adempimento delle obbligazioni contratte nello svolgimento dell'attività complessiva. Tale sistema garantiva alla società capogruppo il controllo sulle risorse finanziarie dell'intero conglomerato, la possibilità di formulare previsioni sull'andamento economico dello stesso, nonché di redigere rendiconti veritieri, in ottemperanza ai requisiti legislativi posti dai diversi Stati interessati. Questo tipo di gestione determinava numerose interdipendenze e connessioni, anche a livello internazionale, tra le molteplici società del gruppo, le quali erano in continuo contatto per scambiarsi informazioni ed operare congiuntamente.

on a possible framework for the recovery and resolution of financial institutions other than banks", essendosi già occupata delle "banks" nella proposta appena ricordata.

¹²⁴ Le informazioni sugli sviluppi delle vicende del gruppo Lehman sono state reperite nei seguenti documenti ufficiali: ALVAREZ & MARSAL, *Lehman Brothers Holdings Inc., International Protocol Proposal*, 11 febbraio 2009, disponibile a: <http://dm.epiq11.com/LBH/Document/GetDocument/1131024> (visitato il 6.1.2014); OFFICIAL REPRESENTATIVES AND OTHER PARTICIPATING AFFILIATES PURSUANT TO THE CROSS-BORDER INSOLVENCY PROTOCOL FOR THE LEHMAN BROTHERS GROUP OF COMPANIES, *Report of Activities through January 15, 2010*, disponibile a: <http://dm.epiq11.com/LBH/Document#maxPerPage=25&page=1> (visitato il 6.1.2014); United States Bankruptcy Court, Southern District of New York, *In re Lehman Brothers Holdings Inc., et al., Debtors, Chapter 11 Case No.08-13555 (JMP) (Jointly Administered)*, Order Approving the Proposed Cross-Border Insolvency Protocol for the Lehman Brothers Group of Companies, 17 giugno 2009, disponibile a: <http://www.iiiiglobal.org/component/jdownloads/viewdownload/573/4339.html> (visitato il 6.1.2014); WEIL, GOTSHAL & MANGES LLP, *Debtors' Motion, cit.; Cross-Border Insolvency Protocol for the Lehman Brothers Group of Companies*, 12 maggio 2009, disponibile a: <http://www.iiiiglobal.org/component/jdownloads/finish/573/4339.html> (visitato il 6.1.2014).

¹²⁵ V. *supra* cap. II, § 6.2.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina generale e astratta

Dopo che una parte statunitense del gruppo (la LBI) era comprata dalla Barclays, la LBHI ed alcune delle sue controllate, il 15 settembre 2008, versando in una situazione di crisi, depositavano volontariamente davanti alla *United States Bankruptcy Court* una domanda di apertura di una procedura di insolvenza ai sensi del *Chapter 11*¹²⁶. L'incapacità della LBHI di adempiere alle obbligazioni assunte dalle società del gruppo, sue controllate o affiliate, determinava poi, nei giorni e nelle settimane immediatamente successive, l'apertura di una pluralità di procedure di insolvenza, sia principali che secondarie nei confronti di molteplici società del gruppo presenti nel resto del mondo. Al 15 gennaio 2010, i procedimenti complessivamente aperti erano 80, con 16 differenti società incaricate della gestione delle entità coinvolte¹²⁷, tanto che è stato ripetutamente osservato che mai prima di allora si era verificato il fallimento di un gruppo di tali dimensioni.

Almeno in un primo momento e, in particolare, fino a quando non era concluso il protocollo di cui si dirà nel paragrafo che segue, si era verificato quel fenomeno, di cui si è detto nel cap. I, per cui la gestione della crisi di un gruppo multinazionale avente le caratteristiche viste sopra sulla base del principio di territorialità non aveva potuto che portare ad uno sconvolgimento della struttura con cui il gruppo stesso operava prima della crisi, frammentandolo in tante piccole entità che non avevano mai operato in modo indipendente le une dalle altre ed assoggettandole a tante leggi fallimentari quanti erano gli ordinamenti coinvolti¹²⁸.

b) I negoziati e la conclusione del protocollo

A fronte di tale situazione, attraverso incontri e scambi di idee che avevano avuto luogo a partire dal mese di ottobre del 2008 tra i diversi curatori delle società, era riconosciuta, da parte di alcuni di questi ultimi, la necessità di cooperare vicendevolmente nella gestione della crisi, per lo meno su alcune questioni centrali e comuni, nonché di promuovere una forma di cooperazione tra i diversi giudici coinvolti, al fine di permettere, anche da parte di questi, una gestione efficace della

¹²⁶ Su cui cfr. *supra* cap. II, § 5.1.

¹²⁷ In relazione ad alcune società del gruppo era stata autorizzata la continuazione della gestione da parte della amministrazione precedente, secondo la modalità "*debtors in possession*".

¹²⁸ Negli Stati Uniti, tutte le procedure aperte ai sensi del *Chapter 11* erano state riunite in un unico procedimento, secondo quanto disposto dalla *Rule 1015(b)* delle *Federal Rules of Bankruptcy Procedure*.

vicenda e l'adozione di decisioni conformi. Per almeno tre mesi erano condotte delicate negoziazioni ed affrontate svariate difficoltà, date dal fatto, già evidenziato, che mai prima di allora era stato concluso un protocollo in relazione ad un gruppo di società di tali dimensioni e che coinvolgeva un numero così elevato di giurisdizioni¹²⁹. Il caso *Lehman* si estendeva infatti su sedici differenti giurisdizioni, tanto di *common law* che di *civil law*, tra le quali ve ne erano anche molte asiatiche, estranee, fino a quel momento, alla prassi della conclusione di protocolli o di altri strumenti simili. Oltre a motivi legati a differenze culturali, anche ostacoli di tipo giuridico impedivano che tutti i curatori fallimentari potessero partecipare serenamente alle negoziazioni, probabilmente avendo alcuni di essi il timore di incorrere in eventuali sanzioni o responsabilità legate alla natura pubblica dell'incarico ricoperto. Così, la società SIPA Trustee, deputata negli Stati Uniti alla gestione della Lehman Brothers Inc., si dichiarava disposta a partecipare alla conclusione di un protocollo, ma solamente al fine di scambiare informazioni e dati; per il Regno Unito, la PricewaterhouseCoopers (PwC) era riluttante all'idea di creare un precedente e preoccupata di un'ipotetica incompatibilità tra un'azione siffatta ed il ruolo ufficiale da essa ricoperto; per le società dell'Asia, dell'Australia e per altre società del Regno Unito, diverse da quelle gestite dalla PwC, la KPMG e la PPB Advisory si dichiaravano completamente disponibili a cooperare; infine, per il Giappone, Oh-Ebashi manifestava la propria volontà di non concludere il protocollo. Effetti particolarmente negativi sortivano dalla mancata partecipazione al protocollo della PwC, per il Regno Unito, in quanto la Lehman Brothers International Europe rappresentava sostanzialmente la forza trainante di tutte le società del gruppo aventi sede in Europa¹³⁰. Al 15 gennaio 2010, dieci delle sedici società di ristrutturazione avevano sottoscritto il protocollo. Altre due, incaricate della gestione delle società in Giappone (la Oh-Ebashi appena menzionata) e alle Bermuda, pur non avendolo sottoscritto, partecipavano ad alcune riunioni in cui si discuteva delle modalità di attuazione degli obiettivi in esso individuati.

¹²⁹ Secondo la proposta di protocollo della Alvarez & Marsal, su cui v. *infra* in questo stesso §, i casi precedenti a quello *Lehman* che hanno visto coinvolte tre parti sono stati solo tre, mentre tutti gli altri protocolli ne hanno visto coinvolte esclusivamente due.

¹³⁰ Così DI SANO, *The third road to deal*, cit., 22.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina
generale e astratta

Una versione del protocollo era fatta circolare nel pomeriggio del 10 febbraio 2009 tra i curatori che controllavano la maggior parte degli attivi del gruppo al di fuori degli Stati Uniti. Il giorno successivo, l'11 febbraio 2009, la Alvarez & Marsal presentava ed illustrava alla *United States Bankruptcy Court – Southern District of New York* una proposta di protocollo, un resoconto dei negoziati che avevano condotto alla stessa e alcuni dati generali sulla situazione delle società del gruppo¹³¹. Dalla presentazione, pubblicata sul sito internet www.lehman-docket.com, traspare che, secondo la Alvarez & Marsal, il protocollo ideale avrebbe dovuto essere ispirato al principio di universalità, per i motivi legati ai benefici, già delineati nel primo capitolo, propri dello stesso. In base ad esso, l'intero fallimento del gruppo Lehman sarebbe stato gestito in modo unitario, tentando di coordinare le diverse situazioni derivanti dal deposito contemporaneo di un altissimo numero di pretese di fronte ad altrettante corti. Tuttavia, tale risultato pareva irraggiungibile anche agli occhi della Alvarez & Marsal, consapevole del fatto che gli Stati tradizionalmente vogliono mantenere un proprio ambito di indipendenza, sovranità ed autorità, al fine di proteggere gli interessi locali. Pertanto, una soluzione di compromesso, poteva essere rappresentata dalla c.d. universalità modificata o limitata ("*Modified Universality*"). Nella proposta di protocollo sono ricordate, tra le previsioni che prescrivono ai giudici e ai curatori stranieri di cooperare e di scambiarsi informazioni reciprocamente, quelle degli artt. 25 e 26 della Legge Modello UNCITRAL e delle sezioni 1525 e 1526 del *U.S. Bankruptcy Code*, che peraltro riprendono quasi interamente le prime¹³² e che hanno formato la base per l'approvazione del protocollo Lehman da parte della *Bankruptcy Court*. Infine, si dà atto delle difficoltà che avrebbero potuto frapporsi all'approvazione ed attuazione del protocollo da parte dei giudici di *civil law*, non essendo gli stessi espressamente autorizzati ad operare in tal senso dalla legge; a tale proposito, sono tuttavia ricordati due casi, *Nakash* e *United Pan-Europe Comm'ns N.V.*, in cui i giudici rispettivamente di Israele e dei Paesi Bassi, e dunque di due ordinamenti di *civil law*, avevano agito conformemente a quanto prescritto da un protocollo che era stato concluso dai curatori, pur senza mai approvarlo ufficialmente.

¹³¹ ALVAREZ & MARSAL, *Lehman Brothers Holdings Inc., International Protocol Proposal*, cit.

¹³² Così come la sez. 1527 riprende l'art. 27 della Legge Modello.

I primi commenti alla versione fatta circolare il 10 febbraio pervenivano, nelle settimane successive, dai curatori di Hong Kong, di Singapore e dell’Australia. L’11 marzo 2009, le società del gruppo soggette alla procedura *ex Chapter 11* e la società capogruppo discutevano i contenuti del protocollo con il curatore tedesco e con quello dei Paesi Bassi. Altri curatori ancora facevano poi pervenire le proprie impressioni.

Gli ostacoli di natura giuridica che venivano identificati apparivano inizialmente insormontabili. Tuttavia, gradualmente, attraverso la conduzione di negoziati, si raggiungeva un accordo su alcune ampie questioni di principio. Numerose versioni erano fatte circolare con lo scopo di raggiungere un risultato di compromesso e si arrivava infine ad un accordo sul protocollo, nella versione secondo cui è oggi pubblicato, datato 12 maggio 2009 ed intitolato “*Cross-Border Insolvency Protocol for the Lehman Brothers Group of Companies*”, e alla immediatamente successiva esecuzione dello stesso da parte di un primo gruppo di curatori.

c) La richiesta di approvazione del protocollo alla *U.S. Bankruptcy Court*

Il 26 maggio 2009, la LBHI e le altre società affiliate che erano state assoggettate ad un procedimento ai sensi del *Chapter 11*, rappresentate da Richard Krasnow dello studio legale Weil, Gotshal & Manges LLP, presentavano una richiesta formale (“*motion*”) al giudice James Peck della *United States Bankruptcy Court - Southern District of New York* affinché approvasse il protocollo ed adottasse le linee guida ad esso allegate, ovvero le *Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases* dell’ALI¹³³.

Già nella richiesta era chiarito che, da un lato, le aspettative riposte nel protocollo erano numerose e che, dall’altro, non si trattava di un documento giuridicamente vincolante, bensì di una dichiarazione di intenti e di linee guida. Pertanto, lo stesso non creava alcuna obbligazione o onere in capo alle parti né era inteso come se dovesse essere eseguito contro alcuna di esse. Il protocollo, piuttosto,

¹³³ Su cui v. *supra* cap. II, § 3.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina generale e astratta

si legge nella richiesta, forniva una cornice per facilitare la cooperazione, in un panorama in cui mancava un qualsiasi trattato internazionale sul fallimento che potesse esso stesso fungere da cornice. La speranza era che, grazie al contesto creato dal protocollo, potessero essere raggiunti accordi ulteriori su questioni più specifiche, in modo da evitare il trascorrere di anni tra costosi contenziosi infragruppo da un lato e gestione dell'insolvenza dall'altro. A tale proposito, l'obiettivo era quello di organizzare, una volta che i curatori avessero siglato il protocollo ed ottenuto l'approvazione dello stesso da parte dei giudici e/o del comitato dei creditori, una serie di incontri e di teleconferenze al fine di raggiungere un accordo su questioni ulteriori. In quest'ottica, nel momento in cui la richiesta di approvazione del protocollo veniva presentata alla corte statunitense, era già previsto un incontro, per la metà del mese di luglio di quello stesso anno, volto ad evidenziare le maggiori differenze, sia di tipo procedurale che di tipo sostanziale, esistenti tra i diversi procedimenti e ad analizzare dettagliatamente le relazioni economiche e finanziarie infragruppo.

Il protocollo rimaneva aperto per ulteriori sottoscrizioni e, in ogni caso, qualsiasi società del gruppo Lehman avrebbe potuto prendere parte, direttamente o tramite il proprio curatore fallimentare, agli incontri organizzati all'interno della cornice dello stesso, pur senza esserne firmataria, così partecipando sostanzialmente, almeno in via informale, agli sforzi di coordinamento dallo stesso promossi.

La richiesta di approvazione, dopo avere offerto un panorama dei contenuti del protocollo¹³⁴, si chiudeva sottolineando le ampie giustificazioni economiche, tradizionalmente addotte¹³⁵, connesse all'accoglimento della stessa.

La *U.S. Bankruptcy Court for the Southern District of New York* accoglieva la richiesta il 17 giugno 2009¹³⁶.

d) Il contenuto del protocollo

In via generale, si deve preliminarmente mettere in luce che la validità di tutte le disposizioni del protocollo era espressamente soggetta alla condizione di

¹³⁴ Su cui v. il prossimo sottoparagrafo.

¹³⁵ V. *supra* in cap. II, § 2.4.

¹³⁶ United States Bankruptcy Court, Southern District of New York, *In re Lehman Brothers Holdings Inc.*, *cit.*

compatibilità delle medesime con le leggi di volta in volta applicabili. In particolare, nulla nel protocollo doveva essere interpretato in modo tale da interferire con l'adempimento dei doveri e degli obblighi dei curatori o con l'esercizio dei poteri loro attribuiti dalla legge. Tale previsione è di massima importanza in considerazione dell'elevato numero di parti coinvolte e della natura di strumento privato del protocollo: senza di essa, le parti sarebbero state riluttanti a sottoscriverlo¹³⁷.

Come sarebbe stato poi precisato anche nella richiesta di approvazione, il protocollo preliminarmente specificava la propria natura di dichiarazione di intenti e di contenere linee guida volte alla minimizzazione dei costi e alla massimizzazione dei ricavi, a beneficio di tutti i creditori. Dunque non è pensato per essere eseguito in modo vincolante nei confronti delle parti, né per imporre loro alcun onere o obbligo in contrasto con quanto prescritto dalle norme applicabili o con l'obiettivo di preservazione della massa attiva del debitore.

Lo scopo complessivo perseguito dal protocollo, chiarito all'inizio dello stesso, consisteva nel facilitare il coordinamento delle diverse procedure fallimentari aperte e nel creare una base per legittimare giudici, curatori e comitati dei creditori a cooperare e comunicare gli uni con gli altri nell'amministrazione dei procedimenti, nell'interesse dei creditori dell'intero gruppo. Tutti i curatori avrebbero dovuto coordinarsi e cooperare in modo reciproco, eventualmente concludendo ulteriori protocolli, bilaterali, per facilitare la comunicazione tra essi, i giudici e i comitati dei creditori. Altri accordi bilaterali avrebbero potuto poi essere conclusi in relazione a questioni concernenti unicamente una parte dei debitori, con l'impegno però di tenere le altre parti informate di ciò, soprattutto nel caso in cui fossero perseguiti scopi analoghi a quelli del protocollo stesso. La base giuridica di tali ulteriori accordi sarebbe stata costituita, come già accennato, dal protocollo principale. Le parti si impegnavano a comportarsi secondo buona fede al fine di raggiungere l'obiettivo ultimo di massimizzazione del capitale complessivo. I procedimenti avrebbero dovuto essere gestiti in modo ordinato, effettivo ed efficiente, al fine di ridurre i costi ad essi connessi e così massimizzare i ritorni per i creditori. Il protocollo mirava inoltre a promuovere lo scambio, tra le parti, di tutte le informazioni necessarie o rilevanti e il coordinamento internazionale delle attività delle stesse, al fine di evitare

¹³⁷ ALTMAN, *A test case in international bankruptcy*, cit., 483.

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina
generale e astratta

una moltiplicazione di sforzi e iniziative. Nel contempo, avrebbero dovuto essere salvaguardati gli interessi dei diversi creditori, il fatto che ciascun procedimento rimanesse regolato dalla *lex fori* e l'indipendenza, sovranità ed autonomia di ciascuno dei giudici coinvolti, in nome del principio di *comity*. Ulteriori scopi del protocollo consistevano nell'individuare, riordinare, preservare e massimizzare il valore degli attivi delle società del gruppo; nel coordinare le diverse pretese avanzate dai creditori in modo efficiente e trasparente e, in particolare, nel definire una modalità coerente e ponderata per il calcolo e l'attribuzione delle pretese infragruppo, in modo da evitare il sorgere di contenziosi relativi alle stesse. Anche se menzionata alla fine, è proprio quest'ultima la questione centrale, per l'importanza che riveste¹³⁸; in tal senso si esprimevano, oltre al protocollo, anche i difensori delle società statunitensi nella richiesta di approvazione presentata alla *U.S. Bankruptcy Court*.

I curatori fallimentari e i creditori, in base al protocollo, avevano *locus standi* in ogni procedimento aperto in relazione all'insolvenza del gruppo, sia di fronte ai giudici che in riunioni ufficiali organizzate ai sensi della legge applicabile. Tuttavia, essi sarebbero stati soggetti alla giurisdizione di uno specifico giudice solamente in relazione alla questione per la quale erano apparsi davanti allo stesso, a meno che il protocollo non prevedesse diversamente o che il curatore appositamente specificasse il contrario. Tale previsione è fondamentale perché posta a tutela della sovranità dei diversi Stati¹³⁹. Nel caso in cui un curatore non potesse comparire, personalmente o rappresentato da un legale, le parti firmatarie del protocollo avrebbero dovuto acconsentire a che costui potesse in ogni caso fare pervenire le proprie osservazioni in tempo utile, a condizione che utilizzasse mezzi di comunicazione scritta e che una copia di tali comunicazioni fosse messa a disposizione di tutte le parti interessate.

Entrando nel dettaglio delle previsioni specifiche relative alle comunicazioni, bisogna innanzi tutto chiarire che ne sono previste di tre tipi: quelle tra curatori, quelle tra giudici e quelle tra comitati dei creditori. I curatori avrebbero dovuto tenersi vicendevolmente al corrente di ogni informazione o sviluppo rilevante, relativo ai debitori o ai procedimenti, e acconsentire, ove possibile, ad uno scambio

¹³⁸ Su di essa v. *infra* cap. II, § 6.2.e).

¹³⁹ ALTMAN, *A test case in international bankruptcy, cit.*, 483.

di informazioni. Ciò nell'ambito di quanto gli stessi sono autorizzati a divulgare dalla legge che ne regola l'operato, anche se il protocollo si preoccupava in ogni caso di tutelare la riservatezza delle informazioni diffuse e anche se era previsto che le parti interessate potessero siglare appositi accordi di riservatezza. Qualunque informazione riservata non si sarebbe poi potuta trasmettere a terze parti, a meno che non vi fosse il consenso della parte da cui l'informazione proveniva oppure che non fosse richiesto dalla legge o da un giudice. L'approvazione del protocollo da parte dei giudici avrebbe costituito un'ulteriore formale conferma del fatto che ogni informazione scambiata avrebbe mantenuto la propria natura di informazione qualificata. Sempre in uno spirito di collaborazione, i curatori, qualora si trovassero in possesso di documenti riguardanti una società del gruppo gestita da un altro curatore, avrebbero dovuto adoperarsi affinché gli stessi fossero ad esso trasmessi. Inoltre, si sarebbero dovuti coordinare a vicenda in relazione alle attività investigative. Per quanto riguarda invece le comunicazioni tra i giudici, esse sarebbero dovute avvenire, come già accennato, sulla base delle linee guida redatte dall'*American Law Institute* e allegate al protocollo, laddove le stesse fossero risultate applicabili, riconosciute e approvate dai giudici stessi. In caso di discrepanza tra quanto previsto dal protocollo e quanto stabilito dalle linee guida, il primo avrebbe prevalso. Infine, per quanto riguarda le comunicazioni tra i comitati dei creditori, il protocollo si limitava a prevedere che tra gli stessi avrebbero potuto essere scambiate informazioni confidenziali, dopo la conclusione di appositi accordi di riservatezza.

La parte successiva del protocollo è dedicata alle modalità di gestione degli attivi. Qualora il curatore di una società del gruppo fosse a conoscenza, perché informatone da un altro curatore, di avere la materiale disponibilità di un attivo di sostanziale interesse per un'altra società del gruppo, dovrebbe consultare tale altro curatore prima di venderlo o altrimenti disporne, prendere qualunque decisione riguardo agli impiegati addetti ad esso o incominciare qualsiasi procedimento giudiziale o stragiudiziale che possa avere effetto sullo stesso. Nel caso in cui un curatore ritenesse che un bene determinato, trasferito ad altra società del gruppo, rivestisse una particolare importanza, da un punto di vista economico o giuridico, per la società di cui egli si occupi, oppure nel caso in cui ritenesse che tra i beni che stia

La spontanea cooperazione tra curatori e giudici in mancanza di una disciplina generale e astratta

amministrando ve ne sia uno che in realtà appartiene ad un'altra massa di attivi, tale curatore dovrebbe cooperare con le altre parti nello stabilire a chi effettivamente quel bene appartenga e nel fornire tutte le informazioni rilevanti; una volta che la proprietà del bene fosse accertata, dovrebbe cooperare per trasferirlo al legittimo proprietario. La cooperazione tra curatori avrebbe dovuto inoltre essere rivolta a massimizzare il valore di un bene rilevante per più società del gruppo. Se poi un curatore avesse un particolare interesse in un attivo appartenente ad una società amministrata da un altro curatore, potrebbe, con l'accordo del medesimo, concedere un finanziamento al fine di preservare tale attivo e massimizzarne il valore. Qualora il bene, in seguito, fosse venduto e ne derivasse un ricavo, il curatore che ne aveva finanziato il mantenimento dovrebbe ricevere una porzione del ricavo stesso. Tutte le previsioni appena richiamate, riguardanti le modalità di gestione degli attivi, avrebbero dovuto essere, se del caso, approvate dal giudice competente o dal comitato dei creditori, a seconda di quanto previsto dalle disposizioni di legge locali.

Si passa poi alla disciplina delle modalità secondo cui i creditori avrebbero potuto fare valere le proprie pretese. Innanzi tutto, è previsto che, qualora fossero aperti più procedimenti nei confronti di uno stesso debitore, il curatore competente indicasse in quale procedimento avrebbe dovuto essere depositata una determinata richiesta. Senza arrecare pregiudizio a crediti privilegiati o a diritti reali dei creditori, i curatori avrebbero dovuto organizzare la distribuzione dell'attivo in modo tale da assicurare che un creditore, la cui pretesa fosse già stata soddisfatta nell'ambito di un procedimento, non venisse nuovamente soddisfatta in un secondo procedimento. Infine, i curatori avrebbero dovuto preoccuparsi di fissare, per quanto possibile, termini identici per il deposito delle domande da parte dei creditori e, in generale, per l'intero processo di gestione delle stesse.

e) (Segue): in particolare, la gestione delle pretese infragruppo

Si arriva così alla parte, come già accennato, dichiaratamente più rilevante del protocollo, ossia quella relativa alla gestione delle pretese infragruppo. Decenni di attività della Lehman Brothers avevano dato vita ad una complessa rete finanziaria, per districare la quale, attraverso un'analisi degli storici dei movimenti contabili occorsi tra le diverse società, nonché il tentativo di coordinare le diverse pretese che

ne sarebbero scaturite con i numerosi procedimenti in corso, avrebbe comportato una spesa inopportuna. Pertanto, i curatori delle diverse società erano stati invitati a ricercare un accordo, volto ad istituire un unico registro contabile, che potesse costituire la base per la gestione delle diverse pretese infragruppo. I dati contenuti in tale registro avrebbero dovuto essere ritenuti *prima facie* validi sino a prova contraria. I curatori avrebbero poi dovuto condurre tra essi in buona fede negoziati al fine di raggiungere un accordo su eventuali differenze originariamente esistenti nei rispettivi registri in relazione a pretese infragruppo e, nel caso non riuscissero a raggiungere tale accordo, solamente dopo il rilascio di una dichiarazione formale in tal senso, avrebbero potuto sottoporre la propria controversia al giudice competente.

Si sarebbe poi dovuto istituire, d'accordo tra i diversi curatori, comitati dei creditori e tribunali, un Comitato che supervisionasse i procedimenti e che tentasse di trovare una soluzione consensuale per ripianare le differenze esistenti nei registri contabili delle diverse società del gruppo, per quanto riguarda appunto le pretese tra le medesime. A tal fine, già nella richiesta di approvazione del protocollo i debitori avevano chiesto alla *Bankruptcy Court* di convalidare la nomina di uno o più componenti del Comitato, il quale avrebbe dovuto indicare le regole procedurali, i criteri di calcolo e gli elementi di prova che avrebbe inteso usare al fine di raggiungere la soluzione consensuale di cui sopra. Disposizioni particolari sono previste per le pretese infragruppo derivanti dall'eventuale sottoscrizione di contratti derivati: l'ammontare dei danni risarcibili sarebbe stato determinato dal Comitato, sulla base di un metodo di calcolo previamente stabilito dal medesimo. Le procedure ed i criteri così definiti, sia per le pretese ordinarie che per i contratti derivati, avrebbero dovuto essere sottoposti da ciascun curatore alle rispettive corti e, in caso ciò fosse stato richiesto, anche ai comitati dei creditori, affinché gli stessi li potessero utilizzare per risolvere eventuali pretese infragruppo. Sempre i curatori si sarebbero impegnati a sottoporre alle rispettive corti i risultati delle indagini svolte dal Comitato. Infine, qualsiasi obiezione avanzata dalle parti in relazione ai criteri di calcolo stabiliti dal Comitato o alle risultanze da questo ottenute avrebbe dovuto essere presa in esame da tutti i curatori.

f) (Segue): le disposizioni transitorie

Tra le previsioni di chiusura, particolare rilievo riveste quella intitolata “*Comity*”, in cui è ribadita l’indipendenza di ciascuna delle corti coinvolte e l’esclusiva competenza delle stesse in relazione ad ogni questione loro sottoposta e all’operato del curatore: nessuna disposizione del protocollo avrebbe dovuto essere percepita come un elemento di interferenza con la giurisdizione dei diversi giudici coinvolti o con le norme che regolano l’operato dei curatori.

Ciascun curatore avrebbe dovuto fare in modo che i piani di liquidazione o di riorganizzazione da esso presentati fossero compatibili con quelli presentati dagli altri curatori, senza che ciò però comportasse un’automatica approvazione di tali piani o una rinuncia a far valere eventuali obiezioni agli stessi. I curatori avrebbero inoltre dovuto cooperare in buona fede nel compimento di tutte le azioni e gli sforzi necessari ed appropriati per implementare e dare efficacia al protocollo. Qualsiasi richiesta di provvedimento in contrasto con quanto stabilito nel protocollo avrebbe dovuto essere notificata dal curatore di provenienza agli altri curatori e ai comitati dei creditori o degli azionisti.

Il protocollo avrebbe avuto efficacia nel momento in cui fosse stato sottoscritto da tutte le parti originariamente contraenti ed approvato, laddove necessario, dai giudici competenti o dai vari ed eventuali comitati. Sarebbe rimasto in vigore nei confronti di ciascun curatore fino a (i) la conclusione del procedimento in cui egli operi; (ii) l’emissione di un provvedimento da parte del giudice competente in relazione a quel provvedimento, oppure, laddove richiesto, l’approvazione della estinzione del protocollo da parte dei comitati, dopo che fosse stato accertato che, all’interno di quello specifico procedimento, erano stati raggiunti tutti gli obiettivi prefissati nel protocollo.

Inoltre, il protocollo rimaneva aperto per la firma di eventuali ulteriori curatori che lo desiderassero, secondo una procedura stabilita nello stesso, la quale avrebbe dovuto applicarsi anche nel caso di modifica del contenuto. Anche i curatori che non lo avessero sottoscritto avrebbero ugualmente potuto conformarsi a quanto in esso previsto, senza che però questo facesse sorgere in capo agli stessi alcun diritto, dal momento che il protocollo produce effetti solamente nei confronti delle parti che lo hanno sottoscritto ed esclusivamente nei rapporti tra le medesime.

CAPITOLO III

III. GLI SVILUPPI RECENTI

La recente crisi economico-finanziaria ha contribuito a rinforzare la consapevolezza tra gli Stati, i professionisti e gli studiosi della necessità di dotarsi di uno strumento di carattere generale per prevenire, amministrare e risolvere le crisi di gruppi bancari multinazionali, evitando le incertezze legate all'adozione di soluzioni *ad hoc*. Nel mese di novembre del 2008, i *leader* del G-20 riuniti a Washington auspicavano una rivisitazione dei regimi di risoluzione delle crisi e delle leggi fallimentari alla luce della recente esperienza al fine di assicurare una liquidazione o risoluzione ordinata dei grandi conglomerati finanziari. L'anno successivo, i medesimi *leader*, riuniti a Pittsburgh, si impegnavano ad intraprendere un'azione congiunta per realizzare degli strumenti più efficaci a tenere in conto gli effettivi rischi insiti nei grandi enti finanziari e, più in particolare, a sviluppare efficaci strumenti e quadri di risoluzione dei conglomerati finanziari per mitigare gli effetti delle crisi e la probabilità del verificarsi delle stesse¹. È in tale contesto che sono fiorite iniziative nell'ambito di numerose organizzazioni internazionali di preparazione di linee guida, principi, leggi modello o, in alcuni casi, strumenti legislativi vincolanti. Tra tali iniziative, particolare rilievo riveste la proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio dell'Unione europea che istituisce un quadro di risanamento e di risoluzione delle crisi degli enti creditizi e delle imprese di investimento, che modifica, *inter alia*, la direttiva 2001/24/CE. Devono poi essere ricordati il *Report* e le *Recommendations* del *Cross-border Bank Resolution Group* del Comitato di Basilea, il *Framework for Enhanced Coordination* del Fondo Monetario Internazionale, i *Principles for Cross-border Cooperation on Crisis Management* del *Financial Stability Forum* e i *Key Attributes* del *Financial Stability Board*. Infine, anche in seno all'UNCITRAL si è discusso su tale tematica ed è stato incaricato il Segretariato di intraprendere alcuni studi sul punto.

¹ V. EUROPEAN COMMISSION, 6 giugno 2012, *Bank recovery and resolution proposal: Frequently Asked Questions*, disponibile a: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-416_en.htm?locale=en (visitato il 6.1.2014), FAQ n. 6.

Parallelamente, si sono avuti sviluppi anche in ambito commerciale. Come noto, nemmeno l'insolvenza di gruppi multinazionali di società commerciali è regolata da alcuno strumento legislativo adottato a livello internazionale o perlomeno regionale; a proposito di tale fattispecie i disagi derivanti da tale assenza di disciplina sono, se possibile, addirittura più conosciuti rispetto a quelli dei gruppi di banche. Così, anche in questo campo si sono attivati l'Unione europea, con una proposta di modifica del regolamento CE n. 1346/2000, l'UNCITRAL con la terza parte della Guida Legislativa intitolata "*Treatment of enterprise groups in insolvency*", l'*American Law Institute* e l'*International Insolvency Institute* con il *Global Principles Project*, ancora l'*International Insolvency Institute* con le *Guidelines for coordination of multi-national enterprise group insolvencies* e infine la Banca Mondiale con i *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*. Tali iniziative, come sarà meglio specificato, rivestono un qualche interesse ed offrono possibili spunti anche per il presente lavoro, che si concentra su una fattispecie, quella dei gruppi *bancari* multinazionali, dalle caratteristiche assai prossime a quella dei gruppi *commerciali*, essendo prima di tutto la struttura di gruppo a porre, a prescindere dalla natura dell'attività esercitata, problematiche che devono essere affrontate innanzi ad ogni altro aspetto.

Da ultimo deve ricordarsi che alcuni Stati hanno già intrapreso iniziative di riforma legislativa per adeguarsi ai nuovi scenari socio-economici².

Questo terzo capitolo analizza le proposte sopra ricordate, accomunate, se non altro, dall'essere nate ed essersi sviluppate nel contesto della recente crisi finanziaria. In effetti, ad esempio, il Report del Comitato di Basilea esplicitamente afferma di avere preso spunto nella redazione delle Raccomandazioni dalla recente crisi finanziaria ed in particolare da un'analisi dei casi concreti occorsi³. L'unica eccezione a tale criterio temporale riguarda la *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation* che, pur essendo stata pubblicata nel 2009, è già stata oggetto di analisi⁴. Il motivo è legato al fatto che, come già ricordato, tale guida è

² Così riferisce il Segretariato dell'UNCITRAL: "*Insolvency of large and complex financial institutions – Note by the Secretariat*", cit., § 6.

³ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Report and Recommendations*, cit., 10.

⁴ Cfr. *supra* cap. II, § 3.2.

volta a precisare il contenuto dell'art. 27 della Legge Modello UNCITRAL e pertanto è stata analizzata congiuntamente a quest'ultima.

1. Iniziative in ambito bancario

1.1 La proposta di direttiva della Commissione europea del 6 giugno 2012

Come già rilevato⁵, il 6 giugno 2012 è stata pubblicata una proposta di direttiva che istituisce un quadro di risanamento e di risoluzione delle crisi degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica le direttive del Consiglio 77/91/CEE⁶ e 82/891/CE⁷, le direttive 2001/24/CE⁸, 2002/47/CE⁹, 2004/25/CE¹⁰, 2005/56/CE¹¹, 2007/36/CE¹² e 2011/35/UE¹³ e il regolamento (UE) n. 1093/2010¹⁴.

Le modifiche sono volte a rafforzare la stabilità finanziaria, ridurre i rischi e proteggere i depositanti e i servizi bancari fondamentali, preservando il denaro pubblico e il mercato interno. Inoltre si ritiene che essa possa avere un impatto sociale positivo, da un lato riducendo la probabilità di una crisi bancaria sistemica e dall'altro riducendo al minimo le perdite in capo ai contribuenti¹⁵, al punto che in un

⁵ V. *supra* cap. I.

⁶ “Seconda direttiva 77/91/CEE del Consiglio, del 13 dicembre 1976, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati Membri, alle società di cui all'articolo 58, secondo comma, del Trattato, per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa”.

⁷ “Sesta direttiva 82/891/CEE del Consiglio, del 17 dicembre 1982, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato e relativa alle scissioni delle società per azioni”.

⁸ Su cui v. *supra* cap. I, § 6.1.

⁹ “Direttiva 2002/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 giugno 2002 relativa ai contratti di garanzia finanziaria”.

¹⁰ “Direttiva 2004/25/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, concernente le offerte pubbliche di acquisto”.

¹¹ “Direttiva 2005/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005 relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali”.

¹² “Direttiva 2007/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate”.

¹³ “Direttiva 2011/35/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 relativa alle fusioni delle società per azioni”.

¹⁴ “Regolamento (UE) N. 1093/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/78/CE della Commissione”. La decisione n. 716/2009/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009 “istituisce un programma comunitario a sostegno di attività specifiche nel campo dei servizi finanziari, dell'informativa finanziaria e della revisione contabile”; la decisione 2009/78/CE della Commissione del 23 gennaio 2009 istituiva il comitato delle autorità europee di vigilanza bancaria”.

¹⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document, Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council*

documento che accompagna la proposta si afferma che “[h]ad these powers and tools been available to the relevant authorities in the recent cases [...], we would have seen more cooperation and preventive actions in cross-border banking groups”¹⁶.

La proposta è d’importanza fondamentale per il presente lavoro poiché introduce disposizioni volte a regolare il dissesto di gruppi bancari multinazionali. Si tratta, in particolare, innanzi tutto degli artt. 7, 8, 11, 12 e 15, che disciplinano la redazione dei piani di risanamento e di risoluzione delle crisi di un gruppo, nonché i poteri di affrontare o eliminare gli impedimenti alla risoluzione delle crisi. Rilevano poi gli artt. da 16 a 22, dedicati al sostegno finanziario infragruppo e l’art. 25 che prevede un coordinamento delle misure di intervento precoce e disciplina la nomina di un amministratore straordinario. Infine, devono essere menzionate le disposizioni contenute negli artt. da 80 a 83, che complessivamente formano il Titolo V della proposta di direttiva, interamente dedicato alla risoluzione delle crisi di gruppo, l’art. 98 relativo alla “[m]essa in comune dei meccanismi di finanziamento nazionali in caso di risoluzione delle crisi di gruppo” e gli artt. 84, 88 e 89, relativi alle relazioni con Paesi terzi.

Le norme appena ricordate si basano sulla considerazione secondo cui una risoluzione delle crisi efficiente e rapida e che permetta di minimizzare le perdite può essere assicurata assegnando un ruolo preminente alla c.d. “autorità di risoluzione delle crisi di gruppo”, pur sempre però concedendo le garanzie necessarie agli Stati membri in cui hanno sede gli enti minori del gruppo, in particolare attraverso: l’istituzione di appositi collegi all’interno dei quali possano cooperare tutte le autorità di risoluzione delle crisi; una valutazione della stabilità finanziaria di tutti gli Stati membri in cui il gruppo opera prima di prendere qualsiasi decisione riguardante il gruppo; la definizione di un chiaro processo decisionale che offra a tutte le autorità coinvolte la possibilità di essere render nota la propria prospettiva, garantendo nel

establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directives 77/91/EEC and 82/891/EC, Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC and 2011/35/EC and Regulation (EU) No 1093/2010, 6 giugno 2012, SWD(2012) 166 final, 19, 66, disponibile a:

http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/crisis-management/2012_eu_framework/impact_assessment_final_en.pdf (visitato il 6.1.2014).

¹⁶ EUROPEAN COMMISSION, 6 giugno 2012, *Bank recovery and resolution proposal: Frequently Asked Questions*, cit., FAQ n. 32 (“If we had had this proposal already in place, would this have saved banks like Dexia, Lehman Brothers, or BayernLB?”).

contempo la possibilità di raggiungere una posizione comune in materia di risoluzione; l'istituzione di meccanismi di composizione dei conflitti tra le autorità di risoluzione, anche avvalendosi del ruolo di mediatore obbligatorio che il regolamento UE n. 1093/2010 attribuisce all'Autorità Bancaria Europea ("l'ABE")¹⁷.

Negli ultimi mesi del 2013 si è assistito ad uno sviluppo serrato del processo legislativo riguardante la proposta di direttiva: il 27 giugno 2013 l'ECOFIN adottava una posizione comune sulla proposta di direttiva e chiedeva alla presidenza del Consiglio di intraprendere dei negoziati con il Parlamento europeo al fine di adottare la direttiva in prima lettura entro la fine dell'anno¹⁸; il 12 dicembre la Commissione, il Parlamento europeo e gli Stati membri raggiungevano un accordo sulla direttiva, peraltro soggetto ad una ultimazione tecnica e ad un'approvazione formale del Parlamento e del Consiglio¹⁹; infine (per ora) il 19 dicembre l'ECOFIN ha raggiunto l'accordo finale.

a) La preparazione ed il contenuto dei piani di risoluzione delle crisi di gruppo

Occorre innanzi tutto spendere qualche parola sui piani di risoluzione delle crisi di gruppo. L'art. 11(1), prima frase, della proposta prevede che gli Stati membri provvedono a che le autorità di risoluzione redigano dei piani di risoluzione delle crisi di gruppo. In tale fase preparatoria, come anche in quella di aggiornamento dei piani stessi²⁰, il ruolo principale è ricoperto dalle autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo, le quali devono collaborare con le autorità di risoluzione di tutti gli altri enti di un determinato gruppo, nell'ambito della cornice di cooperazione rappresentata dai collegi²¹ e consultando "le pertinenti autorità competenti". Le

¹⁷ Si veda in particolare l'art. 19 del regolamento.

¹⁸ EUROPEAN COMMISSION, 27 giugno 2013, *Statement of Commissioner Barnier following agreement in ECOFIN on bank recovery and resolution*, disponibile a: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-601_en.htm?locale=en (visitato il 6.1.2014); COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 27 giugno 2013, *Council agrees position on bank resolution*, disponibile a:

http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/137627.pdf.

¹⁹ EUROPEAN COMMISSION, 12 dicembre 2013, *Commissioner Barnier welcomes trilogue agreement on the framework for bank recovery and resolution*, disponibile a: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-1140_en.htm?locale=en (visitato il 6.1.2014).

²⁰ L'art. 12(3) prevede che gli aggiornamenti debbano avvenire almeno una volta all'anno e a seguito di qualsiasi cambiamento nella struttura giuridica o organizzativa dell'ente o gruppo, nella sua attività o nella sua situazione finanziaria che possa influire in misura sostanziale sui piani o renderne necessaria la modifica.

²¹ Su cui v. *infra* cap. III, § 1.1.c).

autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo possono coinvolgere nella preparazione e nel mantenimento di questi piani di risoluzione le autorità di risoluzione di Stati terzi in cui il gruppo possiede “filiazioni”²² o società di partecipazione finanziaria o succursali significative ai sensi dell’art. 42 *bis* della direttiva 2006/48/CE (art. 12(2) della proposta).

Gli Stati membri devono attribuire alle autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo il potere di imporre alle imprese madri e agli enti soggetti a vigilanza su base consolidata ai sensi degli artt. 125 e 126 della direttiva 2006/48/CE di fornire loro tutte le informazioni necessarie, relative ad essi, a tutte le entità giuridiche appartenenti al gruppo e alle società di cui all’art. 1, lettere c) o d), per la redazione e l’attuazione dei piani di risoluzione delle crisi di gruppo, in particolare con riferimento alle informazioni e alle analisi indicate nella sezione B dell’allegato alla proposta²³. Al fine di facilitare il reperimento e la trasmissione di tali informazioni, l’art. 10(2) prevede che le autorità competenti²⁴ nei diversi Stati membri collaborino con le autorità di risoluzione per verificare la disponibilità di tali informazioni e, in caso affermativo, per trasmetterle alle autorità stesse. La comunicazione delle informazioni avverrà sulla base di moduli, modelli e procedure *standard* elaborati dall’Autorità Bancaria Europea, presentate alla Commissione entro dodici mesi dall’entrata in vigore della direttiva ed adottate da questa in conformità all’art. 15 del regolamento (UE) n. 1093/2010. L’autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo, a sua volta, trasmette le informazioni ricevute all’ABE, alle autorità di risoluzione delle crisi degli enti filiazioni, alle pertinenti autorità competenti di cui agli artt. 130 e 131 *bis* della direttiva 2006/48/CE e alle autorità di risoluzione delle crisi degli Stati membri in cui sono stabilite le società di cui all’art. 1, lettere c) o d). Entro quattro mesi da quest’ultima trasmissione, i piani di

²² Così, letteralmente, la proposta di direttiva, ad indicare società controllate: cfr. art. 2 n.5 secondo cui per filiazione si intende «un’impresa figlia come definita all’articolo 4, punto 13, della direttiva 2006/48/CE».

²³ Ciò è quanto sembra doversi desumere dal combinato disposto degli artt. 11(2), 10(1) e 12(1) della Proposta. L’elenco della Sezione B dell’Allegato, a cui si rimanda, è lungo. Esso riguarda tutte le informazioni che permettono di conoscere a fondo un gruppo, soprattutto per quanto riguarda la struttura, la gestione,

²⁴ Ai sensi dell’art. 2(20) della Proposta le autorità competenti sono le autorità competenti come definite all’art. 4, punto 4, della direttiva 2006/48/CE o all’art. 3, paragrafo 3, lettera c) della direttiva 2006/49/CE, e cioè le autorità nazionali abilitate, in forza di legge o regolamento, all’esercizio della vigilanza sugli enti creditizi o sulle imprese di investimento.

risoluzione delle crisi di gruppo devono essere adottati con una decisione congiunta di tutte le autorità di risoluzione coinvolte. L'Autorità Bancaria Europea può, di sua iniziativa, prestare assistenza alle autorità competenti nel raggiungimento di un accordo in conformità all'art. 19 del regolamento (UE) n. 1093/2010. Le autorità di risoluzione, qualora non condividano un qualsiasi elemento del piano di risoluzione, possono, prima della scadenza dei quattro mesi o comunque prima che sia raggiunta una decisione congiunta, rimettere la questione all'ABE in conformità all'art. 19 del regolamento (UE) n. 1093/2010²⁵. In tal caso, l'autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo è tenuta a rinviare la propria decisione, in attesa della decisione dell'ABE, che deve pervenire entro un mese²⁶, e la successiva decisione dell'autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo dovrà conformarsi alla decisione dell'ABE. Qualora invece, trascorso il periodo di quattro mesi, non si riesca a raggiungere una decisione congiunta, l'autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo può decidere autonomamente, esplicitando le motivazioni e tenendo conto delle opinioni e delle riserve espresse dalle altre autorità competenti nel corso dei quattro mesi. La decisione è trasmessa alle imprese madri o all'ente soggetto a vigilanza su base consolidata, nonché alle altre autorità di risoluzione delle crisi.

I piani di risoluzione delle crisi di gruppo comprendono (i) un piano di risoluzione delle crisi a livello di impresa madre o di ente soggetto a vigilanza su base consolidata ai sensi degli artt. 125 e 126 della direttiva 2006/48/CE, (ii) i piani di risoluzione delle crisi per i singoli enti filiazioni preparati in conformità all'art. 9 della proposta, (iii) i piani di risoluzione delle crisi delle società di cui all'art. 1, lettere (c) o (d) della proposta e (iv) i piani di risoluzione delle crisi degli enti che hanno succursali in altri Stati membri, in conformità alla direttiva 2001/24/CE.

I piani di risoluzione delle crisi di gruppo, ai sensi dell'art. 11(3) della proposta, (i) indicano le azioni di risoluzione delle crisi da avviare riguardo al gruppo nel suo complesso o parte di esso, comprese le singole filiazioni, sia mediante azioni di risoluzione delle crisi nei confronti delle società di cui all'art. 1(d) – “società di partecipazione finanziaria madri in uno Stato membro, società di partecipazione finanziaria madri nell'Unione, società di partecipazione finanziaria mista madri in

²⁵ Su cui v. *supra* Cap. III, § 1.1.

²⁶ Il periodo di quattro mesi è invece assimilato, ai sensi dell'art. 12(6) della Proposta, al periodo di conciliazione di cui al regolamento (UE) n. 1093/2010.

uno Stato membro, società di partecipazione finanziaria mista madri nell'Unione"²⁷ - , dell'impresa madre e degli enti filiazioni, sia mediante azioni coordinate di risoluzione delle crisi nei confronti degli enti filiazioni, negli scenari di cui all'art. 9(2), cioè nei casi in cui il dissesto sia specifico o si verifichi in un momento di instabilità finanziaria più ampia o di eventi a livello di sistema; (ii) esaminano in che misura gli strumenti e poteri di risoluzione delle crisi possono essere applicati ed esercitati in maniera coordinata nei confronti delle entità del gruppo ubicate nell'Unione, ivi comprese le misure volte ad agevolare l'acquisto, da parte di un terzo, del gruppo nel suo complesso o di aree di attività separate o di attività svolte da una serie di entità del gruppo o da determinate entità del gruppo, e individua i potenziali ostacoli a una risoluzione delle crisi coordinata; (iii) nel caso di un gruppo che comprende entità costituite in Paesi terzi, definiscono intese per la cooperazione e il coordinamento con le autorità pertinenti di tali Paesi terzi; (iv) indicano le misure, tra cui la separazione giuridica ed economica di particolari funzioni o aree di attività, necessarie per agevolare la risoluzione delle crisi di gruppo quando ne sono soddisfatte le condizioni; (v) indicano le modalità di finanziamento delle azioni di risoluzione delle crisi di gruppo e, se del caso, espongono principi per la ripartizione della responsabilità del finanziamento tra fonti presenti in diversi Stati membri. I piani non presuppongono alcun sostegno finanziario pubblico straordinario oltre all'impiego dei meccanismi di finanziamento istituiti ai sensi dell'art. 91²⁸. Detti principi sono stabiliti in funzione di criteri equi ed equilibrati e tengono conto, in particolare, dell'impatto economico della risoluzione delle crisi negli Stati membri interessati e della ripartizione dei poteri di vigilanza fra le varie autorità competenti.

b) Valutazione della possibilità di risoluzione delle crisi di gruppo e rimozione degli impedimenti

L'art. 15 stabilisce una procedura – per la verità abbastanza complessa e a tratti oscura - per giungere ad una decisione condivisa circa l'individuazione degli impedimenti alla risoluzione delle crisi dei gruppi e delle misure idonee ad eliminarli. Tale procedura sembrerebbe cominciare nel momento in cui, ai sensi

²⁷ Così come definite dall'art. 2(11-14) della Proposta.

²⁸ L'art. 91 prevede in capo agli Stati membri l'obbligo di istituire dei meccanismi di finanziamento, dotati di mezzi finanziari adeguati, al fine di permettere all'autorità di risoluzione delle crisi di applicare o esercitare efficacemente gli strumenti e i poteri di risoluzione delle crisi.

dell'art. 14, un'autorità di risoluzione delle crisi accerta, in relazione ad una determinata società del gruppo, la sussistenza di tali impedimenti e ne dà notifica all'ente interessato. Quest'ultimo può indicare le misure che ritenga appropriate per far fronte a tale problema e poi l'autorità notificherà all'ente stesso il proprio parere sull'idoneità di queste misure. Inoltre, secondo quanto prevede (o, perlomeno, sembra prevedere) l'art. 15(1), le autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo e le autorità di risoluzione delle crisi delle filiazioni devono impegnarsi, per quanto ragionevolmente possibile, a prendere una decisione congiunta sull'applicazione di tali misure.

Inoltre, il par. (2) dell'art. 15 della proposta prevede che l'autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo, in collaborazione con l'autorità di vigilanza su base consolidata e con l'Autorità Bancaria Europea ed in consultazione con le autorità competenti, prepara una relazione, ai sensi dell'art. 25(1) del regolamento (UE) n. 1093/2010²⁹, sugli impedimenti alla risoluzione delle crisi e sulle misure necessarie per eliminarli, che è poi trasmessa alle imprese madri o all'ente soggetto a vigilanza su base consolidata e alle autorità di risoluzione delle crisi delle filiazioni.

Per quanto riguarda la natura delle misure che possono essere proposte, i considerando 19 e 20 prevedono che esse possono anche consistere nell'imporre modifiche alla struttura e all'organizzazione dell'ente o gruppo. Tuttavia, al fine di rispettare la libertà d'impresa sancita dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali, tali modifiche devono essere limitate allo stretto necessario. Inoltre, si prevede che le misure imposte devono essere conformi diritto dell'Unione europea, in particolare non comportando discriminazioni, dirette o indirette, per motivi di nazionalità, non violando i diritti inerenti alle libertà fondamentali, tra cui soprattutto quelli relativi alla libertà di stabilimento, e perseguendo unicamente l'interesse pubblico alla stabilità finanziaria.

Entro quattro mesi dalla notifica (sembrerebbe quella di cui all'art. 14), l'impresa madre o l'ente soggetto a vigilanza su base consolidata possono presentare osservazioni e/o proporre misure alternative di cui l'autorità di risoluzione a livello di gruppo dà notizia all'autorità di vigilanza su base consolidata, all'Autorità Bancaria Europea e all'autorità di risoluzione delle crisi delle filiazioni.

²⁹ L'art. 25 è rubricato "Procedure di risanamento e di risoluzione delle crisi".

Infine è previsto che, in seno al collegio, le autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo e le autorità di risoluzione delle crisi delle filiazioni si impegnino nel massimo grado possibile per raggiungere, in consultazione con le autorità competenti, una decisione congiunta in relazione all'individuazione degli impedimenti e alla valutazione delle misure proposte per aggirarli. Tale decisione deve essere presa, eventualmente con l'aiuto prestato dall'ABE su base volontaria, entro quattro mesi dalla presentazione della relazione. Nel caso in cui entro tale lasso di tempo non si riesca a raggiungere una decisione, l'autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo può decidere autonomamente in relazione all'intero gruppo. In entrambi i casi la decisione deve essere motivata, con l'eventuale indicazione delle opinioni e delle riserve espresse dai partecipanti al processo decisionale, e trasmessa dall'autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo alle imprese madri o all'ente soggetto a vigilanza su base consolidata. La decisione deve essere a questo punto riconosciuta come definitiva ed applicata dalle autorità competenti negli Stati membri interessati. Se invece, entro e non oltre i quattro mesi di cui sopra, una delle autorità di risoluzione delle crisi interessata abbia rimesso la questione all'ABE ai sensi dell'art. 19 del regolamento (UE) n. 1093/2010, l'autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo è tenuta a sospendere la decisione in attesa di una presa di posizione dell'ABE, che deve esprimersi entro un mese e i quattro mesi sono assimilati al periodo di conciliazione ai sensi del regolamento medesimo. L'autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo si conformerà alla decisione dell'ABE.

c) I collegi di risoluzione delle crisi

Conviene innanzi tutto spendere qualche parola sui c.d. "collegi di risoluzione delle crisi", previsti all'art. 80 della proposta. Si tratta di entità, chiaramente concepite parallelamente ai collegi di vigilanza³⁰, che devono essere istituite dall'autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo cioè, ai sensi dell'art. 2(38) della proposta, l'autorità di risoluzione che opera nello Stato membro in cui si trova l'autorità di vigilanza su base consolidata³¹. A sua volta, quest'ultima è, ai sensi

³⁰ Cfr. considerando 62 della Proposta.

³¹ Ai sensi dell'art. 3(3) della Proposta, "[p]ossono essere autorità di risoluzione delle crisi le autorità competenti della vigilanza ai fini delle direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE, le banche centrali, i ministeri competenti ovvero altre autorità amministrative pubbliche, purché gli Stati membri adottino le norme e disposizioni necessarie per evitare conflitti di interesse tra le funzioni di vigilanza ai sensi

dell'art. 2(31) della proposta, l'autorità competente della vigilanza su base consolidata come definita all'art. 4, punto 48, della direttiva 2006/48/CE³². L'unico caso in cui l'autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo non è tenuta ad istituire dei collegi di risoluzione delle crisi è quello in cui, in relazione ad uno specifico gruppo, esiste già un'entità avente esattamente le medesime caratteristiche che l'art. 80 prevede per i collegi. In tal caso, ogni riferimento ai collegi di risoluzione contenuto nella proposta deve essere inteso quale riferimento a tale entità³³.

Membri dei collegi in esame sono innanzi tutto le autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo. A queste si aggiungono, in qualità di membri permanenti, ai sensi dell'art. 80(2), le altre autorità di risoluzione delle crisi di ciascuno Stato membro in cui è stabilita una filiazione interessata dalla vigilanza su base consolidata e l'Autorità bancaria europea. Inoltre, nel caso in cui le autorità di risoluzione non siano identificabili con i “ministeri competenti”, cioè “i ministeri delle finanze o altri ministeri responsabili delle decisioni economiche, finanziarie e di bilancio”³⁴, anche questi ultimi saranno membri dei collegi di risoluzione e potranno partecipare alle riunioni, in particolare a quelle che possono avere ripercussioni sui fondi pubblici degli Stati. Per quanto concerne l'Autorità Bancaria Europea, ai sensi del par. 4, essa può partecipare, se lo ritiene opportuno, a *specifiche* riunioni o attività, ma senza diritto di voto, al fine di contribuire a promuovere e monitorare il funzionamento efficiente, efficace e uniforme dei collegi³⁵. Deve subito rilevarsi, peraltro, che ciò pare in qualche modo in contrasto con quanto si è visto essere disposto dal par. 2 della stessa norma, la quale, prevedendo che “sono membri...” sembra – come già accennato – indicare, tra gli altri, anche l'Autorità Bancaria Europea quale membro

delle direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE, o le altre funzioni dell'autorità in questione, e le funzioni di autorità di risoluzione delle crisi ai sensi della presente direttiva. In particolare, gli Stati membri provvedono a che, in seno alle autorità competenti, banche centrali, ministeri competenti ovvero altre autorità amministrative pubbliche, la funzione di risoluzione delle crisi sia separata dalla funzione di vigilanza o altre funzioni dell'autorità in questione”.

³² “Direttiva 2006/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2006 relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio”. Ai sensi dell'art. 4(48), per autorità di vigilanza su base consolidata deve intendersi “l'autorità competente responsabile dell'esercizio della vigilanza su base consolidata degli enti creditizi imprese madri nell'Unione europea e degli enti creditizi controllati da società di partecipazione finanziarie madri nell'Unione europea”.

³³ Art. 80(8).

³⁴ Si veda l'art. 2(21) della Proposta.

³⁵ Corsivo aggiunto.

permanente. Possono poi esservi membri aggiuntivi, in presenza di determinate circostanze o per il raggiungimento di particolari obiettivi. Innanzi tutto, l'autorità di risoluzione dello Stato membro in cui una società di cui all'art. 1(d) è stabilita, quando tale società sia l'impresa madre di uno o più enti³⁶. Inoltre, qualora un'impresa madre o un ente stabilito nell'Unione abbia enti filiazioni in Stati terzi, le autorità di risoluzione delle crisi di tali Stati possono essere invitate, su richiesta dell'autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo, a partecipare al collegio di risoluzione delle crisi in veste di osservatori, purché siano soggette a obblighi di riservatezza equivalenti a quelli stabiliti nell'art. 76. Al fine di decidere circa la necessità di stendere un programma di risoluzione delle crisi di gruppo ai sensi dell'art. 83³⁷, il par. (6) dell'art. 80 prevede la partecipazione alle riunioni o alle attività dei collegi di risoluzione dell'autorità o delle autorità di risoluzione delle crisi di ciascuno Stato membro in cui è stabilita una filiazione. Infine, per raggiungere un accordo sui programmi di risoluzione delle crisi di gruppo proposti a norma dell'art. 83 e per coordinare l'impiego dei meccanismi di finanziamento di cui al titolo VII della proposta, il par. (7) dell'art. 80 prevede la partecipazione alle riunioni o alle attività dei collegi della o delle autorità di risoluzione delle crisi di ciascuno Stato membro in cui è stabilita una filiazione che soddisfa le condizioni per la risoluzione della crisi. La norma in esame, alla prima frase del par. (3), raccomanda a tutti gli organismi pubblici che partecipano alle attività dei collegi³⁸ di attuare una stretta cooperazione reciproca.

L'autorità di risoluzione a livello di gruppo non è solamente incaricata di istituire il collegio, ma anche di coordinarne le attività e di convocarne e presiederne le riunioni. In particolare, *ex ante*, deve informare tutti i membri del collegio e l'ABE delle riunioni che si terranno e degli argomenti che saranno discussi in occasione delle stesse. Inoltre, può decidere volta per volta quali autorità e/o ministri invitare, tenendo conto, secondo quanto previsto dall'art. 80(3), del rilievo delle tematiche da trattare, delle attività da pianificare o coordinare e delle decisioni da adottare, in

³⁶ Laddove, per "ente", si intende un ente creditizio o un'impresa di investimento (cfr. art. 2(23) della Proposta).

³⁷ È questo uno dei "compiti" dei collegi di risoluzione stabiliti dall'art. 80(1), secondo comma. Per gli altri si veda *infra* in questo stesso §.

³⁸ Con tale espressione la Proposta presumibilmente intende riferirsi a tutte le autorità di risoluzione ed ai ministri competenti cui si è fatto riferimento.

particolare con riferimento al loro possibile impatto sulla stabilità dei sistemi finanziari degli Stati Membri coinvolti. *Ex post*, l'autorità di risoluzione a livello di gruppo deve informare tutti i membri dei collegi di tutte le decisioni adottate e di tutte le azioni intraprese durante le riunioni.

Il funzionamento dei collegi è regolato da due ordini di norme. Un primo gruppo, che ne disciplina le modalità operative, è costituito da progetti di norme tecniche di regolamentazione elaborati dall'ABE indistintamente per ogni collegio, secondo quanto previsto dall'art. 80(9). Entro dodici mesi dall'entrata in vigore della direttiva, l'ABE deve sottoporre le norme tecniche di cui sopra alla Commissione che, a sua volta, le adotterà secondo la procedura prevista dagli artt. da 10 a 14 del regolamento (UE) n. 1093/2010³⁹. Un secondo gruppo di norme, subordinato al primo⁴⁰, consiste in regole scritte, stabilite dall'autorità di risoluzione a livello di gruppo, previa consultazione con le altre autorità di risoluzione, che definiscono *ad hoc* per ciascun collegio le modalità e le procedure per il funzionamento dello stesso.

Venendo alla natura dei collegi ed allo scopo per il quale essi sono creati, deve innanzi tutto chiarirsi che non si tratta di nuovi organi decisionali con autonomi poteri creati dalla direttiva: piuttosto, sono delle entità intangibili che fungono da cornice all'interno della quale i diversi membri possano adempiere quanto previsto dall'art. 80(1). Tale norma, al primo comma, rinvia agli artt. 11, 15 e 83 della proposta relativi alla preparazione di piani di risoluzione delle crisi di gruppo, all'affrontare ed eliminare gli impedimenti alla possibilità di risoluzione delle crisi e alla risoluzione di un gruppo. Il medesimo paragrafo stabilisce poi che i collegi devono servire quali mezzi per facilitare la cooperazione ed il coordinamento con le autorità di risoluzione di Stati non membri dell'Unione. Il secondo comma dell'art. 80(1) specifica ulteriormente i compiti la cui realizzazione dovrebbe essere facilitata dai collegi: oltre a fare di nuovo riferimento ai già menzionati artt. 11, 15 e 83, esso annovera anche lo scambio di informazioni, che rappresenta la base necessaria per lo svolgimento di tutti gli ulteriori compiti, la valutazione della possibilità di risoluzione delle crisi dei gruppi, il coordinamento delle comunicazioni al pubblico

³⁹ Su cui v. *supra* Cap. III, § 1.1.

⁴⁰ Così sembra doversi dedurre dall'art. 80(9), laddove è specificato che le norme tecniche di regolamentazione sono volte a precisare le modalità operative dei collegi.

delle strategie e dei programmi di risoluzione ed infine il coordinamento dell'impiego dei meccanismi di finanziamento istituiti a norma del titolo VII.

d) I collegi europei di risoluzione delle crisi

A fianco dei collegi di risoluzione delle crisi appena descritti, l'art. 81 disciplina i c.d. "collegi europei" di risoluzione delle crisi, i quali devono essere istituiti nel caso in cui (i) un ente di uno Stato terzo o un'impresa madre di uno Stato terzo ha due o più enti filiazione stabiliti nell'Unione e (ii) non sono stati conclusi accordi con le autorità di Stati terzi riguardo allo scambio di informazioni riservate⁴¹. Incaricate di istituire tali collegi sono le autorità di risoluzione degli Stati membri in cui gli enti di filiazione sono stabiliti ed è a questi ultimi che l'attività dei collegi è rivolta esclusivamente⁴². Essi funzionano nello stesso modo e svolgono gli stessi compiti dei collegi di risoluzione previsti dall'art. 80, eccetto che per una particolarità, contenuta nell'art. 81(3), relativa all'autorità deputata a presiederli. In via di principio, il presidente è designato e nominato dai membri del collegio stesso. Tuttavia, nel caso in cui gli enti di filiazione siano detenuti da una società di partecipazione finanziaria stabilita nell'Unione a norma dell'art. 143(3), 3° comma, della direttiva 2006/48/CE⁴³, il collegio è presieduto dall'autorità di risoluzione delle crisi dello Stato membro in cui è ubicata l'autorità di vigilanza su base consolidata a norma di detta direttiva.

e) Lo scambio di informazioni

L'art. 82 è interamente dedicato allo scambio di informazioni tra le autorità di risoluzione di un determinato collegio. In base alla regola generale, le autorità di risoluzione devono spontaneamente scambiarsi le une con le altre, oppure comunicare a seguito di una specifica richiesta, tutte le informazioni rilevanti per l'esercizio delle proprie rispettive attività. Le autorità di risoluzione a livello di

⁴¹ Non è chiaro quale sia la ragione sottostante questa seconda condizione.

⁴² Si veda l'art. 81(2).

⁴³ Su cui v. *supra* cap. II, § 4.2. La norma richiamata si riferisce al caso di un ente creditizio, la cui impresa madre sia un ente creditizio o una società di partecipazione finanziaria con sede principale in uno Stato terzo, non soggetto ne' a vigilanza su base consolidata ai sensi degli articoli 125 e 126 della medesima direttiva, ne' ad una vigilanza su base consolidata nella sostanza equivalente da parte di un'autorità competente di uno Stato terzo. In presenza di tali circostanze, la norma prevede che l'autorità competente può, *inter alia*, in particolare disporre la creazione di una società di partecipazione finanziaria con sede principale nella Comunità ed applicare le disposizioni relative alla vigilanza su base consolidata alla posizione consolidata di tale società di partecipazione finanziaria.

gruppo, in particolare, hanno il dovere di fornire a tutte le altre autorità di risoluzione le informazioni rilevanti in tempi brevi, al fine di facilitare loro lo svolgimento dei compiti di cui all'art. 80(1), secondo comma, lettere da (b) ad (h)⁴⁴. Si prevede inoltre che le informazioni così scambiate possono anche essere messe a disposizione dei ministri competenti.

f) La risoluzione delle crisi di gruppo

L'art. 83, rubricato “[r]isoluzione delle crisi di gruppo”, può essere suddiviso in due parti dedicate al (probabile) fallimento l'una di un ente filiazione e l'altra di una società madre dell'Unione.

Per quanto concerne l'ente filiazione, l'art. 83(1) prevede che quando un'autorità di risoluzione ritiene o è informata da un'autorità nazionale abilitata all'esercizio della vigilanza sugli enti creditizi⁴⁵ che un ente filiazione di un gruppo è in dissesto o a rischio di dissesto, comunica senza indugio all'autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo e alle altre autorità di risoluzione delle crisi membri del collegio di risoluzione per il gruppo in questione la propria decisione in tal senso e le azioni di risoluzione della crisi o altre misure relative all'insolvenza che ritiene opportuno adottare. L'autorità di risoluzione della crisi a livello di gruppo deve valutare, congiuntamente agli altri membri del collegio di risoluzione del gruppo in questione, quale possa essere l'impatto del fallimento o delle azioni o misure proposte sull'intero gruppo o sugli enti affiliati con sede in altri Stati membri, con due possibili conseguenze. Nel caso in cui non ci si attenda un impatto negativo, l'autorità di risoluzione competente in relazione all'ente filiazione in dissesto può intraprendere le azioni o adottare le misure comunicate e deve periodicamente informare esaurientemente il collegio di risoluzione della crisi di tali azioni o misure e del loro andamento. Nel caso in cui invece ci si attenda un impatto negativo, l'autorità di risoluzione di gruppo deve proporre, entro le 24 ore successive alla notifica di cui sopra, un programma di risoluzione della crisi di gruppo e presentarlo al collegio. Qualora un membro di quest'ultimo non sia d'accordo sul programma, preferendo, per ragioni di stabilità finanziaria, avviare autonomamente, in relazione a

⁴⁴ Su cui v. *supra* cap. III, § 1.1.c).

⁴⁵ Si vedano gli artt. 74(3) e 2(20) della Proposta e l'art. 4(4) della direttiva 2006/48/CE ivi richiamata.

un dato ente o entità del gruppo, azioni o misure diverse da quelle proposte, rimetterà entro 24 ore la questione all'Autorità Bancaria Europea, secondo la procedura prevista all'art. 19 regolamento (UE) n. 1093/2010⁴⁶, al quale, entro le 24 ore successive, dovrà prendere una decisione sul punto che vincolerà l'autorità di risoluzione.

Per quanto riguarda il possibile fallimento di una c.d. società madre dell'Unione, l'art. 83(8) della proposta prevede che quando l'autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo decide o è informata da un'autorità nazionale abilitata all'esercizio della vigilanza sugli enti creditizi⁴⁷ che una società madre dell'Unione in relazione alla quale è competente è in dissesto o a rischio di dissesto, essa comunichi alle altre autorità di risoluzione parte del collegio di risoluzione del gruppo in questione la propria decisione e le azioni o le misure che ritiene necessarie. Soltanto in questo caso, e non invece nell'ipotesi sopra esaminata, una delle azioni proposte dall'autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo può consistere già in un programma di risoluzione delle crisi di gruppo.

Ai sensi del par. 9 della norma in esame, tutti i passaggi delle procedure appena descritte devono essere attuati in tempi brevi, tenendo conto “dell'urgenza della situazione”.

Il contenuto dei programmi di risoluzione delle crisi di gruppo è indicato nell'art. 83(5): essi delineano le azioni di risoluzione della crisi che le pertinenti autorità di risoluzione devono avviare, in relazione all'impresa madre nell'Unione o a particolari entità del gruppo, al fine di preservare il valore del gruppo nel suo complesso, ridurre al minimo l'impatto sulla stabilità finanziaria negli Stati membri in cui il gruppo è attivo e ridurre al minimo il ricorso a un sostegno finanziario pubblico straordinario; specificano le modalità di coordinamento delle azioni di risoluzione della crisi; stabiliscono un piano di finanziamento che tenga conto dei principi sulla ripartizione delle responsabilità stabiliti in conformità all'art. 11(3)(e) della proposta.

⁴⁶ Sul regolamento v. *supra* cap. III, § 1.1. L'art. 19 è rubricato “Risoluzione delle controversie tra autorità competenti in situazioni transfrontaliere”.

⁴⁷ Si vedano gli artt. 74(3) e 2(20) della Proposta e l'art. 4(4) della direttiva 2006/48/CE ivi richiamata.

Nel caso in cui non sia attuato alcun programma di risoluzione delle crisi di gruppo e pertanto siano intraprese azioni unicamente nei confronti di ciascun ente in dissesto singolarmente considerato, le autorità competenti sono in ogni caso tenute a cooperare strettamente le une con le altre all'interno del quadro dei collegi di risoluzione⁴⁸ al fine di raggiungere una soluzione coordinata per tutte le entità in dissesto.

Da ultimo, merita attenzione il considerando 63 nella parte in cui prevede che “[l]e azioni di risoluzione della crisi proposte dall’autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo dovrebbero essere preparate e discusse fra le diverse autorità nazionali di risoluzione delle crisi nel quadro dei corrispondenti piani a livello di gruppo”. Infatti questa sembra essere l’unica indicazione della relazione esistente tra i programmi di cui all’art.83 ed i piani di risoluzione di cui all’art. 11 della proposta.

g) Il finanziamento della risoluzione delle crisi di gruppo

L’art. 98 della proposta prevede in capo agli Stati membri l’obbligo di assicurarsi che ciascun meccanismo di finanziamento nazionale contribuisca al finanziamento della risoluzione di un eventuale crisi di gruppo. Il piano di finanziamento è stabilito dall’autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo, in consultazione con le altre autorità di risoluzione delle crisi, e costituisce parte integrante del piano di risoluzione della crisi di cui all’art. 83. Gli Stati membri devono garantire che il rispettivo meccanismo di finanziamento nazionale versi il contributo al piano di finanziamento non appena l’autorità di risoluzione dello Stato in questione abbia ricevuto una richiesta in tal senso da parte dell’autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo. I meccanismi di finanziamento di gruppo possono richiedere prestiti o altre forme di sostegno secondo quanto si renda necessario per finanziare la risoluzione della crisi di gruppo. Tali prestiti saranno garantiti dai meccanismi di finanziamento nazionali in misura proporzionale alla loro rispettiva quota di partecipazione al piano di finanziamento stesso. Parimenti, i proventi o utili derivanti dall’uso dei meccanismi di finanziamento vanno a beneficio di tutti i meccanismi di finanziamento nazionale in funzione del contributo versato da ciascuno di essi. L’ultimo paragrafo dell’art. 98 prevede che la Commissione può

⁴⁸ Nella versione inglese si legge “*within the resolution colleges*” mentre in quella italiana “con i collegi di risoluzione”. Sembra doversi preferire il testo inglese.

adottare atti delegati, conformemente all'art. 103 della proposta, per specificare ulteriori dettagli relativi ai piani di finanziamento.

h) Gruppi parzialmente esterni all'Unione

Il titolo VI, dedicato alle “relazioni con i Paesi terzi”, comprende gli artt. da 84 a 89. Non tutte queste norme sembrano rilevare in materia di gruppi: in particolare, gli artt. 85, 86 ed 87 sembrerebbero⁴⁹ disciplinare solo casi di società con sede in Stati terzi ma aventi filiali nell'Unione.

Iniziando dall'art. 84, esso prevede la possibilità che l'Unione concluda accordi con uno o più Stati terzi relativi alle modalità di cooperazione nelle fasi della pianificazione e della attuazione della procedura di risoluzione delle crisi di enti presenti sia nell'Unione che negli Stati terzi. In particolare, si prevede che la Commissione trasmette al Consiglio, di propria iniziativa o su richiesta di uno Stato membro, delle proposte relative alla negoziazione. La norma indica alcune situazioni in cui “in particolare” tale procedura può essere attivata; le ipotesi di cui alle lettere (a) e (c) riguardano i gruppi e cioè il caso in cui una società controllata del gruppo si trova in uno Stato membro ed il caso in cui una società madre o una delle società di cui all'art. 1, lettere (c) o (d)⁵⁰, con sede in uno Stato membro abbia una o più succursali significative⁵¹ in uno o più Stati terzi. Il par. (2) dell'art. 84, in parte ripete quanto già era stato enunciato nel par. (1) e in parte fa (un oscuro) riferimento all'art. 89 di cui si dirà⁵².

L'art. 88 prevede invece alcune disposizioni relative alla cooperazione con le autorità dei Paesi terzi che sono applicabili fino a che non è concluso con il Paese terzo di volta in volta rilevante un accordo *ex art. 84* o⁵³ nella misura in cui la materia non è disciplinata da tale accordo. L'art. 88 prevede due passaggi successivi.

⁴⁹ Per quanto riguarda l'art. 87 è sicuramente così, essendo chiarito già nella rubrica. L'art. 85, e di conseguenza il connesso art. 86, non sono chiari in merito ma in tal senso sembra doversi intendere la lettera (b) del par. (2).

⁵⁰ Società di partecipazione finanziaria, società di partecipazione finanziaria mista, società di partecipazione mista; società di partecipazione finanziaria madri in uno Stato membro, società di partecipazione finanziaria madri nell'Unione, società di partecipazione finanziaria mista madri in uno Stato membro, società di partecipazione finanziaria mista madri nell'Unione.

⁵¹ Si veda l'art. 42-bis della direttiva 2006/48/CE.

⁵² Forse volevano scrivere “88”?

⁵³ La norma dice “e” invece che “o” ma non avrebbe senso. Cioè, se l'accordo *ex art. 84* non è concluso, allora si applica l'art. 88. Se un accordo *ex art. 84* è concluso, potrà continuarsi ad applicare l'art. 88 per le materie non coperte dall'accordo *ex art. 84*.

Inizialmente l'Autorità Bancaria Europea può concludere delle intese quadro di cooperazione non vincolanti con le autorità "pertinenti" degli Stati terzi.

i) Alcune osservazioni sul modello introdotto dalla proposta di direttiva

Come si è visto, sono tre i modelli proposti in dottrina per affrontare il fenomeno dei fallimenti di gruppi multinazionali di società (non necessariamente di tipo bancario). Il meno evoluto consiste in una cooperazione tra i curatori fallimentari e le corti competenti nei diversi ordinamenti coinvolti. Il secondo modello aggiunge al primo la presenza di un'autorità (giudice o curatore fallimentare) a cui sono affidati i poteri necessari per guidare e coordinare le attività di cooperazione. Il terzo modello, invece, si allontana dai primi due e prevede l'apertura di un unico procedimento nei riguardi di tutti membri del gruppo, come se quest'ultimo fosse un'entità singola⁵⁴. La proposta di direttiva appena analizzata ha adottato il secondo tipo di modello qui ricordato, affidando all'autorità di risoluzione delle crisi a livello di gruppo un ruolo preminente nell'ambito delle diverse attività necessarie per risolvere le crisi. Inoltre, di un certo rilievo sembra essere la previsione dell'assistenza dell'Autorità Bancaria Europea, anche alla luce dei poteri conferitile dagli artt. da 23 a 27 del regolamento (CE) n. 1093/2010⁵⁵. A prima vista, la soluzione proposta deve essere certamente accolta con favore, in primo luogo perché, a differenza degli strumenti normativi fino ad ora vigenti nell'Unione, ha identificato l'esistenza del problema del fallimento di gruppi multinazionali ed ha cercato di trovare un modo di risolverlo; inoltre per la sua natura vincolante, unico esempio in un panorama internazionale costellato di strumenti di *soft law*; infine perché essa è il risultato di una cooperazione particolarmente rafforzata, senza precedenti all'esterno dell'Unione europea.

⁵⁴ Si veda WESSELS, *The Future European Union Legislative Framework*, cit., 57

⁵⁵ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document, Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directives 77/91/EEC and 82/891/EC, Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC and 2011/35/EC and Regulation (EU) No 1093/2010*, cit., 55 s.

Inoltre, il quadro istituito attraverso i collegi di risoluzione sembra essere un ambiente adatto al superamento delle difficoltà legate alla cooperazione⁵⁶: infatti è preciso e flessibile nello stesso tempo, così combinando i benefici derivanti da un sistema di regole ben definito con quelli collegati alla adattabilità di tali regole a seconda delle necessità dei diversi casi di volta in volta rilevanti⁵⁷. Secondo la Commissione, il sistema della proposta assicura anche che le diverse autorità coinvolte possano agire rapidamente ed in modo efficace quando la situazione lo richieda⁵⁸. Tuttavia, ad uno sguardo più attento, le norme proposte non fanno altro che ratificare e rendere vincolante una pratica che, come abbiamo visto, era già stata ampiamente adottata, anche se su base meramente volontaria e pertanto secondo degli schemi meno strutturati, da numerosi curatori fallimentari e corti, soprattutto negli Stati Uniti e nell'Unione europea, incaricati di risolvere casi di insolvenza transfrontaliera⁵⁹. Inoltre, come visto, nel corso degli anni sono stati pubblicati molti strumenti di *soft law* volti ad incoraggiare la conclusione di accordi tra autorità e corti di diverse giurisdizioni⁶⁰. In effetti, la stessa Commissione ha riconosciuto che affrontare il problema dell'insolvenza di gruppi transnazionali attraverso il coordinamento delle diverse azioni intraprese a livello dei singoli Stati rappresenterebbe esclusivamente un rafforzamento degli accordi esistenti e non comporterebbe necessariamente il più efficace di riorganizzazione. Tuttavia, prosegue la Commissione, un aspetto positivo può essere visto anche in un sistema come quello proposto, e cioè che una risoluzione ordinata di una banca transnazionale in dissesto è altamente più probabile in presenza di un quadro europeo strutturato e giuridicamente vincolante che rafforzi gli accordi di cooperazione durante una crisi⁶¹. Seppur ciò è sicuramente corretto, un reale passo in avanti sarebbe stato rappresentato dall'adozione di una soluzione globale, quale è stata

⁵⁶ V., per esempio, l'esemplificazione del Prof. Wessels in WESSELS, *Towards a European Bank Company Law?*, in GRAAF – RANK (a cura di), *Financiële sector en international privaatrecht, Financieel Juridische Reeks 3*, NIBE-SVV, Amsterdam, 2011, 139 ss. (17).

⁵⁷ La flessibilità cui si fa riferimento può essere percepita, in particolare, nell'art. 83(1), (3), (4), (6) e (8).

⁵⁸ EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Central Bank, An EU Framework for Crisis Management in the Financial Sector*, cit., 13.

⁵⁹ Si veda *supra* cap. II, § 5 e 6.

⁶⁰ Si veda *supra* cap. II, § 3.

⁶¹ *Communication from the Commission*, COM(2009) 561, cit., 13.

invocata in dottrina, sia a livello europeo che a livello internazionale, da molti Autori⁶². Ad esempio, in sede di lavori preparatori era stata valutata la possibilità di dare vita ad un'autorità europea che gestisse in modo autonomo le crisi internazionali dei gruppi bancari⁶³. Molte ragioni sono state addotte per giustificare la mancata adozione di tale modello. Quella ufficiale, proveniente dalla Commissione, dipende dal fatto che sarebbe stato difficile istituire un modello di risoluzione europeo integrato in assenza di una legge fallimentare uniforme in tutti gli Stati membri⁶⁴ e di un'unica autorità di vigilanza⁶⁵. In modo simile è stata menzionata la non uniformità delle soluzioni adottate dagli Stati membri in alcune branche del diritto che influiscono direttamente sulle procedure fallimentari⁶⁶. La seconda ragione è di natura politica: si ritiene che gli Stati membri non siano ancora disposti a cedere la propria sovranità in tale materia nella misura che sarebbe stata necessaria per prevedere un regime globale⁶⁷.

⁶² ČIHÁK - NIER, *The Need for Special Resolution Regimes for Financial Institutions—The Case of the European Union*, 26, *IMF Working Paper*, September 2009, disponibile a: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2009/wp09200.pdf> (visitato il 6.1.2014); HÜPKES, *Rivalry in Resolution. How to reconcile local responsibilities and global interests?*, in *European Company and Financial Law Review*, 2010, 239; CUMMING – EISENBEIS, *Resolving Troubled Systemically Important Cross-Border Financial Institutions: Is a New Corporate Organizational Form Required?*, in *Federal Reserve Bank of New York Staff Reports*, July 2010, 39, disponibile a: http://www.newyorkfed.org/research/staff_reports/sr457.pdf (visitato il 6.1.2014); WESSELS, *Towards a European Bank Company Law?*, *cit.*, (18). Per una soluzione più simile a quella prevista dalla proposta, cfr. FONTEYNE, BOSSU, CORTAVARRIA-CHECKLEY, GIUSTINIANI, GULLO, HARDY, KERR, *Crisis Management and Resolution for a European Banking System*, *IMF Working Paper*, marzo 2010, 57 ss., disponibile a: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2010/wp1070.pdf> (visitato il 6.1.2014) e GARCIA – LASTRA – NIETO, *Bankruptcy and reorganization procedures for cross-border banks in the EU: Towards an integrated approach to the reform of the EU safety net*, in *LSE Financial Markets Group Paper Series*, May 2009, 25, disponibile a: <http://www2.lse.ac.uk/fmg/documents/specialPapers/2009/186.pdf> (visitato il 6.1.2014).

⁶³ Si veda EUROPEAN COMMISSION, *Commission staff working document impact assessment accompanying the document proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directives 77/91/EEC and 82/891/EC, Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC and 2011/35/EC and Regulation (EU) No 1093/2010*, *cit.*, 54 ss.

⁶⁴ La non uniformità delle legislazioni fallimentari nazionali è considerata anche un potenziale ostacolo alla stessa mera cooperazione: si veda, in questo senso, il considerando n. 5 della Proposta.

⁶⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Central Bank, An EU Framework for Crisis Management in the Financial Sector*, *cit.*, 12.

⁶⁶ WEGMAN, *Improving the Monitoring*, *cit.*, 67.

⁶⁷ HÜPKES, *Rivalry in Resolution. How to reconcile*, *cit.*

1.2 Il Report e le Recommendations del Cross-border Bank Resolution Group del Comitato di Basilea

Il Comitato di Basilea, nel documento del mese di marzo del 2010 intitolato “*Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group*”⁶⁸, propone, quale soluzione per la regolamentazione delle crisi di gruppi bancari multinazionali, l’adozione di un c.d. *middle-ground approach* dal momento che se, secondo il Comitato, i tempi non sembrano essere ancora maturi per un sistema universalista, un approccio strettamente territorialista finirebbe per ostacolare il raggiungimento degli obiettivi tipicamente perseguiti in una procedura fallimentare⁶⁹. In base al modello proposto, in via di principio le autorità di vigilanza e di risoluzione sono autorizzate ad adottare, nei confronti degli enti ad esse soggetti, misure indipendenti da quelle eventualmente prese da altre autorità straniere, con l’unico obiettivo di consentire in tutti gli ordinamenti coinvolti la continuazione dei servizi essenziali. Tuttavia, è prevista la possibilità di attuare un certo livello di cooperazione, attraverso un ravvicinamento delle varie disposizioni di legge nazionali rilevanti.

Con l’obiettivo di dar vita al modello appena descritto, il Comitato ha formulato dieci raccomandazioni delle quali, ai fini del presente studio, interessano la n. 3, che indirettamente richiama le n. 1 e 2, e le n. 4, 5 e 7. La prima delle raccomandazioni ricordate esorta le autorità legislative degli Stati a perseguire una convergenza degli strumenti e dei provvedimenti previsti dai rispettivi ordinamenti, in particolare avvalendosi di quanto previsto nelle Raccomandazioni n. 1 e 2, in modo, come si è detto, da facilitare una risoluzione coordinata delle crisi nel contempo permettendo la continuazione dei servizi essenziali. In base alla raccomandazione n. 1, gli Stati devono mettere a disposizione delle proprie autorità gli strumenti necessari per far fronte alle difficoltà di ogni tipo di ente finanziario e che permettano di minimizzare l’impatto della crisi o della risoluzione della stessa sul sistema finanziario e di promuovere la continuità delle funzioni sistematicamente rilevanti. La raccomandazione n. 2 invece prescrive l’adozione, all’interno di ciascun ordinamento nazionale, di regole procedurali che permettano di trattare la crisi dei

⁶⁸ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Report and Recommendations*, cit. Per una presentazione generale di tale documento si veda *supra* cap. I, § 6.4.

⁶⁹ Su cui v. *supra* cap. I, § 4.6.

diversi enti che formano un gruppo (interno) in modo unitario⁷⁰. Passando alla raccomandazione n. 4, essa indica quale utile mezzo di coordinamento l'adozione di procedure che facilitino il reciproco riconoscimento dei procedimenti e delle misure di risoluzione o di gestione delle crisi, pur nel rispetto del limite dell'ordine pubblico, in particolare con riferimento all'interesse alla stabilità finanziaria del sistema. La raccomandazione n. 7, poi, indica la necessità di coordinare i vari procedimenti nazionali aperti nei confronti delle società parti di un medesimo gruppo. A tal fine, essa prescrive che le autorità nazionali si accordino, conformemente alle leggi e alla *policy* vigenti nei propri ordinamenti, al fine di assicurare uno scambio di informazioni reciproco che sia efficiente in termini di tempo, tanto durante i periodi di normale situazione economica di un gruppo quanto durante i periodi di crisi. In particolare, l'accordo dovrà definire quali informazioni potranno essere scambiate, in quale momento e secondo che modalità⁷¹, con particolare riguardo alla riservatezza, alla sicurezza, al rilievo ed all'accessibilità di ciascuna informazione.

Una considerazione a parte merita la raccomandazione n. 5, che propone l'adozione di una misura di natura diversa rispetto a quelle tradizionalmente proposte, ponendosi da un punto di vista non di diritto fallimentare internazionale bensì di diritto sostanziale. Le autorità di vigilanza sono incoraggiate ad attuare una stretta cooperazione con le autorità di risoluzione delle crisi al fine di valutare le modalità secondo cui la crisi di un determinato gruppo o degli enti che lo compongono possa essere risolta. Qualora ritenessero che il gruppo in questione abbia una struttura troppo complessa per permettere una risoluzione ordinata ed efficace da un punto di vista dei costi, dovrebbero valutare se offrire al gruppo degli incentivi per semplificare la propria struttura, al fine di garantire – eventualmente – una risoluzione efficace. Il Fondo Monetario Internazionale ha criticato questa proposta ritenendo che comporterebbe una significativa perdita di efficienza ed ostacolerebbe l'accesso delle economie emergenti al mercato dei capitali e l'espansione del commercio internazionale. Infatti, se è vero che la riduzione delle dimensioni di un gruppo potrebbe contribuire a garantire una maggiore stabilità

⁷⁰ Come si è già ricordato nel cap. I a cui si rimanda, l'Italia è uno dei pochi ordinamenti ad avere già previsto da qualche anno un meccanismo siffatto.

⁷¹ Il *Cross-border Bank Resolution Group* suggerisce l'uso di *database* o di siti internet.

economica, è anche vero che la presenza dei grandi gruppi bancari nelle economie emergenti ha spesso rafforzato le capacità di ripresa delle stesse⁷².

1.3 Il *Framework for Enhanced Coordination* del Fondo Monetario Internazionale

Deve ora darsi conto di un documento redatto dal Fondo Monetario Internazionale, in risposta allo stimolo del G-20, intitolato “*Resolution of Cross-Border Banks - A Proposed Framework for Enhanced Coordination*”. Esso si basa sui lavori del *Cross-border Bank Resolution Group* del Comitato di Basilea. L’ambito di applicazione è piuttosto ampio. Infatti, da un lato, il termine “*resolution*” è usato per indicare ogni tipo di operazione di risanamento o di risoluzione che preveda l’intervento di terzi, sia enti privati che enti pubblici⁷³. Dall’altro lato, esso si occupa non soltanto di gruppi multinazionali ma anche di società con mere filiali presenti all’estero.

Secondo il *Framework*, la soluzione più realistica nel futuro immediato per regolamentare il fenomeno dell’insolvenza di gruppi bancari multinazionali, consiste nel rafforzare il coordinamento tra le autorità nazionali⁷⁴ attraverso l’adozione di un accordo non vincolante tra quegli Stati che siano in grado di rispettare i requisiti posti dall’accordo stesso, a garanzia della reciproca disponibilità a e capacità di intraprendere azioni efficaci. A tal fine, è necessario che le rispettive discipline della vigilanza e della risoluzione delle crisi siano, almeno in minima parte, convergenti. Il documento, pertanto, indica ed analizza dei c.d. “*core-coordination standards*”, requisiti minimi necessari che gli Stati devono possedere per prendere parte al c.d. “*core coordination framework*”. L’attuazione di tale forma di cooperazione rappresenterebbe un significativo passo in avanti perché gli Stati in possesso di tali requisiti, sebbene non siano numerosi, rappresentano i maggiori centri finanziari a livello mondiale.

Innanzitutto, il documento prescrive, al fine di attuare un “*enhanced coordination framework*”, che la normativa interna degli Stati sia modificata nel senso di richiedere alle autorità di coordinarsi nell’affrontare le situazioni di crisi.

⁷² INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), *Resolution of Cross-Border Banks*, cit., 3, 15.

⁷³ *Idem*, § 6.

⁷⁴ *Idem*, 5, 27.

Infatti, le norme attualmente vigenti in alcuni ordinamenti in alcuni casi ostacolano il coordinamento tra autorità a livello internazionale, ad esempio impedendo loro di scambiarsi informazioni oppure, più in generale, assumendo un approccio c.d. di *ring-fencing*. Le autorità dovranno avere comunque sempre di mira gli interessi dei creditori e la stabilità finanziaria del proprio rispettivo ordinamento, fino al punto che potranno prescindere da un'azione coordinata, qualora ciò sia necessario al fine di tutelare i due valori da ultimo indicati. Al di là della cooperazione, è richiesto poi che, in ogni caso, le misure per far fronte alle situazioni di crisi siano prese il più velocemente possibile ed abbiano efficacia extraterritoriale.

Per quanto riguarda i c.d. “*core coordination standards*”, ne sono identificati tre. In primo luogo un certo livello di convergenza delle rispettive normative fallimentari, in particolare su determinati aspetti quali (i) la non discriminazione dei creditori di altri ordinamenti; (ii) la disponibilità di mezzi di intervento efficaci, cioè che soprattutto garantiscano la possibilità di agire rapidamente senza interrompere la prestazione dei servizi essenziali ed evitino il contagio di altre istituzioni⁷⁵; (iii) una tutela appropriata dei creditori, in particolare con riguardo alle garanzie connesse al riconoscimento del diritto di proprietà⁷⁶; (iv) l'ordine di soddisfazione delle diverse categorie di creditori, il riconoscimento dei c.d. “*insured depositors*” e “*deposit guarantee schemes*”. In secondo luogo, un sistema di vigilanza preventiva adeguato ed efficiente, a cui siano soggette anche altri enti finanziari e le società assicurative. Infine, la capacità di adottare delle soluzioni a livello internazionale, in termini di adeguatezza della struttura e di preparazione del personale.

Le autorità competenti dovranno inoltre identificare, tendenzialmente prima dell'insorgenza di una crisi, eventualmente guidati da principi definiti nel *Framework*, i criteri e i parametri sulla cui base suddividere l'onere delle perdite, seppur uno degli obiettivi è e rimane comunque quello di minimizzare il ricorso a finanziamenti da parte del pubblico.

Dovranno poi essere specificate le procedure di coordinamento di cui possono avvalersi gli Stati che aderiscono al *Framework* stesso. Infatti, la disponibilità di una

⁷⁵ Per un'indicazione dei poteri di intervento più significativi si v. INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), *Resolution of Cross-Border Banks*, cit., 20.

⁷⁶ Per questo aspetto si veda BRONEMANN, *Resolution Regimes for Financial Institutions and the Rule of Law*, (in corso di pubblicazione). Si veda anche INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), *Resolution of Cross-Border Banks*, cit., “Box 7” a pag. 22.

procedura «preconfezionata» aumenta le possibilità di attuare un coordinamento rapido ed efficace. Prendendo come punto di partenza i lavori dell'UNCITRAL in materia di gruppi di società commerciali⁷⁷, il FMI indica la necessità di identificare (i) l'autorità che prenderà l'iniziativa e condurrà la procedura e (ii) le modalità di comunicazione e consultazione. (i) Per quanto riguarda in particolare i gruppi, dovrà identificarsi l'autorità competente per ciascuno degli enti di cui si compongono. Ciascun ordinamento, in relazione ad un particolare gruppo, indicherà un'unica autorità che si metterà in contatto con le corrispondenti autorità degli altri Stati, cercando di coordinarsi nel massimo grado possibile. Seppur saranno condotti procedimenti di insolvenza separati in relazione a ciascun ente del gruppo, le autorità delle società controllate dovranno consultarsi con l'autorità competente in relazione alla controllante prima di iniziare una procedura di insolvenza nei confronti di una società ad essi soggetta. Il *Framework* potrebbe inoltre richiedere alle autorità di coordinarsi su una serie di punti, per esempio riunendo i diversi procedimenti giurisdizionali aperti nei confronti degli enti di un medesimo gruppo davanti ad un medesimo giudice, pur mantenendo la separazione degli stessi e quindi delle rispettive decisioni, coordinandosi nell'adozione delle misure di protezione dell'attivo e cooperando nella gestione delle pretese infragruppo. (ii) Il sistema proposto dal Fondo Monetario richiede poi un elevato livello di comunicazione e scambio di informazioni tra le autorità di vigilanza e quelle di risoluzione delle crisi e, in taluni casi, i giudici. Le autorità competenti in relazione alla società capogruppo dovranno consultarsi con quelle competenti in relazione alle controllate nel valutare quale possa essere l'impatto nei rispettivi ordinamenti di eventuali decisioni riguardanti la capogruppo. Dovranno essere stabilite le modalità di svolgimento delle comunicazioni e delle consultazioni reciproche, che dovranno avvenire possibilmente nel momento iniziale dei procedimenti, e le parti interessate dovranno essere specificamente autorizzate a scambiare informazioni sensibili. Solitamente, le autorità competenti in relazione alle controllate dispongono di meno informazioni rispetto a quante ne dispongano le autorità dello Stato della capogruppo e pertanto garantire un flusso d'informazioni dalla seconda alle prime favorisce la cooperazione e disincentiva un atteggiamento c.d. di *ring-fencing*. Al fine di favorire un'azione

⁷⁷ Su cui v. *infra* cap. III, § 2.2.

rapida, si potrà anche valutare la possibilità di istituire *ex ante* degli accordi specifici per ciascun gruppo, attraverso la conclusione di protocolli, che potrebbero formare parte dei piani di risanamento e di risoluzione delle crisi che i grandi conglomerati finanziari potrebbero essere chiamati ad implementare.

Il Fondo Monetario è consapevole del fatto che prima che il sistema appena descritto possa essere attuato, si dovrà elaborare un meccanismo che permetta di accertare se un determinato ordinamento sia in possesso dei c.d. “*core coordination standards*” e continui a possederli nel tempo. In ogni caso, il sistema proposto rappresenta soltanto il punto di partenza per uno sviluppo progressivo tramite l’adesione di un numero sempre maggiore di Stati agli *standard* posti. Nell’immediato potranno cominciare a cooperare gli Stati che già possiedono i requisiti richiesti che, pur non essendo numerosi, sono i più rilevanti dal punto di vista degli interessi in gioco.

1.4 I FSF *Principles for Cross-border Cooperation on Crisis Management*

Si tratta di un documento, pubblicato il 2 aprile del 2009 dal Financial Stability Forum, che riguarda specificamente le crisi transnazionali del settore finanziario⁷⁸. Esso contiene disposizioni volte a coordinare l’attività delle autorità competenti, sia in una situazione fisiologica che in una situazione di crisi, in vista di una migliore gestione della stessa. Esse dovranno cercare, a livello internazionale, soluzioni coordinate che tengano in considerazione l’impatto della crisi sui sistemi finanziari e sulle economie dei diversi Stati, anche di quelli non direttamente coinvolti nella crisi, basandosi sulle informazioni scambiate e sugli accordi e sui piani redatti nella fase antecedente l’insorgere della crisi stessa. L’iniziativa sarà, molto probabilmente, presa dalle autorità degli Stati maggiormente coinvolti. Inoltre, saranno condivise le valutazioni relative alle implicazioni che possono sorgere per il complesso del sistema economico finanziario. Le informazioni tra le competenti autorità dovranno essere scambiate nel modo più semplice possibile, secondo modalità che non compromettano un esito soddisfacente dei procedimenti e, in ogni caso, sempre nel rispetto delle regole di riservatezza. Qualora non sia possibile adottare un’unica soluzione per tutte le entità coinvolte, le diverse autorità si

⁷⁸ FINANCIAL STABILITY FORUM, *FSF Principles*, cit.

impegneranno a discutere tra loro in maniera tempestiva le possibili misure da adottare a livello nazionale e, sempre con un obiettivo di chiarezza e di coordinamento, condivideranno reciprocamente i propri piani di ristrutturazione.

1.5 I Key Attributes del Financial Stability Board

Nel mese di ottobre del 2011 il *Financial Stability Board* (“FSB”), assistito dallo *staff* del Fondo Monetario, ha pubblicato i *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*⁷⁹, cioè un elenco di dodici caratteristiche (integrate da sei allegati che le specificano ed analizzano più in dettaglio) considerate essenziali per una disciplina di risoluzione delle crisi efficace, che funzioni in modo ordinato, senza far ricadere le perdite sui contribuenti, e che consenta all’ente di continuare a svolgere i propri servizi essenziali pur in un periodo di dissesto. I *Key Attributes*, fortemente voluti dall’*International Monetary and Financial Committee* del Fondo Monetario Internazionale⁸⁰ e dai *leader* del G-20⁸¹, prendono quale punto di partenza i lavori del Fondo Monetario e del Comitato di Basilea. L’obiettivo ultimo è quello di facilitare la risoluzione coordinata delle crisi che coinvolgono enti attivi in più di un ordinamento. Riconoscendo l’impossibilità di concludere un trattato internazionale in materia, l’idea è quella di mettere a disposizione dei legislatori nazionali, in particolare di quelli appartenenti a Stati membri del FSB, dei principi che permettano di uniformare le varie discipline fallimentari, secondo lo schema tipico delle c.d. leggi modello. Tali principi non si rivolgono invece ai legislatori di quegli Stati in cui eventualmente già viga un analogo schema di cooperazione⁸².

Per quanto riguarda i gruppi transnazionali, si prevede innanzi tutto che le autorità di risoluzione delle crisi dei diversi Stati devono essere investite del potere di concludere reciprocamente accordi⁸³ e devono sempre considerare quale possa essere

⁷⁹ FINANCIAL STABILITY BOARD, *Key Attributes*, cit.

⁸⁰ INTERNATIONAL MONETARY AND FINANCIAL COMMITTEE, *Communiqué of the Twenty-Fourth Meeting of the IMFC: Collective Action for Global Recovery*, disponibile a: <http://www.imf.org/external/np/cm/2011/092411.htm> (visitato il 6.1.2014).

⁸¹ *Communiqué of the G-20 Leaders Summit in Cannes*, 2011, disponibile a: http://g20civil.com/documents/Cannes_Leaders_Communicu_%20November_2011.pdf (visitato il 6.1.2014).

⁸² Si vedano, ad es., le note 1 e 4 in cui è fatta salva, *inter alia*, la direttiva 2001/24/CE.

⁸³ Cfr. *Attribute 2.4*.

l'impatto di ogni loro azione sulla stabilità finanziaria degli altri ordinamenti⁸⁴ così da evitare scelte che potrebbero causare instabilità⁸⁵.

Il *Key Attribute* n. 7 mira ad istituire un quadro giuridico che definisca le condizioni di cooperazione tra le autorità di risoluzione delle crisi operanti nei diversi Stati. A tal fine si prevede che gli ordinamenti debbano fortemente incoraggiare le proprie rispettive autorità di risoluzione a raggiungere soluzioni concordate le une con le altre, oltretutto attribuire loro i poteri necessari. In mancanza di un'efficace cooperazione internazionale e di uno scambio di informazioni, misure individuali nei diversi ordinamenti possono essere prese ma solamente in via eccezionale, quando l'autorità di risoluzione competente ritenga che ciò sia necessario per assicurare la stabilità finanziaria del proprio ordinamento. Tale cooperazione comporta innanzi tutto la competenza dell'autorità di risoluzione delle crisi di un determinato Stato in relazione alle filiali locali di una società incorporata in un altro Stato. Tale competenza potrà esplicarsi sia in un appoggio prestato all'autorità dello Stato d'origine, sia - ma soltanto in via del tutto eccezionale - nell'adozione di misure indipendenti, qualora l'autorità dello Stato di origine non tenga nel debito conto la necessità di preservare la stabilità finanziaria dello Stato in cui si trova la filiale. In quest'ultimo caso l'autorità di risoluzione competente in relazione alla filiale deve comunque notificare preventivamente ogni misura a, e consultarsi con, l'autorità di risoluzione dello Stato d'origine. Gli ordinamenti devono inoltre prevedere delle procedure rapide e trasparenti per garantire l'efficacia delle misure di risoluzione delle crisi adottate in altri ordinamenti, sia attraverso un riconoscimento reciproco che attraverso l'adozione di misure interne di effetto analogo. Al fine di favorire la cooperazione, le autorità di risoluzione devono essere autorizzate, nel rispetto dei necessari requisiti di riservatezza e di protezione dei dati sensibili, a scambiarsi reciprocamente le informazioni necessarie relative all'intero gruppo o a singole sue componenti, sia in periodi fisiologici che in periodi di crisi e tanto a livello interno che transnazionale, secondo i meccanismi implementati ai sensi del dettagliatissimo *Key Attribute* n. 12. Infine, il *Key Attribute* n. 7 vieta la

⁸⁴ *Attribute* 2.3.iv.

⁸⁵ *Attribute* 3.9 e allegato I punto 4.1.iv.

discriminazione tra i creditori in base alla nazionalità, all'origine della pretesa o all'ordinamento in cui questa deve essere soddisfatta.

Il *Key Attribute* n. 8 è dedicato ai gruppi di gestione delle crisi, enti che assomigliano, per composizione e scopi, ai collegi di risoluzione previsti dalla proposta di direttiva sopra analizzata⁸⁶. Essi devono essere istituiti dalle autorità di ogni Stato in cui opera una c.d. *global systemically important financial institution* ("G-SIFI"), al fine rendere rapida ed agevole la gestione e la risoluzione delle crisi finanziarie che colpiscano tali enti a livello transnazionale. Di tali gruppi dovrebbero fare parte le autorità di vigilanza, le banche centrali, le autorità di risoluzione delle crisi, i ministri della finanza ed altre autorità amministrative. Le funzioni consistono nel vigilare e tenere debitamente informato il FSB ed il suo *Peer Review Council* dei progressi in materia di coordinamento e scambio di informazioni sia tra le autorità che fanno parte di un determinato gruppo che tra autorità non rappresentate all'interno dello stesso, della programmazione cooperata dei piani di risoluzione e dell'effettiva possibilità di risoluzione.

Il *Key Attribute* n. 9 prevede la conclusione, per ciascun G-SIFIs, di accordi di cooperazione transnazionale *ad hoc* tra le autorità di volta in volta competenti a pianificare ed attuare la risoluzione di una determinata crisi. L'esistenza degli accordi deve essere pubblica e, qualora le parti agli stessi vi consentano, anche la struttura dei medesimi può essere resa nota. In essi sono stabiliti gli obiettivi da raggiungere attraverso la cooperazione e le modalità attraverso cui attuarla, ivi compreso lo scambio di informazioni; sono definiti i ruoli e le responsabilità delle autorità coinvolte; sono previsti dei procedimenti per coordinare le valutazioni operate dalle diverse autorità circa la possibilità di risolvere un determinato ente e lo sviluppo dei piani di risoluzione, della cui efficacia si prevede la verifica, attraverso simulazioni e di cui devono essere specificati i dettagli di attuazione; inoltre almeno annualmente, devono tenersi delle riunioni tra le autorità degli Stati coinvolti, coordinate dall'autorità di risoluzione di gruppo, per verificare l'adeguatezza delle strategie di risoluzione delle crisi ed una verifica dei piani di implementazione delle stesse da parte di esperti di tutti gli Stati interessati, congiuntamente, in alcuni casi, agli amministratori delegati delle società del gruppo. Indicazioni più dettagliate sullo

⁸⁶ Si veda *supra* cap. III, § 1.1.

specifico contenuto di questi accordi possono poi essere reperite nell'Allegato I, che muove dai *Principles for cross-border crisis management* del FSF analizzati nel cap. II⁸⁷.

Il *Key Attribute* n. 11 prevede che le valutazioni relative alla possibilità di risolvere un determinato ente debbano essere operate, in conformità ai principi stabiliti nell'Allegato III, dall'autorità dello Stato di origine con riguardo al gruppo nel suo complesso e dalle autorità degli altri Stati con riferimento alle società del gruppo che in ciascuno di essi hanno sede. Parallelamente, l'autorità dello Stato d'origine deve sviluppare un piano di risoluzione della crisi a livello di gruppo, mentre le autorità degli altri Stati possono mantenere dei piani di risoluzione individuali per le singole società, i quali però devono essere compatibili con il piano di risoluzione a livello di gruppo. Le informazioni relative al piano di risoluzione di gruppo ed alle misure che possono avere un impatto nei singoli ordinamenti devono essere sempre a disposizione delle autorità di tali ordinamenti.

Un importante impulso all'implementazione dei *Key Attributes* è venuto, come è già stato accennato, dai *leader* del G-20 che, riuniti nel vertice di Cannes nel mese di novembre del 2011, hanno avallato il documento, compiendo il primo passo di un percorso che richiederà un impegno internazionale di lungo termine⁸⁸.

1.6 I lavori dell'UNCITRAL

La Svizzera, in occasione della 38^a riunione del quinto Gruppo di Lavoro dell'UNCITRAL, tenutasi a New York dal 19 al 23 aprile del 2010, proponeva di valutare l'opportunità di redigere uno strumento che trattasse del fallimento internazionale dei grandi conglomerati finanziari. La preparazione di una cornice legislativa in tale materia rappresentava una priorità per tale Paese, il quale indicava nella cooperazione tra i diversi Stati coinvolti la strada necessaria ma non sufficiente per affrontare la fattispecie in esame. Lo studio dell'UNCITRAL avrebbe pertanto dovuto indagare le diverse possibili opzioni adottabili per lo sviluppo di una cooperazione internazionale, tra cui erano suggeriti: il riconoscimento da parte degli Stati ospitanti dei provvedimenti presi dalle autorità dello Stato di origine; la

⁸⁷ FINANCIAL STABILITY BOARD, *Key Attributes*, cit., n. 5.

⁸⁸ INTERNATIONAL MONETARY FUND, *The Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions - Progress to Date and Next Steps*, 27 agosto 2012, disponibile a: <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2012/082712.pdf> (visitato il 6.1.2014).

conduzione di procedimenti paralleli nei diversi Stati; la conclusione di accordi fallimentari a livello internazionale. Inoltre, lo studio avrebbe anche dovuto considerare gli effetti che le misure generalmente impiegate per affrontare la crisi delle istituzioni finanziarie potrebbero produrre al di là dei confini dello Stato in cui sono adottate. Infine, particolare attenzione si sarebbe dovuta riporre sul problema dei gruppi⁸⁹. La Svizzera, dopo avere ricordato i motivi per cui l'UNCITRAL aveva sempre escluso le istituzioni finanziarie dall'ambito di applicazione dei propri lavori in materia di insolvenza⁹⁰, indicava proprio tale istituzione quale quella più adeguata per lo studio della fattispecie in questione, pur riconoscendo l'importanza degli altri studi condotti sempre sull'insolvenza dei conglomerati finanziari da altre istituzioni e ritenendo opportuno un coordinamento con gli stessi, rispetto a cui la proposta intendeva essere complementare, evitando sovrapposizioni⁹¹.

Alcuni tra gli Stati e tra gli altri partecipanti alla 38^a sessione si trovavano d'accordo con la posizione della Svizzera nel ritenere che l'UNCITRAL fosse la sede adatta per intraprendere uno studio siffatto, in particolare per la considerevole esperienza e conoscenza nel campo dei suoi membri. Altri invece ritenevano che non fosse l'istituzione adeguata, essendo piuttosto necessario coinvolgere le banche centrali e le agenzie di vigilanza e perché un lavoro del tipo proposto era già stato intrapreso da altre organizzazioni internazionali e regionali. Pertanto si suggeriva di incaricare il Segretariato di monitorare i lavori queste ultime e di riferirne al Gruppo di Lavoro e alla Commissione stessa⁹².

In occasione della 43^a sessione dell'UNCITRAL, svoltasi a New York dal 21 giugno al 9 luglio 2010, la Svizzera presentava una seconda proposta, più elaborata della prima, che teneva conto di quanto osservato dai delegati al quinto Gruppo di Lavoro. In tale documento era indicato, quale mezzo teoricamente più appropriato di

⁸⁹ Questo ultimo punto non è chiaro. Infatti si potrebbe pensare che, in generale, i grandi conglomerati finanziari abbiano la forma del gruppo.

⁹⁰ Gli stessi motivi di cui si è detto *supra* cap. I, § 2.

⁹¹ UNCITRAL, *Insolvency Law: possible future work – Addendum – Proposal by the delegation of Switzerland for preparation of a study on the feasibility of an instrument regarding the cross-border resolution of large and complex financial institutions*, 16 aprile 2010, A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5, disponibile a: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V10/528/34/PDF/V1052834.pdf?OpenElement> (visitato il 6.1.2014).

⁹² Si veda il § 103 del *Report of Working Group V (Insolvency Law) on the work of its thirty-eight session*, 28 aprile 2010, A/CN.9/691*, disponibile a: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V10/531/40/PDF/V1053140.pdf?OpenElement> (visitato il 6.1.2014).

coordinamento, la conclusione a livello internazionale di uno strumento multilaterale sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia fallimentare riguardanti i grandi conglomerati finanziari. Tuttavia ciò, proseguiva la Svizzera, avrebbe presupposto il raggiungimento di un accordo su quale sia il giudice competente ad aprire la procedura di insolvenza e sembrava essere un progetto eccessivamente ambizioso per allora, per molteplici motivi, ivi compresi i rilevanti interessi pubblici in gioco e probabilmente la necessità di concludere un accordo *ex ante* sulla suddivisione degli oneri. Secondo la Svizzera, era pertanto necessario esplorare altre opzioni, in particolare la conduzione di procedimenti paralleli, la conclusione di *cross-border insolvency agreements* e l'uso di meccanismi di diritto internazionale privato e processuale. In risposta a coloro che avevano avanzato dubbi sulla adeguatezza dell'UNCITRAL ad affrontare il tema in esame, la Svizzera osservava che invece nessun'altra organizzazione internazionale sarebbe stata più adatta e che nessuno degli studi ricordati si era occupato del tema da un punto di vista tecnico. Peraltro, tenendo conto delle osservazioni degli altri partecipanti all'assemblea, la Svizzera modificava la proposta originaria nel senso di incaricare il Segretariato di redigere un rapporto sulla possibilità di preparare uno strumento relativo al fallimento dei grandi conglomerati finanziari e sul suo possibile ambito di applicazione⁹³.

La Commissione agiva di conseguenza chiedendo al Segretariato di preparare uno studio su alcune questioni attinenti a questo tema⁹⁴, in particolare identificando i punti cruciali, studiando in chiave comparatistica più ordinamenti legislativi al fine di facilitare la cooperazione tra autorità di diversi Stati, analizzando le molteplici iniziative intraprese sul punto da altre organizzazioni ed istituzioni, selezionando delle questioni a cui i principi contenuti nella Guida legislativa dell'UNCITRAL e nella Legge Modello possono essere applicati direttamente o per analogia,

⁹³ UNCITRAL, *Insolvency Law: possible future work - Further proposal by the delegation of Switzerland for preparation by the UNCITRAL Secretariat of a study on the feasibility and possible scope of an instrument regarding the cross-border resolution of large and complex financial institutions*, 1 giugno 2010, A/CN.9/709, disponibile a: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V10/540/70/PDF/V1054070.pdf?OpenElement> (visitato il 6.1.2014).

⁹⁴ Si veda UNCITRAL, *Report of Working Group V (Insolvency Law) on the work of its forty-third session*, 26 aprile 2013, A/CN.9/766, disponibile a:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V13/831/21/PDF/V1383121.pdf?OpenElement> (visitato il 6.1.2014), § 4.

identificando possibili soluzioni alternative per facilitare ed assicurare la cooperazione internazionale e infine emanando raccomandazioni per un possibile ambito di lavoro futuro sia da parte dell'UNCITRAL che da parte di altri organismi o legislatori nazionali o autorità di regolamentazione. Sempre la Commissione sottolineava inoltre la necessità di un coordinamento con le altre istituzioni internazionali che avevano intrapreso lavori nell'ambito in questione⁹⁵.

Il Segretariato, in una prima nota, distribuita il 24 settembre 2012, delle tante questioni, si occupava soltanto di analizzare le molteplici iniziative intraprese sul punto da altre organizzazioni ed istituzioni. Si rendeva disponibile a preparare poi una seconda nota, che in effetti, come si vedrà, poi faceva. Con la prima nota, il Segretariato sottoponeva alla 42^a sessione dell'UNCITRAL, tenutasi dal 26 al 30 novembre 2012, una relazione di tutti i lavori fino ad allora intrapresi da altre organizzazioni internazionali e in cui considerava il rapporto tra questi lavori e quelli intrapresi dall'UNCITRAL stesso. Fino a quando il quinto Gruppo di Lavoro dell'UNCITRAL non prendesse una decisione sulla possibilità di elaborare uno strumento specifico per l'insolvenza dei grandi conglomerati finanziari, il Segretariato suggeriva di prendere come punto di riferimento la parte terza della Guida Legislativa e la Legge Modello⁹⁶.

Tale nota è stata accolta con estremo favore dal quinto Gruppo di Lavoro, in particolare nella parte in cui rendeva conto di come i lavori dell'UNCITRAL avevano influenzato gli studi delle altre organizzazioni internazionali. Si decideva che sarebbe stato molto utile che il Segretariato continuasse a monitorare il lavoro di tali organizzazioni, in particolare soffermandosi sui profili internazionali. Durante la 42^a sessione era osservato che, così come i lavori dell'UNCITRAL avevano influenzato quelli di altre organizzazioni internazionali, così questi ultimi avrebbero potuto influenzare quelli futuri dell'UNCITRAL. Nel contempo era fatta notare l'opportunità di rafforzare la cooperazione ed il coordinamento tra l'UNCITRAL e le

⁹⁵ UNCITRAL, *Report of the United Nations Commission on International Trade Law Forty-third session*, A/65/17, disponibile a: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V10/556/48/PDF/V1055648.pdf?OpenElement> (visitato il 6.1.2014), § 260.

⁹⁶ Su cui v. *supra* cap. I, § 6.2 e cap. II, § 3.2.

altre organizzazioni internazionali⁹⁷. Il 9 ottobre 2013 il Segretariato ha poi fatto circolare, in vista della 44^a sessione del quinto gruppo di lavoro, un secondo documento che aggiorna il primo in relazione agli sviluppi che si sono avuti in seguito ad esso⁹⁸.

2. Iniziative in ambito commerciale

Come è già stato accennato, si deve ora dare conto di alcuni studi recentemente condotti in materia di insolvenza di gruppi internazionali di società commerciali che, nonostante le differenze esistenti tra la disciplina fallimentare di tali entità rispetto a quella delle banche⁹⁹, costituiscono dei punti di riferimento utili, soprattutto vista la generale scarsità di regolamentazione tanto dell'una che dell'altra fattispecie. In questo senso si è espresso, per esempio, il Comitato di Basilea nel suo documento "*Report and Recommendations*" sopra esaminato, in cui più volte ricorda l'utilità di prendere in esame i lavori dell'UNCITRAL sui gruppi non bancari al fine di valutare se possano trarsene elementi utili anche ai fini di una disciplina dell'insolvenza dei gruppi bancari¹⁰⁰. D'accordo è anche il Segretariato dell'UNCITRAL che, nella nota del 24 settembre 2012 sull'insolvenza dei grandi conglomerati finanziari di cui si è detto, sottolinea la somiglianza tra le due fattispecie, dovuta al fatto che esse presentano dei medesimi problemi concettuali legati alla struttura del gruppo, alla diversità delle disposizioni di legge applicabili, alla considerazione degli interessi di gruppo, al concetto di centro degli interessi principali e alla necessità di una cooperazione internazionale tra le autorità coinvolte¹⁰¹. Anche la dottrina ha ritenuto che comprendere i meccanismi del fallimento di società commerciali può essere un utile punto di partenza per affrontare il fallimento di enti bancari, nel momento in cui si debba procedere con la

⁹⁷ UNCITRAL, *Report of the Working Group V (Insolvency Law) on the work of its forty-second session*, 7 dicembre 2012, A/CN.9/763, § 96, disponibile a: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V12/579/20/PDF/V1257920.pdf?OpenElement> (visitato il 6.1.2014).

⁹⁸ UNCITRAL, *Recent developments concerning the global and regional initiatives regarding the insolvency of large and complex financial institutions - Note by the Secretariat*, 9 ottobre 2013, A/CN.9/WG.V/WP.118, disponibile a: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V13/871/68/PDF/V1387168.pdf?OpenElement> (visitato il 6.1.2014).

⁹⁹ Cfr. *supra* cap. I, § 2.

¹⁰⁰ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Report and Recommendations*, cit., 21 s., 26.

¹⁰¹ UNCITRAL, "*Insolvency of large and complex financial institutions – Note by the Secretariat*", cit., § 60.

liquidazione o la riorganizzazione degli stessi¹⁰². Uno studio approfondito sul fallimento dei gruppi di società commerciali pare qui eccessivo, esulando dal tema del presente lavoro. Pertanto ci si limiterà a dar conto di quelle recenti iniziative ricordate all'inizio del presente capitolo, da cui appunto si crede possano trarsi elementi utili anche per i fallimenti bancari.

2.1 La proposta di modifica del regolamento (CE) n. 1346/2000

a) *Lo status quo*

Il 12 dicembre 2012 la Commissione europea ha presentato al Parlamento europeo ed al Consiglio una proposta di regolamento di modifica del regolamento CE n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza. Tra i numerosi cambiamenti introdotti, rilevano in questo contesto, in particolare, quelli che introducono una disciplina sul fallimento dei gruppi di società. Come noto, e come già messo in luce anche nel I capitolo, nella attuale versione del regolamento tale disciplina è completamente mancante¹⁰³, con la conseguenza che, nel caso in cui si verificasse un fallimento di un gruppo di società aventi sede in diversi Stati membri, si dovrebbero aprire tanti procedimenti in ciascuno degli Stati coinvolti, in relazione ad ogni società interessata, senza che, in linea di principio, il regolamento imponga di coordinare in alcun modo i diversi procedimenti aperti o di tenerli in qualche conto.

In via di fatto, i casi occorsi hanno visto talvolta il tentativo da parte di alcune corti interne di aggirare le specifiche previsioni del regolamento.

Una delle strade esplorate è stata quella di aprire un unico procedimento in relazione a tutte le società del gruppo, giustificando tale soluzione sulla base del fatto che le decisioni commerciali concernenti le società controllate erano prese dalla società madre. Le prime a muoversi in questa direzione erano state le corti inglesi, seguite da quelle di altri Stati. Generalmente sono ricordati i casi *Crisscross Telecommunications Group*¹⁰⁴, *Enron Directo*¹⁰⁵, *Daisytek*¹⁰⁶, *Rover*¹⁰⁷, *Brac Rent-A-*

¹⁰² WESTBROOK, *The elements of coordination*, cit., 185.

¹⁰³ Si veda anche il § 76 del VIRGÓS - SCHMIT, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, cit.

¹⁰⁴ English High Court, Chancery Division, 20 maggio 2003, non pubblicato (*abstract* disponibile sul sito <http://www.insolvencycases.eu/index> (visitato il 6.1.2014).

¹⁰⁵ English High Court, Chancery Division, 4 luglio 2002, non pubblicato (*abstract* disponibile sul sito <http://www.insolvencycases.eu/index> (visitato il 6.1.2014).

¹⁰⁶ Cour de cassation, Chambre commercial, 27 giugno 2006, in *Bulletin* 2006, IV, n° 149 p. 159.

*Car international*¹⁰⁸, *Eurotunnel*¹⁰⁹, *Parmalat*¹¹⁰ e *EMTEC*¹¹¹. Tale soluzione, pur possedendo indubbi vantaggi, era stata criticata (forse anche avallata da altri?) perché non tutelava le legittime aspettative dei creditori, che non avevano considerato la possibilità che il fallimento di una società controllata fosse regolato dalla legge dello Stato di incorporazione della controllante, in particolare in relazione alla possibilità che questa prevedesse un diverso ordine di soddisfazione dei creditori. Interveniva poi la Corte di Giustizia a limitare tale possibilità, con la nota sentenza relativa al caso *Eurofood*, stabilendo che «nel sistema di determinazione della competenza dei giudici degli Stati membri posto in essere dal regolamento, esiste una specifica competenza giurisdizionale per ciascun debitore costituente un'entità giuridicamente distinta»¹¹², indentificata dall'art. 3.1 del regolamento nel giudice dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore, cioè, ai sensi del tredicesimo considerando, il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale, e pertanto riconoscibile dai terzi, la gestione dei suoi interessi e che, per le società, si presume, fino a prova contraria, essere il luogo in cui si trova la sede statutaria. Tale presunzione, prosegue la Corte, «può essere superata soltanto se elementi obiettivi e verificabili da parte di terzi consentono di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa da quella che si ritiene corrispondere alla collocazione nella detta sede statutaria»¹¹³ ma, «quando una società svolge la propria attività sul territorio dello Stato membro in cui ha sede, il semplice fatto che le sue scelte gestionali siano o possano essere controllate da una società madre stabilita in un altro Stato membro non è sufficiente per superare la presunzione stabilita dal regolamento»¹¹⁴. Tali principi erano poi ripresi anche nel caso *Interedil*¹¹⁵. Un secondo espediente è consistito nell'instaurarsi di una collaborazione tra i curatori

¹⁰⁷ English High Court, Chancery Division, 18 aprile 2005, non pubblicato (*abstract* disponibile sul sito <http://www.insolvencycases.eu/index> (visitato il 6.1.2014)).

¹⁰⁸ English High Court, Chancery Division, 7 febbraio 2003, [2003] EWHC (Ch) 128.

¹⁰⁹ Tribunal de Commerce de Paris, 15 gennaio 2007, non pubblicato (*abstract* disponibile sul sito <http://www.insolvencycases.eu/index> (visitato il 6.1.2014)).

¹¹⁰ Supreme Court of Ireland, 27 luglio 2004, [2004] IEHC 54.

¹¹¹ Tribunal de Commerce de Nanterre, 15 febbraio 2006, non pubblicato (*abstract* disponibile sul sito <http://www.insolvencycases.eu/index> (visitato il 6.1.2014)).

¹¹² CG, 2 maggio 2006, *Eurofood IFSC Ltd*, C-341/04, § 30.

¹¹³ *Idem*, § 34.

¹¹⁴ *Idem*, § 36.

¹¹⁵ CG, 20 ottobre 2011, *Interedil Srl c. Fallimento Interedil Srl e Intesa Gestione Crediti Spa*, C-396/09, §§ 45 ss.

nominati dai diversi giudici oppure nella nomina di un medesimo curatore in tutti i procedimenti aperti o di curatori che avevano precedentemente lavorato assieme in altri casi con profitto¹¹⁶. Il regolamento attualmente vigente, pertanto, permette di gestire in modo efficace il fallimento soltanto di quei gruppi che sono altamente integrati, le cui controllate hanno il COMI nello Stato della sede della controllante. Di meno facile realizzazione è una spontanea cooperazione tra le diverse corti, in assenza di previsioni specifiche al riguardo¹¹⁷.

La necessità di prevedere una disciplina specifica sul punto è stata più volte messa in luce dalla dottrina¹¹⁸ e, da ultimo, a seguito della consultazione pubblica “sul futuro del diritto fallimentare europeo” svoltasi dal 30 marzo al 21 giugno 2012¹¹⁹. Secondo più della metà di coloro che hanno risposto alla suddetta consultazione¹²⁰, il regolamento non apprestava una disciplina adeguata per l’insolvenza dei gruppi multinazionali. Ciò era vero anche secondo la Commissione, la quale metteva in luce che tale mancanza di disciplina comportava, in determinati casi, un ostacolo all’efficienza nella conduzione del procedimento d’insolvenza.

¹¹⁶ Ad esempio nel caso *Nortel: Cross-Border Insolvency Protocol in Re Nortel Networks Corporation between Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Mr. Justice Geoffrey B. Morawetz), Case No. 09-CL-7950 (January 14, 2009) and United States Bankruptcy Court for the District of Delaware (Hon. Kevin Gross), Case No. 09-10138 (KG), (January 15, 2009) including approval and adoption of the American Law Institute Guidelines for Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases*, disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/viewdownload/573/1773.html> (visitato il 6.1.2014).

¹¹⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document, Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directives 77/91/EEC and 82/891/EC, Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC and 2011/35/EC and Regulation (EU) No 1093/2010, cit.*, § 3.2.3.

¹¹⁸ Ad es. si v. VAN GALEN, *The European Insolvency Regulation and Groups of Companies*, paper presentato all’INSOL Europe Annual Congress, Cork, Irlanda, 16 – 18 Ottobre 2003, disponibile sul sito: www.insol-europe.org. Si veda anche la *Proposal by INSOL Europe for a Revision of the European Insolvency Regulation*, Nottingham, Maggio 2012, 91. Per un’analisi dettagliata delle diverse proposte avanzate in dottrina per risolvere i problemi legati alla riorganizzazione o all’insolvenza dei gruppi di società commerciali si veda WESSELS, *The Ongoing Struggle of Multinational Groups of Companies under the EC Insolvency Regulation*, in *European Company Law*, 4, 2009, 169 ss.

¹¹⁹ Risultati disponibili a: http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/120326_en.htm (visitato il 6.1.2014).

¹²⁰ Su un totale di 111 partecipanti alla consultazione, 53 hanno ritenuto che il regolamento non funzionasse in modo soddisfacente in relazione ai gruppi bancari, 31 hanno ritenuto il contrario e 27 non hanno risposto alla specifica domanda.

b) Le nuove norme della proposta

Venendo ora alle norme di recente proposte, l'espressione "gruppo di società", secondo il nuovo art. 2(i), indica più società comprendenti una società madre e delle società controllate, laddove l'art. 2(j) stabilisce ulteriormente che per "società madre" si intende "la società che i) ha la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti o soci in un'altra società ("società controllata"), oppure ii) è azionista o socia della società controllata e ha il diritto di aa) nominare o revocare la maggioranza dei membri dell'organo di amministrazione, direzione o vigilanza della società controllata, oppure bb) esercitare un'influenza dominante sulla società controllata in virtù di un contratto stipulato con tale società o di una clausola dello statuto di quest'ultima". Il considerando n. 7 della proposta di regolamento precisa poi che la nozione di "gruppo di società" deve essere interpretata entro i limiti del contesto dell'insolvenza e non deve avere alcuna incidenza sugli aspetti di diritto societario riguardanti i gruppi".

Con l'introduzione dei due nuovi Considerando, il 20 *bis* ed il 20 *ter*, sono delineate due distinte possibilità per far fronte ai gruppi insolventi. In base alla prima, che è quella di *default*, diverse procedure di insolvenza sono aperte in ciascuno degli Stati in cui si trovano le società che compongono il gruppo. In base alla seconda, invece, è possibile aprire tanti procedimenti in relazione alle diverse società del gruppo in un solo Stato e di fronte al medesimo giudice, quando quest'ultimo ritenga che il centro degli interessi principali di tutte le società si trovi in tale Stato (membro)¹²¹. È alla prima ipotesi che il regolamento dedica le nuove disposizioni, lasciando evidentemente la seconda ipotesi soggetta alla regolamentazione delle norme interne di ciascuno Stato, ad eccezione della previsione secondo cui "il giudice deve avere la facoltà di nominare, ove opportuno, lo stesso curatore per tutte le procedure in questione". Ritornando alla prima ipotesi, la disciplina proposta determinerebbe l'inserimento nel testo del regolamento del capitolo IV *bis*, intitolato "Insolvenza delle società facenti parte di un gruppo societario" e contenente gli artt. da 42 *bis* a 42 *quinquies*. Tali norme disciplinano, rispettivamente, il dovere di cooperare e comunicare informazioni tra curatori; la

¹²¹ Peraltro la proposta di modifica del regolamento non offre una definizione di COMI di gruppo: cfr. FAZZINI – WINKLER, *La proposta di modifica del regolamento sulle procedure di insolvenza*, in *Diritto del commercio Internazionale*, 2013, 141 ss.

comunicazione e la cooperazione tra giudici; la cooperazione e la comunicazione tra curatori e giudici; i poteri del curatore e la sospensione della procedura.

Iniziando dall'analisi dell'art. 42 *bis*, e cioè dal dovere di cooperare e comunicare informazioni tra curatori, deve innanzi tutto essere sottolineato che i curatori non sono tenuti a cooperare e a scambiarsi informazioni in ogni caso ma solamente (i) se la cooperazione possa facilitare una gestione efficace della procedura; (ii) se non sia incompatibile con le norme applicabili alla procedura stessa; (iii) se non comporti conflitto di interessi. La norma si preoccupa di suggerire due possibili mezzi attraverso cui attuare la cooperazione e cioè "accordi" o protocolli", senza peraltro specificare quale differenza vi sia tra i due tipi di strumenti¹²², probabilmente anche per la difficoltà legata al fatto che sulla natura giuridica dei protocolli non si è ancora trovato un accordo in dottrina¹²³. I curatori devono immediatamente scambiarsi reciprocamente ogni informazione potenzialmente utile alle rispettive procedure, purché siano presi opportuni accorgimenti per proteggere le informazioni riservate; valutare la possibilità di operare una ristrutturazione del gruppo e, ove tale possibilità sussista, coordinarsi in relazione alla proposta e alla negoziazione di un piano globale; coordinare la gestione e il controllo delle controllate sottoposte a procedure di insolvenza. Infine è previsto che i curatori possono conferire specifici ulteriori poteri ad uno dei curatori nominati, laddove ciò sia possibile sulla base delle norme applicabili a ciascuno dei procedimenti.

Passando alla comunicazione e cooperazione tra giudici, deve innanzi tutto essere sottolineata l'importanza e la novità della previsione di cui all'art. 42 *ter*, ricordando che proprio in relazione ai giudici, soprattutto quelli di *civil law*, si sono presentati i maggiori ostacoli ad una collaborazione spontanea, essendo costoro soggetti di diritto pubblico la cui attività è regolata da norme processuali inderogabili in quanto poste a tutela di interessi superiori, tra cui, primo fra tutti, quello allo svolgimento di un giusto processo. Chiamati a cooperare sono i giudici davanti ai quali è stata presentata una richiesta di apertura di una procedura di insolvenza

¹²² Sembra potersi ritenere che i protocolli siano un tipo appartenente alla più ampia categoria degli accordi, con tuttavia caratteristiche specifiche che determinano l'incertezza di cui si è detto circa la relativa natura giuridica.

¹²³ Cfr. *supra* cap. II § 2.1.

oppure davanti ai quali tale procedura è già stata aperta. I limiti al dovere di porre in essere tale cooperazione in parte coincidono con quelli rilevati poco sopra in riferimento alla collaborazione tra curatori, e cioè che essa serva a facilitare una gestione efficace del procedimento e che non sia incompatibile con le norme applicabili allo stesso. Quanto alle modalità di attuazione, la norma in esame da un lato prevede che i giudici possano cooperare reciprocamente in prima persona oppure designare una persona o un organismo che agisca sulla base delle loro istruzioni. Dall'altro lato chiarisce che la cooperazione può avvenire con "ogni mezzo opportuno" e, in particolare, ne menziona quattro tra i più diffusi, cioè: la comunicazione di informazioni attraverso i mezzi ritenuti appropriati, purché gli stessi non implicino spese o la violazione di diritti procedurali delle parti o della riservatezza delle informazioni stesse; il coordinamento nella gestione e nel controllo dei beni e degli affari delle controllate; il coordinamento nello svolgimento delle udienze; il coordinamento nell'approvazione dei protocolli.

L'art. 42 *quater* contempla poi, come già accennato, la cooperazione e la comunicazione tra i curatori nominati nell'ambito di una procedura di insolvenza relativa ad una società facente parte del gruppo e i giudici davanti a cui è stata presentata una richiesta di apertura di una procedura di insolvenza o davanti a cui tale procedura è stata aperta. I limiti entro cui sussiste tale dovere di collaborazione sono esattamente gli stessi visti per la comunicazione e cooperazione tra giudici e cioè che essa serva a facilitare una gestione efficace del procedimento e che non sia incompatibile con le norme applicabili allo stesso. La norma in esame, nella sua ultima parte, sembra implicare che l'iniziativa debba sempre provenire dai curatori, i quali possono chiedere ai giudici informazioni su un procedimento aperto in relazione ad un'altra controllata o assistenza nel procedimento per il quale sono stati nominati. In realtà, non sembrano esservi ragioni particolari per escludere che invece l'iniziativa possa provenire da parte dei giudici.

Infine, l'art. 42 *quinquies* riveste un particolare interesse, anch'esso per la portata innovativa che possiede. La rubrica della norma menziona innanzi tutto i "poteri" dei curatori che poi nel testo della stessa sono chiamati "diritti". Si tratta del diritto di (a) essere sentito e partecipare ai procedimenti aperti nei confronti di altre controllate e alle assemblee dei creditori; (b) chiedere la sospensione di un

procedimento aperto nei confronti di un'altra controllata; (c) proporre un piano di salvataggio, un concordato o una misura analoga per tutte o alcune delle società del gruppo per le quali è stata aperta una procedura d'insolvenza, e introdurli nelle procedure aperte nei riguardi di un'altra controllata nel rispetto della legge applicabile a tali procedure; (d) chiedere qualunque ulteriore misura procedurale ai sensi della legge di cui alla lettera (c), necessaria a promuovere il salvataggio, compresa la conversione della procedura. Il paragrafo 2 dell'art. 42 *quinquies* prevede poi che il giudice richiesto di sospendere una procedura di insolvenza può accordare la sospensione qualora sia provato che essa soddisfa l'interesse dei creditori della procedura in discorso. In ogni caso, per tutelare tale interesse, il giudice può ordinare al curatore richiedente l'adozione di qualsiasi misura necessaria. La sospensione può essere concessa per un periodo non superiore a tre mesi e può essere prorogata o rinnovata per periodi della stessa durata.

c) Alcune osservazioni sulle norme proposte

Alcune osservazioni critiche si impongono al termine di questa breve analisi della proposta di modifica del regolamento n. 1346. In primo luogo, quanto allo schema adottato: pur prevedendosi delle forme di cooperazione, è mantenuta l'impostazione c.d. "*entity by entity*" propria anche della versione del regolamento attualmente vigente, che sarà pertanto riammodernato ma non modificato nei suoi principi fondamentali. Il sistema introdotto dalle nuove norme beneficia dell'esperienza di cooperazione maturata tra i curatori della procedura principale e quelli delle procedure secondarie, sulla base dell'art. 31 del regolamento vigente. L'altra possibilità contemplata dalla Commissione sarebbe stata quella chiamata "*procedural consolidation*", in base a cui un solo giudice sarebbe stato competente per tutti i procedimenti ed un unico curatore sarebbe stato nominato in relazione ad essi¹²⁴. La Commissione riconosce i possibili benefici di quest'ultima soluzione riprendendo quanto è tradizionalmente messo in luce a proposito dei modelli universalisti. In particolare, tale modello assicurerebbe una gestione efficiente del procedimento, eviterebbe le perdite derivanti dall'apertura di più procedimenti paralleli ed avrebbe un impatto economico positivo sulle società coinvolte. Tuttavia

¹²⁴ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff working document – Impact assessment Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000, cit.*, 31, 34.

si riconosce anche che tale soluzione comporterebbe un peggioramento della posizione dei creditori delle controllate rispetto alla situazione attuale e quindi che, qualora venisse adottata, dovrebbe essere accompagnata da misure a garanzia di un trattamento equo di tutti i creditori, come potrebbero per esempio essere delle disposizioni uniformi di diritto europeo sul trattamento dei creditori stranieri. La stessa Commissione però giustifica poi la scelta a favore della prima opzione nel senso della sua maggiore adeguatezza alla situazione attuale e dunque della sua idoneità a raggiungere un più ampio numero di consensi¹²⁵. In effetti, come mette in luce il giudice Panzani, la strada del coordinamento delle procedure è quella prevalente nel dibattito internazionale. Tuttavia, si tratta di un sistema che, promuovendo l'autonomia privata, fa affidamento sulla capacità e sulle competenze dei soggetti coinvolti¹²⁶ e pertanto, come è stato correttamente osservato, difficilmente potrebbe funzionare in modo appropriato nei casi in cui vi sia un forte conflitto «in ordine agli obiettivi da perseguire tra i creditori locali e quelli della capogruppo»¹²⁷.

La seconda osservazione riguarda invece una previsione contenuta negli artt. 42 *bis*, *ter* e *quater*, che assoggetta la cooperazione prevista da tali norme alla compatibilità della stessa con le norme processuali applicabili ai diversi procedimenti interessati. Quest'ultimo richiamo sembra doversi intendere come comprensivo delle norme nazionali di procedura applicabili a ciascun procedimento e pertanto la previsione parrebbe allora privare le disposizioni ricordate della loro portata *prima facie* largamente innovativa. Tale limitazione era davvero necessaria?

Infine deve essere ricordato che la dottrina ha poi messo in luce che la scelta di non offrire una definizione di COMI di gruppo, sicuramente dettata dalla volontà di non incidere eccessivamente sulla sovranità degli Stati membri, stride con l'elevato grado di integrazione esistente tra gli Stati membri in materia di insolvenza¹²⁸.

¹²⁵ *Idem*, 42 s., 46.

¹²⁶ FAZZINI – WINKLER, *La proposta di modifica*, cit., 141 ss.

¹²⁷ PANZANI, *Il progetto della Commissione europea di riforma del Regolamento 1346/2000*, in *Il Fallimentarista*, 24 aprile 2013, § 9.

¹²⁸ FAZZINI – WINKLER, *La proposta di modifica*, cit., 141 ss.

2.2 Treatment of enterprise groups in insolvency: la terza parte della Guida Legislativa UNCITRAL

Della terza parte della Guida Legislativa UNCITRAL assume ora rilievo il capitolo III che contiene 16 raccomandazioni¹²⁹ ed una relazione esplicativa relative ai gruppi internazionali di società.

Innanzitutto, al fine di promuovere la cooperazione internazionale nella gestione di fallimenti di gruppi di società, si prevede che la legge fallimentare dovrebbe garantire (i) ai curatori ed ai creditori stranieri la possibilità di comparire davanti a qualsivoglia giudice competente in relazione ad una delle società del gruppo e (ii) il riconoscimento dei procedimenti stranieri.

Segue poi una serie di disposizioni dedicate alle forme di cooperazione tra giudici e tra giudici e curatori. La legge dovrebbe permettere al giudice competente di cooperare nel massimo grado possibile con i giudici e con i curatori stranieri personalmente oppure attraverso il curatore o altra persona delegata, al fine di facilitare il coordinamento delle procedure fallimentari aperte nei diversi Stati nei confronti delle società parte di un medesimo gruppo. Come detto, la cooperazione dovrebbe poter essere attuata nel massimo grado possibile e, a tal fine, la legge dovrebbe consentire l'uso di qualsiasi mezzo idoneo, tra cui, a titolo di esempio, la Guida legislativa menziona: (a) la comunicazione di informazioni con qualunque modalità ritenuta appropriata dal giudice, ivi compreso lo scambio di copie di documenti rilevanti emanati dal giudice o depositati dalle parti; (b) il coordinamento dell'amministrazione e della supervisione dell'attività delle società del gruppo soggette alla procedura fallimentare; (c) la nomina di una persona o di una società che agisca sulla base di indicazioni ricevute dal giudice; (d) l'approvazione e l'attuazione di accordi relativi al coordinamento delle procedure fallimentari. La raccomandazione successiva prevede che la legge dovrebbe consentire al giudice di comunicare direttamente o di richiedere informazioni o assistenza ai giudici e ai curatori stranieri. Le comunicazioni, secondo la Guida Legislativa, dovrebbero essere soggette alle seguenti condizioni: (i) le modalità, i tempi ed il luogo dovranno essere concordati dagli attori interessati; (ii) le parti devono essere informate di ogni proposta di comunicazione; (iii) il curatore fallimentare deve essere autorizzato a

¹²⁹ Dalla n. 239 alla n. 254.

partecipare personalmente allo svolgimento delle comunicazioni mentre le parti interessate potranno esserlo, qualora la legge applicabile lo consenta e il giudice lo ritenga appropriato; (iv) le comunicazioni possono essere registrate e trascritte; (v) devono essere considerate riservate solo in circostanze eccezionali; (vi) devono rispettare le norme imperative vigenti nei diversi ordinamenti coinvolti e i diritti sostanziali e procedurali delle parti, con particolare riferimento alla riservatezza delle informazioni. La legge dovrà poi specificare che le comunicazioni non devono comportare né un compromesso o una deroga da parte del giudice dei propri poteri, delle proprie responsabilità o della propria autorità; né una decisione sostanziale su una qualsiasi questione controversa; né una deroga delle parti ai propri diritti sostanziali o procedurali; né la diminuzione degli effetti degli ordini emanati dai giudici. Un'altra modalità di cooperazione consiste nel coordinamento delle udienze, che deve però essere soggetto ad una serie di condizioni a salvaguardia dei diritti procedurali e sostanziali delle parti e della competenza di ciascun giudice. Tali condizioni possono riguardare le regole applicabili alla conduzione delle udienze, i requisiti informativi, le modalità di comunicazione, i requisiti per comparire ed essere sentiti; le modalità di deposito dei documenti davanti ai giudici e la messa a disposizione degli stessi dei giudici stranieri; la limitazione della competenza di ciascun giudice alle parti che sono comparse davanti allo stesso. La Guida precisa poi che, nonostante il coordinamento delle udienze, ciascun giudice dovrà rendere una propria decisione autonoma.

Si passa poi alle disposizioni riguardanti i curatori: questi ultimi, sotto la supervisione del giudice che li ha nominati, devono essere autorizzati a cooperare nel massimo grado possibile con i giudici e con i curatori stranieri, in particolare direttamente comunicando con essi o chiedendo loro informazioni e/o assistenza. Anche in questo caso la Guida specifica che cosa si intenda per cooperazione “nel massimo grado possibile”: (a) condividere le informazioni, purché siano prese le misure necessarie per proteggere quelle riservate; (b) concludere “*cross-border insolvency agreements*”; (c) ripartire le responsabilità tra i curatori e designarne uno come coordinatore; (d) coordinare l'amministrazione e la supervisione dell'attività delle società del gruppo; (e) coordinarsi con riferimento alla proposta e alla negoziazione di piani di riorganizzazione. La raccomandazione successiva prevede

che le leggi nazionali di procedura dovrebbero autorizzare i giudici a coordinarsi, laddove appropriato, con i colleghi stranieri per nominare un unico curatore in tutti i procedimenti, il quale sarà soggetto alla supervisione di ciascuno di essi. La presenza di un unico curatore potrebbe determinare conflitti di interesse, per i quali la legge dovrà indicare delle misure di risoluzione, come ad esempio la nomina di uno o più curatori supplementari.

Infine, due raccomandazioni riguardano i “*cross-border insolvency agreements*”: la legge dovrebbe permettere ai curatori e alle altre parti interessate di concludere tali accordi al fine di facilitare il coordinamento tra procedimenti, nonché conferire al giudice il potere di approvarli e dare loro attuazione.

2.3 Il *Global Principles Project*

Il c.d. *Global Principles Project* è stato concepito dall’*American Law Institute* congiuntamente all’*International Insolvency Institute* per verificare l’opportunità di modificare i principi del 2003¹³⁰ per renderli applicabili in tutti gli Stati e non soltanto in quelli membri del NAFTA. Nel mese di febbraio del 2006 l’*American Law Institute* incaricava il professor Wessels ed il professor Fletcher di consultare esperti provenienti dal più ampio numero di giurisdizioni possibile al fine di redigere un rapporto sul punto, che è poi stato completato e sottoposto all’ALI il 30 marzo 2012 e discusso alla riunione annuale¹³¹.

Esso indica alcuni principi di cooperazione applicabili alle procedure fallimentari internazionali e delle linee guida commentate per la comunicazione tra giudici, oltreché delle regole riguardanti questioni di diritto internazionale privato relative ai fallimenti internazionali. Il documento in esame non possiede un grande interesse per il presente lavoro, dal momento che espressamente esclude dal proprio ambito di applicazione non soltanto l’insolvenza delle società non commerciali (banche, assicurazioni, società di investimento) ma anche quella dei gruppi multinazionali di società (commerciali). Non si ritenne necessario occuparsi di

¹³⁰ Su cui v. *supra* cap. II, § 3.4.

¹³¹ AMERICAN LAW INSTITUTE – INTERNATIONAL INSOLVENCY INSTITUTE, *Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases*, 30 marzo 2012, disponibile a: <http://www.iiiiglobal.org/component/jdownloads/finish/557/5932.htm> (visitato il 6.1.2014).

quest'ultimo aspetto dal momento che, quando i due relatori furono nominati, l'UNCITRAL stava cominciando i propri lavori relativi alla parte terza della Guida legislativa¹³². Pertanto, su questo punto, soltanto nell'introduzione sono spese poche righe in cui si ammette la possibilità, in linea con il 23° e 24° principio ALI-NAFTA¹³³, di aprire una procedura fallimentare nei confronti di una società controllata nello stesso Stato in cui se n'è aperta una nei confronti della controllante e di coordinarle da un punto di vista procedurale o sostanziale, oppure condurle unitariamente qualora la legge applicabile lo permetta. Quando invece nei confronti di una controllata sia stata aperta una procedura fallimentare nello Stato in cui essa ha il centro principale dei propri interessi, diverso da quello in cui è in corso un procedimento nei confronti della controllante, si dovrà procedere ad un coordinamento dei due procedimenti che, in generale, dovrebbe avvenire secondo le medesime modalità con cui avviene il coordinamento dei diversi procedimenti eventualmente aperti nei confronti di un medesimo debitore.

2.4 I Prospective Principles for coordination of multinational corporate group insolvencies

Un ulteriore documento di qualche interesse per il presente lavoro è stato presentato alla dodicesima conferenza annuale sul fallimento internazionale, organizzata a Parigi il 21 e 22 giugno 2012 dall'*International Insolvency Institute*. Già nel 2011 il Comitato sulla giurisdizione e la cooperazione internazionale dell'*International Insolvency Institute* aveva fatto circolare una bozza di tale documento, allora intitolato "*Guidelines for coordination of multinational enterprise group insolvencies*"¹³⁴. I "*Prospective Principles for coordination of multinational corporate group insolvencies*"¹³⁵ (questo il titolo definitivo) si pongono come complementari rispetto ai *Global Principles* di cui al paragrafo precedente¹³⁶ e sono pensati in primo luogo per essere applicati a quei gruppi aventi una struttura

¹³² Su cui v. *supra* cap. III, § 2.2.

¹³³ Su cui v. *supra* cap. II, § 3.4.

¹³⁴ INTERNATIONAL INSOLVENCY INSTITUTE, *Guidelines for coordination of multi-national enterprise group insolvencies, draft* di novembre 2011, disponibile a: <http://www.iii.global.org/component/jdownloads/viewdownload/362/5469.html> (visitato il 6.1.2014).

¹³⁵ INTERNATIONAL INSOLVENCY INSTITUTE, *Prospective Principles for coordination of multinational corporate group insolvencies*, giugno 2012, disponibile a: <http://www.iii.global.org/component/jdownloads/finish/362/5953.html> (visitato il 6.1.2014).

¹³⁶ Si veda la nota n. 7.

altamente integrata, pur essendo comunque espressamente prevista la possibilità di utilizzarli anche in caso di gruppi non altamente integrati.

Nell'introduzione si riconosce che i giudici di *civil law* potrebbero incontrare maggiori difficoltà rispetto a quelli di *common law* nell'applicare tali linee guida in mancanza di una disposizione legislativa che espressamente li autorizzi in tal senso e, a questo proposito, sono citati, a titolo di esempio, gli artt. 25 – 27 della Legge Modello UNCITRAL, che, prevedendo che i giudici debbono cooperare nel massimo grado possibile, potrebbero essere letti nel senso di autorizzare l'uso di tali linee guida.

Le ventidue linee guida proposte sono idealmente suddivise in tre gruppi: le prime sette possono essere applicate tendenzialmente in tutti gli ordinamenti. Le successive cinque potrebbero non esserlo e le rimanenti invece richiedono una modifica degli ordinamenti esistenti e dunque sono intese quali proposte di riforma piuttosto che proposte di immediata attuazione. Gli obiettivi che ci si propone di perseguire attraverso l'applicazione delle stesse consistono nel massimizzare il valore del gruppo, facilitare la riorganizzazione delle imprese che possono essere recuperate, facilitare il coordinamento, la cooperazione e le comunicazioni tra i giudici ed i curatori dei diversi ordinamenti.

Venendo ora ad un'analisi delle linee guida, si prevede innanzi tutto che il curatore fallimentare nominato in relazione ad una società parte di un gruppo deve identificare le altre società parte dello stesso ed i relativi amministratori, comunicare al giudice se sono stati aperti dei procedimenti nei confronti di esse e dare notizia dell'apertura della procedura fallimentare a tutte le società del gruppo. Il giudice davanti al quale è stata aperta la procedura di insolvenza nei confronti di una delle società del gruppo deve autorizzare le altre o i curatori delle altre a comparire davanti a sé per essere sentiti su questioni che direttamente coinvolgono i loro diritti o interessi. Il COMI della società interessata non potrà essere individuato se non dopo avere considerato la struttura, la localizzazione e la solvibilità dell'intero gruppo ed avere consultato i rappresentanti delle altre società. Si prevede poi che i curatori fallimentari devono essere liberi di comunicare apertamente con i debitori e gli altri curatori fallimentari, eventualmente supportati dai creditori, e che le comunicazioni devono avvenire sulla base delle *Court-to-Court Communications Guidelines*

preparate dall'*American Law Institute*¹³⁷. Seguono poi delle disposizioni relative al coordinamento e ai protocolli, in cui si prevede che i giudici devono coordinare, autorizzare o permettere la conclusione di accordi o protocolli e, qualora non siano autorizzati in tal senso, il debitore, i curatori e i creditori dovrebbero, laddove sia permesso, autonomamente attivarsi per la conclusione di accordi o protocolli. Dovrebbe poi essere nominato un unico curatore per tutte le procedure fallimentari aperte ed un unico rappresentante per ciascuna delle categorie professionali richieste dalla legge applicabile.

Volgendo ora lo sguardo alle linee guida c.d. "*aspirational*", cioè a quelle la cui implementazione richiederebbe una modifica degli ordinamenti esistenti, per i gruppi altamente integrati si prevede che sia identificato un centro del gruppo, c.d. "*Group Center*", nello Stato in cui possono essere cominciate la procedura di insolvenza principale nei confronti della capogruppo e le procedure minori nei confronti di quelle controllate su cui i giudici di quello Stato hanno giurisdizione, mentre per le altre si attueranno delle forme di coordinamento tra procedimenti attraverso accordi e protocolli. Peraltro, tutti i giudici coinvolti dovranno riconoscere la giurisdizione del giudice del centro del gruppo. Nel caso in cui davanti ai giudici di più ordinamenti sia depositata una domanda di apertura della procedura fallimentare, nessuno di essi dovrà procedere in alcun modo fino a che non sia data notizia della richiesta stessa ai rappresentanti di tutte le società del gruppo, in conformità a quanto visto, fino a che a tali rappresentanti e ad ogni altra parte interessata non sia stata data l'opportunità di essere sentiti nell'ordinamento centrale e, laddove appropriato, fino a che i giudici dei diversi ordinamenti in cui è pendente una richiesta di apertura di una procedura di insolvenza non abbiano comunicato tra loro. I provvedimenti adottati dal giudice centrale devono essere riconosciuti ed eseguiti in ogni Stato interessato e, a tal fine, possono essere aperte delle procedure secondarie. È compito del curatore informare tempestivamente il giudice del centro del gruppo di qualsiasi cambiamento rilevante nello *status* di una delle società del gruppo di cui venga a conoscenza e dell'esistenza di qualsiasi procedimento straniero riguardante una di tali società, affinché costui possa eventualmente modificare la designazione del centro del gruppo, qualora i presupposti sulla cui base era stato

¹³⁷ Su cui v. *supra* cap. II, § 3.4.

designato siano venuti a mancare; nel far ciò, tuttavia, dovrà tenere in debita considerazione la necessità di non pregiudicare le aspettative che le parti interessate avevano riposto in tale designazione. Quando il giudice del centro del gruppo è competente in relazione ad una parte significativa delle società del gruppo, quando la sua competenza non è riconosciuta dagli altri giudici oppure quando l'individuazione di un centro del gruppo non appare appropriata perché il gruppo non era sufficientemente integrato tanto da giustificare un coordinamento a livello centrale, il coordinamento delle procedure di insolvenza e la cooperazione tra i diversi attori coinvolti sono comunque importanti e i giudici e le parti dovranno adottare tutte le misure necessarie e permesse dalla legge per raggiungere gli scopi prefissati dalle linee guida.

2.5 I *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes* della Banca Mondiale

L'ultimo documento che deve essere ricordato è stato redatto nel 2011 dalla Banca Mondiale ed è intitolato "*Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*"¹³⁸. Esso opera una revisione dei principi che erano stati originariamente pubblicati nel 2001, tenendo conto in particolare degli sviluppi avutisi in seno all'UNCITRAL. Attraverso tali Principi, pensati per essere sufficientemente flessibili così da poter essere utilizzati come punto di riferimento da tutti gli Stati, si vuole assistere questi ultimi in un'attività di valutazione e di miglioramento delle proprie disposizioni di diritto commerciale, essendo queste essenziali per la creazione di un clima di investimento favorevole e per promuovere di conseguenza il commercio e la crescita economica.

L'aggiornamento del 2011 di cui si è detto ha comportato, in particolare, l'aggiunta di due nuovi principi riguardanti i gruppi di società. Il primo di essi concerne il fallimento di gruppi interni mentre il secondo, che qui ora interessa, il fallimento dei gruppi internazionali. In esso innanzi tutto si prevede che gli ordinamenti debbano garantire da un lato che i creditori ed i curatori stranieri possano comparire davanti ai giudici interni e dall'altro lato che i procedimenti

¹³⁸ WORLD BANK, *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*, 2011, disponibile a: [http://siteresources.worldbank.org/EXTGILD/Resources/5807554-1357753926066/ICRPrinciples-Jan2011\[FINAL\].pdf](http://siteresources.worldbank.org/EXTGILD/Resources/5807554-1357753926066/ICRPrinciples-Jan2011[FINAL].pdf) (visitato il 6.1.2014).

stranieri siano riconosciuti. Per quanto concerne la cooperazione si prevede, secondo scenari già esplorati, che i giudici ed i curatori debbano essere autorizzati a cooperare reciprocamente, comunicare e richiedere informazioni nel massimo grado possibile, al fine di coordinare i procedimenti. Gli ordinamenti dovranno poi permettere, in presenza di particolari circostanze, la nomina di un unico curatore fallimentare prevedendo nel contempo delle misure per prevenire eventuali conflitti di interessi. Infine si prevede che i curatori fallimentari e le altre parti che vi abbiano interesse possano concludere dei c.d. “*cross-border insolvency agreements*”, sempre al fine di facilitare il coordinamento dei procedimenti, e che i giudici debbano essere autorizzati ad approvare e a dare attuazione a tali accordi.

2.6 Le future “*EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Guidelines*”

Per ragioni di completezza deve da ultimo essere menzionato un progetto sviluppato congiuntamente dalla Leiden Law School e dalla Nottingham Law School con l’obiettivo di redigere delle linee guida, come tali non vincolanti, per la cooperazione tra giudici di Stati membri dell’Unione europea in casi di fallimenti internazionali e di formare i giudici stessi. Attraverso tali linee guida si vuole assicurare, per quanto possibile, che il regolamento (CE) n. 1346/2000 funzioni nella pratica in modo efficiente ed efficace nonché la conduzione di un giusto processo che tenga conto degli interessi di tutte le parti coinvolte. Il progetto consta di due fasi delle quali una prima, che dovrebbe essere stata portata a termine nel mese di settembre 2013, consisteva nella redazione delle linee guida, sulle quali si dovrebbe poi svolgere un sondaggio ed un’ulteriore analisi e discussione per poi essere distribuite pubblicamente. La seconda fase consiste invece in un’attività di formazione dei giudici fallimentari¹³⁹.

¹³⁹ WESSELS, *EU promotes Judicial cooperation in Cross-Border Insolvency Cases*, 1 luglio 2013, in <http://leidenlawblog.nl/articles/eu-promotes-judicial-cooperation-in-cross-border-insolvency-cases> (visitato il 6.1.2014).

IV. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Due aspetti meritano di essere trattati a conclusione del presente lavoro. L'uno riguarda la natura giuridica degli accordi di cooperazione in materia fallimentare di cui si è dato conto nel secondo capitolo e l'altro riguarda in modo complessivo le iniziative ricordate nel terzo capitolo volgendo lo sguardo ai possibili sviluppi futuri.

Per quanto concerne gli accordi di cooperazione o, che dir si voglia, i protocolli, attraverso cui è attuata appunto la cooperazione tra curatori e giudici operanti nell'ambito di procedimenti fallimentari aperti in Stati diversi nei confronti di società appartenenti ad un medesimo gruppo, non esiste certezza in dottrina su quale sia la relativa natura giuridica. Così, c'è chi ha ritenuto di essere in presenza di una sorta di legge fallimentare transnazionale; chi invece ha parlato di trattati di diritto internazionale privato fallimentare *ad hoc*; chi, ancora, criticando quest'ultima impostazione, ha sostenuto che piuttosto si dovrebbe parlare di contratti conclusi tra i diversi attori del procedimento fallimentare; chi infine ha proposto di qualificarli come ordinanze del giudice che li approva¹. In effetti, lo studioso di diritto, trovandosi di fronte ad un "accordo", all'interno del quale è peraltro frequentissimo l'uso di quel "*shall*" che tipicamente indica l'esistenza di un obbligo giuridicamente vincolante, sarà indotto ad operare un confronto tra questo accordo da un lato e i contratti di diritto privato ed i trattati di diritto internazionale pubblico dall'altro. Tale operazione condurrà sicuramente ad evidenziare molte più differenze di quante non siano le analogie. Innanzi tutto da un punto di vista soggettivo. Come noto, infatti, i contratti sono conclusi da persone fisiche o giuridiche e i trattati da soggetti di diritto internazionale. Diversamente, gli accordi di cooperazione in materia fallimentare sono conclusi da soggetti di diritto pubblico, cioè dai curatori nominati nell'ambito di procedure fallimentari aperte in relazione alle società di un gruppo multinazionale, eventualmente delegati dai giudici competenti per le procedure stesse. In secondo luogo da un punto di vista oggettivo: oggetto dell'accordo di cooperazione non è né la costituzione, la regolazione o l'estinzione tra le parti di un rapporto giuridico patrimoniale, né l'assunzione di obblighi e diritti reciproci regolati

¹ Cfr. *amplius supra* cap. II, § 2.1.

dal diritto internazionale, bensì il coordinamento di procedimenti aperti in più Stati relativi alle società di un medesimo gruppo. In terzo luogo da un punto di vista degli effetti: i protocolli diventano vincolanti solo dopo avere ricevuto un'approvazione formale attraverso un provvedimento dei giudici competenti per le procedure fallimentari. Infine da un punto di vista delle conseguenze giuridiche di un'eventuale violazione di tali accordi: a differenza che per i contratti e per i trattati, in caso di violazione delle previsioni contenute in un protocollo non è sempre chiaro né a quale organo ci si possa rivolgere, né quali siano le sanzioni comminabili.

Escludendo dunque che tali accordi possano essere ricondotti alla categoria dei contratti o a quella dei trattati, per evitare inutili forzature sembra debba concludersi nel senso che essi costituiscono un *tertium genus*, una categoria inedita non ancora regolata da alcuna fonte del diritto. In particolare, sembra che nemmeno di consuetudine possa parlarsi, mancando - se non altro - il c.d. elemento soggettivo.² La nascita di categorie inedite non è certamente un fenomeno comune nell'epoca moderna, essendo semmai più frequente imbattersi in nuove figure introdotte dal legislatore nell'ambito di categorie già note per far fronte *ex post* ad una nuova prassi sviluppatasi nell'ambito dell'esperienza umana, come potrebbe essere l'introduzione nell'ordinamento di un nuovo tipo di reato o di contratto.

La premessa per la conclusione dei protocolli è data dalla volontà di giudici e curatori di escogitare un meccanismo per evitare gli inconvenienti dovuti alla mancanza di un trattato che regoli il fallimento di un gruppo multinazionale di società. Condizione necessaria affinché il sistema possa funzionare è che gli ordinamenti interessati non intervengano ponendo dei divieti. L'iniziativa è lodevole, soprattutto se si considera che dovrebbero essere i creditori delle società fallite a trarne, alla fine, il maggior beneficio. È peraltro opportuno chiedersi fino a che punto giudici e curatori dei diversi Stati siano liberi di esercitarsi nella creazione di norme processuali (internazionali) *ad hoc*, seppur nell'interesse delle parti. Sembra pertanto auspicabile che gli Stati intervengano, se non con un trattato sul fallimento

² Si potrebbe però forse pensare ad una consuetudine in via di formazione, in relazione alla quale l'eventuale approvazione nell'Unione europea della proposta di modifica del regolamento (CE) n. 1346/2000 e della proposta di direttiva che istituisce un quadro di risanamento e di risoluzione delle crisi degli enti creditizi e delle imprese di investimento si porrebbe come un accordo di codificazione, con le note conseguenze in tema di rapporti tra accordi di codificazione e diritto internazionale generale.

internazionale dei gruppi di società che introduca un approccio universalista, perlomeno regolando il fenomeno dei protocolli, soprattutto a garanzia dei diritti fondamentali delle parti, primo fra tutti quello al contraddittorio e ad un giusto processo.

Nel terzo capitolo si è rilevato come negli ultimi anni sono fiorite iniziative sia degli Stati ma soprattutto di organizzazioni internazionali e di associazioni di accademici o professionisti, che hanno cercato di colmare la lacuna normativa in materia. A proposito di queste deve preliminarmente essere ricordato che tutte, comprese quelle riguardanti le società commerciali, si sono indirizzate verso un medesimo modello, che può essere chiamato della territorialità attenuata o coordinata, ai sensi del quale ciascuno Stato mantiene la giurisdizione ad aprire un procedimento fallimentare nei confronti delle società aventi sede sul proprio territorio ma nel contempo è sollecitato a favorire un contatto tra i propri curatori ed in alcuni casi i propri giudici da un lato e quelli degli altri Stati interessati dall'altro, al fine di coordinare lo svolgimento dei vari procedimenti eventualmente aperti. In astratto, altre due possibili soluzioni, oltre a quella del tipo appena ricordato, avrebbero potuto essere adottate. La prima, che si può chiamare della "deglobalizzazione", consiste nel vietare l'espansione delle attività societarie al di là dei confini di ciascuno Stato, ovvero nell'impedire che una società con sede in uno Stato determinato possa essere parte di un gruppo più ampio formato da società con sedi in altri Stati. Non è necessario spendere troppe parole per criticare tale soluzione e giustificare il rifiuto, dal momento che comporterebbe un regresso rispetto alla situazione attuale, non tanto in termini di gestione delle crisi quanto da un punto di vista dell'economia. La seconda, invece, che avrebbe rappresentato un vero passo in avanti, sarebbe consistita nell'adozione di quell'approccio globale o universalista che si è visto essere stato variamente auspicato dalla dottrina. Anche i motivi della mancata adozione di questa seconda opzione, in un certo senso opposti a quelli validi per la precedente, sono ben noti: da un lato essa richiederebbe uno sforzo eccessivo da parte degli Stati, non ancora pronti - anche da un punto di vista emotivo - a cedere sovranità in una materia, quale quella fallimentare, avente connotati pubblicistici, in cui vive ancora un forte atteggiamento campanilistico ed il desiderio di controllare l'attività di impresa che si svolge nello Stato; dall'altro la profonda differenza

esistente tra le normative fallimentari vigenti negli Stati frapponere un ulteriore ostacolo alla possibilità di orientarsi nel senso indicato³.

Tanto premesso, la prima considerazione da svolgere a proposito delle iniziative di *soft law* di cui si è dato conto nel terzo capitolo attiene alla esistenza o meno di una possibilità di coordinamento reciproco delle stesse, dal momento che il rispettivo ambito di applicazione *ratione materiae* spesso coincide. Si tratta, per quanto riguarda le banche, del *Report and Recommendations* del *Cross-border Bank Resolution Group* del Comitato di Basilea, del *Framework for Enhanced Coordination* del Fondo Monetario Internazionale, dei *Principles for Cross-border Cooperation on Crisis Management* del *Financial Stability Forum* e dei *Key Attributes* del *Financial Stability Board*; per quanto riguarda le società commerciali, della terza parte della Guida Legislativa UNCITRAL dedicata al “*treatment of enterprise groups in insolvency*”, del *Global Principles Project* redatto congiuntamente dall’*American Law Institute* e dall’*International Insolvency Institute*, dei *Prospective Principles for coordination of multinational corporate group insolvencies* dell’*International Insolvency Institute* e dei *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes* della Banca Mondiale. Il dubbio nasce anche dal fatto che è frequente reperire richiami incrociati⁴ all’interno dei documenti rilevanti, senza che però sia specificato se e come gli stessi debbano essere coordinati. Una risposta non c’è e ciò potrebbe fare pensare che sarebbe stato più efficiente unire gli sforzi delle diverse organizzazioni internazionali e associazioni di studiosi e concepire un unico studio sulla materia o più studi su aspetti diversi tra loro coordinati. Invece, si deve piuttosto considerare che l’ampia offerta di strumenti di *soft law* a cui ispirarsi nell’attuare la cooperazione internazionale in materia fallimentare è senz’altro positiva, perché lascia gli utenti liberi di scegliere quello strumento che meglio si adatta alle proprie esigenze, nel contempo promuovendo una c.d. *race to the top* in cui vi è un continuo tentativo di migliorare l’offerta al fine

³ V. *amplius* supra cap. I, § 5.2.

⁴ Ad esempio, nelle FAQ relative alla proposta di direttiva della Commissione europea del 6 giugno 2012 che istituisce un quadro di risanamento e di risoluzione delle crisi degli enti creditizi e delle imprese di investimento, si riconosce che “*the Commission’s initiative follows international developments in this area*” ed è fatto in particolare riferimento ai *Key Attributes* del *Financial Stability Board*. Cfr. EUROPEAN COMMISSION, 6 giugno 2012, *Bank recovery and resolution proposal: Frequently Asked Questions*, cit., FAQ n. 6, disponibile a: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-416_en.htm?locale=en (visitato il 6.1.2014).

appunto di attirare un sempre maggior numero di “seguaci”. E in effetti, scorrendo i protocolli conclusi negli ultimi vent’anni, ci si accorge che, tra i vari modelli a disposizione, una scelta preponderante è stata operata a favore delle *Guidelines applicable to court-to-court communications in cross-border cases* redatte dall’*American Law Institute*, le quali dunque si sono sicuramente dimostrate adatte al raggiungimento degli obiettivi per cui erano state create.

La seconda considerazione riguarda la circostanza che tutti i documenti appena ricordati, oltretutto la proposta di modifica del regolamento (CE) n. 1346/2000⁵, non paiono aggiungere molto a quanto già spontaneamente le parti facevano prima e dunque in assenza delle iniziative medesime. Ciò colpisce particolarmente quando si tratta di proposte provenienti da organizzazioni internazionali e in particolare dall’Unione europea, la quale, visto l’alto livello di integrazione esistente tra gli Stati membri, avrebbe potuto forse essere l’unica attrice in grado di perlomeno cercare di raggiungere quella soluzione globale - cioè universalista - di cui si diceva. Evidentemente, per i già ricordati motivi comuni anche a Stati non membri, nemmeno in sede europea i tempi sono ancora maturi per ciò. D’altro canto, il valore aggiunto derivante da un avallo della prassi da parte di documenti e studi pubblicati a cura di associazioni private di studiosi e professionisti è legato alla particolare influenza che queste hanno sui governi degli Stati, nonostante la mancanza di un potere *stricto sensu* legislativo. In questa prospettiva i risultati raggiunti non sembrano essere poi così deludenti, ferma restando comunque la necessità di non arrestarsi e proseguire nella ricerca di una disciplina che si adegui nel tempo agli sviluppi della realtà economica.

⁵ Pertanto si vuole fare riferimento a tutti i documenti, sia di *hard law* che di *soft law*, analizzati nel terzo capitolo, ad eccezione forse della proposta di direttiva della Commissione europea del 6 giugno 2012 che istituisce un quadro di risanamento e di risoluzione delle crisi degli enti creditizi e delle imprese di investimento.

V. BIBLIOGRAFIA

ALTMAN, *A test case in international bankruptcy protocols: the Lehman Brothers insolvency*, in *San Diego International Law Journal*, 2011, 463 ss.

ANDENAS, *Depositor protection, european law and compensation from regulators*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2002, II fascicolo, 425 ss.

ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, IV ed., Milano, 2009.

ASHMEAD, *In Re Colonial Realty Co.: the Second Circuit Harmonizes Bankruptcy and Bank Insolvency Law (Rejecting Established Bankruptcy Case Law in The Process)*, in *60 Brooklyn Law Review* 517, 1994.

AA. VV., *The Law and Practice of International Insolvencies, Including a Draft Cross-Border Insolvency Concordat*, in *Annual Survey of Bankruptcy Law*, 1994-1995, 1 ss.

BANG-PEDERSEN, *Asset distribution in transnational insolvencies: combining predictability and protection of local interests*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 1999, 385 ss.

BARIATTI, *International insolvency when the EU Regulation is not applicable: the case of Italy*, in AFFAKI (a cura di), *Cross-Border Insolvency and Conflict of Jurisdictions*, Paris, 2007, 145 ss.

BARIATTI, *Filling in the Gaps of EC Conflicts of Laws Instruments: the Case of Jurisdiction over Actions Related to Insolvency Proceedings*, in VENTURINI - BARIATTI (a cura di), *Liber Fausto Pocar. Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Milano, 2009, 23 ss.

BAVETTA (a cura di), *La crisi del gruppo bancario*, Milano, 1997.

BAXTER - HANSEN - SOMMER, *Two Cheers for territoriality, an essay on international bank insolvency law*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 2004, 57 ss.

BEHRENS, *Der Durchgriff über die Grenze*, in *Rechtszeitschrift für Ausland und International Privatrecht*, 1982, 308 ss.

BISMUTH, *Le système international de prévention des crises financières*, in *JDI*, 2007, 57 ss.

BLANDINI, *Direzione unitaria e responsabilità nei gruppi. Riflessioni a proposito del gruppo bancario*, in *Quaderni della Rivista di Diritto dell'Impresa*, Napoli, 2000, 8 ss.

BRIGGS, *The Principle of Comity in Private International Law*, in *Recueil des Cours*, vol. 354, 2011, 69 ss.

BRONEMANN, *Resolution Regimes for Financial Institutions and the Rule of Law*, (in corso di pubblicazione).

Bibliografia

CAMPBELL, *Large scale bank insolvencies: The Challenge*, in WESSELS - OMAR (a cura di), *Insolvency Law in the United Kingdom: the Cork report at 30 Years*, Nottingham, 2010, 85 ss.

CARBONE, *Il c.d. fallimento internazionale tra riforma italiana del d.i.p. e normativa di diritto uniforme*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1998, 633 ss.

CARBONE, *Una nuova disciplina italiana sull'insolvenza transfrontaliera*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2000, 591 ss.

CHAN HO - LASTRA, *International Developments*, in LASTRA (ed.), *Cross-border bank insolvency*, New York, 2011, 204 ss.

ČIHÁK - NIER, *The Need for Special Resolution Regimes for Financial Institutions—The Case of the European Union*, *IMF Working Paper, September 2009*, disponibile a: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2009/wp09200.pdf> (visitato il 6.1.2014).

COLAVOLPE, *La disciplina delle crisi delle banche e delle società del gruppo bancario: le modifiche apportate al testo unico bancario dal d.lgs. 6 febbraio 2004 n. 37*, in *Il diritto fallimentare*, 2006, 135 ss.

COLETON, *Banking Insolvency Regimes and Cross Border Banks – Complexities and Conflicts: Is the Current European Insolvency Framework Efficient and Robust Enough to Effectively Resolve Cross-Border Banks, Can There be a One Size Fits all Solution?*, in *Banking Insolvency Regimes and Cross Border Banks*, 2012, 63 ss.

CORRIGAN, *Are Banks special?*, in *Federal Reserve Bank of Minneapolis Annual Report*, 1982, 5-7, disponibile a: <http://minneapolisfed.org/pubs/ar/ar1982a.cfm> (visitato il 6.1.2014).

COSTI, *La disciplina dei gruppi bancari*, in *Banca impresa società*, 1990, 341 ss.

COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012.

CUMMING – EISENBEIS, *Resolving Troubled Systemically Important Cross-Border Financial Institutions: Is a New Corporate Organizational Form Required?*, *Federal Reserve Bank of New York Staff Reports*, luglio 2010, disponibile a: http://www.newyorkfed.org/research/staff_reports/sr457.pdf (visitato il 6.1.2014).

DANIELE, *Il fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1987.

DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, 2005.

DE CESARI – MONTELLA, *Commentario articolo per articolo del regolamento CE n. 1346/2000*, Milano, 2004.

DE CESARI - MONTELLA, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria. Commentario articolo per articolo del Regolamento CE n. 1346/2000*, Milano, 2004.

DE CESARI - MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana. Competenza internazionale e riconoscimento delle decisioni*, Milanofiori, Assago, 2009.

Bibliografia

- DE SANTIS, *La normativa comunitaria relativa alle procedure di insolvenza transfrontaliere e il diritto processuale interno: dialoghi tra i formanti*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2004, 91 ss.
- DE SENSI, *An Overview of Italian Intervention Measures*, in WESSELS - OMAR (a cura di), *Cross-Border Management in the Banking Sector*, Nottingham - Paris, 2011, 9 ss.
- DESIDERIO, *Le crisi bancarie: profili comparatistici e comunitari*, in CIRENEI - SANDIDO DE MARTIN (a cura di), *Il sistema creditizio nella prospettiva del mercato unico europeo*, Milano, 1990, 213 ss.
- DIALTI, *Cooperazione tra curatori e corti in diritto internazionale fallimentare: un'analisi comparata*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, 1010 ss.
- DIALTI, *Giurisdizione in materia di azione revocatoria fallimentare comunitaria*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2009, 441 ss.
- DI SANO, *The third road to deal with the insolvency of multinational enterprise groups*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2011, 15 ss.
- DORDI, *La convenzione dell'Unione Europea sulle procedure di insolvenza*, in *RDIPP*, 1997, 333 ss.
- EIDENMÜLLER, *Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren und zukünftiges deutsches internationales Insolvenzrecht*, in *IPRAX*, 2001, 2 ss.
- ESPLUGUES, *The UNCITRAL Model Law of 1997 on cross border insolvency: an approach*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1998, 657 ss.
- FABIANI, *Dai pomodorini ai latticini, ovvero dalla regola all'eccezione: un testo unico per l'amministrazione straordinaria e la gestione di gruppi transnazionali?*, in *Foro it.*, 2004, 1570 ss.
- FABIANI, *Gruppi d'impresa ed insolvenza transfrontaliera: spazi residui di forum e law shopping nella disciplina comunitaria*, in *Int'l Lis*, 2004, 95 ss.
- FABIANI, *Il gruppo di imprese nelle procedure concorsuali giurisdizionali*, in *Rivista delle società*, 1998, 1313 ss.
- FARLEY, *A Judicial Perspective on International Cooperation in Insolvency cases*, in *American Bankruptcy Institute Journal*, 1998, 12 s.
- FAZZINI – WINKLER, *La proposta di modifica del regolamento sulle procedure di insolvenza*, in *Diritto del commercio Internazionale*, 2013 141 ss.
- FLASCHEN – SILVERMAN, *The Importance of Comity and Co-operation in Resolving International Insolvencies*, in LEONARD – BESANT, *Current issues in cross-border insolvency and reorganizations*, London, 1994, 41 ss.
- FLASCHEN – SILVERMAN, *Cross-border Insolvency Cooperation Protocols*, in *Texas International Law Journal*, 1998, 587 ss.

Bibliografia

FLETCHER, *Insolvency in Private International Law, National and International Approaches*, seconda edizione, Oxford, 2005.

FLETCHER, *Maintaining the momentum: the continuing quest for global standards and principles to govern cross-border insolvency*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2007, 767 ss.

FONTEYNE, BOSSU, CORTAVARRIA-CHECKLEY, GIUSTINIANI, GULLO, HARDY, KERR, *Crisis Management and Resolution for a European Banking System, IMF Working Paper*, marzo 2010, disponibile a: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2010/wp1070.pdf> (visitato il 6.1.2014).

FORUM EUROPAEUM SUL DIRITTO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ, *Un diritto dei gruppi di società per l'Europa*, in *Riv. delle società*, 2001, 341 ss.

GALANTI, *La nuova normativa europea sulle crisi bancarie*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2002, 406 ss.

GALGANO, *I gruppi di società*, in GALGANO (trattato diretto da), *Le Società*, Torino, 2001.

GALLETTI, *L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2006, 546 ss.

GARCIA – LASTRA – NIETO, *Bankruptcy and reorganization procedures for cross-border banks in the EU: Towards an integrated approach to the reform of the EU safety net*, *LSE Financial Markets Group Paper Series*, maggio 2009, disponibile a: <http://www2.lse.ac.uk/fmg/documents/specialPapers/2009/186.pdf> (visitato il 6.1.2014).

GIOMARELLI, *L'armonizzazione delle legislazioni europee in materia di crisi bancarie ed il decreto legislativo 9 luglio 2004, n. 197*, in *Il dir. fall. e delle società commerciali*, 2005, vol. I, 780 ss.

GIULIANO, *Il fallimento nel diritto processuale civile internazionale*, Milano, 1943.

GOTTWALD, *Le insolvenze transfrontaliere: tendenze e soluzioni europee e mondiali*, in *RTDPC*, 1999, 149 ss.

GUZMAN, *International bankruptcy: in defense of universalism*, in *Michigan Law Review*, 2000, 2177 ss.

HÜPKES, *The Legal Aspects of Bank Insolvency: A Comparative Analysis of Western Europe, the United States and Canada*, The Hague, 2000.

HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?*, in IMF (ed.), *Current Developments in Monetary and Financial Law*, vol. 3, 2003.

HÜPKES, *Rivalry in Resolution. How to reconcile local responsibilities and global interests?*, in *European Company and Financial Law Review*, 2010, 216 ss.

ISRAËL, *European Cross-Border Insolvency Regulation*, Antwerpen - Oxford, 2005.

Bibliografia

JAEGER - DENOZZA - TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale, Impresa e società*, Milano, 2010.

JANGER, *Virtual Territoriality*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2010, 401 ss.

JOUSEN, *Early Intervention Measures for Banks*, in WESSELS - OMAR (a cura di), *Cross-Border Management in the Banking Sector*, Nottingham - Paris, 2011, 16 ss.

KELLEY JR., *Are Banks still special?*, in ENOCH - GREEN (eds.), *Banking Soundness and Monetary Policy*, 1997, 263 ss.

KOPPENOL - KRAMER, *Internationaal privaatrecht*, 1998-2002, parte II, NTBR, 2003.

KRIMMINGER, *Ending Too Big to Fail: Practical Resolution Alternatives for Financial Conglomerates*, in LASTRA (ed.), *Cross-border bank insolvency*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 281 ss.

LAMANDA, *Il gruppo bancario*, in RISPOLI FARINA (a cura di), *La nuova legge bancaria. Prime riflessioni sul testo unico in materia bancaria e creditizia*, Napoli, 1995, 231 ss.

LASTRA, *Cross-border bank insolvency: legal implications in the case of banks operating in different jurisdictions in Latin America*, in *Journal of International Economic Law*, 2003, 79 ss.

LASTRA (a cura di), *Cross-border bank insolvency*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

LASTRA, *International Law Principles Applicable to Cross-Border Bank Insolvency*, in LASTRA (ed.), *Cross-border bank insolvency*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 161 ss.

LEONARD, *The way ahead: protocols in international insolvency cases*, in *American Bankruptcy Institute Journal*, 1998, 12 ss.

LEONARD, *The developing use of protocols in major cross-border filings*, in *American Bankruptcy Institute Journal*, 1999, 12 ss.

LEONARD, *The international Year in Review*, in *American Bankruptcy Institute Journal*, 2001, 24 ss.

LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981.

LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, 8^a ed., Milano, 2012.

LOPUCKI, *Cooperation in International Bankruptcy: a Post-universalist Approach*, in *Cornell Law Review*, 1999, 698 ss.

LOPUCKI, *The case for cooperative territoriality in international bankruptcy*, in *Michigan Law Review*, 2000, 2216 ss.

LUPONE, *L'insolvenza transfrontaliera. Procedure concorsuali nello Stato e beni all'estero*, Padova, 1995.

Bibliografia

LUPONE, *La convenzione comunitaria sulle procedure di insolvenza e la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1999, 429 ss.

LUZZATTO - AZZOLINI, *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione commerciale*, Torino, 1997, 136 ss.

MATOUSEKOVA, *Private international law answers to the insolvency of cross border groups: comparative analysis of French and English case law*, in *International Business Law Journal*, 2002, 141 ss.

MAZZONI, *Cross-border insolvency of multinational groups of companies: proposals for an european approach in the light of the UNCITRAL approach*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2010, 755 ss.

MEVORACH, *The 'home country' of a multinational enterprise group facing insolvency*, in *ICLQ*, 2008, 427 ss.

MEVORACH, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, Oxford, 2009.

MEVORACH, *Towards a consensus on the treatment of multinational enterprise groups in insolvency*, in *Cardozo Journal of International and comparative Law*, 2010, 359 ss.

MOKAL, *Priority as Pathology: The Pari Passu Myth*, in *Cambridge Law Journal*, 2001, 581 ss.

MOLONEY, *EU Financial Market Regulation after the Global Financial Crisis: "More Europe" or More Risks?*, in *Common Market Law Review*, 2010, 1317 ss.

MOSCONI - CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, Torino, VI ed., 2013.

MOSS, *Coordination of multinational corporate group insolvencies: solving the COMI issue Group Insolvency – Choice of Forum and Law: The European Experience under the Influence of English Pragmatism*, *International Insolvency Institute, Tenth Annual International Insolvency Conference*, Roma, 7-8 giugno 2010, disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/39/3892.html> (visitato il 6.1.2014).

MOSS - WESSELS (a cura di), *EU banking and insurance insolvency*, Oxford, 2006.

NADELMANN, *Solomons v. Ross and International Bankruptcy Law*, in *The Modern Law Review*, 1946, 154 ss.

NIEROP - STENSTRÖM, *Cross-border aspects of insolvency proceedings for credit institutions - A legal perspective. International seminar on Legal and Regulatory Aspects of Financial Stability*, Basel, Switzerland, 21 - 23 January 2002.

NIGRO, *La gestione delle crisi bancarie nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1990, 279 ss.

NIGRO - VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009.

Bibliografia

ORTINO, *Le succursali italiane di banche comunitarie tra legge di riforma del diritto internazionale privato e diritto comunitario*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2002, II fascicolo, 601 ss.

PANZANI, *Il progetto della Commissione europea di riforma del Regolamento 1346/2000*, in *Il Fallimentarista*, 24 aprile 2013.

PATRONI GRIFFI, *La «nuova» disciplina della crisi delle banche: una prima visione d'insieme*, in RISPOLI FARINA (a cura di), *La nuova legge bancaria. Prime riflessioni sul testo unico in materia bancaria e creditizia*, Napoli, 1995, 265 ss.

PAULUS, *Group insolvencies - Some thoughts about new approaches*, in *Texas International Law Journal*, 2007, 819 ss.

PENNISI, *Attività di direzione e poteri della capogruppo nei gruppi bancari*, Torino, 1997.

PIRAS, *La crisi del gruppo bancario: profili generali*, in BAVETTA (a cura di), *La crisi del gruppo bancario*, Milano, 1997, 29 ss.

PORZIO, *Crisi e salvataggio delle banche*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 1990, n. 1, 19 ss.

POTTOW, *The myth (and realities) of forum shopping in transnational insolvency*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2007, 785 ss.

PROSPERETTI - COLAVOLPE (a cura di), *Banche, Assicurazioni e Gestori di risparmio. Corporate governance, vigilanza e controlli*, Milanofiori, Assago, 2009.

PUNZI, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 997 ss.

QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria. Modelli di riferimento e diritto interno*, Torino, 2007.

QUEIROLO, *L'insolvenza transnazionale: il regolamento (CE) n. 1346/2000 e la disciplina italiana*, in SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato. Commento sistematico*, Padova, 2007, 805 ss.

RAJAK, *Corporate groups and cross-border bankruptcy*, in *Texas International Law Journal*, 2009, 521 ss.

RESCIGNO, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *JUS Rivista di scienze giuridiche*, 1989, 155 ss.

RESTUCCIA (a cura di), *La prevenzione della crisi bancaria nell'ordinamento Italiano e Comunitario. Quaderni della Rivista di Diritto dell'impresa*, Napoli, 1996.

RICCI, *Il riconoscimento delle procedure di insolvenza secondo il Regolamento CE n. 1346/2000*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 387 ss.

RIDRUEJO, *La faillite international en droit international privé*, in *Recueil des Cours* 133, 1971, 141 ss.

Bibliografia

- ROLIN, *Des conflits de lois en matière de faillite*, in *Recueil des Cours* 14, 1926, 1 ss.
- RYBACK, in IMF (ed.), *Current Developments in Monetary and Financial Law*, 1999, 223 ss.
- SALAFIA, *Cross-border insolvency law in the United States and its application to multinational corporate groups*, in *Connecticut Journal of International Law*, 2006, 297 ss.
- SANASI D'ARPE, *La vigilanza nella crisi e nel risanamento dei gruppi bancari*, Napoli, 2008.
- SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, Milano, 2008.
- SANTOSUOSSO, *L'insolvenza nei gruppi transfrontalieri tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2003, I, 665 ss.
- SARAVALLE, *La tutela transnazionale del credito come strumento di integrazione dei mercati finanziari*, in DE CESARI - FRIGESSI DI RATTALMA (a cura di), *La tutela transnazionale del credito*, Torino, 2007, 151 ss.
- SARRA, *Corporate Group Insolvencies: Seeing the Forest and the Trees*, in *Banking and Finance Law Review*, 2008, 63 ss.
- SARRA, *Maidum's Challenge, Legal and Governance Issues in Dealing with Cross-Border Business Enterprise Group Insolvencies*, in *International Insolvency Review*, 2008, 73 ss.
- SARRA, *Oversight and financing of cross-border business enterprise group insolvency proceedings*, in *Texas International Law Journal*, 2009, 547 ss.
- SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità della società capogruppo*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1988, 365 ss.
- SEXTON, *Current problems and trends in the administration of transnational insolvencies involving enterprise groups: the mixed record of protocols, the UNCITRAL Model Insolvency Law, and the EU insolvency regulation*, in *Chicago Journal of International Law*, 2012, 811 ss.
- SILBERMANN, *Co-operative Efforts in Private International Law on Behalf of Children: The Hague Children's Conventions*, 2006, 323 *Recueil des Cours* 9.
- VALLENS, *Première application du Règlement européen sur les procédures collectives: premières atteintes à l'ordre public*, in *Recueil Dalloz*, 2003, 2352 ss.
- VAN GALEN, *The European Insolvency Regulation and Groups of Companies*, paper presentato all'INSOL Europe Annual Congress, Cork, Irlanda, 16 – 18 ottobre 2003 disponibile sul sito: www.insol-europe.org.
- VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia del problema. In Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionale*, Milano, 2006.
- VEDER, *Cross-border insolvency proceedings and security rights*, The Hague, 2004.

Bibliografia

VERWEIJ - WESSELS (a cura di), *Comparative and International Insolvency Law - Central Themes and Thoughts. Papers from the Honours Class 'Comparative and International Insolvency Law', organized at Leiden Law School, the Netherlands, March - June 2009*, Nottingham - Paris, 2010.

VIRGÓS - GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, The Hague, 2004.

VIRGÓS - SCHMIT, *Report on the convention on insolvency proceedings*, Bruxelles, 3 maggio 1996, disponibile a:
http://globalinsolvency.com/sites/globalinsolvency.com/files/insolvency_report.pdf (visitato il 6.1.2014).

VOLKEN, *L'harmonisation du droit international privé de la faillite*, in *Recueil des Cours* 230, 1991, 353 ss.

WARREN - WESTBROOK, *Contracting out of bankruptcy: an empirical intervention*, in *Harvard Law Review*, 2005, 1197 ss.

WARREN - WESTBROOK, *Court-to-court negotiation*, in *American Bankruptcy Institute Journal*, 2003, 28 ss.

WEGMAN, *Improving the Monitoring of Cross-Border Banks in the EU: Towards a Common Framework in Crisis Management*, in *European Company Law*, 2010, 59 ss.

WEGMAN, *Improving the Monitoring of Cross Border Banks in the European Union: Towards a Common Framework on Crisis Management*, in WESSELS - OMAR (a cura di), *Cross-Border Management in the Banking Sector*, Nottingham - Paris, 2011, 25 ss.

WESSELS, *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in Particular Against (Groups of) Companies*, in www.iiiglobal.org.

WESSELS, *Non-EU insurance companies and banks and the EU directives 2001/17 and 2001/24 on reorganization and winding up of insurance undertakings and credit institutions*, disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/39/4121.html> (visitato il 6.1.2014).

WESSELS, *International jurisdiction to open insolvency proceedings in Europe, in particular against (groups of) companies, 2003*, disponibile a:
http://www.ilf-frankfurt.de/uploads/media/ILF_WP_017.pdf (visitato il 6.1.2014).

WESSELS, *The Ongoing Struggle of Multinational Groups of Companies under the EC Insolvency Regulation*, in *European Company Law*, 4, 2009, 169 ss.

WESSELS, *The Future European Union Legislative Framework on Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector: A Legal Stress Test*, in WESSELS - OMAR (a cura di), *Cross-Border Management in the Banking Sector*, Nottingham - Paris, 2011, 50 ss.

WESSELS, *Towards a European Bank Company Law?*, in GRAAF – RANK (a cura di), *Financiële sector en internationale privaatrecht*, Financieel Juridische Reeks 3, NIBE-SVV, Amsterdam, 2011, 139 ss.

Bibliografia

WESSELS, *EU promotes Judicial cooperation in Cross-Border Insolvency Cases*, 1 luglio 2013, in <http://leidenlawblog.nl/articles/eu-promotes-judicial-cooperation-in-cross-border-insolvency-cases> (visitato il 6.1.2014).

WESSELS - MARKELL - KILBORN, *International cooperation in bankruptcy and insolvency matters: a joint research project of American College of Bankruptcy and International Insolvency Institute*, New York, 2009.

WESSELS - OMAR (a cura di), *Insolvency Law in the United Kingdom: the Cork report at 30 Years*, INSOL Europe, Nottingham, 2010.

WESSELS - OMAR (a cura di), *Cross-Border Management in the Banking Sector*, Nottingham - Paris, 2011.

WESTBROOK, *Choice of avoidance law in global insolvencies*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 1991, 499 ss.

WESTBROOK, *Theory and pragmatism in global insolvencies: choice of law and choice of forum*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 1991, 457 ss.

WESTBROOK, *Creating international insolvency law*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 1996, 563 ss.

WESTBROOK, *The commission's recommendations concerning the treatment of bankruptcy contracts*, in *American Bankruptcy Institute Law Review*, 1997, 463 ss.

WESTBROOK, *Universal priorities*, in *Texas International Law Journal*, 1998, 27 ss.

WESTBROOK, *A Global Solution to Multinational Default*, in *Michigan Law Review*, 2000, 2276 ss.

WESTBROOK, *The Transnational Insolvency Project of the American Law Institute*, in *Connecticut Journal of International Law*, 2001, 99 ss.

WESTBROOK, *Multinational enterprises in general default: chapter 15, the ALI principles, and the EU insolvency regulation*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 2002, 1 ss.

WESTBROOK, *International Judicial Negotiation*, in *Texas International Law Journal*, 2003, 567 ss.

WESTBROOK, *The Duty to Seek Cooperation in Multinational Insolvency Cases*, in *Annual Review of Insolvency Law*, 2004, 6 ss.

WESTBROOK, *Universalism and choice of law*, in *Penn State International Law Review*, 2005, 625 ss.

WESTBROOK, *Avoidance of pre-bankruptcy transactions in multinational bankruptcy cases*, in *Texas International Law Journal*, 2007, 899 ss.

WESTBROOK, *Exemption of Financial Assets From Bankruptcy, Testimony of Jay Lawrence Westbrook Benno C. Schmidt Chair of Business Law Before the Subcommittee on*

Bibliografia

Commercial and Administrative Law Committee on the Judiciary House of Representatives, 26 settembre 2008, disponibile a: <http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/Westbrook080926.pdf> (visitato il 6.1.2014).

WESTBROOK, *Priority conflicts as a barrier to cooperation in multinational insolvencies*, in *Penn State International Law Review*, 2009, 869 ss.

WESTBROOK, *A comment on universal proceduralism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2010, 503 ss.

WESTBROOK, *Jacob Ziegel and Going Broke Internationale*, in *Annual Review of Insolvency Law*, 2010, 23 ss.

WESTBROOK, *The elements of coordination in international corporate insolvencies: what cross-border bank insolvency can learn from corporate insolvency*, in LASTRA, (a cura di), *Cross-border bank insolvency*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 185 ss.

WESTBROOK - ZIEGEL, *The American Law Institute Nafta insolvency project*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 1997, 7 ss.

DOCUMENTI

Unione europea (in ordine cronologico)

EUROPEAN COMMISSION, *Financial Services: Commission reports progress on Action Plan, outlines new priorities*, Bruxelles, 31 maggio 2000, IP/00/556.

EUROPEAN COMMISSION, *Financial Services: Commission welcomes Council adoption of Directive on winding up of credit institutions*, Bruxelles, 12 marzo 2001, IP/01/344.

COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla vigilanza supplementare sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione e sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario*, 24 aprile 2001, COM(2001) 213.

EUROPEAN COMMISSION, *Public consultation on the reorganization and winding-up of credit institutions*, maggio 2007, disponibile a: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/windingup/consultation_questionnaire_en.pdf (visitato il 6.1.2014).

EUROPEAN COMMISSION, *Summary of the public consultation on the reorganisation and winding-up of credit institutions*, dicembre 2007, disponibile a: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/windingup/spc_en.pdf (visitato il 6.1.2014).

EUROPEAN COMMISSION, *Commission services' report on 'asset transferability'*, 14 novembre 2008, disponibile a: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/windingup/rep141108_en.pdf (visitato il 6.1.2014).

THE HIGH LEVEL GROUP ON FINANCIAL SUPERVISION IN THE EU, Chaired by Jacques de Larosière, *Report*, Brussels, 25 febbraio 2009, disponibile a:

Bibliografia

http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf (visitato il 6.1.2014). EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank - An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, 20 ottobre 2009, COM(2009) 561, disponibile a: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0561:FIN:EN:PDF> (visitato il 6.1.2014).

FÜSTHY, *Pre-insolvency/Early intervention, Reorganization Measures and Winding up Proceedings of Banking Groups, National Report, Hungary*, disponibile a: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/windingup/200911/annex9_finalcountryreport_hu.en.pdf (visitato il 6.1.2014).

EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank - An EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector*, disponibile a: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/crisis-management/091020_working_document_en.pdf (visitato il 6.1.2014)

EUROPEAN COMMISSION, *Overview of the results of the public consultation on an EU framework for Cross-border crisis management in the banking sector*, 11 marzo 2010, disponibile a: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2009/banking_crisis_management/rep_lies_summary_en.pdf (visitato il 6.1.2014).

AA. VV. (DBB LAW per la COMMISSIONE EUROPEA), *Study on Pre-insolvency - Early intervention - Reorganization - Liquidation*, 20 aprile 2010, disponibile a: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/windingup/200911/final_report200911_en.pdf (visitato il 6.1.2014).

AA. VV. (DBB LAW per la COMMISSIONE EUROPEA), *Study on the feasibility of reducing obstacles to the transfer of assets within a cross border banking group during a financial crisis, Final Report*, 20 aprile 2010, disponibile a: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/windingup/200908/final_report20091218_en.pdf (visitato il 6.1.2014).

EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Central Bank, An EU Framework for Crisis Management in the Financial Sector*, 20 ottobre 2010, COM(2010) 579 final, disponibile a: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/crisis-management/framework/com2010_579_en.pdf (visitato il 6.1.2014).

COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro di risanamento e di risoluzione delle crisi degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica le direttive del Consiglio 77/91/CEE e 82/891/CE, le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE e 2011/35/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010*, 6.6.2012, COM(2012) 280 final

EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document, Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and*

Bibliografia

investment firms and amending Council Directives 77/91/EEC and 82/891/EC, Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC and 2011/35/EC and Regulation (EU) No 1093/2010, 6 giugno 2012, SWD(2012) 166 final, disponibile a: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/crisis-management/2012_eu_framework/impact_assessment_final_en.pdf (visitato il 6.1.2014).

EUROPEAN COMMISSION, 6 giugno 2012, *Bank recovery and resolution proposal: Frequently Asked Questions*, disponibile a: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-416_en.htm?locale=en (visitato il 6.1.2014).

EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff working document – Impact assessment Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings*, 12 dicembre 2012, SWD(2012) 416 final, disponibile a: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-ia_en.pdf (visitato il 6.1.2014).

EUROPEAN COMMISSION, *Report from the Commission to the European parliament, the Council and the European Economic and Social committee on the application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings*, 12 dicembre 2012, COM(2012) 743 final.

EUROPEAN COMMISSION, 27 giugno 2013, *Statement of Commissioner Barnier following agreement in ECOFIN on bank recovery and resolution*, disponibile a: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-601_en.htm?locale=en (visitato il 6.1.2014).

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 27 giugno 2013, *Council agrees position on bank resolution*, disponibile a: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/137627.pdf (visitato il 6.1.2014).

EUROPEAN COMMISSION, 12 dicembre 2013, *Commissioner Barnier welcomes trilogue agreement on the framework for bank recovery and resolution*, disponibile a: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-1140_en.htm?locale=en (visitato il 6.1.2014).

UNCITRAL (in ordine cronologico)

UNCITRAL, *Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment*, 30 maggio 1997, disponibile a: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/insolvency-e.pdf> (visitato il 6.1.2014).

UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, 2004, disponibile a: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf (visitato il 6.1.2014).

UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law, Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency*, 21 luglio 2010, disponibile a: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-E.pdf> (visitato il 6.1.14).

Bibliografia

UNCITRAL, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, 2009, disponibile a: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Practice_Guide_Ebook_eng.pdf (visitato il 6.1.2014).

UNCITRAL, *Insolvency Law: possible future work – Addendum – Proposal by the delegation of Switzerland for preparation of a study on the feasibility of an instrument regarding the cross-border resolution of large and complex financial institutions*, 16 aprile 2010, A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5, disponibile a: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V10/528/34/PDF/V1052834.pdf?OpenElement> (visitato il 6.1.2014).

UNCITRAL, *Report of Working Group V (Insolvency Law) on the work of its thirty-eight session*, 28 aprile 2010, A/CN.9/691*, disponibile a: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V10/531/40/PDF/V1053140.pdf?OpenElement> (visitato il 6.1.2014).

UNCITRAL, *Insolvency Law: possible future work - Further proposal by the delegation of Switzerland for preparation by the UNCITRAL Secretariat of a study on the feasibility and possible scope of an instrument regarding the cross-border resolution of large and complex financial institutions*, 1 giugno 2010, A/CN.9/709, disponibile a: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V10/540/70/PDF/V1054070.pdf?OpenElement> (visitato il 6.1.2014).

UNCITRAL, *Report of the United Nations Commission on International Trade Law Forty-third session*, A/65/17, disponibile a: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V10/556/48/PDF/V1055648.pdf?OpenElement> (visitato il 6.1.2014).

UNCITRAL, *Insolvency of large and complex financial institutions – Note by the Secretariat*, 24 settembre 2012, A/CN.9/WG.V/WP.109, disponibile a: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V12/561/04/PDF/V1256104.pdf?OpenElement> (visitato il 6.1.2014).

UNCITRAL, *Report of the Working Group V (Insolvency Law) on the work of its forty-second session*, 7 dicembre 2012, A/CN.9/763, disponibile a: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V12/579/20/PDF/V1257920.pdf?OpenElement> (visitato il 6.1.2014).

UNCITRAL, *Report of Working Group V (Insolvency Law) on the work of its forty-third session*, 26 aprile 2013, A/CN.9/766, disponibile a: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V13/831/21/PDF/V1383121.pdf?OpenElement> (visitato il 6.1.2014).

UNCITRAL, *Recent developments concerning the global and regional initiatives regarding the insolvency of large and complex financial institutions - Note by the Secretariat*, 9 ottobre 2013, A/CN.9/WG.V/WP.118, disponibile a: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V13/871/68/PDF/V1387168.pdf?OpenElement> (visitato il 6.1.2014).

Altri documenti (in ordine alfabetico)

Bibliografia

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Transnational Insolvency: Cooperation among NAFTA Countries. Principles of Cooperation among the NAFTA Countries*, Huntington, Juris Publishing, 2003.

AMERICAN LAW INSTITUTE – INTERNATIONAL INSOLVENCY INSTITUTE, *Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases*, 30 marzo 2012, disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/557/5932.htm> (visitato il 6.1.2014).

Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia, 9 ottobre 1987, in *Riv. Soc.*, 1987, 1286 ss.

BANCA D'ITALIA, *Istruzioni di vigilanza per le banche, Circolare n. 229 del 21 aprile 1999*, disponibile a: http://www.bancaditalia.it/vigilanza/normativa/norm_bi/circ-reg/istrvig/istr_vig_99_12a.pdf (visitato il 6.1.2014).

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *La liquidazione coatta di una banca multinazionale*, dicembre 1992, disponibile a: <http://www.bis.org/publ/bcbs10cit.pdf> (visitato il 6.1.2014).

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *The Insolvency Liquidation of a Multinational Bank*, dicembre 1992, disponibile a: <http://www.bis.org/publ/bcbsc333.pdf> (visitato il 6.1.2014).

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *History of the Basel Committee and its Membership*, agosto 2009, disponibile a: <http://www.bis.org/bcbs/history.pdf> (visitato il 6.1.2014)

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group*, marzo 2010, disponibile a: <http://www.bis.org/publ/bcbs169.pdf> (visitato il 6.1.2014).

COMMITTEE J, SECTION ON BUSINESS LAW, INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *Model International Insolvency Cooperation Act*, ri-stampato in BARRETT AND POWERS, *Proposal for Consultative Draft of Model International Insolvency Cooperation Act for Adoption by Domestic Legislation With or Without Modification*, in *International Business Law*, 1989, 323 ss.

COMMITTEE J, SECTION ON BUSINESS LAW, INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *Cross-Border Insolvency Concordat*, 17 settembre 1995, disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/396/1522.html> (visitato il 6.1.2014).

CONTACT GROUP ON THE LEGAL AND INSTITUTIONAL UNDERPINNINGS OF THE INTERNATIONAL FINANCIAL SYSTEM, *Insolvency Arrangements and Contract Enforceability*, settembre 2002.

FINANCIAL STABILITY FORUM, *Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience*, 7 aprile 2008, disponibile a: http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_0804.pdf (visitato il 6.1.2014).

Bibliografia

FINANCIAL STABILITY FORUM, *FSF Principles for Cross-border Cooperation on Crisis Management*, 2 aprile 2009, disponibile a: http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_0904c.pdf (visitato il 6.1.2014).

FINANCIAL STABILITY BOARD, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, ottobre 2011, disponibile a: http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104cc.pdf (visitato il 6.1.2014).

G-20 Working Group on Reinforcing International Cooperation and Promoting Integrity in Financial Markets (WG2), *Final Report*, 27 marzo 2009, 5, disponibile a: http://www.astrid-online.it/Dossier--d1/Documenti/The-London/G20_wg2_27_03_09.pdf (visitato il 6.1.2014).

Communiqué of the G-20 Leaders Summit in Cannes, 2011, disponibile a: http://g20civil.com/documents/Cannes_Leaders_Communicu_%204_November_2011.pdf (visitato il 6.1.2014).

GROUP OF THIRTY, *International Insolvencies in the Financial Sector – A Study Group Report*, Washington, 1998, disponibile a: <http://ifci.ch/139750.htm> (visitato il 6.1.2014).

European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-border Insolvency Developed under the aegis of the Academic Wing of INSOL Europe by Professor Bob Wessels and Professor Miguel Virgós, luglio 2007, disponibile a: <http://www.insol.org/INSOLfaculty/pdfs/BasicReading/Session%205/European%20Communication%20and%20Cooperation%20Guidelines%20for%20Cross-border%20Insolvency%20.pdf> (visitato il 6.1.2014).

Proposal by INSOL Europe for a Revision of the European Insolvency Regulation, Nottingham, Maggio 2012.

INTERNATIONAL INSOLVENCY INSTITUTE, *Guidelines for coordination of multi-national enterprise group insolvencies, draft* di novembre 2011, disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/viewdownload/362/5469.html> (visitato il 6.1.2014).

INTERNATIONAL INSOLVENCY INSTITUTE, *Prospective Principles for coordination of multinational corporate group insolvencies*, giugno 2012, disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/362/5953.html> (visitato il 6.1.2014).

INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Crisis management and resolution for a European Banking System*, 2010.

INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Resolution of Cross-Border Banks - A proposed Framework for Enhanced Coordination*, 11 giugno 2010, disponibile a: <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2010/061110.pdf> (visitato il 6.1.2014).

INTERNATIONAL MONETARY FUND, *The Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions - Progress to Date and Next Steps*, 27 agosto 2012, disponibile a: <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2012/082712.pdf> (visitato il 6.1.2014).

INTERNATIONAL MONETARY AND FINANCIAL COMMITTEE, *Communiqué of the Twenty-Fourth Meeting of the IMFC: Collective Action for Global Recovery*, disponibile a: <http://www.imf.org/external/np/cm/2011/092411.htm> (visitato il 6.1.2014).

Bibliografia

INTERNATIONAL MONETARY FUND - WORLD BANK, *An Overview of the Legal, Institutional, and Regulatory Framework for Bank Insolvency*, 17 aprile 2009, disponibile a: <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2009/041709.pdf> (visitato il 6.1.2014).

JOINT FORUM ON FINANCIAL CONGLOMERATES, *Supervision of Financial Conglomerates*, febbraio 1999, disponibile a: <http://www.bis.org/publ/bcbs47.pdf> (visitato il 6.1.2014).

The future of the European insolvency regulation, one day international conference, 28 Aprile 2011, Amsterdam, the Netherlands.

WORLD BANK, *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*, 2011, disponibile a: [http://siteresources.worldbank.org/EXTGILD/Resources/5807554-1357753926066/ICRPrinciples-Jan2011\[FINAL\].pdf](http://siteresources.worldbank.org/EXTGILD/Resources/5807554-1357753926066/ICRPrinciples-Jan2011[FINAL].pdf) (visitato il 6.1.2014).

Caso Maxwell

Cross-Border Insolvency Protocol and Order Approving Protocol in Re Maxwell Communication plc. United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Hon. Tina L. Brozman), Case No. 91 B 15741, (15 gennaio 1992) e the High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court, Case No. 0014001 of 1991, (31 dicembre 1991), disponibile a <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/573/1746.html> (visitato il 6.1.2014).

High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court, Case No. 0014001 of 1991.

United States Bankruptcy Court, Southern District of New York, *In Re Maxwell Communication Corporation plc*, Debtor. Chapter 11 Case No. 91 B 15741 (TLB), *Final Supplemental Order Appointing Examiner and Approving Agreement between Examiner and Joint Administrators*, in *Annual Survey of Bankruptcy Law*, 1994 – 1995, 96 ss.

United States Bankruptcy Court, S.D. New York, 5 agosto 1994, *In re Maxwell Communication Corporation plc, et al., Debtors. Maxwell Communication Corporation plc, by Andrew Mark HOMAN, Colin Graham Bird, Jonathan Guy Anthony Phillips, and Alan Rae Jamieson, its Joint Administrators, Plaintiffs, and Richard A. Gitlin, Examiner, Intervenor Plaintiff, v. Barclays Bank plc, Defendant. Maxwell Communication Corporation plc, by Andrew Mark Homan, Colin Graham Bird, Jonathan Guy Anthony Phillips, and Alan Rae Dalziel Jamieson, its Joint Administrators, and Richard A. Gitlin, Examiner, Plaintiffs, v. National Westminster Bank plc, Defendant. Maxwell Communication Corporation plc, by Andrew Mark Homan, Colin Graham Bird, Jonathan Anthony Guy Phillips, and Alan Rae Dalziel Jamieson, its Joint Administrators, Plaintiffs, v. Société Générale, Defendant*, 170 B.R. 800.

Caso Lehman Brothers

ALVAREZ & MARSAL, *Lehman Brothers Holdings Inc., International Protocol Proposal*, 11 febbraio 2009, disponibile a: <http://dm.epiq11.com/LBH/Document/GetDocument/1131024> (visitato il 6.1.2014).

Bibliografia

Cross-Border Insolvency Protocol for the Lehman Brothers Group of Companies, 12 maggio 2009, disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/573/4339.html> (visitato il 6.1.2014).

WEIL, GOTSHAL & MANGES LLP, *Debtors' Motion Pursuant to Sections 105 and 363 of the Bankruptcy Code for Approval of a Cross-Border Insolvency Protocol*, 26 maggio 2009, disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/viewdownload/573/4339.html> (visitato il 6.1.2014).

United States Bankruptcy Court, Southern District of New York, *In re Lehman Brothers Holdings Inc., et al., Debtors, Chapter 11 Case No.08-13555 (JMP) (Jointly Administered)*, Order Approving the Proposed Cross-Border Insolvency Protocol for the Lehman Brothers Group of Companies, 17 giugno 2009, disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/viewdownload/573/4339.html> (visitato il 6.1.2014).

Tribunale di Milano, decreto 17 dicembre 2009, *E.C., M.G., G.P., F.R., P.S., D.S. e S.S. c. Lehman Brothers International Italian Branch e Lehman Brothers International – (Europe)*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, 987 ss.

OFFICIAL REPRESENTATIVES AND OTHER PARTICIPATING AFFILIATES PURSUANT TO THE CROSS-BORDER INSOLVENCY PROTOCOL FOR THE LEHMAN BROTHERS GROUP OF COMPANIES, *Report of Activities through January 15, 2010*, disponibile a: <http://dm.epiq11.com/LBH/Document#maxPerPage=25&page=1> (visitato il 6.1.2014).

Altri protocolli

Cross-Border Liquidation Protocol in Re AIOC Corporation and AIOC Resources AG, between United States and Switzerland: United States Bankruptcy Court for Southern District Court of New York (Chief Judge Tina L. Brozman), Case Nos. 96 B 41895 and 96 B 41896, (April 3, 1998), disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/573/1775.html> (visitato il 6.1.2014).

Global Report on the liquidation of the BCCI group (1991 – 2012), 16 marzo 2012. disponibile a: http://www.bcci.info/pdf/bcci_global_report.pdf (visitato il 6.1.2014).

Orders Approving Cross-Border Insolvency Protocol between Canada and the United States in Re Everfresh Beverages Inc., Ontario Court of Justice, Toronto (Mr. Justice J.M. Farley), Case No. 32-077978, (December 20, 1995) and United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York. (Hon. Burton R. Lifland), Case No. 95 B 45405, (December 20, 1995), disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/573/1750.html> (visitato il 6.1.2014).

Cross-Border Insolvency Protocol in Re Inverworld, Inc. between United States District Court for the Western District of Texas (Hon. Frederick Biery), Case No. SA99-C0822FB, (October 22, 1999) and U.K. High Court of Justice, Chancery Division, (1999) and the Grand Court of the Cayman Island, (1999), disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/573/1756.html> (visitato il 6.1.2014).

United States Bankruptcy Court, Southern District of New York, *In Re Maxwell Communication Corporation plc*, Debtor. Chapter 11 Case No. 91 B 15741 (TLB), *Final*

Bibliografia

Supplemental Order Appointing Examiner and Approving Agreement between Examiner and Joint Administrators, in *Annual Survey of Bankruptcy Law*, 1994 – 1995, 96 ss.

Cross-Border Insolvency Protocol in Re Livent Inc. between United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Hon. Arthur Gonzales), Case No. 98-B-48312, and Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Mr. Justice J.D. Ground), Case No. 98-CL-3162, (June 11, 1999), disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/573/1754.html> (visitato il 6.1.2014).

Cross-Border Insolvency Protocol for the Loewen Group Inc. and its Affiliates between the United States Bankruptcy Court for the District of Delaware (Case No. 99-1244) and the Ontario Superior Court of Justice at Toronto (Case No. 99-Cl-3384), disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/573/1753.html> (visitato il 6.1.2014).

Cross-Border Insolvency Protocol in Re Matlack Inc. between Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Mr. Justice J.M. Farley), Case No. 01-CL-4109, (April 19, 2001) and United States Bankruptcy Court for the District of Delaware (Hon. Mary F. Walrath), Case No. 01-01114 (MFW), (May 24, 2001) including approval and adoption of the American Law Institute Guidelines for Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases

Cross-Border Insolvency Protocol between the United States and Israel in Re Nakash, United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 94 B 44840, (May 23, 1996) and District Court of Jerusalem, Case No. 1595/87, (May 23, 1996), disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/viewdownload/573/1751.html> (visitato il 6.1.2014).

Nortel: Cross-Border Insolvency Protocol in Re Nortel Networks Corporation between Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Mr. Justice Geoffrey B. Morawetz), Case No. 09-CL-7950 (January 14, 2009) and United States Bankruptcy Court for the District of Delaware (Hon. Kevin Gross), Case No. 09-10138 (KG), (January 15, 2009) including approval and adoption of the American Law Institute Guidelines for Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases, disponibile a: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/viewdownload/573/1773.html> (visitato il 6.1.2014).

ALTRE DECISIONI

Austria

Oberlandesgericht Wien, 9 novembre 2004, *Stojevic* (28 R 225/04w), in *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, 2005, 56 ss.

Francia

Tribunal de Commerce de Nanterre, 15 febbraio 2006, non pubblicato (*abstract* disponibile sul sito <http://www.insolvencycases.eu/index> (visitato il 6.1.2014).

Cour de cassation, Chambre commercial, 27 giugno 2006, in *Bulletin* 2006, IV, n° 149 p. 159.

Bibliografia

Tribunal de Commerce de Paris, 15 gennaio 2007, non pubblicato (*abstract* disponibile sul sito <http://www.insolvencycases.eu/index> (visitato il 6.1.2014).

Irlanda

Supreme Court of Ireland, 27 luglio 2004, [2004] IEHC 54.

Regno Unito

English High Court, Chancery Division, 4 luglio 2002, non pubblicato (*abstract* disponibile sul sito <http://www.insolvencycases.eu/index> (visitato il 6.1.2014).

English High Court, Chancery Division, 7 febbraio 2003, [2003] EWHC (Ch) 128.

English High Court, Chancery Division, 20 maggio 2003, non pubblicato (*abstract* disponibile sul sito <http://www.insolvencycases.eu/index> (visitato il 6.1.2014).

English High Court, Chancery Division, 18 aprile 2005, non pubblicato (*abstract* disponibile sul sito <http://www.insolvencycases.eu/index> (visitato il 6.1.2014).

Stati Uniti d'America

Supreme Court of the United States, 10 dicembre 1883, *Canadian Southern Ry. Co. v. Gebhard*, 109 U.S. 527 (1883).

Supreme Court of the United States, 3 giugno 1895, *Hilton et al. v. Guyot et al.*, 159 U.S. 113 (1895).

United States Court of Appeals, Second Circuit, 30 aprile 1993, *Pedro Pablo Blanco, F. and Jesus Vasquez Mancera, as Trustees for Proyecfin de Venezuela, S.A., Plaintiffs-Appellees, Inversiones Eufrates, S.A., Inversiones Gusanca, C.A., Plaintiffs-Intervenors-Appellants, v. Banco Industrial De Venezuela, S.A., Defendant-Appellee*, 997 F.2d 974.

United States Court of Appeals, Third Circuit, 4 ottobre 2002, *Stonington Partners, Inc.; Stonington Capital Appreciation 1994 Fund, L.P.; Stonington Holdings, L.L.C., Appellants v. Lernout & Hauspie Speech Products N.V.; Dictaphone Corp; L&H Holdings USA Inc*, 310 F.3d 118.

Unione europea

Corte di Giustizia, 12 marzo 1996, *Panagis Pafitis e altri c. Trapeza Kentrikis Ellados A.E. e altri*, C-441/93.

Corte di Giustizia, 2 maggio 2006, *Eurofood IFSC Ltd*, C-341/04.

Corte di Giustizia, 20 ottobre 2011, *Interedil Srl c. Fallimento Interedil Srl e Intesa Gestione Crediti Spa*, C-396/09.