

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN

**Istituzioni, mercati e tutele
Indirizzo: “Diritto Processuale Civile”**

Ciclo XXIV

Settore Concorsuale di afferenza: 12/F1

Settore Scientifico disciplinare: IUS 15

INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA E GIURISDIZIONE: L’ESPERIENZA DEL REGOLAMENTO (CE) N. 1346/2000

Tesi presentata da: CATERINA PASINI

Coordinatore Dottorato

Chiar.ma Prof.ssa

ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA

Relatore

Chiar.mo Prof.

MICHELE ANGELO LUPOI

Esame finale anno 2012

INDICE

CAPITOLO 1: IL BACKGROUND	7
1.1 L'insolvenza transfrontaliera in ambito comunitario. Le convenzioni internazionali che hanno preceduto il regolamento (CE) n. 1346/2000	7
1.2 La convenzione del Consiglio d'Europa su alcuni aspetti internazionali del fallimento.....	12
1.3 Problematiche rilevanti	17
1.3.1. <i>La convenzione e le regole di esercizio dei poteri del curatore all'estero</i>	18
1.3.2. <i>Il regime convenzionale per i beni del fallito situati in un Paese diverso da quello del fallimento</i>	19
1.3.3. <i>Le azioni esecutive individuali nella convenzione</i>	21
1.3.4. <i>L'apertura delle procedure secondarie: il cap. III della convenzione</i>	21
1.4. Gli sviluppi successivi e la convenzione comunitaria sulle procedure d'insolvenza del 1995	23
1.5. Differenze tra la convenzione della Comunità Europea e la convenzione del Consiglio d'Europa	27
1.6. Evoluzione successiva e regolamento CE n. 1346/2000.....	29
1.7. La UNCITRAL model law on cross-border insolvency	31
CAPITOLO 2: IL REGOLAMENTO (CE) N. 1346/2000 RELATIVO ALLE PROCEDURE D'INSOLVENZA: CONCETTI ED ELEMENTI FONDAMENTALI	35
Premessa	35
2.1. Due osservazioni preliminari	38
2.1.1. <i>Il ruolo della Corte di Giustizia nell'interpretazione del regolamento (CE) n. 1346/2000.</i>	38
2.1.1.1.(segue) <i>I criteri di interpretazione del regolamento (CE) n. 1346/2000.</i>	43

2.1.1.2. (segue) Interpretazione della Corte di Giustizia e incidenza sulla giurisdizione dei giudici interni.....	45
2.1.2. Normative nazionali e applicazione del regolamento sull'insolvenza: il silenzio dell'Italia.	48
2.2. La struttura del regolamento (CE) n. 1346/2000	57
2.2.1. <i>I considerando</i>	57
2.2.2. <i>L'impalcatura sistematica del regolamento: l'universalità attenuata</i>	59
2.2.3. <i>Il campo d'applicazione del regolamento (art. 1)</i>	60
2.2.4. <i>Competenza giurisdizionale (art. 3)</i>	63
2.2.5. <i>Legge applicabile (art. 4 ss. art. 28) - ratio e deroghe (artt. 5-15)</i>	64
2.2.6. <i>Principio dell'automatico riconoscimento delle decisioni (artt. 16, 17, 25, 26)</i>	68
2.2.7. <i>L'ordine pubblico come causa ostativa al riconoscimento o all'esecuzione di una decisione relativa alla procedura d'insolvenza (art. 26)</i>	71
2.2.8. <i>Nozione di ordine pubblico</i>	73
2.2.9. <i>Il curatore (art. 18)</i>	74

CAPITOLO 3: LA GIURISDIZIONE NEL REGOLAMENTO (CE) N.

1346/2000:	77
Le parole chiave.....	77
3.1. Il Leading Case Eurofood	78
3.2. Il criterio del Comi: (centre of main interests)	81
3.3. L'applicazione giurisprudenziale del criterio del Comi prima e dopo Eurofood: è soddisfacente l'interpretazione autonoma del concetto di COMI offerta dalla Corte di Giustizia?	90
3.3.1. <i>Il caso Eurotunnel</i>	91
3.3.2. <i>Il caso MG Probud</i>	92
3.3.3. <i>Il caso IT Holding Finance</i>	97
3.3.4. <i>Il caso Interedil. La nozione rafforzata di Comi</i>	100
3.4. Il concetto di dipendenza	105
3.4.1. <i>L'elaborazione del concetto di "stabilimento" operata dalla</i>	

	<i>Corte di Giustizia nel caso Interedil</i>	111
3.5.	I rapporti tra procedura principale e procedura secondaria.....	112
3.6.	I nodi interpretativi in materia di giurisdizione.....	121
3.6.1.	<i>Il concorso tra istanze di apertura di procedure principali in Stati membri diversi: conflitti positivi di giurisdizione</i>	121
3.6.2.	<i>La definizione di decisione di apertura di una procedura principale d'insolvenza e il momento in cui una procedura principale d'insolvenza può dirsi aperta</i>	127
3.6.3.	<i>La giurisdizione nei confronti dei gruppi di imprese: una falla di disciplina comunitaria che rimane un problema irrisolto</i>	130
3.6.3.1	<i>Il caso Isa Daisytek</i>	134
3.6.4.	<i>Accertamento del Comi e trasferimento del debitore in un altro Stato membro: il problema de “turismo dell'insolvenza”</i>	137
3.6.4.1.	<i>Il caso Susanne Staubitz vs Schreiber e Pin Group</i>	138
3.6.4.2.	<i>Il caso Interedil: La data rilevante per la determinazione del COMI</i>	141
3.6.4.3.	<i>Il caso Rastelli</i>	144
3.7.	Giurisdizione in materia di azioni connesse e/o correlate alla procedura d'insolvenza:	145
3.7.1.	<i>“Il fallimento, i concordati e le procedure affini” nella convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e nel regolamento Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale</i>	146
3.7.2.	<i>Il problema dell'azione revocatoria fallimentare</i>	149
3.7.3.	<i>Il Leading Case Gourdain vs Nadler e la soluzione del problema offerta dalla Corte di Giustizia. L'orientamento delle corti europee</i>	151
3.7.4.	<i>Le azioni derivanti dal fallimento nel regolamento n. 1346/2000</i>	156
3.7.5.	<i>Le posizioni della dottrina comunitaria precedenti alla sentenza Seagon vs Deko Marty</i>	158
3.7.6.	<i>Le posizioni della dottrina italiana precedente la sentenza</i>	

<i>Seagon vs Deko Marty Belgium della Corte di Giustizia</i>	163
3.7.7. <i>La posizione della giurisprudenza italiana anteriore alla sentenza</i>	
<i>Deko Marty della Corte di Giustizia dell'Unione Europea</i>	168
3.7.8. <i>Il caso Seagon vs Deko Marty Belgium</i>	169
3.7.8.1. <i>La fattispecie</i>	172
3.7.8.2. <i>La tesi e le conclusioni dell'Avvocato Generale</i>	173
3.7.8.3. <i>La ratio della decisione della Corte di Giustizia</i>	176
3.7.9 <i>Le pronunce immediatamente successive</i>	183
3.7.9.1 <i>Il caso SCT Industri AB i likvidation vs Alpenblume</i>	183
3.7.9.2 <i>Il caso German Graphics Graphische Maschinen</i>	
<i>GmbH Alice Van Der Schee</i>	187
3.7.9.3 <i>Il caso F-Tex SIA vs Lietuvos-Anglijos UAB "JadecLOUD-Vilma"</i>	192

CAPITOLO 4: BILANCIO ATTUALE E FUTURO DEL REGOLAMENTO

COMUNITARIO	201
4.1. Dieci anni di applicazione del regolamento n. 1346/2000: il report	
del 1 giugno 2012 ai sensi dell'art. 46	201
4.2. Le proposte attuali	202
4.2.1. <i>Sulla definizione di Comi e sulla giurisdizione internazionale</i>	202
4.2.2 <i>Sul problema dei gruppi di società</i>	207
4.2.2.1. <i>L'ipotesi di substantive consolidation per affrontare il problema</i>	
<i>dei gruppi di società</i>	216
4.2.3. <i>Sul coordinamento tra procedura principale e secondaria</i>	218
4.2.4 <i>Sulla pubblicità delle procedure di insolvenza</i>	223
4.2.5. <i>Sulla cooperazione e il coordinamento di giudici e liquidatori</i>	224
4.2.6 <i>La proposta di riforma del regolamento n. 1346 del 2000</i>	
<i>avanzata nell'ambito del Research Project "DER 2009/09039"</i>	
<i>(Law & Technology Institute/ Autonomous University of Barcelona)</i>	228
4.2.6.1. <i>I "Proposal" del gruppo di studio</i>	229
4.3. Gli studi del Parlamento Europeo in materia di insolvenza	238
4.3.1. <i>Working group sulla revisione del regolamento sulle procedure</i>	

<i>di insolvenza (marzo 2011)</i>	239
4.3.2 <i>Working group sulle procedure di insolvenza in caso di gruppi di società: prospettive di armonizzazione a livello europeo</i>	241
4.4. Risoluzione del Parlamento europeo del 15 novembre 2011 sulle raccomandazioni alla Commissione sulle procedure d'insolvenza nel contesto del diritto societario dell'UE (2011/2006(INI))	242
4.4.1. <i>Raccomandazioni concernenti l'armonizzazione di aspetti specifici del diritto societario e del diritto fallimentare</i>	244
4.4.2. <i>Raccomandazioni concernenti la revisione del regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure d'insolvenza</i>	248
4.4.2.1. <i>L'ambito di applicazione del regolamento sulle procedure di insolvenza</i>	248
4.4.2.3. <i>La definizione di «dipendenza» nel quadro delle procedure secondarie</i>	248
4.4.2.4. <i>La cooperazione fra i giudici</i>	249
4.4.2.5. <i>Taluni aspetti delle azioni revocatorie</i>	249
4.4.2.6. <i>L'insolvenza dei gruppi societari</i>	249
4.4.2.7. <i>La creazione di un registro UE delle insolvenze</i>	251
 CONCLUSIONI	253
 BIBLIOGRAFIA	259

CAPITOLO 1

IL BACKGROUND

1.1 L'insolvenza transfrontaliera in ambito comunitario. Le convenzioni internazionali che hanno preceduto il regolamento (CE) n. 1346/2000

Un'analisi dell'evoluzione normativa che ha preceduto il regolamento (CE) n. 1346/2000 in materia d'insolvenza con implicazioni transfrontaliere, costituisce un passaggio fondamentale nello studio del fenomeno stesso (¹).

Sono ben leggibili, tra le maglie dei progetti comunitari e internazionali, le difficoltà incontrate dal legislatore nel tentativo di corredare di regole armoniche un istituto tradizionalmente legato alle norme nazionali secondo criteri di più o meno stretta territorialità (²).

¹) Sui contributi dottrinali relativi alle convenzioni che hanno preceduto il regolamento sull'insolvenza, si veda, tra gli altri, in generale, DANIELE, *Il Fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1987, p. 187; LUPONE, *Insolvenza transnazionale. Procedure concorsuali nello Stato e beni all'estero*, Padova, 1995, p. 89 ss.; DANIELE, *La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento. Prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1994, p. 500; PROTO, *Le procedure concorsuali nella comunità europea*, in *Il Fall.*, 1995, 1169; PROTO, *Il progetto di convenzione sulle procedure d'insolvenza di Bruxelles*, in *Il Fall.*, 11, 1994, 1101; BOGDAN, *The Nordic Bankruptcy Convention*, in ZIEGEL, *Current Developments in International and comparative Corporate Insolvency Law*, Oxford, 1994, pp. 701-707; FLETCHER, *Harmonization of jurisdictional and Recognitional Rules: The Istanbul Convention and the Draft EEC Convention*, in ZIEGEL, *Current Developments in International and comparative Corporate Insolvency Law*, Oxford, 1994, p. 709-728; MARTIN-SERF, *La faillite internazionale: une réalité économique pressante, un enchevetrement juridique croissant*, in *Clunet*, 1995, p. 53 ss.; POWERS, *The Model International Insolvency Cooperation*, in ZIEGEL, *Current Developments in International and comparative Corporate Insolvency Law*, Oxford, 1994, pp. 687-700; SAINT ALARY, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 1995, p. 1131 ss; SVENSSON, *Inter-Nordic Insolvency Convention*, in *International Business Lawyer*, 1996, pp. 226-228; VALLENS, *Des procédures collectives en Europe*, in *Les Petites Affiches*, n. 5, 12 Janvier, 1994.

²) E' interessante notare come diversa sia stato l'approccio degli Stati membri alle spinte comunitarie di armonizzazione. PROTO, *Le procedure concorsuali nella comunità europea*, in *Il fall.*, 1995, 1169 ss. che evidenzia come al comportamento aperto e disponibile dei cinque Paesi membri fondatori (Italia, Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo e Paesi Bassi) si sia affiancato quello più sospettoso rispetto ad

Procedo, allora, innanzitutto a un'analisi cronologica dell'evoluzione normativa e delle tappe che hanno condotto all'emanazione del regolamento comunitario in materia d'insolvenza.

I lavori per una convenzione sulle procedure concorsuali in sede comunitaria cominciarono a Bruxelles negli anni '60.

Nel 1959, la Commissione invitò i sei Paesi comunitari ad avviare negoziati al fine di elaborare una convenzione volta alla disciplina uniforme dei problemi connessi al riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze, intrapresi, questi, il 22 ottobre dello stesso anno.

L'iniziativa sembrò inizialmente coinvolgere anche i provvedimenti riguardanti il fallimento, in ossequio a quanto previsto all'art. 220 Trattato CE ⁽³⁾, e furono nominati esperti di vari Stati membri al fine di studiare un sistema di norme da applicare a livello sopranazionale.

La materia concorsuale si connotò sin da subito per la sua problematicità, tanto che il gruppo fu diviso in due sottogruppi. Gli sforzi del primo gruppo, concentrato sulla materia civile e commerciale *lato sensu* intesa, portarono all'elaborazione e all'emanazione, nel 1968, della fondamentale convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

Solo nel 1970, il comitato incaricato di trovare un punto fermo in ambito concorsuale comunitario, giunse alla stesura di un primo progetto sul fallimento, i concordati e i procedimenti affini (concretatosi solo dieci anni dopo, nel 1980), ispirato ai principi di unità e universalità. Ciò sulla base del presupposto che, se tali caratteri erano elementi essenziali di ogni fallimento interno, a maggior ragione dovessero essere presi in considerazione laddove si trattasse di regolare fenomeni concorsuali di carattere sovranazionale.

La prima impostazione, embrionale, del problema, escludeva a priori la possibilità di contemporanea esistenza di una pluralità di procedure nei confronti dello stesso

iniziative potenzialmente incisive sulle concetto di sovranità (Danimarca, Irlanda, Regno Unito).

³⁾ L'art. 220 Trattato prevede che "gli Stati membri avvieranno tra loro per quanto occorra, negoziati tesi a garantire [...] la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie (ora art. 293 Trattata CEE).

soggetto. Per assicurare quanto più possibile il rispetto del principio cardine individuato in materia, l'universalità appunto, furono aggiunti al testo dell'accordo una serie di allegati contenenti indicazioni in materia di azione revocatoria, di compensazione, di riserva di proprietà. Tali norme uniformi avevano, infatti, nell'intenzione degli estensori, il ruolo di collante, al fine di perseguire una disciplina unitaria del fenomeno dell'insolvenza.

Il progetto, rimasto solo sulla carta, non divenne diritto positivo per la mancata adesione di tutti gli Stati Membri e fu rinegoziato a seguito dell'entrata nella Comunità Europea, nel 1972, di Irlanda, Regno Unito e Danimarca.

Gli sforzi sfociarono in un nuovo testo ⁽⁴⁾, avvallato anche dalla Grecia, entrata nel novero comunitario nel 1981.

Il nuovo testo riaffermava quali principi fondanti quelli dell'universalità ed unitarietà delle procedure ⁽⁵⁾.

Aperta una procedura in uno Stato membro, essa aveva effetto in tutti gli altri Stati comunitari e, effetto fondamentale, precludeva la possibilità per gli altri Stati di aprire un nuovo procedimento concorsuale. Lo stato membro di apertura dettava le norme procedurali secondo le regole sue proprie, con efficacia estesa a tutto il territorio della Comunità (ora Unione) Europea.

Stessa considerazione veniva riferita dal progetto alla legge applicabile al fallimento, individuata nella legge sostanziale dello stato di apertura con efficacia oltre i limiti territoriali. Attriti di natura prettamente politica ed in particolare l'opposizione della Repubblica Federale Tedesca, fecero cadere anche tale ultimo progetto, abbandonato negli anni successivi.

⁴⁾ Per un'analisi storico-giuridica di tale primo progetto di convenzione europea sulle procedure concorsuali, DANIELE, *Il Fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1987, p. 232 ss.; PROTO, *Le procedure concorsuali nella comunità europea*, in *Il fall.*, 1995, 1169

⁵⁾ PROTO, *Il progetto di convenzione sulle procedure d'insolvenza di Bruxelles*, in *Il Fall.*, 11, 1994, 1101 ss. che sottolinea come il principio di unità e di universalità costituiva la parte fondamentale del documento. Secondo l'art. 2, i procedimenti contemplati nella convenzione, una volta iniziati in uno degli Stati membri contraenti, avrebbero prodotto, di diritto, effetto negli altri Stati, precludendovi, fino alla loro chiusura, la possibilità di aprire qualsiasi altro procedimento previsto nella convenzione. Per il raggiungimento di un simile risultato si dava rilievo alla procedura nazionale, che restava l'unica efficace, rilevante cioè come procedura europea nel territorio della Comunità.

La mancata adesione degli Stati membri ai pur completi progetti susseguitesi, comportò una provvisoria presa d'atto della difficoltà di trovare un reale punto d'incontro in materia concorsuale ed un'apparente perdita di interesse per il problema.

La presenza d'implicazioni transnazionali, di qualsiasi materia si tratti, comporta, infatti, la necessità di coordinare numerose discipline sia in ambito sostanziale che processuale. E' evidente che, in un ambito campanilistico qual è il diritto concorsuale, il lavoro di armonizzazione e di coordinamento si sia sin da subito connotato di ancor maggiori difficoltà. Si trattava di risolvere problemi quali l'attuazione di misure preventive, l'identificazione dei soggetti passivi della procedura ⁽⁶⁾, la sospensione immediata delle esecuzioni individuali sui beni del debitore a tutti i creditori o la limitazione di essa a quelli sprovvisti di garanzia, l'ambito di applicazione della revocatoria e i suoi effetti nei confronti dei terzi di buona fede, la natura dei poteri del curatore.

Tali problemi erano sentiti con particolare rilevanza nell'ambito della Comunità europea, soprattutto alla luce del più accentuato livello d'integrazione economica raggiunto dai Paesi membri.

Fu per tale motivo che, preso atto delle difficoltà ma allo stesso tempo dell'urgente necessità di risolvere i problemi pratici di coordinamento tra le procedure concorsuali previste dai diversi Stati membri, si assistette ad una sorta di ridimensionamento delle iniziali pretese di armonizzazione della materia. Ciò che veniva contestato da molte parti, infatti, era l'impianto stesso cui si ispiravano i progetti comunitari di ampio respiro sino ad allora promossi: erano infatti i principi di universalità e unità del fallimento ad essere ritenuti in gran parte responsabili della pesantezza delle discipline convenzionali sino ad allora proposte ⁽⁷⁾.

Il lungo silenzio di iniziative in materia fu spezzato su iniziativa di un'organizzazione europea alternativa, il Consiglio d'Europa ⁽⁸⁾, che concentrò i propri sforzi sulla ricerca

⁶⁾ Alcuni Stati membri, come ad esempio l'Italia, sottopongono a procedura concorsuale soltanto gli imprenditori commerciali, diversamente da altri Paesi, dove la persona fisica non imprenditore non è esclusa dal fallimento.

⁷⁾ DANIELE, *La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento. Prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1994, p. 500.

⁸⁾ Il Consiglio d'Europa, con sede a Strasburgo (Francia), raggruppa oggi, con i suoi 47 Stati membri, quasi tutti i paesi del continente europeo. Istituito il 5 maggio 1949 da 10 Stati fondatori, il Consiglio

di un accordo alternativo di convenzione che fosse in grado di affrontare gli aspetti più concreti e pratici della crisi d'impresa in Europa, constatate le ormai pressanti necessità di un mercato sempre più globalizzato.

Risultato di tale “cambio di rotta” fu, nel 1991, la convenzione Europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento ⁹⁾: un testo che, senza pretese di armonizzazione globale (di difficile realizzazione, come sopra evidenziato), cercava di assicurare uno standard minimo di cooperazione giuridica tra gli Stati firmatari.

Le finalità pragmatiche sono evidenti e si sviluppano su più fronti risolvendo, come in seguito più nel dettaglio, una serie di problemi tipici del fallimento internazionale. L'individuazione e l'esercizio da parte del curatore di determinati poteri sul territorio di uno Stato diverso da quello del fallimento, al di fuori del territorio nazionale (cap. II: artt. 6-15); la possibilità di aprire procedure “secondarie” in uno o più Stati diversi da quello del “fallimento principale” (cap. III: artt. 16-28); la partecipazione ad un fallimento di creditori residenti in Stati diversi da quello del fallimento e la loro possibilità di insinuare un credito all'estero, eliminando ogni appesantimento (cap. IV: artt. 29-32).

Pur se mossa da intenti pratici, la convenzione contiene la prima svolta interessante nella concezione globale del fenomeno concorsuale con implicazioni transfrontaliere. E' in questo testo, infatti, che si consacra il superamento dell'idea, troppo ambiziosa, che il fallimento, in ambito internazionale e comunitario, dovesse avere per forza caratteristiche di unità e universalità, ammettendo al contrario la possibile apertura di più procedure concorsuali a carico del medesimo debitore. La convenzione, di seguito

d'Europa ha come obiettivo quello di favorire la creazione di uno spazio democratico e giuridico comune in Europa, nel rispetto della convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e di altri testi di riferimento relativi alla tutela dell'individuo. Vedi il sito istituzionale, <http://regolamento.coe.int/aboutcoe/index.asp?page=quisommesnous&l=it>

⁹⁾ Sulla convenzione di Istanbul: BOTTIAU, *La convention européen sur certains aspects internationaux de la faillite adoptée par le Conseil des Ministres*, in *Revue des procédures collectives*, 1990, pp. 97 ss.; DANIELE, *La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento. Prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1994, pp. 499 ss.; VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006, p. 7 e ss.; GRASSO, *La convenzione Europea su certi aspetti internazionali del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1991, pp. 764 ss.; PROTO, *La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1991, pp. 752 ss.; VALLENS, *La convention du Conseil de l'Europe sur certains aspects internationaux de la faillite*, in *Revue critique de droit international privé*, 1993, pp. 136 ss.; Il testo della convenzione è reperibile in *Riv. dir. Int. Priv. e Proc.*, 1994, p. 712 ss.; con testo in inglese e francese, sul sito del Consiglio d'Europa, <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/136.html>.

analizzata nel dettaglio, si occupa, inoltre, di risolvere quei problemi pratici divenuti pressanti col passare del tempo.

1.2 La convenzione del Consiglio d'Europa su alcuni aspetti internazionali del fallimento

La nuova convenzione trova ancora una volta la propria base giuridica nell' art. 293 del Trattato (¹⁰), come modificato dal Trattato di Lisbona, e dunque il proprio fine nella semplificazione delle formalità necessarie al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni giudiziarie pronunciate nell'ambito della procedura d'insolvenza (¹¹).

Sebbene nemmeno tale convenzione sia divenuta diritto positivo, ne ritengo opportuna l'analisi, anche considerato il ruolo di guida assunto da questa nell'impostazione dogmatica del regolamento (CE) n. 1346/2000 (¹²).

¹⁰) Il Trattato CE prevedeva due vie possibili per la soluzione delle problematiche connesse al fallimento: quella di cui all'art. 220 Trattato CE (oggi art. 293 Trattato), che invita gli Stati membri ad avviare negoziati per garantire ai propri cittadini "la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali". Oppure la strada dell'art 100 Trattato CE (oggi art. 94 Trattato) che conferisce al Consiglio dei ministri il potere di stabilire, deliberando all'unanimità, "direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sul funzionamento del mercato comune". Terza soluzione configurabile è quella dell'art. 100° (art. 95 Trattato) che prevede che Il Consiglio, nell'ambito della procedura di codecisione prevista dall'art. 189B (art. 251 Trattato) adotti "le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno". IDOT e SAINT-ILARY HOUIN, *Procédures collectives: droits internes, droit international*, in *Juris Classeur Europe*, fasc. 870, n. 4 e 871 n. 1.

¹¹) PROTO, *Le procedure concorsuali nella comunità europea*, in *Il fall.*, 1995, 1170 ss., che risolve negativamente la questione se sia possibile che lo strumento convenzionale entri in vigore anche a prescindere dall'adesione di tutti gli Stati Membri, perché l'art. 220 Trattato (CE) (oggi art. 293 TFUE) tende al completamento dell'ordinamento giuridico comunitario e tale finalità sarebbe vanificata se la convenzione non fosse conclusa da tutti gli Stati membri. Vedi Corte di Giustizia , C-398/92, *Mund & Fester*, reperibile sul sito www.curia.europa.eu, che ha ribadito come la norma abbia lo scopo di agevolare il funzionamento del mercato comune mediante l'adozione di norme sulla competenza e la soppressione delle difficoltà connesse al riconoscimento ed alla esecuzione delle sentenze nel territorio degli Stati aderenti, così sottolineando l'appartenenza al sistema del diritto comunitario delle convenzioni da essa derivanti.

¹²) Sulla convenzione, DANIELE, *Il Fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1987, p. 307; PROTO, *La convenzione europea sugli aspetti internazionali del fallimento*, in *Documento giustizia*, 1990, n. 11, p. 28 ss; MAPOUIL, *Convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento*, in *Fallimento*, 1991, p. 1021 ss.; DORDI, *La convenzione europea su alcuni aspetti del fallimento: la consacrazione dell'universalità limitata degli effetti delle procedure concorsuali*, in *Dir.*

Elemento fondante della nuova impostazione della disciplina delle procedure concorsuali intracomunitarie, come prima ho accennato, è la rinuncia ad una procedura unica ed universale ed il riconoscimento (*in nuce*) della possibile apertura, accanto alla procedura principale, di fallimenti c.d. “secondari”.

E’ questa convenzione, infatti, ad introdurre nel panorama comunitario – non senza iniziali difficoltà dovute alle concezioni “centrifughe” dei singoli Stati membri – il concetto di “universalità limitata”: la possibilità, una volta aperta la procedura “principale” nel Paese in cui è situato il centro degli interessi principali del debitore, e senza che venga messo in discussione il presupposto oggettivo dello stato d’insolvenza, che vengano contemporaneamente o successivamente aperte più procedure “secondarie”, con effetti limitati all’ambito del territorio dello Stato di apertura (diverso da quello di apertura della procedura principale).

L’introduzione del concetto sopra descritto costituisce il fulcro del dibattito che ha animato la posizione degli Stati membri, restii ad accettare quella che era sembrata per certi aspetti una contraddizione in termini: l’idea della coesistenza di più di un meccanismo di regolazione della crisi di uno stesso soggetto debitore in diversi Paesi membri nell’ambito di un istituto, quello del fallimento, che all’interno di ciascun ordinamento giuridico tende a travolgere senza distinzioni tutti gli interessi patrimoniali ed i beni del soggetto passivo (¹³).

La convenzione si apre con una serie di disposizioni generali relative innanzitutto all’ambito di applicazione (art. 1), individuato in quelle procedure collettive fondate sull’insolvenza che comportano lo spossessamento del debitore e la designazione di un curatore. Tale articolo della convenzione (ed in modo speculare la norma corrispondente del regolamento n. 1346/2000) è in realtà svuotato di un contenuto realmente precettivo stante il richiamo espresso ad un allegato alla convenzione stessa che individua le procedure compatibili (¹⁴).

comm. int., 1993, p. 617 ss.; VALLENS, *La Convention du Conseil de l’Europe sur certains aspects internationaux de la faillite*, in *Revue critique*, 1993, p. 137 ss.; ESPLUGUES MOTA, *La quiebra internacional*, Barcelona, 1993.

¹³) A bene vedere, e a mo’ di riflessione generale, l’affermazione quasi dogmatica della unità ed universalità della procedura fallimentare, è dettata più dalle impostazioni dei singoli ordinamenti interni che da un principio afferabile a livello sovranazionale.

¹⁴) Con riferimento all’Italia le procedure cui sarebbe stata applicabile il testo convenzionale erano il

Per agire in un altro Stato, il curatore dovrà munirsi di una copia conforme della decisione che lo nomina o di un certificato equivalente (art. 2). Tale decisione dichiarativa dovrà essere stata emessa da un giudice competente ai sensi dell'art. 4 della convenzione e deve essere efficace nello Stato in cui è stata emessa. Non dovrà inoltre essere manifestamente contraria all'ordine pubblico dello Stato in cui il curatore intende agire (art. 3).

Ai sensi dell'art. 4, rubricato "competenza internazionale indiretta", l'apertura del fallimento spetta ai giudici o alle autorità competenti dello Stato in cui il debitore ha il "centro dei suoi interessi principali" con una presunzione di coincidenza di questo con la sede statutaria, fino a prova contraria, per le società e per le persone giuridiche.

In mancanza, possono essere ugualmente considerati competenti i giudici o le autorità competenti dello Stato sul cui territorio il debitore ha uno "stabilimento", qualora il debitore non abbia il centro degli interessi principali in nessuno degli Stati contraenti o nello Stato di apertura il fallimento non possa essere pronunciato. In tale caso, essendo possibile una pluralità di decisioni di apertura della procedura, vale il criterio della prevenzione, e prevarrà, dunque, il giudice che ha statuito per primo.

E' presente una clausola che disciplina l'ipotesi di coesistenza di più procedure (principale e secondaria). Senza pregiudizio per i creditori assistiti da garanzie reali o da diritti reali, un creditore parzialmente soddisfatto in un procedimento aperto in uno Stato non può pretendere una percentuale per lo stesso credito in un fallimento aperto in un altro Stato contraente, fino a che gli altri creditori in quest'ultima procedura abbiano conseguito una percentuale inferiore (art. 5).

I capitoli successivi della convenzione disciplinano ulteriori aspetti minori.

Con riferimento al potere del curatore di agire nel territorio di altro Stato contraente diverso da quello che ha dichiarato il fallimento, quest'ultimo ha due possibilità: può agire direttamente o indirettamente, ottenendo l'apertura di un fallimento secondario secondo quanto statuito dal capitolo III.

Qualora scelga di esercitare i propri poteri in via diretta, il cap. II prevede una dettagliata disciplina.

fallimento (artt. 5-159 l.f.), la liquidazione coatta amministrativa (artt. 194-215 l.f.), il concordato preventivo (artt. 160-186 l.f.).

Il curatore, in tale caso, deve anzitutto far pubblicare nello Stato in cui intende agire (e secondo le modalità previste dalla legge locale), un estratto della decisione di nomina (art. 9).

Successivamente, può, sin dalla nomina, prendere o far prendere, conformemente alla legge nazionale dello Stato nel quale agisce, tutte le misure necessarie a proteggere o preservare il valore dei beni del debitore, compreso il ricorso all'assistenza delle autorità competenti di quello Stato, fermo il limite della permanenza degli stessi beni nel territorio dello Stato in cui si trovino (art. 8). Trascorsi due mesi dalla pubblicazione dell'estratto dell'atto di nomina e sempre che in questo lasso di tempo non siano state presentate istanze di fallimento a carico del soggetto fallito all'estero (art. 11), il curatore esercita pienamente i poteri di amministrazione e di gestione dei beni del fallito, compresa la loro esportazione all'estero (art. 10). Durante tale periodo di due mesi solo i creditori privilegiati possono avviare o proseguire le procedure esecutive individuali. Se durante questo periodo, o successivamente, sono presentate istanze di fallimento o di apertura di una procedura preventiva contro il debitore nello Stato membro in cui i beni sono situati, i poteri del curatore sono sospesi sino alla decisione che rigetta tali richieste. Se tali istanze non siano respinte, va applicata la disciplina dei fallimenti secondari ai sensi dell'art. 11.

Il curatore è autorizzato a proporre istanza di fallimento nel rispetto delle condizioni di apertura della procedura previste dalla legge nazionale dello Stato. In ogni caso il curatore non potrebbe pregiudicare diritti o garanzie reali di terzi, né può compiere atti contrari all'ordine pubblico dello Stato in cui agisce (art. 14).

Trascorso il periodo di due mesi sopra menzionato, i creditori non possono più intraprendere azioni individuali, e solo il curatore ha il potere di compiere o di far compiere gli atti di amministrazione e di gestione menzionati all'art. 10 comma 1 della convenzione.

Se la procedura cui il curatore è vincolato nell'esercizio diretto dei propri poteri è esattamente individuata nella convenzione, per l'esercizio dei poteri di amministrazione, gestione e disposizione, non sia necessaria alcuna procedura di riconoscimento né di alcun *exequatur*, con la possibile insorgenza di problemi qualora vi fosse stata contestazione dei poteri stessi del curatore. A livello normativo l'art. 12

della convenzione soccorre in tal senso, laddove dispone che in tale caso incomberà sul curatore dimostrare che i poteri gli spettano in forza della convenzione (art. 12 par. 1), ed ugualmente con riferimento alla portata dei suoi poteri (art. 12 par. 2) ⁽¹⁵⁾.

Il cap. III disciplina le procedure alternative c.d. “secondarie” che il curatore può chiedere aprirsi in uno o più Stati, diversi da quello del fallimento principale, prevedendone l’apertura per il solo fatto che un debitore sia già stato dichiarato fallito in un altro Stato contraente, indipendentemente dalla sussistenza o meno di una situazione d’insolvenza del debitore, purché la decisione sia stata presa a norma dell’art. 3 della convenzione e non sia stato iniziato altro procedimento (art. 16). Unico elemento condizionante la competenza internazionale, che nello Stato in cui viene chiesta l’apertura di un fallimento secondario sia presente uno stabilimento del debitore o ivi siano collocati beni (art. 17). Legittimati a chiedere l’apertura di una procedura secondaria sono, su presentazione della decisione riguardante il fallimento principale, il curatore della procedura principale e ogni altro soggetto abilitato a richiedere l’apertura di un fallimento secondo la legge dello Stato contraente in cui il fallimento secondario è richiesto (art. 18). Quanto alla legge applicabile ai fallimenti secondari, essa è quella del luogo di apertura (art. 19).

Il testo prosegue individuando alcune norme relative al coordinamento tra procedura principale e secondaria e alla collaborazione tra i rispettivi curatori. Individua inoltre le categorie di crediti suscettibili di essere soddisfatti direttamente sull’attivo del fallimento secondario.

Nello stato passivo del fallimento secondario possono insinuarsi tutti i crediti; di tali insinuazioni è data comunicazione, in copia, al curatore o all’autorità competente della procedura principale. Tale comunicazione vale come insinuazione (art. 20).

I creditori privilegiati o assistiti da garanzia reale, quelli di diritto pubblico, quelli collegati alla gestione di un’impresa del debitore o risultanti da un rapporto di lavoro nello Stato contraente in cui è stato aperto il fallimento secondario, dopo la loro insinuazione, sono soddisfatti dal risultato della liquidazione e dalla ripartizione del ricavato della vendita dei beni locali (art. 21). Dopo il pagamento dei creditori previsto

¹⁵⁾ DANIELE, *La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento. Prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1994, p. 502 ss.

all'art. 21, l'eccedenza dell'attivo è aggiunto all'attivo del fallimento principale. Il curatore del fallimento secondario prende senza ritardo le misure amministrative necessarie a questo fine (art. 22).

Sull'eccedenza di cui sopra vige un principio di uguaglianza dei creditori per cui i creditori del fallimento principale vi si soddisfano senza tenere conto né dei privilegi, né di preclusioni (art. 24). I crediti sorti prima dell'apertura del fallimento secondario, ma dopo l'inizio di quello principale, sono soddisfatti soltanto sull'eccedenza trasferita in quest'ultimo (art. 23). Il fallimento secondario non può chiudersi se non dopo che il curatore del fallimento principale abbia espresso parere a riguardo, in un termine ragionevole (art. 26). Non si tratta di un parere di carattere vincolante.

Quanto al cap. IV, questo contempla un dovere di informazione dei creditori con l'obiettivo di agevolare la partecipazione al concorso di creditori residenti in Stati contraenti diversi da quello del fallimento. In tal senso, ai sensi dell'art. 30, questi debbono essere avvisati immediatamente e individualmente dal curatore dell'apertura del procedimento, mediante invio di una nota contenente in particolare le scadenze da rispettare per la presentazione della domanda di ammissione al passivo, le misure da prendere e l'indicazione della necessità o meno per i creditori privilegiati di provvedere all'insinuazione. A fronte di questo i creditori sono tenuti a insinuarsi per iscritto, con domanda indirizzata al curatore, corredato da copia dei documenti giustificativi, e indicante la natura del credito, la data in cui è sorto, il carattere privilegiato o meno dello stesso e eventualmente i beni sui quali tale privilegio opera (art. 31). L'art. 32 disciplina il regime linguistico della nota inviata dal curatore e delle domande di ammissione al passivo.

1.3 Problematiche rilevanti

Effettuata una panoramica della struttura della convenzione mi soffermo, brevemente, sui principali aspetti evidenziati dalla dottrina.

1.3.1. La convenzione e le regole di esercizio dei poteri del curatore all'estero

Come poco sopra evidenziato, i poteri del curatore nominato nello Stato contraente del fallimento possono essere esercitati in un altro Stato contraente a prescindere, secondo l'impianto della convenzione, da alcuna procedura di riconoscimento e/o di *exequatur*. Si è ritenuto che una simile scelta sia stata dettata dall'intento di evitare tempi lunghi e permettere al curatore un'azione rapida.

La dottrina soffermatasi su questo aspetto ⁽¹⁶⁾ si è chiesta se, allora, si dovesse ritenere presente un riconoscimento automatico dei poteri affidati al curatore con la sentenza di fallimento pronunciata nel Paese di apertura, inizialmente trovando una conferma nel fatto che la stessa convenzione subordinava l'esercizio dei poteri da parte del curatore alla sussistenza delle condizioni normalmente richieste in materia di riconoscimento di giudicati stranieri ⁽¹⁷⁾. Questi presupposti sono necessari sia nell'ipotesi di esercizio diretto dei poteri da parte del curatore (cap. II), sia nell'ipotesi di apertura da parte del curatore dello Stato del fallimento, di una procedura "secondaria" (cap. III) la cui sussistenza, nell'impostazione della convenzione, non veniva accertata giudizialmente in via preventiva ma veniva eventualmente dimostrata dal curatore stesso, in caso di contestazione, ai sensi dell'art. 12 par. 1 ⁽¹⁸⁾.

La tesi del riconoscimento automatico non aveva, inizialmente, convinto, innanzitutto per l'assenza, nel testo della convenzione del Consiglio d'Europa, di un'espressa previsione in tal senso, in secondo luogo per una certa debolezza a livello sistematico. Se di riconoscimento automatico della sentenza di fallimento proveniente dallo Stato d'origine si parla, si argomentava, da essa dovrebbe derivare l'insorgere, nello Stato di esecuzione, di tutti o almeno della gran parte degli effetti processuali e sostanziali che in quello Stato avrebbe prodotto un'analogha sentenza, emanata da giudici locali.

¹⁶⁾ DANIELE, *Il Fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1987, p. 269.

¹⁷⁾ E' la stessa convenzione a richiedere quali condizioni per il legittimo esercizio dei poteri del curatore all'estero: la competenza internazionale del giudice che ha emesso la sentenza di fallimento; l'efficacia della sentenza nell'ordinamento d'origine; la non contrarietà all'ordine pubblico dello Stato di esecuzione della sentenza di fallimento.

¹⁸⁾ Quanto all'ipotesi di esercizio in via indiretta dei poteri del curatore ai sensi del cap. III della convenzione vedi DANIELE, *La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento. Prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1994, p. 504, che osserva come sebbene nessun controllo sia istituito dalla convenzione, ritiene il controllo verrà effettuato d'ufficio dall'autorità chiamata dichiarare il fallimento, considerazione questa che pare confermata dal tenore del testo dell'art. 9 della convenzione.

Così però non era: la convenzione faceva infatti derivare dall'apertura del fallimento in uno Stato effetti autonomamente determinati, notevolmente diversi, per natura e contenuto, da quelli previsti dalla legge dello Stato dell'esecuzione e dalla legge dello Stato del fallimento.

Si trattava, secondo tale teoria, di effetti che il testo della convenzione faceva sorgere autonomamente in un determinato Stato contraente, in conseguenza dell'apertura di un fallimento in un altro Stato contraente, non considerabili quali effetti della sentenza di fallimento riconosciuta in un altro Stato membro ma scaturenti dalla sentenza stessa, considerata quale condizione per la produzione dei medesimi effetti.

1.3.2. Il regime convenzionale per i beni del fallito situati in un Paese diverso da quello del fallimento.

Altro aspetto analizzato dalla dottrina, in quanto carente e contraddittorio, era stato quello degli effetti del fallimento su beni situati al di fuori dello Stato ove è stato pronunciato il fallimento. A livello convenzionale, la pronuncia di fallimento non produceva alcun effetto su tali beni. Diversamente da quanto disposto dalle singole legislazioni nazionali in tema di fallimento, infatti, non era prevista alcuna perdita del possesso dei beni da parte del debitore fallito e tantomeno un trasferimento dei medesimi poteri nelle mani del curatore. E' stato sostenuto che il risultato di apprensione dei beni sotto la sfera del proprio controllo potesse essere raggiunto dal curatore mediante il ricorso all'art. 8 in materia di misure conservative a tutela dei beni del debitore, potere da esercitarsi secondo la legge dello Stato di esecuzione. Dipendeva dunque dalla previsione della legge nazionale la possibilità per il curatore di ottenere un provvedimento unico per esercitare i propri poteri su tutti i beni del fallito o se invece era necessario per questo l'ottenimento di tanti provvedimenti quanti erano i beni assoggettati a concorso.

L'adozione di simili provvedimenti richiedeva sempre, inoltre, l'iniziativa del curatore in quanto, secondo tale dottrina ⁽¹⁹⁾, era escluso che questi potessero derivare automaticamente dalla legge o essere decisi d'ufficio o, almeno, su istanza di altri soggetti interessati, quale poteva essere un creditore già insinuatosi nel fallimento straniero: i poteri previsti dal curatore avrebbero dunque potuto cadere del tutto nel vuoto nel caso di inerzia del curatore stesso o qualora quest'ultimo, senza sua colpa, avesse ignorato la presenza di beni del fallito all'estero. La convenzione taceva altresì con riferimento ai beni del debitore fallito situati all'estero e, ancora, mancava la previsione di un obbligo di collaborazione con il curatore del debitore fallito al fine di permettere un più agevole recupero dei beni del fallito situati all'estero.

La convenzione, inoltre, nulla diceva riguardo al potere di disposizione dei propri beni da parte del fallito dopo il fallimento. Non essendovi coincidenza tra l'attribuzione al curatore dei poteri di gestione ed amministrazione dei beni del fallito e sottrazione allo stesso dei medesimi poteri in capo al fallito, dunque, era alto il rischio di atti di disposizione configgenti ⁽²⁰⁾.

¹⁹⁾ DANIELE, *La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento. Prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1994, p. 506.

²⁰⁾ Ipotesi questa corroborata dalla previsione dell'art. 14 par. 2 secondo cui diritti reali e garanzie reali acquisiti da terzi per atti di disposizione del fallito prevarranno sul fallimento (il curatore può agire: "au détriment des sûretés réelles ou des droits réels des personnes autres que le débiteur et établis ou reconnus par la loi de cette Partie"). E' stato osservato come, dal tenore della convenzione, l'unico strumento in mano al curatore per evitare che il debitore disponga impunemente dei beni fosse il ricorso all'art. 8 (il curatore può, sin dalla nomina, prendere o far prendere, conformemente alla legge nazionale dello Stato nel quale agisce, tutte le misure necessarie a proteggere o preservare il valore dei beni del debitore, compreso il ricorso all'assistenza delle autorità competenti di quello Stato, fermo il limite della permanenza degli stessi beni nel territorio dello Stato in cui si trovino).

In alternativa, l'apertura di una procedura secondaria ai sensi del cap. III. A tale procedura si applicava la legge dello Stato di apertura, dunque anche le norme sullo spossessamento e la perdita del potere di disposizione sui beni.

1.3.3. Le azioni esecutive individuali nella convenzione

Nella convenzione mancava una norma che sancisse un divieto generalizzato di azioni esecutive individuali, sebbene una regola che poneva delle limitazioni fosse rinvenibile nell'art. 11 par. 2 e 3.

Il par. 2 prevedeva che, nei due mesi dalla pubblicazione della nomina del curatore, solo alcuni creditori ⁽²¹⁾ potessero intraprendere azioni individuali. La portata della disposizione era attenuata dalla possibilità dei creditori di ottenere un prolungamento del termine di due mesi individuato al par. 1 mediante la proposizione di istanza di fallimento locale ⁽²²⁾.

Il par. 3 disponeva invece che, trascorsi i due mesi, non fossero più possibili azioni individuali, e ciò è stato ritenuto riferibile a tutti i creditori, genericamente intesi.

Per il periodo precedente la nomina, non sussistevano divieti di azioni esecutive individuali ⁽²³⁾.

1.3.4. L'apertura delle procedure secondarie: il cap. III della convenzione

Il capitolo III della convenzione ha costituito la vera novità in materia di procedure concorsuali ⁽²⁴⁾. Aspetti rilevanti erano, oltre alla presenza di una norma di competenza diretta (art. 17), la previsione di diritto uniforme riguardo ai presupposti per l'apertura

²¹⁾ Si tratta dei creditori che a) in caso di fallimento aperto nello Stato dell'esecuzione, avrebbero goduto di un privilegio; b) siano titolari di crediti di diritto pubblico; c) siano titolari di crediti legati all'attività di uno stabilimento del fallito nello Stato di esecuzione; d) siano titolari di crediti derivanti da un impiego in questo stesso Stato.

²²⁾ DORDI, *La convenzione europea sulle procedure d'insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, p. 334.

²³⁾ Si veda in questo senso, *Aspects internationaux de la faillite – Rapport explicatif de la Convention d'Istanbul (5 juin 1990)*, in *Conseil de l'Europe, Traités et rapports*, Strasbourg, 1991, p. 18, par. 62 per cui in materia di esecuzioni individuali va richiamato anche l'art. 14 par. 2. Questa norma nel vietare al curatore di compiere atti pregiudizievoli “des duretés réelles ou des droits réels des personnes autres que le débiteur établis et reconnus par la loi” dello Stato di esecuzione, potrebbe essere interpretata nel senso che sia vietata anche l'opposizione del curatore ad un'esecuzione individuale iniziata dal titolare di un diritto o garanzia reale. Se così fosse, i titolari di diritti o garanzie reali potrebbero sottrarsi del tutto all'esecuzione collettiva e godrebbero dunque di una posizione ancora più favorevole di quella riservata ai creditori menzionati nell'art. 11 par. 2.

²⁴⁾ Vedi LUPONE, *Verso una disciplina bilaterale delle procedure concorsuali*, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padova, 1989, p. 566 ss.; FLESSNER, *Il diritto fallimentare internazionale in Europa*, in *Dir. fallimentare*, 1991, I, p. 684 ss.

del fallimento derivato (art. 16). Di ancor maggiore interesse era il regime di collaborazione tra fallimento principale e secondario.

Era riconosciuto al curatore del fallimento principale un potere di inserimento nel fallimento secondario, dovendo egli essere consultato prima della chiusura di questo (art. 26). Era poi posto a carico di entrambi i curatori il dovere di scambiarsi ogni informazione utile. Ciò ha fatto concludere nel senso di un'organizzazione gerarchica dei rapporti, escludendo che tali organi fossero posti su una posizione di parità⁽²⁵⁾.

Quanto al rapporto tra gli stati passivi dei due fallimenti, erano previsti due regimi distinti. Rispetto ai crediti insinuati al passivo del fallimento principale, l'art. 20 par. 1 disponeva che *“toute créance peut être produite à la faillite secondaire”*. Era dunque prevista la facoltà, rimessa all'iniziativa dei creditori, di insinuazione nel fallimento secondario.

I crediti insinuati al passivo del fallimento secondario, ai sensi dell'art. 20 par. 2, dovevano essere comunicati in copia al curatore o altra autorità competente del fallimento principale e tale comunicazione *“vaut production valable à la faillite principale”*.

Sulla diversità di trattamento tra le due insinuazioni si è argomentato che, come risulta dall'art. 21, solo alcuni specifici crediti avessero diritto di essere soddisfatti direttamente nell'ambito del fallimento secondario⁽²⁶⁾ mentre tutti gli altri crediti dovessero essere soddisfatti attraverso la liquidazione dell'attivo del fallimento principale, cui doveva sommarsi, in forza dell'art. 22, il residuo dell'attivo del fallimento secondario. Per tale motivo è stata sostenuta la superfluità di un'insinuazione generalizzata nel fallimento secondario dei crediti già insinuati nel fallimento principale.

In riferimento alla distribuzione degli stati attivi era prevista una disciplina dettagliata dell'attivo del fallimento secondario. L'art. 21 disponeva che tale attivo fosse destinato

²⁵)DANIELE, *La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento. Prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1994, p. 508.

²⁶) Si tratta di: a) i crediti fruanti di un privilegio o di una garanzia reale; b) i crediti di diritto pubblico; c) i crediti derivanti dall'attività di uno stabilimento del debitore nello Stato del fallimento secondario e, ancora, d) i crediti risultanti da un impiego in questo stesso Stato.

alla soddisfazione prioritaria dei crediti ivi menzionati con una chiara espressione di preferenza per determinati creditori locali da parte della convenzione. Solo due norme disciplinavano la distribuzione dell'attivo del fallimento principale e riguardavano l'eventuale residuo attivo del fallimento secondario trasferito al fallimento principale in base all'art. 22. Ai sensi dell'art. 23, su tale residuo avevano diritto di essere soddisfatti anche i creditori sorti nell'intervallo tra la dichiarazione del fallimento principale e quella del fallimento secondario. L'art. 24 prevedeva che la distribuzione del residuo dovesse rispettare la regola della par condicio fra tutti i creditori partecipanti, restando quindi irrilevanti i privilegi e i diritti di prelazione derivanti dalla legge dello Stato del fallimento principale. Entrambe le disposizioni normative erano dirette a proteggere i creditori del fallimento secondario rispetto a quelli del fallimento principale. Per il resto la distribuzione dell'attivo di tale procedura avveniva in base alla legge locale che stabiliva anche eventuali privilegi e prelazioni ⁽²⁷⁾.

Lo sbilanciamento degli interventi convenzionali in materia di distribuzione dell'attivo nel senso di assicurare una protezione minima ai creditori del fallimento secondario è stato identificato come il prezzo da pagare per ottenere l'assenso degli Stati a che un fallimento aperto nel proprio territorio nazionale fosse considerato secondario rispetto ad un'analogha procedura straniera ⁽²⁸⁾.

1.4. Gli sviluppi successivi e la convenzione comunitaria sulle procedure d'insolvenza del 1995

La (allora) Comunità europea, che negli anni '80 aveva svolto, senza successo, la propria attività in parallelo ed in concorrenza con quella svolta dal Consiglio d'Europa,

²⁷⁾ Ed è possibile che nel fallimento principale vengano considerati come chirografari crediti della stessa natura di quelli che, invece, hanno priorità nella distribuzione dell'attivo del fallimento secondario ai sensi dell'art. 21. L'assenza di una norma analoga per il fallimento principale ha determinato una situazione di potenziale discriminazione a vantaggio dei creditori del fallimento secondario.

²⁸⁾ *Favor* neutralizzato o quanto meno contenuto dalla regola di equità contenuta nell'art. 5 secondo cui il creditore beneficiario di un pagamento parziale nel fallimento aperto in una Parte contraente, non potrà ottenere un ulteriore pagamento nel fallimento aperto a carico del medesimo debitore in un'altra Parte contraente prima che gli altri creditori ammessi a quest'ultimo fallimento abbiano ricevuto un pagamento almeno equivalente.

riprese il proprio lavoro di armonizzazione dopo la firma della convenzione di Istanbul nel 1991, con un nuovo sguardo d'insieme.

Il quinquennio intercorso vede, nel 1992, l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht e l'impegno degli Stati membri verso la realizzazione di una fase d'integrazione. Obiettivi fondamentali, infatti, sono l'avvio dell'Unione economica e monetaria, con l'introduzione della moneta unica, lo sviluppo della politica estera e di sicurezza comune, lo sviluppo della cooperazione in tema di polizia e giustizia (i c.d. "tre pilastri"): il momento pareva maturo per dotare di una disciplina comunitaria anche un tema "orfano" di norme comuni come il fallimento transazionale ⁽²⁹⁾.

In questo nuovo clima la convenzione sulle procedure d'insolvenza, approvata dai Ministri di Giustizia e degli Interni dei 15 paesi membri il 25 novembre 1995, recepiva le linee guida della convenzione di Istanbul eliminando definitivamente ogni riferimento all'unitarietà ed universalità. Essa andava a colmare un vuoto ormai risalente al 1968, quando la convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale aveva espressamente escluso dal proprio campo di applicazione, all'art. 1, "i fallimenti, i concordati e le procedure assimilabili", creando un *vulnus* normativo di difficile soluzione.

Inevitabile la scelta dello strumento convenzionale: da una parte, per essere la materia rientrante nella competenza degli Stati membri: dall'altra per la difficoltà di armonizzare ed anche solo avvicinare le discipline degli Stati membri a causa della diversità delle norme nazionali rispetto a un tema centripeto come quello delle procedure concorsuali. ⁽³⁰⁾.

²⁹⁾ Alcuni autori hanno sollevato perplessità, anche con riferimento alla convenzione dell'Unione Europea, rispetto all'effettiva volontà politica di approntare uno strumento internazionale atto a risolvere le complesse questioni connesse ad un fallimento transnazionale. Si veda in tale senso DORDI, *La convenzione europea sulle procedure d'insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, p. 334, nota 3.

³⁰⁾ La stessa relazione introduttiva di Lemontey sul progetto di convenzione CEE, in *Boll. C.E.*, supp. 2/82, p. 45 evidenzia tale diversità tra normative. Vedi anche IDOT, *Perspectives Communautaires du droit des "Faillites"*, in *Gaz. pal.*, 1991, 283, il quale mette in luce come la diversità tra le normative dei paesi comunitari in materia fallimentare sia da intendersi sia a livello di diritto interno sia con riferimento al diritto internazionale privato. Quanto al primo profilo è evidenziabile una divergenza tra gli obiettivi perseguiti dalle procedure concorsuali dei singoli Paesi: alcune legislazioni, ad esempio, sono concentrate sulla tutela degli interessi dei creditori e mirano principalmente alla liquidazione del patrimonio del fallito (ad es. la legislazione del Belgio e dell'Italia). Altre perseguono l'obiettivo del salvataggio dell'impresa,

La convenzione dell'Unione europea relativa alle procedure d'insolvenza seguiva le orme (e la struttura) della convenzione del Consiglio d'Europa su alcuni aspetti internazionali del fallimento cui si sostituiva come espressamente previsto all'art. 48 della convenzione dell'Unione Europea⁽³¹⁾.

Simile alla convenzione di Istanbul era la struttura formale: disposizioni generali (cap. I); riconoscimento e definizione dei poteri del curatore (cap. II); regolamentazione delle procedure secondarie o particolari (cap. III); informazioni dei creditori e insinuazione dei loro crediti (cap. IV). Anch'essa si fondava sul concetto di "universalità limitata".

Competente ad aprire una procedura concorsuale è il giudice dello Stato contraente nel cui territorio è situato il "centro degli interessi principali" del debitore.

La procedura principale è in grado di manifestare nei confronti di tutti gli altri Stati contraenti gli effetti previsti dalla *lex concursus*, con alcune limitazioni.

Gli effetti tendenzialmente universali della procedura "principale" possono essere limitati dalla possibilità, offerta dalla convenzione di aprire una o più procedure di liquidazione in altri Stati contraenti, con effetti limitati ai beni che si trovano in tale territorio, una procedura "secondaria". La limitazione alla natura liquidativa di tali procedure secondarie comporta che il curatore di tali procedure potesse apprendere all'attivo fallimentare solo i beni dislocati nel territorio dello Stato ove tale procedura ha luogo.

Quanto al rapporto tra procedura principale e secondarie, queste ultime sono subordinate alla prima mediante una serie di strumenti⁽³²⁾ che mirano ad eliminare i

come ad esempio la legislazione francese. Un'analisi comparatistica delle diverse caratteristiche delle procedure concorsuali nei differenti paesi comunitari è reperibile in RIVES-LANGES, *Approche comparative del legislations européennes en matière de procédures collectives*, in *Revue Banque*, 1989, p. 78.

³¹⁾ I lavori in sede comunitaria erano finalizzati ad obiettivi di più ampia portata rispetto a quelli del Consiglio d'Europa. Mentre, come visto, nelle intenzioni della convenzione di Istanbul vi era il fine di ottenere un minimo di "cooperazione giuridica tra gli Stati membri", principalmente su aspetti pratici, relativi al fallimento trans comunitario, gli obiettivi perseguiti in sede comunitaria erano molto più ambiziosi. Si cercava l'introduzione di un accordo che "riguardasse la disciplina internazionalistica e processualistica del diritto fallimentare nel suo insieme, senza distinguere tra aspetti processuali e sostanziali dell'istituto". Le differenze tra le due convenzioni, dunque, non si sostanziano solo nell'organo emanante ma soprattutto nel fatto che la convenzione comunitaria a differenza di quella conclusa in sede di Consiglio d'Europa, prevede l'uniformazione sia delle regole di competenza giurisdizionale sia di alcune questioni di diritto internazionale privato. Vedi sul punto LUPONE, *Insolvenza transnazionale. Procedure concorsuali nello Stato e beni all'estero*, Padova, 1995, p. 86 ss.

³²⁾ Ad esempio, il potere del curatore del fallimento principale di sospendere la continuazione o l'obbligo del trasferimento all'attivo della procedura principale dell'eventuale surplus verificatosi dopo la

conflitti di giurisdizione e di legge applicabile fra le procedure aperte in diversi paesi nei confronti del medesimo soggetto così garantire il principio fondamentale della *par condicio creditorum*.

Compare qui una norma (non presente nella convenzione di Istanbul) a regia del riconoscimento della decisione inerente la procedura d'insolvenza. Il curatore del fallimento principale può, infatti, agire in tutti gli altri Stati contraenti ed esercitare i poteri previsti dalla *lex concursus* sulla base dell'automatico riconoscimento della decisione stessa, riconosciuta in tutti gli Stati contraenti non appena produce effetti nel Paese di apertura. La legge applicabile è quella dello Stato in cui è aperta la procedura con riferimento agli aspetti tanto sostanziali che processuali.

Anche la convenzione di Bruxelles del 1995 sulle procedure d'insolvenza, elaborata sotto l'egida della Comunità europea, fallì, per il fatto di non aver ottenuto l'adesione di tutti gli Stati membri ⁽³³⁾. Dei dodici Stati membri solo undici provvidero alla firma mentre il Regno Unito rifiutò ⁽³⁴⁾. Decorso il termine per la firma questa non entrò in vigore, essendo vincolata all'adesione di tutti gli Stati membri ⁽³⁵⁾.

Il contenuto di tale strumento è stato pressochè ricalcato dal regolamento n. 1346/2000. Le disposizioni della convenzione erano accompagnate da una relazione illustrativa, preparata e negoziata dagli Stati membri. Un documento fondamentale, delle cui indicazioni mi servirò diffusamente nell'analisi della norma regolamentare, preparato dal prof. Virgos Soriano, dell'Università autonoma di Madrid, e dal magistrato

soddisfazione dei creditori insinuati in tutte le procedure aperte nei confronti del debitore insolvente (art. 32 par. 1) e che quanto ottenuto in una procedura da un creditore sarà computato ai fini della determinazione del dividendo fallimentare percepito nelle altre procedure. Su questo aspetto, DORDI, *La convenzione dell'Unione Europea sulle procedure d'insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1995, p. 333 ss. L'a. osserva come l'entità della limitazione degli effetti della procedura principale è in funzione dei rapporti di forza tra fallimento principale e fallimento secondario: al crescere dell'importanza degli effetti della procedura secondaria ci si allontana da un ipotetico sistema ispirato alla universalità e ci si avvicina ad una situazione che evidenzia molte delle caratteristiche che, solitamente, si ricollegano alla teoria della territorialità delle procedure concorsuali. In tal senso parla di "territorialità universale per sottolineare la differente estensione spaziale degli effetti rispetto al concetto di "universalità limitata".

³³⁾ La convenzione di Bruxelles del 1995 è stata sottoscritta lo stesso giorno dell'apertura alla firma, il 22 novembre 1995, da Belgio, Danimarca, Germania, Grecia, Spagna, Francia, Italia, Lussemburgo, Austria, Portogallo, Finlandia e Svezia.

³⁴⁾ Sulle ragioni di tale opposizione, ROSSI L.S., *Le convenzioni tra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2000, p. 53 ss.; ZAMPERETTI-NODARI, *Verso l'armonizzazione comunitaria del diritto fallimentare: lo stato dell'arte*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 609.

³⁵⁾ Ai sensi dell'art. 49, comma 3 della convenzione e dell'art. 220 Trattato CEE.

lussemburghese Etienne Schmit, che avevano contribuito anche alla redazione della convenzione.

1.5. Differenze tra la convenzione della Comunità Europea e la convenzione del Consiglio d'Europa

Le due convenzioni differiscono per numerosi elementi.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione, mentre, come visto, la convenzione del Consiglio d'Europa era limitata alle procedure concorsuali di carattere liquidatorio, la convenzione dell'Unione Europea si sarebbe dovuta applicare a tutte le procedure concorsuali, comprese quelle finalizzate al risanamento ed al recupero delle imprese. Va considerato che il lasso di tempo più che trentennale intercorso dai primi tentativi di impostazione del fenomeno (il primo progetto di "convenzione relativa al fallimento al concordato e alle procedure affini" risaliva, in forma di avamprogetto, al 1970) comportava un mutamento nell'intera visione globale del diritto concorsuale, non più incentrato in modo univoco sulla procedura fallimentare (la cui efficienza in termini economici e sociali era stata esponenzialmente erosa) ma, piuttosto, orientato verso l'utilizzo delle diverse forme di risanamento dell'impresa. E' interessante notare come non ci si riferisse più, com'era stato per la convenzione di Istanbul, ad "alcuni aspetti internazionali del fallimento" quanto, più genericamente, ad una convenzione relativa alle "procedure d'insolvenza" ⁽³⁶⁾ applicabile tutte le volte che la localizzazione dei

³⁶⁾ DORDI, *La convenzione dell'Unione Europea sulle procedure d'insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1995, p. 333 ss.; GUZZI, *La convenzione comunitaria sulle procedure d'insolvenza: prime osservazioni*, in *Dir. comm. int.*, 1997, p. 901 ss.; LUPONE, *La convenzione comunitaria sulle procedure d'insolvenza e la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1999, p. 429; ROSSI L.S., *Le convenzioni tra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2000, p. 51. Il testo della convenzione è pubblicato in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, pp. 661 ss.; Esso è sostanzialmente identico a quello del regolamento, salve le modifiche dovute al cambio di strumento normativo: BALZ, *The European Convention on Insolvency Proceedings*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 1996, p. 485 ss.; FLETCHER, *The European Union Convention on Insolvency Proceedings: an overview and comment, with U.S. interest in mind*, in *Brooklyn journal of international law*, 1997, p. 25 ss.; GANSHOF, *L'élaboration d'un droit européen de la faillite dans le cadre de la CEE*, in *Cahiers de droit européen*, 1991, p. 146 ss.; GUZZI S., *La convenzione comunitaria sulle procedure*

beni e/o dei creditori presentasse aspetti ultra nazionali. La convenzione dell'Unione Europea non era applicabile alle banche e alle imprese assicurative, già escluse dalla convenzione del Consiglio d'Europa. Non era applicabile inoltre (art. 1 par. 2) alle “imprese di investimento che forniscono servizi che implicano la detenzione di fondi o di valori mobiliari di terzi, né agli organismi di investimento collettivo.”

Quanto alla competenza giurisdizionale, mentre la convenzione del Consiglio d'Europa prevedeva regole di “*compétence internationale indirecte*” la convenzione del 1995 stabiliva regole di giurisdizione internazionale diretta, idonee a subentrare, nel momento in cui si verificassero le condizioni di applicazione della convenzione, alle stesse norme nazionali.

Ancora, l'art. 4 della convenzione dell'Unione Europea disponeva norme miranti a determinare l'estensione degli effetti attribuiti alla dichiarazione di fallimento dalla *lex fori concursus* e vere e proprie norme uniformi di diritto internazionale privato, destinate a regolamentare gli eventuali conflitti di legge connessi a particolari fattispecie rilevanti per la procedura concorsuale (ad es. diritti reali dei terzi, compensazione, riserva di proprietà). Norme assenti nel testo del Consiglio d'Europa.

Novità di importanza sostanziale, soprattutto se si considera a posteriori il ruolo che quest'organo ha avuto e continua ad avere nell'interpretazione del testo regolamentare successivo alla norma in commento, era l'attribuzione della competenza ad interpretare la convenzione alla Corte di Giustizia delle Comunità europee (cfr. cap. V) ⁽³⁷⁾ (e la

d'insolvenza: prime osservazioni, in *Dir. comm. int.*, 1997, p. 901 ss.; IDOT L., *La faillite dans la Communauté: enfin une Convention internationale?*, in *Droit et Pratique du Commerce International*, 1995, pp. 34 ss.; HABSHEID, *Verso un diritto fallimentare europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 1105 ss.; KAYSERN, *A study of the European Convention on Insolvency Proceedings*, in *Annales du Droit Luxembourgeois*, 2007, p. 237 ss.; POILLOT-PERUZZETTO S., *Le créance et la «faillite européenne»: commentaire de la Convention des Communautés européennes relative aux procédures d'insolvabilité*, in *Journal du Droit International*, 1997, p. 757 ss.; SCHOLLMEYER E., *The new European Convention on International Insolvency*, in *Bankruptcy Developments Journal*, 1996-1997, p. 421 ss.; VIRGOS M., *The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an insider's view*, The Hague, 1998.

³⁷⁾ Il capitolo V affida alla Corte europea di giustizia il compito di statuire sull'interpretazione della convenzione, compresi gli allegati. La Corte di giustizia non può essere interpellata dalle corti di prima istanza dei singoli Stati contraenti; il diritto di richiedere una pronuncia pregiudiziale è ristretto alle Corti supreme dei singoli Stati. Inoltre, la corte richiedente deve concludere che “una pronuncia sulla questione preliminare è necessaria ai fini del giudizio”. Poiché l'art. 44 usa il termine “può”, è sempre discrezionale per una corte nazionale la decisione di rivolgersi preliminarmente alla Corte di Giustizia. Inoltre, l'art. 45 della convenzione permette “l'autorità competente di uno Stato membro” a rivolgersi alla Corte di Giustizia per una pronuncia preliminare sulle norme della convenzione. L'intento di tale previsione è quello di spingere verso un approccio interpretativo uniforme pro futuro, al fine di evitare che le corti

determinazione, agli artt. 16-26, degli effetti derivanti dal riconoscimento della sentenza di apertura del fallimento c.d. principale) (³⁸).

1.6. Evoluzione successiva e regolamento CE n. 1346/2000

La disciplina comunitaria dell'insolvenza ottenne nuova spinta con la firma del Trattato di Amsterdam, il 2 ottobre 1997, entrato in vigore nell'anno 1999. La convenzione del 1995 sulle procedure d'insolvenza, infatti, trovava la propria fonte comunitaria nell' art. 220 del Trattato CEE, oggi non più attuale. Per quanto riguarda la cooperazione giudiziaria in materia civile, essa, a seguito degli interventi di revisione dei Trattati e della rinumerazione attuata dapprima dal Trattato di Amsterdam – ratificato ed eseguito dal nostro Paese con l. 16 giugno 1998, n. 209 (³⁹) – e poi dal Trattato di Nizza del 2001, è disciplinata nel Trattato CE al titolo IV (oggi confluito, a seguito del Trattato di Lisbona, nel Titolo V). Ai nostri fini interessa, in particolare, l'art. 65 Trattato CE. (⁴⁰) E' infatti grazie a tale norma che è venuta a crearsi una base legale specifica per

nazionali diano interpretazioni inconciliabili o contraddittorie senza rivolgersi preliminarmente alla Corte di giustizia. Vedi sul punto FLETCHER, *Bankruptcy in the global village: the european union convention on insolvency proceedings: an overview and comment, with U.S. interest in mind*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 1997, p. 9.

³⁸) La diversa impostazione della convenzione dell'Unione Europea è da imputare secondo RICHARD, *A entreprise européenne faillite européenne?*, in *Les petites affiches*, 1995, n. 42, p. 11, alla diversa struttura organizzativa delle due istituzioni che hanno promosso le due convenzioni.

³⁹) In Gazz. uff., serie generale, 6 luglio 1998, n. 155, suppl. ord. n. 114/L.

⁴⁰) Le misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere 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;
- 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.

unificare le normative degli Stati membri con “l’eliminazione degli ostacoli al buon funzionamento delle procedure civili in uno spazio giuridico europeo”⁽⁴¹⁾.

Il fine comune della cooperazione giudiziaria in materia civile coinvolgerà tutti gli organi della Comunità europea. Il Consiglio europeo si fa promotore di iniziative in più direzioni: l’impegno per un migliore accesso alla giustizia in Europa, da assicurare con una campagna di informazione sulla cooperazione giudiziaria nell’Unione e sui sistemi giuridici degli Stati membri affidata a una rete di autorità nazionali, ma anche tramite l’elaborazione di norme minime per assicurare un livello adeguato di assistenza giudiziaria nelle cause transnazionali. Viene dato rilievo all’esigenza di norme procedurali comuni per semplificare e accelerare ⁽⁴²⁾.

Nell’intento di raggiungere una maggiore armonia sul piano della cooperazione nel settore del diritto civile e in particolar modo sul piano processuale, il Consiglio ha invitato la Commissione alla predisposizione di atti normativi su alcuni aspetti processuali delle cause transnazionali, quali le misure preliminari, la raccolta delle prove, gli ordini di pagamento.

Fondamentale l’orientamento metodologico della Commissione nel porre in atto tali attività: essa ha abbandonato lo strumento convenzionale a favore del regolamento quale atto comunitario tipico ai sensi dell’art. 249 Trattato CE, di portata generale, obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati

⁴¹⁾ Sull’evoluzione degli strumenti normativi, VELLANI, *L’approccio giurisdizionale all’insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006 p. 15, che ricorda il Piano d’azione di Vienna del dicembre 1998 sull’attuazione delle disposizioni del Trattato di Amsterdam sull’area di libertà, sicurezza e giustizia che, sostanzialmente parafrasando l’art. 65 Trattato CE, si pone l’obiettivo “di rendere più semplice la vita dei cittadini europei migliorando e semplificando le norme e le procedure relative alla cooperazione e comunicazione tra autorità e alle decisioni di esecuzione, promuovendo la compatibilità tra le norme di conflitto e le norme sulla competenza giurisdizionale. Nonché eliminando gli ostacoli al buon funzionamento delle procedure civili in uno spazio giudiziario europeo”. Il Piano d’azione di Vienna, per attuare questo obiettivo, indica un calendario di azioni ben definito, che riceve sostanziale conferma dalle conclusioni del vertice di Tampere del dicembre 1999, Gli impegni programmatici scaturiti da questi due vertici, e questo è l’aspetto da sottolineare, dilatano le prospettive del settore rispetto al disposto dell’art. 65 Trattato CE, anzi si prescinde dall’elenco delle misure contenuto in tale norma, elenco comunque non esaustivo; BARIATTI, *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell’Unione europea al Titolo IV del Trattato CE*, in *Dir. U.E.*, 2001, p. 288.

⁴²⁾ Su questa linea si collocano gli interventi riguardanti la composizione delle controversie transazionali di piccola entità in materia commerciale e con riguardo ai consumatori, le cause sulle prestazioni alimentari, la soddisfazione dei crediti non contestati. Viene asserita la necessità di dare effettività al principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie, in materia civile e penale.

membri. Uno strumento in grado di garantire omogeneità e certezza al diritto con l'ausilio interpretativo fondamentale della Corte di Giustizia (⁴³).

Prova della forte volontà, a livello comunitario, di raggiungere un grado soddisfacente di cooperazione giudiziaria in materia civile, sono i regolamenti emanati nel corso degli anni e di contenuto processualcivilistico.

Sopra ogni altro il regolamento (CE) n. 44 del 2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in vigore tra tutti gli Stati membri a partire dal 1 marzo 2002, fatta eccezione per la Danimarca.

1.7. La UNCITRAL model law on cross-border insolvency

UNCITRAL è l'acronimo anglofono che identifica la Commissione delle Nazioni Unite per il diritto del commercio internazionale: si tratta di un'emanazione delle Nazioni Unite, costituita nel 1966, che si prefigge lo scopo di un'azione uniformatrice mondiale del diritto commerciale.

La Commissione delle Nazioni Unite per il diritto del commercio internazionale ha il merito di aver ideato ed approvato, nel 1997 una legge modello (⁴⁴), anch'esso basato sul principio dell'universalità limitata. Tale modello, indirizzandosi alla generalità degli Stati, ha di fronte ordinamenti giuridici assai diversi, per cui non mira a realizzare l'unificazione delle leggi sulle procedure d'insolvenza, ma a promuoverne l'avvicinamento, per conseguire una più agevole cooperazione tra le autorità degli ordinamenti che si trovino coinvolti in un fallimento transnazionale. La *Guide to enactment*, unita alla model law, la definisce “*a vehicle for the harmonization of laws*”. Caratteristica della model law è necessariamente la *flexibility*, nel senso che il singolo Stato che intende adottarla può apportare al testo *standard* tutte le modifiche necessarie

⁴³) BARIATTI, *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al Titolo IV del Trattato CE*, in *Dir. U.E.*, 2001, p. 289 ss.

⁴⁴) United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral) – UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, in *Dir. Comm. Int.*, 1998, p. 646 ss.

per renderlo compatibile con il proprio sistema normativo, pur se *la Guide to enactment* contiene la raccomandazione che gli Stati facciano meno cambiamenti possibili nell'incorporarla nei loro ordinamenti, per ottenere un sufficiente grado di armonizzazione nella disciplina del fallimento transfrontaliero.

L'impostazione di base, dunque, è coincidente con quella del regolamento n. 1346/2000 e delle convenzioni che l'hanno preceduto senza successo. L'intenzione della Commissione è quella di creare una base comune di riferimento per gli Stati che si trovano a predisporre le loro legislazioni in relazione al fenomeno dell'insolvenza transnazionale ⁽⁴⁵⁾.

Lo scopo di tali linee guida è quello di aiutare gli Stati nella predisposizione dei loro strumenti legislativi, con la finalità di creare una base comune. L'intenzione diretta, considerata la diversità delle leggi sulle procedure d'insolvenza degli Stati, è quella di promuovere l'avvicinamento allo scopo pratico di consentire una più semplice cooperazione tra le autorità degli ordinamenti che si trovino coinvolti in un fallimento transnazionale. Uno strumento che, per forza di cose, deve permettere una certa elasticità, nel senso che ogni Stato possa apportare modifiche al testo per renderlo compatibile con il proprio sistema legislativo interno.

La *Model Law* è costituita da due primi capitoli dedicati a principi e definizioni generali. Anche qui, all'art. 1, sono escluse dal campo di applicazione le assicurazioni e gli enti creditizi che sono soggette a particolari regimi d'insolvenza. ⁽⁴⁶⁾

Il secondo capitolo si occupa degli organi delle procedure ed i creditori e prevede che sia consentito l'accesso diretto ai tribunali locali, senza necessità di formalità particolari, agli organi della procedura estera (art. 9). Prevede inoltre che i creditori stranieri abbiano gli stessi diritti di quelli nazionali. Sia per quanto riguarda la richiesta di apertura di una procedura, sia per quanto riguarda la partecipazione alla stessa (art.

⁴⁵⁾ Vedi il sito ufficiale. <http://www.uncitral.org>. Testi fondamentali UNCITRAL sono, oltre alla Model Law del 1997, una serie di guide per gli Stati. Legislative Guide on Insolvency Law, 2004; UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation (the "Practice Guide"), 2009; UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency [pre-release], 2010; UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective, 2011.

⁴⁶⁾ GALLETTI, *L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario*, in *Banca, borsa tit. credito*, 2006, I, p. 546 ss.

13). I creditori stranieri, anche qualora non abbiano un recapito nello Stato, dovranno ricevere tutte le comunicazioni ed informazioni relative alla procedura (art. 14).

Seguono ulteriori tre capitoli relativi al riconoscimento delle decisioni straniere in materia fallimentare, alla cooperazione transfrontaliera di autorità ed organi ed al coordinamento delle procedure nazionali ed estere.

L'impostazione è molto simile a quella della regolamentazione comunitaria dell'insolvenza. Necessità primaria è la disciplina delle questioni processuali: vi sono però alcune notevoli differenze che spesso rendono difficile il dialogo tra Stati membri dell'Unione Europea e Stati stranieri quando si tratti di coordinare, appunto, la pendenza di procedure transnazionali. Mi riferisco, in particolare, al fatto che, diversamente dall'impostazione del regolamento comunitario, dove è previsto il riconoscimento automatico delle decisioni relative all'insolvenza, nell'impostazione dell'UNCITRAL le dichiarazioni straniere d'insolvenza entrano in un altro Stato a seguito di un procedimento di verifica, attivato dal curatore straniero e che vede il giudice interno verificare una serie di requisiti (art. 15 *Model Law*).

Inoltre, non vi sono nella *Model Law* quei vincoli particolarmente stretti previsti nel regolamento comunitario in riferimento al rapporto tra procedura principale e secondaria d'insolvenza. Se le definizioni dei due tipi di procedura (principale e secondaria) sono compatibili con quelle del regolamento n. 1346/2000 e che vedremo più diffusamente in seguito ⁽⁴⁷⁾, non è invece presente una subordinazione della procedura secondaria locale alla procedura principale straniera, prevedendo invece che i rapporti tra tali procedure siano valutati dal giudice interno soprattutto sulla base della compatibilità degli effetti (art. 29).

La *Model law*, peraltro, non provvede a disciplinare la giurisdizione, diversamente da quanto accade nel regolamento comunitario. Il fine della *Model Law*, infatti, è quello di regolamentare il riconoscimento delle procedure d'insolvenza estere, elemento centrale per l'applicazione delle norme sulla cooperazione e sul coordinamento delle procedura. Ai sensi dell'art. 20 il riconoscimento della procedura estera comporta la sospensione

⁴⁷⁾ L'art. 2 della *Model law* definisce come principale, aperta nel centro di interessi principali del debitore, e secondaria, aperta dove si trova una dipendenza dell'impresa del debitore.

delle azioni esecutive individuali nei confronti dei beni e dei diritti del debitore, nonché il divieto per lo stesso di disporre dei propri beni.

Non è esclusa l'apertura di una procedura secondaria locale, anche successivamente al riconoscimento della procedura straniera: in tal caso è possibile una revisione delle misure cautelari o sospensive già in essere. Gli artt. 25, 26 e 27 stabiliscono un obbligo di collaborazione e di informazione reciproca tra i curatori e i tribunali dei diversi Paesi coinvolti nel fallimento transfrontaliero.

Quanto ai rapporti tra i creditori, il creditore che abbia già recuperato parte del proprio credito in una procedura, può partecipare ai riparti di un'altra procedura soltanto quando i creditori dello stesso grado e della stessa categoria abbiano ottenuto analoga soddisfazione in tale altra procedura (art. 32) (*c.d. hotchpot rule*)⁽⁴⁸⁾.

⁴⁸⁾ L'interesse per l'armonizzazione in campo concorsuale ha coinvolto non soltanto l'Unione Europea e l'UNCITRAL ma molti altri organismi quali, a titolo di esempio, INSOL (International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals), sito istituzionale regolamento.insol.org; Strumenti di carattere pragmatico, propri della common law, sono il Cross Boarder Insolvency Concordat approvato dall'Insolvency and Creditors'Rights Committee of the International Bar Association il 31 maggio 1996 su cui vedi, VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006, p. 66 ss., laddove sono contemplate tre distinte possibilità in cui può articolarsi la disciplina del fallimento internazionale: l'apertura di un'unica procedura che assommi tutte le competenze; l'apertura di una procedura principale e di una o più procedure secondarie; l'apertura di più procedure, nessuna delle quali assume carattere di procedura principale. Altro strumento volto al coordinamento delle normative interne dei singoli Stati, ristretto al North American Free Trade Agreement (accordo del 1994 tra Stati Uniti, Canada e Messico) stipulato a fini di superamento delle barriere commerciali, è il Transnational Insolvency Project. Principles of cooperation in Transnational Insolvency Cases Among the Members of the North American Free Trade Agreement.

CAPITOLO 2

IL REGOLAMENTO (CE) N. 1346/2000 RELATIVO ALLE PROCEDURE D'INSOLVENZA ⁽¹⁾: CONCETTI ED ELEMENTI FONDAMENTALI.

Premessa

Il regolamento (Ce) n. 1346/2000 rappresenta un fondamentale punto d'arrivo nel campo della cooperazione giudiziaria in materia civile e una fondamentale tappa del

⁽¹⁾ Sul regolamento la letteratura è molto ampia. Tra gli scritti sul tema si ricordano, *inter alia*: DE CESARI, MONTELLA, *Le procedure d'insolvenza nella nuova disciplina comunitaria, Commentario articolo per articolo del regolamento CE 1346/2000*, Milano, 2004; VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006; LUPOI M. A., in *Commentario breve alla legge fallimentare a cura di Maffei Alberti*, Padova, 2009; LEANDRO, *Il ruolo della lex concursus nel regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, Bari, 2008; VANZETTI M., *L'insolvenza transnazionale, storia del problema*, Milano, 2006; BARIATTI, *L'applicazione del regolamento CE n. 1346/2000 nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 673; VINCRE, *Il regolamento CE sulle procedure d'insolvenza e il diritto italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 213; FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 677; CAPONI, *Il regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 220; DANIELE, *Il regolamento 1346/2000 relativo alle procedure d'insolvenza: spunti critici*, in *Dir fall.*, 2004, I, p. 593 ss.; PROTO, *Il regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza e il sistema italiano nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Il fallimento*, 2009 1 p. 7; SANTINI, *Quaestio jurisdictionis nel regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure d'insolvenza*, www.judicium.it; BONFANTI, *Le procedure concorsuali internazionali tra il regolamento 1346/2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*, in *Dir. comm. int.*, 2003, 407, p. ss; VITALONE, *Il regolamento n. 1346/2000 del consiglio delle comunità europee relativo alle procedure d'insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, I, p. 213 ss; LASCARO, *Brevi considerazioni sul regolamento CE n. 1346/2000 in tema d'insolvenza transfrontaliera*, in *Dir. fall.*, 2004, II, p. 1324 ss; PANNEN, *European insolvency proceedings, De Gruyter Commentaries on European Law, De Gruyter Recht*, Berlin, 2007; FLETCHER-MOSS-ISAAC, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A commentary and annotated guide*, London, 2009; ISRAEL, *European Cross-Border Insolvency Regulation, Antwerpen-Oxford*, 2005; VIRGÒS-GARCIMARTÌN, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice, The Hague*, 2004; WESSELS-MARKELL-KILBORN, *International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters*, Oxford, 2009; AA.VV., *Cross Border Insolvency, Intellectual Property Litigation, Arbitration and Ordre Public*, a cura di Sturmer-Kawano, Tubingen, 2011; RINGE, *Forum shopping under the Eu Insolvency Regulation*, in *Legal Research Paper Series*, 2008, n. 33; WAUTELET, *Some consideration on the Center of Main Interests as jurisdictional test under the European Insolvency Regulation*, in G. Affaki (ed.), *Faillite internationale et conflit de juridiction: regards croisés transatlantiques: US-EU experience*, Bruxelles, 2007, p. 73 ss.; EIDENMULLER, *Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law*, reperibile sul sito <http://ssrn.com/abstract=1353932>; WESSELS, *Revision of the Eu Insolvency Regulation: What type of facelift?*, reperibile su sito <http://regolamento.eir-reform.eu/uploads/papers/PAPER%205-1.pdf>; WALTERS-SMITH, *"Bankruptcy Tourism" under the Ec Regulation on Insolvency proceedings: A view from England and Wales*, reperibile sul sito <http://ssrn.com/abstract=1630890>;

piano di armonizzazione del diritto processuale in ambito europeo, entrambi obiettivi individuati dal Titolo IV del Trattato di Amsterdam con gli artt. 61-69.

Il Titolo IV del Trattato Ce si occupa della realizzazione progressiva, nello spazio europeo, di un'area di "libertà, sicurezza e giustizia" ed è sulla base degli artt. 61 e 67 del Trattato Ce che il legislatore comunitario ha costruito la disciplina dell'insolvenza comunitaria. Anticipo come, l'inserimento del regolamento sull'insolvenza nell'ambito delle iniziative volte ad assicurare lo sviluppo di tale area, oltre a rappresentare, in generale, un notevole traguardo nell'ottica di una disciplina uniforme del fenomeno dell'insolvenza, deve essere tenuto in considerazione nell'analisi globale del testo normativo, poiché ne influenza gli effetti legali e parimenti il significato e l'interpretazione stessa (²).

Il regolamento n. 1346/2000 riproduce, sostanzialmente, il testo della convenzione di Bruxelles del 23 novembre 1995, mai entrata in vigore, e colma il vuoto nello spazio giuridico europeo creatosi con l'esclusione della materia dell'insolvenza dal campo di applicazione della convenzione di Bruxelles del 1968 (regolamento (Ce) n. 44 del 2001) sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

"I fallimenti, i concordati e la procedure affini", dispone infatti l'art. 1 par. 2 lett. b) della convenzione di Bruxelles del 1968, con formulazione ripresa nel regolamento 44/2001, sono esclusi dalla sfera di applicazione di quello che è considerato il primo e

²Vedi FLETCHER-MOSS-ISAAC, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A commentary and annotated guide*, London, 2009, p. 18 il quale argomenta, ad esempio, come il Trattato Ce sia innanzitutto la base legale sulla base della quale la Comunità Europea (oggi Unione Europea) ha adottato il regolamento, senza il quale la disciplina dell'insolvenza comunitaria non sarebbe valida, considerato che la Comunità non ha alcuna competenza generale a legiferare ma unicamente competenze particolari attribuite dal Trattato. Inoltre, osserva l'Autore come le norme del Trattato influenzano il significato e l'interpretazione del regolamento in più di un senso: innanzitutto forniscono la struttura tendenziale per mezzo della quale interpretare il regolamento che, appunto deve essere interpretato secondo le proprie finalità. Finalità che, in parte, sono da individuarsi proprio con riferimento a quelle proprie della Comunità e consacrate nel Trattato. In secondo luogo, nel prescrivere il procedimento legislativo di adozione del regolamento da parte degli Stati, l'art. 67 non soltanto individua le procedure che devono essere osservate per assicurare la valida adozione delle medesime da parte della Comunità, ma definisce anche le misure preparatorie che le precedono con tutta l'importanza che tali lavori preparatori possono avere quale aiuto interpretativo. Terzo, il Titolo IV del Trattato, come rinumerato dal Trattato di Lisbona recentemente entrato in vigore, e in particolare l'art. 68 individua il ruolo affidato alla Corte di Giustizia nell'interpretazione delle misure adottate nell'ambito delle norme del Titolo stesso che include il regolamento sull'insolvenza.

più importante intervento comunitario finalizzato a realizzare le prerogative espresse tal Titolo IV del Trattato CE come riordinato e modificato con il Trattato di Amsterdam, vincolante dal 1 maggio 1999.

Dopo oltre trent'anni di tentativi, rimasti lettera morta, di disciplina della materia dell'insolvenza comunitaria, la scelta della Commissione di non servirsi più dello strumento convenzionale, utilizzato per i precedenti progetti, ma di quello regolamentare ⁽³⁾, di portata generale, obbligatorio e direttamente applicabile in tutti gli Stati membri, è chiaro indice delle intenzioni del legislatore comunitario: assicurare, in una materia così difficoltosamente giunta ad una disciplina globale, il grado massimo di omogeneità e certezza del diritto.

Dato ancor più rilevante, la scelta del regolamento, quale norma di diritto comunitario derivato, comporta la diretta possibilità di interpretazione della Corte di Giustizia, che deve essere orientata ad un'applicazione quanto più possibile uniforme e generalizzata dei principi ivi sanciti. Pur comprendendo diversi Stati, infatti, l'Unione non è altro che un unico ordinamento giuridico ⁽⁴⁾.

Il regolamento sull'insolvenza deve rispettare e rispecchiare la posizione che occupa nella gerarchia delle fonti comunitarie ed essere interpretato secondo i principi generali riconosciuti dalla Corte di Giustizia ⁽⁵⁾.

Unico Stato membro a non aver adottato il regolamento n. 1346/2000 è la Danimarca, che di conseguenza non è vincolata da esso, né è soggetta alla sua applicazione ⁽⁶⁾.

Per gli Stati membri aderenti, invece, la previsione di una disciplina comune si sostituisce alla condizione preesistente, dove l'intera gestione del fenomeno era agganciata a Convenzioni bilaterali o plurilaterali in materia fallimentare, elencate oggi

³⁾ Ai sensi dell'art. 249 Trattato CE: "Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri.

⁴⁾ FLETCHER-MOSS-ISAAC, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A commentary and annotated guide*, London, 2009, p. 26.

⁵⁾ TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law*, Oxford, 2007. Si tratta dei seguenti principi: principio di parità di trattamento e di non discriminazione; rispetto dei diritti fondamentali, principio di certezza del diritto; principio di proporzionalità (citato espressamente, peraltro, nel considerando n. 6 del regolamento n. 1346/2000).

⁶⁾ A norma degli articoli 1 e 2 del protocollo sulla posizione della Danimarca allegato al trattato sull'Unione europea ed al trattato che istituisce la Comunità europea.

all'art. 44 del regolamento stesso e da quest'ultimo sostituite pro-futuro "per le materie che ne sono oggetto".

Mi propongo in questo capitolo di analizzare sinteticamente i tratti essenziali della disciplina comunitaria del fenomeno dell'insolvenza e di offrire un panorama delle principali pronunce della Corte di Giustizia in materia, per concentrare l'attenzione, nei capitoli successivi, sull'impostazione dei profili problematici rispetto al tema della giurisdizione.

2.1. Due osservazioni preliminari

Prima di addentrarmi in tale analisi, mi soffermerò su due aspetti preliminari di interesse.

Il primo, riguarda la dimensione unificante che la Corte di Giustizia ha avuto e continua ad avere in relazione alle tendenze spesso centrifughe dei singoli Stati membri in materia d'insolvenza, nonché del ruolo dell'organo comunitario nell'interpretazione dei vuoti normativi presenti nel testo regolamentare; il secondo riguarda gli sforzi attuati dagli Stati membri al fine di corredarsi di una disciplina di coordinamento, attività questa rispetto alla quale l'Italia è rimasta del tutto inerte.

2.1.1 Il ruolo della Corte di Giustizia nell'interpretazione del regolamento (CE) n. 1346/2000.

Alla Corte di giustizia, com'è noto, sono demandate questioni circa la validità del regolamento sull'insolvenza o l'interpretazione delle previsioni ivi contenute ⁽⁷⁾ e le

⁷⁾ Allo stato attuale risultano numerose decisioni. Quali riferimenti generali, Corte di Giustizia, 17 gennaio 2006, procedimento C- 1/04, *Susanne Staubitz vs Schreiber* in www.curia.europa.eu; Corte di giustizia, 2 maggio 2006, procedimento C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, in www.curia.europa.eu.; Corte di Giustizia, procedimento C-111/08, *SCT Industri AB I likvidation/Alpenblume AB*, in <http://eur-lex.europa.eu>; Corte di Giustizia, 12 febbraio 2009, procedimento C-339/07, *Seagon vs Deko Marty*, in www.curia.europa.eu; Corte di Giustizia, 21 gennaio 2010, procedimento C- 444/07, *MG Probud Gdynia sp. z.o.o.*, in www.curia.europa.eu.; Sentenza 10 settembre 2009, C-292/08, *German Graphics Graphische Maschinen GmbH vs A. van der Schee, acting as liquidator of Holland Binding BV*, reperibile sul sito

decisioni da essa provenienti sono vincolanti unicamente per la corte nazionale che abbia rinviato alla Corte.

Il ruolo che la Corte di Giustizia è chiamata a giocare nell'interpretazione del regolamento o nella determinazione della validità delle disposizioni ivi contenute è, dunque, qualcosa di diverso rispetto al ruolo ad essa attribuito in relazione ad altre norme di diritto europeo derivato.

Per dare contenuto a quest'osservazione, occorre richiamare brevemente il *background* storico del Titolo IV del Trattato Ce, più sopra ricordato, sotto la cui disciplina è stato adottato il regolamento sull'insolvenza (oggi confluito nel Titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea). Come si anticipava, si tratta della realizzazione progressiva, nello spazio europeo, di un'area di "libertà, sicurezza e giustizia", da realizzare in termini di cooperazione giudiziaria in materia civile tra stati, introdotta formalmente, a livello comunitario, nel 1992, dal Trattato di Maastricht.

Nonostante l'incorporazione di quest'area nell'ambito dell'Unione Europea, la cooperazione in materia di libertà, sicurezza e giustizia, si sviluppò prevalentemente a livello di singoli Stati membri, rimanendo, invece, senza uno stretto controllo da parte degli organi comunitari. Ad esempio ⁽⁸⁾, nell'impostazione originaria, la Corte di giustizia europea non era in grado di controllare le misure adottate dal Consiglio, ed era solo in grado di interpretare le disposizioni convenzionali, e le regole sulla loro attuazione, se tale potere era previsto, a riguardo non essendovi alcuno spazio automatico d'azione per questa. Fondamentale cambiamento fu il Trattato di Amsterdam, che incardinò definitivamente la cooperazione nel settore della libertà, sicurezza e giustizia all'Unione Europea.

www.eur-lex.europa.eu; Sentenza della Corte di Giustizia (Prima Sezione), 19 aprile 2012, C-213/10, *F-Tex SIA vs Lietuvos-Anglijos UAB "jadecloud-Vilma"*, reperibile sul sito www.curia.eu; Sentenza Causa C-494/10, Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Landgericht Essen (Germania) il 15 ottobre 2010 - Dr. Biner Bähr / Hamburg-Bramfeld B.V. 1, reperibile sul sito www.curia.eu; Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 10 settembre 2009, causa C-97/08, *Akzo Nobel NV e altri vs Commissione delle Comunità europee*, reperibile sul sito www.curia.eu; Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 17 marzo 2005, *Commissione delle Comunità europee contro AMI Semiconductor Belgium BVBA e altri*, reperibile sul sito www.curia.eu;

⁸⁾ FLETCHER-MOSS-ISAAC, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A commentary and annotated guide*, London, 2009, p. 35 ss.

La Corte di Giustizia, dal Trattato di Amsterdam in poi, ha come propria funzione, tra le altre, quella di interpretare in via pregiudiziale, gli atti adottati in base al Titolo IV del Trattato CE ⁽⁹⁾, sulla base di quanto espressamente previsto dall'art. 68 del Trattato stesso ⁽¹⁰⁾, sebbene con alcuni limiti.

L'art. 68 del Trattato prevedeva, ad esempio, al comma 2, che “la Corte di giustizia non è comunque competente a pronunciarsi sulle misure o decisioni adottate a norma dell'articolo 62, punto 1, in materia di mantenimento dell'ordine pubblico e di salvaguardia della sicurezza interna.” Ancora, l'art. 68 permetteva di adire la giurisdizione della Corte di Giustizia su una questione concernente l'interpretazione del Titolo IV oppure la validità o l'interpretazione degli atti delle istituzioni della Comunità fondati sul titolo IV in una sola circostanza, ossia quando sia sollevata da giurisdizioni nazionali “avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno”, qualora tali giurisdizioni “reputi[no] necessaria per emanare la sentenza una decisione su tale punto”.

In questo caso, peraltro, la pronuncia pregiudiziale della Corte di Giustizia sulla validità o interpretazione è obbligatoria e le giurisdizioni nazionali sono tenute ad adire all'organo comunitario.

Sino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nel 2009, la Corte di giustizia non era dunque competente ad accettare rinvii da parte di corti diverse da quelle di ultima istanza.

⁹⁾ In Italia, ROSSI L. S., *Le convenzioni tra gli Stati membri dell'Unione Europea*, Milano 2000, p. 236 ss.; BIAVATI-CARPI, *Diritto processuale comunitario*, II ed., Milano, 2000, p. 427 ss; BARIATTI, *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione Europea al Titolo IV del Trattato CE*, in *Dir. un. eur.*, 2001, p. 274 ss.

¹⁰⁾ L'art. 68 del Trattato CE prevede che: “1. L'articolo 234 si applica al presente titolo nelle seguenti circostanze e alle seguenti condizioni: quando è sollevata, in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, una questione concernente l'interpretazione del presente titolo oppure la validità o l'interpretazione degli atti delle istituzioni della Comunità fondati sul presente titolo, tale giurisdizione, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su tale punto, domanda alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla questione. 2. La Corte di giustizia non è comunque competente a pronunciarsi sulle misure o decisioni adottate a norma dell'articolo 62, punto 1 in materia di mantenimento dell'ordine pubblico e di salvaguardia della sicurezza interna. 3. Il Consiglio, la Commissione o uno Stato membro possono chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione del presente titolo o degli atti delle istituzioni della Comunità fondati sul presente titolo. La decisione pronunciata dalla Corte di giustizia in risposta a siffatta richiesta non si applica alle sentenze degli organi giurisdizionali degli Stati membri passate in giudicato”.

Dal 1° dicembre 2009 il quadro muta ulteriormente, e la Corte può conoscere dei ricorsi in via pregiudiziale presentati da qualsiasi giurisdizione, sia essa di prima, di seconda, di ultima istanza, sulla base dei presupposti fissati dall'art. 267 TFUE (ex art. 234 TCE) e dalla rilevante giurisprudenza della Corte di giustizia. ⁽¹¹⁾.

Secondo la nuova formulazione, la Corte di giustizia dell'Unione europea è oggi competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale, sull'interpretazione dei trattati e sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Cade ogni limitazione con riferimento alla possibilità di accesso alla Corte di Giustizia da parte delle corti nazionali. Quando una questione del genere sopra individuato è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi pregiudiziale una decisione su questo punto (si configura una scelta discrezionale), domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione; quando una questione è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto (si configura un obbligo e non una mera facoltà) a rivolgersi alla Corte.

Ciò significa, a titolo esemplificativo, che le singole parti contendenti nel processo hanno unicamente la possibilità di cercare di convincere una corte nazionale, ora di qualsiasi grado, ad adire la Corte di Giustizia perché si pronunci su una questione riguardante il significato o la validità di una o più previsioni contenute nel regolamento n. 1346/2000, senza che sia più necessario attendere l'esaurimento di tutti i gradi "domestici" di giudizio prima di poter interpellare la giurisdizione comunitaria.

Delle due condizioni previste dal Trattato Ce affinché una corte nazionale potesse adire la Corte di Giustizia per una questione di interpretazione o validità delle disposizioni sul regolamento n. 1346/2000, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è dunque rimasta vincolante solo quella relativa alla "necessità" dell'interpretazione giurisdizionale comunitaria, al fine di permettere alla corte nazionale di pronunciarsi, venendo viceversa meno la necessità che ad adire la Corte di Giustizia fosse un

¹¹⁾ Qualsiasi giurisdizione nazionale che si troverà ad applicare una norma dell'Unione europea o una norma nazionale di attuazione di una norma europea o, ancora, una norma nazionale che comunque si situi nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea, potrà rivolgersi alla Corte di giustizia sollevando un rinvio pregiudiziale.

tribunale di ultima istanza. Sgombrato il campo da tale ultimo presupposto, mi soffermo allora sulla accezione di “necessità” della pronuncia della Corte di giustizia al fine di permettere al giudice interno una decisione, per sottolineare come siano state individuate due circostanze nelle quali gli organi giurisdizionali interni sono sollevati dall’onere di rinviare alla Corte di Giustizia (¹²).

Si tratta innanzitutto dell’ipotesi del c.d. *acte claire*, ovvero la situazione in cui la corretta applicazione della norma europea sia talmente lineare ed intuitiva da non lasciare alcun margine di dubbio rispetto al modo in cui la questione vada risolta. E’ naturale che l’applicazione restrittiva del rinvio pregiudiziale in questi casi venga incontro innanzitutto ad esigenze di uniformità.

Con riferimento al regolamento n. 1346/2000, alcuni aspetti non possono di certo essere considerati quali *acte claire*, poiché, ad esempio, inseriti per la prima volta nel panorama europeo proprio con il regolamento sull’insolvenza (¹³): altri concetti (¹⁴), invero, godono di un *background* di norme relative ad altri ambiti e sviluppatasi in altri contesti, applicabili nel contesto del regolamento sull’insolvenza, senza necessità di ricorrere all’interpretazione della Corte di Giustizia.

Una seconda ipotesi si può verificare laddove la questione sia sostanzialmente coincidente con altra sulla quale la Corte di Giustizia si sia già pronunciata. Si ricorda

¹²) Si tratta dei principi enucleati in Corte di Giustizia 6 ottobre 1982, procedimento 283-81, *Srl CILFIT vs Ministero della Sanità*, in eur-lex.europa.eu, che ha stabilito il principio per cui “una giurisdizione le cui decisioni non sono impugnabili secondo l’ordinamento interno è tenuta, qualora una questione di diritto comunitario si ponga dinanzi ad essa, a d adempiere il suo obbligo di rinvio, salvo che non abbia constatato che la questione non è pertinente, o che la disposizione comunitaria di cui è causa ha già costituito oggetto di interpretazione da parte della corte, ovvero che la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi; la configurabilità di tale eventualità va valutata un funzione delle caratteristiche proprie del diritto comunitario, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze di giurisprudenza all’interno della Comunità.” Naturalmente, l’esistenza di una precedente pronuncia della Corte di Giustizia su uno stesso tema non esclude che la questione possa essere nuovamente riproposta. La Corte di Giustizia, infatti, non è vincolata alla proprie precedenti decisioni. Vedi par. 15 medesima decisione per cui: “Resta comunque inteso che, in tutte queste ipotesi, i giudici nazionali, compresi quelli di cui all’art. 177 comma 3, conservano integralmente la propria libertà di valutare se adire la corte qualora lo ritengano opportuno”.

¹³) FLETCHER-MOSS-ISAAC, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A commentary and annotated guide*, London, 2009 p. 38 che si riferisce, quale esempio problematico nel regolamento n. 1346/2000, al concetto di “centro degli interessi principali”.

¹⁴) *Ibidem*, p. 38 con riferimento al concetto, meno problematico, di “dipendenza” contenuto nell’art. 3 comma 2 del regolamento n. 1346/2000. In realtà, il concetto è stato ulteriormente specificato di recente, con Corte di giustizia Ue sentenza 20 ottobre 2011 – *Fallimento Interedil Srl*, procedimento C-396/09, reperibile sul sito www.curia.eu.

come la Corte di Giustizia non sia vincolata al proprio “precedente”, ma può succedere che una precedente pronuncia della Corte abbia un’autorevolezza tale da privare pacificamente il giudice nazionale dell’obbligo di rinvio pregiudiziale, poiché tale rinvio non avrebbe, nella pratica, nessuno scopo.

La Corte di Giustizia, può, infine, rifiutare di prendere in esame il rinvio pregiudiziale indirizzate in una serie di casi (¹⁵).

Si tratta ad esempio, dell’ipotesi d’irricevibilità dell’ordinanza di rinvio. E’ infatti questo l’atto che circola tra gli Stati membri, le istituzioni comunitarie e le parti; è sulla base di questo che le parti espongono le proprie eventuali osservazioni. Il criterio utilizzato dalla Corte di Giustizia per valutare la completezza dell’ordinanza di rinvio risponde ad un interrogativo: è adeguato se la Corte di Giustizia è messa in grado di offrire una soluzione utile al problema sulla base delle informazioni fornite (¹⁶).

Ancora, la declinatoria della giurisdizione è possibile nell’ipotesi in cui i giudici nazionali abbiano posto una questione del tutto ipotetica (¹⁷).

2.1.1.1. (segue) I criteri di interpretazione del regolamento(CE) n. 1346/2000.

Con queste premesse è possibile concentrarsi sulle modalità di interpretazione del regolamento sull’insolvenza e dei concetti giuridici ivi contenuti, il quale, per la sua

¹⁵) Si tratta di casi individuati a livello giurisprudenziale. Vedi anche Corte di Giustizia 12 marzo 1998, C-319/94, *Jules Dethier Équipement SA v Jules Dassay and Sovam SPRL*, in www.eur-lex.europa.eu

¹⁶) Corte di Giustizia 3 marzo 1994, procedimento C-316/93, *Vaneetveld vs SA Le Foyer*, in www.eur-lex.europa.eu, par. 12 ss., ove la Corte di Giustizia nel valutare se le questioni pregiudiziali debbano essere considerate irricevibili in quanto il giudice a quo ha ommesso di fornire alla Corte precisazioni sullo sfondo di fatto e di diritto di tali questioni, afferma: “La Corte ha affermato che l’esigenza di giungere ad un’interpretazione del diritto comunitario che sia utile per il giudice nazionale impone che quest’ultimo definisca l’ambito di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate o che esso spieghi almeno le ipotesi di fatto su cui tali questioni sono fondate (v. sentenze 16 luglio 1992, causa C-83/91, *Meilicke*, Racc. pag. I-4871; 26 gennaio 1993, cause riunite C-320/90, C-321/90 e C-322/90, *Telemarsicabruzzo e a.*, Racc. pag. I-393; ordinanze 19 marzo 1993, causa C-157/92, *Banchero*, Racc. pag. I-1085; 26 aprile 1993, causa C-386/92, *Monin Automobiles*, Racc. pag. I-2049).”

¹⁷) Corte di Giustizia, 16 luglio 1992, *Meilicke vs ADV/ORGFA Meyer AG*, www.eur-lex.europa.eu, par. 32, 33 che ha rifiutato di prendere in considerazione le questioni pregiudiziali poste dal giudice nazionale tedesco in quanto: “la Corte è chiamata a decidere in merito a un problema di carattere ipotetico, senza disporre degli elementi di fatto e di diritto necessari per risolvere in modo proficuo le questioni che le sono state sottoposte. Ne consegue che la Corte oltrepasserebbe i limiti della sua funzione se decidesse di risolvere le questioni pregiudiziali che le sono state sottoposte.”

origine comunitaria, sposa il principio dell'interpretazione autonoma di diritto comunitario ⁽¹⁸⁾, elaborato dalla Corte di Giustizia ⁽¹⁹⁾.

Secondo la Corte, “dalle esigenze tanto dell'applicazione uniforme del diritto comunitario, quanto del principio d'uguaglianza discende che una disposizione di diritto comunitario la quale non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata deve normalmente dar luogo, nell'intera Comunità, ad un'interpretazione autonoma ed uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e dello scopo perseguito dalla normativa.”

Ciò significa che l'unica regola di interpretazione del regolamento sull'insolvenza è da riferirsi al contesto normativo di tipo comunitario nell'ambito del quale lo stesso è stato concepito e dunque ai principi generali di diritto dell'Unione ⁽²⁰⁾.

Il problema non è di poco conto, se si considerano le tendenze degli Stati membri ad applicare il proprio diritto interno, specialmente in ambito fallimentare, soluzione questa che proprio l'impianto interpretativo sopra individuato vuole evitare.

Proprio per aiutare gli Stati membri a rimanere nei “ranghi” dell'interpretazione comunitaria, peraltro, il regolamento n. 1346/2000 prevede una serie di considerando preliminari che, privi di portata precettiva, hanno spesso aiutato (soprattutto il lavoro

¹⁸⁾ Sulla nozione autonoma di diritto comunitario DE CESARI-MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana, Competenza internazionale e riconoscimento delle decisioni*, in *Il Fall. (Monografie)*, 2009, p. 55 ss., che indica l'evoluzione giurisprudenziale sul punto a partire dalla sentenza della Corte di Giustizia *Ekro*, del 18 gennaio 1984, C-327/82 e le seguenti (in relazione ai concetti giuridici contenuti nella convenzione di Bruxelles del 1968), Corte di Giustizia, 8 novembre 2006, procedimento C-292/95, *Lechouritou e altri c. Repubblica federale di Germania*, in *Foro it.*, 2007, IV, p. 262, in riferimento alla nozione di “materia civile”; Corte di Giustizia, 13 luglio 2006, procedimento C-4/03, *Gesellschaft fuer Antriebstechnik mBH & Co KG vs Lamellen und Kupplungsbaun Beteiligungs KG*, ivi, 2006, IV, p. 493, sull'art. 16, punto 4; Corte di Giustizia, 16 maggio 2006, procedimento C-3/05, *Gaetano Verdoliva vs Van der Hoeven BV e altri*, in *Foro it.*, 2007, IV p. 454, sull'art. 36). Con riferimento al regolamento n. 1346/2000, esempio di riferimento è la sentenza *Eurofood*, nel procedimento C-341/04, sul sito www.eu.curia.europa. Parimenti DE CESARI-MONTELLA, *Il giudice nel regolamento n. 1346/2000: una nuova nozione autonoma di diritto comunitario, nota a Consiglio di Stato 25 gennaio 2007, n. 269*, in *Il fall.*, 2007, p. 263, che schematizza gli indirizzi della giurisprudenza *Eurofood* sul punto.

¹⁹⁾ Come affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Ekro*, del 18 gennaio 1984, C-327/82, punto 11, www.curia.europa.eu, punto n. 11.

²⁰⁾ TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law*, Oxford, 2007, Oxford, 2007. Si tratta del principio di parità di trattamento e di non discriminazione; rispetto dei diritti fondamentali, principio di certezza del diritto; principio di proporzionalità (citato espressamente, peraltro, nel considerando n. 6 del regolamento n. 1346/2000).

della Corte di Giustizia, non a caso) nell'individuare l'intendimento del legislatore comunitario rispetto alle norme contenute nel regolamento. Parimenti utile nella determinazione dei principi di interpretazione applicabili è il *Virgos-Schmit Report*, da intendersi adattato al contesto regolamentare al quale è riferito. Ulteriore strumento di una certa utilità è, inoltre, l'art 2 del regolamento che contiene le principali definizioni dei concetti giuridici adottati (²¹).

2.1.1.2. (segue) Interpretazione della Corte di Giustizia e incidenza sulla giurisdizione dei giudici interni.

Si è già dato conto della funzione della Corte di Giustizia nell'interpretazione degli atti adottati in base al titolo IV del Trattato CE (oggi Titolo V del TFUE), così come si è già evidenziata la recente modifica, a seguito del Trattato di Lisbona, che ha eliminato il limite previsto precedentemente all'art. 68 del Trattato CE, estendendo la legittimazione a sollevare la questione pregiudiziale ad ogni giudice, qualora lo ritenga necessario ai fini della soluzione di una controversia ad esso sottoposta.

Ebbene tale ampliamento della possibilità di rinvio, che si aggiunge alle ipotesi di rinvio obbligatorio da parte dei giudici nazionali, comporta una certa compressione dei

²¹) L'art. 2 contiene una serie di definizioni preliminari quali:

- a) «Procedura d'insolvenza», le procedure concorsuali di cui all'articolo 1, paragrafo 1. L'elenco di tali procedure figura nell'allegato A;
- b) «Curatore», qualsiasi persona o organo la cui funzione è di amministrare o liquidare i beni del debitore o di sorvegliare la gestione dei suoi affari. L'elenco di tali persone e organi figura nell'allegato C;
- c) «Procedura di liquidazione», una procedura d'insolvenza ai sensi della lettera a), che comporta la liquidazione dei beni del debitore, anche se la procedura è chiusa in seguito ad un concordato o ad altra misura che ponga fine all'insolvenza o è chiusa a causa di insufficienza dell'attivo. L'elenco di tali procedure figura nell'allegato B;
- d) «Giudice», l'organo giudiziario o qualsiasi altra competente di uno Stato membro legittimata ad aprire una procedura d'insolvenza o a prendere decisioni nel corso di questa;
- e) «Decisione», in relazione all'apertura di una procedura d'insolvenza o alla nomina di un curatore, la decisione di qualsiasi giudice competente a aprire tale procedura o a nominare un curatore;
- f) «Momento in cui è aperta la procedura d'insolvenza», il momento in cui la decisione di apertura, sia essa definitiva o meno, comincia a produrre effetti;
- g) «Stato membro in cui si trova un bene»,
- h) per i beni materiali, lo Stato membro nel cui territorio si trova il bene,
- i) per i beni e i diritti che il proprietario o titolare deve far iscrivere in un pubblico registro, lo Stato membro sotto la cui autorità si tiene il registro,
- j) per i crediti, lo Stato membro nel cui territorio si trova il centro degli interessi principali del terzo debitore, stabilito all'articolo 3, paragrafo 1;
- k) «Dipendenza», qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore esercita in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni.

poteri giurisdizionali dei giudici nazionali, tenuti, come osservato, “prima a sollevare la questione pregiudiziale e poi a conformarsi al *decisum* della Corte”⁽²²⁾.

Nello specifico settore dell’insolvenza, il ruolo della Corte di Giustizia nell’interpretazione del regolamento è particolarmente connotato. Dal 2002, data di entrata in vigore del suddetto testo, sino ad oggi, l’organo comunitario ha avuto un ruolo sostanziale di “guardiano” rispetto alle tendenze campanilistiche degli Stati membri, particolarmente interessati, nel settore, a mantenere le prerogative proprie del sistema domestico in materia fallimentare. Costante è stata l’applicazione del criterio teleologico ed il riferimento ai principi del diritto europeo sopra individuati.

Questi principi sono stati applicati rigidamente dalla Corte di Giustizia anche nel decidere rispetto a questioni quali la competenza internazionale ad aprire procedure d’insolvenza (*leading case, Eurofood*) o la giurisdizione in materia di azione revocatoria fallimentare (caso *Deko Marty Belgium*) e pare che il medesimo approccio interpretativo si dovrebbe imporre anche a livello interno.

Un simile atteggiamento, *in primis* da parte dei giudici nazionali, avrebbe, infatti, il merito di limitare i potenziali effetti negativi configurabili a seguito della estensione della facoltà di rinvio alla Corte di Giustizia prevista dal Trattato di Lisbona, circoscrivendo i casi di “necessità” di rinvio più sopra esaminate. Un giudice avverso le cui decisioni possa proporsi un ricorso di diritto interno, può, in particolare quando ritiene di aver ricevuto sufficienti chiarimenti dalla giurisprudenza della Corte, decidere esso stesso circa l’esatta interpretazione del diritto dell’Unione e l’applicazione di quest’ultimo alla situazione di fatto che esso constata, limitando le ipotesi di rinvio pregiudiziale ai casi in cui si tratta di una questione di interpretazione nuova che presenta un interesse generale per l’applicazione uniforme del diritto dell’Unione nell’insieme degli Stati membri, o quando la giurisprudenza esistente non sembra potersi applicare ad un contesto di fatto inedito.

Ciò ha l’effetto benefico di evitare un sovraccarico di lavoro per la Corte di Giustizia e l’incardinamento di questioni di diritto comunitario in fattispecie già configurabili come *acte claire*.

²²⁾ DE CESARI-MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana, Competenza internazionale e riconoscimento delle decisioni*, in *Il Fall. (Monografie)*, 2009, p. 58.

Le “novità” del Trattato di Lisbona, peraltro, sono state oggetto, in materia d’insolvenza transfrontaliera, di una recente serie di questioni preliminari nella sentenza della Corte di Giustizia pronunciata nel caso *Interedil* proprio a proposito della possibilità per un giudice nazionale di primo grado di adire la Corte in via pregiudiziale⁽²³⁾. Nel caso di specie, la Corte era stata adita dal Tribunale di Bari. Com’è noto, l’art. 68 del Trattato comunitario è stato modificato con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1 dicembre 2009 che ha fatto venir meno i limiti “soggettivi” posti dall’art. 68 TCE al diritto di adire la Corte in via pregiudiziale.

Vista la data dell’ordinanza di rinvio, in base alla normativa applicabile in quel tempo, il giudice remittente non era legittimato a proporre alcun rinvio pregiudiziale. La Corte, richiamando le conclusioni dell’avvocato generale, ha però confermato la precedente giurisprudenza per cui la legittimazione al rinvio pregiudiziale deve essere valutata in base al contesto normativo esistente al momento della decisione della Corte e non di quello esistente al momento in cui è pervenuta la domanda di pronuncia pregiudiziale ed ha pertanto dichiarato ricevibile la domanda, anche se presentata prima dell’entrata in vigore del nuovo Trattato di Lisbona. Ulteriore questione procedurale affrontata dalla Corte riguardava il rischio di conflitto tra diritto interno e diritto dell’Unione quanto alla determinazione del giudice competente. Secondo l’art. 382 del codice di procedura civile italiano le statuizioni della Corte di Cassazione sulla questione di giurisdizione sono definitive e vincolano il giudice di merito investito della causa. Ci si è chiesto, dunque, cosa accadesse nel caso in cui le valutazioni svolte dal giudice di grado superiore non fossero conformi al diritto dell’Unione, così come interpretato dalla Corte. I giudici di Lussemburgo hanno statuito che i giudici nazionali non possono essere privati del diritto di interrogare la Corte su una questione interpretativa del diritto dell’Unione, rilevante nel contesto della controversia, in modo particolare quando le valutazioni compiute dai giudici di grado superiori non sono conformi al diritto dell’Unione. Le sentenze della Corte di giustizia rese in sede pregiudiziale vincolano il giudice nazionale, per quanto riguarda l’interpretazione e la validità del diritto dell’Unione Europea, e questo vincolo si riflette anche sulle statuizioni relative alla

²³) Corte di giustizia Ue sentenza 20 ottobre 2011 – *Fallimento Interedil Srl*, procedimento C-396/09, reperibile sul sito www.curia.eu.

giurisdizione. Quindi, in forza del principio del primato del diritto dell'Unione e al fine di garantire la piena efficacia di tali norme, i giudici nazionali devono disapplicare di propria iniziativa le disposizioni nazionali contrastanti, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale. Nel caso di specie, il giudice di merito deve disapplicare la norma procedurale nazionale, che lo obbliga ad attenersi alle valutazioni compiute da un giudice di grado superiore, qualora risulti che queste valutazioni non siano conformi al diritto dell'Unione. Viene così affermato dalla Corte di Giustizia il principio per cui "Il diritto comunitario deve sempre prevalere sul diritto processuale interno, in caso di conflitto".

2.1.2 Normative nazionali e applicazione del regolamento sull'insolvenza: il silenzio dell'Italia.

Il secondo aspetto di interesse preliminare, sul quale è interessante soffermare l'attenzione, riguarda le norme di coordinamento nazionali in materia d'insolvenza comunitaria.

Se il regolamento n. 1346/2000, pur con le mancanze di cui è intenzione dare atto nei capitoli seguenti, rappresenta di certo un buon compromesso nel raggiungimento di una disciplina di raccordo tra tutti gli ordinamenti degli Stati membri in materia d'insolvenza, è interessante indagare, da altro punto di vista, se e quali sforzi siano stati posti in essere dai singoli Stati membri, sino ad oggi, per uniformare ed adeguare le proprie regole interne al modificato panorama normativo comunitario.

L'insolvenza è, infatti, caratterizzata da un peculiare substrato normativo, estremamente diversificato tra le discipline interne di ciascuno Stato membro, ed il regolamento sull'insolvenza ci si augurava avesse, tra i propri effetti indiretti, quello di stimolare la modifica e l'aggiornamento degli ordinamenti interni allo scopo di rimanere al passo con gli interessi europei.

Alcuni degli Stati membri si sono sin da subito dotati di norme di coordinamento, modificando l'impianto preesistente, (ad esempio, la Germania e la Spagna), Diversa è stata l'impostazione di altri Stati membri che nell'imminenza dell'entrata in vigore del

regolamento n. 1346/2000 si sono dotati di regole chiare per l'applicazione delle nuove norme comunitarie.

Esemplari sono i casi di Germania e Spagna ⁽²⁴⁾.

La legge tedesca di diritto concorsuale internazionale del 14 marzo 2003 ⁽²⁵⁾ riformula l'art. 102 delle disposizioni preliminari e di attuazione alla legge sulle procedure d'insolvenza mutandone il contenuto ⁽²⁶⁾ e l'intitolazione: non più disciplina del diritto concorsuale internazionale ma "Attuazione del regolamento (CE) n. 1346/2000 sulle procedure d'insolvenza" che si articola in una disciplina generale di cui vado ad evidenziare i tratti fondamentali ⁽²⁷⁾.

Il par. 1 riguarda la competenza territoriale e prevede che, se la competenza giurisdizionale su una procedura d'insolvenza spetti, ai sensi dell'art. 3 par. 1 del regolamento sull'insolvenza, ai giudici tedeschi, senza però che vi sia un giudice tedesco territorialmente competente ai sensi dell'*Insolvenzordnung*, la competenza territoriale spetti al tribunale, nella cui circoscrizione il debitore abbia il centro dei propri interessi principali. Qualora tale giurisdizione sussista ai sensi dell'art. 3 par. 2 del regolamento, la competenza territoriale spetta in via esclusiva al tribunale nella cui circoscrizione si trova la dipendenza del debitore. Ciò posto, per ogni decisione o provvedimento ai sensi del regolamento, la competenza territoriale spetta al tribunale nella cui circoscrizione si trovi un patrimonio del debitore, ed i governi dei *Länder* sono

²⁴⁾ WESSELS, *Germany and Spain Lead Changes Towards International Insolvency Law in Europe*, consultabile nel sito dell'International Insolvency Institute, regolamento.iiiglobal.org, 2003, pp. 1. ss.

²⁵⁾ Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Insolvenzrechts, in vigore dal 20 marzo 2003, in DE CESARI-MONTELLA, *Le procedure d'insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, Milano, 2004, p. 339 ss. La continuità della normativa domestica tedesca rispetto alla successiva impostazione del regolamento n. 1346/2000, del resto, era ben visibile anche nella legislazione previgente. Sul Konkursordnung, LUPONE, *Verso una disciplina bilaterale delle procedure concorsuali*, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padova, 1980, p. 569; sul Insolvenzordnung del 1994 e sulle sue disposizioni preliminari e di attuazione del 5 ottobre 1994, GUGLIELMUCCI, *La legge tedesca sull'insolvenza del 5 ottobre 1994*, Milano 2000, p. 29. L'art. 102 della Einführungsgesetz zur insolvenzordnung disciplina il diritto concorsuale internazionale prevedendo che una procedura concorsuale aperta all'estero comprendeva anche i beni situati in Germania, a meno che, secondo le leggi tedesche, le autorità giudiziarie dello Stato di apertura della procedura fossero incompetenti, oppure il riconoscimento della procedura estera fosse in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento tedesco. Il riconoscimento della procedura estera non escludeva l'apertura in Germania di una procedura concorsuale separata e limitata ai beni ivi situati. L'apertura di questa procedura secondaria non necessitava della prova dell'insolvenza del debitore.

²⁶⁾ VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006, p. 34.

²⁷⁾ Vedi PERDELWITZ, *Key aspects of International Insolvency Law provisions in the 2003 Germany Insolvency Act*, in *Griffin's View on International and Comparative Law*, 2004, p. 23 ss..

autorizzati ad assegnare le decisioni che rientrerebbero nelle circoscrizioni giudiziarie di più tribunali, ad uno di essi, delegando anche le amministrazioni giudiziarie locali. Il par. 2 introduce un obbligo di motivazione della decisione di apertura della procedura d'insolvenza, nel senso che qualora vi sia motivo di ritenere che elementi patrimoniali del debitore si trovino in un altro Stato membro dell'Unione europea, nella decisione di apertura devono essere rappresentati brevemente gli accertamenti di fatto e le valutazioni giuridiche, dalle quali risulta, ai sensi dell'art. 3 del regolamento, la giurisdizione dei tribunali tedeschi. Il par. 3 previene i conflitti di giurisdizione. Se il tribunale di un altro Stato membro dell'Unione europea ha aperto una procedura d'insolvenza principale, finché tale procedura sia pendente non è ammissibile alcuna istanza di apertura di una procedura tedesca che riguardi patrimoni assoggettati alla procedura d'insolvenza estera. L'eventuale procedura tedesca, è ritenuta improcedibile, ed anche il curatore della procedura d'insolvenza estera è legittimato ad opporsi all'apertura di una procedura d'insolvenza in Germania. Se invece l'autorità giudiziaria di uno Stato membro ha rifiutato l'apertura di una procedura principale d'insolvenza, in quanto è stata ravvisata la giurisdizione dei tribunali tedeschi, i tribunali tedeschi non potranno rifiutare a loro volta l'apertura della procedura d'insolvenza con la motivazione che la giurisdizione spetterebbe ai tribunali di quell'altro Stato membro. Il par. 4, si occupa poi dell'estinzione della procedura d'insolvenza tedesca a favore del Tribunale di un altro Stato membro. Se il tribunale tedesco non può proseguire una procedura d'insolvenza già aperta ai sensi dell'art. 3, par. 1 del regolamento, esso, sentito il curatore, il comitato dei creditori ed il debitore, dispone d'ufficio la estinzione della procedura in favore dei tribunali dell'altro Stato membro. Gli effetti della procedura d'insolvenza che si sono già prodotti prima della cessazione e che per loro natura perdurano anche dopo la estinzione rimangono fermi. Oltre ad avere apportato tali norme di attuazione del regolamento comunitario, la legge sopraccitata riordina la disciplina preesistente modificando lo Insolvenzordnung e disponendo che la procedura d'insolvenza si estende a tutti i beni del debitore, anche situati all'estero, e se all'estero è aperta una procedura, questa potrà essere riconosciuta in Germania, con una serie di eccezioni. Le norme tedesche restano applicabili alla tutela dei lavoratori subordinati tedeschi ed ai contratti relativi a beni immobili situati in Germania. I creditori tedeschi

possono chiedere l'apertura di una procedura secondaria, territoriale, in Germania, se qui il debitore vi abbia una filiale o un attivo e limitatamente a tali beni ⁽²⁸⁾. Oltre a tali disposizioni generali l'intervento modificativo si estende alle procedure straniere ed al loro riconoscimento. Il principio cardine è quello per cui l'apertura di una procedura estera d'insolvenza viene riconosciuta dall'ordinamento tedesco, salvo che i tribunali dello Stato in cui viene aperta la procedura d'insolvenza non siano competenti secondo la legge tedesca, oppure che il riconoscimento comporti effetti incompatibili con i principi del diritto tedesco ⁽²⁹⁾. L'*Insolvenzordnung*, come modificato, detta infine una disciplina anche con riferimento alle procedure secondarie c.d. "territoriali" ⁽³⁰⁾, ammissibili nell'ipotesi di presenza di patrimonio attivo del debitore in territorio tedesco. Qualora non sussista la competenza di un tribunale tedesco per l'apertura della procedura d'insolvenza riguardante il patrimonio complessivo del debitore, ma il debitore abbia una dipendenza oppure un patrimonio in Germania, l'art. 354 della norma tedesca permette l'apertura, su richiesta di un creditore, di una procedura d'insolvenza riguardante l'attivo in Germania del debitore, appunto una procedura "territoriale" ⁽³¹⁾.

²⁸⁾ La l. 14 marzo 2003 ha apportato una serie di modifiche all'*Insolvenzordnung* del 1994. L'art. 335 prevede che gli effetti della procedura d'insolvenza su un contratto che riguardi un diritto reale su un bene immobile o un diritto di godimento di un bene immobile sono regolati dalla legge dello Stato in cui il bene si trova. L'art. 337 con riferimento al rapporto di lavoro, prevede che gli effetti della procedura siano disciplinati dalla legge applicabile al rapporto stesso, in base alle disposizioni preliminari del codice civile tedesco. La compensazione, di cui all'art. 339, gode di un particolare regime, in quanto l'apertura della procedura d'insolvenza non pregiudica il diritto del creditore di invocare la compensazione del proprio credito con il credito del debitore, quando la compensazione sia consentita dalla legge applicabile al credito del debitore insolvente all'epoca dell'apertura della procedura d'insolvenza. Anche l'art. 339, in materia di revocatoria, detta norme che possono essere avvicinate a quelle del regolamento. L'articolo prevede che un atto giuridico possa essere impugnato in revocatoria se in base alla legge dello Stato di apertura ricorrono i presupposti dell'azione revocatoria fallimentare: ciò salvo che il convenuto in revocatoria provi che l'atto è soggetto alla legge di un altro Stato, e che tale legge non consente di impugnarlo con alcun mezzo. Il parallelismo con l'art. 13 del regolamento, è evidente. Ancora, l'art. 340 relativo agli effetti della procedura d'insolvenza sui diritti e sulle obbligazioni dei partecipanti ad un mercato organizzato e sulle operazioni in materia di transazioni, l'art. 341 e 342 si occupano dell'esercizio dei diritti dei creditori anche in rapporto a più procedure.

²⁹⁾ Più nel dettaglio, il riconoscimento si estende anche ai provvedimenti conservativi adottati successivamente alla richiesta di apertura della procedura ed alle decisioni relative allo svolgimento ed alla cessazione della procedura riconosciuta.

³⁰⁾ Sekundarverfahren.

³¹⁾ L'apertura di una procedura secondaria, in assenza di una dipendenza del debitore sul territorio tedesco, è però condizionata alla presenza nel creditore richiedente, di un interesse particolare a che venga aperta la procedura secondaria, configurabile per esempio nella previsione che in una procedura estera egli si troverà in una posizione decisamente peggiore rispetto a quella di una procedura sul

In Spagna, molto interessante è la nuova impostazione del diritto internazionale susseguente al regolamento (CE) n. 1346/2000 contenuta nella *Ley Concursal del 9 luglio 2003* ⁽³²⁾.

Prima di tale intervento, il panorama dell'insolvenza internazionale nella disciplina spagnola era privo di riferimenti, circostanza che aveva portato, nella difficoltà di disciplinare i casi d'insolvenza con implicazioni transfrontaliere, a due progetti di riforma. Lo *Anteproyecto de ley concursal* del 1983 e del 1995 che rimasero lettera morta. Ampio, spazio, quasi per recuperare gli anni di silenzio che hanno preceduto l'intervento del 2003, è dato all'insolvenza internazionale, come risulta esplicitamente dalla *Exposición de motivos XI* della l. 22 del 2003, dove si sottolinea l'attenzione che si è voluta dedicare alle ipotesi di procedure concorsuali con elementi di estraneità, sostanziatasi, nei fatti, con l'inserimento nel testo normativo del Titolo IX, rubricato "*De las normas de derecho internacional privado*", e con gli artt. da 10 a 12 su giurisdizione e competenza e l'art. 49. L'esperienza di riforma spagnola, si ispira dichiaratamente al regolamento sull'insolvenza, menzionando l'influenza che su tale norma comunitaria ha avuto la *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency* ⁽³³⁾. Le norme del Titolo IX e quelle, satellite, sopraccitate, non si applicano alle insolvenze interne ma soltanto laddove si riscontrino elementi di internazionalità, esclusi i casi che coinvolgano unicamente l'ambito comunitario. Ciò premesso, le norme di conflitto previste dalla nuova legge possono doversi applicare in concorso con

territorio tedesco. La procedura secondaria è di competenza del tribunale nella cui circoscrizione si trova la dipendenza o, in assenza di una dipendenza, un patrimonio del debitore. L'art. 335 prevede alcuni limiti all'operatività della procedura territoriale che non può portare all'esdebitazione dei debiti residui e qualora preveda un progetto di ripianamento contenente dilazioni, ribassi o altre limitazioni dei diritti dei creditori vada approvato da tutti i creditori coinvolti. A ciò si aggiunga che il riconoscimento di una procedura estera principale d'insolvenza non esclude una procedura secondaria d'insolvenza relativa al patrimonio sul territorio tedesco, anzi ha diritto di richiederne l'apertura anche il curatore estero e la procedura verrà aperta senza che vi sia la necessità di ulteriori accertamenti (art. 356). Norme di coordinamento vengono previste anche per quanto riguarda i rapporti e i doveri di collaborazione tra i curatori delle procedure principale e secondaria. L'art. 358, infine, dispone che se nella ripartizione finale che avviene nella procedura secondaria d'insolvenza è possibile soddisfare pienamente tutti i crediti, il curatore deve consegnare l'eccedenza rimanente al curatore estero della procedura principale d'insolvenza.

³²⁾ BELTRAN, *El derecho concursal español. La Ley Concursal de 9 de julio de 2003*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2003, p. 778 ss.

³³⁾ A sua volta documento ispiratore per molti Stati, in Europa, e non solo alla *UNCITRAL Model Law on Cross-Boarder Insolvency* si riferiscono, infatti, Regno Unito, U.S.A., Giappone, Polonia, Romania, Montenegro, Serbia, Messico, Sud Africa, Isole Vergini Britanniche, Eritrea.

le norme comunitarie quando il fenomeno dell'insolvenza coinvolga contemporaneamente Paesi rientranti nell'alveo comunitario e Paesi terzi.

Le norme sull'insolvenza internazionale comprendono anche le regole sul riconoscimento delle dichiarazioni d'insolvenza pronunciate all'estero (artt. 220-226) che si ispira al principio di reciprocità, necessaria per poter dare effetto in Spagna a decisioni in materia concorsuale provenienti da Paesi terzi (art. 199) ⁽³⁴⁾.

E' anche questa una novità, poiché mancava prima una normativa specifica in materia. Ebbene la nuova legge spagnola individua la regola di competenza giurisdizionale internazionale individuando il foro competente secondo il criterio, speculare a quello individuato nel regolamento n. 1346/2000 all'art. 3, del centro degli interessi principali del debitore. In tal caso si avrà una procedura concorsuale universale aperta in Spagna. Qualora il centro degli interessi principali non si trovi in Spagna e nemmeno in uno Stato membro in cui si applichi il regolamento n. 1346/2000, la competenza è determinata sulla base del criterio del luogo in cui il debitore ha uno stabilimento, con l'apertura di una procedura territoriale (art. 10, comma 1 e 3). Una disposizione è dedicata ai gruppi di società. Se la richiesta di apertura della procedura riguarda più creditori il giudice competente va individuato in quello del luogo dove ha il centro principale dei suoi interessi il debitore con il passivo più elevato, mentre se si tratta di gruppi di società il giudice competente è quello della società dominante (art. 10, comma 4). La giurisdizione del giudice così individuato, è limitata alle azioni fondate direttamente sulla legislazione concorsuale (apertura, svolgimento, chiusura della procedura) o che siano direttamente correlate al procedimento (art. 11).

La regola generale individua dunque la *lex fori* quale legge applicabile alle procedure concorsuali internazionali aperte in Spagna (sia in riferimento all'art. 1346/2000 che all'art. 200) (art. 210) con una serie di eccezioni, anch'esse modellate su quanto previsto dalla legge comunitaria (artt. 201-209).

Se il centro degli interessi principali del debitore è in Spagna, ivi si aprirà una procedura universale, altrimenti è prevista l'apertura di una procedura secondaria. Questa è limitata ai beni del debitore situati in Spagna (art. 10, comma 3) e può essere

³⁴⁾ Condizione necessaria ma non sufficiente poiché devono sussistere anche le condizioni specifiche fissate dalla legge concorsuale.

aperta indipendentemente dal giudizio sull'insolvenza del debitore quando venga riconosciuta l'apertura all'estero di un procedimento concorsuale (art. 211). Titolare a chiedere l'apertura di una procedura territoriale è anche il curatore della procedura straniera (art. 212) ⁽³⁵⁾.

Sono infine previste una serie di norme in materia di coordinamento con altre possibili parallele procedure concorsuali (artt. 227-230). Tale coordinamento insiste su procedure concorsuali straniere riconosciute in Spagna, quindi soggiace al criterio della reciprocità. Il tema esula sia dal regolamento n. 1346/2000, nato sulla base del diverso presupposto dell'integrazione dei procedimenti tra Stati, sia dall'UNCITRAL Model Law on cross-border insolvency.

Tale gruppo di norme fissa le azioni da porre in essere per la cooperazione (art. 227), le regole sull'esercizio dei poteri dei creditori (art. 228), il principio per cui qualora una parte del credito sia stata soddisfatta altrove il creditore non può ottenere un riparto sino a che i creditori dello stesso grado e della stessa categoria non abbiano ottenuto soddisfazione per una percentuale equivalente (art. 229) e che, a condizione di reciprocità, l'eventuale attivo residuo della procedura spagnola venga messo a disposizione della procedura straniera (art. 230).

Ulteriore interessante intervento di modifica delle norme interne al fine di adeguamento alla norma comunitaria è quello rappresentato dall'Olanda ⁽³⁶⁾.

Tale Stato membro si è dimostrato consapevole sin dall'entrata in vigore del regolamento sull'insolvenza della necessità di modificare la propria normativa domestica nel più breve tempo possibile al fine di coordinarla con le nuove disposizioni, vincolanti in ogni loro parte e direttamente applicabili in ogni Stato

³⁵⁾ Vi sono poi una serie di disposizioni in materia di pubblicità e comunicazioni ai creditori, comuni alla procedura principale e territoriale (art. 214-219), che comprendono una regola non prevista dal regolamento n. 1346/2000 che partendo dal presupposto che i pagamenti verso un debitore sottoposto a procedura concorsuale in Spagna devono essere effettuati in Spagna, ritiene liberato chi effettua il pagamento solo se ignorava l'avvenuta apertura di una procedura in Spagna (art. 216). In linea con le disposizioni del regolamento, invece, l'art. 218, sulla restituzione (ed imputazione) delle somme ricevute all'estero da un creditore, a sua totale o parziale soddisfazione, dopo l'apertura della procedura in Spagna.

³⁶⁾ WESSELS, *The European Union Insolvency Regulation: It's First Year In Dutch Court Cases*, International Insolvency Institute, Third Annual International Insolvency Conference, Fordham University School of Law, New York City 9 -10 giugno 2003, sul sito <http://www.iiiglobal.org>; VAN GALEN, *Cross- border insolvencies in the Netherlands: a new proposal*, September, 2008, in <http://www.nautadutilh.com>; Zijderveld – Buruma, *The Netherlands's new Insolvency Act*, Amsterdam, December 2007, in <http://www.globalturnaround.com>;

membro. Già un primo progetto di legge, presentato al Parlamento nel maggio del 2003 divenuto vincolante nel novembre dello stesso anno ⁽³⁷⁾ a modifica del *Netherlands Bankruptcy Act* ⁽³⁸⁾, prevede un coordinamento rafforzato tra le norme del regolamento e quelle domestiche, divenuto legge il 6 novembre 2003. La legge nazionale per l'applicazione del regolamento Ce relativo alle procedure d'insolvenza ⁽³⁹⁾ emenda la legge fallimentare preesistente, appunto, introducendo le necessarie norme di coordinamento. L'interesse e la reattività del sistema olandese risultano ulteriormente confermati dalla circolare del Ministro di Giustizia olandese (del tutto simile alla *Circulaire* francese di cui in seguito), indirizzata agli operatori pratici del settore quali associazioni dei magistrati e degli operatori in campo giuridico.

Interessante è poi il diritto fallimentare francese. Sebbene il legislatore francese non mostri particolare attenzione ai problemi connessi agli aspetti internazionali delle procedure concorsuali ⁽⁴⁰⁾, la *Circulaire* del Ministero della Giustizia francese 17.3.2003 relativa all'entrata in vigore del regolamento 1346/2000 fornisce una serie di indicazioni di riferimento in relazione ai problemi applicativi più frequenti ⁽⁴¹⁾. Quest'ultima è stata "attualizzata" con altra del medesimo tenore, del 15 dicembre 2006, che espressamente si sostituisce alla precedente ⁽⁴²⁾ nell'individuare le procedure d'insolvenza francesi rientranti nella sfera di applicazione del regolamento e le regole di giurisdizione; gli effetti internazionali comuni ai due tipi di procedura, principale e secondaria; la nozione di "effetti universali" della procedura principale; le condizioni di apertura nonché i limitati effetti dell'apertura di una procedura territoriale ⁽⁴³⁾.

³⁷⁾ WESSELS, *International Insolvency Law*, Kluwer, Deventer, 2006, p. 261 ss.

³⁸⁾ L'originale progetto di legge fu proposto al parlamento olandese nell'ottobre del 2002.

³⁹⁾ DE CESARI-MONTELLA, *Le procedure d'insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, Milano, 2004, p. 352 ss.

⁴⁰⁾ Merita menzione ad esempio l'art. 1, comma 1 del décret n. 85-1388 del 27 dicembre 1985 in materia di Redressement et liquidation judiciaire des entreprises, che si occupa della determinazione del tribunale territorialmente competente riguardo ai debitori la cui sede non sia localizzata nel territorio francese, o l'art. 66 del medesimo décret che prevede un sistema temporale di favore per le insinuazioni di creditori domiciliati all'estero. Naturalmente tali disposizioni esulano dall'area di azione, generalizzata del regolamento n. 1346/2000.

⁴¹⁾ Il testo della *Circulaire* della DACS du 17 mars 2003, è reperibile sul sito <http://lexinter.net/UE>.

⁴²⁾ *Circulaire* de la DACS n° 2006-19 du 15 décembre 2006 relative au règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, in Bulletin officiel du ministère de la justice, n° 2007-01 del 28 febbraio 2007.

⁴³⁾ Ognuno di questi quattro macro-argomenti è poi corredato da una serie di indicazioni specifiche in relazione ai quesiti applicativi maggiormente diffusi applicati alla legge fallimentare francese (Loi de

Altro esempio di approccio completo al problema del coordinamento è quello offerto dal Belgio⁽⁴⁴⁾, che nel *Code de droit international privé*, emanato con l. 16 luglio 2004, dedica una serie di articoli al fallimento con elementi di estraneità (artt. 116-121) e disciplina le questioni fondamentali come la competenza giurisdizionale per l'apertura di una procedura d'insolvenza, la legge applicabile, gli obblighi di informazione e di cooperazione, l'efficacia delle decisioni straniere.⁽⁴⁵⁾

Sconcertante è il caso italiano. Sebbene dal 2002, data di entrata in vigore del regolamento n. 1346/2000⁽⁴⁶⁾, ad oggi, la materia del diritto fallimentare italiano abbia visto più di un intervento di riforma, nessuna di queste si è preoccupata di creare un sistema in grado di fungere da ponte tra la nuova normativa comunitaria e il sistema domestico. La circostanza è abbastanza sconcertante se solo si considera il fermento di iniziative degli ultimi dieci anni intorno al sistema concorsuale delineato dal legislatore del 1942 ed i tentativi effettuati, addirittura in via d'urgenza⁽⁴⁷⁾, al fine di rendere tale sistema meglio rispondente alle diverse esigenze di mercato.

Nessuna previsione è contenuta, infatti, nel d.l. n. 35 del 2005 (l. n. 80 del 2005), né il d.lgs. n. 5 del 2006 recante "Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali"⁽⁴⁸⁾, portata a compimento dal legislatore con il recentissimo d.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, nel novellare la legge fallimentare del 1942, menziona l'ambito

sauegarde des entreprises del 26 luglio 2005, n. 845, in vigore dal 1 gennaio 2006, che modifica e sostituisce gran parte delle disposizioni del Libro VI del Code de commerce, relativo alle procedure concorsuali. Il testo della riforma è reperibile sul sito <http://www.legifrance.gouv.fr>

⁴⁴⁾ TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English, and Belgian Law*, The Hague, 2002; *Loi du 16 juillet 2004 portant le code de droit international privé*, in *Moniteur belge*, 27.7.2004; MARQUETTE, *Le nouveau droit international privé belge*, in *Journal des tribunaux*, 2005, p. 199 ss.

⁴⁵⁾ VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006, p. 281.

⁴⁶⁾ Ma si tengano in considerazione, non potendo in questa sede entrare nel dettaglio, i precedenti disegni di legge in tema di riforma del sistema fallimentare, nessuno approvato: il DDL n. C-7458 del 2000, recante "Delega al Governo per la riforma delle procedure relative alle imprese in crisi", presentato il 24 novembre 2000, reperibile sul sito www.senato.it, che, nell'ambito dell'iniziativa si limita genericamente a raccomandare di tenere conto del regolamento nella riforma delle procedure concorsuali; parallelamente veniva presentata alla Camera dei Deputati la proposta di legge C-7497, in regolamento. [senato.it](http://www.senato.it), silente sul punto. Silenti sul punto sono altresì i due disegni di legge presentati, nel luglio del 2003, dalla Commissione Trevisanato al Ministro della Giustizia, reperibili sul sito <http://www.giustizia.it/giustizia/it>.

⁴⁷⁾ Si veda, l'art. 2 del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, recante "Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale", in G.U., n. 62, 16.3.2005, convertito con l. 14.5.2005, n. 80, in G. U., n. 111 del 14.5.2005 – Suppl. ord., n. 91.

⁴⁸⁾ Il D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, recante "Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, a norma dell'art. 1, comma 5, della legge 14 marzo 2005, n. 80", in G.U., n. 12 - Suppl. ord. n. 13, 16.1.2006.

dell'insolvenza transfrontaliera e le sue necessità urgenti di coordinamento. Tantomeno gli interventi in via d'urgenza, di carattere, nelle intenzioni, anticipatorio rispetto alle riforme di più ampio respiro che sarebbero seguite, si occupano del tema (⁴⁹).

Gli aspetti internazionali del fallimento, del resto, non sono stati presi in considerazione nemmeno nella predisposizione della l. n. 218 del 1995 di riforma del diritto internazionale privato, lasciando all'interprete l'individuazione dei rapporti tra l'art. 9 della legge fallimentare e il nuovo impianto del regolamento (⁵⁰).

2.2. *La struttura del regolamento n. 1346/2000*

2.2.1 *I considerando*

Per una profonda comprensione della disciplina, si devono tenere a riferimento i considerando preposti al regolamento, che ne costituiscono l'obbligatoria motivazione e forniscono gli strumenti per cogliere le sfumature dello sforzo attuato dal legislatore comunitario al fine di ottenere una disciplina, direttamente applicabile agli Stati membri e quanto più possibile unitaria, pur essendo la materia fallimentare caratterizzata da norme sostanziali molto differenti da uno Stato membro ad un altro.

Fondamentale, è la previsione del considerando 2, che giustifica l'azione a livello comunitario con l'obiettivo di garantire il buon funzionamento del mercato interno per

⁴⁹) Il Consiglio dei Ministri aveva approvato l'8 marzo 2002 un disegno di legge (DDL n. S-1243), reperibile sul sito www.senato.it, recante "Modifiche urgenti al R.D. 16 marzo 1942, n. 267"; i lavori relativi al DDL in esame hanno avuto un andamento altalenante, in parte condizionato dall'accidentato iter dei lavori della Commissione Trevisanato e a tale disegno si è affiancata un'ulteriore iniziativa del Governo che ha ritenuto opportuno ridare impulso ai lavori della c.d. mini-riforma della legge fallimentare, presentando, a dicembre 2004, un corposo numero di emendamenti al citato DDL S-1234 pendente davanti alla Commissione Giustizia del Senato, che ne ampliava notevolmente i contenuti (maxi-emendamento, mai stato oggetto di dibattito parlamentare la cui gran parte di iniziative è confluita nel successivo decreto legge 14 marzo 2005, n. 35).

⁵⁰) DANIELE, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Dir. U.E.*, 2001, p. 65 che osserva come conseguenza del regolamento n. 1346/2000 sull'art. 9 l.f. sia innanzitutto la sostituzione della suddetta previsione con il disposto dell'art. 3 del regolamento in materia di competenza giurisdizionale, individuata nel giudice del luogo in cui il debitore ha il proprio centro degli interessi principali, senza spazio per alcun tipo di valutazione circa la corrispondenza o meno del criterio della "sede principale dell'impresa" di cui all'art. 9 l.f. con quello del "centro degli interessi principali" di cui all'art. 3 del regolamento.

mezzo di procedure d'insolvenza transfrontaliera efficienti ed efficaci ed idonee a dissuadere le parti dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato ad un altro al fine di ottenere una migliore situazione giuridica (il c.d. *forum shopping*) come ricordato dal considerando 5.

Il considerando 6 codifica poi uno dei principi cardine dell'intera struttura del regolamento, ossia quello di proporzionalità, per cui l'intervento a livello comunitario dovrebbe limitarsi a disposizioni che disciplinano *a)* le competenze per l'apertura delle procedure d'insolvenza e per le decisioni che scaturiscono direttamente da tali procedure e sono ad esse strettamente connesse; *b)* il riconoscimento di tali decisioni e *c)* la legge applicabile.

Quanto all'estensione applicativa del regolamento in esame, il considerando 9 fa riferimento alle "procedure d'insolvenza", chiunque sia il debitore, persona fisica o giuridica, commerciante o non commerciante, elencando negli allegati quali procedure siano da ritenersi tali ed escludono quelle che riguardano le imprese assicuratrici e gli enti creditizi, le imprese d'investimento che detengono fondi o valori mobiliari di terzi e gli organismi d'investimento collettivo cui si applica un regime particolare poichè le autorità nazionali hanno, in alcuni casi, poteri di intervento estremamente ampi.

La medesima accezione è dedicata al termine "giudice" che ai sensi del considerando 10 è da intendersi in senso ampio, così da comprendere persone o organi legittimati dalla legge nazionale a aprire procedure d'insolvenza.

Il regolamento sull'insolvenza, nella sua impalcatura, non è soltanto preordinato ad affrontare il dato empirico per cui le procedure d'insolvenza hanno crescenti implicazioni transfrontaliere, ma è altresì inteso come un tassello normativo da aggiungere nel progresso verso un mercato completamente libero tra gli Stati membri.

(⁵¹)

Nell'analisi che segue, finalizzata ad offrire uno sguardo d'insieme al regolamento (⁵²), le norme dovranno dunque essere lette con uno sguardo ai principi di diritto europeo e

⁵¹) FLETCHER-MOSS-ISAAC, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A commentary and annotated guide*, London, 2009, p. 228 ss.

⁵²) Sulle linee generali del regolamento, si rinvia alla dottrina citata all'inizio del presente capitolo.

ai considerando preliminari, che individuano la *ratio* retrostante alla struttura stessa dell'insolvenza.

2.2.2 *L'impalcatura sistematica del regolamento: l'universalità attenuata* ⁽⁵³⁾

Il considerando 11, preso atto delle notevoli differenze fra i diritti sostanziali nazionali in materia fallimentare, evidenzia come non sia realistico istituire un'unica procedura d'insolvenza avente valore universale per tutta la Comunità (ora Unione) e che l'applicazione senza deroghe del diritto dello Stato che apre la procedura causerebbe spesso difficoltà con riferimento in particolare alle garanzie esistenti nella Comunità, che hanno caratteristiche molto diverse fra loro.

Il regolamento ha coscienza degli infruttuosi tentativi fatti in precedenza ⁽⁵⁴⁾ di predisporre accordi e convenzioni internazionali in materia d'insolvenza basate sul principio dell'universalità *stricto sensu* intesa, rivelatesi irrealizzabili a causa dell'ostruzionismo dei Paesi membri ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵³⁾ Si veda sul punto CARBONE, *Fallimento internazionale tra riforma italiana e diritto uniforme*, in *Il fallimento*, 1998, p. 946; DORDI, *La convenzione europea su alcuni aspetti del fallimento: la consacrazione dell'universalità limitata degli effetti delle procedure concorsuali*, in *Dir. comm. int.*, 1993, p. 617 ss.

⁽⁵⁴⁾ Per un quadro schematico dei precedenti tentativi di fornire un impianto sovranazionale unico nel campo dell'insolvenza transfrontaliera si citano oltre alla Model law on cross Border insolvency del 30 maggio 1997 approvata in seno all'UNCITRAL, consultabile sul sito www.uncitral.org, la convenzione europea su determinati aspetti internazionali del fallimento, siglata ad Istanbul il 5 giugno 1990 ma mai entrata in vigore perchè ratificata da un numero insufficiente di Stati membri consultabile sul sito <http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy-int-it>. Questa prevedeva due meccanismi: a) la possibilità per il curatore nominato dall'autorità competente dello Stato di apertura del fallimento di esercitare direttamente taluni poteri nel Paese in cui si trovano i beni del fallito. Il curatore deve conformarsi alle leggi nazionali dello Stato in cui egli agirà; b) la possibilità di aprire un fallimento secondario in ogni altro Stato parte nel quale il fallito possiede dei beni senza che sia necessario stabilire la sua insolvenza in quello Stato, essendo sufficiente l'esistenza del fallimento principale, retto dalla legge nazionale dello Stato in cui è Stato aperto. Tali scelte di fondo saranno poi interamente recepite nel regolamento (Ce) n. 1346/2000. Il progetto di convenzione per la disciplina del fallimento transnazionale fu successivamente aperto il 23 novembre 1995 ma non entrò in vigore per la mancata sottoscrizione da parte del Regno Unito.

⁽⁵⁵⁾ Sul concetto di universalità extraterritoriale si veda, tra gli altri DE CESARI – MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana, Competenza internazionale e riconoscimento delle decisioni*, in *Il Fall. (Monografie)*, 2009, p. 5; PANNEN, *European insolvency proceedings, De Gruyter commentaries on european Law*, Berlin 2007, p. 15 ss.; FLETCHER-MOSS-ISAAC, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A commentary and annotated guide*, London, 2009, p. 49; PUNZI C., *Le procedure d'insolvenza transfrontaliera nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 997. Più risalente BONGIORNO, *Osservazioni in tema di universalità e territorialità del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1974, I, p. 261; dello stesso autore, *Universalità e territorialità nel fallimento (problemi antichi ma sempre più*

Storicamente, due tendenze opposte hanno caratterizzato le leggi nazionali in materia fallimentare: quello c.d. di territorialità e quello, antitetico, di universalità. Secondo il primo, aperta una procedura d'insolvenza nel territorio di uno Stato membro, l'efficacia di questa non potrà estendersi oltre i confini dello Stato stesso, con la conseguente possibile apertura di pluralità di procedimenti nel medesimo ambito territoriale e nei confronti del medesimo soggetto. Il principio di universalità comporta invece che l'apertura di una procedura concorsuale all'interno di uno Stato membro estenda i suoi effetti anche all'estero e, viceversa, la procedura avviata all'estero abbia efficacia anche nei confini nazionali. Con la conseguenza che, anche sul piano comunitario e internazionale, la tendenziale unità procedimentale esclude l'avvio di una pluralità di procedure concorsuali nei confronti dello stesso soggetto insolvente.

Il regolamento 1346/2000 costituisce il risultato di una scelta di compromesso sintetizzata dal principio della c.d. "universalità limitata o attenuata". Si ammette, infatti, la possibile convivenza parallela di una procedura principale d'insolvenza di carattere universale aperta nello Stato membro nel quale è situato il centro degli interessi principali del debitore, e di procedure locali che comprendano unicamente il patrimonio situato nello Stato di apertura e dove il debitore abbia una dipendenza, i cui effetti sono limitati ai beni situati in tale Stato.

Disposizioni vincolanti di coordinamento con la procedura principale consentono di rispettare le esigenze di uniformità all'interno della Comunità.

2.2.3 Il campo d'applicazione del regolamento (art. 1)

E' l'art. 1 n. 1 ad individuare il campo di applicazione e le materie soggette al regolamento.

Per rientrare nella sfera della regolamentazione comunitaria la procedura d'insolvenza deve necessariamente avere, sul piano oggettivo, quattro caratteristiche (⁵⁶).

attuali), ivi, 1991, p. 667 ss.

⁵⁶) VIRGÒS-GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, The Hague, 2004, p. 21.

Si deve trattare di una procedura concorsuale, fondata sull'insolvenza del debitore e che comporti lo spossessamento parziale o totale del debitore stesso con la designazione di un curatore. Vanno espunti i rimedi giurisdizionali non dotati del requisito della concorsualità che non coinvolgono cioè la totalità dei creditori ma sono posti a tutela di singoli soggetti. Il regolamento, dunque, non si applica a tutti i procedimenti intrapresi individualmente da un creditore a proprio vantaggio.

Deve trattarsi, poi, di una procedura d'insolvenza. Questo significa che la procedura deve essere basata sull'insolvenza del debitore. Il regolamento non fornisce una nozione autonoma di tale concetto ma ne lascia la determinazione alla *lex fori* dello Stato membro interessato. Nel rispondere alla questione se un debitore debba, o meno, considerarsi insolvente, dunque, si farà riferimento alla legge nazionale, non avendo il regolamento, tra i proprio scopi, quello di creare una legislazione uniforme con riguardo al concetto d'insolvenza⁽⁵⁷⁾.

La procedura deve implicare il trasferimento ad altra persona dei poteri di amministrazione relativi ai beni della massa. Lo spossessamento, peraltro, può essere sia totale che parziale.⁽⁵⁸⁾

La procedura, infine, deve implicare la nomina di un curatore⁽⁵⁹⁾.

L'art. 2 lett. b) definisce il curatore, in un'accezione molto ampia, come qualsiasi persona o organo la cui funzione è di amministrare o liquidare i beni del debitore o di sorvegliare la gestione dei suoi affari prevedendo poi l'elenco di tali persone e organi in un apposito allegato C⁽⁶⁰⁾.

La disciplina di quest'istituto è prevista all'art. 18 che individua i poteri che il curatore di una procedura d'insolvenza può esercitare negli altri Stati membri, a seguito della decisione di apertura automaticamente.

La natura precettiva di questa norma risulta dubbia se messa a confronto con l'art. 2 lett. a) che individua le procedure cui si applica il regolamento in quelle previste

⁵⁷⁾ VALLENS, *Procédures d'insolvabilité: présentation du règlement sur les procédures d'insolvabilité*, in *Lamy Droit Commercial*, n. 125, agosto-settembre, 2002.

⁵⁸⁾ CARBONE, in *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, a cura di Carbone, Frigo, Fumagalli, Milano, 2004, p. 98.

⁵⁹⁾ Sulla cui definizione vedi in seguito.

⁶⁰⁾ Vedi considerando n. 9.

all'allegato A dove figurano procedure che non necessariamente soddisfano i quattro requisiti sopra elencati.

Al riguardo, parte della dottrina ritiene che la previsione in esame possa costituire una sorta di guida rispetto all'inserimento negli allegati di nuove procedure previste dalle leggi nazionali ai sensi dell'art. 45 ⁽⁶¹⁾.

Il par. 2 dell'art. 1 esclude dal campo di applicazione del regolamento particolari categorie. Le procedure d'insolvenza che riguardano le imprese assicuratrici o gli enti creditizi ⁽⁶²⁾, le imprese d'investimento ⁽⁶³⁾ che forniscono servizi che implicano la detenzione di fondi o di valori mobiliari di terzi, agli organismi d'investimento collettivo cui, come ricordato nel considerando 9 si applica un regime particolare poichè le autorità nazionali hanno, in alcuni casi, poteri di intervento molto ampi.

Queste categorie sono state escluse dal campo di applicazione del regolamento in quanto già disciplinate da separate direttive in materia.

In particolare, con riferimento alle imprese assicuratrici, la Direttiva 2001/17/CE in materia di risanamento e liquidazione delle imprese di assicurazione si occupa del problema dell'insolvenza di tali istituti ⁽⁶⁴⁾.

Sulla base del principio di efficienza ed efficacia enunciato al considerando 2, la normativa comunitaria si applicherebbe solo in caso d'insolvenza transfrontaliera.⁽⁶⁵⁾

⁶¹⁾ DE CESARI-MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana, Competenza internazionale e riconoscimento delle decisioni*, in *Il Fall.*, (Monografie), 2009.

⁶²⁾ GALLETTI, *L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario*, in *Banca, borsa tit. credito*, 2006, I, p. 546; DASSESSE-ISAACS-PENN, *EC Banking Law*, 1999, *Lloyd's of London Press*, Prima direttiva del Consiglio del 12 dicembre 1977, n. 780 relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio (77/780/CEE) in G.U. n. L 322 del 17.12.1977, come abrogata dall' art. 67 della Direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 marzo 2000, che aggiungendo il punto b) seguente definisce un ente creditizio come: 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 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 settembre 2000, riguardante l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica. (Comma così sostituito dall'art. 1 della Direttiva 2000/28/CE).

⁶³⁾ La definizione di "impresa di investimento" è fornita dalla Direttiva 93/22/CE, come modificata dalla Direttiva 95/26/CE, reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu, all'art. 1, comma 1, punto 2 come: una persona giuridica che esercita abitualmente una professione o un'attività consistente nel prestare a terzi un servizio d'investimento a titolo professionale.

⁶⁴⁾ Il testo della Direttiva è reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu.

⁶⁵⁾ FUMAGALLI, *Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 685; OLIVIERI, *Il regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza (Reg. CE 1346/2000)*, www.judicium.it, 3; ROUSSEL GALLE, *Jour. dr. int.*, 08, p. 139.

Vi è, però, autorevole dottrina che ritiene che il regolamento si applichi ad ogni procedura insolvenza.⁽⁶⁶⁾

Il regolamento è completato, quanto al campo di applicazione oggettiva, da alcuni allegati. L'allegato A indica, per ciascun Paese membro, le singole procedure nazionali cui esso si applica. Con riferimento alla giurisdizione italiana il regolamento si applica a procedure d'insolvenza quali il fallimento, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria, l'amministrazione controllata.

Va, infine, ricordato che il regolamento sull'insolvenza si applica solo agli effetti intra-europei delle procedure d'insolvenza, mentre non regola le situazioni tra Stati membri e Stati esteri in relazione alle procedure d'insolvenza. Tantomeno il regolamento è applicabile ai rapporti intra-statali.⁽⁶⁷⁾

2.2.4 Competenza giurisdizionale (art. 3)⁽⁶⁸⁾:

Va innanzitutto sottolineato nell'impostazione letterale del regolamento, le disposizioni relative alla competenza fissano soltanto la competenza internazionale, ossia designano lo Stato membro i cui giudici possono aprire procedure d'insolvenza. Non dettano invece norme in materia di competenza territoriale che resta disciplinata dal diritto nazionale dello Stato membro⁽⁶⁹⁾.

La norma in esame, dunque, prevede che competente per l'apertura di una procedura principale sia il giudice dello Stato in cui il debitore ha il proprio centro degli interessi

⁶⁶⁾ MONTELLA, *Foro it.*, 07, I, p. 2818, per cui una procedura aperta nell'Unione ricade comunque automaticamente nel regolamento.

⁶⁷⁾ Il problema non riguarda l'Italia, nello specifico. Sul caso del Regno Unito e sulla gestione dei rapporti con Galles, Scozia, Irlanda del Nord, Gibilterra e sulle regole di giurisdizione applicabili vedi FLETCHER-MOSS-ISAAC, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A commentary and annotated guide*, London, 2009, p. 235, par. 8.14.

⁶⁸⁾ FLETCHER-MOSS-ISAAC, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A commentary and annotated guide*, London, 2009, p. 245, par. 8.48 ss.; ISRAEL, *European Cross-Border Insolvency Regulation*, 2005, p. 257 ss.; VIRGÒS-GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, The Hague, 2004, p. 37; DE CESARI, MONTELLA, *Le procedure d'insolvenza nella nuova disciplina comunitaria, in Commentario articolo per articolo del regolamento (CE) 1346/2000*, Milano, 2004, sub art. 3; BARIATTI, *L'applicazione del Regolamento CE n. 1346 del 2000 nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 673.

⁶⁹⁾ Ne dubita E. RICCI, *Le procedure locali previste dal regolamento n. 1346/2000*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p. 902.

principali, mentre per le procedure secondarie quello dello Stato o degli Stati in cui il debitore ha una propria dipendenza (come definita all'art. 2 lett *h*) regolamento).

Come previsto dalla stessa relazione Virgos Schmit, si ritiene che la sussistenza del criterio di collegamento e quindi della competenza internazionale debba essere verificata *ex officio* dal giudice dello Stato membro nel cui territorio è aperta la procedura d'insolvenza, senza margini di valutazione per soggetti diversi.

Tale obbligo del giudice, con la connessa valutazione se il centro degli interessi principali del debitore si trovi effettivamente nello Stato in cui è aperta la procedura, costituisce un precipitato del principio di fiducia reciproca previsto al considerando 22 del regolamento.

Ad un'analisi più attenta, un dubbio potrebbe consistere nel livello di approfondimento cui il giudice debba giungere nell'istruttoria circa l'effettività del "centro degli interessi principali". Se debba cioè basarsi sulle dichiarazioni del soggetto istante oppure esclusivamente sulle risultanze processuali e su quanto conosciuto per mezzo della propria attività istruttoria: quel che è fuor di dubbio è comunque che la competenza a conoscere azioni riguardanti l'apertura della procedura d'insolvenza sarà materia di competenza del foro chiamato ad aprire il procedimento e non da corti adite successivamente a tale momento, tenendo in ogni caso a riferimento unicamente la *lex concursus* e non altre normative nazionali.

2.2.5 Legge applicabile (art. 4 ss. art. 28) - ratio e deroghe (artt. 5-15) ⁽⁷⁰⁾

Con riguardo alla legge applicabile alle procedure d'insolvenza, il regolamento detta una disposizione applicabile alle procedure principali (artt. 4 ss.) ed una specifica per le procedure territoriali (art. 28), che sostituiscono la disciplina di diritto internazionale privato interno, propria dei singoli Stati membri.

Ai sensi dell'art. 4, parr. 1 e 2, e dell'art. 28, applica alla procedura d'insolvenza "la legge dello Stato membro nel cui territorio è aperta la procedura" (*lex concursus*).

⁷⁰⁾ FLETCHER-MOSS-ISAAC, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A commentary and annotated guide*, London, 2009, p. 278; VIRGÒS-GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, The Hague, 2004, p. 69.

Come è stato osservato, è necessario intendersi rispetto al significato di tale rinvio alla legge dello Stato membro di apertura. Non si tratta, infatti, della legge dello Stato come esistente “prima ed a prescindere” dal regolamento, ma della legge dello Stato come modificata dalle norme che il regolamento dedica all’apertura della procedura principale ⁽⁷¹⁾.

Sarà dunque la c.d. *lex concursus*, quale legge dello Stato membro individuato dalle disposizioni del regolamento,⁽⁷²⁾ come appena specificata, la norma di riferimento per quanto concerne le condizioni di apertura, svolgimento e chiusura della procedura d’insolvenza. Ciò è quanto previsto al par. 2 dell’art. 4 che prosegue con un elenco esemplificativo finalizzato a specificare gli ambiti disciplinati appunto dalla legge dello Stato di apertura. In particolare, secondo tale legge sono determinati: *a)* i debitori che per la loro qualità possono essere assoggettati ad una procedura d’insolvenza; *b)* i beni che sono oggetto di spossessamento e la sorte dei beni acquisiti dal debitore dopo l’apertura della procedura d’insolvenza; *c)* i poteri, rispettivamente, del debitore e del curatore (da coordinare con quanto previsto all’art. 18 di cui in seguito); *d)* le condizioni di opponibilità della compensazione; *e)* gli effetti della procedura d’insolvenza sui contratti in corso di cui il debitore è parte; *f)* gli effetti della procedura sulle azioni giudiziarie individuali, salvo che per i procedimenti pendenti; *g)* i crediti da insinuare al passivo del debitore e la sorte di quelli successivi all’apertura della procedura d’insolvenza; *h)* le disposizioni relative all’insinuazione, alla verifica e all’ammissione dei crediti; *i)* le disposizioni relative alla ripartizione del ricavato della liquidazione dei beni, il grado dei crediti e i diritti dei creditori che sono stati in parte

⁷¹⁾ E. RICCI, *Le procedure locali previste dal regolamento n. 1346/2000*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p. 902. L’A., con specifico riferimento alle procedure secondarie autonome o territoriali ed alla legge a queste applicabile, puntualizza che “il diritto italiano applicabile come regola di chiusura è costituito dalla disciplina, che la procedura avrebbe se fosse qualificabile come principale: e dunque da una disciplina, della quale gli artt. 4-15 del regolamento fanno inderogabilmente parte”. Esemplificando sulla legge italiana, dunque, se la procedura locale è un fallimento, il modello di partenza è costituito dalla disciplina del fallimento derivante dalla legge italiana, con le modifiche che gli artt. 4-15 del regolamento sono in grado di introdurre.

⁷²⁾ FLETCHER, *Insolvency in Private International Law*, Oxford, 2nd, 2005, p. 398; VIRGOS – SCHMIT, *Report on Insolvency Proceedings*, par. 87. Dal diritto del foro sono escluse le norme di diritto internazionale privato e non opera dunque la dottrina del rinvio; De Cesari, *Disposizioni generali*, in DE CESARI – MONTELLA, *Le procedure d’insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, in *Commentario articolo per articolo del regolamento (CE) 1346/2000*, Milano, 2004, p. 126; BONFANTI, *Le procedure concorsuali internazionali tra il Regolamento 1346 del 2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*, in *Dir. comm. int.*, 2003, p. 420.

soddisfatti dopo l'apertura della procedura d'insolvenza in virtù di un diritto reale o a seguito di compensazione; *l*) le condizioni e gli effetti della chiusura della procedura d'insolvenza, in particolare mediante concordato; *m*) i diritti dei creditori dopo la chiusura della procedura d'insolvenza; *n*) l'onere delle spese derivanti dalla procedura; *o*) le disposizioni relative alla nullità, all'annullamento o all'inopponibilità degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori ⁽⁷³⁾.

In applicazione del principio di universalità, dunque, il riconoscimento del provvedimento di avvio di una procedura principale, così come secondaria, comporta che, in ogni Stato membro, si producano altresì gli effetti previsti dalla legge dello Stato di apertura ⁽⁷⁴⁾.

La norma di cui all'art. 4 va considerata regola generale applicabile tutte le volte che il regolamento non preveda il contrario ⁽⁷⁵⁾. Il regolamento detta infatti una serie di deroghe al fine di tutelare le aspettative dei terzi e la certezza delle transazioni negli Stati membri diversi da quello in cui la procedura è aperta. Si tratta degli artt. 5-15 che prevedono appunto uno scostamento dalla regola generale con riferimento ai diritti reali dei creditori o dei terzi sui beni del debitore localizzati al di fuori dello Stato di apertura (art. 5) ⁽⁷⁶⁾, alla compensazione, che può essere opposta se così è stabilito dalla legge applicabile al credito del debitore insolvente (art. 6) ⁽⁷⁷⁾; alla riserva di proprietà (art.

⁷³) Tra tali azioni, rientrano senz'altro le azioni revocatorie fallimentari, CATALLOZZI in *Fall.*, 07, p. 638.

⁷⁴) QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, Torino, 2007; della stessa A., sulla legge applicabile agli effetti della procedura d'insolvenza, *Apertura di una procedura principale d'insolvenza e provvedimenti esecutivi in un altro stato membro*, in *Il fall.*, 2010, p. 911.

⁷⁵) Poiché, peraltro, di alcune delle regole speciali non è prevista l'applicazione in via esclusiva, si argomenta che, in tali casi, la norma generale svolgerebbe un ruolo concorrente; VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006, p. 231.

⁷⁶) Il considerando 25 al regolamento con riferimento ai diritti reali dispone che: "Sono particolarmente necessari criteri speciali di collegamento che deroghino alla legge dello Stato di apertura per i diritti reali, perché questi hanno grande rilevanza per la concessione dei crediti. La costituzione, la validità e la portata di detti diritti reali dovrebbero essere disciplinate, di norma, dalla legge del luogo in cui si trovano i beni e su di esse non dovrebbe incidere l'apertura della procedura d'insolvenza. Pertanto il titolare del diritto reale dovrebbe poter continuare a far valere il diritto di separare la garanzia dalla massa. Se i beni sono soggetti a diritti reali a norma della *lex situs* di uno Stato membro mentre la procedura principale si svolge in un altro Stato membro, il curatore della procedura principale dovrebbe poter chiedere l'apertura di una procedura secondaria nella giurisdizione in cui sorgono i diritti reali purché il debitore possieda una dipendenza in tale Stato. Se non viene aperta una procedura secondaria, il residuo del ricavato della vendita del patrimonio coperto da diritti reali va ceduto al curatore della procedura principale."

⁷⁷) Il considerando 26 dispone che: "Se la legge dello Stato di apertura non permette la compensazione, il creditore ne dovrebbe comunque aver diritto se essa è possibile in base alla legge applicabile al credito del debitore insolvente. In tal modo, la compensazione diventerà in sostanza una specie di garanzia

7); ai contratti relativi ai beni immobili (art. 8); ai diritti e alle obbligazioni dei partecipanti ad un sistema di pagamento o di regolamento o ad un mercato finanziario (art.9) ⁽⁷⁸⁾; ai rapporti di lavoro (art. 10)⁽⁷⁹⁾; ai diritti soggetti ad iscrizione nei pubblici registri (art. 11); ai brevetti e marchi comunitari (art. 12); agli atti pregiudizievoli se il beneficiario dimostra che l'atto è soggetto alla legge di uno Stato contraente diverso da quello di apertura e che tale legge non consente, nella fattispecie, di impugnare tale atto con alcun mezzo (art. 13); alla tutela del terzo acquirente (art. 14); agli effetti della procedura d'insolvenza sui procedimenti pendenti (art. 15).

Si rileva come in relazione ad alcuni tipi di rapporti, il regolamento non soltanto prevede la competenza della *lex causae*, individuata secondo le norme di conflitto ma si spinge oltre, individuando esso stesso uno specifico criterio di collegamento di diritto internazionale privato da applicare a tutti gli Stati membri in "sostituzione" della disciplina di diritto internazionale privato prevista dalle norme dello Stato membro in cui è stata aperta la procedura d'insolvenza. E' il caso tra quelli sopra visti, dei beni mobili, navi o aeromobili soggetti a iscrizione in pubblici registri, disciplinati dalla legge dello Stato membro sotto la cui autorità è tenuto il registro; quanto ai contratti di acquisizione o godimento relativi a beni immobili, il regolamento rinvia alla legge del luogo in cui tali beni si trovano; per quanto riguarda la validità degli atti che, dopo l'apertura della procedura, abbiano disposto a titolo oneroso di beni immobili, di navi e

disciplinata da una legge sulla quale il creditore può fare affidamento nel momento in cui sorge il credito.
⁷⁸⁾ Il considerando 27 prevede che: "È inoltre necessaria una tutela specifica per i sistemi di pagamento e i mercati finanziari. Ciò vale, per esempio, per la liquidazione dei contratti e le compensazioni riconducibili a tali sistemi, oltre che per la realizzazione di titoli e per le garanzie a copertura di dette operazioni, a norma, in particolare, della direttiva 98/26/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 1998, concernente il carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli. Su dette operazioni dovrebbe pertanto incidere soltanto la legge applicabile al sistema o al mercato in questione. L'obiettivo di tale disposizione è evitare, in caso d'insolvenza di una parte delle operazioni, qualsiasi modifica dei meccanismi di regolamento e di liquidazione delle operazioni previsti nei sistemi di pagamento o di regolamento o nei mercati finanziari organizzati operanti negli Stati membri. La direttiva 98/26/Ce prevede disposizioni particolari che dovrebbero sostituire le disposizioni generali del regolamento."

⁷⁹⁾ Il considerando 28 dispone che: "Per tutelare i lavoratori e i rapporti di lavoro, gli effetti della procedura d'insolvenza sulla continuazione o la cessazione del rapporto di lavoro e sui diritti ed obblighi di ciascuna parte del rapporto devono essere stabiliti dalla legge applicabile al contratto in base alle norme generali sui conflitti di leggi. Ogni altra questione di diritto fallimentare, come ad esempio se i crediti dei lavoratori siano assistiti o meno da una prelazione e quale sia il grado di questa eventuale prelazione, dovrebbe essere disciplinata dalla legge dello Stato di apertura."

aeromobili soggetti all'iscrizione in un pubblico registro o di valori mobiliari, il riferimento è anche qui alla legge dello Stato nel cui territorio è tenuto il registro.

2.2.6 Principio dell'automatico riconoscimento delle decisioni (artt. 16, 17, 25, 26) (⁸⁰)

Se finalità principale del regolamento è quella di dettare un sistema di determinazione della competenza giurisdizionale tra Stati in materia d'insolvenza transfrontaliera, principio connesso ed altrettanto fondamentale per il funzionamento dell'intera impalcatura regolamentare è quello del mutuo riconoscimento delle decisioni tra Stati membri.

Il principio è auspicato dal considerando 22 del regolamento che raccomanda l'immediato riconoscimento delle decisioni relative all'apertura, allo svolgimento e alla chiusura di una procedura d'insolvenza che rientra nel suo ambito di applicazione, nonché delle decisioni strettamente collegate con detta procedura d'insolvenza ed è espressamente previsto dall'art. 16 secondo cui “la decisione di apertura della procedura d'insolvenza da parte di un giudice di uno Stato membro, competente in virtù dell'art. 3, è riconosciuta in tutti gli altri Stati membri non appena essa produce effetto nello Stato in cui la procedura è aperta”.

Sono quindi automaticamente riconosciute tutte le decisioni rese da giudici europei la cui competenza internazionale sia basata su uno dei criteri dell'art. 3 (centro degli interessi principali/dipendenza) ma sono escluse quelle rese da giudici (anche europei) che abbiano utilizzato nella determinazione della competenza giurisdizionale criteri di collegamento non riferibili all'art. 3(⁸¹).

⁸⁰) FLETCHER-MOSS-ISAAC, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A commentary and annotated guide*, London, 2009, p. 302, par. 8.254 ss.; p. 316 par. 8.315 ss.; VIRGÒS-GARCÌMARTIN, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, The Hague, 2004, p. 185; PERSANO, *L'esecuzione delle decisioni nel regolamento (CE) n. 1346 del 29 maggio 2000 relativo alle procedure d'insolvenza*, in *Dir. comm. internaz.*, 2006, p. 791.

⁸¹) Per l'ipotesi che il criterio di determinazione della competenza esorbiti rispetto ai criteri previsti all'art. 3, DE CESARI-MONTELLA, *Il fall.*, 2010, p. 153 ss. sottolineano una fondamentale differenza con il regolamento n. 44 del 2001, dove le decisioni rese dal giudice di un Paese membro sono riconosciute e circolano nell'Unione anche qualora esse siano state pronunciate in forza di un criterio di giurisdizione riconosciuto sì dal diritto interno del Paese stesso, ma non accolto da quel regolamento.

Si tratta di un riconoscimento *ex lege*, che opera in modo automatico, senza necessità di alcuna attività ulteriore e/o notificazione, ed immediato, non appena la decisione inizia a produrre i suoi effetti nello Stato di apertura senza che sia necessario (come avviene invece nella norma di riferimento internazionale-privatistica all'art. 64 della l. n. 218 del 1995) il passaggio in giudicato della decisione straniera.

Qualora contestualmente, o successivamente, venga aperta una procedura secondaria, la procedura principale perde la sua connotazione universale pura e cessa di produrre effetti nello Stato della procedura secondaria.

L'art. 25 estende poi il riconoscimento automatico alle decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura di una procedura d'insolvenza pronunciate da un giudice la cui decisione di apertura è riconosciuta a norma dell'art. 16, nonché al concordato approvato dal medesimo giudice. Diversamente rispetto alla previsione in materia di apertura, in quest'ipotesi è operata una netta distinzione tra il riconoscimento, automatico, e l'esecuzione delle decisioni, che segue invece la disciplina prevista dal regolamento n. 44 del 2001. In tal senso il soggetto interessato all'esecuzione di una decisione di svolgimento o di chiusura dovrà presentare all'autorità competente nello Stato in cui deve essere eseguita la decisione, una copia autentica della medesima accompagnata dall'apposito formulario di cui all'allegato V del regolamento. Il giudice avrà una mera funzione di controllo, al fine di verificare che la decisione rientri nel campo di applicazione del regolamento n. 1346/2000 e che la stessa sia esecutiva nello Stato di provenienza. Superato tale esame formale è concesso l'*exequatur* ⁽⁸²⁾.

L'art. 25 prevede peraltro l'estensione del riconoscimento automatico alle decisioni: *a)* che derivano direttamente dalla procedura d'insolvenza e le sono strettamente connesse, anche se sono prese da altro giudice. Sono compresi, ad esempio, i provvedimenti di secondo grado sulla decisione di apertura, le sentenze relative all'accertamento del passivo rispetto ai crediti oggetto di verifica in altri Stati membri ⁽⁸³⁾ ma soprattutto le

⁽⁸²⁾ A tale fase inaudita altera parte segue, eventualmente, una seconda fase in contraddittorio con il controinteressato. Sull'esecuzione delle decisioni VIRGÒS-GARCÌMARTIN, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, The Hague, 2004, p. 209. Sulla procedura di *exequatur* nel regolamento n. 44 del 2001 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, si rimanda a DE CESARI, *L'esecuzione delle decisioni civili straniere nello spazio giudiziario europeo*, in *Dir. comm. int.*, 2002, p. 284 ss.

⁽⁸³⁾ VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006, pp. 242 e 268.

decisioni in materia di azioni revocatorie ⁽⁸⁴⁾ o di azioni d'inefficacia degli atti compiuti dal fallito ⁽⁸⁵⁾; *b*) riguardanti i provvedimenti conservativi presi successivamente alla richiesta d'apertura di una procedura d'insolvenza, consentendo l'esecuzione al di fuori dello Stato di apertura di provvedimenti cautelari previsti in altri ordinamenti; *c*) ogni decisione diversa da quelle di cui al par. 1, dovendosi in essa individuare una norma di chiusura, con riferimento a qualsiasi decisione in qualche misura riguardante la procedura d'insolvenza. Interessante la recentissima pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ha risposto, *inter alia*, al quesito se l'art. 25, n. 2, del regolamento (CE) n. 1346/2000 dovesse essere interpretato nel senso che i termini "ove la convenzione di Bruxelles, ossia il regolamento (CE) n. 44/2001, si applichi" comportano che, prima di dichiarare l'applicabilità delle disposizioni sul riconoscimento e sull'esecuzione di cui al regolamento (CE) n. 44/2001 a decisioni diverse da quelle di cui all'art. 25, n. 1, del regolamento (CE) n. 1346/2000, occorre in primo luogo verificare se queste esulano, in forza dell'art. 1, n. 2, lett. *b*), del regolamento (CE) n. 44/2001, dall'ambito di applicazione sostanziale di tale regolamento. La Corte di giustizia ha risposto affermativamente, osservando come il riconoscimento delle decisioni relative alle procedure d'insolvenza è disciplinato dagli artt. 16-26 del regolamento (CE) n. 1346/2000 ⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁴⁾ Corte di Giustizia, 12 febbraio 2009, *Christopher Seagon contro Deko Marty Belgium NV* reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu. Una volta impostata la questione in ottica conforme ai "considerando" al regolamento, la Corte di giustizia ha collegato l'interpretazione ampia data all'art. 3 n. 1 al disposto, appunto, dell'art. 25. Argomentando dal presupposto che l'obbligo di riconoscimento delle decisioni si applica, secondo quanto disposto dal secondo comma dell'art. 25 anche "alle decisioni che derivano direttamente dalla procedura d'insolvenza e le sono strettamente connesse, anche se sono prese da altro giudice" la Corte ha trovato appiglio normativo per giustificare la interpretazione teleologica fornita. Si argomenta infatti dall'inciso finale dell'art. 25 "anche se sono prese da altro giudice", che sarebbe compito della legge dello Stato membro di apertura determinare il giudice competente sotto il profilo territoriale e materiale, il quale non deve essere necessariamente quello che ha avviato la procedura d'insolvenza. Puntualizza inoltre che l'inciso di cui sopra è riferito comunque al riconoscimento delle decisioni di apertura della procedura d'insolvenza prevista all'art. 16 del regolamento n. 1346/2000 ed esclude che lo stesso inciso ammetta la possibilità che giudici diversi da quello che ha avviato la procedura possano essere considerati competenti a decidere di questioni connesse o derivate in quanto il riferimento ad "altro giudice" riguarderebbe la ripartizione del potere decisionale in termini di competenza interna.

⁽⁸⁵⁾ DE CESARI-MONTELLA, *Le procedure d'insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, Milano, 2004, p. 219 ss.

⁽⁸⁶⁾ Sentenza 10 settembre 2009, C-292/08, *German Graphics Graphische Maschinen GmbH vs A. van der Schee, acting as liquidator of Holland Binding BV*, reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu.

2.2.7 L'ordine pubblico come causa ostativa al riconoscimento o all'esecuzione di una decisione relativa alla procedura d'insolvenza (art. 26)

Proprio in quanto precipitato del principio di fiducia reciproca, i motivi del mancato riconoscimento delle decisioni dei giudici dovrebbero essere ridotti al minimo necessario e si dovrebbe, recita il considerando 22, risolvere secondo tale principio anche il conflitto che insorge quando i giudici di due Stati membri si ritengono competenti ad aprire una procedura principale d'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.

Il senso di questa limitata incisività dell'ordine pubblico è trasposto con chiarezza nell'art. 16, pr. 1, seconda frase, del regolamento sull'insolvenza, il quale dispone, appunto, che la decisione di apertura di una procedura d'insolvenza in uno Stato membro è riconosciuta in tutti gli altri Stati membri non appena essa produce effetto nello Stato in cui la procedura è aperta”, anche qualora il debitore, per la sua qualità, non possa essere assoggettato ad una procedura d'insolvenza negli altri Stati membri.

Unico limiti a tale schema basilare (ridotti proprio in virtù del suddetto principio), è la previsioni dell'art. 26 con riferimento all'apertura, e dell'art. 25 n. 3 con riferimento allo svolgimento o alla chiusura di una procedura.

Secondo l'art. 26, infatti l'apertura di una procedura d'insolvenza pronunciata da un altro Stato membro può essere rifiutata soltanto laddove sia da ritenersi palesemente contraria “all'ordine pubblico, in particolare ai principi fondamentali o ai diritti e alle libertà personali sanciti dalla costituzione”⁽⁸⁷⁾.

⁸⁷⁾ Sulla nozione di “ordine pubblico” si vedano le conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs nel caso *Eurofood*, Causa C-341/04 Corte di giustizia del 2 maggio 2006, *Eurofood IFSC Ltd*, in *Fall.*, 2006, p. 1249, punto 145, che afferma come rientri nel concetto di violazione dell'ordine pubblico prevista dall'art. 26 del regolamento il mancato rispetto del principio dell'equo processo: “l'ordine pubblico a cui si fa riferimento nell'art. 26 comprende chiaramente la mancata osservanza del principio del giusto processo laddove essenziali garanzie procedurali, quali il diritto a essere sentiti e i diritti di partecipazione al procedimento, non siano stati adeguatamente tutelate. Ammesso che il comportamento che si adduce violare l'ordine pubblico rientri nell'ambito di detta disposizione, i suoi termini chiariscono che spetta a ciascuno Stato membro valutare se la decisione di un altro Stato membro sia contraria all'ordine pubblico del primo Stato membro. Se è così, la questione se la violazione addotta sia stata sufficientemente grave

Secondo l'art. 25 n. 3 gli Stati membri possono rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione relativa allo svolgimento e alla chiusura di una procedura d'insolvenza "che abbiano come effetto una limitazione della libertà personale o del segreto postale."

Queste ultime sono da considerarsi ipotesi estreme cui si ricorrerà nel minor numero possibile di casi, posto che il riconoscimento, nel sistema del regolamento è da considerarsi un atto dovuto, operativo *ex lege* e come tale non derogabile.

Anche su tale aspetto ha inciso la pronuncia *Eurofood*,⁽⁸⁸⁾ sui cui principi più diffusamente in seguito. Mi limito qui ad evidenziare che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, (chiamata a pronunciarsi in relazione al quesito se la competenza assunta da un giudice di uno Stato membro per aprire una procedura d'insolvenza principale possa essere sottoposta a controllo da parte di un giudice di un altro Stato membro) ha osservato come proprio in virtù del principio di fiducia reciproca tra ordinamenti giuridici, dettato dal considerando 22 preliminare al regolamento, debba considerarsi esistente un "sistema obbligatorio di competenza" a seguito del quale i singoli Stati membri rinunciano alle proprie "norme interne di riconoscimento e di esecuzione delle decisioni pronunciate nell'ambito di procedure d'insolvenza, senza poter controllare la valutazione effettuata dal primo giudice"⁽⁸⁹⁾.

da permettere a quel giudice di rifiutare il riconoscimento ai sensi dell'art. 26 rientra nell'ambito del diritto nazionale", il quale si riferisce, peraltro, al *Report Virgos Schmit*, par. 207, ai sensi del quale l'eccezione di ordine pubblico consente di verificare il rispetto di essenziali garanzie procedurali quali l'adeguata possibilità di essere sentiti ed i diritti di partecipazione al procedimento nell'ambito dello Stato membro di origine della decisione. Vedi PERSANO, *L'esecuzione delle decisioni nel Regolamento (CE) n. 1346 del 29 maggio 2000 relativo alle procedure di insolvenza*, in *Dir. comm. internaz.*, p. 800.

⁽⁸⁸⁾ Causa C-341/04 Corte di giustizia del 2 maggio 2006, *Eurofood IFSC Ltd*, in *Fall.*, 2006, p. 1249, punti 38 ss.

⁽⁸⁹⁾ *Eurofood*, Causa C-341/04 Corte di giustizia del 2 maggio 2006, *Eurofood IFSC Ltd*, punti nn. 40 e 42. Sulla possibilità di impiegare l'eccezione di ordine pubblico di cui all'art. 26 per contestare la competenza internazionale del giudice che abbia provveduto ad aprire una procedura principale d'insolvenza, PERSANO, *L'esecuzione delle decisioni nel Regolamento (CE) n. 1346 del 29 maggio 2000 relativo alle procedure di insolvenza*, in *Dir. comm. internaz.*, p. 802, che osserva come al di là del dettato generico del considerando 22, che si limita a specificare che "i motivi di mancato riconoscimento dovrebbero essere ridotti al minimo necessario", non sono rintracciabili nella disciplina comunitaria delle specifiche disposizioni a riguardo. Anche su tale punto è intervenuto la Corte di Giustizia nel caso *Eurofood*, punto 64, dichiarando estensibili al regolamento n. 1346/2000 le considerazioni elaborate dalla giurisprudenza comunitaria in relazione al sistema creato dalla convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 attraverso la cui conclusione è stato istituito lo "spazio giudiziario europeo", e dal regolamento n. 44 del 2001. In particolare, è applicabile al regolamento sull'insolvenza il principio di cui all'art. 35.3, seconda frase, del regolamento n. 44 del 2001, secondo cui: "Le norme sulla competenza non riguardano

2.2.8 *Nozione di ordine pubblico* ⁽⁹⁰⁾

La Corte di Giustizia nel caso *Eurofood* non ha analizzato solo temi strettamente connessi alla giurisdizione (che approfondirò in seguito) ma si è soffermata altresì in relazione al concetto di ordine pubblico, affiancando a quanto previsto dal regolamento i concetti desumibili dai singoli diritti nazionali dei singoli Stati membri e quelli di derivazione comunitaria.

La società *Eurofood*, era stata assoggettata contemporaneamente a due procedure, una italiana ed una irlandese la prima delle cui decisioni è stata ritenuta di poco successiva.

La Suprema Corte Irlandese, in ogni caso, aveva ravvisato nella procedura italiana la possibile violazione di diritti fondamentali quali quello di difesa per il fatto di non aver messo a disposizione del provvisoria liquidator nominato gli atti del processo pendente di fronte al Tribunale di Parma. La questione è stata dunque posta alla Corte di Giustizia in punto di possibile violazione dell'ordine pubblico. Premesso che "affermando la propria competenza per controllare i limiti entro i quali il giudice di uno Stato contraente può ricorrere a tale clausola per non riconoscere una decisione emanata da un giudice di un altro Stato contraente, la Corte, con riferimento alla convenzione di Bruxelles, ha dichiarato che un ricorso a tale clausola è immaginabile solo nel caso in cui il riconoscimento o l'esecuzione della decisione pronunciata in un altro Stato

l'ordine pubblico contemplato dall'art. 34, punto 1", quale circostanza ostativa al riconoscimento dell'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali stranieri. In tale senso molto interessante la giurisprudenza italiana, Corte d'appello di Torino, 10 marzo 2009, *Illochroma Italia srl in liquidation judiciaire c. Fallimento Illochroma Italia srl* e altri, in *Il fall. e altre procedure concorsuali*, 2009, pp. 1293 ss.: "Per l'art. 16, n. 1, primo comma, la procedura di insolvenza principale aperta in uno Stato membro deve essere riconosciuta dai giudici degli altri Stati membri senza che questi possano controllare la competenza del giudice dello Stato di apertura. Ciò vale anche qualora risulti che il debitore abbia un solo sito di produzione dell'attività economica, per di più coincidente con la sede legale, e tale sito sia localizzato in un Paese membro diverso da quello di apertura. In tal caso in quel Paese membro può essere aperta una procedura secondaria, ai sensi dell'art. 3, n. 2. Il Regolamento infatti distingue non già tra sede principale e sedi secondarie, ma tra centro degli interessi principali e dipendenza, e nell'operare tale suddivisione non afferma che l'uno e l'altra siano connotati da analoghe strutture produttive differenziate fra loro in senso quali-quantitativo. Al contrario, il centro degli interessi principali ben può prescindere dal luogo in cui è ubicato il fattore capitale e dislocata la forza lavoro, tant'è che per le società il centro degli interessi principali si presume, salvo prova contraria, coincidente con la sede statutaria, e non già con il principale stabilimento."

⁹⁰⁾ Causa C-341/04 Corte di giustizia del 2 maggio 2006, *Eurofood IFSC Ltd*, in *Fall.*, 2006, p. 1249 (punti 62 e 63).

contraente contrasti in modo inaccettabile con l'ordinamento giuridico dello Stato richiesto, essendo la stessa lesiva di un principio fondamentale nello stesso ordinamento giuridico" la Corte nel caso *Eurofood* ha stabilito che "la lesione dovrebbe costituire una violazione manifesta di una regola di diritto considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dello Stato richiesto o di un diritto riconosciuto come fondamentale nello stesso ordinamento giuridico [...]. Tale giurisprudenza è applicabile all'art. 26 del regolamento [...] e la questione va dunque risolta affermando che l'art. 26 del regolamento deve essere interpretato nel senso che uno Stato membro può rifiutarsi di riconoscere una procedura d'insolvenza aperta in un altro Stato membro qualora la decisione di apertura sia stata assunta in manifesta violazione del diritto fondamentale di essere sentito di cui gode un soggetto interessato da tale procedura" ⁽⁹¹⁾.

2.2.9 Il curatore (art. 18) ⁽⁹²⁾

L'art. 2 definisce il curatore come qualsiasi persona, o organo, la cui funzione è di amministrare o liquidare i beni dei quali il debitore è sprossessato o di sorvegliare la gestione dei suoi affari, prevedendo poi l'elenco di tali persone e organi in un apposito allegato C.

La disciplina di quest'istituto è prevista all'art. 18, che individua i poteri che il curatore di una procedura d'insolvenza può esercitare negli altri Stati membri, a seguito della decisione di apertura automaticamente riconosciuta. E' necessario, però, differenziare la disciplina dei poteri del curatore a seconda che si tratti di una procedura principale oppure secondaria.

⁹¹⁾ Il mancato riconoscimento di una decisione in quanto manifestamente contraria all'ordine pubblico dello Stato che riceve la decisione è una clausola presente altresì nel regolamento (CE) n. 44/2001 all'art. 34, par. 1, punto 1. V. LUPOI, *sub* Reg. (CE) n. 44/01, art. 34, par. 1, punto 1, in *Commentario breve al codice di procedure civile*, a cura di CARPI-TARUFFO, Padova, 2012, cui si rinvia per ampi approfondimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁹²⁾ VIRGÒS-GARCIMARTIN, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, The Hague, 2004, p. 195; FLETCHER-MOSS-ISAAC, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A commentary and annotated guide*, London, 2009, p. 308, par. 8.274 ss.

Nel primo caso, al Curatore sono riconosciuti diritti e prerogative in via esclusiva, quale lo specifico potere di trasferire i beni del debitore fuori dal territorio dello Stato membro in cui essi si trovano.

Un simile potere è conseguenza dello spossessamento del patrimonio del debitore e per il cui esercizio, a prescindere dalle qualificazioni, il regolamento non richiede la concessione di un *exequatur* nello Stato in cui sono localizzati i beni in questione. La norma fa comunque salvi gli effetti degli artt. 5 e 7.

Gli effetti dell'esercizio di tali poteri non sono limitati al territorio dello Stato di apertura con due limiti: a) l'apertura di un'altra procedura d'insolvenza nello Stato; b) l'adozione di una misura conservativa contraria, in seguito a una domanda di apertura di una procedura d'insolvenza nello Stato in cui si trovano i beni.

Entro tali limiti, il curatore agisce liberamente, senza dover ottenere un *exequatur* negli altri Stati membri per potere esercitare i suoi poteri.

Nel secondo caso, quello dell'apertura di una procedura secondaria, il par. 2 attribuisce poteri meno ampi di quelli riconosciuti al curatore della procedura principale dal par. 1. Non può esercitare i poteri previsti dalla legge dello Stato di apertura negli altri Stati comunitari, salva la possibilità di far valere, in via giudiziaria o stragiudiziale ogni azione revocatoria, nell'interesse dei creditori, anche in un altro Stato, qualora un bene mobile vi sia stato trasferito dopo l'apertura della procedura secondaria e ciò per combattere il fenomeno del *forum shopping*.

Il par. 3 pone un ulteriore limite all'operato del curatore negli altri Stati membri, a protezione del principio di sovranità degli stessi. Nell'esercizio dei propri poteri, infatti, egli deve rispettare la legge dello Stato membro nel cui territorio intende agire e in particolare le modalità di liquidazione dei beni.

Si ritiene che tale norma debba essere interpretata in senso restrittivo, lasciando che la *lex concursus* regoli l'esistenza e l'estensione dei poteri del curatore e la legge dello Stato di attuazione determini le modalità di esercizio.

Quanto al limite posto alla liquidazione dei beni, si è affermato che il curatore, in caso di mancata cooperazione del debitore, debba comunque adire le autorità dello Stato in cui sono situati i beni stessi. La prova della nomina del curatore è formalizzata, in conformità con l'art. 19, con la presentazione di una copia conforme all'originale della

decisione di nomina o di qualsiasi altro *certificato* rilasciato dal giudice competente e permette che sia tradotta nella lingua ufficiale o in una delle lingue ufficiali dello Stato membro nel cui territorio il curatore esercita le sue funzioni.

Con riferimento al ruolo del curatore, una notazione merita infine il considerando 20 al regolamento, il quale, nel dichiarare che le procedure principali e secondarie d'insolvenza possono contribuire ad un'efficace liquidazione dell'attivo soltanto se è effettuato un coordinamento tra tutte le procedure pendenti, ricorda che il presupposto essenziale a tal fine è una stretta collaborazione tra i diversi curatori, che deve comportare in particolare un sufficiente scambio d'informazioni. Per garantire il ruolo dominante della procedura principale d'insolvenza, il curatore della medesima dovrebbe disporre di diverse possibilità d'intervento sulle procedure secondarie d'insolvenza contemporaneamente pendenti, avendo ad esempio la facoltà di proporre un piano di risanamento o un concordato oppure di chiedere la sospensione della liquidazione dell'attivo nelle procedure secondarie.

CAPITOLO 3

LA GIURISDIZIONE NEL REGOLAMENTO N. 1346/2000

Le parole chiave

Per un'analisi degli aspetti salienti della giurisdizione in materia transfrontaliera e per procedere all'esame dei nodi interpretativi presentatisi nell'applicazione, ormai decennale, del regolamento n. 1346/2000, l'impostazione del presente scritto non può prescindere dalla menzione di una pronuncia della Corte di Giustizia, del cui ruolo determinante nel processo di armonizzazione comunitaria, si è già dato atto. Si tratta della ormai famosa sentenza *Eurofood*, decisione che spicca, oltre che per il fatto di aver ricomposto uno dei più importanti conflitti di giurisdizione sino ad ora verificatisi in materia concorsuale, per la varietà dei temi, per così dire, ancillari, trattati dai giudici europei.

Proprio per la completezza e per la complessità dei temi trattati, i principi affermati dalla Corte di Giustizia nel caso qui descritto, nelle intenzioni di chi scrive, possono essere utilizzati quale parametro di partenza. Sulla base dei principi ivi formulati, di cui mi propongo un'analisi nelle pagine successive, si può, in altre parole, valutare se, a seguito della spinta in certo senso "correttiva" data al regolamento dall'interpretazione della Corte di Giustizia, in particolare sui temi della giurisdizione, gli Stati membri possano oggi considerarsi ben orientati dalla legislazione europea in materia d'insolvenza e, in caso contrario, individuare i punti tuttora irrisolti o bisognevoli di modifica.

3.1. *Il Leading Case Eurofood*

Il caso *Eurofood* rappresenta certamente il *leading case* sul regolamento n. 1346/2000 ⁽¹⁾.

Questa in breve la fattispecie.

Il 24 dicembre 2003, il giorno dopo l'emanazione, in Italia, del decreto legge n. 347, sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi ⁽²⁾, Parmalat s.p.a. veniva ammessa dal Ministro delle attività produttive a tale nuova procedura, con nomina, quale commissario straordinario, del dott. Enrico Bondi. Il presupposto dell'insolvenza veniva confermato come sussistente in capo a Parmalat s.p.a. dal Tribunale di Parma, il giorno 27 dicembre 2003.

Come noto, Parmalat era capogruppo di società sviluppate a livello internazionale e di tale gruppo faceva parte anche *Eurofood IFSC Ltd*, società di diritto irlandese con sede a Dublino.

Successivamente, il 27 gennaio 2004, la *Bank of America*, sostenendo che l'insolvenza fosse dimostrata dalle dichiarazioni di un amministratore, chiedeva alla *High Court* di Dublino l'apertura a carico di *Eurofood* di una procedura di liquidazione coatta e la nomina immediata di un curatore provvisorio.

Lo stesso giorno la *High Court* nominava per *Eurofood* un *provisional liquidator*, Mr. Farrell, conferendogli il potere di prendere possesso di tutti i beni, di gestirne gli affari, di aprire un conto corrente a nome della stessa e di ricorrere alle prestazioni di un consulente.

Il 9 febbraio 2004 il Ministro italiano delle attività produttive a sua volta, in base all'art. 3 della c.d. legge Marzano, ammetteva *Eurofood* alla procedura (italiana) di amministrazione straordinaria con nomina del medesimo curatore di Parmalat s.p.a., il dott. Enrico Bondi.

Quest'ultimo, il giorno successivo, informava a mezzo fax, Mr. Farrell di avere nominato con effetto immediato, tre nuovi direttori di *Eurofood*, di nazionalità italiana.

¹⁾ Causa C-341/04 Corte di giustizia del 2 maggio 2006, *Eurofood IFSC Ltd*, in *Fall.*, 2006, p. 1249.

²⁾ GALETTI-ROSSI, *La (troppo) breve storia di una (troppo) breve legge*, reperibile on line sul sito www.judicium.it.

Il giorno 12 febbraio 2004, il dott. Bondi depositava la relazione prevista dall'art. 4 del decreto legge n. 347 del 2003, chiedendo l'accertamento dello stato d'insolvenza di *Eurofood* da parte del Tribunale di Parma.

Il 13 febbraio 2004 Mr. Farrell riceveva una comunicazione dal dott. Bondi relativa alla fissazione di un'udienza davanti al Tribunale di Parma per il giorno 17 febbraio, per discutere lo stato d'insolvenza di *Eurofood*. alcuna comunicazione viene data agli altri soggetti interessati dalla procedura irlandese.

Il 17 febbraio 2004 si teneva dunque, di fronte al tribunale di Parma, l'udienza per l'accertamento dell'insolvenza di *Eurofood*. Mr. Farrell era presente ma non riceveva copia del ricorso dal dott. Bondi e nemmeno dei documenti allegati. La richiesta di rinvio avanzata da Mr. Farrell per poter esaminare il ricorso e i documenti depositati viene respinta dal Tribunale che si limita a concedere un termine per memorie sino al 19 febbraio. Il termine a disposizione di Mr. Farrell è però più breve, poichè questi deve far avere la propria memoria alla difesa del dott. Bondi entro la sera del 18 febbraio.

Il 20 febbraio 2004, il Tribunale di Parma dichiarava l'insolvenza di *Eurofood*, sul presupposto che il Comi di questa si trovava in Italia, presso la sede della società controllante Parmalat s.p.a., e che la procedura pendente in Irlanda non si poteva ritenere aperta con la semplice nomina di un *provisional liquidator*.

Con decisione del 23 marzo 2004, però, la *High Court* dichiarava che secondo la legge irlandese la procedura d'insolvenza nei confronti di *Eurofood* era da ritenersi aperta il 27 gennaio precedente, e cioè con la nomina del curatore provvisorio ed apriva a carico di *Eurofood* la procedura d'insolvenza irlandese (*Compulsory winding up*). Rifiutava sulla base di tale argomentazione di riconoscere la decisione del Tribunale di Parma, ritenendo che, sulla base di un criterio di priorità temporale, il procedimento d'insolvenza locale dovesse prevalere su quello aperto in Italia e conseguentemente emettendo un order per il *winding up* di *Eurofood*.

Il commissario dell'amministrazione straordinaria italiana di *Eurofood* però, impugnava in Irlanda la decisione di apertura irlandese, sollevando alcune questioni, tra cui anche quella della localizzazione del Comi della società debitrice.

Argomentava infatti che *Eurofood*, nonostante la sede statutaria fosse in Irlanda, aveva il proprio Comi in Italia, considerato il capitale interamente posseduto dall'italiana

Parmalat e le scelte gestionali che erano di fatto controllate dall'Italia.

La High Court di Dublino non accoglieva l'impugnazione del commissario straordinario italiano e la controversia giungeva alla *Supreme Court* irlandese, giudice di ultima istanza e come tale legittimato a sollevare la questione pregiudiziale d'interpretazione del regolamento di fronte alla Corte di Giustizia.

Le questioni poste alla Corte di Giustizia erano in effetti molto varie. Si procede con ordine gerarchico, finalizzato ad evidenziare l'importanza che le decisioni che ne sono derivate hanno avuto nell'impianto complessivo del regolamento ⁽³⁾.

³⁾ Le questioni pregiudiziali proposte, per completezza erano le seguenti:

1. Se, allorché ad un giudice competente viene presentata in Irlanda una domanda di liquidazione (“*winding up*”) di una società insolvente e detto giudice emette, in pendenza dell'emissione di un'ordinanza di liquidazione, un'ordinanza di nomina di un curatore provvisorio (“*provisional liquidator*”) munito del potere di prendere possesso degli attivi della società, amministrare i suoi affari, aprire un conto corrente bancario e nominare un consulente, tutto ciò con la conseguenza sul piano giuridico di privare del potere di agire gli amministratori della società, codesta ordinanza combinata con la presentazione della domanda costituisca una decisione di apertura della procedura d'insolvenza (“*insolvency proceedings*”) ai fini dell'art. 16 del regolamento (...), interpretato alla luce degli artt. 1 e 2 dello stesso.

2. In caso di soluzione negativa della prima questione, se la presentazione, in Irlanda, dinanzi alla High Court di una domanda di liquidazione coatta (“*compulsory winding up*”) di una società ad opera del giudice costituisca l'apertura della procedura d'insolvenza (“*insolvency proceedings*”) ai fini di tale regolamento in forza della disposizione legislativa irlandese [art. 220, n. 2, del *Companies Act*], ai sensi della quale la liquidazione di una società inizia alla data di presentazione della domanda.

3. Se l'art. 3 del suddetto regolamento, in combinato disposto con l'art. 16 dello stesso, abbia per effetto che un giudice di uno Stato membro diverso da quello ove è situata la sede statutaria della società e diverso da quello ove la società esercita in modo abituale la gestione dei suoi affari secondo modalità riconoscibili da terzi, ma ove è stata inizialmente aperta la procedura d'insolvenza, sia competente ad aprire la procedura d'insolvenza principale.

4. Se, laddove:

a. la sede statutaria di una società madre e della sua controllata sono in due diversi Stati membri,

b. la controllata esercita in modo abituale la gestione dei suoi interessi secondo modalità riconoscibili da terzi ed in osservanza completa e regolare della sua stessa identità societaria nello Stato membro dove è situata la sua sede statutaria e

c. la società madre, grazie al suo azionariato ed al potere di nominare gli amministratori, è in grado di controllare e di fatto controlla la gestione della controllata, per determinare il «centro degli interessi principali», i fattori rilevanti siano quelli menzionati alla lett. b) supra o, invece, quelli menzionati alla lett. c) supra.

5. Se, quando il fatto di consentire che una decisione giudiziaria o amministrativa produca effetti giuridici con riguardo a persone o enti i cui diritti ad un procedimento corretto e ad un dibattito equo non siano stati osservati nel prendere una decisione siffatta sia manifestamente contrario all'ordine pubblico di uno Stato membro, tale Stato membro sia obbligato, a norma dell'art. 17 del suddetto regolamento, a riconoscere una decisione dei giudici di un altro Stato membro intesa ad aprire la procedura d'insolvenza nei confronti di una società, in una situazione in cui il giudice del primo Stato membro è convinto che la decisione in questione sia stata emessa nell'inosservanza di tali principi e, in particolare, laddove il ricorrente nel secondo Stato membro ha rifiutato, nonostante sollecitazioni e contrariamente all'ordinanza del giudice del secondo Stato membro, di fornire al “*provisional liquidator*” della società, debitamente nominato conformemente al diritto del primo Stato membro, copia dei

3.2. *Il criterio del Comi: (centre of main interests) (4)*

Il criterio di connessione giurisdizionale rappresentato dal Comi ispira l'intero

documenti essenziali che sono alla base della domanda».

⁴⁾ Per un'elencazione della dottrina, amplissima, in materia, rinvio alle indicazioni fornite in nota a capitolo 2. Il criterio del Comi (*Centre of debtor's main interests*) è utilizzato dal regolamento (Ce) n. 1346/2000 all'art. 3 n. 1 ed è stato oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali nazionali e comunitarie. Fra queste la decisione del Tribunale di Parma 20, febbraio 2004, dichiarativa dell'insolvenza *Eurofood*, in *Foro it.*, 2004, III, c. 615 ss.; la decisione della *High Court* di Dublino che riafferma la propria giurisdizione, *In re Eurofood IFSC Lt.*, [2004] IEHC 607 (march 23, 2004), in <http://bailii.org/ie/cases/IEHC/2004/607.html>; ancora la proposizione da parte della Corte Suprema Irlandese della domanda pregiudiziale alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee sull'interpretazione del regolamento n. 1346/2000 in particolare al quesito se le corti irlandesi oppure le corti italiane fossero competenti a deliberare sull'assoggettamento di *Eurofood* ad una procedura d'insolvenza principale, *In re Eurofood IFSC ltd.*, [2004] IESC 45 (2005), ILRM 161 (july 27,2004) in <http://bailii.org/ie/cases/IESC/2004/45.html>; Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, *Eurofood IFSC Ltd.- Enrico Bondi v. Bank of America N.A., Pierce Farrel, Official Liquidator, Director of Corporate Enforcement, Certificate (Note Holders)*, causa C-341/04, in Racc., 2006, p. I-3813 ss., commentata da PERSANO, *Il caso Eurofood, ovvero la contestuale apertura di due procedure principali d'insolvenza nello spazio giudiziario europeo*, in *Fall. et al. proc. conc.*, 2004, p. 1268 ss.; LUPOI M.A., *Conflitti di giurisdizioni e di decisioni nel regolamento sulle procedure d'insolvenza: il caso "Eurofood" e non solo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2005, LIX, p. 1393 ss.; BACCAGLINI, *Il caso Eurofood: giurisdizione e litispendenza nell'insolvenza transfrontaliera*, in *Int'l Lis*, 2006, p. 123 ss.; REMERY, *L'application à une filiale du règlement communautaire relatif aux procédures d'insolvabilité*, in *Revue des sociétés*, 2006, p. 360 ss.; MOSS, *Asking the right question? Highs and lows of the ECJ Judgement in Eurofood*, in *Insolvency Intelligence*, 2006, p. 97 ss.; BACHNER, *The Battle over Jurisdiction in EC Insolvency Law, in European company and financial law review*, 2006, p. 310 ss.; GARASI' C, *What is right and what is wrong in the ECJ's Judgement on Eurofood IFSC LTD*, in *Yearbook of Private international law*, 2006, p. 87 ss.; CASTELLANETA, *L'utilizzo del centro degli interessi principali del debitore come titolo di giurisdizione secondo il regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure d'insolvenza*, 2006, consultabile sul sito www.notariato.it; BARIATTI, *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di giustizia: il caso Eurofood*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 203 ss.; WINKLER, *Le procedure concorsuali relative ad imprese multinazionali: la Corte di Giustizia si pronuncia sul caso Eurofood*, in *Int'l Lis*, 2007, p. 15 ss.; MUCCIARELLI, *Eurofood, ovvero: certezza del diritto formale e incoerenza dei principi*, in *Giur. comm.*, 2008, p. 1224 ss.; Sempre in merito ai problemi connessi al Comi numerose altre pronunce sebbene precedenti alla pronuncia *Eurofood*, fondamentale in materia di Comi quali: sentenza del Tribunale di Milano, sez. II, 18 marzo 2004, *Procura della Repubblica v. Criss Cross communication Italy s.r.l.*, sul sito www.cimejes.com; ancora il caso *Enron Directo*, *High Court of Justice, Ch. Div.* 4 giugno 2002, *In re Enron Directo S.L.*, par. 18, sul sito <http://www.iiiglobal.org/country/european>>union/Enron>>Directo>>Skel-.pdf>; il caso *Cirio Parmalat*, Tribunale di Roma, 26 novembre 2003, *Cirio Finance Luxembourg S.A.*, in *Foro it.*, 2004, I, c. p. 1567 ss.; la sentenza *High Court of Justice di Leeds*, del 16 maggio 2003, *Daisytek-ISA Ltd.*, in *Riv. dir. intern. privato e proc.*, 2004, p. 774.; la sentenza dell' *High Court of Justice, Ch. Div.*, del 7 febbraio 2003, *Budget Rent-a-Car International Inc.*, pubblicata in estratto sul sito <http://vlex.co.uk/vid/52636799>. In relazione al criterio del Comi si veda in dottrina, tra gli altri, CATALLOZZI, *Il regolamento europeo e il criterio del Comi (centre of main interests). La parola alla Corte*, in *Il fallimento*, 2006, p. 1249; DE CESARI, *L'onere della prova del "centro degli interessi principali del debitore"*, in *Il fallimento* 2009, p. 65; FUMAGALLI, *Apertura della procedura principale, competenza giurisdizionale e riconoscimento della decisione*, in *Giur. Comm.*, 2007, II, 324; DIALTI, *Il caso Eurofood, tanto rumore per (quasi) nulla?*, in *Dir. Fall.*, 2006, 787; MUCCIARELLI, *Spostamento della sede statutaria in un Paese membro della UE e giurisdizione fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 616 ss.; WESSELS, *Twenty suggestions for a Makeover on the EU Insolvency Regulation*, 2007, in www.bicl.org; SHANDRO-MONTGOMERY, *Comi and Groups of Companies*, in *Insolvency Intelligence*, 2005, p. 158 ss.

funzionamento del regolamento dell'Unione Europea. Come già osservato, ⁽⁵⁾ il concetto non compare per la prima volta nel regolamento 1346/2000. Medesimo strumento viene menzionato, sebbene come strumento per radicare la giurisdizione in senso indiretto, già nella convenzione di Istanbul del 1990, dalla convenzione dell'Unione Europea sull'insolvenza del 1995. Il centro degli interessi principali è utilizzato come fattore perno per il radicamento della giurisdizione internazionale anche a livella extra-comunitario, testimonianza ne sono le previsioni dell'*UNCITRAL Model law on cross border insolvency* del 1997 e i *Transnational Insolvency Principles of Cooperation* vincolanti i paesi NAFTA, del 2003, ove il criterio del Comi è utilizzato quale fattore determinante per l'apertura di una procedura principale d'insolvenza.

Il Comi, in ambito europeo, costituisce il criterio di collegamento per determinare la competenza internazionale, individua la legge applicabile alla procedura aperta e fornisce la guida per il riconoscimento automatico delle decisioni ⁽⁶⁾.

Per individuare i giudici competenti ad aprire una procedura principale d'insolvenza a carattere universale, dunque, l'art. 3 n. 1 del regolamento fa riferimento allo Stato membro nel cui territorio è situato il «centro degli interessi principali».

Il concetto non viene definito espressamente dagli articoli del regolamento ma ne è ricavabile una prima descrizione al considerando 13, laddove è previsto che “per 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”.

Con specifico riferimento a società e persone giuridiche è prevista al par. 1 dell'art. 3 una presunzione semplice (vincibile cioè con la prova contraria), di coincidenza del Comi con il luogo in cui si trova la sede statutaria ⁽⁷⁾.

⁵⁾ Vedi cap. 1.

⁶⁾ DE CESARI-MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana, Competenza internazionale e riconoscimento delle decisioni*, in *Il Fall.* (Monografie), 2009, p. 91 ss., dove è evidenziato come il regolamento non si sostituisce alle normative concorsuali, e in particolare a quelle di diritto internazionale privato e processuale applicabili alla materia concorsuale, dei singoli Stati membri, ma si giustappone a dette normative nel caso in cui il Comi si trovi in uno Stato membro senza che altri fattori assumano alcun rilievo. Sul punto sono citate le giurisprudenze inglesi del caso *Brac Rent a car International*, *High Court of Justice* di Londra 7 febbraio 2003, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2004, 767 e del caso *Drax Holding Limited* reperibile sul sito www.vlex.co.uk.

⁷⁾ La medesima specifica previsione non è presente con riferimento alle persone fisiche per le quali il Comi, in prima approssimazione, può essere fatto coincidere con il domicilio o la residenza ovvero con il luogo in cui si svolge l'attività sulla base di una valutazione in concreto.

Ebbene, considerata la flessibilità ed ampiezza dell'espressione, problematica è stata sin dalle prime esperienze, l'applicazione del criterio, soprattutto nelle ipotesi in cui gli elementi caratterizzanti la definizione di Comi non si concentrano tutti nel medesimo luogo fisico.

Una diagnosi delle mancanze del regolamento relativamente al Comi non può prescindere da un'anamnesi degli elementi che tale concetto compongono, partendo da una scomposizione "grammaticale" della definizione, seppur generica, offerta dal considerando n. 13 preliminare al regolamento.

Essa si rende fondamentale, considerato peraltro l'esplicito rinvio dei giudici della Corte di Giustizia nel caso *Eurofood*, che ha stabilito come "il contenuto di tale concetto (il Comi) è chiarito dal tredicesimo considerando per cui per centro degli interessi principali si deve intendere il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale, e pertanto riconoscibile da terzi, la gestione dei suoi interessi. L'individuazione dovrà pertanto avvenire secondo modalità allo stesso tempo obiettive e riconoscibili dai terzi."⁸⁾

Ebbene i tre elementi presi in considerazione sono la "gestione di interessi" in termini di "abitudine" e "riconoscibilità per i terzi".

Partendo dal primo di questi concetti, problematica è stata fin dalle prime applicazioni del regolamento la delimitazione di cosa si debba intendere per "gestione degli interessi", e ciò, in particolare, con riferimento al significato del termine "interessi".

Di tale nozione, come di tutte le definizioni contenute nel regolamento, è necessario dare un'interpretazione autonoma, basata sul contesto comunitario e svincolata dalle previsioni della *lex fori* dei singoli Stati membri ma il regolamento non ne offre, forse intenzionalmente, una definizione puntuale. Ciò al fine, parrebbe, di non irregimentare in categorie schematiche le singole fattispecie, permettendo un criterio di collegamento il più possibile plastico e fattuale, che il giudice di ogni Stato membro dovrà e potrà individuare in base alle circostanze del caso concreto, in relazione alle specifiche

⁸⁾ Causa C-341/04 Corte di giustizia del 2 maggio 2006, *Eurofood IFSC Ltd*, in *Fall.*, 2006, p. 1249 (punti 32 e 33) "Il contenuto di tale concetto è chiarito dal tredicesimo considerando per cui per centro degli interessi principali si deve intendere il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale, e pertanto riconoscibile da terzi, la gestione dei suoi interessi. L'individuazione dovrà pertanto avvenire secondo modalità allo stesso tempo obiettive e riconoscibili dai terzi."

attività e ai concreti interessi del debitore, con ampio margine di discrezionalità ⁽⁹⁾.

Oggetto dell'indagine sugli interessi principali del debitore, è il patrimonio globalmente inteso e non solo gli aspetti passivi. ⁽¹⁰⁾

La mancanza di punti di riferimento ha dato spazio a molteplici elaborazioni dottrinali.

Il concetto di "interessi", secondo alcuni, va inteso nel senso di "affari economici del debitore", da localizzare nel luogo in cui il debitore stesso li gestisce e li controlla, facendo prevalere la connessione amministrativa su quella operativa ⁽¹¹⁾.

In tale senso il concetto di interesse, è assimilabile alla nozione di impresa o anche solo di attività economica con la necessità di distinguere tra interessi del debitore persona fisica e persona giuridica.⁽¹²⁾

Con riferimento al debitore persona giuridica, peraltro, se gli interessi si sostanziano nell'attività e nel patrimonio imprenditoriale della stessa, ciò che risulta spesso difficile è individuare nel complesso dei diversi interessi del debitore quelli prevalenti e idonei ad essere qualificati come principali.

Gli interessi da ritenere rilevanti ai fini di determinare il Comi sarebbero allora quelli derivanti e collegati ai rapporti che il debitore, nell'ambito delle proprie attività, viene a stringere con i suoi "creditori" con un criterio di collegamento finalizzato quindi, innanzitutto, alla tutela dell'affidamento incolpevole dei terzi rispetto all'effettiva localizzazione territoriale del debitore.

Seguendo tale nozione di "interessi", in relazione ad ogni categoria di "terzi", si giungerebbe però ad individuare un Comi diverso. ⁽¹³⁾ E' dunque necessario stabilire

⁹⁾VIRGÓS, GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, p. 49, parlano della flessibilità di questo criterio di collegamento; LUPOI M.A., *Conflitti di giurisdizioni e di decisioni nel regolamento sulle procedure di insolvenza: il caso "Eurofood" e non solo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, LIX, p. 1401;(cfr Conclusioni avvocato generale Jacobs, causa 341\04, *Eurofood IFSC Ltd.*, punto 122.

¹⁰⁾ Sul punto vedi DE CESARI, *L'onere della prova del centro degli interessi principali del debitore*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2009, p. 71

⁽¹¹⁾ VIRGÓS, GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, p. 40.

¹²⁾ DE CESARI - MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana, Competenza internazionale e riconoscimento delle decisioni*, in *Il Fall.* (Monografie), 2009, p. 91 ss.

¹³⁾Per una fattispecie *High Court, c. DaisytekISA Ltd.*, cit., ove il g. afferma che l'identificazione del Comi richiede di considerare la scala degli interessi amministrati in un luogo particolare e la loro importanza e di confrontarla con quella degli interessi amministrati in altro luogo)

quali tipologie di rapporti acquistino valore caratterizzante degli interessi “generali” del debitore, nell’ambito della procedura d’insolvenza.⁽¹⁴⁾

L’analisi del considerando 13 impone di individuare cosa si intenda per “abitudine” e “riconoscibilità” del Comi rispetto ai terzi, per poi soffermarsi su quali soggetti, nelle intenzioni del legislatore comunitario debbano essere considerati tali.

Il requisito della abitudine presuppone quanto meno una certa stabilità dell’attività nello Stato membro del Foro ed appare quale requisito sfumato e per certi aspetti recessivo rispetto a quello della riconoscibilità, da intendersi quali manifestazione esterna e destinazione al mercato dell’attività.

Non mi pare che dal dettato del regolamento possa individuarsi una definizione certa dei soggetti destinatari di tali caratteristiche.

La sentenza *Eurofood*, però, implicitamente evidenzia l’importanza di una simile individuazione, laddove i giudici europei radicano il criterio interpretativo ed individuativo del Comi proprio sulla “prevedibilità da parte dei terzi” che assume un ruolo fondamentale in termini di “obiettività” e “verificabilità” per questi.

Condivido l’osservazione ⁽¹⁵⁾ per cui in assenza di un parametro per l’identificazione dei terzi la caratterizzazione in termini di abitudine e riconoscibilità del Comi può incontrare ostacoli, in quanto le aspettative dei singoli possono essere notevolmente divergenti tra di loro (terzo può essere considerato un lavoratore subordinato così come un finanziatore e una simile divergenza soggettiva insiste sulla percezione del Comi in modo determinante) ⁽¹⁶⁾.

Ciò che mi sembra di poter osservare, in via generale, con riferimento al Comi ed ai problemi connessi alla sua individuazione è il dato fattuale che, a seconda della

¹⁴⁾ LUPOI M.A., *Conflitti di giurisdizioni e di decisioni nel regolamento sulle procedure di insolvenza: il caso “Eurofood” e non solo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, LIX, p. 1400; gli interessi del debitore insolvente e la loro principalità sono elementi variabili in ragione delle diverse categorie di soggetti direttamente o indirettamente coinvolti da una particolare procedura d’insolvenza: la relativa valutazione è dunque suscettibile di variazione da ordinamento all’altro, a seconda del tipo di procedura concorsuale in rilievo.

¹⁵⁾ SCOTTO, *Il centro degli interessi principali del debitore ed il regolamento n. 1346/2000 sull’insolvenza*, reperibile sul sito www.openstarts.it, p. 78.

¹⁶⁾ WAUTELET, *Some consideration on the Center of Main Interests as jurisdictional test under the European Insolvency Regulation*, in G. Affaki (ed.), *Faillite internationale et conflit de juridiction: regards croisés transatlantiques: US-EU experience*, Bruxelles, 2007, p. 100 ss.; VAN GALEN, *The European Insolvency Regulation an Group of Companies*, in *TVI*, 2004, p. 15. ,

fattispecie di volta in volta esaminata, la giurisprudenza ha ritenuto rilevanti aspetti diversi tra loro, sia con riferimento alla categoria di terzi “prevalente” sui cui interessi “plasmare” la decisione, sia con riferimento agli elementi rilevanti per la determinazione dell’attività rilevante ai fini del radicamento del Comi.

Così, nel caso *Eurofood*, la soluzione della Corte di Giustizia sembra prendere in considerazione, quale categoria di terzi da tutelare, principalmente quella degli investitori istituzionali. Quanto all’indice fondamentale per radicare il Comi il riferimento è alla “gestione quotidiana condotta nello Stato del Foro (e coincidente con quello della sede legale)”. Nella sentenza *Daisytek*, che può essere considerato il più famoso precedente “di merito” ⁽¹⁷⁾ rispetto alla sola, e unica, decisione della Corte di Giustizia sul tema (quantomeno per le importanti implicazioni in relazione alla disciplina dei gruppi di imprese), la Corte di Leeds ha individuato le categorie di terzi da “privilegiare” nei finanziatori e nei fornitori, e l’indice radicante il Comi nel dato che nello Stato membro fossero approvate spese della società oltre una certa soglia e decise assunzioni per gli inquadramenti lavorativi dirigenziali ⁽¹⁸⁾.

¹⁷⁾ Si tratta della prima grande occasione di applicazione del Comi nei rapporti tra Francia e Regno Unito che, sebbene non giunta alla Corte di Giustizia, merita menzione per una descrizione del panorama precedente il leading case Eurofood. Per ragioni di opportunità pratica si rinvia alla lettura della decisione con riferimento alla fattispecie e ci si limita ad evidenziare come quest’ultima sia la prima di una lunga serie di casi in cui i giudici inglesi hanno ravvisato in modo sistematico il Comi di controllate estere di società capogruppo inglesi nel Regno Unito, tanto che la dottrina, osservando la rigidità di un simile comportamento, insensibile rispetto alla sfumature dei singoli casi, è stata indotta a etichettare questa tendenza come anglo-saxon approach. Medesima tendenza a ravvisare il Comi delle controllate estere in coincidenza con quello italiano delle capogruppo nell’ipotesi di gruppi di società, è riscontrabile anche nelle due megainsolvenze italiane coinvolte dall’applicazione del regolamento n. 1346/2000, sebbene le controllate in questione svolgessero nel paese della loro sede statutaria un’attività ben riconoscibile e definita. Significative le sentenze del Tribunale di Parma dichiarative dell’insolvenza delle società di diritto olandese e lussemburghese appartenenti al gruppo Parmalat (Parma Food Corporation BV, Parmalat Soparfi SA; Parmalat Finance Corporation BV, Parmalat Capital Netherland; Dairies International, Parmalat Netherland) in data 4 febbraio 2004, inedite; come pure quelle del Tribunale di Roma dichiarative dell’insolvenza di Cirio Finance Luxemburg S.A. in data 26 novembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 1567. Le sentenze sono reperibili, nella traduzione in inglese, in allegato a Corno, *Implementation of EU Regulation – Italian Court’s Experience*, IBA Committee J (Insolvency and creditors’ rights) Conference, Siviglia, 18 – 20 aprile 2004, in www.ibanet.org/PaperDetails.asp. Al fine di determinare il Comi, il Tribunale di Parma ha valutato il luogo in cui si svolgeva l’attività di direzione e il centro propulsore dell’impresa ove operavano gli amministratori. L’approccio “ribelle” dei giudici nazionali non è stato modificato dalla massima “restrittiva” della Corte di Giustizia in materia di Comi in riferimento ai gruppi di società, i quali hanno continuato a considerare i gruppi quale soggetto unico ai fini della determinazione della competenza giurisdizionale.

¹⁸⁾ *High Court of Justice, Chancery Division, 9 giugno 2006*, in *Collins & Aikman Corporation Group*, in <http://www.bailii.org/>) e *Nortel (High Court of Justice, Chancery Division, 14 gennaio 2009, Nortel Group*, in <http://www.bailii.org/>), che parlano di riconoscibilità dei terzi con riferimento ai creditori.

Ancora, con riferimento ai parametri ritenuti rilevanti dai giudici degli Stati membri per radicare la propria competenza giurisdizionale ad aprire una procedura d'insolvenza, gli indici ritenuti determinanti sono stati i più disparati ⁽¹⁹⁾. Una simile constatazione fa vacillare la portata definitiva del criterio previsto all'art. 3 par. 1, come evidenzierò nel paragrafo successivo.

Sul concetto di "gestione" si concentrano aspetti problematici che hanno alimentato il dibattito dottrinale con riferimento, ad esempio, ai casi in cui di cui la sede statutaria è una mera sede formale, unica ipotesi questa citata dalla sentenza *Eurofood* (come unica idonea a superare la presunzione di coincidenza tra Comi e sede legale), cui non corrisponde, nel territorio, alcuna attività imprenditoriale o amministrativa e alcuna collocazione di beni, elementi collocati, in realtà, in uno Stato membro diverso.

Una prima impostazione del problema ⁽²⁰⁾ è stata quella per cui, a prescindere dalla collocazione formale, la competenza ad aprire una procedura principale d'insolvenza spetta al giudice del luogo in cui tali elementi sono realmente collocabili, a prescindere dal luogo di registrazione dell'impresa. E in questo senso si suole parlare di *head office o mind of management approach*, nel senso che il centro degli interessi principali del debitore si trova nello Stato membro in cui la società, e la persona giuridica, in generale, esercita la propria attività, dove i dipendenti della stessa lavorano, la cui legge

¹⁹⁾ Mi pare si possa osservare come i giudici nazionali abbiano, caso per caso, con un criterio di giudizio fattuale, utilizzato indici differenziati e spesso convergenti al fine di motivare la propria giurisdizione. E la constatazione è avvalorata dal dato empirico che non mi pare constino, al momento, pronunce di declinatoria della giurisdizione da parte di giudici degli Stati membri. Tale tendenza, del tutto comprensibile prima della decisione *Eurofood*, in assenza di chiare direttive, non pare del resto essere mutata dopo la pronuncia della Corte di Giustizia. Sul punto vedi SCOTTO, *Il centro degli interessi principali del debitore ed il regolamento n. 1346/2000 sull'insolvenza*, reperibile sul sito www.openstarts.it, che cita alcuni degli indici ritenuti rilevanti dalla giurisprudenza di merito indicando: la gestione quotidiana condotta nello Stato del foro (*High Court of Ireland*, in *Eurofood*), nazionalità/domicilio dei componenti l'organo direttivo nello Stato del foro (*Tribunale di Parma*, in *Eurofood*), sede della holding o della società controllante di riferimento (*Corte di Munich, Hettlage AG & Co KG*), luogo delle riunioni e delle decisioni strategiche nello Stato del foro (*Tribunale di Roma Cirio Del Monte*), approvazione delle spese oltre una certa soglia e delle assunzioni per gli inquadramenti medio-alti (*High Court of justice*, in *Daisytek-Isa*), legge regolatrice dei contratti (*Tribunal de commerce de Nanterre*, in *Emtec*), foro competente per eventuali controversie (*High Court*, in *Brac-rent-a car International*), rapporto di controllo al 100% (*Tribunale di Parma*, in *Eurofood*), fornitura di garanzie, presenza di libri contabili nello Stato del Foro (*High Courts of Leeds*, in *Rec4net.com Inc and Re DBP Holdings limited*)

²⁰⁾ DE CESARI - MONTELLA, *Le procedure d'insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, Milano, 2004, p. 106; VIRGÓS, GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, The Hague, 2004, p. 40.

disciplina i contratti di lavoro e gli accordi con le società sussidiarie per mezzo delle quali l'attività della società si svolge (²¹).

L'approfondimento del tema ha avuto una forte spinta e sviluppo nell'ambito della ricerca di una disciplina, mancante del tutto nel regolamento, con riferimento ai gruppi di società (²²). Celebre è il caso *Daisytek* (su cui diffusamente in seguito) in cui, sulla base di tale approccio è stato disposto che il Comi di tutte le società facenti parte di un gruppo debba essere individuato nel luogo in cui le decisioni rilevanti per il gruppo stesso sono prese a prescindere dalla sede legale di ciascuna società (e dunque una coincidenza del Comi di tutte le controllate con quello dell'head office, quello della società controllante).

Una soluzione, come prima anticipato, non accolta dalla pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Eurofood*, cui è stata posta la questione pregiudiziale se in un rapporto tra società madre e figlia situate in due Stati membri diversi, ai fini della determinazione del centro degli interessi principali, sia da considerarsi quale fattore rilevante la gestione abituale dei propri interessi da parte della controllata secondo modalità riconoscibili da terzi (e in osservanza della sua identità societaria nello Stato membro dove è situata la sede statutaria) o, piuttosto, la capacità della società madre di

²¹) Secondo quanto previsto dalla High Court of Justice, Ch. Div. 3 febbraio 2003, *In Re Brac-Rent-a-Car International Inc* pubblicata in estratto sul sito www.vlex.co.uk ed altresì in Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 2004, p. 767. Per un commento della decisione BENEDETTELLI, *Centro degli interessi principali del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure d'insolvenza transfrontaliera*, in Riv. dir. int. priv. proc., 2004, p. 504 ss.; vedi altresì *Tribunal de commerce de Bruxelles*, 29 luglio 2003, *CGC Communications Ltd*, (EIR database). Molti sono i casi in cui è stata applicata la teoria sopra individuata del *Head office*: a titolo di esempio *Rover France*, Tribunale di commercio di Nanterre 19 maggio 2005, reperibile sul sito www.eir-database.com, caso n. 185; *Enron Directo SA*, High Court of Justice, Chancery Division, 4 luglio 2002, *Lightman J.*; *AIM Underwriting Agencies*, in *Re Aim Underwriting Agencies (Ireland) Ltd High Court London (Ch. D)*, 2 July 2004; *Criss Cross Telecommunications*, in *Re Crisscross Telecommunications*, 18 *Insol. Int.*, 2005, p. 85; *Collin & Aikman Corporation Group*, reperibile sul sito www.bailii.org. Significative le sentenze del Tribunale di Parma dichiarative dell'insolvenza delle società di diritto olandese e lussemburghese appartenenti al gruppo Parmalat (*Parma Food Corporation BV*, *Parmalat Soparfi SA*; *Parmalat Finance Corporation BV*, *Parmalat Capital Netherland*; *Dairies International*, *Parmalat Netherland*) in data 4 febbraio 2004, inedite; come pure quelle del Tribunale di Roma dichiarative dell'insolvenza di *Cirio Finance Luxemburg S.A.* in data 26 novembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I,1567. Le sentenze sono reperibili, nella traduzione in inglese, in allegato a CORNO, *Implementation of EU Regulation – Italian Court's Experience*, *IBA Committee J (Insolvency and creditors' rights) Conference*, Siviglia, 18 – 20 aprile 2004, in www.ibanet.org/PaperDetails.asp. Al fine di determinare il Comi, il Tribunale di Parma ha valutato il luogo in cui si svolgeva l'attività di direzione e il centro propulsore dell'impresa ove operavano gli amministratori.

²²) Cui si rinvia, in particolare modo per l'analisi di una fondamentale pronuncia della High Court of Justice del 16 maggio 2003, *Daisytek-ISA Ltd & Ors*, in Riv. dir. int. priv. e proc., 2004, p. 774 ss.

controllare la gestione della controllata grazie al potere di nominare amministratori o al suo azionariato.

La Corte di Giustizia dopo aver puntualizzato che il concetto di Comi è proprio del regolamento, e deve considerarsi nozione autonoma di diritto comunitario, ha stabilito che la presunzione di coincidenza del Comi con la sede legale dell'impresa (prevista dall'art. 3 par. 1 del regolamento) ⁽²³⁾ 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 in detta sede statutaria.

Secondo questa interpretazione, 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.

La Corte di Giustizia è stata molto chiara: la presunzione di coincidenza del Comi con la sede statutaria prevista all'art. 3 par. 1 potrà essere superata solo in casi assolutamente estremi (l'esempio è quello di una società fantasma che non svolga nello Stato membro alcuna attività), ritenendo irrilevante il semplice fatto che le sue scelte "gestionali" possano essere controllate da una società madre stabilita in un altro Stato membro, dato questo non sufficiente per il superamento della presunzione di coincidenza tra Comi e sede statutaria ⁽²⁴⁾.

²³⁾ La seconda parte dell'art. 3 dispone infatti 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."

²⁴⁾ *Eurofood*, cit., punto 36.

3.3. L'applicazione giurisprudenziale del criterio del Comi prima e dopo Eurofood: è soddisfacente l'interpretazione autonoma del concetto di Comi offerta dalla Corte di Giustizia?

La pronuncia *Eurofood*, come evidenziato, affronta, tra gli altri temi, quello del superamento della presunzione di coincidenza tra Comi e sede statutaria rispetto alla persona giuridica, limitandone in modo davvero rigido i casi in cui questa è possibile.

Quando un debitore è una società controllata la cui sede statutaria è situata in uno Stato membro diverso da quello in cui ha sede la sua società madre, la presunzione contenuta nell'art. 3, n. 1, seconda frase, del regolamento, secondo la quale il centro degli interessi principali di tale controllata è collocato nello Stato membro in cui si trova la sua sede statutaria, 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. Ciò potrebbe, in particolare, valere per una società che non svolgesse alcuna attività sul territorio dello Stato membro in cui è collocata la sua sede sociale. Per contro, quando una società svolge la propria attività sul territorio dello Stato membro in cui ha sede, il 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 detto regolamento.

La Corte, in pratica, ha circoscritto il superamento della presunzione di cui all'art. 3, par. 1, alle sole ipotesi della società "fantasma", la quale non svolgesse alcuna attività nel territorio dello Stato membro in cui si trova la sua sede sociale.

A partire da tale pronuncia si sono verificate una serie di decisioni che, pur applicando e condividendo, nel testo, la pronuncia *Eurofood* e i principi ivi consacrati, giungono ad affermare, in modo contraddittorio rispetto alla teoria, assai restrittiva, di *Eurofood*, la propria competenza ad aprire una procedura d'insolvenza. L'analisi di alcuni di questi casi, dei quali si anticipa l'importanza anche in relazione alla disciplina dei gruppi di società, potrà meglio chiarire la portata dell'affermazione.

3.3.1. Il caso Eurotunnel ⁽²⁵⁾

Si tratta in effetti di un caso eclatante e non molto approfondito in Italia ⁽²⁶⁾.

La Eurotunnel SA, con sede a Parigi, chiedeva l'apertura di una *procédure de sauvegarde* nei confronti delle diverse imprese coinvolte nella costruzione del Tunnel sotto la Manica, tutte appartenenti al *Channel Tunnel Group Limited*. Nonostante tra di esse alcune avessero la sede in Stati diversi dalla Francia, il *Tribunal de commerce* di Parigi, con due sentenze del 2 agosto 2006 si è riconosciuto competente ad aprire la procedura d'insolvenza non solo nei confronti della società francese *Eurotunnel SA*, ma anche nei confronti di quella inglese *The Channel Tunnel Group Limited*. A fondamento dell'affermata competenza nei confronti di tale ultima società inglese, la Corte francese ha motivato che “alla luce di una giurisprudenza europea ormai ben stabilita, occorre basarsi su elementi obiettivi e verificabili da terzi che consentano di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa da quella che si ritiene corrispondere alla collocazione di detta sede statutaria” e che nel caso concreto “una somma di indizi concordanti e verificabili ad opera di terzi dimostra che il centro degli interessi principali delle differenti entità del gruppo *Eurotunnel* è in Francia ed in particolare a Parigi” considerata la localizzazione in Francia: del management strategico e operativo del gruppo, il trovarsi la direzione finanziaria e contabile del gruppo in Francia e ivi la collocazione della maggior parte degli affari, dei dipendenti e del patrimonio; le negoziazioni di ristrutturazione del debito si erano svolte in Francia, sotto la direzione di *M. Gounon*, presidente francese della maggior parte delle compagnie del gruppo e dotato di un mandato ad hoc comunicato ai creditori.

Il giudice, pur dando atto (senza nominarla) della giurisprudenza europea, ha comunque dato rilievo decisivo agli elementi sopra decritti per affermare la propria competenza

²⁵⁾ *Tribunale de commerce* di Parigi, 2 agosto 2006, *Eurotunnel plc and Eurotunnel S.A. and associated companies*, in <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechJuriJudi.do>

²⁶⁾ Tale sentenza ha suscitato vivo dibattito in dottrina relativamente alla sua conformità o meno alla giurisprudenza *Eurofood*: WAUTELET, *Some consideration on the Center of Main Interests as jurisdictional test under the European Insolvency Regulation*, in G. Affaki (ed.), *Faillite internationale et conflit de juridiction: regards croisés transatlantiques: US-EU experience*, Bruxelles, 2007, p. 73 ss.; MCCORMACK, *Jurisdictional competition and forum shopping in Insolvency proceedings*, in *Cambridge Law Journal*, 2009, p. 189;

giurisdizionale anche sulla società di diritto inglese. L'intervento della Corte di giustizia non pare dunque essere stato per nulla ascoltato dai giudici francesi forse in quanto inidoneo, sul punto, di colmare la lacuna normativa rappresentata dall'assenza nel regolamento di una disciplina specifica per i gruppi. Se si è già dato atto della circostanza che i giudici nazionali tendono a determinare il Comi secondo un criterio empirico, imperniato sulla fattispecie specifica,⁽²⁷⁾ è curioso osservare come in questo caso i giudici francesi abbiano dapprima citato la giurisprudenza *Eurofood* per poi farne un uso del tutto inverso rispetto alla *ratio* della stessa. Non si può certo dire che le società estere (sette inglesi, una tedesca, una olandese, una spagnola) attratte nella competenza dei giudici francesi, fossero coincidenti con l'ipotesi di società fantasma menzionata dai giudici comunitari come l'unica ipotesi di superamento della presunzione di coincidenza tra il Comi e la sede legale. ⁽²⁸⁾

3.3.2 Il caso *MG Probud* ⁽²⁹⁾

L'approccio "ribelle" dei giudici nazionali rispetto all'applicazione del criterio del Comi non pare essere mutato a seguito della decisione della Corte di Giustizia nel caso *Eurofood*, e conferma pare essere data dalla constatazione che i giudici comunitari chiamati successivamente ad intervenire, in relazione al diverso, ma connesso,

²⁷⁾ In Italia è copiosa la giurisprudenza che dimostra questa tendenza a non applicare la rigida massima *Eurofood* sul Comi. Si considerino le decisioni del Tribunale di Milano a carico di *C Finance S.A. e Finpart International S.A.*; *Illochroma Italia c. Fallimento Illochroma Italia*, in *Fall.* 2009, 1292 ss.; *Fallimento sap Link Due c. Immobilink Corporation S.A.*, in *Fall.*, 2009, 65; *IT Holding Finance S.A.* dove l'affermazione della competenza ad aprire la procedura d'insolvenza non segue pedissequamente quanto disposto dalla sentenza *Eurofood* in *Il fall.*, 2010, p. 59.

²⁸⁾ MONTELLA, *Il fallimento del Comi?*, in *Il fall.*, 2010, p. 61, che osserva come i criteri sulla base dei quali è stato ravvisato il Comi in Francia erano almeno in parte analoghi a quelli che invece la Corte aveva ritenuto in *Eurofood* insufficienti a superare la presunzione di cui all'art. 3, n. 1 del regolamento.

⁽²⁹⁾ Si tratta della sentenza 21 gennaio 2010 della Corte di Giustizia nel procedimento C-444/07 *MG Probud Gdynia sp. z.o.o.* La Corte ha dichiarato, o meglio ribadito, che "gli artt., 3, 4, 16, 17, 25 del regolamento (Ce) n. 1346/2000 devono essere interpretati nel senso che, [...] le autorità competenti di un altro Stato membro, in cui non sia stata aperta alcuna procedura secondaria d'insolvenza, sono tenute, fatti salvi i motivi del rifiuto fondati sugli artt. 25 n. 3 e 26 del medesimo regolamento, a riconoscere ed eseguire tutte le decisioni relative alla procedura principale d'insolvenza, e non hanno quindi il diritto di ordinare, applicando la legislazione di quest'altro Stato membro, provvedimenti esecutivi sui beni del debitore dichiarato insolvente situati nel territorio di quest'ultimo Stato, qualora non lo permetta la legislazione dello Stato di apertura e non siano soddisfatti i presupposti cui è subordinata l'applicazione degli art. 5 e 10 del citato regolamento".

problema dell'interpretazione da dare al binomio universalità/territorialità in un caso transnazionale riguardante i rapporti tra Germania e Polonia (³⁰), si sono trovati di fronte ad un evidente tentativo di aggiramento del criterio del Comi (come delineato dalla giurisprudenza *Eurofood*) da parte dei giudici tedeschi.

Prima di ogni altra considerazione, qui di seguito, in breve, i fatti che precedono il ricorso alla Corte di giustizia.

Successivamente all'apertura, in Polonia, di una procedura d'insolvenza nei confronti della *MG Probud*, impresa edile con sede in Polonia operativa anche in Germania, il Tribunale tedesco di *Saarbrücken* ordinava il pignoramento dei beni depositati in banca dalla suddetta società ed il sequestro conservativo di diversi crediti che quest'ultima vantava nei confronti di controparti tedesche.

Il Tribunale di *Saarbrücken* riteneva che la preesistenza di una procedura d'insolvenza in Polonia non fosse di ostacolo ad un sequestro operato in Germania in quanto, secondo tale Giudice, le procedure nazionali d'insolvenza aperte in altri Stati membri dovevano essere riconosciute in Germania a condizione che soddisfacessero i presupposti di cui all'art. 1.1 del regolamento n. 1346/2000 e risultassero menzionate nell'allegato A del regolamento stesso.

L'appello proposto contro tale decisione veniva respinto con ordinanza del *Landgericht* di *Saarbrücken*. A causa della procedura d'insolvenza già aperta in Polonia, argomentava il giudice, era da temere che i responsabili della *MG Probud* procedessero rapidamente all'incasso dei crediti esigibili e trasferissero le relative somme in Polonia. Sul versante polacco della procedura d'insolvenza i giudici si interrogavano sulla legittimità dei sequestri operati dalle autorità tedesche dal momento che, sulla base del diritto polacco – legge applicabile alla procedura d'insolvenza per essere proprio la Polonia lo Stato di apertura della procedura – siffatti sequestri non sono ammessi dopo che è stata dichiarata l'insolvenza dell'impresa.

Da ciò la sospensione del procedimento da parte dei giudici polacchi e la sottoposizione alla Corte delle questioni pregiudiziali qui di seguito descritte.

³⁰) Corte di giustizia, 21 gennaio 2010, C-444/07, *Mg Probud*, in Guida al diritto 2010, fasc. 6, p. 91, con nota di LEANDRO; vedi altresì il commento di QUEIROLO, in *Il Fall.*, 2010, p. 911.

Il giudice del rinvio chiedeva alla Corte di giustizia se, in una situazione come quella sopra descritta, dopo l'apertura di una procedura principale in uno Stato membro, le autorità competenti di un altro Stato membro fossero autorizzate, conformemente alla loro legislazione, da una parte ad ordinare il sequestro di beni del debitore dichiarato insolvente situati sul territorio di quest'ultimo Stato e, dall'altra, a rifiutare di riconoscere e, all'occorrenza, di eseguire le decisioni relative allo svolgimento ed alla chiusura di una procedura d'insolvenza aperta nel primo Stato membro.

La pronuncia coinvolge diversi argomenti, per così dire, consequenziali rispetto all'accertamento del Comi a fini giurisdizionali, ossia l'aspetto relativo alla legge applicabile ed al riconoscimento delle decisioni.

In particolare, rileva nel senso di confermare la validità del binomi universalità/territorialità delle procedure, messo in discussione da alcuni autori.

La questione della localizzazione del centro degli interessi principali del debitore non è stata oggetto di rinvio pregiudiziale, sebbene tale accertamento faccia da sfondo alla pronuncia stessa, costituendo lo scheletro dell'impianto regolamentare e l'innesto degli effetti sopra individuati, definibili come consequenziali. Come già approfondito, molti sono i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali sul punto, ed altrettanto le corti nazionali tendono a disapplicare con caparbietà senza precedenti i principi affermati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia ⁽³¹⁾ ricorrendo alle più svariate argomentazioni al fine di affermare la propria giurisdizione interna.

⁽³¹⁾ La sentenza della Corte di giustizia nel procedimento C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd.-Enrico Bondi v. Bank of America N.A., Pierce Farrel, Official Liquidator, Director of Corporate Enforcement, Certificate (Note Holders)*, cit., p. I-3813 ss., afferma l'insindacabilità della decisione di apertura ed il principio di priorità o di prevenzione per cui prevale in ogni caso la decisione del giudice che ha aperto per primo la procedura. Il giudice comunitario nel caso *Eurofood* ha in primo luogo ricordato come sia proprio il concetto di fiducia reciproca previsto al considerando 22 del regolamento 1346/2000 ad aver consentito la creazione di un sistema obbligatorio di competenza che tutti i giudici europei sono hanno l'obbligo di rispettare con la rinuncia da parte degli Stati membri all'applicazione delle loro norme interne di riconoscimento e di delibazione, in favore di un meccanismo comune semplificato di riconoscimento e di esecuzione. Citando il punto 42 della sentenza della Corte di Giustizia: "Il presente regolamento dovrebbe prevedere l'immediato riconoscimento delle decisioni relative all'apertura di una procedura d'insolvenza [...] che 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 d'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."

Ebbene, dall'impostazione della fattispecie sulla quale si è pronunciata la Corte di Giustizia sembra che addirittura i giudici nazionali siano giunti a negare l'importanza intrinseca del Comi. Non risulta, infatti, alcuna contestazione circa il fatto che il centro degli interessi principali del debitore si trovasse in Polonia. E' certo che ivi fosse collocata la sede sociale della società insolvente e non risulta dagli atti alcuna prova contraria idonea a mettere in discussione la presunzione di coincidenza tra Comi e sede statutaria.

Il Tribunale di *Saarbrücken* aveva proceduto al pignoramento degli averi depositati in banca dalla società *MG Probud* ed al sequestro conservativo di crediti che la stessa vantava nei confronti di controparti tedesche, non traendo le conseguenze previste dal regolamento a seguito dell'apertura della procedura principale in Polonia (poiché ivi, pacificamente, era situato il Comi) e sulla base di motivi davvero fragili.

I giudici tedeschi avevan ritenuto che la già avvenuta apertura d'insolvenza in Polonia non fosse di ostacolo ad un sequestro in Germania, in quanto le procedure nazionali d'insolvenza aperte in altri Stati membri avrebbero dovuto essere riconosciute in Germania a condizione che soddisfacessero i presupposti di cui all'art. 1, par. 1, regolamento n. 1346/2000 e risultassero menzionate nell'allegato A del regolamento stesso. Argomentazione, a dire dell'autorità tedesca, avvalorata dal fatto che la copia della decisione allegata al ricorso non avrebbe permesso di comprendere se si trattasse effettivamente di una procedura d'insolvenza che obbligava la Germania a riconoscere il giudice polacco competente in applicazione dell'allegato A. Il *Landgericht* di *Saarbrücken*, dal canto suo, aveva osservato che, a causa della procedura d'insolvenza già aperta in Polonia, vi fosse da temere che i responsabili della *MG Probud* procedessero rapidamente all'incasso dei crediti esigibili e trasferissero le relative somme in Polonia, proprio per impedire che le autorità tedesche potessero accedere a queste ultime.

Si trattava di argomentazioni prive di pregio dal punto di vista giuridico che si risolvevano in considerazioni opportunistiche, di ordine pratico.

E' noto infatti che sia lo stesso art. 1, par. 1 ad individuare la sfera oggettiva di applicazione del regolamento e le quattro caratteristiche che necessariamente la procedura d'insolvenza deve avere (procedura concorsuale, fondata sull'insolvenza del

debitore, che comporti spossessamento parziale o totale del debitore e la designazione di un curatore).

Era altresì pacifico, nel caso di specie, che l'insolvenza rientrasse nel campo applicativo del regolamento ed era incontroverso per i giudici tedeschi che la *MG Probud* fosse una società avente sede legale in Polonia, dichiarata insolvente in Polonia con una decisione precedente. La sentenza della Corte di giustizia, nella fattispecie in esame ha stroncato sul nascere il tentativo campanilistico ed egoistico tedesco, di applicare "ad ogni costo" la propria legge interna in ambito concorsuale. Di là delle varie implicazioni di un simile comportamento, finalizzato, in sostanza, a scavalcare il sistema fondamentale del regolamento, dettato dal combinato disposto degli artt. 4,16 e 25 del regolamento ⁽³²⁾ mi sembra interessante utilizzare la fattispecie sopra individuata per stilare un bilancio della percezione che gli Stati membri, ad oggi, hanno, del fondamentale principio del Comi.

I giudici nazionali del caso paiono, infatti, del tutto consciamente, ignorare il binomio universalità/territorialità ⁽³³⁾, e dunque il criterio Comi/dipendenza, per mantenere intatte prerogative della propria legge interna.

Consequenziale è il *decisum* della Corte di giustizia che nel rispondere al quesito se dopo l'apertura di una procedura principale d'insolvenza in uno Stato membro, le autorità competenti di un altro Stato membro fossero autorizzate, conformemente alla loro legislazione, da una parte, ad ordinare il sequestro di beni del debitore dichiarato insolvente situati sul territorio di quest'ultimo Stato e, dall'altra, a rifiutare di riconoscere e, all'occorrenza, di eseguire le decisioni relative allo svolgimento ed alla chiusura di una procedura d'insolvenza aperta nel primo Stato membro, ha fornito

⁽³²⁾ Per un commento approfondito agli articoli sopra citati si veda, tra gli altri DE CESARI-MONTELLA, *Le procedure d'insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, in *Commentario articolo per articolo del regolamento Ce 1346/2000*, Milano, 2004; LUPOI M.A., in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2009, p. 1717 ss.; PANNEN, *European insolvency proceedings*, De Gruyter commentaries on european Law, Berlin 2007, p. 66 ss.; FLETCHER-MOSS-ISAAC, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A commentary and annotated guide*, London, 2009; PUNZI C., *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, p. 997.

⁽³³⁾ In senso critico rispetto alla stessa validità ed utilità del binomio universalità-territorialità, soprattutto in relazione al rapporto tra procedura principale e procedura locale alle difficoltà nel loro coordinamento si veda E. RICCI, *Le procedure locali previste nel regolamento 1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 912 ss.

un'interpretazione delle norme del regolamento ancora una volta ispirata al principio di fiducia reciproca previsto al ventiduesimo considerando dello stesso.

La Corte ha infatti deciso (o meglio ribadito) che, successivamente all'apertura di una procedura principale d'insolvenza in uno Stato membro, le autorità competenti di un altro Stato membro, in cui non sia stata aperta alcuna procedura secondaria d'insolvenza, sono tenute, fatti salvi i motivi di rifiuto fondati sugli artt. 25, n. 3, e 26 del medesimo regolamento ⁽³⁴⁾, a riconoscere e ad eseguire tutte le decisioni relative alla procedura principale d'insolvenza, e non hanno quindi il diritto di ordinare, applicando la legislazione di quest'altro Stato membro, provvedimenti esecutivi sui beni del debitore dichiarato insolvente situati nel territorio di quest'ultimo Stato, qualora non lo permetta la legislazione dello Stato di apertura e non siano soddisfatti i presupposti cui è subordinata l'applicazione degli artt. 5 e 10 del citato regolamento.

3.3.3 Il caso *IT Holding Finance*

Nel febbraio 2009 il Ministro dello sviluppo economico apriva, a carico della società Italiana S.p.a. Itierre, una procedura di amministrazione straordinaria ai sensi della l. n. 39 del 2004. Seguiva di poco l'accertamento, da parte del Tribunale di Isernia, dello stato d'insolvenza.

La situazione era complicata dall'essere la debitrice Itierre una controllata di una società lussemburghese, *IT Holding Finance S.a.*: i commissari straordinari di Itierre chiedevano (ed ottenevano) dal Ministro l'estensione della amministrazione prevista dalla c.d. legge Marzano anche alla controllante, sottoponendo al Tribunale di Isernia la verifica del requisito d'insolvenza anche in relazione a tale società controllante.

Trattandosi di una società lussemburghese la verifica circa la sussistenza del presupposto oggettivo per essere sottoposta alla procedura sopra individuata veniva

⁽³⁴⁾ Ai sensi dell'art. 25 n. 3 del regolamento (Ce) n. 1346/2000, "Gli Stati membri non sono obbligati a riconoscere ed a rendere esecutiva una decisione di cui al paragrafo 1 che abbia come effetto una limitazione della libertà personale o del segreto postale". L'art. 26 dispone che "Uno stato membro può rifiutarsi di riconoscere una procedura d'insolvenza aperta in un altro Stato membro o di eseguire una decisione presa nell'ambito di detta procedura, qualora il riconoscimento o l'esecuzione possano produrre effetti palesemente contrari all'ordine pubblico, in particolare ai principi fondamentali o ai diritti e alle libertà personali sanciti nella costituzione."

preceduta dall'esame della competenza internazionale del giudice italiano, secondo quanto previsto dal regolamento n. 1346/2000 all'art. 3, par. 1. Un'applicazione pedissequa di quanto previsto dall'articolo sopraccitato comportava che, avendo IT Holding Finance la propria sede legale in Lussemburgo, il Comi dovesse (presuntivamente) ivi trovarsi.

Ebbene, anche in questo caso, è interessante indagare il meccanismo attraverso il quale i giudici di Isernia sono giunti ad affermare che il Comi si trovasse in Italia.

Il tribunale di Isernia dichiara di condividere i principi della Corte in tema di limitazione dei casi di superamento della presunzione di corrispondenza del Comi con la sede legale della società, facendo proprie le stesse parole usate dai giudici comunitari nella sentenza *Eurofood*.

Anche in questo caso, però, si è assistito ad un rovesciamento del significato voluto dalla Corte di giustizia. Il Tribunale, infatti, ha sostenuto la competenza giurisdizionale italiana ad aprire una procedura principale d'insolvenza a carico della lussemburghese IT Holding Finance sulla base dell'affermata presenza di "obiettivi e significativi elementi, verificabili da terzi, che facciano presumere una situazione reale diversa da quella che fa corrispondere la collocazione del centro degli interessi della società *IT Holding Finance S.A.* nel territorio dello Stato membro, Lussemburgo, ove si trova la sede statutaria." Gli elementi ritenuti significativi in questo caso sono stati: il fatto che l'intero capitale sociale della società debitrice lussemburghese fosse detenuto dalla società italiana (It Holding s.p.a.); che nel consiglio di amministrazione figurava un solo membro di nazionalità lussemburghese per di più privo di deleghe operative,; che l'oggetto sociale della debitrice era l'emissione di prestiti obbligazionari garantiti dalle altre società del gruppo.

I medesimi elementi utilizzati dalla sentenza *Eurofood*, perno del sistema "blindato" costruito intorno alla presunzione di coincidenza tra Comi e sede legale della società, per negare la competenza italiana a favore di quella irlandese, sono stati ritenuti sufficienti per radicare la competenza in Italia.

Mi pare che allora, qualche considerazione in più vada fatta in relazione al criterio consacrato da *Eurofood* in relazione all'accezione di Comi che sta dando, come osservato, "uno dei rarissimi esempi di giurisprudenza della Corte Europea

sistematicamente e generalmente disattesa, o quantomeno elusa, dai giudici nazionali”.⁽³⁵⁾

Partendo dalle constatazioni sopra effettuate in relazione alla perdurante tendenza centrifuga degli Stati membri laddove si tratta di individuare il centro degli interessi principali, credo ci si possa chiedere sino a che punto il criterio individuato dal regolamento ed approfondito dalla dottrina e dalla giurisprudenza sia oggi, a dieci anni dall’entrata in vigore dello stesso, ancora in grado di guidare l’interprete nella determinazione della giurisdizione in ambito transfrontaliero comunitario. ⁽³⁶⁾

Ferma l’analisi dei gruppi di società, cui si rimanda nelle pagine successive, il tema del Comi verrà ripreso nel capitolo finale, relativo alle proposte di modifica imminente del regolamento n. 1346/2000 da parte dell’Unione Europea ed all’analisi delle proposte correlate.

E’ però necessario, per completezza, dare atto di un recentissima sentenza della Corte di Giustizia che seppur non modificando l’impostazione della pronuncia *Eurofood* in relazione allo stretto legame tra Comi e sede legale, aggiunge una serie di parametri atti ad indirizzare meglio l’interprete nell’individuazione dei casi in cui tale presunzione di coincidenza può essere superata. ⁽³⁷⁾

³⁵⁾ MONTELLA, *Il fallimento del Comi?*, in *il fall.*, 2010, p. 99.

³⁶⁾ MONTELLA, *Il fallimento del Comi?*, in *il fall.*, 2010, p. 99, il quale osserva come le mancanze non siano tanto da imputarsi alla delimitazione di Comi offerta dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Eurofood*, quanto nella scelta, poco lungimirante, del legislatore europeo, che “ha introdotto un criterio di giurisdizione del centro degli interessi principali attribuendogli portata generale, indifferente cioè all’enorme varietà dei casi in cui esso sarebbe stato chiamato a funzionare: debitori persone fisiche, debitori non imprenditori, società piccole e grandi, e, soprattutto, società facenti parti di gruppi di portata transnazionale, e tutto questo spalmato su 26 ordinamenti nazionali diversi”. Vedi anche WESSELS, *Twenty suggestions for a Make Over of the Eu Insolvency Regulation*, 2006, reperibile sul sito www.bicl.org, il quale però ritiene il Comi, come delimitato nell’accezione della Corte di Giustizia, un passo nella strada corretta. Vedi anche FUMAGALLI, *Apertura della procedura principale, competenza giurisdizionale e riconoscimento della decisione*, in *Giur. Comm.*, 2007, II, 324; DIALTI, *Il caso Eurofood, tanto rumore per (quasi) nulla?*, in *Dir. Fall.*, 2006, p. 787.

³⁷⁾ Ricordiamo che secondo l’impostazione di *Eurofood*, l’unico caso espressamente menzionato per il superamento della presunzione è il caso della società fantasma (*letter-box o boîte à lettres*) in relazione alle quali può dirsi pacifica l’assenza di alcun diritto di rivendicare la giurisdizione dei giudici del luogo in cui si trova la sede legale. Il dato è già presente nella relazione VIRGÒS-SCHMIT, par. 25.

3.3.4 Il caso *Interedil*. La nozione rafforzata di Comi ⁽³⁸⁾

Dopo più di cinque anni dalla pronuncia *Eurofood*, la Corte di giustizia si è occupata nuovamente della nozione di Comi, individuata nell'art. 3 del regolamento comunitario n. 1346 del 29 maggio 2000 sulle procedure d'insolvenza specificando alcuni aspetti.

Brevemente, ecco il contesto della controversia.

Interedil era una società costituita in Italia ed avente la propria sede a Monopoli (Bari), ma controllata da una società londinese. In data 18 luglio 2001 aveva trasferito la propria sede statutaria a Londra al fine di facilitare l'acquisizione della società da parte del gruppo britannico che la controllava ed era stata iscritta nel registro delle società britannico come *foreign company*, con contestuale cancellazione dal registro delle imprese italiano. *Interedil* era stata ammessa in base al diritto inglese ad una procedura liquidatoria volontaria, terminata con la cancellazione dal registro delle società britannico. La società, però, continuava a possedere immobili in Italia, a stipulare contratti di finanziamento e a dare in locazione due complessi alberghieri.

Sulla base di questi elementi, un creditore italiano di *Interedil* assumeva la giurisdizione del giudice italiano e chiedeva quindi al Tribunale di Bari l'apertura di una procedura concorsuale nei confronti di *Interedil*, la quale presentava a sua volta ricorso alla Corte di Cassazione per regolamento di giurisdizione ⁽³⁹⁾, ritenendo competente a seguito del trasferimento di sede il giudice inglese. Il Tribunale di Bari, ritenendo manifestamente infondata l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice italiano, dichiarava il fallimento di *Interedil* senza attendere la decisione della Suprema Corte sulla giurisdizione, la quale in ogni caso confermava la giurisdizione italiana ⁽⁴⁰⁾. A seguito

³⁸⁾ LIENHARD, *Procédure d'insolvabilité : notion de "centre des intérêts principaux"*, in *Dalloz actualité*, 27 ottobre 2011 ; MENJUCQ, *Centre des intérêts principaux: les apports de l'arrêt Interedil de la CJUE du 20 octobre 2011*, in *Revue des procédures collectives*, 2011, n.6, novembre 2011, étude 32; MOSS, *"Head office functions" test triumphs in ECJ: Interedil*, in *Insolvency Intelligence*, 2011, p. 126 ss.; ROUSSEL GALLE, *Centre d'interets principaux, transfert du siège social, notion d'établissement.*, in *Revue des sociétés*, 2011, p. 726 ss.; VALLENS, *Transfert du siège statutaire et transfert du centre des intérêts principaux*, in *Recueil Dalloz*, 2011, p. 2195 ss.

³⁹⁾ Su cui vedi BARIATTI, *Il trasferimento all'estero della sede legale dell'impresa insolvente*, in *Il fall.*, 2010, p. 663.

⁴⁰⁾ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 20 maggio 2005, n. 10606/2005, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 1137 ss.. Le Sezioni Unite hanno concluso che "al trasferimento della sede legale della società a Londra non è seguita un'effettiva attività imprenditoriale nella nuova sede (pur nei limiti di

dell'opposizione di *Interedil* alla sentenza dichiarativa di fallimento, e soprattutto alla luce della sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia nel caso *Eurofood* poco tempo prima, il giudice barese decideva di dissolvere i dubbi riguardanti la statuizione della Cassazione sottoponendo alcune questioni interpretative alla Corte ().

Il punto fondamentale della sentenza *Interedil* riguarda l'interpretazione del Comi, che viene analizzato dalla Corte nella prima questione pregiudiziale.

La Corte prende le mosse dalla precedente sentenza *Eurofood* e ribadisce che si tratta di una nozione autonoma propria del diritto dell'Unione e che deve essere individuato in base a criteri obiettivi e riconoscibili dai terzi, per garantire la certezza del diritto e la prevedibilità del giudice competente. ⁽⁴¹⁾

Nel caso *Eurofood* la Corte aveva deciso che la presunzione di coincidenza della sede legale potesse essere superata soltanto se elementi obiettivi e verificabili da parte dei terzi consentono di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa da quella che si ritiene corrispondere alla collocazione nella detta sede statutaria. Nel caso in cui la società svolgesse la propria attività nello Stato membro in cui si trova la sede statutaria, allora il semplice fatto che le sue scelte gestionali "siano o possano essere controllate da una società madre stabilita in un altro Stato membro non sarebbe sufficiente per superare la presunzione stabilita dal regolamento". ⁽⁴²⁾

E' noto come le giurisprudenze domestiche successive, a valutazioni "di fatto" ha plasmato questi passaggi in maniera estensiva e non sempre aderente alle statuizioni della Corte. La dottrina ha subito percepito come la volontà dei giudici di Lussemburgo fosse quella di porre un freno alla prassi dei giudici nazionali in materia di gruppi di società, stabilendo in questo senso che la presunzione a favore della sede statutaria non possa essere superata tutte le volte che la società svolge anche solo una parte della propria attività nello Stato membro della sede, soltanto per il fatto di essere controllata

un'impresa in liquidazione) e che, tanto meno, ne è conseguito il trasferimento del centro dell'attività direttiva, amministrativa e organizzativa della società", sulla base del fatto che la *Interedil* continuava a possedere in Italia immobili di rilevante valore, a contrarre obbligazioni in Italia nonostante il trasferimento di sede, a dare in affitto propri immobili ad un'impresa alberghiera in Italia; tutto senza comunicare il trasferimento di sede al registro delle imprese di Bari. Per un'analisi della sentenza vedi MUCCIARELLI, *Spostamento della sede statutaria in un Paese membro della UE e giurisdizione fallimentare*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2006, p. 616 ss.

⁴¹⁾ Sentenza *Interedil*, *cit.*, parr. 47-49

⁴²⁾ Sentenza *Eurofood*, *cit.*, par. 36.

da una società avente la propria sede in un altro Stato membro e soprattutto in assenza di ulteriori elementi obiettivi e riconoscibili dai terzi.

Se nel caso *Eurofood* la Corte indicava quindi come criterio di giurisdizione il luogo di esercizio dell'attività, inteso come luogo in cui la società viene gestita verso l'esterno e quindi in maniera riconoscibile dai terzi, nella sentenza *Interedil*, la Corte ridimensiona fortemente l'elasticità della formula e, spezzando con il passato, afferma che la volontà del legislatore dell'Unione è di privilegiare il luogo dell'amministrazione principale della società. ⁽⁴³⁾ In effetti, non necessariamente nell'attuale realtà delle società il luogo dell'amministrazione centrale di una società e il luogo di esercizio dell'attività coincidono, a differenza del panorama degli anni in cui il regolamento fu adottato, ove, nella maggior parte dei casi, amministrazione centrale e stabilimento principale erano collocati nel medesimo Stato membro ⁽⁴⁴⁾.

Sul punto, possiamo dunque prendere atto della decisione della Corte di sostituire alla nozione di attività quella di amministrazione centrale, che si fonda sul criterio della direzione e del controllo e che ritroviamo già all'art. 54 TFUE in materia di diritto stabilimento.

La sostituzione operata dalla Corte non sembra condivisibile quanto meno perché pone un freno alla crescente importanza che si vuole attribuire alla prospettiva dei creditori.⁽⁴⁵⁾ Questa perplessità era già stata avanzata per criticare la giurisprudenza nazionale precedente la sentenza *Eurofood*, che fondandosi esclusivamente sulla localizzazione del centro decisionale e strategico, aveva messo in secondo piano le aspettative dei creditori, espressamente richiamate dal tredicesimo considerando del regolamento ⁽⁴⁶⁾.

⁴³⁾ Sentenza *Interedil*, cit. par. 48. MENJUCQ, *Centre des intérêts principaux: les apports de l'arrêt Interedil de la CJUE du 20 octobre 2011*, in *Revue des procédures collectives*, 2011, n. 6, novembre 2011, étude 32, par. 7, il tredicesimo considerando del regolamento non contiene un riferimento implicito all'amministrazione principale, in quanto la gestione degli interessi non è assimilabile alle nozioni di direzione e controllo. La gestione dovrebbe rivestire un carattere concreto e pratico, da ricollegare al luogo di esercizio dell'attività.

⁴⁴⁾ DAMMAN, *L'application du règlement CE n° 1346-2000 après les arrêts Staubitz-Schreiber et Eurofood de la CJCE*, in *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1752.

⁴⁵⁾ MENJUCQ, *Centre des intérêts principaux: les apports de l'arrêt Interedil de la CJUE du 20 octobre 2011*, in *Revue des procédures collectives*, 2011, n. 6, novembre 2011, étude 32, par. 6.

⁴⁶⁾ WAUTELET, *Some consideration on the Center of Main Interests as jurisdictional test under the European Insolvency Regulation*, in G. Affaki (ed.), *Faillite internationale et conflit de juridiction*:

Quanto al criterio della riconoscibilità, la sentenza *Eurofood* non era stata di grande aiuto, diversamente da quanto chiarito dai giudici europei nel caso *Interedil*: la Corte afferma infatti che le esigenze dei creditori possono considerarsi soddisfatte “qualora gli elementi materiali presi in considerazione per stabilire il luogo in cui la società debitrice gestisce abitualmente i suoi interessi siano stati oggetto di una pubblicità o, quanto meno, siano stati circondati da una trasparenza sufficiente a far sì che i terzi - vale a dire, segnatamente, i creditori della società stessa - ne abbiano potuto avere conoscenza” ⁽⁴⁷⁾. La Corte afferma inoltre che “laddove gli organi direttivi e di controllo di una società si trovino presso la sua sede statutaria e le decisioni di gestione di tale società siano assunte, in maniera riconoscibile dai terzi, in detto luogo, trova piena applicazione la presunzione introdotta dall’art. 3, n. 1 (...). In una simile situazione, sarebbe dunque esclusa ogni diversa ubicazione degli interessi principali della società debitrice.” ⁽⁴⁸⁾

Al contrario, il superamento della presunzione a favore della sede statutaria sarebbe invece possibile “quando, dal punto di vista dei terzi, il luogo dell’amministrazione principale di una società non si trova presso la sede statutaria”. In questo caso, come già previsto dalla sentenza *Eurofood*, la presunzione può essere superata se elementi obiettivi e riconoscibili da parte dei terzi consentono di determinare l’esistenza di una situazione reale diversa da quella che si presume corrispondere alla collocazione presso detta sede statutaria.

Anche per questo aspetto, la sentenza specifica elementi che nella sentenza *Eurofood* erano stati affermati, ma non spiegati. La Corte delinea gli elementi da prendere in considerazione al fine del superamento della presunzione e, a titolo esemplificativo, cita i luoghi in cui la società debitrice esercita un’attività economica e quelli in cui detiene beni, sempre che tali luoghi siano visibili ai terzi e che siano oggetto di una valutazione globale.

A condizione che vi sia discrasia tra la sede statutaria e il centro di direzione e controllo, “la presenza di attivi sociali nonché l’esistenza di contratti relativi alla loro

regards croisés transatlantiques: US-EU experience, Bruxelles, 2007, p. 98.

⁴⁷⁾ Sentenza *Interedil*, *cit.*, par. 49

⁴⁸⁾ Cfr. conclusioni dell’Avvocato Generale, par. 69.

gestione finanziaria in uno Stato membro diverso da quello della sede statutaria di tale società possono essere considerate elementi sufficienti a superare la presunzione introdotta dal legislatore dell'Unione solo a condizione che una valutazione globale di tutti gli elementi rilevanti consenta di concludere che, in maniera riconoscibile dai terzi, il centro effettivo di direzione e di controllo della società stessa, nonché della gestione dei suoi interessi, è situato in tale altro Stato membro” (49).

Ebbene in questa nuova impostazione il centro di direzione e controllo assume una rilevanza diversa a secondo che si trovi o meno dello Stato della sede statutaria. Nel primo caso, infatti, la Corte ritiene che non sia possibile superare la presunzione a favore della sede statutaria. Al contrario, se gli organi di direzione e controllo si trovano in uno Stato membro diverso, la presunzione potrà essere superata se altri elementi obiettivi e verificabili dai terzi consentano, alla luce di una valutazione globale, di determinare una differente localizzazione del Comi. A questo fine potranno essere presi in considerazione tutta una serie di indici relativi al luogo in cui viene esercitata l'attività dell'impresa. Sembra quasi che la Corte abbia voluto relegare in secondo piano la rilevanza del luogo di esercizio dell'attività, che in base a questa interpretazione rileva solo in maniera eventuale e successiva, quando non vi sia coincidenza tra sede e centro strategico della società.

In riferimento ai debitori “persona fisica”, il problema della determinazione del Comi ha occupato la giurisprudenza in modo minore ma la dottrina si è soffermata anche su questo punto (50). Pochi sono gli appigli normativi in grado di aiutare l'interprete. Non il considerando 13 e, solo parzialmente, l'art. 75 del *Report Virgos-Schmit*. (51)

Interessante l'apertura di una procedura di insolvenza in Inghilterra nel caso *Stoyevic* (52). *Mr. Stoyevic* era il direttore *de facto* di una società inglese, partecipante ad operazioni significative, tra cui il prestito di grandi somme da una banca Ceca. Il

49) Sentenza Interedil, cit., par. 53

50) MOSS-PAULUS, op. cit., 31 agosto 2005, p. 4.

51) Ai sensi del quale: “[...] in principle, the centre of main interests will in the case of professionals be the place of their professional domicile and for naturale person in general, the place of their abital residence.”

52) Oberlandsgericht Wien (Alta Corte regionale viennese), 17 novembre 2004, *Stojevic*, http://www.droitbelge.be/contrats_internationaux_faillites_internationales.asp. Tra i tanti, MOSS, *Viennese Waltz for Two Main Proceedings; The Stojevic Saga*, in *Insolvency Intelligence*, 2005, pp. 141 ss.

tribunale commerciale inglese aveva stabilito che questi prestiti era stati ottenuti impropriamente e in aggiunta alla responsabilità della sua società, riteneva *Mr Stoyevic* personalmente responsabile per danni. La dichiarazione di fallimento in Inghilterra veniva richiesta e ottenuta dalla banca Ceca, in forza della qualificazione di questi quale creditore risultante dalla sentenza dei giudici inglesi.

Successivamente, un creditore, in Austria, chiedeva e otteneva l'apertura di una procedura fallimentare a Vienna nei confronti della società, nella totale ignoranza dell'esistenza di una procedura già aperta a Londra. La Corte suprema austriaca, nel relativo contenzioso, ha in effetti considerato la procedura aperta in Austria, come una procedura secondaria, con effetti limitati al territorio di tale Stato membro.

Successivamente, *Mr Stoyevic* proponeva ricorso per ottenere l'accantonamento della procedura aperta in Inghilterra, sulla base del fatto che il Comi della società era, a tutti gli effetti, situato in Austria. Il giudice inglese ha annullato l'apertura della procedura sulla base del fatto che la residenza abituale di *Mr. Stoyevic* era in Austria, anche se questi era amministratore di fatto di società inglese con sede in Inghilterra.

Le azioni da quest'ultimo poste in essere quale amministratore della società inglese, in sostanza, non sono state considerate prevalenti rispetto al luogo di residenza di *Mr Stoyevic*, criterio questo corretto nel caso in cui un soggetto non svolga una professione o attività in proprio.

Il risultato, in effetti, si allinea perfettamente al paragrafo 75 del *Report Virgos-Schmit*, unica fonte a nostra disposizione in relazione all'insolvenza di persone fisiche.

3.4 Il concetto di dipendenza

Il regolamento utilizza il concetto di dipendenza come criterio di collegamento giurisdizionale ai fini dell'apertura di procedure locali con valore esclusivamente autonomo o territoriale (e non universale) nei confronti del debitore insolvente (⁵³).

⁵³) La qualificazione come "criterio di competenza" della dipendenza, desumibile dalla lettera del regolamento (CE) n. 1346/2000, è messa in discussione da una sentenza torinese, Corte d'Appello Torino del 10 marzo 2009, in *Il fall.*, 11, 2009, p. 1293 ss. Con nota di Montella, La procedura secondaria: un

Si tratta, almeno all'apparenza, di un concetto meno problematico rispetto a quello di Comi stante l'espressa definizione fornita all'art. 2 lett h) del regolamento come "qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore esercita in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni".

Il precedente in materia è rinvenibile nella nozione di "succursale, agenzia o qualsiasi altro genere di attività" di cui all'art. 5 n. 5 del regolamento n. 44 del 2001 ma gran parte della dottrina dubita della possibilità di sovrapporre i concetti.

Il presupposto della nozione di cui all'art. 5 n. 5 è la possibilità di riscontrare un rapporto di direzione e un sindacato della casa madre su tali attività, dovendosi trattare di un centro operativo e duraturo, che si manifesti verso l'esterno come un'estensione della casa madre, in grado di poter concludere affari in loco con terzi, di modo che questi, pur consapevoli che un eventuale rapporto giuridico si stabilirà con la casa madre, la cui sede trovasi all'estero, sono dispensati dal rivolgersi direttamente a questa, concludendo affari nel centro operativo che ne costituisce l'estensione. Diverso è il tenore letterale dell'art. 2 lett. regolamento) che sembra richiedere espressamente un rapporto diretto tra il debitore e l'attività esercitata in "qualsiasi luogo di operazioni".

La "dipendenza", dunque, non deve essere costituita sotto forma di entità dotata di propria autonoma soggettività giuridica, in quanto in tal caso quella che si venisse ad aprire sarebbe una procedura principale universale sulla base del criterio di collegamento stabilito non dalla dipendenza, bensì dal Comi.

Quanto alle caratteristiche della dipendenza, come è la stessa definizione regolamentare a ricordare, si richiede l'esercizio di un'attività economica, la sua non transitorietà e l'impiego di mezzi umani e beni: requisiti precisi che lasciano però un sufficiente margine di elasticità ed adattamento alla singola fattispecie.

Il riferimento a una "attività" del debitore connotata da continuità e da rilevanza economica pare includere allora attività diverse da quelle ricomprese abitualmente nel concetto di impresa commerciale⁽⁵⁴⁾, come l'esercizio di una professione liberale o di un'arte⁽⁵⁵⁾. Come è stato osservato, una nozione così ampia pare tendere la mano alla

rimedio contro il forum shopping del debitore nel regolamento (CE) n. 1346/2000.

⁵⁴⁾ VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006, p. 256.

⁵⁵⁾ RICCI E., *Le procedure locali previste nel regolamento 1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 910.

posizione, non accolta dal regolamento, di quegli Stati che avrebbero preferito collegare la possibilità di aprire una procedura territoriale alla semplice presenza di beni patrimoniali sul territorio. ⁽⁵⁶⁾ Una soluzione questa che avrebbe del tutto scompaginato l'impostazione tendenzialmente universalistica del legislatore comunitario in riferimento alla procedura d'insolvenza principale ⁽⁵⁷⁾ e che è stata dunque esclusa. Sebbene l'art. 3 par. 2 utilizzi il criterio al solo fine di determinare la competenza giurisdizionale del giudice, la presenza di una dipendenza nello Stato membra è considerata da alcuni autori, con riferimento all'Italia, come criterio di attribuzione, altresì, di competenza interna. Una dottrina, infatti, sostiene che la competenza appartiene al giudice del luogo nel quale la dipendenza del debitore si trova e che qualora nel medesimo territorio si trovino più dipendenze del debitore, "la competenza interna spetta al giudice del luogo in cui si trova la dipendenza più importante dal punto di vista della direzione dell'attività esercitata, in modo da adattare alla dipendenza la stessa regola, che l'art. 9, comma 1°, l. f. detta per l'ipotesi dell'esercizio in più sedi dell'impresa commerciale"⁽⁵⁸⁾.

⁵⁶⁾ Il sistema italiano è improntato al principio di universalità del fallimento. In tal senso, Corte cost., 27 luglio 2000, n. 379, nel pronunciarsi su una questione di legittimità costituzionale dell'art. 67, comma 3, R.D. n. 267 del 1942, ha affermato: "È noto che principi animatori della materia fallimentare sono quelli dell'universalità dell'esecuzione (che si rivolge contro l'intero patrimonio del fallito anziché contro uno o più singoli beni) e della sua concorsualità, da intendersi nel senso che tutti i creditori hanno diritto di partecipare all'attività di liquidazione e di soddisfarsi sul ricavato in posizione di tendenziale parità". Si veda in dottrina MUCCIARELLI, *Spostamento della sede statutaria in un Paese Membro della UE e giurisdizione fallimentare*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, p. 624 per cui: "il fatto di avere immobili di consistente valore in un certo paese, di per sé, non dovrebbe essere determinante al fine di individuare la giurisdizione"; con riferimento ad ipotesi extra-comunitarie, significativo è il sistema statunitense per cui: "even minimal connections with the United States" sono sovente ritenuti sufficienti per giustificare l'apertura di una procedura d'insolvenza. Così BUFFORD, ADLER, BROOKS, KRIEGER, *International insolvency, in Federal judicial center*, 2001, reperibile online, sul sito www.fjc.gov, p. 8, per cui "United States jurisdiction may be based on a single bank account in the United States"; ancor più legato ad un principio di stretta territorialità è il sistema Giapponese su cui si veda VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006, p. 59 ss.

⁵⁷⁾ E' l'opinione di CAPONI, *Il regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, 2002, reperibile in <http://unifi.academia.edu>, che afferma come "un'accezione così lata di dipendenza può astrattamente comprendere i fenomeni più diversi: dalla semplice attività di locazione di una casa di villeggiatura a cui sia adibito un portiere, fino alla società figlia in caso di gruppo di società". In realtà, concordando integralmente in relazione all'ampiezza del termine, nonostante la definizione data dal regolamento, non mi pare che in essa possa essere ricompresa anche la nozione, non esaminata dal regolamento, di gruppo di società poichè il concetto di dipendenza sembra escludere dal proprio novero tutte quelle entità dotate di una autonoma personalità giuridica.

⁵⁸⁾ E' l'opinione di E. RICCI, *Le procedure locali previste nel regolamento 1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 910 ss.

Il medesimo autore ⁽⁵⁹⁾, peraltro, in relazione alla nozione di dipendenza, estendeva l'indagine all'analisi dei presupposti ai quali l'effettiva apertura in Italia della procedura concorsuale locale è subordinata nel merito. Il tema è molto interessante e la dottrina successiva all'entrata in vigore del regolamento ha scandagliato tale aspetto.

Si è già anticipato che, quanto alla legge applicabile, questa è, in base all'art. 28 del regolamento, quella dello Stato membro nel quale è aperta la procedura. Ciò parrebbe confermare che i presupposti per l'apertura della procedura locale d'insolvenza vadano valutati secondo quanto previsto dalla legge nazionale di riferimento ⁽⁶⁰⁾.

Sul punto, non vi è uniformità di visioni e il problema pratico è tangibile.

E' infatti possibile che la diversa disciplina concorsuale degli Stati membri proponga il problema di dover aprire una procedura secondaria in Italia a carico di un soggetto accertato insolvente da una decisione pronunciata in un altro Stato membro ed automaticamente riconosciuta in tutti gli altri Stati, che però non sarebbe, secondo la legge interna, assoggettabile al fallimento o ad altre procedure concorsuali. ⁽⁶¹⁾

Secondo un'altra opinione dottrinale ⁽⁶²⁾, per aprire una procedura locale d'insolvenza, si può prescindere sia dall'esame del requisito oggettivo (lo stato di "insolvenza" del debitore), ma anche dall'esame del presupposto soggettivo eventualmente richiesto dalla legge concorsuale interna interessata (si pensi, appunto, al caso italiano della

⁵⁹⁾ L'A. fa riferimento alle principali posizioni dottrinali sul punto, BONGIORNO, *La tutela dei creditori nella nuova disciplina comunitaria delle procedure d'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2003, p. 640 ss.; VINCRE, *Il regolamento Ce sulle procedure d'insolvenza e il diritto italiano*, in *Dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 213 ss.; CAVALAGLIO, *Spunti in tema di regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza e di riforma urgente della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2003, p. 580 ss.; DI AMATO, *Le procedure d'insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, in *Il fallimento*, 2002, p. 693 ss.; TEDESCHI, *Procedura principale e procedure secondarie nel regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2003, I, p. 541 ss.

⁶⁰⁾ RICCI E., *Le procedure locali previste nel regolamento 1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 910, il quale aggiunge, con riferimento al caso italiano, che si deve "resistere alla tentazione di pensare che, in forza della norma sulla dipendenza, sia superato il principio, secondo il quale le procedure concorsuali possono essere aperte in Italia soltanto a carico di chi esercita un'impresa commerciale, [...]". Dello stesso avviso VINCRE, *Il regolamento Ce sulle procedure d'insolvenza e il diritto italiano*, in *Dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 234.

⁶¹⁾ E sono evidenti le ripercussioni che si possono determinare, quando si considerano i presupposti soggettivi per l'apertura di una procedura d'insolvenza, ad esempio, in Italia, dove secondo il disposto dell'art. 1 legge fallimentare, sono soggetti a fallimento solo gli imprenditori che esercitano un'impresa commerciale, con esclusione (non prevista in altri paesi) degli enti pubblici, degli imprenditori agricoli, dei professionisti, del debitore civile.

⁶²⁾ CAVALAGLIO, *Spunti in tema di regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza e di riforma urgente della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2003, p. 239.

limitazione del fallimento al soggetto “imprenditore” di cui all’art. 1). In tal senso si argomenta, secondo un principio che potremmo definire di “autosufficienza” della dipendenza, che nel caso di apertura di una procedura secondaria non è necessaria la valutazione della sussistenza dei requisiti soggettivi richiesti dalla legge nazionale, essendo sufficiente unicamente la presenza, appunto, di una dipendenza sul territorio unita alla già avvenuta apertura di una procedura principale, atta a caratterizzare la seconda procedura in termini di territorialità⁽⁶³⁾.

Ebbene protendere per una, piuttosto che per l’altra opinione, comporta effetti di non poco conto.

Se si sposa la tesi per cui l’apertura di una procedura secondaria è possibile solo nel rispetto dei limiti imposti dalla singola legge nazionale, i limiti soggettivi previsti dalla norma domestica italiana rimangono i medesimi: rimane il problema, però, degli effetti di procedure principali straniere aperte secondo i canoni propri di altri Stati, che si estendono nel territorio italiano anche se aperte a carico di soggetti che secondo il diritto concorsuale italiano non sono sottoponibili a fallimento.

Se si aderisce alla tesi della “autosufficienza” del concetto di dipendenza per l’apertura di una procedura secondaria, ecco che nel nostro ordinamento potrà essere aperta una procedura concorsuale disciplinata e normata dal diritto concorsuale domestico ma anche a carico di soggetti che secondo la legge nazionale vigente sono esclusi dal fallimento.

Con riferimento all’accezione da dare al concetto di dipendenza, pur ritenendo di dissentire dalla prima tesi, che vincola alla legge nazionale dello Stato di apertura, ove è presente una dipendenza del debitore, la valutazione dei limiti soggettivi da applicare alla qualificazione del soggetto fallibile, ritengo che il regolamento, come formulato, non lasci spazio per una nozione del tutto autosufficiente del concetto di dipendenza:

⁶³) La procedura territoriale, in questa accezione autonoma, è avvicinata da un’Autrice, quanto ai presupposti, al fallimento del socio illimitatamente responsabile di società fallita, che nella disciplina italiana maggioritaria è sganciato dai presupposti comuni previsti per l’apertura della procedura. Vedi, anche per i riferimenti dottrinali, VINCRE, *Il regolamento Ce sulle procedure d’insolvenza e il diritto italiano*, in *Dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 236. Sul fatto che la mancata verifica dell’insolvenza è destinata ad influire sulla concreta applicazione delle norme italiane a carico del soggetto insolvente (artt. 64-71 l. fall.) con una sostanziale ripetizione dei problemi già riscontrati, appunto, con riferimento alla fattispecie prevista dall’art. 147 l. fall., E. RICCI, *Le procedure locali previste dal regolamento n. 1346/2000*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p. 913 ss.

ciò sulla base del dettato della norma generale di cui all'art. 2 . lett. a) del regolamento, che dispone che la legge dello Stato di apertura della procedura determina, *inter alia*, “i debitori che per la loro qualità possono essere assoggettati ad una procedura d’insolvenza”, con ciò vincolando alla norma domestica la qualifica soggettiva del soggetto sottoponibile, o meno, al fallimento.

Inoltre, se l’art. 3, par. 2 del regolamento potrebbe far propendere per una sorta di automaticità del fallimento “secondario” laddove un giudice abbia già dichiarato fallito il debitore in via principale, non si sfugge dal dato per cui la norma sopra indicata si affianca all’art. 3, par. 1, con specifico riferimento alla determinazione della competenza internazionale.

Ci si può a questo punto chiedere, però, nell’ottica di applicazione uniforme ed armonizzante propria del regolamento sull’insolvenza e dell’interpretazione di questo data dalla Corte di Giustizia, se non si possa trovare una strada per sostenere la tesi inversa, a mio parere preferibile, dell’irrelevanza della norma interna degli Stati membri nella determinazione dei presupposti soggettivi di merito per l’apertura di una procedura secondaria.

Già il dettato normativo della convenzione di Istanbul ⁽⁶⁴⁾ pareva propendere in tale senso. E’ infatti il capitolo III, all’art. 16 della suddetta convenzione che nel disciplinare le procedure alternative c.d. “secondarie” il curatore “può chiedere aprirsi [procedure secondarie, appunto] in uno o più Stati, diversi da quello del fallimento principale, prevedendone l’apertura per il solo fatto che un debitore sia già stato dichiarato fallito in un altro Stato contraente, indipendentemente dalla sussistenza o meno di una situazione d’insolvenza del debitore, purché la decisione sia stata presa a norma dell’art. 3 della convenzione e non sia stato iniziato altro procedimento (art. 16). Unico elemento condizionante la competenza internazionale, che nello Stato in cui viene chiesta l’apertura di un fallimento secondario sia presente uno stabilimento del debitore o ivi siano collocati beni (art. 17).

⁶⁴⁾ LUPONE, *Insolvenza transnazionale. Procedure concorsuali nello Stato e beni all'estero*, Padova, 1995.

Una simile chiarezza di intenti, seppur a livello progettuale, pare degna di un'analisi approfondita, prima di giungere a negare valore alla tesi dell'autosufficienza del concetto di dipendenza.

3.4.1 L'elaborazione del concetto di “stabilimento” operata dalla Corte di Giustizia nel caso Interedil

La pronuncia *Interedil* sopra esaminata in relazione al concetto di Comi, ha il pregio di aggiungere un tassello interpretativo alla nozione di “dipendenza”, in particolare con l'approfondimento di cosa si debba intendere per “stabilimento” della società.

La Corte, in particolare, viene interpellata in relazione alle circostanze necessarie per qualificare una dipendenza ai sensi dell'art. 3.2 del regolamento. Si è già dato atto della fattispecie nel capitolo relativo alla nozione di Comi, cui si rinvia.

Tra le questioni demandate, il giudice italiano era interessato a sapere se la presenza in Italia di alcuni elementi patrimoniali, quali ad esempio beni immobili, un contratto di affitto e un conto bancario, potesse ritenersi sufficiente ai fini dell'esistenza di una dipendenza e quindi dell'apertura in Italia di una procedura secondaria.

Il regolamento, come già visto, prevede la possibilità di aprire una procedura secondaria dagli effetti meramente territoriali nello Stato membro in cui il debitore possiede una dipendenza, che viene definita all'art. 2, lett. h), come “il luogo di operazioni in cui il debitore esercita in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni”.

Il legislatore comunitario ha scelto una nozione ampia di dipendenza ⁽⁶⁵⁾, da interpretarsi in via autonoma senza alcun riferimento alle definizioni contenute negli ordinamenti nazionali.

Dalla definizione del regolamento risulta chiara la necessità di un “minimo di organizzazione” e di una “certa stabilità ai fini dell'esercizio di un'attività economica”, circostanze queste già analizzate. La finalità è sempre a medesima, ossia quella di assicurare un *minimum* di certezza del diritto e prevedibilità dell'individuazione del

⁶⁵)Virgos-Schmit, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, doc., Consiglio n. 6500/06/EN, 1996 par. 70.

giudice competente. Ciò implica la necessità di guardare alle modalità con cui l'attività si manifesta all'esterno, assicurando un ruolo centrale alla percezione dei terzi e nello specifico dei creditori.

La Corte afferma, o meglio, ribadisce, che la mera presenza di singoli beni o di conti bancari non soddisfa i requisiti necessari per la qualificazione di una dipendenza⁽⁶⁶⁾, in assenza di un luogo di operazioni in cui il debitore eserciti in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni⁽⁶⁷⁾.

Gli argomenti della Corte sulla dipendenza non aggiungono nulla all'interpretazione già fornita precedentemente. In particolare nulla dice in relazione alla possibilità di aprire una procedura secondaria nei confronti di una società controllata, quindi dotata della personalità giuridica⁽⁶⁸⁾.

Il dibattito resta dunque da chiudere, specialmente in vista delle proposte di modifica del regolamento programmate dall'Unione Europea.

3.5 I rapporti tra procedura principale e procedura secondaria⁽⁶⁹⁾

Lo schema imperniato sulla possibilità di aprire una procedura principale, con portata universale, aperta, ex art. 3 n. 1 del regolamento, dal giudice competente dello Stato membro in cui si trova il centro degli interessi principali del debitore, e una o più

⁶⁶⁾ Virgos-Schmit, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, doc., Consiglio n. 6500/06/EN, 1996 par. 70; vedi anche MELIN, *Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, 2008, p. 173.

⁶⁷⁾ Sentenza Interedil, *cit.*, par. 64; Conclusioni dell'avvocato generale, par. 80.

⁶⁸⁾ BARIATTI, *L'applicazione del regolamento CE n. 1346/2000 nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. proc.*, p. 680; DE CRISTOFARO, *Nuovo coordinamento delle giurisdizioni in Europa*, in *Int'l Lis*, 2002, 2, 89.

⁶⁹⁾ Sul rapporto tra procedura principale e secondaria si veda *ex multis*, E. RICCI, *Le procedure locali previste dal regolamento n. 1346/2000*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p. 900 ss.; TEDESCHI, *Procedura principale e procedure secondarie nel regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2003, p. 540 ss.; MONTELLA, *La procedura secondaria: un rimedio contro il forum shopping del debitore nel regolamento CE n. 1346/2000*, in *Il fallimento.*, 2009, 11, p. 1293 ss.; BONFANTI, *Le procedure concorsuali internazionali tra il Regolamento 1346 del 2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*, in *Dir. comm. int.*, 2003, p. 413 ss.; DIALTI, *Fallimento in Italia di sede secondaria di società già dichiarata fallita all'estero*, in *Dir. fallimentare e delle società commerciali*, 2005, p. 975 ss.; REMERY, *L'application à une filiale du règlement communautaire relatif aux procédures d'insolvabilité*, in *Revue des sociétés*, 2006, p. 360 ss.; POTTOW, *Greed and pride in international bankruptcy: the problems of and proposed solutions to "local interests"*, in *Michigan Law Review*, 2006, p. 1899 ss.

procedure secondarie, prevista al n. 2 del medesimo articolo, attivabile in un momento successivo, ma con portata ed effetti locali, limitati ai beni del debitore che si trovano sul territorio dello Stato nel quale la procedura minore o le procedure sono aperte, è contemplata nel considerando 11 al regolamento.

Se questo è lo schema generale, sono però necessarie alcune precisazioni.

Innanzitutto, il tipo e la natura di tali procedure locali cambiano in base al momento in cui vengono aperte, se prima, o dopo l'apertura di una procedura principale nei confronti del medesimo debitore.

Finchè non sia stata aperta una procedura principale, (che, in ipotesi, potrebbe anche non essere mai iniziata), nello Stato della dipendenza del debitore è possibile l'apertura di procedure d'insolvenza locali c.d. "indipendenti", in cui rientrano tutti i procedimenti elencati nell'all. A con natura quindi non solo liquidatoria ma anche risanatoria.

Quando parliamo di procedure "locali", dunque, dobbiamo innanzitutto dare atto di questa duplicità di significato, poiché lo stesso termine comprende due categorie diverse. Quelle autonome o indipendenti e quelle, utilizzate dal regolamento nella rappresentazione del binomio universalità/territorialità, denominate secondarie o, appunto, territoriali.

E' dunque innanzitutto necessario considerare le differenze e gli eventuali punti di contatto tra tali due macrocategorie di procedure.

Il par. 4 dell'art. 2 precisa che una procedura territoriale indipendente può aver luogo prima dell'apertura di una procedura principale d'insolvenza solo: " a) quando in forza delle condizioni previste dalla legislazione dello Stato membro in cui si trova il centro degli interessi principali del debitore, non è possibile dichiarare aperta una procedura principale; b) quando l'apertura della procedura territoriale d'insolvenza sia richiesta dai creditori locali con domicilio, residenza abituale o sede nello Stato in cui si trova la dipendenza, ovvero il cui credito derivi dall'esercizio di quell'impresa e ciò al fine di non ostacolare l'iniziativa dei creditori locali che potrebbero subire effetti pregiudizievoli da procedure aperte altrove."

L'impostazione limitativa appena descritta corrisponde al dettato del considerando 17 al regolamento, a norma del quale, prima dell'apertura della procedura principale d'insolvenza, il diritto di chiedere l'apertura di una procedura d'insolvenza nello Stato

membro in cui il debitore ha una dipendenza dovrebbe spettare esclusivamente ai creditori locali e ai creditori della dipendenza locale o essere limitato ai casi in cui non si può aprire una procedura principale a norma del diritto dello Stato membro nel quale è situato il centro degli interessi principali del debitore.

Si tratta di una restrizione atta a limitare al minimo indispensabile i casi in cui è chiesta l'apertura di una procedura territoriale d'insolvenza prima dell'apertura della procedura principale. Un autore criticava questa impostazione in riferimento alle procedure locali territoriali espressamente contenuta nel regolamento, ponendosi il dubbio che tale logica fosse il frutto di una "non perfetta percezione, o di una sottovalutazione" del fatto che tali procedure territoriali si pongono con la procedura principale prevalentemente in termini di conflitto ⁽⁷⁰⁾.

Se la procedura principale d'insolvenza viene aperta, la procedura autonoma diviene automaticamente una procedura territoriale.

Come prevede l'art. 3 par. 3 del regolamento, dopo l'apertura di una procedura principale contro il medesimo debitore, negli Stati membri in cui si trova una dipendenza di quest'ultimo, possono aprirsi solo procedure denominate secondarie, a natura esclusivamente liquidatoria nella cui categoria rientrano solo i procedimenti elencati nell'all. B al regolamento. (art. 27) ⁽⁷¹⁾.

Ebbene, le due categorie di procedure sopra individuate, di là dell'evidente favore riservato dal regolamento alle procedure c.d. territoriali disciplinate all'art. 27, si possono considerare sovrapponibili per una serie di aspetti normati dal regolamento.

In riferimento ad entrambe, innanzitutto, l'art. 4 par. 1 e 2 prevede l'applicazione della legge dello Stato di apertura.

⁷⁰⁾ RICCI E., *Le procedure locali previste nel regolamento 1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 908, che sottolinea come molti problemi di coordinamento si possano determinare per la duplice considerazione per cui gli effetti della procedura secondaria eventualmente aperta non sempre sono coincidenti con gli effetti prodotti dalla procedura principale aperta altrove e che gli effetti della procedura principale all'estero possono aspirare a prodursi anche in Italia, in quanto extraterritoriali, solo se la procedura locale italiana non li ostacola.

⁷¹⁾ Sulle procedure secondarie vedi in particolare RICCI E., *Le procedure locali previste nel regolamento 1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 900.

L'apertura delle suddette procedure, inoltre, è idonea ad incidere esclusivamente sui beni del debitore situati nello Stato di apertura, come previsto dall'art. 3, par. 2 e dall'art. 27, ultimo inciso.

La regola sopra individuata rileva sulla composizione del patrimonio attivo sul quale le procedure incidono, nel senso che in esso possono essere ricompresi solo i beni che lo Stato di apertura ricomprende entro i propri confini ⁽⁷²⁾.

Quanto alla localizzazione dei beni nello Stato di apertura, anche ai fini di una migliore definizione di cosa si debba intendere per procedura locale, soccorre il disposto dell'art. 2, par. 1, lett. g), che definisce il concetto di "Stato membro in cui si trova il bene" contenuto nel regolamento ⁽⁷³⁾.

L'elencazione della norma regolamentare va completata, con riferimento ai beni non ricompresi, con la norma interna dello Stato membro di apertura.

Sempre con l'intento di dare atto delle sovrapposizioni e (poi) delle differenze tra procedura locale "indipendente" e "territoriale", è interessante notare come alcuni beni siano esclusi categoricamente dal novero di tali procedure. Chiaro è il disposto dell'art. 12 sui brevetti e marchi, il quale dispone che "un brevetto o un marchio comunitario o un diritto analogo istituito da disposizioni comunitarie possono essere inclusi solo in una procedura di cui all'art. 3, par. 1": è dunque escluso che i suddetti beni possano essere ricompresi nell'attivo patrimoniale di una procedura concorsuale locale (autonoma o territoriale che sia). Quanto, infine, alla localizzazione dei beni

⁷²⁾ RICCI E., *Le procedure locali previste nel regolamento 1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 904 che con riferimento all'ipotesi di procedura locale in Italia, si riferisce ai beni (e dunque di diritti di contenuto patrimoniale) localizzati all'interno dei confini italiani.

⁷³⁾ Sulla localizzazione dei beni, con regole che specificano il principio di territorialità nei singoli casi concreti, richiamo l'art. 2 (Definizioni) del regolamento, sub g), che definisce Stato membro in cui si trova il bene, per i beni materiali lo Stato in cui si trovano fisicamente; per i "beni e i diritti che il proprietario titolare deve fare iscrivere in un pubblico registro" lo "Stato membro sotto la cui autorità si tiene il registro", quanto ai crediti, "Stato membro nel cui territorio si trova il centro degli interessi principali del terzo debitore". Sulla previsione relativa ai "crediti", RICCI E., *Le procedure locali previste nel regolamento 1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 905, osservava, con riferimento all'Italia, che la collocazione all'estero del "centro degli interessi principali" del terzo debitore costituisce un "ostacolo all'esercizio del diritto di credito nell'interesse del ceto creditorio, quand'anche una sentenza di condanna contro il terzo debitore possa essere pronunciata dal giudice italiano secondo le comuni norme di diritto internazionale privato, ed esistano sul territorio italiano dei beni dello stesso terzo debitore in astratto suscettibili di esecuzione forzata".

immateriale, manca una disposizione nel regolamento. Sul tema, dunque, come anticipato, riprendono vigore, in via ausiliaria, le norme nazionali (⁷⁴).

Ulteriore caratteristica riferibile ad ogni procedura locale, è quella consacrata nell'art. 17, par. 2 del regolamento, riguardante l'ampiezza degli effetti del riconoscimento della procedura di cui all'art. 3, par. 2. Questi "non possono essere contestati dagli altri Stati membri". Ciò significa che, nonostante la produzione di effetti sia limitata ai beni localizzati nel territorio di un determinato Stato membro, lo spazio entro cui tali effetti vanno protetti non è di certo limitato territorialmente.

Una limitazione a tale protezione *erga omnes* degli effetti del riconoscimento della procedura locale si trova solo in due casi particolari. Si tratta del par. 2 dell'art. 17, laddove è previsto che: "qualsiasi limitazione dei diritti dei creditori, in particolare una dilazione di pagamento o la remissione di un debito risultante da tale procedura, può essere fatta valere per i beni situati nel territorio di un altro Stato membro soltanto nei confronti dei creditori che vi hanno acconsentito." Si configurano allora due situazioni. La prima riguarda il caso in cui una procedura ex art. 3 par. 2 abbia determinato una limitazione dei diritti dei creditori. Ebbene, questa limitazione non può estendere i propri effetti al di fuori dello Stato membro in cui è stata aperta la procedura locale, a meno che i creditori "esterni" abbiano acconsentito all'estensione degli effetti di tali limitazioni anche in relazione ai beni situati in un altro Stato membro.

La seconda eventualità riguarda il caso in cui una procedura di quelle previste all'art. 3, par. 2 sia stata aperta su iniziativa di creditori che hanno accordato al debitore una dilazione di pagamento o la remissione di un debito, o hanno ridimensionato le loro pretese nei confronti del debitore. L'art. 17, par. 2, prevede che, in mancanza di specifico consenso da parte del creditore, l'effetto di tali concessioni sono limitate ai beni del debitore situati nello Stato membro nel quale sono state avviate le procedure territoriali, lasciando il creditore libero di agire per il residuo sui beni del debitore situati in altri Stati membri (⁷⁵).

⁷⁴ RICCI E., *Le procedure locali previste nel regolamento 1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 905

⁷⁵) FLETCHER-MOSS-ISAAC, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A commentary and annotated guide*, London, 2009, p. 307, par. 8.273. Gli AA. si interrogano in relazione all'accezione da dare al termine "assenso" adottato dal regolamento, nel senso di intenderlo esclusivamente ristretto all'assenso prestato individualmente dai creditori oppure di includervi quei meccanismi legali attraverso i quali una

E' stato osservato (⁷⁶) come nello Stato di apertura, gli effetti delle procedure locali prevalgono su quelli della procedura principale. Anche tale aspetto, può essere riferito ad ogni tipo di procedura locale.

Resta infine da considerare un elemento, tipico delle procedure territoriali, e fondamentale nell'ambito del presente scritto, ossia quello riguardante il fondamento della competenza giurisdizionale internazionale sul concetto di dipendenza. L'apertura di entrambe le tipologie di procedura locale è subordinata alla constatazione dell'esistenza di una dipendenza nel territorio dello Stato membro, ai sensi dell'art. 3, par. 2 del regolamento.

Secondo un autore (⁷⁷) la nozione di dipendenza che l'art. 3, par. 2 del regolamento utilizza espressamente ai soli fini di determinare la competenza internazionale, può essere considerata anche criterio di attribuzione della competenza interna, nel senso che la competenza territoriale appartiene al giudice del luogo in cui si trova la dipendenza del debitore. Se le dipendenze sono più, nel medesimo territorio, allora la competenza sarà quella del luogo in cui si trova la dipendenza più importante dal punto di vista della direzione dell'attività esercitata (⁷⁸).

minoranza è vincolata dal voto espresso da una maggioranza autorizzata. Si osserva come un problema analogo può essere riferito anche all'interpretazione dell'art. 34, par. 2 del regolamento, rubricato "misure che pongono fine alla procedura secondaria d'insolvenza" laddove è previsto che "la chiusura della procedura secondaria mediante una misura di cui a primo comma diventa definitiva soltanto con l'assenso del curatore della procedura principale ovvero, mancando tale assenso, qualora la misura proposta non leda gli interessi finanziari dei creditori della procedura principale." In quest'ipotesi, la chiusura delle procedure mediante un piano di risanamento, un concordato o una misura analoga, non avrà effetto se non con l'assenso di "tutti" i creditori aventi un interesse finanziario, con ciò comprendendo anche l'ipotesi di raccolta de consenso mediante meccanismi legali.

⁷⁶) FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 901, il quale osserva che la portata universale della procedura principale è limitata dall'apertura di un procedimento secondario con la conseguenza che i beni del debitore situati nello Stato membro nel quale sia stato aperto un procedimento secondario rimangono sottoposti solo al procedimento locale con una compromissione definitiva dei poteri del curatore (quelli che gli sono riconosciuti dalla legge dello Stato di apertura), esercitabili in tutti gli Stati solo fino a che non sia stata ivi aperto un procedimento locale ai sensi dell'art. 17, par. 1 del regolamento.

⁷⁷) RICCI E., *Le procedure locali previste nel regolamento 1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 910.

⁷⁸) Il medesimo autore risolve così il problema della pluralità di sedi di impresa nel medesimo territorio in modo conforme ed armonico rispetto all'impostazione prevista all'art. 9 della legge fallimentare italiana, sui cui FACCIOLI-ZACCARIA, *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di Maffei Alberti, Padova 2009, sub art. 9 e sub art. 9 ter che, con riguardo al caso in cui l'imprenditore sia titolare di più imprese, e per tutte, o comunque almeno due di queste, si verifichi lo stato d'insolvenza, nonchè con riguardo all'ipotesi in cui, sussistenti più sedi, risulti impossibile individuare una sede principale dell'impresa, l'eventuale conflitto positivo di competenza debba essere risolto, oltre che dal criterio della prevenzione (il giudice che si è pronunciato per primo) mediante l'applicazione della regola, generale del diritto

L'elemento fondamentale, che segna la differenza tra le due categorie sopra individuate, riguarda, allora, innanzitutto il profilo temporale, posto in relazione con la già avvenuta, o meno, apertura di una procedura principale d'insolvenza. Inoltre, nel caso di procedure indipendenti è necessario dimostrare lo stato d'insolvenza del debitore diversamente rispetto alle procedure secondarie previste all'art. 3, par. 2 del regolamento, ove, probabilmente nell'ottica di favore propria del regolamento, nessuna indagine è necessaria.

Dopo l'apertura della procedura principale d'insolvenza il diritto di chiedere l'apertura di una procedura nello Stato membro in cui il debitore ha una dipendenza non è limitato dal regolamento. Il curatore della procedura principale o chiunque sia a ciò legittimato ai sensi della legge nazionale di tale Stato membro potrà chiedere l'apertura di una procedura secondaria d'insolvenza di carattere liquidatorio.

Il favore del legislatore comunitario per le procedure secondarie d'insolvenza è rintracciabile anche nel dato che queste ultime possono avere diversi scopi, oltre naturalmente a quello della tutela dell'interesse locale.

Può accadere, ad esempio, che il patrimonio del debitore sia troppo complesso da amministrare unitariamente o che le divergenze tra gli ordinamenti giuridici interessati siano così rilevanti che possono sorgere difficoltà per l'estendersi degli effetti derivanti dal diritto dello Stato di apertura della procedura agli altri Stati nei quali i beni sono situati. Per questo motivo il curatore della procedura principale può chiedere l'apertura di una procedura secondaria quando ciò sia necessario per una gestione efficace dell'attivo.

Riflettuto sugli aspetti, comuni e non, alle procedure locali autonome e territoriali, è possibile soffermarsi su questa ultime, disciplinate all'art. 27 e ss. del regolamento.

L'aspetto meglio idoneo ad esplicitarne la connotazione secondaria è contenuto proprio nell'articolo sopraccitato, ai sensi del quale è sufficiente l'avvenuta apertura di una

fallimentare, della sede principale dell'impresa. In tal senso, determinante per l'individuazione del tribunale competente, è quella reale, ossia il luogo in cui si trova il centro direttivo e amministrativo degli affari dell'impresa, luogo che non coincide necessariamente con quello in cui si trovano lo stabilimento o altri beni aziendali come approfondito, ex multis, da PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 124 ss.; BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, p. 43 ss.; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, p. 141 ss. *Contra*, in giurisprudenza, Corte d'Appello di Torino, 10 marzo 2009, in *Fall.*, 11, 2009, p. 1293.

procedura principale, ad opera di un giudice di un altro Stato membro, ed il suo riconoscimento, sempre in un altro Stato membro, quale presupposto per aprire, in quest'ultimo Stato membro, una procedura secondaria da parte di giudici che siano competenti ai sensi dell'art. 3, par. 2, (criterio della "dipendenza"), senza, si noti, che in questo Stato sia necessario esaminare l'insolvenza del debitore.

Importanza centrale assumono dunque due aspetti: il riconoscimento automatico, già esaminato, e disciplinato dall'art. 16, par. 1 del regolamento e, di conseguenza, l'aspetto relativo all'insolvenza del debitore.

Se di riconoscimento automatico si tratta, una volta avvenuto, questo investe ogni elemento costitutivo già considerato dal giudice del luogo di apertura della procedura principale, e dunque anche l'aspetto relativo all'insolvenza. Ecco il motivo per cui, aperta una procedura principale automaticamente riconosciuta in ogni Stato membro, l'art. 27 esclude a priori un'indagine del giudice, secondo la propria legge domestica, con rispetto all'insolvenza del debitore. Su tale aspetto mi sento di concordare con chi sostiene che ciò che vincola il giudice e lo solleva dall'indagine, in tale caso, non è il fatto storico dell'avvenuta apertura di una procedura principale ma l'accertamento positivo dell'insolvenza operato dal giudice che ha aperto la procedura principale. ⁽⁷⁹⁾

Una simile soluzione mi pare del resto conforme con il principio fondamentale di fiducia reciproca e di equivalenza delle giurisdizioni su cui poggia il c.d spazio giuridico europeo. I giudici, nell'aprire una procedura secondaria, dovranno limitare l'area d'azione del proprio accertamento alla verifica della già avvenuta apertura di una principale e del suo automatico riconoscimento, affidandosi alla valutazione ed all'accertamento dell'insolvenza già effettuato dai giudici di quello Stato, secondo i

⁷⁹⁾ E questa l'opinione di MONTELLA, *Procedura principale universale e procedure secondarie territoriali nel regolamento n. 1346/2000*, in *Il Fall.*, 2011, p. 1386, il quale si pone in contrasto con E. RICCI, *Le procedure locali previste nel regolamento 1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 912, per il quale l'insolvenza non è verificata come presupposto della procedura, visto che il presupposto dell'insolvenza è costituito da "un preciso fatto storico: l'avvenuta apertura della procedura principale nello Stato dotato della relativa competenza internazionale." Tale puntualizzazione in termini di "accertamento" piuttosto che di "fatto storico", con riferimento all'insolvenza ha ripercussioni di un certo spessore, in riferimento all'applicabilità alle procedure secondarie delle norme penali che presuppongono in Italia l'accertamento dell'insolvenza da parte dell'autorità giudiziaria italiana come elemento costitutivo del reato o come condizione di punibilità (ad es. la bancarotta).

canoni della propria legge domestica, in ipotesi non coincidente con quella della legge dello Stato membro in cui è stata aperta la procedura secondaria.

Secondo elemento, già citato, che merita di essere approfondito è la territorialità della procedura secondaria, chiaro sintomo di quanto il regolamento n. 1346/2000 sia, tra le norme comunitarie in materia di conflitto di leggi e competenza giurisdizionale, uno degli strumenti che più invadenti in senso sostitutivo delle norme nazionali in materia ⁽⁸⁰⁾.

Quando si parla di norme nazionali, infatti, bisogna sempre tenere conto delle modifiche che la legge domestica ha subito a seguito del regolamento, ed è proprio con riferimento alle procedure secondarie che questo effetto di “europeizzazione” è più evidente.

Mi spiego meglio.

La procedura secondaria è una procedura italiana, basata sulla legge italiana che, però, diversamente da quanto accadrebbe se si applicassero esclusivamente le norme domestiche, ha efficacia non universale ma limitata al territorio.

Una procedura d’insolvenza aperta in Italia, astraendo per un momento dalle implicazioni determinate dall’essere il nostro Stato vincolato alle disposizioni del regolamento comunitario ⁽⁸¹⁾, ha per sua natura una portata universale, non limitata ai beni situati sul territorio, ad essa sono ammessi tanto i creditori nazionali quanto quelli stranieri, e le conseguenze dell’apertura di un fallimento in Italia si estendono in modo automatico anche nei confronti dei soci della società fallita eventualmente residenti all’estero.

Ecco che allora la territorialità di tali procedure secondarie non viene certo dalla norma domestica, pur prevista come legge applicabile all’art. 4, ma costituisce una chiara dimostrazione dell’incidenza, in materia d’insolvenza, della norma d’ispirazione europea ⁽⁸²⁾.

⁸⁰⁾ Si può parlare, in questo senso, di “Europeizzazione” dei diritti nazionali.

⁸¹⁾ E la mente va, dunque, ai casi d’insolvenza transnazionale in rapporto, ad esempio, a Stati extra UE.

⁸²⁾ MONTELLA, *Procedura principale universale e procedure secondarie territoriali nel regolamento n. 1346/2000*, in *Il Fall.*, 2011, p. 1388, il quale individua la funzione di queste procedure nell’opportunità di bilanciare l’eccesso di rinuncia alla sovranità rappresentata dalla disciplina delle insolvenze transfrontaliere in caso di procedure principali.

Ulteriore ruolo attribuito alla procedura secondaria, peraltro, è quello di combattere il *forum shopping* qualora il soggetto interessato abbia ottenuto l'apertura di una procedura principale di insolvenza in un luogo che non corrisponde al reale centro di attività⁽⁸³⁾.

Se infatti il debitore insolvente può, in alcuni casi, riuscire a radicare la procedura principale di insolvenza in un luogo diverso dal centro degli interessi principali, la presenza di un patrimonio, tale da connotarsi come una "dipendenza" in un altro Stato, permetterà in ogni caso ai soggetti interessati di chiedere l'apertura di una procedura secondaria con effetti patrimoniali paragonabili a quelli di una procedura principale⁽⁸⁴⁾

3.6. I nodi interpretativi in materia di giurisdizione

3.6.1 Il concorso tra istanze di apertura di procedure principali in Stati membri diversi: conflitti positivi di giurisdizione

Si è già dato atto, nei paragrafi riguardanti la struttura del regolamento (CE) n. 1346/2000, della portata definitiva della decisione di apertura di una procedura principale d'insolvenza ai sensi dell'art. 3, par. 1 ed automaticamente riconosciuta da

⁸³⁾ MONTELLA, *La procedura secondaria: un rimedio contro il forum shopping del debitore nel Reg. Ce n. 1346/2000*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2009, pp. 1299 ss.

⁸⁴⁾ MONTELLA, *La procedura secondaria: un rimedio contro il forum shopping del debitore nel regolamento CE n. 1346/2000*, in *Il fallimento.*, 2009, 11, p. 1293 ss. Che osserva, peraltro come proprio per tale ragione il fraudolento distacco del debitore dal Paese dove egli realmente esercita la propria attività potrebbe tradursi in un autogol per il debitore. Secondo le parole dello stesso autore, infatti: "di solito il debitore che sceglie per comodità di affidarsi per il proprio fallimento ad un Paese diverso da quello suo naturale, gioca d'anticipo sui suoi creditori chiedendo lui la apertura della procedura, con ciò però confessandosi insolvente. Invece, per la successiva apertura a suo carico di una procedura secondaria, sia pure ad opera di altri soggetti, non si richiede più una indagine sull'insolvenza, che infatti è esplicitamente esclusa dallo stesso Regolamento (art. 27) e del resto la insolvenza è ormai indiscutibile anche per intrinseca necessità, quale conseguenza del riconoscimento automatico della decisione di apertura della procedura principale, che evidentemente tale stessa insolvenza ha accertato...per l'ottima ragione che il debitore l'ha confessata. Si verifica così la conseguenza, paradossale ma ineccepibile (non solo giuridicamente) che il debitore che fa *forum shopping* si preclude in effetti la possibilità di contestare la propria insolvenza nel corso del giudizio per la apertura della procedura secondaria: una possibilità che egli invece avrebbe avuto qualora fosse stato calmo in attesa delle iniziative dei suoi creditori per la apertura di una procedura (ovviamente: principale) nel paese in cui il suo Comi era effettivamente, e non artificialmente, localizzato"

tutti gli Stati membri, a seguito della quale nessun'altra procedura principale può essere aperta in un altro Stato membro.

Si è altresì accennato al dato per cui, proprio sulla base del principio di reciproca fiducia ed equivalenza delle giurisdizioni, tipico dello spazio giuridico europeo, è escluso che un giudice di uno Stato membro diverso da quello di apertura, pur considerandosi competente ad aprire anch'egli (o solo egli) una procedura d'insolvenza principale, possa rifiutare di riconoscere la procedura principale già aperta, essendo percorribile unicamente la strada dell'impugnazione della detta decisione di apertura secondo le modalità e le norme della legge propria, appunto dello Stato membro di apertura, con tutte le difficoltà, anche di ordine pratico, che un tale tentativo comporta. L'eventuale decisione di apertura di una procedura principale che si sovrapponga ad una precedente, già pronunciata si risolve sulla base di una stretta applicazione del principio di prevenzione temporale.

Esplora perfettamente la struttura regolamentare (forse un po' troppo schematica, a conti fatti), la lettura dell'art. 3, par. 3 regolamento, per cui "se è aperta una procedura d'insolvenza ai sensi del paragrafo 1 (principale), le procedure d'insolvenza aperte successivamente ai sensi del paragrafo 2 sono procedure secondarie. Tale procedura è obbligatoriamente una procedura di liquidazione".

Di là del dato testuale v'è da soffermarsi su un quesito.

Cosa accade nell'ipotesi di proposizione, in Stati membri diversi, di più istanze di apertura di una procedura d'insolvenza principale contro il medesimo debitore?

La difficoltosa definizione del concetto di Comi offre infatti a chi si accinge ad interpretarne la portata, ampio spazio a divergenze applicative.

La menzione dell'art. 3, par. 3 offre una soluzione *tranchante*.

I considerando preliminari al regolamento sono altrettanto lapidari. Il concorso tra istanze presentate in Stati diversi, infatti, viene risolto in base al principio di priorità per cui la prima decisione di apertura di una procedura principale, ai sensi dell'art. 16 e del considerando 22, si impone automaticamente in tutti gli Stati membri, compresi quelli

in cui erano state proposte istanze analoghe ⁽⁸⁵⁾, neutralizzando così l'ipotesi di conflitto di giurisdizione.

Dall'impostazione del regolamento risulta un quadro tendente (più che a risolvere), a negare alla radice il problema, concreto, della configurabilità di un conflitto di giurisdizioni. Come spesso accade dove la norma è eccessivamente rigida, però, molti dubbi restano irrisolti. Ma accontentiamoci, per ora, di constatare che il regolamento n. 1346/2000 offre, per le ipotesi di conflitti positivi di giurisdizione, una soluzione inflessibile: il giudice che apre per primo la procedura prevale in ogni caso sugli altri e ciò in quanto i giudici si devono fidare l'uno dell'altro e fare affidamento sulle reciproche decisioni.

L'impressione, sul punto, è che il legislatore si sia limitato ad una soluzione teorica del problema, facendosi "prendere la mano" dai propri intenti di armonizzazione e sottovalutando ⁽⁸⁶⁾, ad esempio, il caso in cui, per errore del giudice o per applicazione legittima delle norme regolamentari che lo prevedono (i casi, pur limitati di rifiuto del riconoscimento per motivi di ordine pubblico di cui agli artt. 25, par. 3 e 26), questi abbia rifiutato il riconoscimento della procedura principale in uno Stato membro, ritenendosi a sua volta dotato di competenza giurisdizionale ad aprire una procedura principale d'insolvenza.

In effetti, mi pare valere la riflessione generale, per cui il regolamento n. 1346/2000 paga, nella formulazione delle proprie norme, una ampiezza di contenuti tale per cui solo nelle ipotesi fisiologiche è in grado di guidare l'interprete e l'operatore pratico in modo soddisfacente. L'applicazione di principi di massima (come in questo caso il c.d. "principio di priorità) ad una materia caratterizzata da un molteplicità di implicazioni di carattere fattuale, qual è quella dell'insolvenza, dimostra i propri limiti proprio nella disciplina delle ipotesi conflittuali, nelle ipotesi cioè in cui si sia verificata una mancata o imperfetta applicazione delle regole che disciplinano l'esercizio della giurisdizione

⁽⁸⁵⁾ LUPOI M. A., *Conflitti di giurisdizioni e di decisioni nel regolamento sulle procedure di insolvenza: il caso "Eurofood" e non solo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, LIX., p. 1406 s. Per avv. gen. Jacobs, conclusioni nel c. 341\04, *Eurofood IFSC Ltd.*, punto 105, dopo l'apertura di una procedura principale in uno Stato, il g. di un altro Stato membro non è competente ad aprire il procedimento d'insolvenza principale. In Francia ROUSSEL GALLE, *Jour. dr. int.*, 08, p. 141.

⁽⁸⁶⁾ Si pensi al Report Virgos-Schmit dove l'ipotesi di conflitti di competenza era ritenuta "improbabile", par. 79.

(⁸⁷). Il caso più eclatante di conflitto di giurisdizione è di certo il caso *Eurofood*, ove la Corte di Giustizia è stata chiamata, *inter alia*, a pronunciarsi in relazione al principio di priorità. Precedentemente al caso *Eurofood* si collocano, tra i casi più famosi di conflitto positivo di giurisdizione, i già menzionati fallimenti dei gruppi di società *Daisytek* e *Rover*, infine allineatesi con la pronuncia, nel frattempo intervenuta, della Corte di Giustizia.

Quest'ultima non fa che confermare la posizione assunta dal regolamento. Dopo l'apertura di una procedura principale in un Paese membro nessun giudice di un altro Paese membro può sindacare la decisione ed aprire un'altra procedura principale. L'unico rimedio a disposizione delle parti contro eventuali errori nell'attribuzione della giurisdizione è il diritto di impugnare la decisione del giudice che ha aperto la procedura, andando a far valere le proprie ragioni sulla base delle norme proprie dell'ordinamento di questo. Anche la Corte, dunque, in tema di principio di priorità, è granitica, e vincola la risoluzione del conflitto al principio del riconoscimento automatico delle decisioni raccomandato nel considerando 22 al regolamento (⁸⁸).

La sentenza *Eurofood* si è richiamata innanzitutto ai principi che sovrintendono alla libera circolazione delle decisioni nello "spazio giudiziario europeo". I giudici hanno ricordato come sia proprio il principio di fiducia reciproca ed equivalenza delle giurisdizioni ad aver consentito la creazione di un sistema obbligatorio di competenza che tutti i giudici europei sono tenuti a rispettare con la corrispettiva rinuncia, da parte degli Stati membri, all'applicazione delle norme interne in materia di riconoscimento e

⁸⁷) MUCCIARELLI, *Eurofood, ovvero: certezza del diritto formale e incoerenza dei principi*, in *Giur. comm.*, 2008, 06, p. 1228, che osserva come: "la tendenza interpretativa della Corte di Giustizia, guarda caso, sia invece quella di "sacrificare sull'altare della certezza del diritto, sul piano formale, la coerenza dei principi, determinando una più subdola e radicale, incoerenza, che rischia di minare in futuro la tenuta del principio di fiducia reciproca su cui si fonda il regolamento".

⁸⁸) Il quale principio prevede che "Il presente regolamento dovrebbe prevedere l'immediato riconoscimento delle decisioni relative all'apertura di una procedura d'insolvenza [...]. Il riconoscimento delle decisioni pronunciate dai giudici degli Stati membri dovrebbe poggiare sul principio di fiducia reciproca. A tale riguardo i motivi di mancato riconoscimento dovrebbero essere ridotti al minimo necessario. Si dovrebbe risolvere secondo tale principio anche il conflitto che insorge quanto i giudici di due Stati membri si ritengono competenti ad aprire una procedura principale d'insolvenza. La decisione del giudice che apre per primo la procedura dovrebbe essere riconosciuta negli Stati membri, senza che questi ultimi abbiano la facoltà di sottoporre a valutazione la decisione del primo giudice. L'art. 16 par. 1 prevede che : "la decisione di apertura della procedura d'insolvenza da parte di un giudice di uno Stato membro, competente in virtù dell'art. 3 è riconosciuta in tutti gli altri Stati membri non appena essa produce effetto nello Stato in cui la procedura è aperta.

di delibazione, in favore di un meccanismo semplificato di riconoscimento e di esecuzione (⁸⁹).

Condivido l'opinione di chi ritiene che, di là dell'impostazione retorica della norma comunitaria, l'affermazione del principio di prevenzione temporale sia l'unico e solo meccanismo idoneo a coordinare le giurisdizioni dei Paesi membri e ad assicurare certezza all'attribuzione della competenza nella scelta della legge applicabile (⁹⁰).

Il legislatore comunitario, sul punto, fa probabilmente tesoro di un *background* più che trentennale di tentativi, nel quale gli Stati membri hanno dimostrato in modo chiaro la propria riluttanza a cedere, anche parzialmente, porzioni della propria giurisdizione in una materia "nazionalizzata" com'è il diritto fallimentare. E come un maestro farebbe con una classe difficile, ha ideato un sistema non by-passabile, atto a contenere le spinte centrifughe dei singoli Stati membri con una regola ferrea.

L'osservazione è tanto più avvalorata dal dato che il riconoscimento da cui scaturisce il criterio di prevenzione opera *de plano*, senza necessità di alcun provvedimento dichiarativo e "senza altra formalità", secondo il dettato dell'art. 17 par. 1.

Certo è che, come sopra anticipato, il principio dimostra tutti i suoi limiti nel campo dell'applicazione concreta, per le conseguenze in termini di incentivazione, o meglio di aggravamento dei fenomeni, "per certi versi endemici nella *transnational litigation*" (⁹¹) di abuso dello strumento processuale. Il rischio, in altre parole, è che la procedura d'insolvenza venga radicata non di fronte al giudice realmente dotato di giurisdizione, bensì di fronte al giudice più veloce nel decidere (c.d. fenomeno di *race to the court*).

Si tratta di un rischio molto concreto, caratterizzato peraltro dalla natura propria della materia concorsuale per sua natura incline a "cercare" il giudice più conveniente, vista la posta degli interessi in gioco.

Senza contare che, come osservato (⁹²), nel campo dell'insolvenza frontaliere, alla rapidità della decisione di apertura della procedura (che giova di certo a chi propone

⁸⁹) *Eurofood*, cit., punti 39 e 40.

⁹⁰) MUCCIARELLI, *Eurofood, ovvero: certezza del diritto formale e incoerenza dei principi*, in *Giur. comm.*, 2008, 06, 1226.

⁹¹) L'espressione è di LUPOI, *Conflitti di giurisdizioni e di decisioni nel regolamento sulle procedure di insolvenza: il caso "Eurofood" e non solo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, LIX, p. 1403

⁹²) LUPOI M. A., *Conflitti di giurisdizioni e di decisioni nel regolamento sulle procedure di insolvenza: il caso "Eurofood" e non solo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, LIX, 1403 s.

l'istanza), non sempre corrisponde una "bontà" della stessa in termini di ponderatezza degli interessi in gioco spesso molteplici, e che vi è una tendenza, comprensibile, da parte dei giudici degli Stati membri, a prevenire la decisione di apertura da parte di giudici di un altro Stato membro, per le forti implicazioni pubblicistiche connesse alle procedure d'insolvenza.

Pur condividendo le osservazioni sopra riportate, però, mi pare che il problema debba essere posto in termini di contemperamento tra l'interesse all'apertura di una procedura da parte del giudice realmente dotato di giurisdizione e l'interesse, altrettanto degno di protezione, di evitare che un eventuale conflitto di giurisdizioni porti ad una situazione di stasi, le cui conseguenze potrebbero essere dannose per ogni categoria di soggetto coinvolto nel fenomeno fallimentare.

Il regolamento non disciplina, l'ipotesi della litispendenza (⁹³), sicchè la questione sulla giurisdizione eventualmente pendente deve essere quanto più possibile limitata dal punto di vista temporale.

E' infatti escluso che l'art. 16 del regolamento possa essere considerato una norma sulla litispendenza internazionale, poichè il dettato della norma non disciplina il caso di contemporanea pendenza di due procedure nei confronti del medesimo debitore ma prevede solo che quando una decisione di apertura produce effetti nello Stato membro di origine, essa li produce (automaticamente) anche in tutti gli altri Stati membri.

⁹³) BARIATTI, *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di Giustizia: il caso Eurofood*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 201; VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006, 147. LUPOI M.A., *Conflitti di giurisdizioni e di decisioni nel regolamento sulle procedure di insolvenza: il caso "Eurofood" e non solo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, LIX, p. 1403, il quale osserva come tale lacuna non sia casuale nè colmabile mediante l'applicazione delle norme sulla litispendenza internazionale, come sostenuto da CONSALVI, *Recognition and enforcement of judgement under the EC regulation on insolvency proceedings*, reperibile sul sito www.judicium.it, p. 8. L'istituto della litispendenza secondo l'A. "mal si adatta al contesto delle procedure d'insolvenza", per la difficoltà di stabilire "l'identità soggettiva tra due procedimenti avviati in Stati membri diversi contro il medesimo debitore da parte di due creditori differenti" ed ancora per la difficoltà di risolvere "l'eventuale diversità tra le tipologie di procedura concorsuale di cui si è chiesta l'apertura negli Stati contraenti". Peraltro, il diritto processuale internazionale di uno Stato membro non necessariamente prevede norme sulla litispendenza internazionale con il conseguente rischio si creare disparità di trattamento anche in relazione, ad esempio, al regime di rilevabilità dell'eccezione della suddetta litispendenza. Ancora, il rimedio della sospensione, normalmente susseguente ad una pronuncia di litispendenza, porta una "fase di quiescenza di durata indeterminata che appare incompatibile con gli interessi pubblicistici sottesi alle procedure concorsuali" e con "l'urgenza e la necessità di evitare inutili dilazioni".

Il problema determinato da questa struttura, mancante di una disciplina della litispendenza, è allora costituito dal fatto che due procedure, più o meno contestualmente aperte da due giudici di due Stati membri diversi, nei confronti del medesimo debitore, possono proseguire parallelamente per un lasso di tempo anche lungo, con tutte le conseguenze negative che ciò comporta.

3.6.2 La definizione di decisione di apertura di una procedura principale d'insolvenza e il momento in cui una procedura principale d'insolvenza può dirsi aperta ⁽⁹⁴⁾

Con le premesse sopra esposte l'individuazione di quale tra la molteplicità di procedure individuate dalle norme degli Stati membri in materia concorsuale e di quale provvedimento del giudice sia rilevante al fine di cristallizzare la competenza giurisdizionale assume un'importanza evidente proprio in relazione al più sopra evidenziato principio di prevenzione temporale.

Secondo il dettato del regolamento, per determinare il momento in cui si concretizza tale priorità temporale al fine di risolvere le ipotesi di sovrapposizione ciò che conta ai fini della giurisdizione è, ai sensi del combinato disposto degli art. 2 lett. f) e 16 del regolamento, il momento in cui la decisione di apertura assume efficacia, per la cui determinazione è necessario fare riferimento alla normativa nazionale dello Stato, appunto, di apertura.

Le questioni nate nell'ambito del caso *Eurofood* hanno permesso di approfondire il problema, oggetto di una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia. A questa si chiedeva, in particolare, “Se, allorché ad un giudice competente viene presentata in Irlanda una domanda di liquidazione (*winding up*) di una società insolvente e detto giudice emette, in pendenza dell'emissione di un'ordinanza di liquidazione, un'ordinanza di nomina di un curatore provvisorio (*provisional liquidator*) munito del potere di prendere possesso degli attivi della società, amministrare i suoi affari, aprire un conto corrente bancario e nominare un consulente, tutto ciò con la conseguenza sul

⁽⁹⁴⁾ Causa C-341/04 Corte di giustizia del 2 maggio 2006, *Eurofood IFSC Ltd*, in Fall., 2006, p. 1249 (punti 45 ss.)

piano giuridico di privare del potere di agire gli amministratori della società, codesta ordinanza combinata con la presentazione della domanda costituisca una decisione di apertura della procedura d'insolvenza (*insolvency proceedings*) ai fini dell'art. 16 del regolamento (...), interpretato alla luce degli artt. 1 e 2 dello stesso.”

Ebbene, secondo la Corte di Giustizia si deve considerare “decisione di apertura di una procedura d'insolvenza” ai sensi del regolamento, non solo formalmente indicata come decisione di apertura dalla normativa dello Stato membro cui appartiene il giudice che l'ha pronunciata, ma anche quella emessa a seguito di una domanda, fondata sull'insolvenza del debitore, finalizzata all'apertura di una procedura di cui all'allegato A al regolamento quando tale decisione comporta lo spossessamento del debitore e comprende la designazione di un curatore ai sensi dell'allegato C al regolamento stesso. Un simile spossessamento implica che il debitore perda i poteri di gestione del proprio patrimonio. In questo caso, infatti, le due conseguenze tipiche di una procedura d'insolvenza, vale a dire la nomina di un curatore previsto dall'allegato C e lo spossessamento del debitore si sono già verificate, e sono dunque presenti tutti gli elementi costitutivi della definizione di una tale procedura contenuta nell'art. 1, n. 1, del regolamento.”

Questo capo della sentenza *Eurofood* ha il merito di ampliare non poco il novero delle procedure alle quali il regolamento si applica, facendovi rientrare anche quelle previste dalla normativa nazionale dei singoli Stati membro preordinate all'apertura di una procedura definibile come “concorsuale” secondo i canoni del regolamento. Un ampliamento giustificato, peraltro, dal fine implicito di garantire l'efficacia applicativa del regolamento, che prevede che possa essere aperta una sola procedura principale, mediante un'indicazione quanto più possibile ampia del concetto di decisione di apertura, in grado di ricomprendere le molteplici varietà esistenti nelle rispettive leggi concorsuali degli Stati membri.

Una simile accezione lata del concetto, però, porta con sé un problema consequenziale che riguarda l'individuazione del momento nel quale una procedura (principale) d'insolvenza, definita tale dalla legge nazionale del giudice dello Stato di apertura, negli ampi limiti sopra visti, possa dirsi a tutti gli effetti aperta. Come sopra anticipato, l'assenza di norme sulla litispendenza rende ancor più urgente la soluzione del quesito.

Se è possibile affermare, in prima battuta, che il momento di attivazione dell'effetto "preclusivo" nel regolamento n. 1346/2000 è individuato al momento del riconoscimento della decisione di apertura e che tali effetti retroagiscono, non si può del resto sottovalutare che nelle more l'attività procedurale si è svolta regolarmente e che sono stati compiuti degli atti processuali sulla sorte dei quali il regolamento è del tutto silente.

Ma prima di approfondire questo aspetto vi è una questione preliminare da risolvere, che riguarda proprio il principio di priorità temporale, perno utilizzato dal regolamento per la soluzione dei conflitti di giurisdizione.

Anche tale aspetto non è disciplinato in modo certo, poichè manca nel regolamento n. 1346/2000 una definizione autonoma del concetto di decisione di apertura e, conseguentemente, del momento dal quale cominciano a decorrere gli effetti previsti dal principio di priorità: Questo, infatti, all'art. 2 lett. f) rinvia alla *lex fori* dei singoli Stati membri e sarà dunque la legge locale applicabile ad individuare il momento a partire dal quale la procedura concorsuale aperta inizia a produrre i suoi effetti sia sostanziali che procedurali come espresso dal considerando 23 al regolamento. Il punto è fondamentale, poichè solo da quel momento non sarà più possibile, per il giudice di un altro Stato membro, aprire a sua volta una procedura principale; solo da quel momento, opererà a pieni effetti il principio del riconoscimento automatico della decisione di apertura all'insegna del principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri, imposto dai considerando nn 16 e 22 del regolamento; solo da quel momento, la decisione di apertura di una procedura contro il medesimo debitore nel proprio Stato sarà virerà nella diversa forma di una procedura secondaria, ai sensi dell'art. 3 par. 2 regolamento⁽⁹⁵⁾. In effetti, le norme presentano numerose lacune, aggravate dal dato che, allo stato, il giudice che si accinge ad aprire una procedura principale d'insolvenza, poichè si ritiene competente, non ha, dal punto di vista meramente pratico, alcuno strumento efficiente per venire a conoscenza dell'eventuale pendenza, di fronte ad un Giudice di

⁹⁵⁾ LUPOI M.A, *Conflitti di giurisdizioni e di decisioni nel regolamento sulle procedure d'insolvenza: il caso Eurofood e non solo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, LIX, p. 1402 ss.

un altro Stato membro, di un'altra procedura, salve naturalmente le previsioni in materia di pubblicità, previste all'art. 21 del regolamento (⁹⁶).

3.6.3 La giurisdizione nei confronti dei gruppi di imprese: una falla di disciplina comunitaria che rimane un problema irrisolto.

Il regolamento non affronta il problema delle insolvenze dei gruppi di società e questa circostanza è considerata, a ragione, una delle più gravi lacune della norma europea che non ha dato strumenti idonei proprio in relazione alle ipotesi dove è maggiormente concentrato il fenomeno dell'espansione transfrontaliera delle imprese (⁹⁷) (⁹⁸).

⁹⁶) Il curatore della procedura può, per esigenze di opponibilità degli effetti della procedura a soggetti diversi da quelli direttamente coinvolti- richiedere in ogni Stato membro, le “adeguate forme di pubblicità” previste agli artt. 21 e 22 del regolamento.

⁹⁷) Il problema dei gruppi di società è oggetto di ampi lavori in sede UNCITRAL, in particolare da parte del Group V (insolvency Law). In particolare, *UNCITRAL, Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective*, New York, 2012, par. 64, dove si da atto del fatto che: “A number of the decided cases that considered the meaning of “foreign proceeding”, “foreign main proceeding” and “foreign non-main proceeding” have involved members of enterprise groups. The UNCITRAL Model Law is, however, directed at individual entities, not at enterprise groups as a single entity.⁸⁵ For the purposes of the Model Law, the focus is on each and every member of an enterprise group as a distinct legal entity. It may be that the centre of main interests of each individual group member is found to lie in the same jurisdiction, in which case the insolvency of those group members can be addressed together, but there is no scope for addressing the centre of main interests of the enterprise group as such under the Model Law; altrettanta importanza al problema del Comi degli “Enterprises Group” è dato nel *Report of Working Group V (Insolvency Law) on the work of its fortieth session (Vienna, 31 October-4 November 2011)*, par. 37: “The Working Group agreed that the topic was very important, reflecting the current commercial reality of global business and of cross-border insolvency proceedings”. Un importante lavoro di approfondimento del tema era già stato reso pubblico il 31 agosto 2009, da inserire nella III parte della *Legislative Guide*. Tutti i documenti menzionati sono reperibili sul sito ufficiale UNCITRAL, www.uncitral.org.

⁹⁸) Sulla materia, in generale, WAUTELET, *Some consideration on the Center of Main Interests as jurisdictional test under the European Insolvency Regulation*, in G. Affaki (ed.), *Faillite internationale et conflit de juridiction: regards croisés transatlantiques: US-EU experience*, Bruxelles, 2007, p. 24 ss.; WESSELS, *International Jurisdiction to open insolvency proceedings in Europe, In particular against (groups of) Companies*, reperibile sul sito www.iiiiglobal.org, 2003. P. 1 ss.; VAN GALEN, *The European Insolvency Regulation an Group of Companies*, in *TVI*, 2004, p. 1; MINUTOLI, *L'insolvenza transnazionale nei gruppi di imprese: il punto in dottrina e giurisprudenza*, in *Giur. Merito*, 2010, 6, p. 1570; VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006, p. 155 ss.; BARIATTI, *L'applicazione del regolamento CE n. 1346/2000 nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 673 ss.; BENEDETTELLI, *Centro degli interessi principali del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure d'insolvenza transfrontaliere*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2004, p. 527. FABIANI, *Gruppi di imprese ed insolvenza transfrontaliera: spazi residui di forum e law shopping nella disciplina comunitaria (in margine a High Court of Justice (Leeds), 16 maggio 2003, Re daisytek Isa Ltd; Cour d'Appel Versailles, 4 settembre 2003, Klempa C. S.a.s. Isa Daisytek; Trib. Roma, 26 novembre 2003, Cirio Holding Luzembourg Sa; Trib Parma, 20 febbraio 2004, Eurofood)* in *Int'Lis*, 2004 p. 95 ss.;

Non sono infatti stabiliti criteri per individuare il Comi di società, con sede legale in uno Stato ma interamente controllate da altre società, localizzate in uno Stato membro diverso, avendo il legislatore comunitario preso in considerazione solo il debitore singolo, eventualmente dotato di “dipendenze” in uno o più altri Stati.

Una simile impostazione è stata molto criticata, perché, nell’attuale realtà economica, il modello organizzativo del “gruppo” appare prevalente rispetto a quello più tradizionale preso in considerazione dal regolamento.

Da una applicazione rigorosa dell’art. 3, par. 1, ogni diversa entità dovrebbe essere sottoposta ad una procedura d’insolvenza distinta, con un’analisi autonoma, per quanto attiene l’individuazione del relativo Comi ⁽⁹⁹⁾ possono essere cioè aperte procedure principali in tanti Stati membri quanti siano i Comi individuabili per ogni società del gruppo, senza che abbia rilievo il dato dell’appartenenza delle debentrici ad un gruppo societario comune ⁽¹⁰⁰⁾. Questa è la linea seguita dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Eurofood* che ha dato un’interpretazione stretta del dettato dell’art. 3 para. 1 ⁽¹⁰¹⁾, limitando i casi di superamento della presunzione di coincidenza tra Comi della società e sua sede legale.

Come già evidenziato, però, la giurisprudenza ha dimostrato una scarsa aderenza rispetto al rigido principio della Corte di Giustizia, orientandosi, per l’individuazione e localizzazione del Comi, più che sul dato formale della sede statutaria, sul centro sostanziale degli interessi dei debitori.

⁽⁹⁹⁾ LUPOI M.A., in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2009, p. 1717 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ L’applicazione pratica ha dimostrato come il dettato della Relazione Virgos-Schmit per cui “only one set of main proceedings may be opened in the territory covered by the Convention” (par. 93-96), che ha assunto il centro degli interessi principali come criterio di giurisdizione a preferenza della sede, in quanto sarebbe individuabile un solo centro degli interessi principali, è stata superata dalla giurisprudenza che diverge “sia nell’individuazione degli elementi da considerare come indivi di interessi principale, sia nella determinazione del luogo ove tale centro degli interessi principali è situato”; sono le parole di BARIATTI, L’applicazione del regolamento CE n. 1346/2000 nella giurisprudenza, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 675. Vedi *contra* BENEDETTELLI, *Centro degli interessi principali del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure d’insolvenza transfrontaliere*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2004, p. 519, per cui il Comi può essere localizzato in più Stati membri, e l’eventuale conflitto si deve risolvere sulla base del criterio di prevenzione di cui all’art. 16 del regolamento.

⁽¹⁰¹⁾ Si possono aprire procedure principali in tanti Stati membri quanti siano i Comi individuabili per ogni società del gruppo: sebben nel caso di specie fosse pacifica l’appartenenza della società *Eurofood* al gruppo italiano Parmalat, i giudici comunitari hanno ritenuto che il Comi andasse individuato con riferimento alla singola impresa situata in Irlanda e non, come probabilmente sarebbe stato più opportuno, con riferimento all’appartenenza della società al gruppo localizzato in Italia.

La questione ha assunto il maggiore rilievo proprio in relazione ai gruppi di società, per la cui disciplina si sono formati, sin da subito, due filoni dottrinali.

In prima approssimazione, per gruppo si può intendere un particolare assetto “organizzativo” creato per imprese complesse, che hanno necessità diverse ed attività diverse all’interno del medesimo processo produttivo (¹⁰²). E’ evidente che, per quanto riguarda il nostro caso, il problema dei gruppi assume rilievo nel momento in cui le diverse società appartenenti a tale struttura sono costituite secondo norme di diversi Stati membri (¹⁰³).

Nell’impostazione regolamentare sembra di poter dire che la mancata previsione di una disciplina dei gruppi di società si giustifichi, almeno formalmente, per il fatto che tali “conglomerati” di società non sono considerati quali enti dotati di personalità giuridica autonoma.

L’impressione è del resto ribadita dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Eurofood* ove è espressamente previsto, al par. 30 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.

Un dato accomuna la giurisprudenza nazionale e la dottrina nell’approccio al problema: la tendenza univoca, seppure con le *nuances* che si vedranno, ad accentrare le procedure per tutte le attività del gruppo nel Comi della capogruppo. Ciò al fine di assicurare unità e celerità nella gestione della crisi (¹⁰⁴).

¹⁰²) In generale GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le società*, Trattato diretto da F. Galgano, Torino, 2001, p. 7 ss.

¹⁰³) VELLANI, *L’approccio giurisdizionale all’insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006, p. 403 ss. Del medesimo autore, *I rapporti tra procedura principale e procedure secondarie nel regolamento n. 1346/2000*, sul sito cbc.unifg.it. L’A. specifica come, a seguito dell’evoluzione legislativa avutasi a seguito della c.d. Legge Marzano, anche il tema dei gruppi di società in rapporto al concetto di controllo si siano evoluti. Esistono dunque gruppi c.d. a raggiera, in cui la capogruppo controlla tutte le altre società, e gruppi c.d. a catena in cui la capogruppo controlla e dirige delle società che a loro volta ne controllano altre

¹⁰⁴) Per un approfondimento BARIATTI, *L’applicazione del regolamento CE n. 1346/2000 nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 673 ss. che esamina le ipotesi in cui una simile necessità di accentramento della competenza corrisponde realmente ad un interesse meritevole di attenzione. Si tratta, ad esempio, dei casi in cui vi sia un’effettiva urgenza di ristrutturazione e riorganizzazione di attività imprenditoriali, mediante la liquidazione di “rami secchi”. Una simile operazione, in effetti, è difficilmente immaginabile nell’ipotesi di dover coordinare i diversi curatori di più procedure principali intraprese in diversi Stati membri; TAYLOR, *Practical difficulties in Handling Group Insolvencies*, in *Int.*

Il problema è stato affrontato dai commentatori, come dicevo, secondo due diverse prospettive che hanno portato, nella sostanza, al medesimo risultato di “attrazione”.

Mi propongo un approfondimento di tale approccio.

Alcuni hanno ritenuto che la nozione di dipendenza contenuta nel regolamento abbia una portata così ampia da contenere anche la nozione d’impresa satellite ma dotata di distinta personalità giuridica, con la conseguente attrazione alla competenza dello Stato ove è aperta la procedura della società controllante anche di tutte le eventuali società figlie. ⁽¹⁰⁵⁾

Una simile impostazione avrebbe il pregio di permettere l’apertura di tante procedure “territoriali” quante siano le società controllate, senza che sia necessario nemmeno verificare lo stato d’insolvenza delle medesime ⁽¹⁰⁶⁾.

Corporate Rescue, 2004, p. 236 ss. che considera meritevole di tutela tale interesse sotto il profilo degli interessi dei creditori, poiché molto spesso le obbligazioni delle controllate sono garantite dalla società madre ed è dunque primenti importante verificare lo “statodi salute” della controllante. Medesima considerazione può essere fatta con riferimento alle c.d. “controllate-veicolo”, costituite in Stati diversi dalla controllante per usufruire delle condizioni più favorevoli con riguardo a stabilimento, trattamento fiscale, concessione di garanzie etc. Due decisioni hanno tenuto conto di tale aspetto. Si tratta in particolare di: *AIM Underwriting Agencies, in Re Aim Underwriting Agencies (Ireland) Ltd High Court London (Ch. D), 2 July 2004*; *Summit Air*, entrambe in *Eir Database*.

¹⁰⁵⁾ DE CRISTOFARO, *Nuovo coordinamento delle giurisdizioni in Europa*, in *Int’l Lis*, 2002, 2, 89 e GOTTWALD, *Le insolvenze trans-frontaliere: tendenze e soluzioni europee e mondiali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 01, p. 155, il quale, sebbene in riferimento alla convenzione europea sull’insolvenza, (specularmente ripresa dal regolamento del 2000) osserva come “La convenzione europea non contiene una regola speciale sulle insolvenze di un gruppo di società. D’altro canto, una procedura secondaria può essere aperta solo in uno Stato in cui il debitore ha una dipendenza (art. 3, n. 2). Per rafforzare gli effetti universali del procedimento principale, sono invece esclusi procedimenti secondari basati solo sulla presenza di beni. Per esempio, se un debitore tedesco possiede una società controllata in Inghilterra, in quest’ultimo paese non può essere aperto un procedimento secondario. Le quote di partecipazione nella controllata sono solo beni situati in Inghilterra che non giustificano una procedura secondaria. Se del caso, si dovrà svolgere un procedimento indipendente di liquidazione della controllata ovvero il liquidatore tedesco dovrà far richiesta di un procedimento di liquidazione volontaria esercitando i diritti di proprietà del debitore. Una cooperazione tra questi procedimenti non è garantita, così come invece accade tra procedimento principale e secondario alla luce dell’art. 31 della convenzione europea. Il risultato cambierebbe solo se fosse possibile qualificare una controllata posseduta integralmente o per la maggioranza delle quote come una dipendenza. Tendenze analoghe sono conosciute in riferimento all’espressione “ perforare il velo societario ”. Nella legge statunitense, una controllata è trattata in molti casi come un agente involontario della società madre. La definizione offerta dall’art. 2, lett. h) della convenzione europea potrebbe forse avvalorare una simile interpretazione. Secondo questa previsione, una dipendenza è intesa come “ qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore esercita in maniera non transitoria un’attività economica con mezzi umani e con beni ”. Questa frase dovrebbe essere intesa in senso ampio, tale da includere nel concetto di dipendenza una casa di vacanza con custode, ma non un conto bancario.”

¹⁰⁶⁾ DE CRISTOFARO, *Nuovo coordinamento delle giurisdizioni in Europa*, in *Int’l Lis*, 2002, 2, p. 89, ritiene che altrimenti risulterebbe svuotato il significato l’art. 3, par. 2, sulle procedure secondarie, visto che i fenomeni di delocalizzazione sono recessivi se riferiti all’apertura di mere succursali, filiali o

Altra impostazione del problema, sposata dai giudici del caso *Daisytek* ⁽¹⁰⁷⁾ (sul quale diffusamente tra poco) sostiene che il giudice dello Stato dove è aperta la procedura della società capogruppo possa valutare come la sede degli interessi principali della società del gruppo sia da collocare nello stesso luogo ove è situata la capogruppo, con l'apertura di una ulteriore procedura principale preceduta da un accertamento autonomo dello stato d'insolvenza della società satellite.

La prima soluzione è da ritenersi non preferibile per una serie di motivi. Innanzitutto, come osservato, negare alla controllata la natura di società dotata di propria autonomia a favore di una definizione quale mera succursale, costituisce un aggiramento del problema, poiché nega la struttura stessa del gruppo di società ⁽¹⁰⁸⁾. In secondo luogo, e questa è una considerazione prettamente procedurale, accettare che per ogni controllata in odore di fallimento venga eventualmente aperta una procedura secondaria ai sensi dell'art. 3, par. 2, significa escludere *a priori* che una società figlia possa accedere ad una procedura di risanamento, prevedendo esclusivamente una procedura di carattere liquidatorio.

Come anticipavo, pre *Eurofood*, la tendenza della giurisprudenza di merito è stata caratterizzata da una volontà marcata di attrazione di tutte le società del gruppo sotto la competenza giurisdizionale del medesimo giudice.

3.6.3.1 Il caso Isa Daisytek

Si tratta della prima grande occasione di applicazione del Comi nei rapporti tra Francia e Regno Unito che, sebbene non giunta alla Corte di Giustizia, merita menzione per una descrizione del panorama precedente il leading case *Eurofood*. Per ragioni di opportunità pratica si rinvia alla lettura della decisione con riferimento alla fattispecie e ci si limita ad evidenziare come quest'ultima sia la prima di una lunga serie di casi in

stabilimenti. Per la stessa ragione si suggerisce che le procedure aperte in prevenzione nei confronti di società satelliti debbano essere considerate territoriali "autonome" sino alla eventuale apertura della procedura-madre.

¹⁰⁷⁾ *High Court of Justice di Leeds 16 maggio 2003, Isa Daisytek*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2004, 774.

¹⁰⁸⁾ FABIANI, *Gruppi di imprese ed insolvenza transfrontaliera: spazi residui di forum e law shopping nella disciplina comunitaria (in margine a High Court of Justice (Leeds), 16 maggio 2003, Re daisytek Isa Ltd; Cour d'Appel Versailles, 4 settembre 2003, Klempa C. S.a.s. Isa Daisytek; Trib. Roma, 26 novembre 2003, Cirio Holding Luzembourg Sa; Trib Parma, 20 febbraio 2004, Eurofood)* in *Int'Lis*, 2004 p. 95 ss.;

cui i giudici inglesi hanno ravvisato in modo sistematico il Comi di controllate estere di società capogruppo inglesi nel Regno Unito, tanto che la dottrina, osservando la rigidità di un simile comportamento, insensibile rispetto alla sfumature dei singoli casi, è stata indotta a etichettare questa tendenza come *anglo-saxon approach*. A *Daisytek* sono correlate, sempre con la stessa individuazione “tetragona” del Comi nel Regno Unito, *Rover France* ⁽¹⁰⁹⁾, *Enron Directo SA* ⁽¹¹⁰⁾, *AIM Underwriting Agencies* ⁽¹¹¹⁾, *Criss Cross Telecommunications* ⁽¹¹²⁾, *Collin & Aikman Corporation Group* ⁽¹¹³⁾

Gli indici presi in considerazione dai giudici degli Stati membri sono quelli, già visti dell’*head office approach*.

L’approccio dei giudici nazionali non è stato del resto modificato dalla massima “restrittiva” della Corte di Giustizia in materia di Comi e gruppi di società, i quali hanno continuato anche dopo la pronuncia *Eurofood* a considerare i gruppi quale soggetto unico ai fini della determinazione della competenza giurisdizionale.

A ben vedere il comportamento accentratore dei giudici inglesi, stigmatizzato come *anglo-saxon approach* al problema dell’insolvenza dei gruppi, non è isolato.

Se è vero che le corti inglesi, per una serie di ragioni ⁽¹¹⁴⁾ si sono rivelate la più creative nell’immediato periodo successivo all’entrata in vigore del regolamento n. 1346/2000, tanto che alcuni autori si riferivano a Londra come “*Insolvency capital of Europe*” ⁽¹¹⁵⁾, non da meno sono state le tendenze degli altri Stati membri nel senso di

⁽¹⁰⁹⁾ *Rover France*, Tribunale di commercio di Nanterre 19 maggio 2005, reperibile sul sito www.eir-database.com, caso n. 185.

⁽¹¹⁰⁾ *High Court of Justice, Chancery Division*, 4 luglio 2002, Lightman J.

⁽¹¹¹⁾ *Re Aim Underwriting Agencies (Ireland) Ltd High Court London (Ch. D)*, 2 July 2004

⁽¹¹²⁾ *Re Crisscross Telecommunications*, in *18 Insolv. Int.*, 2005, p. 85, riguardante alcune società figlie costituite in Stati membri ed in Svizzera. Il Comi è stato individuato nel Regno Unito. Gli indici valutati come determinanti ai fini della localizzazione del Comi sono stati il fatto che le riunioni dei diversi consigli di amministrazione, le contabilità ed altre funzioni erano esercitate dai dipendenti con base in Gran Bretagna; i contratti, venivano negoziati e conclusi da dipendenti inglesi, le fatture dei fornitori erano inviate in Gran Bretagna.

⁽¹¹³⁾ *Collins & Aikman Corporation Group*, reperibile sul sito www.bailii.org

⁽¹¹⁴⁾ WAUTELET, *Some consideration on the Center of Main Interests as jurisdictional test under the European Insolvency Regulation*, in G. Affaki (ed.), *Faillite internationale et conflit de juridiction: regards croisés transatlantiques: US-EU experience*, Bruxelles, 2007, p. 85 ss., che individua la ragione nelle peculiarità della legge concorsuale inglese.

⁽¹¹⁵⁾ WILLCOCK, *How Europe became the Capital of forum shopping (and how London Hopes to Become the Delaware of Europe)*, in *Inol World*, 2003, 8-9.

“scavalcare” la presunzione di coincidenza del Comi nel luogo in cui si trova la sede legale.

Medesima tendenza a ravvisare il Comi delle controllate estere in coincidenza con quello italiano delle capogruppo nell’ipotesi di gruppi di società, è riscontrabile anche nelle due megainsolvenze italiane coinvolte dall’applicazione del regolamento n. 1346/2000, sebbene le controllate in questione svolgessero nel paese della loro sede statutaria un’attività ben riconoscibile e definita.⁽¹¹⁶⁾

Medesimo *approach* (che a questo punto potremmo definire *french-approach*) è nettamente individuabile nei giudici francesi, non solo nel caso *Emtec* ⁽¹¹⁷⁾ ma soprattutto nel caso *Eurotunnel*, già commentato proprio con riferimento all’interrogativo se il criterio del Comi, come circostanziato dalla Corte di Giustizia nel caso *Eurofood* fosse strumento in grado di fornire quel concetto autonomo in grado di armonizzare le giurisdizioni dei singoli Stati membri.

Per cercare di tirare le fila del discorso, il dato certo, mi pare di poter, dire, è che l’assenza di una disciplina del gruppo di società non ha trovato una soluzione del *dictum* della pronuncia *Eurofood*, tendenzialmente disatteso a favore di una valutazione caso per caso dei *molti* interessi coinvolti.

Mi riservo, nel 4 capitolo, di approfondire le recenti proposte ideate, a livello comunitario, per sopperire alla tendenziale “anarchia” dei giudici domestici in un tema che, allo stato attuale, riveste importanza non più trascurabile.

⁽¹¹⁶⁾ Significative le sentenze del Tribunale di Parma dichiarative dell’insolvenza delle società di diritto olandese e lussemburghese appartenenti al gruppo Parmalat (*Parma Food Corporation BV, Parmalat Soparfi SA; Parmalat Finance Corporation BV, Parmalat Capital Netherland; Dairies International, Parmalat Netherland*) in data 4 febbraio 2004, inedite; come pure quelle del Tribunale di Roma dichiarative dell’insolvenza di *Cirio Finance Luxemburg S.A.* in data 26 novembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I,1567. Le sentenze sono reperibili, nella traduzione in inglese, in allegato a Corno, *Implementation of EU Regulation – Italian Court’s Experience, IBA Committee J (Insolvency and creditors’ rights) Conference*, Siviglia, 18 – 20 aprile 2004, in www.ibanet.org/PaperDetails.asp. Al fine di determinare il Comi, il Tribunale di Parma ha valutato il luogo in cui si svolgeva l’attività di direzione e il centro propulsore dell’impresa ove operavano gli amministratori.

⁽¹¹⁷⁾ Tribunale de Nanterre, *Emtec*, 1 febbraio 2006, il Tribunale di Commercio di Nanterre (secondo Tribunale di Francia) con due sentenze del 15 febbraio 2006 ha in effetti dichiarato il fallimento di due filiali, site in Belgio e in Germania, di società francesi (*T. Com. Nanterre 3ème Ch, 15 febbraio 2006, n°2006P00149, SAS Emtec professional products; T. Com. Nanterre 3ème Ch, 15 febbraio 2006, 2006P00154, GMBH MPOTEC Augustaanlage*). Nelle fattispecie, nonostante il fatto che le filiali belga e tedesca avessero le loro sedi legali in Belgio ed in Germania, il Tribunale di Commercio di Nanterre applicando il regolamento CE ha considerato che il centro degli interessi principali delle filiali era comunque sito in Francia.

3.6.4 *Accertamento del Comi e trasferimento del debitore in un altro Stato membro: il problema del “turismo dell’insolvenza”*

Il tema del trasferimento all’estero della sede legale riguarda numerosi piani del diritto e presenta molte complessità per la sovrapposizione di fattori di carattere sostanziale e processuale ⁽¹¹⁸⁾.

E’ dunque necessario innanzitutto limitare l’indagine ad un aspetto specifico, ossia l’ipotesi di trasferimento all’estero della sede dell’impresa *insolvente*.

Parimenti, al fine di individuare il quadro dell’indagine, non si possono tacere i traguardi raggiunti dal diritto europeo nello sviluppo della tutela fondamentale delle persone fisiche e giuridiche all’interno del territorio dell’Unione Europea in termini di libertà di stabilimento.

La realtà giuridica (e fattuale) esistente a seguito delle sentenze della Corte di Giustizia che hanno consacrato la libertà di trasferimento della sede sociale, dal punto di vista squisitamente comunitario ⁽¹¹⁹⁾ fa del resto dubitare dell’idoneità della collocazione della sede a fornire un criterio sicuro di orientamento ⁽¹²⁰⁾.

Gli intensi flussi migratori di società da uno Stato membro ad un altro che hanno seguito tali pronunce, infatti, inducono ad attribuire rilievo limitato alla presunzione di coincidenza tra Comi e sede legale come ideata dalla Corte di Giustizia nel caso *Eurofood*, avvalorando quanto già detto a proposito della definizione di Comi. Con

¹¹⁸⁾ Sul trasferimento della sede sociale all’estero BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all’estero*, in *Riv. soc.*, 2010, 06, p. 1251 che dopo un *excursus* della varietà di significati attribuibili al concetto di sede, si concentra sulla particolare accezione del termine usata dal diritto comunitario nel senso di Comi, quale criterio di collegamento nel contesto della disciplina delle insolvenze transfrontaliere giacchè è la legge dello Stato membro del Comi a regolare le procedure principali, quale criterio di giurisdizione,

¹¹⁹⁾ E faccio riferimento ai principi sul coordinamento tra gli Stati membri in materia di diritto societario a seguito delle sentenze della Corte di Giustizia, *Daily Mail*, in *Racc.*, 1988, 5483; *Centros Ltd*, 9 marzo 1999, C-212/97, in *Racc.* 1999, I, 1459; *Uberseering B.V.*, in *Racc.* 2002, I, 9919; *Cartesio Oktaté és Szolgáltatató*, in *Riv. dir. priv. proc.*, 2009, p. 477 ss. Si trattava di casi molto diversi. Per un esame delle fattispecie vedi BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all’estero*, in *Riv. soc.*, 2010, 06, p. 1257.

¹²⁰⁾ WAUTELET, *Some consideration on the Center of Main Interests as jurisdictional test under the European Insolvency Regulation*, in G. Affaki (ed.), *Faillite internationale et conflit de juridiction: regards croisés transatlantiques: US-EU experience*, Bruxelles, 2007, p. 86, il quale in senso interrogativo “One could even go further and wonder whether in the post Centros world in which we live, it is still justified to give any credit to the statutory seat or to the place of the registered office as a decisive factor in locating a company’s center of gravity”.

riferimento espresso al trasferimento di sede, una delle poche pronunce è quella che segue.

3.6.4.1. Il caso *Susanne Staubitz vs Schreiber* ⁽¹²¹⁾ e *Pin Group*

Si tratta della prima pronuncia della Corte di Giustizia sul regolamento (Ce) n. 1346/2000. Un'imprenditrice tedesca, dopo aver presentato domanda di ammissione alla procedura d'insolvenza nel dicembre 2001 alla Corte di Wuppertall, trasferiva nell'aprile 2002 la propria residenza in Spagna.

Proprio in quel mese il tribunale adito rigettava la richiesta di ammissione per carenza di massa attiva. Proposto ricorso, questo era respinto sul presupposto che il Comi della società dovesse ormai ritenersi situato in Spagna e non più in Germania.

Veniva interpellata la Corte di giustizia che ha sancito una *perpetuatio* della competenza del primo giudice adito, nell'ipotesi di trasferimento del Comi in un altro Stato membro dopo alla proposizione della domanda, ma anteriormente all'apertura della procedura ⁽¹²²⁾.

L'art. 43, prima frase, del regolamento (CE) n. 1346/2000, ha sostenuto la Corte di Giustizia, dev'essere d'altro canto interpretato nel senso che il detto regolamento si applica se non è stata adottata alcuna decisione di apertura di una procedura d'insolvenza prima della sua entrata in vigore, il 31 maggio 2002, anche se la domanda di decisione di apertura è stata proposta anteriormente a tale data.

Stante poi il silenzio dell'art. 3 del regolamento sul punto, la Corte, con approccio teleologico che potrà essere considerato una costante nelle successive decisioni relative al regolamento, ha ritenuto che, consentire uno spostamento del Comi, e quindi una diversa determinazione della competenza giurisdizionale, in un simile contesto, sarebbe stato contrario agli obiettivi perseguiti dal regolamento ed in particolare all'intento dichiarato nel considerando 4. Quello cioè di combattere il fenomeno del trasferimento di beni o di procedimenti giudiziari da uno Stato membro ad un altro al fine di ottenere una migliore situazione giuridica (*forum shopping*).

¹²¹⁾ Corte di Giustizia del 17 gennaio 2006 nella causa C- 1/04 *Susanne Staubitz vs Schreiber* in www.curia.europa.eu

¹²²⁾ Si veda in particolare il punto 29 della decisione.

La Corte non va a fondo circa il problema dell'effettività o meno del trasferimento della sede legale. ⁽¹²³⁾ In linea di principio, secondo questo orientamento, si può affermare che qualsiasi spostamento, reale o fittizio, successivo alla proposizione della domanda ricade nell'ambito di applicazione della giurisprudenza *Staubitz-Schreiber*.

Se, infatti, lo spostamento della sede legale è fittizio, non si potrà sostenere lo spostamento del Comi e dunque non si presenteranno problemi in relazione alla competenza giurisdizionale.

In tal senso è sufficiente richiamare l'enunciato di *Eurofood* nell'ipotesi di sede fittizia. Tanto la *sede* fittizia, quanto lo *spostamento* fittizio, nel senso di mero spostamento della sede formale, non hanno alcun rilievo in punto di mutamento di giurisdizione ⁽¹²⁴⁾. Il problema si ha laddove il trasferimento sia effettivo. In questa ipotesi sarà da guida il principio espresso dalla Corte di giustizia ⁽¹²⁵⁾.

Ulteriore problema è allora quello di stabilire se il trasferimento all'estero della sede legale del debitore nell'imminenza del deposito dell'istanza di apertura di una procedura d'insolvenza possa sottrarre giurisdizione ai giudici dello Stato da cui il debitore stesso si sia trasferito.

Il regolamento tace sul punto ⁽¹²⁶⁾ e non pare che, laddove al trasferimento della sede segua il trasferimento effettivo dell'attività, si possa configurare, a livello sistemico, un divieto.

⁽¹²³⁾ Questione che è invece approfondita dalla successiva pronuncia *Eurofood* con riferimento all'ipotesi di società fantasma.

⁽¹²⁴⁾ Conforme Cass. Civ., Sezioni Unite, ordinanza 17 luglio 2009, n. 16633, *CMS-Credit Management & Service SRL* che in un caso di spostamento della sede cui non seguiva lo spostamento del Comi ha concluso che "non avendo al trasferimento all'estero della sede legale della società fatto seguito l'effettivo esercizio di attività imprenditoriale nella nuova sede, la presunzione di coincidenza della sede effettiva con la nuova indicata sede legale poteva considerarsi vinta. Nello stesso senso Cass. Civ., Sezioni Unite, ordinanza 12 maggio 2009 n. 11398 e Cass. Civ., Sezioni Unite, 16 dicembre 2009 con commento di DE CESARI, *Il trasferimento all'estero della sede legale dell'impresa insolvente*, in *Il fall.*, 2010, p. 663. Nell'ambito di tale procedimento è scaturita la domanda di pronuncia pregiudiziale avanti la Corte di Giustizia - C- 312 del 12 dicembre 2009 in G.U.U.E - con cui il Tribunale di Bari ha chiesto ai giudici comunitari come debba essere interpretata la nozione di comi e quali siano i fattori determinanti per determinarlo e, infine " se la presunzione della sede legale, prevista all'art. 3, par. 1, sia superabile sulla base dell'accertamento di una effettiva attività imprenditoriale nello Stato diverso da quello in cui si trova la sede statutaria della società, oppure, affinché possa ritenersi superata detta presunzione, sia necessario accertare che la società non abbia svolto alcuna attività imprenditoriale nello Stato ove ha la propria sede statutaria").

⁽¹²⁵⁾ MONTANARI, *La perpetuatio iurisdictionis nel sistema del regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, in *Int'l Lis.*, 2006/2007, pp. 20 ss;

Peraltro, nella stessa pronuncia *Staubitz-Schreiber* sopraccitata la natura fittizia del trasferimento non viene connotata di particolare significato.

Esemplare, perché dà il senso dell'affermazione di cui sopra, la vicenda che ha coinvolto una società della *Pin Group* ⁽¹²⁷⁾ con sede statutaria e attività in Lussemburgo. Alla fine del 2007 l'azionariato di tale società aveva nominato quali Presidente e membri del Consiglio di Amministrazione delle persone fisiche con domicilio professionale in Germania. Il nuovo CdA aveva deciso di trasferire in Germania i libri contabili, gli archivi e gli altri documenti sociali. Erano stati trasferiti a Colonia anche i responsabili della gestione degli affari e delle risorse umane; nel Lussemburgo era rimasto solo un piccolo servizio giuridico ed altre limitatissime funzioni. Il Tribunale di Colonia si è dichiarato competente sul presupposto che il Comi si trovasse, al momento della domanda, in Germania. Ad opinione del giudice tedesco, si era quindi realizzato un trasferimento effettivo ⁽¹²⁸⁾.

Se si può affermare che, tendenzialmente, il Comi debba essere valutato, ai fini della competenza giurisdizionale, con riferimento al momento della domanda, vi è chi si sofferma sul fatto che proprio il già ricordato considerando 13 stabilisce, come requisito del Comi, non solo la riconoscibilità del luogo di gestione degli interessi del debitore, ma anche, e forse soprattutto, l'abitudine di tale collocazione ⁽¹²⁹⁾.

Per ovviare ai problemi di "effettiva conoscibilità" (ed abitudine) del trasferimento, molti Stati membri, tra cui l'Italia, richiedono il decorso di un certo periodo di tempo prima che il Comi possa essere utilizzato come criterio di giurisdizione rispetto allo Stato in cui il debitore si sia trasferito ⁽¹³⁰⁾ ⁽¹³¹⁾.

⁽¹²⁶⁾ Non è infatti prevista una disposizione come quella dell'art. 9 c. 2 della nostra l. fall., che sancisce l'irrelevanza, ai fini giurisdizionali, del trasferimento della sede del debitore, per il periodo di un anno.

⁽¹²⁷⁾ Trib. Köln, *Pin Group*, 19 febbraio 2008, citata in DE CESARI-MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana, Competenza internazionale e riconoscimento delle decisioni*, in *Il Fall. (Monografie)*, 2009, p. 107 ss.

⁽¹²⁸⁾ Nello stesso senso una sentenza della Corte di Cassazione, S.U., Ordinanza 16 dicembre 2009, n. 26287, *SCA Packaging Italia s.p.a.*

⁽¹²⁹⁾ MONTELLA, *La Corte di Giustizia e il Comi: eppur (forse) si muove!*, reperibile sul sito www.ilfallimentarista.it, 2012.

⁽¹³⁰⁾ In Francia e in Spagna gli spostamenti avvenuti nei sei mesi antecedenti il fallimento sono irrilevanti. Così anche per l'Italia, che prevede un periodo più lungo, di un anno.

⁽¹³¹⁾ VIRGÓS, GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, The Hague, 2004, p. 50, affermano: "the new location must be genuine".

Dottrina e giurisprudenze nazionali (¹³²), peraltro, hanno affermato che la presunzione di coincidenza della sede legale con la sede effettiva dell'impresa può essere superata con la dimostrazione che il trasferimento della sede legale nell'imminenza della dichiarazione di fallimento non abbia avuto seguito concreto ed effettivo (¹³³).

3.6.4.2. Il caso *Interedil*: La data rilevante per la determinazione del COMI

Una delle questioni poste alla Corte nell'ordinanza di rinvio (¹³⁴) si riferisce al momento determinante per la valutazione inerente alla localizzazione del Comi, con particolare riferimento ai casi in cui ci sia un trasferimento della sede statutaria contestualmente al dissesto.

La Corte, come visto, si era già espressa sul punto con la sentenza *Staubitz-Schreiber*, ed aveva attribuito rilevanza al momento di presentazione dell'istanza di apertura di una procedura concorsuale. (¹³⁵)

Se è vero che l'orientamento espresso dalla Corte nel caso *Staubitz-Schreiber* era di privare di qualsiasi conseguenza sulla giurisdizione i trasferimenti della sede statutaria posteriori alla presentazione della domanda di apertura della procedura, al contrario, i trasferimenti anteriori alla proposizione della domanda incidono direttamente sulla

(¹³²) La Cassazione italiana (sentenza n. 10606 del 2005) ha affermato che è compito del giudice nazionale determinare, secondo la legge del luogo di costituzione della società (ai sensi dell'art. 25 l. 218/95), gli effetti del trasferimento all'estero della sede statutaria della società debitrice e che spetta al giudice italiano la giurisdizione con riguardo all'istanza di fallimento presentata nei confronti di una società di capitali già costituita in Italia, che, dopo il manifestarsi della crisi dell'impresa, abbia trasferito all'estero (nella specie, in Lussemburgo) la sede statutaria e quella amministrativa, quando a detto trasferimento consegua, con la cancellazione della società dal registro delle imprese in Italia, la perdita della nazionalità italiana e assunzione della nazionalità (alla stregua del principio della sede) del paese in cui è avvenuto il trasferimento. MUCCIARELLI, *Spostamento della sede statutaria in un Paese membro della UE e giurisdizione fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2006, II, pp. 618 ss.

(¹³³) In giurisprudenza il caso *Hoge Raad, c. X v. Fortis Bank.*, in *Int. lit. proc.* 04, 680 per cui costituisce indizio della natura fittizia del trasferimento della sede legale, il fatto che la società debitrice avesse conservato il suo originario recapito postale in Olanda, in cui e da cui aveva continuato a ricevere e a rispondere alla corrispondenza; *Court of appeal* inglese 27.5.2005, c. *Shierson v. Vlieland Boddy*, 2005 EWCA Civ 974, parla di "change based on substance and not an illusion"; Trib. Pistoia 14.12.2005, R. d. int. pr. proc. 06, p. 1064 parla di trasferimenti di sede "meramente formali ed artificiosi (...) senza che si sia realizzato alcun concreto esercizio di attività direzionale nelle nuove sedi") ed il trasferimento sia stato pubblicizzato in modo incompleto (App. Bologna 26.8.2008, n. 1381, www.giuraemilia.it).

(¹³⁴) Corte di giustizia Ue sentenza 20 ottobre 2011 – *Fallimento Interedil Srl*, procedimento C-396/09, reperibile sul sito www.curia.eu.

(¹³⁵) Principio rinvenibile in High Court of London, 11 novembre 2002, *Geveran Trading Co LTD v Kjell Tore Skyvesland*, [2003] BCC 391 (Judge Howard). Vedi WESSELS, *Moving House: Which Court Can Open Insolvency Proceedings?*, 2003, disponibile su www.iiiglobal.org

determinazione della competenza e i giudici nazionali torneranno ad applicare i principi generali previsti dall'art. 352.

E' lo stesso Avvocato Generale (¹³⁶) a osservare come il legislatore comunitario accetta coscientemente che il trasferimento della sede statutaria incida sulla determinazione del Comi. Il regolamento, del resto, diversamente dal Progetto del 1980 in materia d'insolvenza, non contempla alcuna disposizione che in caso di trasferimento della sede in un altro Stato membro opti per la *perpetuatio* della competenza del giudice dello Stato di partenza (¹³⁷).

Problemi eventualmente si pongono in quei casi in cui il trasferimento della sede avviene a ridosso della domanda di apertura della procedura, al fine di modificare la normale determinazione del Comi e quindi il foro competente. In questi casi, infatti, una scelta prudenziale, laddove non si riscontri il carattere di abitudine richiesto dal considerando n. 13 al regolamento, farebbe optare per la localizzazione del Comi nel luogo in cui la società interessata aveva la propria sede prima del trasferimento. I creditori dello Stato membro della sede originario potrebbero dunque far valere l'assenza del requisito dell'abitudine, come criterio qualificante del Comi.

Queste sono le basi da cui è partita la Corte nel caso *Interedil*.

Nel caso di trasferimento della sede prima della proposizione della domanda di apertura di una procedura concorsuale, si presume che il Comi si trovi presso la nuova sede statutaria e che saranno competenti i giudici dello Stato membro nel cui territorio si trova la nuova sede (¹³⁸), a meno che la presunzione prevista dall'art. 3 a favore della sede statutaria non sia superata dalla prova che il Comi non ha seguito il cambiamento di sede statutaria (¹³⁹). Quindi la presunzione può essere superata se si prova che il Comi è rimasto nello stato di origine e che non ha subito variazione a seguito del trasferimento di sede.

¹³⁶) Conclusioni dell'avvocato generale, cit., par. 47.

¹³⁷) Cfr. artt. 6 ss. del progetto di convenzione relativa al fallimento, ai concordati ed ai procedimenti affini del 1980;

¹³⁸) Sentenza *Interedil*, cit., par. 56.

¹³⁹) Si è già osservato come non sempre ad un trasferimento della sede formale corrisponda anche un mutamento del Comi. Cfr. Corte di Cassazione (ordinanza), Sez. Un., 17 luglio 2009, n. 16633, *CMS-Credit Management & Service s.r.l. c. Fastweb s.p.a.*, in *Diritto e Pratica delle società*, 3/2010, p. 57 ss. Vedi altresì DE CESARI, *Il trasferimento all'estero della sede legale dell'impresa insolvente*, in *Il fall.*, 2010, p. 663.

Questo passaggio riveste un'importanza notevole. Sebbene la Corte non affronti il tema dell'abuso del diritto (¹⁴⁰) visto che, nel caso di specie, il trasferimento di sede è avvenuto due anni prima della presentazione della domanda di apertura della procedura, spesso la prassi evidenzia come questi trasferimenti abbiano un carattere fittizio e mirino esclusivamente ad ottenere l'applicazione di una legge più favorevole alle esigenze del debitore senza un reale spostamento del suo centro di interessi. Nel pieno rispetto del diritto di stabilimento e nella garanzia di un suo esercizio effettivo, la Corte pone un limite agli spostamenti fittizi della sede finalizzati esclusivamente ad incidere sulla determinazione del Comi, magari in danno dei creditori.

Il debitore può scegliere di trasferire la propria sede in qualsiasi momento, e il regolamento non pone restrizioni su una tale scelta, purché si tratti di un trasferimento effettivo, specialmente quando avviene in un momento immediatamente precedente alla presentazione dell'istanza di apertura di una procedura.

Così la Corte prevede che anche nel caso in cui la società sia stata cancellata dal registro delle società (e abbia cessato ogni attività, come nel caso di specie), deve trovare applicazione la stessa regola. Sarà, dunque, logicamente privilegiato il giudice del luogo dell'ultimo Comi prima della cancellazione della società dal registro e della cessazione dell'attività (¹⁴¹). In questo caso, pertanto, per superare la presunzione prevista dall'art. 3, sarà necessario dimostrare che prima della cancellazione la società non aveva il suo Comi nello Stato della sede statutaria, mediante una valutazione globale da effettuarsi partendo dalla prospettiva dei creditori (¹⁴²).

L'obiettivo di una simile interpretazione è quello di stabilire un collegamento tra il Comi e il luogo con il quale la società presenta i rapporti più stretti, in termini obiettivi e in maniera visibile dai terzi.

¹⁴⁰) Sul tema vedi EIDENMULLER, *Abuse of law in the context of European Insolvency Law*, in *European company and financial law review*, 2009, p. 1 ss.; RINGE, *Forum shopping under the EU Insolvency Regulation*, in *European Business Organization Law Review*, 2008, p. 579 ss.

¹⁴¹) Sentenza Interedil, cit., par. 58.

¹⁴²) Conclusioni dell'Avvocato Generale, par. 54.

3.6.4.3. *Il caso Rastelli*

A distanza di poche settimane, la Corte di giustizia ha avuto modo di affrontare nuovamente il problema del Comi: ciò con la sentenza 15 dicembre 2011, nel procedimento C-191/10 ⁽¹⁴³⁾. In tal caso la questione era, in sostanza, se la confusione dei patrimoni tra due società, delle quali una assoggettata a procedura concorsuale in uno Stato membro, fosse idonea a spostare il Comi dell'altra (con sede statutaria in altro Stato membro) nel primo di detti stessi Stati, con conseguente assoggettabilità di entrambe le società a procedura nello stesso Stato.

La Corte ha deciso nel senso negativo, però anche qui discostandosi in misura, sembra, significativa, dalla rigidità di *Eurofood*: la Corte infatti ha ritenuto che la “presunzione può essere confutata quando, dal punto di vista dei terzi, il luogo dell'amministrazione principale di una società non si trova presso la sede statutaria. In tal caso, la presunzione semplice prevista dal legislatore dell'Unione a favore della sede statutaria di tale società può essere confutata ove elementi obiettivi e riconoscibili da parte dei terzi consentano di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa da quella che si presume corrispondere alla collocazione presso la sede statutaria. La valutazione richiesta in merito a tali elementi deve essere svolta globalmente, tenendo conto delle circostanze peculiari di ciascuna situazione ⁽¹⁴⁴⁾.

La Corte ha poi applicato tale principio rilevando che la mera constatazione della confusione dei patrimoni di tali società non è sufficiente a dimostrare che il centro degli interessi principali delle due società coincide. Per confutare la presunzione, cioè, è necessario che una valutazione globale dell'insieme degli elementi pertinenti permetta di accertare che, in modo riconoscibile dai terzi, il centro effettivo di direzione e controllo delle due società si trova nello stesso Stato membro.

Il ragionamento appare diverso rispetto alla pronuncia *Eurofood* ove il punto focale era costituito dalla sede statutaria. Qui, come in *Interedil* invece, la Corte di Giustizia pone

¹⁴³⁾ Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 15 dicembre 2011, *Rastelli Davide e C. Snc contro Jean-Charles Hidoux*, reperibile sul sito www.eur.lex.europa.eu; per un commento, CORSINI, *Il sistema francese di estensione della "giurisdizione fallimentare" non supera il vaglio della Corte di giustizia*, in *Il fall.*, 3, 2012, 278 ss.

¹⁴⁴⁾ Con espresso richiamo della sentenza *Interedil*, cit., punto 52.

l'accento sulla concreta riconoscibilità ad opera dei terzi che la realtà gestionale della società è collocata in uno Stato diverso da quello della sede statutaria.

3.7 Giurisdizione in materia di azioni connesse e/o correlate alla procedura d'insolvenza:

L'individuazione del criterio di giurisdizione per le azioni derivanti o collegate a procedure d'insolvenza transfrontaliera, tra le quali si inserisce l'azione revocatoria fallimentare, rappresenta uno dei profili "caldi" emersi sin dall'entrata in vigore del regolamento.

Si è sin da subito avvertita, infatti, l'assenza di una norma, nel regolamento n. 1346/2000, in grado di orientare l'interprete in relazione a siffatte azioni.

Il problema correlato all'applicabilità o meno del principio della *vis attractiva concursus* non è del resto nuovo, e già animava la dottrina e la giurisprudenza prima della regolamentazione europea del fenomeno. Sorprende come, nonostante la "fama" di tale *gap* nei tentativi di disciplina precedente dell'insolvenza transfrontaliera e l'esistenza di una pronuncia della Corte di Giustizia (*Gourdain vs Nadler*)⁽¹⁴⁵⁾ che ha escluso dall'applicazione della convenzione di Bruxelles del 1968 le azioni direttamente derivanti dal fallimento o ad esso strettamente connesse, il silenzio normativo sullo specifico punto sia stato mantenuto a livello regolamentare.

L'assenza di disciplina ha dato spazio a una varietà di interpretazioni del problema, di cui è mia intenzione dare atto nel presente capitolo: punti di vista, in alcuni casi opposti e discordanti, oggi superati a séguito di una recente decisione della Corte di Giustizia (*Seagon vs Deko Marty Belgium*)⁽¹⁴⁶⁾ che, colmando tale mancanza, ha statuito, in via interpretativa, che l'art. 3 del regolamento sull'insolvenza istituisce il principio della *vis*

¹⁴⁵⁾ Corte di Giustizia, 22 febbraio 1979, C-133/1978, *Gourdain vs Nadler*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1979, 572 ss., di cui più diffusamente in seguito.

¹⁴⁶⁾ Corte di Giustizia, 12 febbraio 2009, C-339/07, *Seagon vs Deko Marty Belgium*, sul sito www.cortedicassazione.it

attractiva concursus (¹⁴⁷) e che le procedure ancillari sono attratte nel foro fallimentare. Su gli aspetti principali di tale fondamentale pronuncia, seguita immediatamente da altre due pronunce con lo stesso *background* (¹⁴⁸), mi soffermerò, non prima di aver dato conto del complesso *iter* normativo, dottrinale e giurisprudenziale che ha portato al particolare risultato raggiunto, su un piano interpretativo, dai giudici europei.

3.7.1. “Il fallimento, i concordati e le procedure affini” nella convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e nel regolamento Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

Entrambi i testi normativi in oggetto, all'art. 1 comma 2 n. 2 ed all'art. 2 par. 3 lett. b), escludono dal proprio campo di applicazione “i fallimenti, i concordati e le procedure affini”.

Dato certo, partendo dal dato letterale, è che la convenzione di Bruxelles del 1968, oggi confluita nel regolamento n. 44 del 2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, non si applica dunque alla dichiarazione di fallimento, all'approvazione dei concordati, all'apertura delle altre procedure d'insolvenza e ciò per espressa previsione normativa.

(¹⁴⁹)

¹⁴⁷) Sul principio della *vis attractiva concursus* in ambito comunitario ed internazionale, FLETCHER, *Insolvency in Private International Law*, 1999, p. 288 ss; BALZ, *The European Convention on Insolvency Proceedings*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 1996, 485, p. 518; VIRGOS-SCHMIT, Report, par. 195 ss. ISRAEL, *European Cross-Border Insolvency Regulation*, 2005, p. 269.

¹⁴⁸) Corte di Giustizia, 2 luglio 2009, C- 111/08, *SCT Industri AB I Likvidation vs Alpenblume AB*, in curia.europa.eu; Corte di Giustizia, 10 settembre 2009, C-292/08, *German Graphics Graphische Maschinen GmbH vs A. van der Schee, acting as liquidator of Holland Binding BV*, in eur-lex.europa.eu.

¹⁴⁹) DANIELE, *Fallimento e convenzione di Bruxelles del 27 dicembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *Diritto comunitario e scambi internazionali*, 1985, 330 per cui sono da ritenersi altresì pacificamente esclusi dal novero dei procedimenti rientranti nel dettato convenzionale quelli finalizzati alla revoca o alla chiusura del fallimento, l'opposizione avverso lo stato passivo ed i vari giudizi instaurati a seguito di ricorsi al giudice delegato.

Ci si è a lungo interrogati in relazione alla portata di una simile esclusione, in particolare, appunto, con riferimento a quelle azioni che dal fallimento, dai concordati e dalle procedure affini, derivano. Il punto è, dunque, l'individuazione della disciplina della competenza giurisdizionale per le azioni ancillari al fallimento.

Sin dalla relazione Jenard ⁽¹⁵⁰⁾ alla convenzione di Bruxelles, si era chiarito che l'art. 1 comma 2, n. 2, non dovesse essere inteso in modo *tranchant* nel senso che si raccomandava un'applicazione prudente delle esclusioni ivi previste. Non sono da escludere dalla portata della convenzione tutte le controversie relative al fallimento quanto, piuttosto, quelle che da esso derivano "direttamente".

Il problema era dunque stabilire quali azioni dovessero considerarsi come "direttamente" derivanti dal fallimento e quali invece rientranti nella sfera applicativa della convenzione di Bruxelles.

E' interessante notare come il progetto di convenzione elaborato in sede comunitaria nel 1980 ⁽¹⁵¹⁾, su contenuto del quale rinvio al primo capitolo del presente lavoro, fornisca all'art. 15 uno specifico elenco delle azioni qualificate come derivanti dal fallimento diliegando, apparentemente, ogni dubbio interpretativo. Un elenco da considerarsi tassativo, secondo la prevalente dottrina, in considerazione della diversa portata assunta dalla *vis attractiva concursus* nei diversi ordinamenti ⁽¹⁵²⁾.

Peraltro, mentre era escluso ⁽¹⁵³⁾ che le norme nazionali che attribuiscono al giudice del fallimento la competenza esclusiva a conoscere delle azioni da esso derivanti, fossero disposizioni in materia di competenza giurisdizionale, le norme del progetto comunitario e di tutte le altre convenzioni in vigore erano (e sono, quanto al regolamento, come si vedrà in seguito), da considerarsi tali ⁽¹⁵⁴⁾.

¹⁵⁰⁾ Relazione Jenard sulla convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, firmata a Bruxelles il 27 settembre 1968, in G.U.C.E., 5 marzo 1979, N.C. 59/12.

¹⁵¹⁾ Per un'analisi storico-giuridica di tale primo progetto di convenzione europea sulle procedure concorsuali, DANIELE, *Il fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1987, p. 232 ss.; PROTO, *Le procedure concorsuali nella comunità europea*, in *Il fall.*, 1995, p. 1169 ss.

¹⁵²⁾ DANIELE, *Il Fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1987, p. 266 per il quale la tassatività comporta che ogni altra azione connessa con il fallimento, enza essere per questo contemplata nel progetto, ricada nell'ambito di applicazione della convenzione di Bruxelles del 1968 anche per quanto riguarda la competenza giurisdizionale.

¹⁵³⁾ GIULIANO, *Fallimento (dir. intern. priv)*, in Enc. Dir., vol. XVI, Milano, 1967, p. 243 ss.

¹⁵⁴⁾ LUPONE, *Insolvenza transnazionale. Procedure concorsuali nello Stato e beni all'estero*, Padova,

L'art. 15 del progetto comunitario del 1980, attribuiva "ai giudici dello Stato in cui è dichiarato il fallimento", la "competenza esclusiva" a conoscere delle azioni elencate. E' stato osservato come non si parlasse in quella sede di "giudice del fallimento" ma di "giudici dello Stato in cui è dichiarato il fallimento", vale a dire dei giudici territorialmente competenti secondo la *lex fori concursus* (¹⁵⁵).

L'interrogativo era allora incentrato su come comportarsi qualora l'ordinamento del foro fallimentare non prevedesse un tribunale territorialmente competente a decidere della controversia ad esso deferita dall'art. 15 della convenzione (¹⁵⁶).

Ulteriore interrogativo, che si poteva porre a seguito dell'entrata in vigore (mai avvenuta) del progetto di convenzione sul fallimento, ed in particolare con riferimento all'elenco tassativo contenuto all'art. 15, era quello della competenza giurisdizionale rispetto alle azioni che, pur essendo considerate dalla *lex fori* come dipendenti dal fallimento, non erano previste all'art. 15 del progetto di convenzione.

Si sosteneva che in quest'ipotesi dovessero tornare a operare le norme di diritto processuale civile internazionale dell'ordinamento del foro fallimentare. Quanto all'Italia, dunque, ai criteri previsti dal diritto internazionale privato ("anche allorchè il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente" – art. 3, comma 2 l. 218/1995), le norme della convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 e, una volta ammessa la competenza giurisdizionale del giudice italiano ai sensi di tale accordo, l'art. 24 l. fall., o la norma generale interna eventualmente chiamata a regolare la competenza territoriale nella materia di specie (¹⁵⁷).

1995, p. 211 ss.

¹⁵⁵) LUPONE, *op. cit.*, p. 211.

¹⁵⁶) Si tratta di un problema sollevato dalla dottrina. Vedi COLESANTI, *Unité et universalité de la fallite*, in *Les problèmes internationaux de la fallite et le marché commun*, Padova, 1971, pp. 9 ss. Secondo LEMONTEY, in *Les problèmes*, *op. cit.*, p. 77 ss., il problema andava risolto muovendo dal principio della "superiore autorità della convenzione" in quanto la regola sulla competenza posta dalla convenzione all'art. 15 avrebbe natura imperativa. Spetterebbe dunque allo Stato prevedere un foro competente, non potendo in nessun caso declinare la giurisdizione attribuitagli. Secondo la tesi di HIRSCH, in *Les problèmes*, *op. cit.*, p. 111 alla norma in questione doveva essere aggiunta una clausola ai sensi della quale in caso di lacuna la competenza sarebbe spettata ai giudici del fallimento.

¹⁵⁷) LUPONE, *Insolvenza transnazionale. Procedure concorsuali nello Stato e beni all'estero*, Padova, 1995, p. 212 ss., che osserva una contraddizione di fondo. Se il progetto comunitario sui fallimenti del 1980, che aveva la funzione di completare, in relazione alle procedure concorsuali, il sistema generale di circolazione delle decisioni in campo civile e commerciale introdotto dalla convenzione di Bruxelles, elencava tassativamente all'art. 15 le azioni dipendenti dal fallimento, disinteressandosi di altre materie che in ipotesi potevano rientrare nella vis attrattiva secondo alcune legislazioni nazionali, non ravvisando

Anticipo sin d'ora quanto verrà approfondito successivamente: la regola prevista e promossa all'art. 15 del progetto, che s'ispirava alla teoria della *vis attractiva concursus*, attribuendo ai giudici dello Stato in cui veniva aperta la procedura d'insolvenza la competenza a statuire su un'ampia serie di azioni derivate dall'insolvenza, non è stata adottata successivamente nel regolamento (CE) n. 1346/2000. La proiezione, sul piano internazionale, di un simile principio, previsto soltanto in alcuni dei paesi membri, avrebbe scatenato reazioni paralizzanti rispetto ad aspetti del diritto concorsuale internazionale considerate dal legislatore comunitario di urgenza ed importanza superiore quali, ad esempio, le questioni relative al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia fallimentare ⁽¹⁵⁸⁾.

E' proprio da tale assenza di disciplina normativa della competenza giurisdizionale per le azioni ancillari al fallimento, risolta solo di recente, con l'intervento della Corte di Giustizia nel caso *Seagon vs Deko Marty Belgium*, che si è sviluppato l'intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale in materia, focalizzatosi in modo particolare sulla competenza giurisdizionale in materia di azione revocatoria.

3.7.2. Il problema dell'azione revocatoria fallimentare

Il tema della competenza giurisdizionale in materia di azioni derivate ha trovato il suo argomento d'elezione in relazione all'azione revocatoria fallimentare.

Non mi soffermerò sull'aspetto sostanziale dell'istituto e sul suo fondamento, esulando tale aspetto dal tema del presente lavoro ⁽¹⁵⁹⁾.

tra esse e la procedura in atto un nesso sufficiente a determinarne la natura fallimentare, non si comprendeva come, rispetto al medesimo ambito di applicazione soggettivo, la convenzione di Bruxelles, parallela al progetto sui fallimenti, potesse considerare le azioni in questione come "fallimenti, concordati o procedure affini" ai sensi dell'art. 1, n. 2. Inoltre, se la convenzione di Bruxelles doveva trovare applicazione in seguito all'entrata in vigore della convenzione sui fallimenti, non si capiva perché essa non potesse essere applicata nel frattempo nei confronti delle stesse azioni.

¹⁵⁸⁾ Come dichiara il Virgós-Schmit Report "neither this precept nor this philosophy" è stata adottata nella convenzione sulle procedure d'insolvenza del 1995 (e di conseguenza dal testo successivo – regolamento n. 1346/2000) . Vedi BARIATTI, *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Liber Fausto Pocar, Milano, 2009, p. 24 ss.

¹⁵⁹⁾ CORSINI, *Profili transnazionali dell'azione revocatoria fallimentare*, Torino, 2009, p. 9 ss. che analizza nel dettaglio il fondamento dell'azione revocatoria fallimentare dando atto dell'esistenza, nella sostanza, di due tesi contrapposte. Una corrente dottrinale sostiene la tesi c.d. unitaria o monistica, per cui l'azione revocatoria fallimentare promana dall'azione pauliana ordinaria ed avrebbe subito un

Mi limito ad alcuni cenni di carattere differenziale rispetto all'azione pauliana ordinaria civile, necessari a meglio inquadrare il problema dal punto di vista processuale, quello delle norme comunitarie sulla competenza giurisdizionale internazionale. Quanto all'azione pauliana ordinaria, la disciplina di ogni Stato membro contiene sfumature che differenziano l'istituto, ma il comune denominatore nelle soluzioni proposte dagli ordinamenti a fronte di atti dispositivi del patrimonio in frode ai creditori è individuato nel fatto che tale azione non implica il risarcimento ma la conservazione dei diritti vantati dal creditore sul patrimonio del debitore. La differenza sostanziale rispetto all'azione revocatoria fallimentare, consiste nei diversi effetti delle rispettive azioni (¹⁶⁰): limitati, nel regime ordinario, ai singoli creditori ricorrenti e viceversa estesi alla massa dei creditori – ed a vantaggio di questi ultimi integralmente intesi – secondo il principio fondamentale della *par condicio creditorum* (¹⁶¹).

A prescindere da un'analisi approfondita delle differenze tra azione revocatoria ordinaria e fallimentare, ciò che interessa in questa sede è verificare se la seconda sia qualcosa di autonomo rispetto alla prima, perché da questa separazione derivano risultati diversi in punto a conflitto di leggi.

adattamento alle particolari esigenze del tipo di azione. Le due azioni avrebbero dunque identica natura, struttura, funzione essendo “due facce della stessa medaglia”. I sostenitori della teoria c.d. dualistica, invece, argomentano la differenza strutturale tra le due azioni, civile e fallimentare: il codice civile si muove in un'ottica individuale mentre la legge fallimentare fornisce una tutela collettiva, che prescinde dalla violazione dei diritti dei singoli creditori. Mentre la revocatoria ordinaria è un mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale, la revocatoria fallimentare colpisce gli atti compiuti in un periodo durante il quale non si tratta più di conservare la garanzia ex art. 2740 c.c. – essendo questa già svanita – ma di prendere atto di una situazione patologica preesistente, che avrebbe dovuto già condurre alla dichiarazione d'insolvenza. Fondamento dell'azione non sarebbe, secondo tale logica, la presenza di un danno, bensì, a seconda delle diverse correnti dottrinali, la violazione della *par condicio creditorum*, la ripartizione tra una collettività più ampia delle perdite derivanti dal fallimento, lo stato d'insolvenza.

¹⁶⁰) Conclusioni dell'Avvocato Generale Damaso Ruiz-Jarabo Colomer, sentenza 12 febbraio 2009 della Corte di giustizia nel procedimento C-339/07 *Seagon vs Deko Marty Belgium* sul sito <http://curia.europa.eu>, p. 6, che osserva come in alcuni ordinamenti nazionali come quello francese, la distinzione tra la revocatoria ordinaria e la revocatoria fallimentare incide anche sul regime della nullità, poiché il curatore fallimentare può ottenere l'annullamento di pieno diritto di determinati atti, facoltà che nella disciplina ordinaria dell'azione pauliana si limita all'annullabilità. Tale caratteristica è prevista anche nel sistema britannico, in cui gli atti dispositivi sono dichiarati nulli di pieno diritto, sebbene in funzione del motivo che li giustifica.

¹⁶¹) In riferimento all'azione revocatoria fallimentare in Italia, senza pretese di completezza, PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 363 ss.; BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, p. 129 ss.; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, p. 141 ss.

Il diritto derivato comunitario e la giurisprudenza della Corte di giustizia hanno avallato la separazione tra azione revocatoria contemplata dal diritto generale delle obbligazioni e la figura specifica applicata alle situazioni d'insolvenza.

Nella causa *Reichert* (¹⁶²) la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi in relazione ad un problema interpretativo attinente il quesito se l'azione pauliana fosse assoggettata al foro indicato dalla convenzione di Bruxelles (oggi regolamento n. 44/2001) per un'azione personale o per un'azione reale (¹⁶³).

La Corte di Giustizia ha esaminato il problema della classificazione dell'azione esercitata nella causa principale, ritenendo che si trattasse di un'azione personale e non reale, per la quale non era dunque competente la giurisdizione del “*locus rei sitae*”. La sentenza ha analizzato la natura dell'azione pauliana nel diritto francese, concludendo nel senso che essa “ha il suo fondamento nel diritto di credito, diritto personale del creditore nei confronti del debitore, e mira a proteggere la garanzia patrimoniale di cui il primo può disporre nei confronti del secondo. Se essa ha successo, la conseguenza è di rendere inopponibile al solo creditore l'atto di disposizione stipulato dal debitore in frode ai diritti del primo” (¹⁶⁴).

La competenza, dunque, è quella dello Stato in cui è domiciliato il convenuto.

3.7.3. Il Leading Case Gourdain vs Nadler e la soluzione del problema offerta dalla Corte di Giustizia. L'orientamento delle corti europee.

La Corte di Giustizia si è pronunciata sul tema delle azioni connesse e/o correlate al fallimento nel celebre caso *Gourdain vs Nadler* (¹⁶⁵) con particolare riferimento all'interpretazione dell'art. 1, comma 2, n. 2 della convenzione di Bruxelles del 1968.

¹⁶²) Corte di Giustizia, 10 gennaio 1990, causa C-115/88, *Reichert vs Kockler*, in www.curia.eu.

¹⁶³) La controversia opponeva i coniugi *Reichert* alla società *Dresdner Bank*, a causa della donazione fraudolenta di un immobile situato in Francia a favore del figlio di entrambi i coniugi. La *Dresdner Bank* ha esercitato l'azione pauliana contro i sigg.ri *Reichert* dinanzi ai giudici della Repubblica francese, paese in cui era situato l'immobile, applicando perciò il principio del “*locus rei sitae*”. Nell'ambito di un procedimento in cui veniva contestata la competenza dei giudici francesi, la *Cour d'appel d'Aix en Provence* ha sottoposto alla Corte di Giustizia una questione pregiudiziale in cui chiedeva se la convenzione di Bruxelles fosse applicabile ad un'azione pauliana di diritto civile.

¹⁶⁴) *Ibidem*, punto n. 12.

¹⁶⁵) Corte di Giustizia, 22 febbraio 1979, *Gourdain vs Nadler*, causa C-133/1978, in *Riv. dir. int. priv.*

La questione riguardava l'applicabilità della convenzione di Bruxelles all'azione *en comblement du passif social*, prevista all'art. 99 l. n. 67-563 del 13 luglio 1967, che permette al curatore francese di rivalersi nei confronti dei dirigenti della persona giuridica fallita, in caso d'insufficienza dell'attivo.

La Corte di Giustizia ha stabilito che la convenzione di Bruxelles non si applica a tutte quelle azioni che trovano il proprio fondamento giuridico in via immediata nel fallimento o che ad esso ineriscono strettamente ⁽¹⁶⁶⁾.

La pronuncia *Gourdain vs Nadler* individua un punto fermo su un tema tradizionalmente caratterizzato da una certa disomogeneità di vedute anche all'interno

proc., 1979, 572 ss. Nella fattispecie è stato escluso che l'azione *en comblement de passif social* rientrasse nella portata della convenzione di Bruxelles, in quanto è proposta davanti al giudice che ha pronunciato il fallimento, può essere iniziata solo dal curatore, in nome e nell'interesse della massa. I termini di prescrizione decorrono dall'esecutività dello stato passivo e sono sospeso per tutta la durata dell'eventuale concordato; in caso di esito positivo, tale azione avvantaggia l'intera massa fallimentare e, a loro volta, i dirigenti della persona giuridica insolvente possono essere dichiarati falliti, se non pagano i debiti per i quali sono stati condannati. Sul medesimo tema cfr. anche Corte di giustizia, 10 marzo 1992, *Powell Duffryn Plc vs Petereit*, causa C-214/89, in Raccolta, 1992, I-01745; Corte di giustizia, 2 luglio 2009, *SCT Industri AB i likvidation vs Alpenblume AB*, causa C 111/08, in eur-lex/europa.eu. Sulla sentenza si veda DANIELE, *Fallimento e convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *Dir.com. sc. int.*, 1984, p. 327.

¹⁶⁶⁾ L'azione *en comblement du passif* nel caso di specie è stata esclusa dalla portata della convenzione di Bruxelles, in quanto "l'azione di cui all'art. 99 detta di completamento del passivo sociale, contemplata espressamente da una legge sul fallimento, viene esperita esclusivamente dinanzi al giudice che ha pronunciato l'amministrazione controllata o il fallimento; solo il curatore - a parte il giudice, che può agire d'ufficio - può esperire quest'azione in nome e nell'interesse della massa fallimentare allo scopo del rimborso parziale dei creditori, rispettando fra essi il principio d'uguaglianza, tenuto conto dei diritti di prelazione regolarmente acquistati; quest'azione, che deroga ai principi giuridici generali delle responsabilità, fa gravare sui dirigenti sociali di diritto o di fatto una presunzione di responsabilità dalla quale essi possono liberarsi solo provando di aver spiegato nella gestione degli affari sociali tutta l'attività e la diligenza necessarie; la prescrizione dell'azione (3 anni) decorre dall'esecutività dello stato passivo ed è sospesa per tutta la durata dell'eventuale concordato e ricomincia a decorrere in caso di risoluzione o di annullamento di questo; se l'azione contro il dirigente sociale ha buon esito, ne trae vantaggio il complesso dei creditori, dato che un elemento dell'attivo entra nel suo patrimonio, come quando il curatore fa accertare l'esistenza di un credito a profitto della massa fallimentare; inoltre, il giudice può disporre l'amministrazione controllata o il fallimento di coloro fra i dirigenti a carico dei quali è stato posto, in tutto o in parte, il passivo di una persona giuridica e che non pagano questo debito senza che occorra accertare se detti dirigenti siano commercianti e in stato d'insolvenza; dal complesso di queste considerazioni si desume con certezza che l'art. 99, il quale ha lo scopo, in caso di fallimento di una società commerciale, di raggiungere, al di là della persona giuridica, i suoi dirigenti nel loro patrimonio, trae il proprio fondamento giuridico unicamente dalle norme del diritto fallimentare come interpretato con riferimento alla convenzione; si deve quindi considerare come pronunciata nell'ambito di un fallimento o di un procedimento affine, ai sensi dell'art. 1, 2 comma della convenzione, la decisione del genere di quella del giudice civile francese basata sull'art. 99 della legge francese 13 luglio 1967, n. 563 e che condanna i dirigenti di fatto di una persona giuridica a versare una determinata somma alla massa del fallimento."

della Corte di Giustizia (¹⁶⁷). Partendo dal dato, pacifico, che l'allora art. 1, n. 2, punto 2, della convenzione di Bruxelles così come l'art. 1, n. 2 lett b) del regolamento n. 44 del 2001, attualmente in vigore, escludeva dalla propria portata alcune materia come “i fallimenti, i concordati e le procedure affini”, la sentenza ha considerato le azioni fallimentari come rientranti tra le “procedure affini”, a patto che, però, esse “derivino direttamente dal fallimento e si inseriscano strettamente nell'ambito del procedimento fallimentare o di amministrazione controllata così caratterizzato”. (¹⁶⁸)

Mentre, dunque, con la sentenza *Reichert* più sopra menzionata, la Corte di Giustizia ha inserito l'azione revocatoria ordinaria nell'ambito della convenzione di Bruxelles (oggi regolamento n. 44 del 2001), ha invece escluso dalla sfera applicativa convenzionale la revocatoria fallimentare, ritenendo che il dettato normativo fosse chiaro nel non ricomprendere tali azioni nell'applicazione delle norme sul conflitto di leggi lì previste. Nella sentenza *Gourdain* l'esclusione di cui sopra è basata, appunto, sul nesso diretto tra l'azione revocatoria e la procedura d'insolvenza.

Mi permetto una parentesi con esplicito riferimento all'azione revocatoria, poiché il dibattito successivo ha trovato terreno fertile proprio in relazione a tale tipo di azione (¹⁶⁹) che merita un approfondimento. In realtà, la decisione della Corte di giustizia non propone una nozione comunitaria autonoma della revocatoria (¹⁷⁰), preferendo invece stabilire alcuni criteri generali, questi sì comunitari, da applicare eventualmente alle azioni disciplinate dagli ordinamenti nazionali (¹⁷¹). Tale approccio ha portato la Corte

¹⁶⁷) Corte di Giustizia, 10 marzo 1992, *Powell Duffryn Plc c. Petereit*, causa C-214/89, in Raccolta, 1992, I-01745: si trattava dell'interpretazione dell'art. 17 della convenzione di Bruxelles. La Corte ha ritenuto inclusa nel regime della convenzione l'azione proposta dal curatore di una società tedesca, dichiarata fallita, volta ad ottenere, da parte di un socio inglese, il pagamento dei conferimenti ancora dovuti; l'azione non è stata considerata come derivante direttamente dalla procedura; Corte di Giustizia, 2 luglio 2009, *SCT Industri AB i likvidation vs Alpenblume AB*, causa C-111/08, in eur-lex/europa.eu, una decisione relativa all'interpretazione dell'art. 1 par. 2 lett. b), regolamento CE n. 44/2001, in cui la Corte di nullità di un contratto di cessione di partecipazioni di una società austriaca, sottoscritto, in qualità di alienante, dal curatore di una società con sede in Svezia ivi dichiarata fallita e, in qualità di acquirente, da un'altra società svedese, poi registratasi in Austria come nuovo titolare di tali partecipazioni.

¹⁶⁸) Ibidem, punto 4.

¹⁶⁹) Ed in effetti la sentenza *Seagon vs Deko Marty Belgium*, sul sito <http://curia.europa.eu> prende in esame proprio un problema relativo all'azione revocatoria.

¹⁷⁰) Come osservato nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale Damaso Ruiz-Jarabo Colomer, sentenza 12 febbraio 2009 della Corte di giustizia nel procedimento C-339/07 *Seagon vs Deko Marty Belgium* sul sito <http://curia.europa.eu>, n. 36.

¹⁷¹) In tal senso l'Avvocato Generale fa riferimento, nell'osservare la tendenza all'applicazione “nazionale” della dottrina *Gourdain*, adattata a ciascuna azione revocatoria in ambito concorsuale, alle

di Giustizia, nel caso specifico, a riconoscere l'esistenza di un rapporto tra il procedimento fallimentare e l'azione del diritto francese (contestato nella causa principale all'origine della decisione), sulla base di svariati argomenti: in primo luogo, nell'ordinamento francese, che regolava la causa principale, l'azione si esperisce soltanto dinanzi al giudice che ha pronunciato il fallimento; in secondo luogo solo il curatore o il giudice (d'ufficio) possono esercitare tale azione; in terzo luogo, quest'ultima è esperita in nome e nell'interesse della massa fallimentare e, infine, la disciplina fallimentare prevede un termine di prescrizione diverso⁽¹⁷²⁾.

Va precisato che i giudici nazionali hanno tenuto posizioni diversificate, talora in linea con quanto stabilito dalla Corte di Giustizia, talora però, anche discostandosene⁽¹⁷³⁾. E' il caso, ad esempio, dell'Inghilterra⁽¹⁷⁴⁾ dove si è deciso che all'azione di rivendica proposta dal curatore per recuperare un bene del fallito è applicabile la convenzione di Bruxelles, esercitabile, a detta dei giudici, anche al di fuori del fallimento. Ancora, la controversia intrapresa dal curatore per accertare la titolarità, in capo al fallito, di un determinato bene, è stata considerata inclusa nella portata della convenzione di Bruxelles, così come la disputa riguardante la validità e gli effetti di un contratto di opzione sottoscritto da un soggetto insolvente. I giudici irlandesi, poi, hanno ricompreso nella convenzione di Bruxelles la controversia sulla nullità dei contratti stipulati tra una società fallita ed alcune banche, le quali avevano illegittimamente prestato assistenza finanziaria alla prima per l'acquisto delle proprie azioni⁽¹⁷⁵⁾. Stessa opinione i giudici belgi e francesi, in relazione alle azioni cominciate dal curatore per

decisioni di Trib. Bari, 27 gennaio 2004, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 1386 ss.; *Arrondissementrechtbank Leeuwarden*, 31 maggio 1979; *High Court, Chancery Division (Manchester)*, 5 maggio 2005, I, p. 2005-9, p. 552 ss.; *Cour de Cassation (Chambre commerciale)*, 24 maggio 2005, R.C.D.I.P., vol. 94, 2005, p. 489 ss.; sul punto GUTIERREZ-PINEAU, *Normas de protecciòn de acreedores: entre el derecho de sociedades regolamento el derecho concursal*, Indret, n. 4, 2006, p. 22 ss. Vedi note seguenti per ulteriori applicazioni nazionali del principio individuato dalla dottrina *Gourdain*.

¹⁷²⁾ Ibidem, punto 5.

¹⁷³⁾ CORSINI, *Profili transnazionali dell'azione revocatoria fallimentare*, Torino, 2009, p. 7 ss.

¹⁷⁴⁾ *Re Hayward [1997] Ch 45* (27-28 marzo 1997); *UBS AG (Formerly Swiss Bank Corporation) vs OMNI Holding AG (in liquidation)*, in [2000] 1 *All. ER (Comm.)* 42 (Ch.D.) (8-12-29 luglio 1999);

¹⁷⁵⁾ *High Court (Ireland)*, 2 febbraio 1996, *Crédit Suisse & Crédit Suisse Canada vs CH*, in *European Case Law on the judgement Convention*, a cura di Kaye, Chichester, 1998, 621.

ottenere il pagamento, in favore del fallimento, di determinate forniture (¹⁷⁶); giudici norvegesi, in un caso simile, sono stati di opposto avviso (¹⁷⁷).

Le corti francesi si sono occupate approfonditamente dell'interpretazione da dare all'art. 1, comma 2, n. 2 della convenzione di Bruxelles: hanno ad esempio statuito che nella portata della convenzione ricadano le controversie riguardanti il risarcimento dei danni sofferti dal fallito a seguito della risoluzione di un contratto (¹⁷⁸), le azioni di concorrenza sleale (¹⁷⁹), quelle volte a far riconoscere la natura privilegiata di un credito di lavoro (¹⁸⁰), quelle volte ad ottenere il pagamento di una cauzione dalla società fallita.

In Lussemburgo si è deciso che la convenzione di Bruxelles andasse applicata all'azione intentata da un investitore nei confronti di una società – posta in liquidazione ai sensi della legge fallimentare inglese – per ottenere la restituzione del denaro investito dall'attore in un fondo gestito dalla convenuta (¹⁸¹).

Quanto alla giurisprudenza tedesca, questa ha stabilito che rientra nella convenzione di Bruxelles la domanda proposta dal curatore fallimentare di una società per conseguire il pagamento dovuto dal socio, obbligatosi a concedere un mutuo per la ricostruzione del capitale sociale (¹⁸²). Stesso approccio rigido per i giudici belgi, in relazione ad un'opposizione proposta dal curatore avverso una sentenza contumaciale di condanna, emessa nei confronti del fallito prima della dichiarazione d'insolvenza (¹⁸³).

In Italia si è ritenuta applicabile la convenzione di Bruxelles all'azione promossa dal curatore per conseguire l'adempimento di una fideiussione prestata in favore della

¹⁷⁶) *Trib. Comm., Bruxelles*, 22 marzo 1977, *Van Rollegem vs Roth*, in *Repertorio della giurisprudenza in materia di diritto comunitario, Serie D*, - convenzione 27 settembre 1968, Lussemburgo (s.d.), I-1.2-B 5; Cass. Civ. 13 aprile 1992, in *Revue de droit int. Priv.*, 1993, 67; Cass. 1Re civ., 12 novembre 1986, in *Bull.*, I, n. 257.

¹⁷⁷) Corte suprema norvegese nel caso *Norsk Hydro AS and Hydro Aluminium AS v. Alumix s.p.a.*, in *Norsk Retstidende*, 1996, 25.

¹⁷⁸) *Cour app. Paris*, 14 giugno 1979, in *Rev. Soc.*, 1980, 555, con nota di DE BOTTINI.

¹⁷⁹) *Trib. comm. Paris*, 29 febbraio 1984, in *Gaz. Pal.*, 1984, 1, 185.

¹⁸⁰) *Cour. App. Paris*, 30 marzo 1990, in *JDC*, 1992, 187, con nota di HUET.

¹⁸¹) *Trib. d'arrondissement Luxembourg*, 2 dicembre 1992, *Endres vs Royco Investment and Abinger Southfield Fiduciary Services*, in *European Case Law*, p. 674.

¹⁸²) *V. OLG, Bremen*, 25 settembre 1997, in *RIW*, 1998, 63.

¹⁸³) *Rechtbank van Koophandel Gand*, 16 settembre 1977, *Cie française des transports Drouin vs Curator Faillissement PVNA intertrucking*, in *Repertorio della giurisprudenza in materia di diritto comunitario*, cit., I-1.1-B 5.

società fallita (¹⁸⁴); stessa conclusione per le controversie volte al recupero di somme da parte del curatore nei confronti di una banca, in virtù di un contratto di deposito (¹⁸⁵).

La cassazione ha inoltre ritenuto essere disciplinate dal regolamento n. 44 del 2001, con una decisione non molto risalente, le domande volte a dichiarare la nullità di un contratto di appalto ed a far valere la garanzia per i vizi dell'opera, proposte dal curatore del committente dichiarato fallito in Italia, nei confronti di una società francese, non trattandosi di azioni derivanti dal fallimento ma di azioni facenti capo alla società fallita nella cui posizione la curatela subentra. Analoga conclusione in relazione ad un'azione di ripetizione di indebito avente ad oggetto somme non dovute, proposta dal curatore fallimentare nei confronti di una società con sede in Germania, non reputando tale azione strettamente inerente il fallimento (¹⁸⁶).

3.7.4 Le azioni derivanti dal fallimento nel regolamento n. 1346/2000

Sebbene il regolamento (CE) n. 1346/2000 si occupi specificamente di azione revocatoria in tre norme (¹⁸⁷), esso non contiene una disciplina esplicita in materia di giurisdizione in relazione alle azioni connesse alle procedure d'insolvenza o da esse derivanti, incluse le azioni relative agli atti pregiudizievoli alla massa dei creditori. Quanto alle norme del regolamento si tratta, in particolare, dell'art. 4 par. 2 lett. m), che prevede che le disposizioni in materia di nullità annullamento o inopponibilità degli atti

¹⁸⁴) Trib. Milano, 30 gennaio 1989, in *Fallimento*, 1989, 1132, con nota di RUSSO, *L'attrazione al foro fallimentare nei profili di diritto internazionale privato*.

¹⁸⁵) App. Milano, 5 maggio 1987, in *Riv. dir. intern. priv. e proc.*, 1987, 803 (in relazione a liquidazione coatta amministrativa);

¹⁸⁶) Cass, 27 marzo 2009, hn. 7428, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce giurisdizione civile, n. 107.

¹⁸⁷) Era fatto salvo il caso in cui l'Italia fosse parte di una convenzione bilaterale. L'art. 44 del regolamento prevede che il regolamento sostituisca, per tutte le materie che ne sono oggetto, tutte le convenzioni preesistenti ed in vigore tra due o più Stati Membri. La constatazione dell'assenza, nel regolamento, di una norma atta a regolare il problema della giurisdizione in materia di azione revocatoria comportava che convenzioni eventualmente preesistenti di cui l'Italia fosse parte che regolassero tale profilo dovevano considerarsi in vigore anche dopo l'operatività del regolamento. Cfr in tal senso la convenzione italo-francese del 3 giugno 1930, la convenzione tra Italia e Regno Unito del 7 febbraio 1964 e la convenzione con Austria del 12 luglio 1977 tutte reperibili in POCAR, TREVES, CLERICI, DE CESARI, TROBETTA-PANIGADI, *Codice delle Convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*, 1999, p. 1255, 1274, 1281. Solo l'ultima delle convenzioni citate, da ritenersi abrogata a seguito della sentenza della Corte di Giustizia Deko-Marty, prevede, all'art. 5, che i Tribunali dello Stato in cui è stato dichiarato il fallimento siano competenti in merito ad azioni che, secondo la legislazione di uno dei due Stati, derivino direttamente dal fallimento.

pregiudizievoli per i creditori siano regolate dalla legge dello Stato Membro nel cui territorio è stato aperto il fallimento; dell'art. 13, che dispone l'inapplicabilità dell'art. 4 par. 2 lett. *m*), qualora il beneficiario di un atto pregiudizievole riesca a provare che *a*) tale atto è soggetto alla legge di uno Stato Membro diversi da quello di apertura della procedura principale e che *b*) tale legge non consente, nella fattispecie, di impugnare l'atto con alcun mezzo; dell'art. 18, il quale nel disciplinare i poteri del curatore della procedura secondaria, prevede che questi possa, in qualsiasi Stato membro, esercitare qualsiasi azione revocatoria nell'interesse dei creditori.

Il regolamento, però, non fornisce regole di giurisdizione se non per l'apertura di una procedura principale o territoriale, ignorando del tutto eventuali azioni correlate.

L'assenza di una disciplina generale in materia di azioni derivanti dal fallimento trova una giustificazione nella volontà, espressa in modo chiaro nella Relazione Virgos-Schmit (¹⁸⁸), di tenere in considerazione le radicali differenze tra i diversi ordinamenti giuridici degli Stati Membri, evitando di introdurre, a livello normativo, il principio della *vis attractiva concursus*, sconosciuta ad alcuni tra di essi come, ad esempio, la Germania.

¹⁸⁸) VIRGOS-SCHMIT, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, doc., Consiglio n. 6500/06/EN, 1996. Si tratta di una relazione esplicativa, preparata e negoziata dagli Stati Membri, della convenzione dell'Unione Europea in materia di procedura d'insolvenza, mai entrata in vigore. Si tratta di un autorevole punto di riferimento sebbene riferito alla convenzione, mai entrata in vigore, molte delle considerazioni ivi contenute possono essere riferite al regolamento comunitario, il cui testo, per la maggior parte, è integralmente sovrapponibile alle norme contenute nella convenzione. In particolare, il par. 77 di tale rapporto, dopo aver affermato che non è stato recepito il principio della *vis attractiva concursus*, poiché principio non comune a tutte le giurisdizioni degli Stati Membri afferma anche che: Article 1(2) of the 1968 Brussels Convention excludes bankruptcy, proceedings relating to the winding up of insolvent companies or other legal persons, judicial arrangements, compositions and analogous proceedings from its scope. In that judgment the Court of Justice of the European Communities used the nature of the action taken as the criterion for determining whether or not the jurisdiction rules of the 1968 Brussels Convention applied. According to this criterion, action directly derived from insolvency and in close connection with the insolvency proceeding are excluded from the 1968 Brussels Convention. Logically to avoid unjustifiable loopholes between the two convention, these actions are now subject to the Convention on insolvency proceeding and to its rules of jurisdiction". Concetto ripreso al par. 195 dove si afferma con riferimento alle azioni che sono direttamente collegate con la procedura fallimentare, che "such actions should be subject to the Convention on insolvency proceeding or, otherwise, in the overall Convention rules there might be unjustifiable gaps between the general Convention and the specific Convention". Tra tali azioni, ai sensi del par. 196, rientrerebbe anche l'azione revocatoria.

3.7.5 *Le posizioni della dottrina comunitaria precedenti alla sentenza Seagon vs Deko Marty*

Va rilevato, come lo stesso Report Virgos-Schmit osserva (¹⁸⁹), che solo l'art. 25 del regolamento rubricato “*Riconoscimento e carattere esecutivo di altre decisioni*” pare riconoscere i principi della sentenza *Gourdain vs Nadler*, per cui le azioni derivanti direttamente dal procedimento d'insolvenza e strettamente connessi ad esso sono esclusi dalla convenzione di Bruxelles (regolamento n. 44 del 2001), ma inclusi nella convenzione sulle procedure d'insolvenza (regolamento n. 1346/2000). E' il suddetto Report ad offrire un appoggio interpretativo laddove afferma che “logicamente, per evitare vuoti di disciplina tra le due Convenzioni (oggi Regolamenti), queste azioni sono oggi soggette alla convenzione sulle procedure d'insolvenza (regolamento n. 1346/2000) e alle regole di giurisdizione” (¹⁹⁰).

Ebbene, l'esclusione espressa delle azioni connesse e/o correlate al fallimento dalla convenzione di Bruxelles del 1968 (regolamento n. 44 del 2011), l'evidente *gap* normativo del regolamento n. 1346/2000 in materia di competenza giurisdizionale per simili azioni e la contraddittorietà del Report Virgos Schmit, che pretende di riferire anche al tema della competenza giurisdizionale un articolo espressamente riferito al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni, sono elementi che hanno dato spazio allo sviluppo di un ampio dibattito dal quale sono scaturite posizioni che sono state sintetizzate secondo tre impostazioni/interpretazioni del problema (¹⁹¹).

La prima impostazione si sofferma sulla constatazione che le sole norme di giurisdizione contenute nel regolamento n. 1346/2000 sono quelle relative all'apertura della procedura d'insolvenza principale o territoriale; che mancano indicazioni in relazione alle azioni ad essa correlate o strettamente connesse, nonostante tali decisioni siano state escluse dalla convenzione di Bruxelles del 1968 (oggi regolamento n. 44 del

¹⁸⁹) CARBALLO PINEIRO, *Vis attractiva concursus in the European Union: its development by the European Court of justice*, 2010, in www.indret.com, p. 5; VIRGOS-SCHMIT, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, doc, Consiglio n. 6500/06/EN, 1996, par. 77.

¹⁹⁰) VIRGOS-SCHMIT, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, doc, Consiglio n. 6500/06/EN, 1996, par. 77, ultimo inciso.

¹⁹¹) Su tali posizioni CARBALLO PINEIRO, *Vis attractiva concursus in the European Union: its development by the European Court of justice*, 2010, in www.indret.com, p. 6 ss.

2001) (¹⁹²); che tali azioni non rientrano nemmeno nella sfera di applicazione del regolamento sull'insolvenza, per concludere che tali azioni devono essere decise secondo le leggi nazionali dei singoli Stati Membri (¹⁹³).

Fino alla pronuncia della decisione in esame, una tendenza era quella di prevedere l'applicazione delle disposizioni interne agli Stati membri in tema di giurisdizione per le azioni correlate o connesse, affidando una sorta di funzione "riempitiva" alle leggi nazionali sull'argomento, dove il regolamento era silente.

Tale impostazione rappresentava in effetti la più lineare contromisura a una mancanza di disciplina dovuta non tanto a un errore o a una dimenticanza del legislatore, quanto all'ostruzionismo degli Stati membri, non intenzionati a rinunciare al proprio apparato di norme interne su un punto così delicato.

Gli Stati membri, come più sopra osservato hanno, infatti, diversi approcci rispetto al principio della *vis attractiva concursus*. I paesi latini come Spagna e Italia hanno una applicazione tendenzialmente assoluta del principio di attrazione al foro concorsuale. Altri, come la Germania, non riconoscono il principio stesso (¹⁹⁴).

E' inevitabile che un simile approccio determini conseguenze di tipo centrifugo. Le norme regolamentari, sono state formulate in modo tale da non lasciare spazio per vuoti di disciplina (¹⁹⁵). Inoltre, complica la soluzione dell'enigma la contraddizione presente nel regolamento sull'insolvenza: da una parte l'assenza di regole armonizzatrici in materia di azioni connesse e dall'altra la previsione dell'art. 25 del regolamento

¹⁹²) Gourdain vs Nadler, cit., par. 4.

¹⁹³) DE CESARI, *Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel regolamento comunitario relativo alle procedure d'insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 68 ss.; CORSINI, *Revocatoria fallimentare e giurisdizione nelle fonti comunitarie: la parola passa alla Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 429 ss.; DORDI, *La convenzione dell'Unione Europea sulle procedure d'insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 348 ss.; PUNZI, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, p. 1020 ss.; GARCIMARTÍN ALFEREZ, *El Reglamento de insolvencia: una aproximación general*, in Alegria Borrás, *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas. Cuadernos de Derecho Judicial, Cuadernos del poder Judicial*, Madrid, p. 265 ss.; CALVO CARAVACA-CARASCOSA GONZALES, *Derecho concursal internacional*, Colex, Madrid, p. 97 ss.; HERCHEN, *Das Ubereinkommen über Insolvenzverfahren der Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 23.11.1995*, Ergon, Würzburg, p. 228; SCHOLLMAYER, *Die vis attractiva concursus im deutsch-österreichischen Konkursvertrag*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1998, p. 34.

¹⁹⁴) Ritenuto inconciliabile con il diritto di difesa del convenuto.

¹⁹⁵) VIRGOS-SCHMIT, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, doc., Consiglio n. 6500/06/EN, 1996, nota 45; CARBALLO PINEIRO, *La vis attractiva concursus nel diritto concorsuale europeo*, in *Il dir. fall.*, 2011, 3-4, p. 260 ss; vedi anche sul sito www.academia.eu.

sull'insolvenza, che contempla le azioni ancillari e prevede che esse, al pari delle decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura di una procedura d'insolvenza pronunciate da un giudice la cui decisione di apertura è riconosciuta a norma dell'art. 16, siano riconosciute senza formalità ed eseguite a norma degli articoli da 31 a 51, eccezion fatta per l'art. 34, secondo comma, della convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Si tratta del procedimento semplificato di *exequatur* stabilito nella convenzione di Bruxelles (regolamento (CE) n. 44/2001) con l'eccezione delle previsioni degli artt. 27 e 28 (artt. 34 e 35 del regolamento (CE) n. 44/2001; entrambi gli articoli prevedono un'unica causa di mancato riconoscimento delle decisioni, qualora queste contrastino con il principio di ordine pubblico ai sensi dell'art. 26 del regolamento sull'insolvenza (¹⁹⁶).

Sulla base del dettato dell'art. 25, la Relazione Virgos Schmit (¹⁹⁷) ha sostenuto la teoria per cui il silenzio della convenzione (oggi regolamento) sull'insolvenza, in materia di azioni connesse sarebbe da considerarsi “solo parziale” poiché contiene la delimitazione dei criteri tra la convenzione di Bruxelles (regolamento n. 44 del 2001) e il regolamento sull'insolvenza. Fatto sta che l'art. 25 si riferisce all'esecuzione ed al riconoscimento delle decisioni e non tocca il tema della competenza giurisdizionale, ciò che confermerebbe (¹⁹⁸) la presenza di un vuoto nel tessuto della convenzione, poi riflettutosi nel dettato del regolamento (CE) n. 1346/2000.

La totale mancanza di norme sulla competenza giurisdizionale, a ogni modo, concretizzerebbe secondo un'autrice (¹⁹⁹) il rischio tangibile che un giudice, privo di

¹⁹⁶) Ai sensi dell'art. 26 del regolamento sull'insolvenza: “Uno Stato membro può rifiutarsi di riconoscere una procedura d'insolvenza aperta in un altro Stato membro o di eseguire una decisione presa nell'ambito di detta procedura, qualora il riconoscimento o l'esecuzione possano produrre effetti palesemente contrari all'ordine pubblico, in particolare ai principi fondamentali o ai diritti e alle libertà personali sanciti dalla costituzione”.

¹⁹⁷) VIRGOS-SCHMIT, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, doc., Consiglio n. 6500/06/EN, 1996., par. 77, laddove afferma: “However, the Convention's silence on the matter is only partial.”

¹⁹⁸) E ciò in contrasto con quanto sostenuto dall'Avvocato Generale Ruiz Arabo Colomer nella sentenza *Seagon vs Deko Marty Belgium* dove si sostiene la presenza di un problema di tipo meramente interpretativo ma si nega il gap normativo.

¹⁹⁹) CARBALLO PINEIRO, *La vis attractiva concursus nel diritto concorsuale europeo*, in *Il dir. fall.*, 2011, 3-4, p. 260 ss; vedi anche sul sito www.academia.eu.

giurisdizione, e determinato secondo le norme nazionali, emetta una sentenza che verrà resa esecutiva tramite la procedura semplificata ⁽²⁰⁰⁾.

E' stato evidenziato, peraltro, come conseguenza di una simile impostazione fosse da una parte il pericolo di conflitti positivi o negativi di giurisdizione e dall'altra una frammentazione di disciplina del tutto in contrasto con le intenzioni del legislatore comunitario. ⁽²⁰¹⁾.

Il perfetto esempio di questo problema è stato proprio il caso *Seagon vs Deko Marty Belgium*: convenuto è una società belga, cui il debitore, una società tedesca, ha trasferito denaro per pagare un debito il giorno prima di chiedere l'apertura di una procedura d'insolvenza. Sulla base della legge tedesca, le azioni revocatorie devono essere intraprese di fronte al giudice del foro del convenuto, in questo caso il Belgio: sulla base della legge belga, questo tipo di procedimenti rientra nella sfera attrattiva del foro concorsuale, in questo caso la Germania. Le corti del Belgio hanno rigettato la procedura intrapresa dal curatore tedesco che alla fine ha instaurato la procedura di fronte alla corte tedesca, la quale ha rinviato alla Corte di Giustizia.

La pronuncia *Seagon vs Deko Marty Belgium*, dunque, dimostra dunque come l'applicazione generalizzata delle leggi nazionali alle decisioni connesse e/o correlate alla procedura d'insolvenza non possa considerarsi soddisfacente.

Altra opinione sostenuta in particolare dalla dottrina (e giurisprudenza) tedesche ⁽²⁰²⁾, è quella per cui dal silenzio legislativo del regolamento comunitario sulla materia deriverebbe l'opportunità di individuare la disciplina di tali azioni "ancillari" nella convenzione di Bruxelles del 1968 (regolamento (CE) n. 44/2001), il principio fatto proprio dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Gourdain vs Nadler* intendendosi ormai

²⁰⁰⁾ Secondo BARIATTI, *Recent Case-Law Concerning Jurisdiction and the recognition of Judgements under the European Insolvency Regulation*, in *RabelZ*, vol. 73, 2009, p. 653 ss., il fatto che l'art. 25 configuri un'assimmetria tra le regole sulla competenza giurisdizionale e quelle sul riconoscimento e sull'esecuzione delle decisioni, non dovrebbe sorprendere più di tanto poichè il medesimo effetto si ha in riferimento al regolamento n. 44 del 2001 che prevede l'applicazione della regola del riconoscimento automatico e sulla procedura semplificata di *exequatur* anche alle decisioni fondate sui criteri di giurisdizione nazionale previsti all'art. 4 del medesimo regolamento.

²⁰¹⁾ PANNEN, *European insolvency proceedings*, De Gruyter commentaries on european Law, Berlin 2007,, p. 122 ss. ; In Italia DUTTA, *Loyd's mar. comm.* L. q., 08, 92 s.

²⁰²⁾ PANNEN, *European insolvency proceedings*, De Gruyter commentaries on european Law, Berlin 2007,, p. 123

superato (²⁰³). Inoltre, l'art. 1, comma 2, lett. b), del regolamento (CE) n. 44/2001 sulla competenza, dovrebbe essere interpretato in termini restrittivi, nel senso di escludere dal suo ambito di applicazione unicamente le procedure d'insolvenza espressamente elencate nel regolamento n. 1346/2000 agli allegati A e B.

Pur nella consapevolezza dell'espressa esclusione dall'ambito di applicazione della materia fallimentare, dei concordati e delle procedure affini prevista all'art. 1 del regolamento n. 44 del 2001 e confermata dalla granitica giurisprudenza del caso *Gourdain c. Nadler* (²⁰⁴) si osservava come l'esclusione non fosse estesa in modo espresso anche alle azioni correlate a tali materie. Il regolamento n. 44 del 2001 poteva considerarsi dunque, logicamente applicabile a tali controversie quale norma generale rispetto alla *lex specialis* rappresentata dal regolamento n. 1346/2000, che nulla prevedeva in materia.

Anche di tale orientamento sono stati individuati i limiti, dati dal fatto che l'art. 25 del regolamento sull'insolvenza, sia pure con riguardo unicamente all'esecuzione, ricomprende nella propria applicazione le azioni ancillari al fallimento. Inoltre, come più sopra evidenziato, l'art. 25 riproduce le medesime parole utilizzate dalla sentenza *Gourdain vs Nadler* per circoscrivere l'ambito di applicazione della convenzione di Bruxelles del 1968 (²⁰⁵).

Terza corrente, fatta propria dalla sentenza della Corte di Giustizia *Seagon vs Deko Marty Belgium*, su cui diffusamente in seguito, è quella che sostiene che il regolamento sull'insolvenza avrebbe recepito il contenuto della decisione *Gourdain vs Nadler* anche

²⁰³) Si veda CARBALLO PINEIRO, *La vis attractiva concursus nel diritto concorsuale europeo*, in *Il dir. fall.*, 2011, 3-4, p. 260 ss, p. 364, nota 14 che cita, quali sostenitori della tesi illustrata, BERNER-KLOHN, *Insolvenzantragspflicht, Qualification und Niederlassungsfreiheit*, ZIP 2007, p. 110; GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, Koln, Schmidt, 2005, par. 3561 et al.

²⁰⁴⁸⁰) Sentenza 22 febbraio 1979, n. 133/78, <http://eur-lex.europa.eu> per cui “per quanto riguarda i fallimenti, i concordati e gli altri procedimenti affini che sono procedimenti basati, secondo le varie legislazioni delle parti contraenti, sullo stato di cessazione dei pagamenti, sull'insolvenza o sul venire meno del credito del debitore implicanti l'intervento dell'autorità giudiziaria che si risolve nella liquidazione forzata e collettiva dei beni o, quanto meno nel controllo da parte di dette autorità, perché le decisioni che si riferiscono al fallimento siano escluse dal campo di applicazione della convenzione occorre che esse derivino direttamente dal fallimento e si inseriscano strettamente nell'ambito del procedimento fallimentare o di amministrazione controllata, così caratterizzato”.

²⁰⁵) VIRGOS SORIANO – GARCIMARTIN ALFEREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, Civitas, 2003, p. 61-63.

in riferimento alla giurisdizione in materia di azioni connesse e correlate, riconoscendo il principio della *vis attractiva concursus* ⁽²⁰⁶⁾.

3.7.6 Le posizioni della dottrina italiana precedente la sentenza *Seagon vs Deko Marty Belgium* della Corte di Giustizia

Dei tre orientamenti sopraccitati, seppur con alcune sfumature, si possono ritrovare le tracce nella dottrina italiana.

In Italia, la maggior parte degli autori aveva radicalmente escluso che dal tenore delle norme del regolamento n. 1346/2000 potesse essere desunto un criterio di giurisdizione uniforme per le azioni correlate/collegate alla procedura d'insolvenza ritenendo doversi applicare, con ottica in certo senso "campanilistica" ⁽²⁰⁷⁾, le norme di competenza proprie dello Stato di appartenenza del giudice di volta in volta adito ⁽²⁰⁸⁾.

Secondo la gran parte della dottrina, dunque, la giurisdizione del giudice italiano trovava la propria fonte nel combinato disposto degli artt. 3, comma 2 l. 218/1995 e dell'art. 24 della legge fallimentare per cui "il tribunale che ha dichiarato il fallimento è

²⁰⁶⁾ CARBALLO PINEIRO, *Acciones de reintegración de la masa regolamento Derecho concursal internacional*, Colección, De Conflictu Legum, Santiago de Compostela, LEIPOLD, *Zuständigkeitslücken im neuen Europäischen Insolvenzrecht*, in Luke-Mikami-Pruttin, *Festschrift für A Ishikawa*, de Gruyter, Berlin-New York, 2001, p. 221 ss., VIRGOS-GARCIMARTIN, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, Civitas, 2003, p. 71.

²⁰⁷⁾ Un siffatto orientamento, però, sebbene ritenuto pressochè pacifico in Italia, si presta a critiche, proprio per l'ottica chiusa che sottende il voler leggere le disposizioni del regolamento comunitario come tese a lasciare ad ognuno degli Stati membri la determinazione di tali criteri di collegamento. Una simile impostazione, in effetti, non tiene in conto la generale finalità armonizzatrice della norma comunitaria, chiaramente espressa dai "considerando" preliminari alla disciplina.

²⁰⁸⁾ PANNEN, *European insolvency proceedings*, De Gruyter commentaries on european Law, Berlin 2007, p. 66 ss. La tesi è discutibile, non solo per il pericolo di conflitto di giurisdizione derivante dall'applicazione delle diverse norme previste dai Singoli Stati membri sulle azioni collegate ma altresì poiché il riferimento alle norme dei singoli stati membri comporterebbe una frammentazione di disciplina difficilmente non condivisa a livello comunitario. che nelle intenzioni del regolamento n. 1346/2000 voleva essere evitato nel tentativo di creare una regolazione unica della giurisdizione in ossequio al "considerando" 6 dello stesso regolamento. L'applicazione delle singole leggi nazionali inoltre permetterebbe di applicare il principio della *vis attractiva concursus* con la conseguenza di rendere impossibile la determinazione di standards giurisdizionali in Europa, finalità cui espressamente mira il regolamento. In sostanza non sembra possibile dedurre da un gap di disciplina un mandato di uno stato membro a determinare la propria giurisdizione su ogni azione (*vis attractiva concursus*)

competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore”⁽²⁰⁹⁾.

La dottrina, dunque, era convinta che la giurisdizione in materia di azione revocatoria fallimentare non potesse essere fondata sulle disposizioni del regolamento. Ciò sul presupposto che, se il legislatore avesse voluto estendere la *vis attractiva concursus* quale criterio di giurisdizione, questa volontà espressa avrebbe dovuto trovare chiara espressione nel regolamento. A livello normativo poi, una conferma proverrebbe dal dettato dell’art. 18 par. 2 del regolamento, il quale prevede che il curatore nominato nell’ambito di una procedura concorsuale secondaria possa esercitare in ogni altro Stato Membro ogni azione revocatoria che sia nell’interesse dei creditori⁽²¹⁰⁾.

Altra corrente dottrinale osservava che tale teoria, pur conforme al dato testuale, non si adattava alla logica di uniforme applicazione della disciplina tipica del regolamento e delle sue Premesse all’articolato⁽²¹¹⁾.

Alcuni autori avevano dunque cercato, nel contenuto del regolamento (CE) n. 1346/2000, norme in grado di supplire all’inesistenza di un’espressa previsione in materia di azioni connesse o derivate. Così, sulla base dell’art. 4 par. 2, che in materia di legge applicabile, stabilisce che “la legge dello stato di apertura determina le condizioni di apertura, lo svolgimento e la chiusura della procedura d’insolvenza” specificando poi alla lett. *m*) del medesimo articolo che la stessa legge dello stato di apertura determina “le disposizioni relative alla nullità, all’annullamento o all’inopponibilità degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori”⁽²¹²⁾ è stato

²⁰⁹⁾ Dall’art. 24 l.f. deriva il principio, applicabile all’Italia, della *vis attractiva concursus*.

²¹⁰⁾ DE CRISTOFARO, *Il regolamento CE n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, in FERRARI (a cura di), *Le convenzioni di diritto del commercio internazionale*, 2002, p. 386 ss.

²¹¹⁾ CONSALVI, *Brevi considerazioni in materia di giurisdizione e legge applicabile alla revocatoria fallimentare intracomunitaria*, in www.judicium.it

²¹²⁾ L’art. 4 del regolamento non stabilisce regole sulla giurisdizione ma detta la regola per la soluzione di situazioni di conflitto in presenza di elementi di extra-territorialità disponendo che la legge applicabile alla procedura d’insolvenza è per regola generale quella dello Stato in cui è aperta la procedura (*lex fori concursus*) principale che si applica in particolare, salvo deroghe espressamente previste, per le “disposizioni relative alla nullità, annullamento, inopponibilità degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori” (art. 4, 2 comma lett. *m*). Significativa è inoltre l’espressa disposizione derogatoria contenuta all’art. 13 secondo cui “non si applica l’articolo 4 par. 2 lett. *m* quando chi ha beneficiato di un atto pregiudizievole per la massa dei creditori prova che tale atto è soggetto alla legge di uno stato contraente diverso dallo Stato di apertura e che tale legge non consente, nella fattispecie, di impugnare tale atto con alcun mezzo.” Sulla questione DE CESARI - MONTELLA, *Le procedure d’insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, Milano, 2004, 168 ss, che evidenzia come una simile deroga alla *lex fori concursus* sia

individuato da alcuni un titolo “indiretto” di giurisdizione per le azioni revocatorie fallimentari ⁽²¹³⁾: sarebbero le norme in tema di giurisdizione proprie della legge dello Stato di apertura della procedura principale ad individuare di volta in volta la giurisdizione propria per le azioni collegate alla procedura d’insolvenza. ⁽²¹⁴⁾ La stessa correlazione tra legge applicabile e determinazione della competenza è stata sostenuta ⁽²¹⁵⁾ dalla Corte di cassazione ⁽²¹⁶⁾ anche con riferimento alle azioni c.d. secondarie in ossequio al disposto dell’art. 18 co. 2 per cui “il curatore designato dal giudice competente ai sensi dell’art. 3 par. 2, può, in ogni Stato membro [...] esercitare ogni azione revocatoria che sia nell’interesse dei creditori”. La Suprema Corte ha infatti osservato che il curatore può far valere la giurisdizione del giudice nazionale nei confronti dello straniero a condizione che il medesimo diritto nazionale consenta l’esercizio di un’azione revocatoria all’interno di quello Stato in cui si è aperta la procedura. Ulteriore posizione si soffermava sul disposto degli artt. 16 e 25, entrambe disposizioni in tema, però, di riconoscimento automatico delle decisioni di apertura (art. 16) e diverse dall’apertura, svolgimento, chiusura, azioni derivate o connesse alla procedura – art. 25 commi 1 e 2) ⁽²¹⁷⁾.

finalizzata a) alla tutela della certezza nelle transazioni commerciali, b) alla tutela del legittimo affidamento dei terzi e c) alla necessità che la validità e inoppugnabilità di un atto sia valutata sulla base della legge ad esso applicabile; inoltre CAPONI, *Il regolamento comunitario sulle procedure d’insolvenza*, in *Foro it.*, 2002, V, c, p. 224 per cui la *ratio* di tale esclusione si spiega con l’esigenza di trovare un punto di equilibrio fra due esigenze contrapposte ossia le aspettative di tutela della massa dei creditori rispetto agli atti pregiudizievoli e il bisogno di protezione e stabilità nei traffici commerciali.

²¹³⁾ CONSALVI, Brevi considerazioni in materia di giurisdizione e legge applicabile alla revocatoria fallimentare intracomunitaria, in www.judicium.it/news/ins_06_09_06/Consalvi per cui la giurisdizione, quale presupposto processuale, dovrebbe essere disciplinata dalla *lex concursus*; vedi LUPOI M.A., in *Commentario breve alla legge fallimentare* a cura di MAFFEI ALBERTI Padova, 2009.

²¹⁴⁾ In tale senso con riferimento all’Italia FABIANI, *La comunitarizzazione della revocatoria transnazionale come tentativo di abbandono di criteri di collegamento fondati sull’approccio dogmatico*, www.judicium.it per cui “l’art. 4 pur limitandosi a suggerire quale è la legge applicabile, produce indirettamente una conseguenza in tema di giurisdizione. La giurisdizione si radica davanti al giudice italiano per le azioni revocatorie partorite da una principale o secondaria aperta in Italia, visto che la legge fallimentare italiana prevede che tali azione siano conosciute dal tribunale che ha dichiarato il fallimento.”

²¹⁵⁾ E. RICCI, *Le procedure locali previste nel regolamento 1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 912.

²¹⁶⁾ Cass., sez. I, 04 agosto 2006, n. 17706, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, 732.

²¹⁷⁾ PANZANI, *Azione revocatoria nei confronti dello straniero e giurisdizione del giudice che ha dichiarato il fallimento secondo il diritto comunitario. Note minime a seguito della decisione del Bundesgerichtshof del 21 giugno 2007*, in *Il Fall.*, 2008, p. 399 secondo il quale “Se la decisione di apertura della procedura d’insolvenza è riconosciuta in tutti gli Stati membri (essa assume carattere di procedura principale se pronunciata dal giudice del luogo in cui si trova il centro degli interessi principali dell’impresa (COMI) e se la procedura è regolata dalla legge dello Stato in cui è stata aperta la procedura,

Secondo altra dottrina i criteri di giurisdizione previsti dal regolamento all'art. 3 erano da ritenersi estesi anche alle azioni derivanti o connesse alle procedure concorsuali, compresa quindi l'azione revocatoria (²¹⁸).

Veniva in considerazione innanzitutto il principio di proporzionalità di cui al considerando n. 6 del regolamento, per cui lo stesso dovrebbe limitarsi a porre norme che disciplinino la competenza per l'apertura delle procedure d'insolvenza e per le decisioni che scaturiscono direttamente da tali procedure o sono ad esse strettamente connesse (²¹⁹).

Ulteriore dato testuale, sulla base del quale veniva fondata tale teoria, era poi l'art. 25 n. 1 comma 2 del regolamento che, equiparando il regime di circolazione delle decisioni di apertura di una procedura d'insolvenza a quello delle decisioni derivanti direttamente o comunque strettamente connesse a tale procedura, sarebbe assunto a criterio indiretto di competenza giurisdizionale (²²⁰).

Altra argomentazione, già riscontrata, a sostegno della tesi in esame, era quella basata sul fatto che l'ambito di applicazione del regolamento n. 1346/2000 e quello del

e se tale effetto riguarda anche le decisioni che ne derivano direttamente o che le sono strettamente connesse, ove di ritenga che le decisioni sulle azioni revocatorie sono strettamente connesse alla procedura principale, ne deriva che il giudice competente per la procedura principale è anche competente per le procedure connesse, id est per le azioni revocatorie". Contra SANGIOVANNI, *L'azione revocatoria transnazionale tra giurisdizione e legge applicabile*, in *Fall.*, 8, 2007, p. 935, per cui decisivo, nel senso di negare importanza a simili disposizioni è il fatto che le stesse abbiano esclusivo riferimento al riconoscimento delle decisioni e non possano dunque fungere da criterio anche implicito di determinazione della giurisdizione per le azioni revocatorie.

²¹⁸) PANZANI, *Azione revocatoria nei confronti dello straniero e giurisdizione del giudice che ha dichiarato il fallimento secondo il diritto comunitario. Note minime a seguito della decisione del Bundesgerichtshof del 21 giugno 2007*, in *Il Fall.*, 2008, p. 399 il quale ritiene che la tesi che considera applicabile il regolamento n. 1346/2000 e dunque competente il giudice davanti al quale si è aperta la procedura principale d'insolvenza, sia quella che può essere coerentemente motivata non soltanto dal punto di vista dei riferimenti normativi, ma anche in termini di ratio della disciplina comunitaria, con una scelta dunque di carattere prettamente sistematico. La medesima posizione anche in certa giurisprudenza del Regno Unito; cfr. *Oakley vs Ultra Vehicle Design Ltd (in liquidation) and another*, 2005, EWHC 872 (Ch), 2005 all ER (D) 380, su cui CONSALVI, *Interfacing the Insolvency Regulation with the judgement Regulation: Oakley v Ultra Vehicle Design*, disponibile sul sito www.ssrn.com/abstract

²¹⁹) Il Considerando n. 6 prevede che: "Secondo il principio di proporzionalità, il presente regolamento dovrebbe limitarsi a disposizioni che disciplinano le competenze per l'apertura delle procedure d'insolvenza e per le decisioni che scaturiscono direttamente da tali procedure e sono ad esse strettamente connesse".

²²⁰) Si è osservato come tale ricostruzione trova un ostacolo nell'inciso "anche se prese da altro giudice. Vedi DE CESARI, in DE CESARI, MONTELLA, *Le procedure d'insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, 2004, p. 72, secondo cui "Non sembra comunque potersi desumere dall'anzidetta norma (art. 25) un'estensione all'azione revocatoria e alle azioni relative agli atti pregiudizievoli per i creditori dei criteri posti dal regolamento in materia di giurisdizione."

regolamento n. 44 del 2001 dovessero essere coincidenti, senza possibilità di alcun vuoto di disciplina.

Considerata l'esclusione della revocatoria fallimentare dal novero delle azioni rientranti nel campo di applicazione del regolamento (CE) n. 44/2001 a seguito della sentenza *Gourdain vs Nadler* per loro stretta attinenza e connessione con l'insolvenza, era logico prevedere che queste ultime rientrassero de plano nella sfera applicativa del regolamento (CE) n. 1346/2000 ⁽²²¹⁾.

Si tratta di una tesi criticabile nel punto in cui, con l'intento di dare un'impostazione comunitaria ed armonizzatrice al problema delle azioni correlate e/o connesse al fallimento, si spinge oltre il dato testuale finendo per non considerare l'impostazione binaria (in termine di universalità e territorialità delle procedure concorsuali) e per sostenere un concetto di universalità del fallimento del tutto onnicomprensivo. ⁽²²²⁾

Terza teoria era quella per cui il regolamento, essendo ispirato al modello dell'applicazione generalizzata della *lex fori*, avrebbe attribuito all'ordinamento dello Stato della *lex concursus* il potere di stabilire se attrarre nella propria giurisdizione anche le azioni revocatorie o se ammettere la giurisdizione di un altro Stato. Tale teoria utilizzava quale argomento normativo il dettato dell'art. 4, par. 2 lett m) del regolamento al fine di individuare, tramite la *lex concursus*, quale giudice fosse dotato di giurisdizione in materia di azione revocatoria. Questa ricostruzione è stata sostenuta da importante dottrina ⁽²²³⁾ ma si prestava a rilievi critici di non poco conto ⁽²²⁴⁾.

²²¹⁾ VIRGOS-GARCIMARTIN, *The European Insolvency Regulation: law and practice*, 2004, p. 55 ss.

²²²⁾ Vedi CATALLOZZI, *Giurisdizione e legge applicabile nelle revocatorie fallimentari transnazionali*, in *Il Fall.*, 2007, p. 639 il quale afferma che: “siffatta tesi, per quanto suggestiva per la sua idoneità a realizzare in modo più compiuto il principio dell'universalità del fallimento, non appare, tuttavia, sorretto da adeguati argomenti ermeneutici, atteso che l'unitarietà del concetto di fallimento non è di ostacolo ad una disciplina della giurisdizione – qual è quella articolata nel regolamento – diversa a seconda dei momenti in cui la procedura concorsuale si articola

²²³⁾ FABIANI, *La comunitarizzazione della revocatoria fallimentare come tentativo di abbandono dei criteri di collegamento fondati sull'approccio dogmatico*, in *Il fall.*, 2004, p. 380; dello stesso Autore, *La revocatoria fallimentare tra lex concursus e lex contractus el Reg. 1346/2000*, in *Corr. Giur.*, 2007, p. 1322, nt 30; CONSALVI, *Brevi considerazioni in materia di giurisdizione e legge applicabile alla revocatoria fallimentare intracomunitaria*, in www.judicium.it, p. 5, secondo cui “sembra dunque doversi accogliere una tesi “mediana” secondo cui l'art. 4 lett m) Reg. 1346/2000 andrebbe configurato quale titolo (indiretto) di giurisdizione per le azioni revocatorie fallimentari. Invero, costituisce principio pacifico quello per cui tale norma estende il perimetro di applicazione della *lex fori* con *cursum* a tutti gli effetti della procedura concorsuale. Ivi inclusi quelli di natura processuale. Dovendosi pertanto riconoscere la giurisdizione, quale presupposto processuale. Tra questi ultimi, ne discende che l'art. 4 lett. m) Reg. 1346/2000 opera anche con riferimento a criteri di giurisdizione rilevanti per l'esperimento di tali

3.7.7 La posizione della giurisprudenza italiana anteriore alla sentenza *Deko Marty della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.*

Inizialmente la giurisprudenza aveva aderito alla tesi per cui, nell'assenza di fonti comunitarie che individuassero i criteri attributivi di giurisdizione in materia di azioni correlate e/o derivanti dal fallimento e in particolare di azione revocatoria, si applicassero le norme interne di ciascuno Stato Membro.

Prima della riforma del diritto internazionale privato la giurisprudenza fondava la giurisdizione del giudice italiano sull'art. 4 del c.p.c. Si riteneva, in particolare, che l'art. 4 n. 2 c.p.c. (²²⁵) fondasse la giurisdizione del giudice italiano laddove i beni oggetto dell'azione revocatoria fossero situati in Italia o laddove l'obbligazione oggetto del giudizio fosse sorta o dovesse essere eseguita in Italia. Veniva altresì in rilievo l'art. 1182 comma 3 c.c. ai sensi del quale l'obbligazione avente ad oggetto una somma di denaro deve essere adempiuta al domicilio del creditore al tempo della scadenza. Isolate sentenze di merito negavano la giurisdizione del giudice italiano in materia di azione revocatoria, ritenendo che l'art. 4 comma 2 c.p.c. facesse riferimento solo ad un'obbligazione in senso tecnico e di carattere patrimoniale, laddove invece la revocatoria avrebbe ad oggetto in primo luogo la declaratoria d'inefficacia di un pagamento (²²⁶).

azioni. Vedi anche BENEDETTELLI, *Centro degli interessi principali del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure d'insolvenza transfrontaliere*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2004, p. 527.

²²⁴) Come ha avuto modo di sottolineare CORSINI, *Revocatoria fallimentare e giurisdizione nelle fonti comunitarie: la parola passa alla Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. intern. Priv. e proc.*, 2008, p. 431: "per questa via vengono sovrapposti due diversi aspetti, che invece paiono da tenere distinti: la norma citata riguarda unicamente la legge sostanziale ai sensi della quale si deve giudicare la nullità, l'annullamento o l'inopponibilità alla massa degli atti pregiudizievoli e stabilisce che è quella dello Stato di apertura della procedura principale. Detta norma non attiene, invece, nemmeno in via indiretta, al ben distinto problema rappresentato dalla scelta della legge processuale da impiegare al fine di determinare la giurisdizione per decidere delle azioni revocatorie." Vedi anche CATALLOZZI, *Giurisdizione e legge applicabile nelle revocatorie fallimentari transnazionali*, in *Il Fall.*, 2007, p. 639, secondo cui "anche tale tesi, tuttavia non pare essere in grado di sovvertire il dato testuale (o l'assenza dello stesso), poggiandosi...su elementi ermeneutici contraddetti da altri di segno opposto e aventi pari forza interpretativa."

²²⁵) Per cui lo straniero poteva essere convenuto dinnanzi ai giudici della Repubblica se la domanda riguardava beni esistenti in Italia o successioni ereditarie di cittadino italiano o aperte nella Repubblica, oppure obbligazioni sorte in Italia, o ivi eseguirsi.

²²⁶) Trib. Torino, 22 dicembre 1987, in *Il fall.*, 1988, p. 806 ss. Con nota di APICE, *Revocatoria*

A seguito dell'entrata in vigore della l. 218/1995 la giurisprudenza ha fondato tali regole di giurisdizione sull'art. 3, comma 2, ultima frase, della legge 218/1995 che porta ad applicare le norme sulla competenza territoriale e, quindi, l'art. 24 della legge fallimentare che fissa il principio della *vis attractiva concursus*.

Alcune sentenze, di merito e di legittimità, richiamavano non solo l'art. 24 della legge fallimentare ma anche l'art. 20 c.p.c., cui veniva assegnata una funzione prevalente rispetto a quella, residuale, affidata all'art. 24 legge fallimentare, quale criterio di competenza territoriale interna per determinare la competenza del giudice del luogo in cui è sorta o deve essere eseguita l'obbligazione dedotta in giudizio, dovendosi identificare nel domicilio del curatore il luogo di adempimento dell'obbligazione restitutoria fatta valere con l'azione revocatoria ⁽²²⁷⁾. Va rilevato che il richiamo all'art. 20 c.p.c. avrebbe, teoricamente, potuto aprire al curatore la possibilità di ricorrere anche ad altre norme di giurisdizione, che gli avrebbero consentito di proporre la revocatoria anche in un altro Stato (ad esempio laddove ciò gli risultasse utile ai fini della successiva esecuzione della sentenza) ⁽²²⁸⁾. Il richiamo all'art. 20 c.p.c. Veniva criticato dalla medesima dottrina ⁽²²⁹⁾.

3.7.8. Il caso *Seagon vs Deko Marty Belgium*

Partendo dal dato normativo, il regolamento (CE) n. 1346/2000 prevede, in tema di competenza giurisdizionale, due laconiche disposizioni: i commi 1° e 2° dell'art. 3.

Il comma 1° riguarda l'apertura di una procedura principale d'insolvenza e individua i soggetti competenti nei giudici dello stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore [...]. Il comma 2° è invece riferito alle c.d. procedure territoriali e dispone che i giudici di un altro Stato membro (rispetto a quello di apertura) sono competenti ad aprire una procedura d'insolvenza nei confronti del debitore solo se questi possiede una dipendenza nel territorio di tale altro Stato

fallimentare di pagamento fatto allo straniero e giurisdizione italiana.

²²⁷⁾ DE CESARI, in De Cesari, Montella, *Le procedure d'insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, 2004, p. 72.

²²⁸⁾ DE CESARI, in De Cesari, Montella, *op. cit.*, 2004, p. 72.

²²⁹⁾ DE CESARI, in De Cesari, Montella, *op. cit.*, 2004, p. 110.

membro, limitando gli effetti di tale procedura ai beni del debitore che si trovano in tale territorio.

Il comma 1° dell'art. 3 si limita a disciplinare la giurisdizione per la fase di apertura della procedura principale, ma non prevede alcun criterio esplicito di collegamento per tutte quelle azioni che dalla procedura concorsuale derivano, prima fra tutte l'azione revocatoria fallimentare, esercitata dal curatore al fine di rendere inefficaci gli atti compiuti dal debitore in pregiudizio della garanzia dei creditori.

Dopo aver dato atto della profonda elaborazione dottrinale e giurisprudenziale dell'argomento, credo possibile affermare che, quanto meno a livello letterale, manca del tutto nel tessuto normativo del regolamento comunitario, una norma che individui direttamente la competenza giurisdizionale per le azioni connesse e/o correlate alla procedura d'insolvenza principale.

Mi propongo allora di approfondire la questione, alla luce della decisione della Corte di giustizia, tranchante sul punto ⁽²³⁰⁾.

La sentenza è intervenuta infatti a colmare il *regulatory gap* ⁽²³¹⁾ comunitario costituito dall'assenza di un criterio esplicito di giurisdizione per simili azioni.

²³⁰⁾ Si tratta della sentenza 12 febbraio 2009 della Corte di giustizia nel procedimento C-339/07 Seagon vs Deko che ha stabilito che “in base all'art. 3, n. 1, del regolamento (CE) del Consiglio 29 maggio 2000, n. 1346, relativo alle procedure d'insolvenza, i giudici dello Stato membro sul territorio del quale la procedura d'insolvenza è stata avviata sono competenti a statuire su un'azione revocatoria fondata sull'insolvenza e diretta contro il convenuto avente la sua sede statutaria in un altro Stato membro”, in www.cortedicassazione.it. La necessità di rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 68 del Trattato CE non è una novità in relazione alla materia disciplinata dal regolamento n. 1346/2000. Hanno preceduto la richiesta di interpretazione alla Corte di giustizia di cui al procedimento C-339/07, il procedimento C-1/04, promosso dal Bundesgerichtshof con decisione del 27 novembre 2003, in relazione alla la stabilità nel tempo del criterio del centro degli interessi principali (in EuZW 2004, p. 158 s.) e del procedimento C-341/04, promosso dalla Supreme Court irlandese con decisione del 27 luglio 2004, sulla nozione di “centro degli interessi principali del debitore” e sul riconoscimento della decisione di apertura della procedura d'insolvenza Riv. dir. int. priv. proc. 2005, p. 209 ss.; LUPOI M. A., *Conflitti di giurisdizioni e di decisioni nel regolamento sulle procedure d'insolvenza: il caso “Eurofood” e non solo*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2005, LIX, p. 1393 ss; CONSALVI, *Recognition and Enforcement of Judgments under the EC Regulation on Insolvency Proceedings*, in www.judicium.it, e PERSANO, *Il caso Eurofood, ovvero la contestuale apertura di due procedure principali d'insolvenza nello spazio giudiziario europeo*, in *Il fallimento* 2004, p. 1268 ss.. Si segnala un'ulteriore pronuncia della Corte di giustizia che svolge interessanti considerazioni, anche alla luce di conclusioni molto articolate e approfondite dell'avvocato generale Kokott. Sentenza del 17 marzo 2005 C-294/02, *Commissione c. AMI Semiconductor Belgium VBA* e altri, in Riv. dir. int. priv. proc., 2005.

²³¹⁾ PANNEN, *European insolvency proceedings*, De Gruyter commentaries on european Law, Berlin 2007, p. 66 ss.

La Corte ha interpretato il dettato dell'art. 3 n. 1 del regolamento (CE) n. 1346/2000 principalmente sulla base delle indicazioni fornite dai “considerando” iniziali dello stesso regolamento, tesi a favorire il più possibile l'attuazione uniforme delle norme comunitarie in materia d'insolvenza transnazionale in un'ottica di armonizzazione ed omogeneizzazione della disciplina per tutti gli Stati membri ⁽²³²⁾.

Proprio tale finalità espressa ha comportato la decisione per un'applicazione estensiva della norma sopraccitata a tutte le azioni derivanti o connesse al fallimento, per cui la Corte di giustizia ha individuato nei giudici dello Stato membro sul territorio del quale la procedura d'insolvenza è stata avviata i soggetti competenti a statuire anche su un'azione revocatoria fondata sull'insolvenza e diretta contro il convenuto avente la sua sede statutaria in un altro Stato membro ⁽²³³⁾.

Si tratta, in buona sostanza, dell'applicazione a livello comunitario del principio della *vis attractiva concursus*, già previsto per il nostro ordinamento seppure limitatamente alla disciplina dei soli rapporti interni (art. 24 legge fallimentare) ⁽²³⁴⁾ e oggetto di un tentativo di inserimento, fallito, da parte del legislatore comunitario del 1980, che con l'art. 15 del Progetto di convenzione di fallimento, pur elencando una serie tassativa di azioni attratte al fallimento, aveva dovuto soccombere di fronte alla radicale diversità di impostazione sul tema delle norme domestiche dei singoli Stati membri.

La Corte di giustizia ha scelto dunque un'interpretazione teleologica dell'art. 3, privilegiando più che il dato letterale la coerenza con l'impostazione del regolamento (CE) n. 1346/2000 espresso dalle sue premesse.

²³²⁾ Sebbene le premesse (c.d. “considerando”) alla norma comunitaria non siano considerate quali norme positive vincolanti, queste ultime costituiscono però direttive utilizzate dalla Corte di giustizia per individuare l'indirizzo e la finalità del legislatore comunitario in caso di difficoltà nell'interpretazione della norma stessa.

²³³⁾ Sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 12.02.2009, procedimento C-339/2007, in www.cortedicassazione.it, 24.2.2009.

²³⁴⁾ L'art. 24 della legge fallimentare italiana (R.D. 16 marzo 1942 n. 267) rubricato “Competenza del tribunale fallimentare” recita infatti: “Il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore.”

3.7.8.1. *La fattispecie*

Segue a tale premessa, finalizzata ad introdurre in termini il più possibile completi il contesto, la descrizione, in breve, dei fatti che hanno portato il *Bundesgerichtshof* a sottoporre la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia nel caso qui esaminato.

Il 14 marzo 2002 la società *Frick Teppichboden Supermarkte GmbH* (in prosieguo “*Frick*”) pagava 50.000,00 Euro alla società *Deko Marty Belgium Nv* (in prosieguo “*Deko Marty*”). Benchè la “*Deko*” fosse una società di diritto belga stabilita in Belgio, il detto importo veniva versato su un conto bancario a suo nome presso la *Kbc Bank di Dusseldorf* in Germania. Il giorno seguente la società “*Frick*” faceva istanza per l’apertura di una procedura d’insolvenza presso l’*Amstgericht di Marburg* che veniva accolta il seguente 1° giugno. Il curatore fallimentare sig. *Christopher Seagon*, con un’azione revocatoria, chiedeva a quel punto al *Landgericht* la restituzione dell’importo di Euro 50.000,00 versato alla società “*Frick*”. Il *Landgericht* respingeva tale istanza ritenendo i giudici tedeschi non competenti poiché la società *Deko Marty* era domiciliata in un altro stato (il Belgio) e il regolamento (CE) n. 1346/2000 non poteva essere applicato alle azioni revocatorie fallimentari. Contro tale decisione veniva proposto appello, in ultima istanza, di fronte al *Bundesgerichtshof*.

Con ordinanza del 21 giugno 2007, dunque, il *Bundesgerichtshof* sottoponeva alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali ⁽²³⁵⁾.

Con il primo quesito, i giudici tedeschi ricorrevano alla Corte di giustizia per sapere “se ai sensi del regolamento sulle procedure d’insolvenza, i giudici degli Stati membri nel cui territorio è stata aperta la procedura d’insolvenza relativa al patrimonio del debitore siano competenti a livello internazionale a pronunciarsi su un’azione revocatoria contro un convenuto la cui sede statutaria è situata in un altro Stato membro”; qualora la prima questione fosse stata risolta in termini negativi i giudici tedeschi chiedevano poi “se l’azione revocatoria rientrasse dell’art. 1 n. 2 lett. b) del regolamento sulla competenza giurisdizionale” (*Bruxelles I*).

²³⁵) BHG, 21 giugno 2007, in *Zeitschrifts fur Wirtschaftsrecht*, 2007, p. 1415; si veda, per la traduzione in italiano *Fall.*, n. 4, 2008 a cura di SANGIOVANNI.

3.7.8.2. *La tesi e le conclusioni dell'Avvocato Generale* ⁽²³⁶⁾

E' interessante, preliminarmente ad ogni altra considerazione, analizzare le conclusioni dell'avvocato generale Arabo Colomer che hanno preceduto la decisione nella Corte di Giustizia nel procedimento C-339 poichè costituiscono chiara sintesi della ratio che ha portato ad una pronuncia per certi aspetti contraddittoria ⁽²³⁷⁾.

L'avvocato generale dà sin da subito atto dell'ambiguità testuale del regolamento n. 1346/2000 in materia di azione revocatoria fallimentare ⁽²³⁸⁾ ma, in contrasto con la gran parte della dottrina più sopra analizzata, prende ferma posizione rispetto al fatto che, a suo parere, "l'ordinamento comunitario non presenta lacune ⁽²³⁹⁾ in relazione all'azione revocatoria". Una simile affermazione, se non adeguatamente argomentata, pare cozzare con il dettato normativo, silente sul punto, quantomeno a una analisi letterale del testo.

Ciò che l'Avvocato Generale sostiene, più nel dettaglio, è che, ferma l'applicazione dell'art. 3 n. 1 del regolamento alle azioni connesse e/o correlate, tra cui l'azione

²³⁶⁾ Conclusioni dell'Avvocato Generale Damaso Ruiz-Jarabo Colomer, sul sito <http://curia.europa.eu/jurisp>.

²³⁷⁾ Diversamente dalle interpretazioni rese dalla Corte di Giustizia, le opinioni degli Avvocati generali non vincolano le corti nazionali. Non va sottovalutato, però, che alcuni Stati, quali ad esempio il Regno Unito, focalizzano l'attenzione sulla persuasività di tali opinioni, individuata nella relazione che si determina tra tale opinione e la decisione della Corte di Giustizia che la segue. Se la Corte di Giustizia si riferisce a tale opinione nella propria sentenza e la sposa, direttamente o implicitamente, questa viene considerata persuasiva, alcuna o minima autorità viceversa attribuendogli nel caso in cui la Corte di Giustizia si discosta dalla tesi argomentativa offerta dagli Avvocati Generali. Vedi MOSS, FLETCHER, ISAAC, *The Ec Regulation on Insolvency Proceedings, Commentary and Annotated Guide*, Oxford, 2009, p. 34, punto 2.30, laddove osserva che le opinioni espresse dagli Avvocati Generali possono essere utili nel momento in cui offrono delle linee guida per orientarsi su argomenti non discussi o esaminati dalla Corte di Giustizia, oltre ad essere un ottimo strumento per alimentare il dibattito accademico e giungere così a giudizi intelleggibili. Sul punto cita RITTER, *A new look at the role and impact of advocates-general-collectively and individually*, 2006, 12, in *Columbia European Law Review*, 751-74, section 3, *The role and influence of Advocates General*.

²³⁸⁾ Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., n. 37 laddove osserva come "Sul piano del diritto derivato, l'azione revocatoria non ha ricevuto altrettanta attenzione. Il regolamento n. 1346/2000 sulle procedure d'insolvenza, sul quale mi soffermerò nel seguito delle presenti conclusioni, appare evidentemente ambiguo in relazione a tale aspetto."

²³⁹⁾ Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., n. 42 dove afferma che: "[...] ritengo che, nella causa in esame, l'ordinamento comunitario non presenti lacune. L'analogia entra in gioco allorché il diritto non offre soluzioni al problema. In mancanza di una norma applicabile, l'analogia consente all'operatore giuridico di invocare un'altra norma identica per ratio e materia, il che non accade nella presente causa, perché esistono norme applicabili (ossia l'art. 3, n. 1 del regolamento n. 1346/2000) e altre disposizioni del medesimo testo giuridico che aiutano a trovare la soluzione." Sul concetto di lacuna e sull'uso dell'analogia nella teoria dell'argomentazione in diritto, lo stesso Avvocato Generale cita (n. 32) PERELMAN CH., (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, ed. Bruylant, Bruxelles, 1968; DIEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas regolamento teoria del derecho*, Ed Ariel, Barcelona, 1973, pp. 280-283.

revocatoria, si pone un problema di esegesi del medesimo articolo. Non si tratterebbe dunque di supplire ad una lacuna quanto di compiere un lavoro d'interpretazione. Parla, in questo senso, non di un silenzio "assoluto", bensì di un silenzio "parziale" del regolamento sul punto e al fine di dimostrare che l'art. 3 n. 1 prevede una competenza attrattiva del giudice fallimentare cita il considerando n. 6 al regolamento (²⁴⁰).

Secondo l'argomentazione di Arabo Colomer, infatti, sebbene il regolamento (CE) 1346/2000 sembri tacere in ordine alla competenza giurisdizionale per l'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare, il suo art. 3 n. 1 indicherebbe un criterio di competenza generale, basato sulla giurisdizione dello Stato nel cui territorio è stabilito il centro degli interessi principali del debitore (²⁴¹).

Ostacolo alla tesi sostenuta è il disposto dell'art. 18 n. 2 del regolamento che nel disciplinare i poteri del curatore, conferisce a quest'ultimo la facoltà di "esercitare ogni azione revocatoria che sia nell'interesse dei creditori": una simile affermazione comporterebbe che il diritto dell'Unione Europea, permettendo al curatore di esercitare azioni senza prevedere una regola di competenza al riguardo, esclude le revocatorie dall'ambito di applicazione del regolamento. Siffatto argomento implicherebbe che la competenza giurisdizionale internazionale sia disciplinata dal regolamento (CE) n. 44/2001 o dal sistema autonomo nazionale. (²⁴²)

Ebbene l'Avvocato Generale non pare convinto da tale tesi, sostenuta dalla società convenuta nel giudizio, e ritiene più convincente un'altra e diversa argomentazione, articolata da parte ricorrente.

Se è pur vero che l'art. 18 n. 2 del regolamento menziona specificamente l'azione revocatoria, a differenza dell'art. 3 n. 1, tale interpretazione andrebbe utilizzata con

²⁴⁰) Ai sensi del considerando n. 6 del regolamento n. 1346/2000: "Secondo il principio di proporzionalità, il presente regolamento dovrebbe limitarsi a disposizioni che disciplinano le competenze per l'apertura delle procedure d'insolvenza e per le decisioni che scaturiscono direttamente da tali procedure e sono ad esse strettamente connesse. Il regolamento dovrebbe inoltre contenere disposizioni relative al riconoscimento di tali decisioni e alla legge applicabile, che soddisfano anch'esse tale principio."

²⁴¹) L'Avvocato Generale, peraltro, dà atto che tale regola non significa che il regolamento n. 1346/2000 abbia rafforzato il principio della *vis attractiva concursus* e cita (cfr. nt. 33) la relazione Virgos-Schmit laddove, al punto n. 77, afferma che "alcuni stati contraenti conoscono nel proprio ordinamento interno il principio processuale della *vis attractiva concursus*, in base al quale il giudice che apre la procedura d'insolvenza attrae nella sua sfera di competenza non solo la procedura d'insolvenza propriamente detta, ma anche tutte le azioni che da essa derivano.

²⁴²) Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., n. 45.

cautela (²⁴³). I dubbi delle istituzioni comunitarie rispetto alla regolamentazione della competenza giurisdizionale e delle revocatorie fallimentari è ben evidente se solo si considera il contenuto del considerando n. 6 al regolamento n. 1346/2000. E' proprio tale considerando, infatti, dopo aver ricordato il principio, fondamentale in ambito comunitario, della "proporzionalità", ad aggiungere, quanto al campo di applicazione dello strumento regolamentare, che quest'ultimo dovrebbe "limitarsi a disposizioni che disciplinano le competenze per l'apertura delle procedure d'insolvenza e per le decisioni che scaturiscono direttamente da tali procedure e sono a esse strettamente connesse" (²⁴⁴). La chiara volontà, a livello comunitario, di risolvere le difficoltà connesse alla competenza giurisdizionale in materia di revocatoria, inducono l'Avvocato generale a relativizzare l'importanza sistematica dell'art. 18 n. 2 del regolamento.

Argomenta, in buona sostanza, che il regolamento ha optato da un punto di vista generale, per un modello di procedura internazionale a carattere universale riconoscendo, però, che questo ultimo modello possa, in alcuni casi, rivelarsi non del tutto sufficiente o connotarsi per inefficienza.

Ad esempio potrebbe essere più vantaggioso esperire l'azione revocatoria nello Stato membro in cui sono situati i beni, evitando di sprecare tempo e denaro in un procedimento volto ad ottenere il riconoscimento e l'esecuzione della decisione adottata nello Stato Membro di apertura della procedura. Ne deriva, secondo l'Avvocato Generale, l'opportunità, in materia di azione revocatoria, di sfumare il modello universale tipico del regolamento, lasciando spazio alla valutazione del curatore circa l'individuazione delle azioni più appropriate nel corso del procedimento a difesa della massa fallimentare (²⁴⁵). L'Avvocato Generale fa inoltre riferimento al disposto dell'art. 25 n. 1, comma 2° del regolamento ed all'art. 4 n. 2 lett *m*) del medesimo osservando

²⁴³) A criticare l'interpretazione dell'art. 18 n. 2 secondo cui le revocatorie sarebbero escluse dal campo di applicazione del regolamento n. 1346/2000 è PANNEN, *European Insolvency Regulation, Berlino, 2007*, p. 125, secondo cui gli autori del regolamento erano perfettamente consapevoli degli inconvenienti legati alle azioni connesse con la procedura d'insolvenza.

²⁴⁴) Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., n. 46.

²⁴⁵) In tale senso l'Avvocato Generale fa proprie e riprende le argomentazioni di VIRGOS-GARCIMARTIN, *The European Insolvency Regulation. Law and practice*, 2004, p. 65 per cui si dovrebbe ritenere che la competenza giurisdizionale in materia di azione revocatoria non sia esclusiva ma sia "relativamente esclusiva", per cui spetterebbe appunto al curatore decidere le azioni più appropriate.

come tali norme introducono una regola sul riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed una regola sulla legge applicabile quando si tratti di azione revocatoria fallimentare. Osserva l'Avvocato come "risulti particolarmente significativo il fatto che tale aspetto sia stato contemplato dall'art. 25 n. 1 comma secondo, giacchè, rinviando alle norme sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni di cui al regolamento n. 44 del 2001, tale disposizione comporta che il detto rinvio si applichi inoltre alle decisioni che derivano direttamente dalla procedura d'insolvenza e le sono strettamente connesse, anche se sono prese da altro giudice".

Da tale considerazione deriverebbe, insomma, che il regolamento ammette che le decisioni prese in materia di revocatoria fallimentare siano adottate dal giudice fallimentare o da un altro giudice, che operi nello Stato di apertura della procedura principale o in un altro Stato membro.

3.7.8.3. La ratio della decisione della Corte di Giustizia

La Corte di giustizia articola la propria decisione individuando dapprima il quadro normativo di riferimento con l'analisi dei "considerando" al regolamento (CE) n. 1346/2000.

Importanza fondamentale viene infatti data alla "necessità di efficienza ed efficacia delle procedure d'insolvenza transfrontaliera ai fini del buon funzionamento del mercato interno" prevista dal "considerando" n. 2 ed alla necessità, prevista al medesimo fine, di "dissuadere le parti dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato ad un altro al fine di ottenere una migliore situazione giuridica" (*forum shopping*) di cui al "considerando" n. 4.

La Corte prosegue citando il "considerando" n. 6 che enuncia, in ossequio al principio di proporzionalità, l'esigenza che "il regolamento si limiti a disposizioni che disciplinano le competenze per l'apertura delle procedure d'insolvenza e per le decisioni che scaturiscono direttamente da tali procedure e sono ad esse strettamente connesse [...]" ed ancora il "considerando" n. 8 che enuclea l'opportunità che "le disposizioni in materia di giurisdizione, [riconoscimento e legge applicabile] in tale settore facessero parte di un provvedimento di diritto comunitario vincolante e direttamente applicabile negli Stati membri".

Completa poi il contesto normativo affiancando alla previsione dell'art. 3 n. 1 del regolamento (CE) n. 1346/2000 altre due norme: da un lato l'art. 16 n. 1, per cui: "La decisione di apertura della procedura d'insolvenza da parte di un giudice di uno Stato membro, competente in virtù dell'art. 3, è riconosciuta in tutti gli altri Stati membri non appena essa produce effetto nello Stato in cui la procedura è aperta", dall'altro l'art. 25 n. 1 primo comma, secondo cui "Le decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura di una procedura d'insolvenza pronunciate da un giudice la cui decisione di apertura è riconosciuta a norma dell'art. 16, nonché il concordato approvato da detto giudice, sono egualmente riconosciute senza altra formalità[...]" e secondo comma, alla cui stregua "La disposizione di cui al primo comma si applica inoltre alle decisioni che derivano direttamente dalla procedura d'insolvenza e le sono strettamente connesse, anche se sono prese da altro giudice".

Chiude la rassegna il riferimento all'art. 1 del regolamento n. 44 del 2001 in materia civile e commerciale che espressamente esclude dal proprio campo di applicazione al n. 2 lett. b) del medesimo art. 1 "i fallimenti, i concordati e le procedure affini". Sul punto, la decisione della Corte è implicita, ma merita un approfondimento che metta in evidenza in modo completo i riflessi della decisione in esame.

La Corte infatti, decide implicitamente sul secondo quesito posto dai giudici tedeschi, escludendo l'applicabilità alla materia del fallimento ed alle procedure ad esso connesse tra cui l'azione revocatoria fallimentare ⁽²⁴⁶⁾ del regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 concernente "la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale", stante il chiaro dettato

²⁴⁶⁾ E ciò diversamente da quanto previsto in tema di azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. in relazione alla quale la Corte di giustizia con sentenza del 10 gennaio 1990, C-115/88, *Reichert e Kockler*, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do>, confermata dalla sentenza 26 marzo 1992, C-261/90, *Reichert II*, in *Foro it.*, 1994, IV, 235, per entrambe BORRÀS, in *Revista jurídica de Catalunya*, 1990, p. 1133 ss e 1992 p. 2149, FORNER DELAYGUA, *La acciòn pauliana ante el TJCE*, in *Revista de instituciones Europeas, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales*, 1991, p. 635-637. Tali pronunce hanno stabilito l'applicabilità all'azione revocatoria ordinaria della convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, (oggi regolamento n. 44 del 2001). In particolare, affermando la natura personale e non reale dell'azione pauliana nella sua versione civilistica, la Corte di giustizia ha sancito l'applicabilità del criterio di competenza previsto in materia contrattuale all'art. 5. 1 a tale azione, escludendo il foro esclusivo proprio dei diritti reali/immobiliari di cui all'art. 16 Conv. (oggi 22 Reg.) ed altresì l'art. 5.3 in materia di competenza speciale per responsabilità extracontrattuale o da quasi delitti.

dell'art. 1 par. 2 lett. b) secondo cui “Sono esclusi dal campo di applicazione del regolamento [...] b) i fallimenti, i concordati e la procedure affini [...]”⁽²⁴⁷⁾.

Sul punto, la sentenza cita la pacifica giurisprudenza della Corte di giustizia Europea⁽²⁴⁸⁾, imperniata sul caso *Gourdain vs Nadler*⁽²⁴⁹⁾ per cui la formulazione dell'art. 1 par. 2 lett. b) sopra citata va interpretata secondo un parametro non letterale ma teleologico, in funzione della natura dell'azione di volta in volta esercitata⁽²⁵⁰⁾.

²⁴⁷⁾ JARABO COLOMER, Conclusioni dell'avvocato generale nella causa C-339/07, in <http://eur-lex.europa.eu>, evidenzia come tale esclusione dell'applicazione delle norme di cui al regolamento n. 44 del 2001 sia confermata dalla convenzione di Bruxelles del 1995 sulle procedure d'insolvenza che, sebbene mai entrata in vigore a causa della mancata adesione di tutti gli Stati membri risulta uno strumento utile grazie alla relazione illustrativa che ne accompagnava il contenuto, peraltro ricalcato poi nel regolamento n. 1346/2000. Tale relazione, cd. “Relazione Virgòs – Schmit” per il nome dei suoi autori segnala, infatti, come sebbene la convenzione non enunciasse espressamente il principio della vis attractiva concursus ne desse comunque parziale accoglimento. Citando la sentenza *Gourdain*, i giuristi ribadiscono che l'attrazione si ha quando “le azioni derivano direttamente dal diritto fallimentare e [...] si inseriscono direttamente nell'ambito della procedura d'insolvenza” aggiungendo che, per evitare lacune ingiustificabili tra i due strumenti, rimangono adesso assoggettate alla convenzione relativa alle procedure d'insolvenza ed alle sue regole di competenza.

²⁴⁸⁾ Corte giust. c. 133/78 *Gourdain vs Nadler* cit.; Cass. civ. Sez. un., 23 febbraio 1990, n. 1396, in *Giur. comm.*, 1991, II, 933 per cui : “per l'individuazione della giurisdizione sulla revocatoria fallimentare proposta dal curatore di fallimento dichiarato in Italia nei confronti dello straniero, occorre aver riguardo ai criteri di collegamento dettati dall'art. 4 c.p.c. anche se il convenuto sia una società e non una persona fisica, non venendo in considerazione rispetto ad azione siffatta, riconducibile a materia fallimentare, la convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968”; Cass., sez. un., 21 aprile 1989, n. 1905, in *Foro it.*, 1992, I, 3378, nota di PISANESCHI per cui “L'art. 1, 2° comma, n. 2, della convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 esclude dal suo campo di applicazione le azioni in materia fallimentare, tra le quali è compresa l'azione revocatoria fallimentare”; Trib. Bari 27 gennaio 2004, in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 04, 1386 per cui “ai sensi dell'art. 3, 2° comma, l. 31 maggio 1995 n. 218, il quale prevede che, rispetto alle materie non comprese nell'ambito di applicazione della convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, la giurisdizione sussiste anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio, il giudice italiano è competente a conoscere di un'azione revocatoria promossa dal curatore di un fallimento dichiarato in Italia nei confronti di una società straniera”; Trib. Torino 22 dicembre 1987, in *Riv. dir. int. pr. proc.* 89, 659 per cui “sussiste il difetto di giurisdizione del giudice italiano a conoscere del giudizio di revocatoria fallimentare, ai sensi dell'art. 67, l. fall., proposta nei confronti di uno straniero (nella specie una società di diritto tedesco-federale non avente sede, né rappresentanza stabile in Italia)” Distr. Court Amsterdam 3 agosto 1995, *Neth. int. l. r.* 96, 398; SMART, *C.J.Q.*, 98, 150.

Altro orientamento, partendo dall'art. 1 del regolamento 44 del 2001 sostiene che sebbene la norma non si applichi al fallimento (cui si applica il 1346/2000 quale *lex specialis*) nulla sia detto nello specifico sulle procedure correlate. Sarebbero allora possibili due approcci ossia a) quello di separare il regime di giurisdizione dal regime della applicazione ed applicare le sole norme sulla giurisdizione del Reg. 44/01 in termini di ausiliarietà e b) quello di applicare il Reg. 44/01 nella sua interezza cercando di dare significato all'art. 25 del Reg. 1346/2000.

²⁴⁹⁾ Sentenza 22 febbraio 1979, n. 133/78, *Gourdain c. Nadler*, <http://eur-lex.europa.eu>.

²⁵⁰⁾ La sentenza della Corte 22 febbraio 1979 *Gourdain*, in <http://eur-lex.europa.eu>, afferma infatti in riferimento all'applicabilità al fallimento del regolamento n. 44 del 2001, che “le nozioni usate nell' art. 1 vanno considerate come nozioni autonome da interpretarsi con riferimento agli scopi ed al sistema della convenzione nonché ai principi generali che si desumono dal complesso degli ordinamenti nazionali [e che] per quanto riguarda i fallimenti, i concordati e gli altri procedimenti affini che sono procedimenti basati, secondo le varie legislazioni delle parti contraenti, sullo stato di cessazione dei pagamenti, sull'

L'azione revocatoria fallimentare quale azione "derivante dal fallimento e ad esso strettamente connessa" è quindi esclusa secondo la Corte, dal campo di applicazione del regolamento n. 44 del 2001 (²⁵¹) con ciò sgombrando il campo da una delle soluzioni prospettate in dottrina in materia di azioni connesse (quella cioè che, ritenendo superata la dottrina Gourdain vs Nadler, riteneva applicabile il regolamento (CE) n. 44/2001 limitatamente alla giurisdizione per le azioni connesse).

L'intervento della Corte di giustizia con una lettura di decisa ispirazione "europea" dimostra definitivamente un'inequivocabile propensione per la massima uniformità della disciplina, in un regolamento come quello relativo alle procedure d'insolvenza, per tradizione caratterizzato dallo scarso tasso di armonizzazione comunitaria.

Esclusa la possibilità di ritenere il regolamento (CE) n. 44/2001 valido limitatamente alla disciplina della giurisdizione per le azioni ancillari, la Corte ha concentrato l'attenzione sulla *lex specialis* (rispetto al regolamento sulla competenza) esaminando appunto se le azioni revocatorie ricadessero o meno nell'ambito di applicazione dell'art. 3 n. 1 del regolamento (CE) n. 1346/2000. Sul disposto dell'importante "considerando" n. 6 secondo cui il regolamento dovrebbe disciplinare le competenze non solo per l'apertura delle procedure d'insolvenza ma altresì per "le decisioni che scaturiscono direttamente da tali procedure e sono ad esse strettamente connesse [...]" e con un'interpretazione a parere di chi scrive piuttosto "creativa", la stessa Corte ha esteso la sfera d'applicazione dell'art. 3, limitata alla sola apertura della procedura, anche a tali tipi di azioni.

L'ottica di concentrazione di tutte le azioni legate all'insolvenza di fronte ad un unico giudice, ossia quello competente per l'apertura della procedura risulta essere il cardine

insolvenza o sul venir meno del credito del debitore implicanti l'intervento dell' autorità giudiziaria che si risolve nella liquidazione forzata e collettiva dei beni o, quanto meno, nel controllo da parte di dette autorità, perchè le decisioni che si riferiscono al fallimento siano escluse dal campo di applicazione della convenzione occorre che esse derivino direttamente dal fallimento e si inseriscano strettamente nell' ambito del procedimento fallimentare o di amministrazione controllata, così caratterizzato."

²⁵¹) Cass. Civ. 4 agosto 2006 n. 17706 in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1414.; Cass. civ. sez. un. 7 febbraio 2007 n. 2692 in *Foro it.*, 2007, I, 2815; FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 68 ss. Seppur con riferimento specifico alla legge applicabile a simili azioni, si afferma l'esclusione della materia revocatoria dal campo di applicazione della convenzione di Bruxelles del 1968 (oggi regolamento n. 44 del 2001) proprio in ossequio alla nota giurisprudenza della Corte di giustizia Europea del 22 febbraio 1979 C-133/78, Gourdain vs Nadler per cui sono escluse le azioni che derivano dal fallimento e si inseriscono strettamente nell'ambito del procedimento fallimentare.

principale e l'intento centrale della decisione, armonico rispetto ai "considerando" secondo e ottavo ed altresì conforme all'esigenza espressa dal quarto "considerando" di dissuadere le parti dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno stato all'altro al fine di ottenere una migliore situazione giuridica.

Ciò che la Corte dichiara espressamente di voler evitare è, infatti, la dispersione provocata dall'instaurazione di diverse azioni di fronte a diversi giudici, rischio che comporterebbe un indebolimento delle finalità di armonizzazione espresse dal regolamento e dalle sue premesse.

Una volta impostata la questione in ottica conforme ai "considerando" al regolamento, la Corte di giustizia collega poi l'interpretazione ampia data all'art. 3 n. 1 al disposto dell'art. 25 del medesimo regolamento, rubricato "Riconoscimento e carattere esecutivo di altre decisioni". Il primo comma della norma istituisce l'obbligo di riconoscimento delle decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura della procedura d'insolvenza pronunciate da un giudice la cui decisione di avvio della procedura sia stata riconosciuta in conformità dell'art. 16, ossia un giudice competente ai sensi dell'art. 3 n. 1.

Tale previsione si applica, secondo quanto disposto dal secondo comma dell'art. 25 anche "alle decisioni che derivano direttamente dalla procedura d'insolvenza e le sono strettamente connesse, anche se sono prese da altro giudice". Non osterebbe, secondo la Corte all'interpretazione teleologica fornita, l'inciso finale dell'art. 25 "anche se sono prese da altro giudice" nel senso che sarebbe compito della legge dello Stato membro di apertura determinare il giudice competente sotto il profilo territoriale e materiale, il quale non deve essere necessariamente quello che ha avviato la procedura d'insolvenza e puntualizzando che l'inciso di cui sopra è riferito comunque al riconoscimento delle decisioni di apertura della procedura d'insolvenza prevista all'art. 16 del regolamento n. 1346/2000. La Corte di giustizia esclude dunque che l'inciso in questione ammetta la possibilità che giudici diversi da quello che ha avviato la procedura possano essere considerati competenti a decidere di questioni connesse o derivate in quanto il

riferimento ad “altro giudice”⁽²⁵²⁾ riguarderebbe la ripartizione del potere decisionale in termini di competenza interna ⁽²⁵³⁾.

La sentenza si pone nettamente in contrasto rispetto alle posizioni dottrinali ⁽²⁵⁴⁾ e della giurisprudenza ⁽²⁵⁵⁾ menzionate, affermatesi soprattutto in Italia e favorevoli alla protezione delle norme interne degli Stati membri e favorisce, anche a discapito della coerenza sul piano letterale, un’interpretazione di carattere prettamente “europeo”.

Si è infatti attenuta al diverso filone dottrinale, sviluppatosi nella dottrina tedesca, che ritiene preferibile anche al fine di evitare conflitti di giurisdizione, l’applicazione dell’art. 3 comma 1 del regolamento in termini generalizzati, per ogni tipo di azione scaturente dall’apertura di una procedura concorsuale in applicazione di una vera e propria *vis attractiva concursus* europea.

Tale decisione, di certo in armonia con l’intenzione dimostrata dal legislatore europeo di concentrare il più possibile in capo ad un unico soggetto giudicante la giurisdizione

²⁵²⁾ *Contra* SANGIOVANNI, *L’azione revocatoria transnazionale tra giurisdizione e legge applicabile*, in *Fall.*, 8, 2007, p. 935 che nel dubitare che l’art. 25 possa essere citato in relazione alla questione della giurisdizione, trattandosi di norma in tema di riconoscimento delle decisione ritiene che l’inciso riferito al fatto che la decisione possa essere adottata anche da altro giudice ammetta implicitamente che possa sussistere la giurisdizione di altri magistrati; nello stesso senso FUMAGALLI, *op. cit.*, p. 68 ss.

²⁵³⁾ Il riferimento dell’art. 25 pare da riferirsi in effetti alla competenza nella specifica accezione di frazione di giurisdizione e non, in termini più generici, di competenza giurisdizionale. Su nozione e significato di competenza MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Bologna, 2008, p. 223 ss.

²⁵⁴⁾ In materia di azione revocatoria fallimentare intracomunitaria si veda, tra gli altri DE CESARI, *La disciplina della giurisdizione in tema di azione revocatoria fallimentare*, in DE CESARI, FRIGESSI DI RATTALMA (a cura di), *La tutela transnazionale del credito*, Torino, 2007, p. 105; DE CESARI, *La revocatoria fallimentare tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2008, 4, 989; CORSINI, *Revocatoria fallimentare e giurisdizione delle fonti comunitarie: la parola passa alla Corte di giustizia*, in *Riv. dir. intern. priv. Proc.*, 2008, 2, 429; CONSALVI, *Brevi considerazioni in materia di giurisdizione e legge applicabile alla revocatoria fallimentare intracomunitaria*, in www.judicium.it/news/ins_06_09_06/Consalvi p. 5; FABIANI, *Giurisdizione italiana sulla revocatoria nei confronti di società straniera*, in *Fall.*, 2004, 3, p. 375; LEANDRO, *La legge applicabile alla revocatoria fallimentare nel regolamento CE n. 1346/2000*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, I, 2009, 107, nonchè, FABIANI, *La revocatoria fallimentare tra lex concursus e lex contractus nel Reg. 1346/2000*, in *Corr. giur.*, 2007, 1319 ss.; FABIANI, *La comunitarizzazione della revocatoria transnazionale come tentativo di abbandono di criteri di collegamento fondati sull’approccio dogmatico*, www.judicium.it; PANZANI, *Azione revocatoria nei confronti dello straniero e giurisdizione del giudice che ha dichiarato il fallimento secondo il diritto comunitario*, *Fall.*, 2008, 394 ss.

²⁵⁵⁾ In giurisprudenza molte sono le pronunce in tema di giurisdizione. Si citano tra le più significative e recenti; Cass. sez. un. 26 giugno 2001 n. 8745, in *Foro it.*, 2002, I, 1867; Cass. sez. un. 10 gennaio 2003 n. 261, in *Foro it.*, 2004, I, 1245; Cass., sez. I, 04 agosto 2006, n. 17706, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, 732, in relazione alla legge che regola la l’azione revocatoria fallimentare esercitata dal curatore nei confronti di uno straniero (nella specie società di nazionalità tedesca ed avente sede in Germania); Cassazione civile sez. un. 07 febbraio 2007 n. 2692, in *Fall.* 2007, 6, 629; tra le pronunce di merito, Trib. di Milano, 22 luglio 1996, in *Fall.*, 1997, 317; Trib. Bari, 27 gennaio 2004, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2004, 1386.

in materia d'insolvenza con l'applicazione di norme universalmente riferibili ad ogni Stato membro ⁽²⁵⁶⁾, non sconvolge particolarmente l'assetto della materia con riferimento all'Italia, che già conosce il principio della *vis attractiva concursus* in relazione alla ripartizione della competenza interna ma suscita in chi scrive una perplessità.

Questa non riguarda tanto gli effetti della decisione, che si condividono, quanto le modalità con cui la Corte di giustizia, interpretando norme di carattere indicativo e comunque non vincolanti quali i "considerando" premessi al regolamento (CE) n. 1346/2000, è giunta ad ampliare estensivamente il significato dell'art. 3, comma 1, in tema di competenza internazionale, il cui contenuto letterale esclude una possibilità di applicazione ad ipotesi diverse dall'apertura di una procedura d'insolvenza.

Mi sembra, in altre parole, che la Corte di giustizia, pur al fine di risolvere i problemi causati dalla difficile conciliazione delle diverse posizioni degli Stati membri secondo uno "spirito" europeo, si sia spinta oltre, fino a svolgere un'attività non più interpretativa delle norme dell'Unione bensì creativa di diritto, con un'operazione a parere di chi scrive piuttosto discutibile.

Di certo, la soluzione della questione avrebbe dovuto essere demandata ad un intervento legislativo, in grado di risolvere quella che sin dall'entrata in vigore del regolamento costituisce, ed è stata percepita, come un vero e proprio *vulnus* normativo.

La Corte di giustizia pare in questo caso l'ultima destinataria di una "patata bollente" già ben conosciuta dal legislatore comunitario, trovatosi impossibilitato a consegnare un regolamento completo proprio a causa delle diverse pressioni ed istanze degli Stati membri.

²⁵⁶) Va infatti riconosciuto che l'applicazione delle singole leggi nazionali in materia di competenza giurisdizionale permetterebbe di applicare il principio della *vis attractiva concursus*, laddove previsto, di ogni Stato membro con la conseguenza di rendere impossibile la determinazione di standards giurisdizionali in Europa, finalità cui espressamente mira il regolamento. Non sembra possibile dedurre da un gap di disciplina un mandato di uno stato membro a determinare la propria giurisdizione su ogni azione (*vis attractiva concursus*) Secondo tale orientamento proprio nelle profonde differenze di disciplina dei singoli Stati membri in materia di revocatoria andrebbe individuata la causa dell'assenza di un'espressa previsione normativa sul tema in ambito comunitario, disposizioni che viceversa erano contenute nelle prime bozze della convenzione europea sull'insolvenza, poi non riportate nel testo definitivo del regolamento n. 1346/2000.

Di fronte ai quesiti dei giudici tedeschi, in altre parole, è stata risolta in via interpretativa una questione che non trova causa in un errore, quanto nella difficoltà, in realtà ben nota al legislatore comunitario, di conciliare le diverse posizioni degli Stati membri sul punto. Aggirando la difficoltà di trovare un punto d'accordo in sede di formazione del regolamento n. 1346/2000 su un punto focale come la giurisdizione per le azioni connesse e correlate, si è ottenuto in via giurisprudenziale ciò che a livello normativo non sarebbe probabilmente stato accettato.

3.7.9 Le pronunce immediatamente successive

Due pronunce della Corte di Giustizia hanno seguito di pochi mesi il *leading case Seagon-Deko Marty*.

3.7.9.1 Il caso *SCT Industri AB i likvidation vs Alpenblume* ⁽²⁵⁷⁾

Questa la fattispecie.

Nel corso del 1993, il *Malmö tingsrätt* (Tribunale di primo grado di *Malmö*) apriva una procedura concorsuale avverso la *SCT Industri*. Veniva nominato un curatore che, nel corso di tale procedura procedeva alla vendita all'*Alpenblume* del 47% delle quote sociali detenute dalla *SCT Industri* nel capitale della *SCT Hotelbetrieb GmbH*, una società austriaca cui era succeduta la *Scaniahof Ferienwohnungen GmbH*. La società *Alpenblume* era registrata in Austria come proprietaria delle dette quote sociali.

Il procedimento collettivo si concludeva nel 1997 senza attivo risultante dalla liquidazione. Il 19 marzo 2002, il *Malmö tingsrätt* ordinava la liquidazione della *SCT Industri*.

²⁵⁷) Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 2 luglio 2009, procedimento C-111/08 *SCT Industri AB i likvidation contro Alpenblume AB*, reperibile sul sito www.curia.eu pubblicato in GU C 205 dal 29.08.2009 pag.8. In dottrina, Piekenbrock, *Europäische Anerkennung einer Klärung von Vorgängen im Umfeld eines (nicht von der EuInsVO erfassten) Insolvenzverfahrens*, in *KTS Zeitschrift für Insolvenzrecht*, 2009, p.539-547; Meusburger-Hammerer, *EuGH verneint die Anwendung der EuGVVO auf insolvenznahe Verfahren*, in *European Law Reporter*, 2010, p.19-23; Oberhammer, *Im Holz sind Wege: EuGH SCT ./ Alpenblume und der Insolvenzbestand des Art. 1 Abs. 2 lit. b EuGVVO*, in *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2010, p.317-324.

Dopo essere stato adito dalla *SCT Industri*, un tribunale austriaco dichiarava che il curatore, nominato in Svezia, non aveva il potere di disporre di beni situati in Austria e, di conseguenza, dichiarava nullo l'acquisto delle quote sociali da parte dell'*Alpenblume*. Pertanto, tale tribunale ordinava alla *Scaniahof* di registrare la *SCT Industri* (e non *Alpenblume*) come proprietaria delle quote sociali cedute dalla massa fallimentare. L'*Alpenblume* era presente nel procedimento austriaco come interveniente ("Nebenintervenientin"). L'*Oberster Gerichtshof* (la Corte di cassazione austriaca) respingeva il ricorso ("außerordentliche Revision") dell'interveniente il 17 maggio 2004.

Il 24 agosto 2004, l'*Alpenblume* adiva un tribunale svedese con un'azione di rivendicazione diretta contro la *SCT Industri*, avente ad oggetto le stesse quote sociali, richiedendo che fosse ordinato alla *SCT Industri* di adottare tutte le misure necessarie, pena l'applicazione di una sanzione, ai fini della registrazione dell'*Alpenblume* quale legittimo proprietario delle dette quote sociali. Con sentenza 17 marzo 2005, il *Malmö tingsrätt*, in seguito all'opposizione della convenuta nel procedimento principale, constatava l'insussistenza di ragioni ostative all'esame di tale domanda.

La *SCT Industri* impugnava tale decisione, chiedendo il rigetto della domanda. L'*Alpenblume* ne chiedeva la conferma. Con sentenza 26 luglio 2005, lo *Hovrätt för Skåne och Blekinge* (Corte d'appello di *Skåne* e *Blekinge*) respingeva l'appello.

Investito dell'impugnazione della *SCT Industri*, lo *Högsta domstolen* (Corte di cassazione svedese) decideva, con ordinanza 4 marzo 2008, di sospendere il procedimento e sottoporre alla Corte questione pregiudiziale se l'esclusione di fallimenti, concordati e procedure affini dal campo di applicazione del regolamento (CE) n. 44/2001, prevista all'art. 1, n. 2, lett. b), debba essere interpretata nel senso che essa si applica ad una decisione emessa da un giudice di uno Stato membro (A), relativa alla registrazione di diritti di proprietà su quote sociali di una società con sede nello Stato membro (A), che sono state cedute dal curatore fallimentare di una società con sede nello Stato membro (B), nel caso in cui il giudice abbia fondato la sua decisione sul fatto che lo Stato membro (A), in mancanza di una convenzione internazionale sul mutuo riconoscimento delle procedure d'insolvenza, non ammette il potere del curatore fallimentare di disporre di beni situati nel suo territorio.

Il problema riguardava, in sostanza, il riconoscimento, tra gli Stati membri, di una decisione giudiziaria resa in una causa civile connessa con una procedura d'insolvenza che ha avuto luogo in un altro Stato membro o, meglio, il dubbio se una decisione con la quale un giudice di uno Stato membro ha dichiarato nulla una cessione di quote sociali effettuata nel contesto di una procedura d'insolvenza, in quanto il curatore che aveva ceduto tali quote non era legittimato a disporre degli attivi che si trovavano in tale Stato membro, sia compresa nell'eccezione dell'art. 1, n. 2, lett. b), del regolamento (CE) n. 44/2001 applicabile in materia di fallimenti, concordati ed altre procedure simili.

La Corte di Giustizia ha ritenuto, preliminarmente, che il regolamento (CE) n. 1346/2000 non fosse applicabile alla procedura oggetto della causa principale, in quanto quest'ultima era stata aperta prima dell'entrata in vigore del detto regolamento. L'oggetto del rinvio si riduceva dunque al quesito se una decisione, come quella pronunciata nella causa principale dal tribunale austriaco, ricadesse sotto il regolamento (CE) n. 44/2001.

I giudici europei, nel rispondere, ricordano innanzitutto come i fallimenti e le altre procedure simili siano stati esclusi dal campo di applicazione della convenzione di Bruxelles⁽²⁵⁸⁾ a causa tanto della specificità della materia interessata, la quale necessita di norme particolari, quanto delle profonde divergenze fra le legislazioni degli Stati contraenti⁽²⁵⁹⁾.

Sottolineando come, nella giurisprudenza relativa alla convenzione di Bruxelles, la Corte ha anche dichiarato che un'azione è *connessa* ad una procedura fallimentare qualora essa derivi direttamente dal fallimento e si inserisca strettamente nell'ambito del procedimento fallimentare o di amministrazione controllata⁽²⁶⁰⁾, la Corte di Giustizia dichiara come “è quindi l'intensità del legame esistente[...] tra un'azione giurisdizionale come quella oggetto della causa principale e la procedura d'insolvenza che è

²⁵⁸) Interpretazioni da intendersi riferibile, specularmente, al regolamento n. 44/2001 che ha sostituito la convenzione di Bruxelles nei rapporti tra gli Stati membri, fatta eccezione per il Regno di Danimarca. Cfr sentenza 14 maggio 2009, causa C- 180/06, *Il Singer*, p. 41, Raccolta 2009 I-03961, reperibile sul sito www.curia.eu.

²⁵⁹) Richiamando, in tal senso, la sentenza 22 febbraio 1979, causa 133/78, *Gourdain*, *cit.*, p. 3, e relazione del sig. Jenard sulla convenzione di Bruxelles (GU 1979, C 59, pag. 1)].

²⁶⁰) *Gourdain*, *cit.*, p. 4.

determinante al fine di decidere se trovi applicazione l'esclusione enunciata all'art. 1, n. 2, lett. b), del regolamento n. 44/2001" (²⁶¹).

Ciò considerato, nel caso di specie, tale *legame* risultava particolarmente stretto, in considerazione del fatto che, innanzitutto, dalla decisione di rinvio risultava che la controversia principale vertesse esclusivamente sulla proprietà delle quote sociali cedute, nell'ambito di una procedura d'insolvenza, da un curatore sulla base di disposizioni, stabilite dalla legge svedese sulle procedure concorsuali (²⁶²).

La Corte ha valutato la cessione oggetto della causa principale, e l'azione di rivendicazione della proprietà conseguente, quali diretta e indissociabile conseguenza dell'esercizio da parte del curatore, soggetto giuridico che interviene unicamente in seguito all'apertura di una procedura concorsuale, di una prerogativa che gli viene attribuita, specificatamente, da disposizioni del diritto nazionale che disciplinano tale tipo di procedura (²⁶³). Ha ritenuto l'azione oggetto della causa principale direttamente derivante da una procedura d'insolvenza e in essa strettamente inserita, escludendola di conseguenza dal campo di applicazione del regolamento (CE) n. 44/2001, in definitiva giungendo ad affermare che l'eccezione prevista all'art. 1, n. 2, lett. b), del regolamento del Consiglio 22 dicembre 2000, n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, dev'essere interpretata nel senso che essa si applica ad una decisione resa da un giudice di uno Stato membro A relativamente all'iscrizione del diritto di proprietà sulle quote sociali emesse da una società con sede sociale nello Stato membro A, secondo la quale la cessione delle dette quote deve essere considerata nulla in quanto il giudice dello

²⁶¹) *SCT Industri AB i likvidation contro Alpenblume AB*, p. 25.

²⁶²) (Konkurslagen) n. 672 del 1987 (SFS 1987, n. 672), che derogano alle norme generali del diritto civile e, particolarmente, del diritto della proprietà. Tali disposizioni prevedono che, in caso d'insolvenza, il debitore perda il diritto di disporre liberamente dei suoi beni e che spetti al curatore amministrare, per conto dei creditori, i beni che compongono la massa fallimentare, anche effettuando le necessarie operazioni di cessione.

²⁶³) *SCT Industri AB i likvidation contro Alpenblume AB*, p. 28, 29, 30. Secondo la Corte di Giustizia, tale stretta "dericazione" dal fallimento, " si riflette, del resto, in particolare nella circostanza che, nella causa principale, come risulta dal fascicolo sottoposto alla Corte, l'attivo dell'impresa oggetto della procedura d'insolvenza si è accresciuto a seguito della vendita da parte del curatore delle quote sociali in questione. D'altra parte, è pacifico che il motivo per il quale il giudice austriaco, tramite la decisione di cui viene chiesto il riconoscimento dinanzi al giudice del rinvio, ha dichiarato nulla la cessione delle quote sociali oggetto della causa principale concerne proprio e unicamente l'estensione dei poteri del detto curatore nell'ambito di una procedura fallimentare e, particolarmente, la possibilità che egli disponga dei beni che si trovano in Austria.

Stato membro A non riconosce i poteri di un curatore di uno Stato membro B nel quadro di una procedura fallimentare svolta e conclusa nello Stato membro B.

3.7.9.2 Il caso *German Graphics Graphische Maschinen GmbH Alice van der Schee* ⁽²⁶⁴⁾

A breve distanza, il 10 settembre 2009, una nuova pronuncia della Corte di Giustizia in ambito di insolvenza transfrontaliera e precisamente in materia di disciplina di un'azione del venditore basata su una clausola di riserva di proprietà.

La *German Graphics*, società di diritto tedesco, stipulava in qualità di venditore un contratto di compravendita di macchinari, recante una clausola di riserva di proprietà in suo favore, con la *Holland Binding*, società di diritto olandese. Con sentenza 1° novembre 2006 il *Rechtbank Utrecht* (Paesi Bassi) dichiarava il fallimento della *Holland Binding* e nominava un curatore. Con ordinanza 5 dicembre 2006 il *Landgericht Braunschweig* (Germania) accoglieva la domanda presentata dalla *German Graphics* al fine di ottenere provvedimenti conservativi relativamente a un certo numero di macchinari che si trovavano nei locali della *Holland Binding*, nei Paesi Bassi. Detta domanda si fondava sulla menzionata clausola di riserva di proprietà. Il 18 dicembre 2006 il *Voorzieningenrechter te Utrecht* (giudice dei provvedimenti d'urgenza di Utrecht) dichiarava esecutiva l'ordinanza del *Landgericht Braunschweig*. In seguito la signora *Van der Schee*, in qualità di curatore del fallimento della *Holland Binding*, interponeva appello contro tale sentenza dinanzi al *Rechtbank Utrecht*, che, con

²⁶⁴) Idot, *Clause de réserve de propriété*, in *Europe*, 2009 Octobre, Comm. n° 390 p.31; Vallens, *Pour la CJCE, l'action en revendication ne s'insère pas dans la procédure collective*, in *Recueil Le Dalloz*, 2009, p. 2782-2785; Kinini, *Efarmogi tou Kan. 44/2001 epi agogis apochorismou tou politiki kata tou ofeileti agorasti se periptosi agoras me epifylaxi kyriotitas*, in *Epitheorisi Politikis Dikonomias*, 2009 p. 820-822; Michailidou, *Efarmoges Astikou Dikaiou*, 2009, p.1132-1134; Lüttringhaus, Weber, *Aussonderungsklagen an der Schnittstelle von EuGVVO und EuInsVO*, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2010, p. 45-51; DIALTI, *Giurisdizione in materia di azione del venditore fondata su riserva di proprietà nei confronti dell'acquirente che versa in situazione di fallimento*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2010, p. 202-215; Jault-Seseke, *Conflit de juridictions. Les règles communautaires*, in *Recueil Le Dalloz*, 2010, p. 1593-1598; Piekenbrock, *Klagen eines Eigentumsvorbehaltsverkäufers bei ausländischem Konkurs des Käufers*, in *KTS Zeitschrift für Insolvenzrecht*, 2010, p. 208-215; Brinkmann, *Der Aussonderungsstreit im internationalen Insolvenzrecht - Zur Abgrenzung zwischen EuGVVO und EuInsVO*, in *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2010, p.324-330; Polak, *Nederlandse jurisprudentie ; Uitspraken in burgerlijke en strafzaken*, 2010, n° 541; Crespi Reghizzi, *Reservation of Title in Insolvency Proceedings: Some Remarks in Light of the German Graphics Judgment of the ECJ*, in *Yearbook of Private International Law*, 2010, Vol. XII p.587-606.

sentenza 28 marzo 2007, annullava la suddetta ordinanza. Avverso la decisione del *Rechtbank Utrecht*, la *German Graphics* proponeva un ricorso in cassazione dinanzi allo *Hoge Raad der Nederlanden*. Con ordinanza 20 giugno 2008 lo *Hoge Raad der Nederlanden* decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia una serie di questioni pregiudiziali. Si trattava innanzitutto del quesito se l'art. 25, n. 2, del regolamento (CE) n. 1346/2000 dovesse essere interpretato nel senso che i termini "ove la convenzione di Bruxelles, ossia il regolamento (CE) n. 44/2001, si applichi" comportano che, prima di dichiarare l'applicabilità delle disposizioni sul riconoscimento e sull'esecuzione di cui al regolamento (CE) n. 44/2001 a decisioni diverse da quelle di cui all'art. 25, n. 1, del regolamento (CE) n. 1346/2000, occorre in primo luogo verificare se queste esulano, in forza dell'art. 1, n. 2, lett. b), del regolamento (CE) n. 44/2001, dall'ambito di applicazione sostanziale di tale regolamento.

Lo *Hoge Raad der Nederlanden* chiedeva inoltre se l'art. 1, n. 2, lett. b), del regolamento (CE) n. 44/2001, in combinato disposto con l'art. 7, n. 1, del regolamento (CE) n. 1346/2000, dovesse essere interpretato nel senso che la circostanza che un bene su cui grava la clausola di riserva di proprietà si trovi, nel momento in cui è aperta la procedura d'insolvenza contro l'acquirente, nel territorio dello Stato membro di apertura di tale procedura, comporta che un'azione del venditore basata su detta clausola di riserva di proprietà, come quella della *German Graphics*, dovesse essere considerata come un'azione che riguarda il fallimento ai sensi dell'art. 1, n. 2, lett. b), del regolamento n. 44/2001, la quale esula, pertanto, dall'ambito di applicazione di detto regolamento; ed infine se, ai fini della soluzione della seconda questione, sia rilevante che, ai sensi dell'art. 4, n. 2, lett. b), del regolamento (CE) n. 1346/2000, i beni rientranti nella massa patrimoniale vengano determinati in base al diritto dello Stato membro di apertura della procedura.

Il giudice del rinvio ha chiesto, in sostanza, se, prima di poter considerare riconosciuta una decisione di cui all'art. 25, n. 2, del regolamento n. 1346/2000 a norma delle disposizioni del regolamento n. 44/2001, il giudice competente per l'esecuzione sia tenuto a verificare se detta decisione rientri nell'ambito di applicazione di quest'ultimo regolamento. La Corte di giustizia ha risposto affermativamente, osservando come il

riconoscimento delle decisioni relative alle procedure d'insolvenza è disciplinato dagli artt. 16-26 del regolamento (CE) n. 1346/2000. In tale contesto, l'art. 25 di tale regolamento ha per oggetto, in particolare, il riconoscimento e il carattere esecutivo di decisioni diverse da quelle che concernono direttamente l'apertura di una procedura d'insolvenza.

Si tratta, secondo il n. 1, primo comma, delle «decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura» di una siffatta procedura e dall'altro, secondo il n. 1, secondo e terzo comma, di quelle «che derivano direttamente dalla procedura d'insolvenza e le sono strettamente connesse», nonché le decisioni riguardanti taluni provvedimenti conservativi. Ancora, al n. 2, delle «decisioni diverse da quelle di cui al paragrafo 1 (...) ove [la convenzione di Bruxelles] si applichi».

Di conseguenza, le decisioni considerate all'art. 25, n. 2, del regolamento n. 1346/2000 non costituiscono nell'opinione dei giudici europei decisioni rientranti nell'ambito di applicazione di tale regolamento. Peraltro, a parere della Corte di Giustizia, non è possibile escludere che tra queste ultime siano annoverabili decisioni che non rientrano né nell'ambito di applicazione del regolamento (CE) n. 1346/2000, né in quello del regolamento (CE) n. 44/2001. A tale riguardo, sostiene la Corte di Giustizia, dalla formulazione dell'art. 25, n. 2, risulta che l'applicazione del regolamento (CE) n. 44/2001 a una decisione ai sensi di tale disposizione è soggetta alla condizione che tale decisione rientri nell'ambito di applicazione di quest'ultimo regolamento, escludendone l'applicazione se la decisione di cui trattasi non verte su materia civile o commerciale, oppure se sussiste un'esclusione specifica.

Sulla base di tali considerazioni, la Corte di Giustizia ha risposto al primo quesito. «L'art. 25, n. 2, del regolamento (CE) n. 1346/2000», ha affermato «deve essere interpretato nel senso che i termini «ove [la convenzione di Bruxelles] si applichi» comportano che, prima che si possa dichiarare l'applicabilità delle disposizioni sul riconoscimento e sull'esecuzione di cui al regolamento (CE) n. 44 del 2001 a decisioni diverse da quelle di cui all'art. 25, n. 1, del regolamento (CE) n. 1346/2000, occorre verificare se dette decisioni esulino dall'ambito di applicazione *ratione materiae* del regolamento (CE) n. 44 del 2001.»

Con la seconda e terza questione, il giudice del rinvio ha chiesto poi, in sostanza, se, a seguito dell'apertura di una procedura d'insolvenza nei confronti di un acquirente e allorché il bene su cui grava la clausola di riserva di proprietà si trovi nel territorio dello Stato membro di apertura di tale procedura, dovesse ritenersi che l'azione esperita dal venditore nei confronti di detto acquirente e basata su tale clausola sia esclusa dall'ambito di applicazione del regolamento (CE) n. 44 del 2001.

La Corte di Giustizia, nel risolvere le questioni, richiama, in particolare, il considerando n. 2 del regolamento (CE) n. 44 del 2001 per cui "talune divergenze tra le norme nazionali sulla competenza giurisdizionale e sul riconoscimento delle decisioni rendono più difficile il buon funzionamento del mercato interno". Richiama inoltre il considerando n. 7, per cui "si deve includere nel suo (del regolamento (CE) n. 44 del 2001) ambito di applicazione sostanziale la parte essenziale della materia civile e commerciale" e n. 15, che "evidenzia la necessità, ai fini dell'armonioso funzionamento della giustizia, di evitare che vengano emesse, in due Stati membri, decisioni fra loro incompatibili"; evidenzia come tali considerando esprimono la volontà del legislatore di sposare una concezione ampia della «materia civile e commerciale» citata all'art. 1, n. 1, del regolamento (CE) n. 44/2001, e, di conseguenza, un ambito di applicazione esteso di quest'ultimo.

Sulla base dei considerando n. 6 al regolamento (CE) n. 1346/2000, quest'ultimo, conformemente al principio di proporzionalità, dovrebbe limitarsi a disposizioni che disciplinano la competenza per l'apertura delle procedure d'insolvenza e l'adozione delle decisioni che scaturiscono direttamente dalla procedura d'insolvenza e che sono ad esse strettamente connesse.

L'ambito di applicazione di tale ultimo regolamento, dunque, non dovrebbe essere inteso in modo ampio.

La Corte di Giustizia ricorda, poi, la giurisprudenza del caso *Gourdain*, secondo cui un'azione è connessa ad una procedura fallimentare qualora essa derivi direttamente dal fallimento e si inserisca strettamente nell'ambito del procedimento fallimentare o di

amministrazione controllata (²⁶⁵) e richiama i precedenti *Seagon* (²⁶⁶) e *SCT Industri* (²⁶⁷).

Si è ribadito, dunque, come il punto di discriminazione per stabilire se trovi applicazione l'esclusione enunciata all'art. 1, n. 2, lett. b), del regolamento n. 44 del 2001, sia da individuare nell'intensità del nesso esistente tra un'azione giurisdizionale come quella oggetto della causa principale e la procedura d'insolvenza ad essere determinante

Con tali premesse, nel caso di specie, i giudici europei hanno argomentato che detto nesso non risultava né sufficientemente diretto né sufficientemente stretto da poter escludere l'applicazione del regolamento n. 44 del 2001 poiché l'azione esperita da *German Graphics* mirava unicamente a garantire l'applicazione della clausola di riserva di proprietà apposta in favore di quest'ultima società (²⁶⁸).

L'azione fondata sulla citata clausola di riserva di proprietà costituisce un'azione autonoma, che non trova fondamento nel diritto delle procedure d'insolvenza e non richiede né l'apertura di una procedura siffatta, né l'intervento di un curatore fallimentare circostanza questa che non risulta sufficiente per poter qualificare il procedimento avviato dinanzi al *Landgericht Braunschweig* come un procedimento derivante direttamente dal fallimento e strettamente connesso ad una procedura fallimentare.

La Corte di Giustizia risolve nel senso che l'art. 25, n. 2, del regolamento (CE) n. 1346/2000, relativo alle procedure d'insolvenza, deve essere interpretato nel senso che i termini «ove [la convenzione di Bruxelles] si applichi» comportano che, prima che si possa dichiarare l'applicabilità delle disposizioni sul riconoscimento e sull'esecuzione di cui al regolamento (CE) n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, a decisioni diverse da quelle di cui all'art. 25, n. 1, del regolamento n. 1346/2000, occorre

²⁶⁵) *Gourdain, cit.*, punto 4.

²⁶⁶) *Seagon, cit.*, punto 19.

²⁶⁷) *SCT Industri, cit.*, punto 23.

²⁶⁸) *German Graphics, cit.*, punto 32 per cui dall'ordinanza di rinvio risulta che la *German Graphics*, ricorrente nel procedimento avviato dinanzi al *Landgericht Braunschweig*, aveva chiesto la restituzione dei beni di sua proprietà, e che detto giudice doveva solo risolvere la questione della proprietà di taluni macchinari che si trovavano nei locali della *Holland Binding*, nei Paesi Bassi. La soluzione di tale questione di diritto è indipendente dall'apertura di una procedura d'insolvenza.

verificare se dette decisioni esulino dall'ambito di applicazione *ratione materiae* del regolamento n. 44 del 2001”.

Il giudice di rinvio, però si era interrogato su un ulteriore aspetto ⁽²⁶⁹⁾, ossia se l'art. 7, n. 1 del regolamento n. 1346/2000 potesse influenzare la qualificazione delle azioni aventi un nesso con una procedura d'insolvenza. Secondo tale norma “l'apertura della procedura d'insolvenza nei confronti dell'acquirente di un bene non pregiudica i diritti del venditore fondati sulla riserva di proprietà allorché il bene, nel momento in cui è aperta la procedura, si trova nel territorio di uno Stato [membro] diverso dallo Stato di apertura”. Una regola materiale, tesa a proteggere il venditore riguardo ai beni che si trovano al di fuori dello Stato membro di apertura della procedura d'insolvenza.

La Corte di Giustizia ⁽²⁷⁰⁾, afferma come, nel caso di specie, non trovi applicazione il suddetto art. 7, n. 1. Nel momento in cui era stata aperta la procedura d'insolvenza, infatti, i beni della *German Graphics* si trovavano nei Paesi Bassi, vale a dire sul territorio dello Stato membro di apertura della procedura stessa, dunque un simile problema non si poneva.

L'eccezione di cui all'art. 1, n. 2, lett. *b*), del regolamento (CE) n. 44/2001, in combinato disposto con l'art. 7, n. 1, del regolamento (CE) n. 1346/2000, deve essere interpretata, tenuto conto del disposto dell'art. 4, n. 2, lett. *b*), di quest'ultimo regolamento, nel senso che essa non si applica all'azione di un venditore, fondata su una clausola di riserva di proprietà, avverso un acquirente in situazione di fallimento, allorché, al momento dell'apertura della procedura d'insolvenza nei confronti di quest'ultimo, il bene su cui grava detta clausola si trovi nello Stato membro di apertura.

3.7.9.3 Il caso *F-Tex SIA vs Lietuvos-Anglijos UAB “JadecLOUD-Vilma”* ⁽²⁷¹⁾

Ultima, in ordine di tempo, una pronuncia della Corte di Giustizia del 19 aprile 2012 avente a oggetto, anche in questo caso, l'interpretazione dell'art. 3, par. 1, regolamento (CE) n. 1346/2000 e degli artt. 1, par. 2, lett. *b*) e 2, par. 1 del regolamento (CE) n. 44/2001 nell'ambito di una controversia pendente tra le parti in merito alla restituzione

²⁶⁹) *German Graphics*, punto n. 35.

²⁷⁰) *German Graphics*, punto n. 36.

²⁷¹) Sentenza della Corte di Giustizia (Prima Sezione), 19 aprile 2012, C-213/10, *F-Tex SIA vs Lietuvos-Anglijos UAB “jadecLOUD-Vilma”*, reperibile sul sito www.curia.eu.

di una somma di LTL 523.700,20, maggiorata degli interessi, versata alla *JadecLOUD-Vilma* da parte della *Neo Personal Light Clothing GMBH* mentre quest'ultima società era in stato d'insolvenza.

Questa, in breve, la fattispecie.

Tra i mesi di febbraio e giugno 2001, la *NPLC*, la cui sede statutaria si trova in Germania, aveva versato, mentre era in stato d'insolvenza, la somma di LTL 523 700,20 alla *JadecLOUD-Vilma*, la cui sede statutaria si trovava in Lituania.

Il 24 gennaio 2005 il *Landgericht Duisburg* (Germania) apriva una procedura d'insolvenza nei confronti della *NPLC*. Secondo quanto constatato dal giudice del rinvio, l'unico creditore era la *F-Tex*, la cui sede statutaria si trovava in Lettonia.

Con contratto del 28 agosto 2007 il curatore fallimentare designato nell'ambito della procedura aperta nei confronti della *NPLC* cedeva alla *F-Tex* tutti i diritti di credito della *NPLC* nei confronti di terzi, compreso il diritto a rivendicare dalla *JadecLOUD-Vilma* la restituzione delle somme da essa percepite tra febbraio e giugno 2001. Tale cessione era stata effettuata senza alcuna garanzia da parte del curatore fallimentare circa il contenuto dei diritti di credito, il loro ammontare, o la possibilità di ottenerne l'esecuzione, di diritto e di fatto. La *F-Tex* non era legalmente obbligata a procedere al recupero dei crediti ottenuti in virtù della cessione. Qualora avesse deciso di procedere in tal senso, era concordato che essa avrebbe versato al curatore fallimentare il 33% del ricavo così ottenuto.

Con ordinanza del 19 agosto 2009, il *Vilniaus apygardos teismas* (Tribunale regionale di Vilnius, Lituania) respingeva l'azione proposta dinanzi ad esso dalla *F-Tex*, tesa a far condannare la *JadecLOUD-Vilma* a versare alla *F-Tex* la somma di LTL 523 700,20, maggiorata degli interessi, somma che la *JadecLOUD-Vilma* aveva ricevuto dalla *NPLC*. Il *Vilniaus apygardos teismas* ha ritenuto che tale azione rientrasse nella competenza dei giudici tedeschi, in quanto la procedura d'insolvenza nei confronti della *NPLC* era stata aperta in Germania. Il 5 novembre 2009, su domanda della *F-Tex*, il *Lietuvos apeliacinis teismas* (Corte d'appello della Lituania) riformava la decisione del *Vilniaus apygardos teismas* e rinviava la causa dinanzi a quest'ultimo. Il *Lietuvos apeliacinis teismas* ha ritenuto che la competenza prevista all'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento n.1346/2000 per l'esercizio di un'azione revocatoria non fosse una

competenza esclusiva e che, tenuto conto dei fatti di causa, tale azione dovesse essere esaminata nel luogo in cui si trova la sede statutaria della convenuta. Con decisione del 25 novembre 2009, il *Landgericht Duisburg* dichiarava che l'azione proposta dinanzi ad esso dalla *F-TEX* nei confronti della *Jadecloud-Vilma* non rientrava nella propria competenza, in particolare per il fatto che la sede statutaria della convenuta non si trovava in Germania, ed informava la *F-TEX* che la sua azione sarebbe stata probabilmente respinta in quanto irricevibile. La *F-TEX* desisteva da tale azione. Adito di un'impugnazione proposta dalla *Jadecloud-Vilma* avverso la decisione del *Lietuvos apeliacinis teismas* del 5 novembre 2009, il *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas* decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte alcune questioni pregiudiziali.

In particolare, il giudice del rinvio chiedeva se, tenuto conto delle sentenze della Corte di giustizia nelle cause *Gourdain* e *Seagon*, l'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1346/2000 e l'articolo 1, paragrafo 2, lettera *b*), del regolamento (CE) n. 44 del 2001 dovessero essere interpretati nel senso che un giudice nazionale adito in una procedura d'insolvenza ha competenza esclusiva per un'azione pauliana che emana direttamente dalla procedura d'insolvenza o è ad essa strettamente connessa. Chiedeva inoltre di specificare se le eccezioni a detta competenza si potessero fondare solamente su altre disposizioni del regolamento (CE) n. 1346/2000.

In secondo luogo, il giudice di rinvio chiedeva se un'azione pauliana esperita dall'unico creditore di un'impresa nei cui confronti è stata aperta una procedura d'insolvenza in uno Stato membro dovesse essere qualificata come una materia di diritto civile e commerciale ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 44 del 2001, tenuto conto che detta azione: *a*) è esperita in un altro Stato membro; *b*) deriva da un diritto di credito contro un terzo, convenuto, che è stato ceduto al ricorrente dal curatore fallimentare sulla base di un accordo a titolo oneroso, limitando in tal modo la portata dell'azione del curatore fallimentare nel primo Stato membro; e *c*) non comporta nessun rischio per altri potenziali creditori.

Con riferimento alla tutela giurisdizionale del ricorrente, riconosciuta dalla Corte di giustizia come principio generale del diritto dell'Unione europea e garantita dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione [europea], il giudice del rinvio chiedeva alla Corte di Giustizia se i giudici nazionali competenti a conoscere di

un'azione pauliana (dipendendo dalla sua connessione con la procedura d'insolvenza) ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1346/2000 o dell'articolo 2, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 44 del 2001 potessero entrambi dichiararsi incompetenti.

Ancora, si chiedeva ai giudici europei se, qualora un organo giudicante di uno Stato membro abbia dichiarato inammissibile un'azione pauliana per difetto di competenza, un organo giudicante di un altro Stato membro, che cerca di garantire il diritto al giudice del ricollegente, fosse legittimato a dichiararsi competente d'ufficio, a prescindere dal fatto che, conformemente alle disposizioni del diritto dell'Unione europea in materia di determinazione della competenza giurisdizionale internazionale, non potesse farlo.

La Corte di Giustizia ha esaminato in primo luogo la seconda parte della prima questione, con cui il giudice del rinvio ha chiesto, in sostanza, se l'azione proposta nei confronti di un terzo da parte del creditore di un debitore che sia oggetto di una procedura d'insolvenza, che agisce sul fondamento di una cessione di credito effettuata dal curatore fallimentare designato nell'ambito di tale procedura, rientri nel campo di applicazione del regolamento n. 1346/2000, posto che una siffatta azione deriva direttamente da tale procedura e vi è strettamente connessa, oppure, diversamente, rientri nel campo di applicazione del regolamento (CE) n. 44 del 2001, poiché detta azione rientra nella nozione di materia civile o commerciale.

Dopo aver ribadito i rispettivi campi di applicazione⁽²⁷²⁾, la Corte di Giustizia ha citato, in relazione al regolamento (CE) n. 44 del 2001, il caso *SCT Industri*⁽²⁷³⁾ e, quanto al regolamento (CE) n. 1346/2000, la sentenza *Seagon*⁽²⁷⁴⁾.

²⁷²) *F-Tex, cit.*, punti 21, per cui “Sia la relazione sulla convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, del 27 settembre 1968, elaborata dal sig. Jenard (GU 1979, C 59, pag. 1), sia la relazione sulla convenzione, del 9 ottobre 1978, di adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord alla suddetta convenzione, nonché al protocollo relativo alla sua interpretazione da parte della Corte di giustizia, elaborata dal sig. Schlosser (GU 1979, C 59, pag. 71), precisavano che la materia interessata da tale esclusione doveva rientrare in una convenzione distinta. La relazione del Prof. Dr. Schlosser precisava, al suo punto 53, che i campi di applicazione delle due convenzioni dovevano essere delimitati in modo da ridurre al minimo le lacune e tutti i problemi di qualificazione” e 22 per cui “Nella citata sentenza Gourdain, interpretativa della convenzione di Bruxelles, la Corte ha delimitato la portata dell'esclusione di cui trattasi. Al punto 4 di tale sentenza, essa ha dichiarato che, affinché le decisioni relative ad un fallimento siano escluse dal campo di applicazione della convenzione di Bruxelles, è necessario che esse derivino direttamente dal fallimento e si inseriscano strettamente nell'ambito del procedimento fallimentare o di amministrazione controllata”.

Quanto al rapporto tra i regolamenti sopraccitati (²⁷⁵), la Corte ha ribadito che l'articolo 1, paragrafo 2, lettera *b*) del regolamento (CE) n. 44 del 2001, esclude dal proprio campo di applicazione solo le azioni che derivano direttamente da una procedura d'insolvenza e che vi sono strettamente connesse. Da ciò risulta che solo le azioni che derivano direttamente da una procedura d'insolvenza, e che vi sono strettamente connesse, rientrano nel campo di applicazione del regolamento (CE) n. 1346/2000.

La Corte ha reputato fondamentale, per rispondere al quesito, stabilire se l'azione principale soddisfacesse tale "doppio criterio".

Quanto al rapporto tra l'azione principale da una parte e l'insolvibilità del debitore e la procedura d'insolvenza, dall'altro, la Corte di Giustizia ha osservato come "l'azione principale mira alla restituzione da parte del convenuto delle somme ricevute da un debitore prima dell'apertura, nei confronti di quest'ultimo, di una procedura d'insolvenza". (²⁷⁶) Il ricorrente ha in effetti fondato la propria azione sulla cessione di credito che è stata effettuata in suo favore dal curatore fallimentare designato nell'ambito della procedura, avente ad oggetto il diritto di revoca che la legge tedesca

²⁷³) *SCT Industri, cit.*, punti da 22 a 25, dove la Corte di Giustizia ben dopo l'entrata in vigore del regolamento n. 44 del 2001, ha dichiarato che, in quanto tale regolamento ha sostituito la convenzione di Bruxelles, l'interpretazione fornita in riferimento a tale convenzione vale anche per detto regolamento, dal momento che le disposizioni di cui trattasi possono essere qualificate come equivalenti, ciò che avviene nel caso dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera *b*), di tale regolamento e dell'articolo 1, secondo comma, punto 2, della convenzione di Bruxelles, formulati in termini identici. Riprendendo il criterio in base al quale un'azione è collegata ad una procedura fallimentare quando derivi direttamente dal fallimento e si inserisca strettamente nell'ambito di un procedimento fallimentare o di amministrazione controllata, la Corte ha precisato che è l'intensità del legame esistente, ai sensi della giurisprudenza elaborata nella citata sentenza *Gourdain*, tra un'azione giurisdizionale e la procedura d'insolvenza che è determinante al fine di decidere se trovi applicazione l'esclusione enunciata (v., in tal senso, sentenza *SCT Industri, cit.*, punti 22- 25).

²⁷⁴) *Seagon, cit.*, punto 20, ove la Corte ha precisato che il sesto considerando del regolamento n. 1346/2000 utilizza esattamente il criterio risultante dalla citata sentenza *Gourdain* per circoscrivere l'oggetto di quest'ultimo. Pertanto, secondo tale considerando, detto regolamento dovrebbe limitarsi a prevedere disposizioni che disciplinino la competenza ai fini dell'apertura delle procedure d'insolvenza e dell'adozione delle decisioni che derivano direttamente dalla procedura d'insolvenza e vi sono strettamente connesse; tale doppio criterio è utilizzato anche all'articolo 25, paragrafo 1, primo comma, del regolamento n. 1346/2000, che disciplina il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura di una procedura d'insolvenza. Ai sensi del secondo comma di tale paragrafo 1, il primo comma si applica inoltre alle decisioni che derivano direttamente dalla procedura d'insolvenza e le sono strettamente connesse, anche se sono prese da altro giudice. Ai sensi del paragrafo 2 di tale articolo 25, le decisioni diverse da quelle di cui al paragrafo 1 sono disciplinate dal regolamento n. 44 del 2001, ove questo si applichi.

²⁷⁵) *F-Tex, cit.*, punti 29-49.

²⁷⁶) *F-Tex, cit.*, punti 30.

sulle procedure d'insolvenza conferisce al curatore fallimentare nei confronti degli atti eseguiti prima dell'apertura della procedura d'insolvenza e pregiudizievoli per i creditori che partecipano alla stessa.

Risulta nel caso di specie, che l'azione revocatoria, disciplinata nel diritto tedesco dagli articoli 129 e seguenti della legge sulle procedure d'insolvenza, può essere esercitata soltanto dal curatore fallimentare, esclusivamente ai fini della difesa degli interessi della massa creditoria. Secondo il governo tedesco, il diritto di revoca può tuttavia essere oggetto di una cessione purché la stessa sia oggetto di una controprestazione ritenuta equivalente, a vantaggio della massa creditoria.

La Corte, ha ricordato come, nell'ambito di un'azione con cui il ricorrente, agendo in qualità di curatore fallimentare, aveva chiesto, per mezzo di un'azione revocatoria fondata sull'insolvibilità del debitore, la restituzione di una somma versata da quest'ultimo, si era pronunciata nel senso che un'azione siffatta rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1346/2000 ⁽²⁷⁷⁾.

I giudici europei si sono pronunciati, peraltro, anche a proposito del riconoscimento di una decisione che dichiarava la nullità di una cessione effettuata dal curatore fallimentare designato nell'ambito di una procedura d'insolvenza, per il fatto che quest'ultimo non era legittimato a disporre degli attivi ceduti, anche in questo caso, ritenendo una siffatta questione rientrare nella nozione di fallimento ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera b), del regolamento n. 44 del 2001 ⁽²⁷⁸⁾.

Non era così nella fattispecie in esame. Diversamente dal ricorrente nella causa che ha dato origine alla citata sentenza *Seagon*, il ricorrente nel procedimento principale non agiva in qualità di curatore fallimentare, vale a dire in quanto organo di una procedura d'insolvenza, bensì in qualità di cessionario di un diritto.

A differenza della causa che ha dato origine alla citata sentenza *SCT Industri*, poi la controversia principale, nel caso in esame, non verteva sulla validità della cessione effettuata dal curatore fallimentare e non veniva contestato il potere di quest'ultimo di cedere il proprio diritto di revoca.

²⁷⁷) *Seagon, cit.*, punto 28.

²⁷⁸) *SCT Industri, cit.*, punto 33

La Corte ha ritenuto dunque fondamentale, sulla base di un esame delle caratteristiche specifiche dell'azione proposta dal ricorrente nel procedimento principale, verificare l'esistenza di un legame diretto con l'insolubilità del debitore e la stretta connessione dell'azione con la procedura d'insolvenza.

Nelle loro osservazioni presentate alla Corte, la *JadecLOUD-Vilma* e la Commissione europea sostenevano che l'origine e il contenuto dell'azione intentata dal cessionario fossero sostanzialmente gli stessi di un'azione revocatoria intrapresa dal curatore fallimentare.

La Corte ha osservato come ⁽²⁷⁹⁾, non potendosi negare che il diritto su cui il ricorrente nel procedimento principale ha fondato la sua azione presentasse un legame con l'insolubilità del debitore, poiché traeva origine dal diritto di revoca conferito al curatore fallimentare dalla legge nazionale applicabile alla procedura d'insolvenza, ma si poneva la questione in termini di conservazione di tale legame diretto con l'insolubilità del creditore, una volta entrato a far parte del patrimonio del cessionario.

Come fatto osservare dalla *F-Tex* nonché dai governi lituano e tedesco, l'esercizio del diritto acquisito da parte del cessionario obbedisce ad altre regole rispetto a quelle applicabili nell'ambito di una procedura d'insolvenza. A differenza del curatore fallimentare, in linea di principio, tenuto ad agire nell'interesse dei creditori, il cessionario è libero di esercitare o meno il diritto di credito acquisito. La *F.Tex*, peraltro, come evidenziato nella ricostruzione della fattispecie, non aveva alcun obbligo a procedere al recupero del credito ottenuto in virtù della cessione. Il cessionario, ove decida di esercitare il suo diritto di credito, inoltre, agisce nel proprio interesse e per il suo beneficio personale. Così come il diritto di credito che funge da base della sua domanda, il ricavo dell'azione che esso intraprende entra a far parte del suo patrimonio personale.

Le conseguenze della sua azione sono pertanto diverse da quelle di un'azione revocatoria proposta dal curatore fallimentare, la quale ha lo scopo di aumentare gli attivi dell'impresa sottoposta alla procedura d'insolvenza ⁽²⁸⁰⁾.

²⁷⁹⁾ *F-Tex, cit.*, punto 40.

²⁸⁰⁾ *Seagon, cit.*, punto 17.

Nella fattispecie principale, la prestazione effettuata dalla *F-Tex* come contropartita della cessione da parte del curatore fallimentare del proprio diritto di revoca, ha assunto la forma di un obbligo di versare una percentuale del ricavo del credito ceduto non modifica tale analisi, trattandosi di una semplice modalità di pagamento. Un siffatto accordo contrattuale, osserva la Corte di Giustizia, rientra nell'autonomia delle parti, non essendo contestato il fatto che il curatore fallimentare ed il cessionario potevano scegliere liberamente di esprimere la contropartita versata dal cessionario sotto forma di una somma forfettaria o di una percentuale delle somme eventualmente recuperate.

Nel diritto tedesco, peraltro, legge applicabile alla procedura d'insolvenza ex art. 4 del regolamento, la chiusura di tale procedura non incide in alcun modo sull'esercizio da parte del cessionario del diritto di revoca acquisito. Secondo il governo tedesco, tale diritto può essere esercitato dal cessionario dopo la chiusura della procedura d'insolvenza.

Sulla base di tutte queste specifiche osservazioni, la Corte di Giustizia ha dichiarato che l'azione, nel procedimento principale, non è dunque strettamente connessa alla procedura d'insolvenza.

Perde dunque di urgenza la necessità di pronunciarsi sulla sussistenza, o meno, di un eventuale legame diretto tra tale azione e l'insolubilità del debitore. L'azione, secondo la Corte di Giustizia, non rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento n. 1346/2000 e, analogamente, non rientra nella nozione di fallimento ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera b), del regolamento n. 44 del 2001.

Ebbene, i giudici europei hanno risposto alla seconda parte della prima questione dichiarando che l'articolo 1, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 44 del 2001 dev'essere interpretato nel senso che l'azione proposta nei confronti di un terzo da parte di un ricorrente che agisce sulla base di una cessione di credito effettuata dal curatore fallimentare designato nell'ambito di una procedura d'insolvenza, avente ad oggetto il diritto di revoca che deriva a tale curatore fallimentare dalla legge nazionale applicabile a detta procedura, rientra nella nozione di materia civile e commerciale ai sensi di tale disposizione".

CAPITOLO 4:

BILANCIO ATTUALE E FUTURO DEL REGOLAMENTO COMUNITARIO

4.1. Dieci anni di applicazione del Regolamento n. 1346 del 2000: il report del 1 giugno 2012 ai sensi dell'art. 46

Il regolamento sulle procedure d'insolvenza è stato adottato nel 2000 ed è in vigore da più di nove anni. La Commissione dovrebbe presentare una relazione sulla sua applicazione entro il 1° giugno 2012.

Dall'entrata in vigore del regolamento sulle procedure d'insolvenza sono intervenuti, peraltro, molti cambiamenti. Nuovi Stati membri sono entrati a far parte dell'Unione e il fenomeno dei gruppi societari è notevolmente aumentato. Inoltre, l'approccio alle procedure d'insolvenza si è progressivamente orientato verso il salvataggio delle società, quale alternativa alla liquidazione.

L'applicazione pratica ha confermato come lo stato d'insolvenza di una società comporta conseguenze negative non solo per quest'ultima ma anche per l'economia degli Stati membri e che l'obiettivo dovrebbe essere pertanto di tutelare ogni soggetto economico, contribuente e datore di lavoro, dalle ripercussioni dell'insolvenza.

Il diritto in materia di insolvenza, a livello europeo, viene ormai concepito come uno strumento per il salvataggio delle società al livello dell'Unione, considerato tendenzialmente più vantaggioso per il debitore, così come per i creditori e i dipendenti, mentre la liquidazione della società insolvente tende ad essere considerata una "seconda linea" da seguire nel modo meno dannoso e più vantaggioso possibile per tutti i partecipanti, qualora si sia constatato che il tentativo di salvataggio societario è destinato a non riuscire o è già fallito.

I gruppi societari sono, poi, un fenomeno comune e la questione della loro insolvenza non è stata ancora affrontata. Una necessità di disciplina che si fa urgente, considerando che una simile evenienza, verosimilmente, comporta l'avvio di molteplici procedure

concorsuali separate, nell'ambito di giurisdizioni, diverse con riferimento a ciascuno dei membri del gruppo insolvente.

Tutte queste, ed altre ancora, sono questioni sulle quali rimaniamo in attesa di risposta a livello legislativo, facendo nel frattempo tesoro degli anni di applicazione giurisprudenziale del regolamento (CE) n. 1346 del 2000 e delle posizioni elaborate dalla dottrina.

4.2. Le proposte della dottrina per un migliore regolamento comunitario

4.2.1. Sulla definizione di Comi e sulla giurisdizione internazionale

Si è già dato atto della complessa evoluzione che ha coinvolto l'ambito dell'insolvenza transnazionale e, in particolare, il criterio d'individuazione tipico del Comi.

Altresì, spero, si è evidenziato un dato fondamentale: la descrizione generale offerta dal regolamento all'art. 3, par. 1, (ed al considerando 13) in relazione al centro degli interessi principali, non è in grado di ricomprendere tutti i tipi di debitori oggi esistenti. La definizione pare essere stata "disegnata" sul modello della singola società insolvente ma non riesce ad indirizzare l'interprete che si trovi ad interagire, ad esempio, con persone fisiche (privati o professionisti), piccole imprese e grandi gruppi di aziende con separato *head office* (¹).

La pronuncia *Eurofood*, in tema di determinazione del centro degli interessi principali, ha in effetti segnato due punti fondamentali.

La presunzione di coincidenza tra la sede legale ed il Comi può essere superata esclusivamente da fatti circostanze oggettive e riconoscibili da terzi che consentano di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa da quella che si ritiene

¹) WESSELS, *Revision of the EU Insolvency Regulation: What type of face lift?*, in *The future of the European Insolvency Regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam – The Netherlands, p. 96, reperibile sul sito www.eir-reform.eu.

corrispondere alla sede statutaria ⁽²⁾.

Tale principio non pare essere stato smentito dalla recente pronuncia della Corte di Giustizia nel Caso *Interdil* ⁽³⁾ ove i giudici, dopo aver ribadito la soluzione proposta da *Eurofood*, hanno specificato che il centro degli interessi di una società debitrice deve essere individuato privilegiando il luogo dell'amministrazione principale di tale società, come determinabile sulla base di elementi oggettivi e riconoscibili dai terzi, aggiungendo che, qualora gli organi direttivi e di controllo di una società si trovino presso la sua sede statutaria, e qualora le decisioni di gestione di tale società siano assunte, in maniera riconoscibile dai terzi, in tale luogo, la presunzione introdotta da tale disposizione non è superabile. Laddove, poi, il luogo dell'amministrazione principale di una società non si trovi presso la sua sede statutaria, la presenza di attivi sociali nonché l'esistenza di contratti relativi alla loro gestione finanziaria in uno Stato membro diverso da quello della sede statutaria di tale società, possono essere considerati elementi sufficienti a superare tale presunzione *solo a condizione che* una valutazione globale di tutti gli elementi rilevanti consenta di stabilire che, in maniera riconoscibile dai terzi, il centro effettivo di direzione e controllo della società stessa, nonché la gestione dei suoi interessi, è situato in tale altro Stato membro.”

Secondo aspetto deciso, *inter alia*, dalla sentenza *Eurofood*, riguarda il caso specifico dei gruppi di società, per cui, come detto, la presunzione di coincidenza tra Comi e sede statutaria non può essere superata per il mero fatto che una società madre, situata in un altro Stato membro, abbia il controllo della gestione della società (figlia) debitrice ⁽⁴⁾. Altresì evidente, mi pare, però, la scarsa presa di tale interpretazione sui giudici dei singoli Stati membri, che hanno tendenzialmente continuato ad applicare *l'head office approach* aggirando il *dictum* della Corte di Giustizia.

Con intento comparatistico, è interessante esaminare l'approccio di alcune pronunce di area *common law* in relazione alla nozione di Comi. Il medesimo concetto, a fini di giurisdizione, infatti, si ritrova nell'*UNCITRAL Model Law on Cross-Border*

²⁾ *Eurofood*, cit.

³⁾ *Interdil*, cit.

⁴⁾ Nel caso di una società madre e della sua controllata aventi le rispettive sedi statutarie in due diversi Stati membri, l'elemento determinante per identificare il centro degli interessi principali della controllata: “esiste una specifica competenza giurisdizionale per ciascun debitore costituente un'entità giuridicamente distinta”. Cfr *Eurofood*, cit., p. 30.

Insolvency.

Esemplari sono due casi citati da un importante autore ⁽⁵⁾ al fine di testare la tenuta “globale” del concetto di Comi.

Innanzitutto il caso *Stanford*, ⁽⁶⁾ ove in via preliminare si è chiesto alla *Court of Appeal* se il significato di Comi fosse il medesimo nel *UNCITRAL Model Law* e nel regolamento (CE) n. 1346 del 2000. I giudici hanno confermato tale coincidenza. Quanto alla seconda questione, ovvero dove fosse collocato il Comi, i giudici hanno affermato che, con riferimento ad entrambe le norme, bisognasse fare riferimento a quanto stabilito nel *Eurofood Case*.

La fattispecie riguardava una questione tra *liquidators* delle *British Virgin Islands*, il luogo di registrazione, e *receivers* negli Stati Uniti, dove i presunti debitori (fraudolenti) avevano vissuto e operato. La società debitrice aveva il suo quartier generale nelle *British Virgin Islands*, ma, si affermava, la società, in realtà, era gestita ed amministrata negli Stati Uniti.

La *Court of appeal* ha rilevato che le *British Virgin Islands* costituivano il Comi “riconoscibile” da terzi, e si è basata sulla presunzione relativa alla sede legale e sulla mancanza di prova dell’esistenza di fatti oggettivi o riconoscibili da parte di terzi che potessero far deporre per un Comi statunitense.

Il secondo caso *Re Kaupthing Capital Partners* ⁽⁷⁾ concerneva una società a responsabilità limitata partner di un gruppo, registrata nell’isola di Guernsey con personalità giuridica separata, secondo la legge di tale stato. Sebbene l’Isola di Guernsey non faccia parte dell’Unione Europea e, dunque, non sia applicabile al caso il regolamento n. 1346 del 2000, secondo la legge inglese una procedura di *administration* può essere aperta nei confronti di una società registrata all’estero con personalità giuridica separata se la medesima società ha la sede legale all’interno di uno degli Stati membri oppure ivi si trova, eccezion fatta per la Danimarca, il suo Comi.

I curatori erano stati nominati circa 18 mesi prima, e la questione riguardava il quesito

⁵⁾ MOSS, *Jurisdiction Issues*, in *The future of the European Insolvency Regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam – The Netherlands, p. 35, reperibile sul sito www.eir-reform.eu.

⁶⁾ In the case of *Re Stanford International Bank Limited (in Liquidation)* [2010] EWCA Civ 137, reperibile sul sito www.insolvencyforum.co.uk.

⁷⁾ *Re Kaupthing Capital Partners* [2010] EWHC 836 (Ch).

se il Comi dovesse essere individuato in Inghilterra, oppure nell'Isola di *Guernsey*, dal momento che mentre quest'ultima è uno stato straniero, il Regno Unito è, invece, uno Stato membro. Il giudice ha ritenuto che, considerato come, per quanto a conoscenza dei creditori, le scelte operative della società erano determinate a Londra, anche se le attività pratiche erano state effettuate da altre società del gruppo incaricate dal debitore, il Comi dovesse essere individuato in Inghilterra. Alla collocazione della sede legale del debitore nell'Isola di *Guernsey* è stato, dunque, attribuito meno valore del luogo in cui i creditori inviavano le loro fatture.

Il controllo delle società collegate, in tali casi, è stato ritenuto elemento fondamentale ed effettivo per la localizzazione del Comi.

Il test dell'*head office*, al fine di verificare se la presunzione di coincidenza della sede legale con il Comi è stata superata, ha continuato ad essere criterio applicato dalla giurisprudenza degli Stati membri fino alla decisione *Eurofood*. Osservando come un certo grado di confusione definitoria permanga, e in ottica migliorativa, è stato riproposto, per quanto riguarda le società e le persone giuridiche, la definizione, già avanzata nel 2005 ⁽⁸⁾, di un nuovo art. 3, par. 1, così formulato: "Il centro degli interessi principali, ai sensi dell'art. 3, par. 1, è da individuarsi, nel caso di società e persone giuridiche, nel luogo in cui si trova la sede legale. Se l'attività operativa del debitore è svolta in un altro Stato membro ed è riconoscibile dai creditori quale luogo in cui tale attività operativa è posta in essere, il Comi deve essere individuato in tale Stato membro.

L'autore propone, anche in relazione al Comi di persone fisiche, una definizione meglio circostanziata: "Il centro degli interessi principali del debitore, ai fini di cui all'articolo 3, par. 1, si intende, nel caso di persona fisica, il luogo di residenza abituale, eccetto che nel caso di attività professionale, ove tale centro deve individuarsi nella sede principale del professionista o nel luogo in cui la professione è principalmente esercitata e nel caso di una persona fisica che svolge un'attività in proprio, il luogo in cui tale attività è svolta in via esclusiva o principale."

⁸⁾ MOSS-PAULUS, *The European Insolvency Regulation-The case for urgent reform*, 31 agosto 2005, reperibile sul sito www.eir-reform.eu, p. 1 ss. Si rimanda a tale testo anche per un esame dei principali casi giurisprudenziali.

Altro aspetto generale sul quale la più recente dottrina si è soffermata, al fine di trarre, ove possibile, alcune conclusioni, è il problema c.d. del *Comi shopping*.

Una delle principali ragioni che hanno portato all'introduzione, negli intenti, del regolamento n. 1346 del 2000, è stata l'intenzione di impedire fenomeni di *forum shopping* nell'ambito dell'insolvenza⁹⁾, come previsto dal considerando n. 4.

E' stato osservato, però, come da un punto di vista retrospettivo, questa espressa dichiarazione non abbia fatto altro che richiamare l'attenzione sull'attrattività del fenomeno, progressivamente aumentata nel corso dei dieci anni di applicazione del regolamento¹⁰⁾.

Una simile constatazione di fatto, richiede un'analisi più approfondita e porta a chiedersi sino a che punto ed entro quali limiti, il *forum shopping* nel campo dell'insolvenza sia da ritenersi un fenomeno negativo, globalmente considerato.

Secondo alcuni, ad esempio, la ricerca del foro più conveniente, qualora si legga l'aggettivo in termini "efficientisti", ha incoraggiato i legislatori dei singoli Stati membri a chiedersi la ragione di simili "migrazioni" in altri Stati, creando, in sostanza, una sorta di mercato interno dell'eccellenza normativa¹¹⁾. La risposta è stata, da parte di alcuni Stati, ma non tutti, il rapido aggiornamento delle norme domestiche in materia di insolvenza¹²⁾ ed, a livello generale, un miglioramento ed una modernizzazione dell'intero sistema europeo dell'insolvenza.

Se uno degli effetti diretti del fenomeno è quello di migliorare i sistemi nazionali dell'insolvenza, il *forum shopping* non deve, allora, essere condannato in modo troppo automatico. In un'ottica di buon funzionamento del sistema, infatti, il presupposto fondamentale è che le singole leggi nazionali siano in grado di rispondere adeguatamente alle necessità di efficienza e speditezza delle procedure eventualmente

⁹⁾ Ai sensi del considerando n. 4: "E' necessario, per un buon funzionamento del mercato interno, dissuadere le parti dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato ad un altro al fine di ottenere una migliore situazione giuridica ("*forum shopping*").

¹⁰⁾ PAULUS, *A vision of the European insolvency Law*, reperibile sul sito www.iiiiglobal.org, p. 5.; TAYLOR, *Main, secondary proceedings and Groups*, in *The future of the European Insolvency Regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam – The Netherlands, p. 42, reperibile sul sito www.eir-reform.eu.

¹¹⁾ TAYLOR, *op. cit.*, p. 42.

¹²⁾ E' il caso, già analizzato ed approfondito nel cap. 2 del presente lavoro, della Spagna e della Germania, del Belgio, dei Paesi Bassi. Non lo stesso si può dire in riferimento all'Italia che, seppure coinvolta nell'ultimo decennio da diverse riforme, non pare aver dato alcuna attenzione al problema dell'insolvenza transfrontaliera.

aperte.

Si è osservato, ad esempio, che laddove le norme nazionali ostacolano il perfezionamento di una operazione di vendita globale dell'attività decotta, in termini efficienti, e permettano solo la vendita di beni per mezzo di una liquidazione frammentaria, con appesantimenti processuali non necessari, il sistema manca l'obiettivo. Per questo motivo gli Stati membri dovrebbero essere spinti a continuare nel processo di miglioramento delle norme sostanziali domestiche sull'insolvenza, con particolare attenzione all'area riguardante le procedure di risanamento, proprio al fine di aumentare, a livello globale, le *chances* di recupero delle attività. ⁽¹³⁾

Se i singoli Stati Membri fossero, a livello globale, reattivi nell'aggiornamento delle proprie norme rispetto alle esigenze emerse a livello europeo, anche la necessità di armonizzazione delle leggi in materia si ridimensionerebbe: non servono, in altre parole, procedure tutte uguali, quanto, piuttosto leggi anche diverse, ma ben rispondenti alle esigenze del diritto concorsuale. Soltanto ove le singole norme nazionali restino inadeguate l'armonizzazione recupererebbe la propria funzione di chiusura del sistema, con il rischio di appiattare le normative interne ed impedire, di fatto, un continuo progresso della materia.

Ecco che, allora, il pericolo di *forum shopping* che il considerando n. 4 vuole evitare deve essere meglio circostanziato, e ristretto alle ipotesi che si caratterizzano per un'intenzione fraudolenta nello spostamento del centro degli interessi principali immediatamente prima, oppure durante l'insolvenza.

4.2.2 *Sul problema dei gruppi di società*

Una recente dottrina, nell'ottica di migliorare la capacità del regolamento (CE) n. 1346/2000 di risanare imprese multinazionali in crisi, propone che nell'ambito dei gruppi di società venga nominato un curatore unico ⁽¹⁴⁾, con il compito di occuparsi

¹³⁾ TOLLENAAR, *Proposals for reform: improving the ability under the European Insolvency Regulation to rescue multinational enterprises*, in *The future of the European Insolvency Regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam – The Netherlands, p. 57, reperibile sul sito www.eir-reform.eu.

¹⁴⁾ TOLLENAAR, *op.cit.*, p. 57. FLANNERY, *Shortcoming and proposals for reform*, in *The future of the European Insolvency Regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam – The Netherlands, p. 106, reperibile sul

della procedura di insolvenza in ogni suo aspetto.

E' noto come manchi una disciplina dei gruppi di società nel regolamento n. 1346 del 2000 e come, di conseguenza, non sia prevista alcuna forma di coordinamento tra procedure aperte nei confronti di diverse società debtrici afferenti al medesimo gruppo di società.

Tale dottrina parte dal presupposto che, per preservare il valore di un gruppo di società nel suo complesso, è necessaria una decisa centralizzazione del controllo sulle diverse procedure che coinvolgono le società insolventi del gruppo. Ciò in quanto, di norma, il gruppo di società preserva il suo valore, nell'ottica di una vendita in blocco, se considerato globalmente piuttosto che in base alle singole società di cui è composto. Peraltro, si osserva come il metodo migliore per recuperare un'attività e preservarne il valore, è procedere, ove possibile, ad una celere procedura di vendita. In tal senso, un primo requisito per salvare l'impresa multinazionale nel suo complesso attraverso una procedura di vendita, è la possibilità di vendere tutte le attività rilevanti, collocate in diversi Stati membri (e disciplinate secondo diverse giurisdizioni e leggi applicabili) contemporaneamente e nell'ambito della stessa operazione transattiva.

E' evidente che ogni società figlia avrà il proprio Comi in diversi Stati membri e dunque in diverse giurisdizioni ⁽¹⁵⁾. Applicare separatamente le norme del regolamento a ciascuna società del gruppo significa, come già approfondito, instaurare tante procedure quante sono le società del gruppo, ciascuna con la nomina di un diverso curatore. Il dato che rende complesso, se non impossibile, il raggiungimento di una transazione soddisfacente, in tempi ristretti e che tenga conto di tutte la attività facenti parte del gruppo, secondo un autore ⁽¹⁶⁾, è proprio la difficoltà di coordinare l'attività dei diversi curatori nominati in ciascuna procedura relativa alle società del gruppo. Senza contare che un potenziale investitore ha bisogno d'interloquire con un unico soggetto di riferimento, con la certezza che quest'ultimo ha il potere di negoziare in riferimento a

sito www.eir-reform.eu; ASIMACOULOPOULOS, *The insolvency and restructuring of Corporate Groups*, in *The future of the European Insolvency Regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam – The Netherlands, p. 48, reperibile sul sito www.eir-reform.eu. TAYLOR, *Main, Secondary Proceedings and Groups*, in *The future of the European Insolvency Regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam – The Netherlands, p. 42 ss., reperibile sul sito www.eir-reform.eu.

¹⁵⁾ Circostanza questa ritenuta non by-passabile dalla pronuncia *Eurofood*, cit., p. 30.

¹⁶⁾ TOLLENAAR, *op. cit.*, p. 58.

tutte le attività del gruppo in tutti gli Stati membri nei quali sia collocato il Comi delle società del gruppo.

Il problema pratico è stato bypassato da alcune giurisprudenze mediante il ricorso al c.d. “*Group Comi approach*” ove si è argomentato che il Comi delle società figlie fosse situato nella medesima giurisdizione della società madre. Con elaborazioni più o meno strumentali, si è riuscito a creare un singolo foro per l’apertura della procedura principale d’insolvenza in riferimento a tutte le società del gruppo nelle diverse giurisdizioni, con la nomina di un unico stesso curatore in tutte le procedure.

Il “*Group Comi approach*” può però ugualmente creare inconvenienti, poiché argomentare che il Comi delle società figlie è situato in un luogo diverso da quello in cui vengono svolte le attività a livello “locale”, significa lasciare aperto lo spazio per l’apertura di procedure territoriali proprio in tali Stati membri, ove sono situate dipendenze, con la conseguenza di ritrovare i medesimi problemi di perdita di controllo da parte del curatore della procedura principale che si vorrebbero evitare con la attrazione del centro degli interessi principali in un’unica giurisdizione.

A dimostrazione di tale assunto, il dato pratico che il *Group Comi approach* è quasi sempre combinato con l’elaborazione di strategie per respingere l’apertura di procedure secondarie nel periodo di tempo necessario per tentare una transazione o un accordo per il salvataggio del gruppo, con un’evidente forzatura del dato letterale della norma al fine di raggiungere gli interessi del gruppo.

La soluzione a questa serie di inconvenienti sarebbe, dunque, secondo l’autore ⁽¹⁷⁾, l’introduzione nel regolamento, qualora si tratti di gruppi di società, della figura del “curatore di gruppo”: ciò permetterebbe infatti la nomina di un unico soggetto destinato ad interagire nella procedura principale così come nelle ulteriori procedure secondarie di tutte le società del gruppo, superando la gran parte dei problemi sopra individuati.

IN effetti, una simile soluzione rappresenterebbe un modo efficace per centralizzare tutti gli sforzi finalizzati al salvataggio del gruppo nel suo insieme, e per coordinare tutte le procedure aperte nei confronti delle varie società debitorie, senza dover ricorrere alle forzature del “*Group Comi Approach*”. Problema fondamentale è rappresentato

¹⁷⁾ TOLLENAAR, *op. cit.*, p. 58.

però dal fatto che il curatore nominato deve agire in giurisdizioni straniere diverse. Le leggi nazionali non sempre permettono la nomina di soggetti stranieri in procedure interne. Questo dovrebbe essere specificamente previsto nel regolamento. Peraltro, il curatore nominato non può avere conoscenza di tutte le leggi nazionali sull'insolvenza degli Stati membri eventualmente coinvolti. La proposta comprende la previsione che il curatore venga affiancato da un co-curatore che può essere nominato in procedure secondarie locali. Naturalmente il curatore di gruppo avrebbe il controllo finale nell'ambito della procedura secondaria, salvo nei casi in cui vi sia un evidente conflitto di interessi.

E' stato evidenziato come non si tratti di nulla di rivoluzionario. Questo è il sistema previsto dall'*UNCITRAL Model law on cross border insolvency*. Il rappresentante estero, quando agisce in un altro Stato, non applica la propria legge ma, con l'aiuto di un consulente, la legge del luogo in cui agisce. In ambito *UNCITRAL* si è anche proposto di permettere allo stesso curatore di essere nominato nella procedura del gruppo in tutte le varie giurisdizioni come metodo per agire nelle insolvenze dei gruppi transnazionali.

L'idea è stata testata nella pratica, con successo, nel caso *Collins & Aikman*,⁽¹⁸⁾ ove ventiquattro società facenti parte del *Collins & Aikman Corporation Group*, a seguito del fallimento del ramo statunitense del gruppo, si sono rivolte al giudice inglese per ottenere *un administration order*. Tali società, complessivamente, erano registrate in diversa misura in Lussemburgo, Spagna, Italia, Belgio, Austria, Gran Bretagna, Germania, Svezia, Olanda, Repubblica Ceca⁽¹⁹⁾. Erano fortissimi i rischi di una frammentazione globale delle diverse attività del gruppo. Il giudice inglese ha attratto sotto la sua giurisdizione tutte le ventiquattro società, utilizzando non tanto la presunzione che il Comi coincidesse quello della casa madre, che si trovava negli USA,

¹⁸⁾ *High Court of Justice (Chancery Division)*, 9 giugno 2006, *Collins & Aikman Corporation Group*, consultabile nel sito del British and Irish Legal Institute, <http://www.bailii.org/>. Per un commento, MOSS, *Case Study on Secondary Bankruptcies*, in atti del convegno *European Insolvency Law in Practice*, Treviri, 18-20 Set 2006 consultabile sul sito http://www.era.int/web/it/html/nodes_main/4_2127_474/Archives/conferences_2006/5_1796_2091/5_23_32_3059.htm.

¹⁹⁾ Vedi vicenda *Eurotunnel*, *Tribunal de commerce* di Parigi, 2 agosto 2006, *Eurotunnel plc and Eurotunnel S.A. and associated companies*, in <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechJuriJudi.do>.

quanto localizzando il nucleo del *management* europeo nel Regno Unito, Stato sede della *Collins & Aikman Holdings Ltd.* Tale attrazione era finalizzata a realizzare una strategia unitaria di coordinamento dell'amministrazione del patrimonio. Infatti, la riunione dei procedimenti ha implicato la nomina di curatori comuni o dello stesso curatore per le diverse procedure riguardanti patrimoni separati. ⁽²⁰⁾

Tale gestione unica, però, sarebbe stata vanificata in ipotesi di apertura di una o più procedure secondarie. Il rischio in tal senso (altrimenti assai probabile, stante il fatto che le sedi europee delle società interessate non potevano in alcun modo qualificarsi come fittizie) ⁽²¹⁾, è stato evitato tramite un accordo tra i diversi creditori delle società del gruppo.

Dietro a tale strategia ed al raggiungimento di un simile accordo erano, ovviamente, gli *administrators* delle diverse società del gruppo in un'ottica di "scambio" ⁽²²⁾.

Secondo interessante dottrina ⁽²³⁾, in caso di gruppi di società, è necessario evitare è il rischio di una eccessiva estensione del Comi ⁽²⁴⁾, soprattutto laddove la procedura abbia come fine il risanamento dell'impresa, scelta questa "di tendenza" nel panorama europeo, preferibile rispetto alla liquidazione.

Il presupposto da cui parte l'analisi è il dato che nel *business* moderno ci si trova sempre più spesso di fronte a società *holding* titolari di azioni in società operative in specifiche giurisdizioni. Ogni società figlia viene solitamente registrata nel paese in cui vengono effettuate le operazioni specifiche cui questa è preposta, mentre la sede della

²⁰⁾ *Collins & Aikman Holdings Ltd.*

²¹⁾ L'apertura di procedure di insolvenza secondarie, in effetti, vanificherebbe gli sforzi di mantenere unitaria la procedura del gruppo. TOLLENAAR, *op.cit.*, p. 53, evidenzia come le strategie per prevenire anche solo temporaneamente l'apertura di procedure secondarie includono 1) assicurare i creditori sul fatto che il calcolo delle somme spettanti a questi verranno calcolate come se tali procedure secondarie fossero state aperte; 2) dichiarare l'intenzione, con la richiesta di apertura di una procedura principale, di richiedere l'apertura di procedure secondarie non appena assicurato un piano di risanamento dell'attività del gruppo.

²²⁾ Pur di evitare l'apertura di procedure secondarie e di far "tenere il sistema" gli *administrators* di sono impegnati con i vari creditori delle società del gruppo a rispettare l'ordine dei privilegi previsti dalle leggi domestiche di riferimento, come se si trattasse di una procedura secondaria. L'ostacolo rappresentato dal dettato dell'art. 4 del regolamento, che impone l'applicazione della legge del luogo di apertura della procedura è stata aggirata ricorrendo ad un particolare istituto della legge inglese secondo cui il giudice è autorizzato a decidere secondo equità. L'accordo così raggiunto è stato approvato all'unanimità dal comitato dei creditori. Cfr Sentenza, punti. 41 ss. VAN GALEN, *The European Insolvency Regulation and Groups of Companies*, consultabile sul sito www.iiiglobal.org, 2003, pp. 13 ss.

²³⁾ TAYLOR, *op. cit.*, p. 44.

²⁴⁾ TAYLOR, *op. cit.*, p. 44.

società madre normalmente è individuata secondo scelte di strategia (migliore struttura finanziaria e più conveniente pianificazione fiscale).

Per tale dottrina, questo tipo d'impostazione costituisce il riconoscimento, basilare nei sistemi imprenditoriali moderni, del diritto del *management* di una società di "spalmare" i rischi connessi all'attività di impresa sulle varie società del gruppo, sebbene questo comporti un aumento del costo del capitale.

Quando una simile impostazione entra, per così dire, in una fase patologica, le varianti sono molte e i tentativi di manipolazione del Comi non sempre raggiungono un risultato in termini di efficienza della procedura.

Un riferimento, in relazione a tali "tentativi" di manipolazione del Comi è il recente caso *Brochier* ⁽²⁵⁾.

La *Hans Brochier GmbH & Co KG*, con sede sociale e attività principali a Norimberga, trasferiva tutti i propri *assets* alla *Hans Brochier Holding Ltd*, inglese, costituita in Inghilterra. In seguito all'insolvenza della società, su istanza di un dipendente, il Tribunale di Norimberga apriva una procedura concorsuale ignorando che il medesimo giorno una medesima procedura concorsuale era già stata aperta da un tribunale inglese. Il Tribunale tedesco, venuto a conoscenza di tale precedente apertura, si rifiutava di riconoscere la decisione inglese. La *High Court* inglese, effettuata una valutazione più completa delle attività della società, riconosceva che la società *Limited* oggetto di procedura concorsuale nient'altro era che una semplice *letterbox company*, e confermava la collocazione del Comi in Germania, annullando la precedente decisione di apertura ⁽²⁶⁾.

Il giudice inglese, nel pervenire a tale decisione, ha riconosciuto che la *Brochier* aveva dipendenti in Germania, i suoi stabilimenti si trovavano in Germania, i conti correnti erano presso banche tedesche così come in Germania erano collocati i creditori ed i clienti. Il trasferimento in Inghilterra era da considerarsi dunque solo fittizio ⁽²⁷⁾.

I giudici non si sono fermati a tale assunto, ma hanno aggiunto che a una società formalmente inglese, ma sostanzialmente tedesca, l'applicazione del diritto inglese

²⁵⁾ MUCCIARELLI F. M., *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 341, 2010, p. 215 ss.

²⁶⁾ *High Court Chancery Division, Hans Brochier Holding Ltd v. Exner "Brochier"*, 2006, EWHC, 2594

²⁷⁾ *Brochier*, punti, 25-26.

sarebbe pressochè impossibile e molto costoso, perchè tutti i contratti sono in tedesco e retti dal diritto tedesco, perchè i lavoratori sono soggetti alla contrattazione collettiva ed alla sicurezza sociale tedesche perchè tutta la documentazione si trova a Norimberga, e non a Londra ⁽²⁸⁾.

La pronuncia, oltre a contenere un interessante caso di rinuncia alla giurisdizione ⁽²⁹⁾ dimostra quanto sia difficile operare un trasferimento del Comi di società controllate e di come ogni beneficio sia tendenzialmente annullato dall'inevitabile apertura, a livello territoriale di procedure secondarie. In effetti, se la sentenza *Eurofood* ha chiarito il *gap* regolamentare in materia di gruppi di società nell'aspetto riguardante l'ipotesi in cui il Comi di una società controllata sia coincidente a quello della sede legale della società madre, non ha considerato il caso, più frequente, in cui si verifichi il contrario: il Comi della società madre sia la sede legale di una società figlia "operativa".

Si è osservato ⁽³⁰⁾ come nella gran parte delle ristrutturazioni societarie grande attenzione e grandi sforzi vengano concentrati nel limitare il più possibile il numero di società che ricorrono all'apertura di procedure e, laddove possibile, limitarne il numero a quelle società che non abbiano funzioni di tipo operativo. La ragione è di natura pratica. Questo tipo di società tendono ad avere spesso creditori rappresentati da soggetti finanziatori, le cui priorità sono ben diverse da quelle dei dipendenti o dei fornitori della società e possono dunque offrire una maggiore flessibilità, oltre che un'analisi più distaccata, nella ricerca di possibili soluzioni.

Ebbene in queste situazioni, le probabilità di risanamento di un gruppo di società, si basa anche sulla capacità di convincere i soggetti che interagiscono con una società figlia (fornitori, clienti, consumatori) che quest'ultima continua a "funzionare" nonostante i problemi della società controllante.

In questo senso la possibilità di ricorrere ad una procedura "di gruppo" può rendere la finalità di cui sopra molto difficile da raggiungere, con il rischio ulteriore che rientrino dell'insolvenza, in modo generalizzato e senza le dovute precauzioni, tutte le società del gruppo, con grandi perdite in termini di licenziamenti e produttività.

²⁸⁾ *Brochier*, punto 30.

²⁹⁾ MUCCIARELLI, *op. cit.*, p. 216.

³⁰⁾ TAYLOR, *ibidem*.

La questione dei gruppi di società, dunque, è argomento che deve essere trattato con delicatezza poichè una legislazione troppo frettolosa potrebbe portare danni collaterali. Per tale motivo, la dottrina qui in esame propende per l'elaborazione ed il miglioramento (³¹), da parte degli addetti ai lavori, di linee guida di cui tenere conto piuttosto che l'imposizione, in una materia così variegata, di una *pan-european legislation* che potrebbe avere effetti collaterali non controllabili.

Il problema del coordinamento tra procedure di insolvenza di società appartenenti allo stesso gruppo, o meglio, dell'assenza di previsioni in materia, si ingigantisce ulteriormente, peraltro, nell'ipotesi in cui l'interesse dominante nell'ambito della procedura di insolvenza sia quello di vendere "in blocco" l'insieme delle attività svolte e dei beni posseduti dalle diverse società poichè questi sono connesse in maniera tale che la frammentazione del processo di vendita potrebbe comportare una considerevole perdita di valore dei beni medesimi. Solo una gestione coordinata delle procedure, ed una stretta comunicazione fra gli organi delle medesime (³²) può in questi casi, assicurare *chances* di successo nella ristrutturazione del gruppo. (³³)

Un caso lampante è quello riguardante la procedura che ha coinvolto il gruppo *KPNQwest* (³⁴). Il gruppo era proprietario di un sistema proprietario di cavi, compreso quello che passava in forma anulare attraverso Germania, Francia, Belgio e Olanda. La

³¹) WESSELS-VIRGOS, *European communication and Cooperation Guidelines For Cross-border Insolvency, Insol Europe*, 2007

³²) Sul punto Trib. Monza 16 novembre 2007, ord., est. Paluchowski, proc. Nylstar, ined., citata in CORNO, *Misure di chiusura delle procedure di insolvenza alternative alla liquidazione. La disciplina comunitaria*, in *Il fall.*, 3, 2009, p. 263. Nell'ambito di una insolvenza transfrontaliera di gruppo, ha affermato la propria disponibilità alla cooperazione, mantenendo l'impegno a fornire informazioni disponibili che non danneggino la propria procedura; a rendere ostensibili informazioni ricevute per via istituzionale da altre procedure, ove non dichiarate riservate; a rendere indirettamente ostensibile ogni informazione che faccia parte dell'iter decisionale di un atto che la legge obbliga a depositare e documentare ai fini di trasparenza; con riserva di negare informazioni e accesso alle stesse ove documentabile situazione di conflitto di interessi attuale tra richiedente e massa degli altri creditori nonché altra procedure pendente in altro Stato. Per un interessante caso di comunicazione fra organi giudiziari, in una fase precedente l'apertura delle procedure di insolvenza, vedasi PAULUS, *The aftermath of "Eurofood" – BenQ Holding Bv and the Deficiencies of the ECJ Decision, Insolvency Intelligence* 2008, vol. 20, 85; WESSELS, *BenQ Mobile Holding BV Battlefield Leaves Important Questions Unresolved, Insolvency Intelligence* 2008, vol. 20, 103.

³³) RAINEY, *The European Insolvency Regulation and the Treatment of Group Companies: An Analysis*, 2006 in *International Corporate Rescue* 322, p. 324.

³⁴) Con riguardo al caso del gruppo di società facenti capo alla *KPNQwest BV*, v. VAN GALEN, *The European Insolvency Regulation and Group of Companies*, Insol Europe Annual Conference, Cork, Ireland, October 16 – 18, 2003, in www.iiiglobal.org.

porzione di anello in ognuno di questi Paesi era posseduta da una sussidiaria registrata in quel Paese. Quando la sussidiaria olandese fu dichiarata insolvente, molte delle altre società sussidiarie furono a loro volta, a catena, dichiarate insolventi. L'impossibilità per il curatore olandese di esercitare effettivamente i propri poteri nell'ambito delle procedure di insolvenza aperte negli altri Stati membri comportò molte difficoltà nel coordinamento delle operazioni di vendita dell'intero anello. Il gruppo subì in sostanza un processo di "disintegrazione" nella sua fase patologica, e le operazioni di vendita delle singole società furono molto più lente, macchinose e costose di quanto non sarebbe stato se l'impresa fosse stata venduta in blocco. Ciò con evidenti danni per tutti i creditori complessivamente considerati e con una gestione, nel complesso, inefficiente, dell'insolvenza del gruppo stesso.

Al fine di evitare questo genere di situazioni è stato proposto di inserire un sistema, nel regolamento (CE) n. 1346/2000 che regoli la disciplina del gruppi nel caso, generale, in cui la società madre e una o più sussidiarie siano state dichiarate insolventi. Secondo tale sistema, il curatore della società madre dovrebbe avere poteri di coordinamento in riferimento alle procedure aperte nei confronti di tali società sussidiarie e la possibilità di coordinare la vendita delle attività delle società sopraccitate ⁽³⁵⁾.

Nel caso in cui sia stata avviata una procedura di gruppo, il medesimo autore ventila l'opportunità di prevedere la possibilità di proporre un piano di riorganizzazione del gruppo. I creditori delle società del gruppo coinvolti nel piano di organizzazioni dovrebbero essere suddivisi in classi separate e sulla base di tale classificazione esercitare il proprio voto sul piano di riorganizzazione proposto. Il giudice della procedura principale di insolvenza della società capogruppo dovrebbe avere il potere di applicare delle disposizioni che "rassicurino" i creditori coinvolti in tale piano, nel senso di assicurare una soddisfazione maggiore di quanto avrebbero ottenuto se la società in questione fosse stata liquidata, ed un trattamento "*not unfairly*" rispetto agli altri creditori, tenendo conto delle rispettive posizioni creditorie.

³⁵⁾ VAN GALEN, *The European Insolvency Regulation and Groups of Companies*, consultabile sul sito www.iiiglobal.org, 2003.

4.2.2.1. L'ipotesi di substantive consolidation per affrontare il problema dei gruppi di società

Con riferimento specifico ai gruppi di società, alcuni autori hanno proposto un meccanismo di superamento della personalità giuridica, tipico dell'esperienza statunitense. Si tratta di un modello particolarmente complesso (c.d. *lifting the veil theory*) che prevede, in ipotesi di fallimento, la confusione dei patrimoni delle società del gruppo ⁽³⁶⁾. Il sistema esistente, consacrato dalla pronuncia *Eurofood* ⁽³⁷⁾ e dal paragrafo 76 del *Report Virgos-Schmit* ⁽³⁸⁾, prevede però che il Comi debba essere individuato in riferimento a ciascuna delle entità del gruppo, aventi personalità giuridica in modo separato senza la possibilità, nell'attuale impianto, di introdurre il concetto di *substantive consolidation* a livello comunitario superando lo schema della personalità giuridica.

Secondo un autore ⁽³⁹⁾ il sistema della *substantive consolidation*, non è un linguaggio appropriato in riferimento alla giurisdizione in materia di gruppi di società.

La separata personalità giuridica di ciascuna società del gruppo, infatti, ha una funzione economica fondamentale e merita di essere rispettata. Ipotesi di "consolidamento", pertanto, possono essere configurate solo in casi del tutto eccezionali, in cui i beni e le attività delle diverse società del gruppo sono talmente interconnesse da non poter essere in alcun modo separate.

Altro autore ⁽⁴⁰⁾ concorda nel senso di limitare i casi in cui è possibile tale confusione

³⁶⁾ C.d. "substantive consolidation", su cui SARRA, *Oversight and financing of cross-border Business Enterprise Group Insolvency Proceedings*, in *Texas International Law Journal*, 2009, pp. 547 ss., reperibile sul sito: http://tilj.org/docs/Sarra_44_Tex_Intl_L.J_547.pdf, pp. 566 ss.; ESTEBAN DE LA ROSA, *Repercusión de la insolvencia patrimonial de la sociedades dependientes en los grupos internacionales de sociedades*, in *Anuario español de derecho internacional privado*, 2003, p. 172. In Francia, MENJUCQ M., *Les groupes de sociétés*, in JAULT-SESEKE-ROBIN (ed.), *L'effet international de la faillite: une réalité?*, Paris, 2004, pp. 165 ss.; MATOUSEKOVA, *Les réponses du droit international privé à la faillite des groupes internationaux de sociétés: analyse comparative des jurisprudences française et anglaise*, in *Revue de droit des affaires internationales*, 2008, pp. 141 ss.

³⁷⁾ *Eurofood*, *op. cit.*

³⁸⁾ REPORT VIRGOS-SCHMIT, punto 76, per cui "The convention offers no rule for groups of affiliated companies (parent-subsidiary schemes). The general rule to open or to consolidate insolvency proceedings against any of the related companies as a principal or jointly liable debtor is that jurisdiction must exist according to the Convention for each of the concerned debtors with a separate legal entity."

³⁹⁾ TOLLENAAR, *cit.*, p. 57.

⁴⁰⁾ TAYLOR, *cit.*, p. 45; vedi anche VAN GALEN, *The European Insolvency Regulation and Groups of Companies*, consultabile sul sito www.iiiglobal.org, 2003. Secondo l'autore, per i casi in cui la struttura del gruppo è talmente articolata che non è possibile discernere le attività o imprese del gruppo coinvolte

alle ipotesi in cui le attività di due o più persone giuridiche, in diverse giurisdizioni, siano così coagulate tra loro che non è possibile individuare quali siano le attività e chi siano i creditori di ciascuna di esse. Si rivela però più possibilista laddove sostiene l'utilità di una legislazione che, in presenza di un alto grado di prova, faciliti tale *consolidation* in un'unica procedura basata sul Comi principale delle società connesse tra loro. Si sottolineano, poi, rari casi di procedure in cui la minaccia è costituita dal completo *melt-down* della gran parte delle società facenti parte di un gruppo aventi la loro sede in diversi Stati membri ⁽⁴¹⁾. Esempio, il caso *Lehman Brother*, ove però, mantenendo l'individualità di ciascuna delle società del gruppo, si è assicurato il coordinamento tra le insolvenze mediante la formulazione di un apposito protocollo ⁽⁴²⁾. Peraltro, una definizione di Comi di gruppo, per cui tutte le società afferenti al gruppo condividono il loro centro degli interessi principali con quello della società capogruppo potrebbe avere dei vantaggi. Il medesimo curatore, ad esempio, potrebbe essere nominato in tutte le procedure del gruppo.

Ulteriore vantaggio di una simile definizione "cumulativa", poi, sarebbe il coinvolgimento nella procedura non solo di un unico curatore, ma anche di un unico giudice. Inoltre, il curatore nominato, in linea generale sarebbe tenuto, nel gestire la riorganizzazione del *business* complessivo del gruppo, a seguire un'unica procedura, secondo un'unica legge applicabile, invece che dover applicare tante procedure quante sono le giurisdizioni coinvolte.

A ben vedere, però, l'ideazione, non priva di "storture" giuridiche, di un sistema unico dell'insolvenza di gruppo, se affascinante sulla carta, non pare in grado di risolvere il problema della "frammentazione" delle procedure. La possibilità, prevista dal regolamento, di aprire tante procedure secondarie quante sono le dipendenze della

nella procedura di insolvenza, ci dovrebbe essere un meccanismo di *consolidation*. La decisione sulla necessità o meno di fondere le procedure di insolvenza della società madre e delle sussidiarie deve essere presa dai giudici della procedura principale delle società sussidiarie, mentre il giudice della procedura principale della capogruppo deve supervisionare le procedure consolidate delle società sussidiarie.

⁴¹⁾ TAYLOR, *ibidem*.

⁴²⁾ *Eurofenix* Spring 2009, p.10 in <http://www.insol-europe.org/publications/>, da cui risulta riferisce che le Guidelines sono state usate nel caso del fallimento del gruppo Lehman Brothers, che ha interessato più di 70 procedure e 16 curatori. Il protocollo Lehman Brothers, concluso nel febbraio 2009, contiene riferimento ad esse, alle Guidelines dell'American Law Institute del 2001 (consultabili all'indirizzo <http://www.iiiiglobal.org/international/guidelines.html>, anche nella versione italiana).

società, infatti, riporterebbe l'intero sistema, per altra via, proprio all'effetto che si vuole evitare, con una moltiplicazione di procedure secondarie in altri Stati membri, secondo la giurisdizione di quegli Stati e secondo quella legge applicabile.

Medesime sarebbero dunque le necessità di coordinamento tra i diversi giudici coinvolti, a livello principale e secondario, nell'insolvenza, e medesimi i problemi dovuti all'applicazione di diverse leggi nazionali.

Simili vantaggi, dunque, si rivelano più teorici che pratici ⁽⁴³⁾, senza considerare che, anche ammettendo una simile teoria, le differenze esistenti nei sistemi legali degli Stati membri, metterebbero a dura prova le capacità di dialogo del curatore della procedura unica, che si troverebbe ad interagire in ogni caso con procedure territoriali locali, secondo la legge sostanziale di Stati membri diversi da quello del Comi di gruppo.

Pur mediante il ricorso ad una definizione di Comi di gruppo, dunque, vi potrebbe essere in ogni caso la necessità di aprire procedure locali, circostanza questa che porterebbe al coinvolgimento di diversi giudici e l'applicazione di diverse leggi nazionali.

Come primo passo, dunque, parrebbe sufficiente l'introduzione di un curatore di gruppo, lasciando il sistema del regolamento n. 1346 del 2000, per il momento, invariato.

4.2.3. Sul coordinamento tra procedura principale e secondaria

Sulla base delle considerazioni svolte, in particolare con riferimento ai gruppi di società e alle necessità connesse al loro risanamento, sembra possibile affermare che i tempi siano maturi per un ripensamento, in termini più o meno radicali, del ruolo e della struttura della procedura secondaria prevista all'art. 3 par. 2 del regolamento n. 1346 del 2000 rispetto alla procedura principale.

Già si è dato conto nei capitoli precedenti ⁽⁴⁴⁾ di come, secondo una dottrina, la natura stessa della procedura secondaria territoriale si ponga in termini di conflitto rispetto alla procedura principale, con problemi dati dalle necessità contingenti di coordinare

⁴³⁾ TOLLENAAR, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁴⁾ E. RICCI, *Le procedure locali previste dal Regolamento n. 1346/2000*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p. 902.

soggetti diversi.

Ebbene l'argomento è stato approfondito ultimamente da un autore ⁽⁴⁵⁾ il quale ha osservato come, se la struttura binaria voluta dal legislatore comunitario, dal punto di vista pratico, era motivata dalla opportunità di affiancare al curatore della procedura principale una figura di "supporto" locale, nella realtà pratica, molto spesso, la possibilità, prevista dal regolamento (CE) n. 1346/2000, di chiedere l'apertura di una procedura secondaria di insolvenza, è stata spesso utilizzata come strumento di "interferenza" rispetto all'attività del curatore della procedura principale ⁽⁴⁶⁾ ⁽⁴⁷⁾.

Si propone ⁽⁴⁸⁾, allora, una restrizione della legittimazione attiva a chiedere l'apertura di una procedura secondaria di insolvenza, che dovrebbe essere riconosciuta esclusivamente al curatore della procedura principale. Una simile opzione, già in parte esaminata, avrebbe infatti il pregio di lasciare inalterato il binomio voluto dal legislatore ma, allo stesso tempo diminuirebbe gli elementi contenziosi insiti nella contemporanea pendenza di più di una procedura avente ad oggetto, con le dovute distinzioni, il medesimo debitore.

Terza e ancor più estrema proposta ⁽⁴⁹⁾ è quella di abolire completamente tale tipo di procedure. Non mi pare, però, che tale ultima opzione possa essere considerata percorribile. Di certo, una simile presa di posizione cancellerebbe tutta una serie di problemi connessi, appunto, alle necessità di coordinamento tra procedure pendenti (su cui si veda il capitolo precedente).

Si tratta dei doveri di cooperazione di cui agli artt. 31-36; del problema della sospensione della procedura secondaria di cui all'art. 33 e 36 e dei diritti da riconoscere in relazione ad ognuna delle procedure; della necessità, spesso dannosa per la procedura, di mantenere aperta una procedura principale sino alla chiusura della

⁴⁵⁾ TAYLOR, *op. cit.*, p. 42.

⁴⁶⁾ Con risultati negativi in termini di costi aggiuntivi, ritardi nelle procedure e, soprattutto, compromissione del valore complessivo dell'impresa insolvente.

⁴⁷⁾ Il quale peraltro osserva con tale effetto collaterale sia ulteriormente aggravato dalla tendenza, incrementata negli anni di inserire nell'allegato B al regolamento, riguardante le procedure secondarie ammissibili, forme di procedimenti non esclusivamente liquidatori, com'è, per il Regno Unito, il processo di administration. Una simile apertura, secondo l'autore, dovrebbe essere ribilanciata a favore, delle sole procedure liquidatorie. Contra Moss, *op. cit.*, p. 36.

⁴⁸⁾ TAYLOR, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁹⁾ TAYLOR, *ibidem*.

secondaria, di cui agli art. 32 e 34. Gli interpreti sarebbero, in altre parole, sollevati dal faticoso lavoro di implementazione e ripensamento del tema, attualissimo, come già visto, degli obblighi di collaborazione e di informazione tra curatori e tra corti, oltre che del coordinamento tra procedure.

L'impressione, però, è che una simile scelta, pur eliminando alla radice il problema, elimini anche tutti gli aspetti positivi meritevoli di approfondito esame.

Un'altra dottrina nell'ottica di migliorare la risponsività del regolamento (CE) n. 1346/2000 rispetto alle necessità di risanamento di società multinazionali, propone invece di mantenere invariato l'attuale sistema dell'universalità attenuata, basato sul Comi (per la procedura principale), e sul concetto di "dipendenza" (per le procedure secondarie) ⁽⁵⁰⁾.

Un tale sistema sarebbe in grado di limitare il numero di procedure aperte e, allo stesso tempo, permetterebbe che in quegli Stati in cui i beni e le attività sono radicate, risulti più vantaggioso aprire una procedura disciplinata dalla legge dello Stato di apertura, anche a discapito di una moltiplicazione di procedure contemporaneamente pendenti ⁽⁵¹⁾.

Non si può dimenticare come il diritto concorsuale, più di altri ambiti, si connota per una marcata interdisciplinarietà. Vi si trovano connessioni con il diritto societario, dei contratti, del lavoro, per non parlare degli aspetti fiscali. Spesso, venire a capo delle implicazioni di un'insolvenza aperta in un altro Stato membro è impossibile ⁽⁵²⁾.

Per tale motivo, si ribadisce l'ottima tenuta, ferma l'opportunità di alcune operazioni di "fine tuning" nelle definizioni, dei concetti di Comi e dipendenza, quali esclusivi criteri di giurisdizione per l'apertura delle procedure di insolvenza.

Se lo scheletro del sistema regolamentare viene ritenuto soddisfacente, però, si condividono le perplessità rispetto agli effetti collaterali dell'apertura di un numero eccessivo di procedure, il cui numero potrebbe, in effetti, essere drasticamente ridotto con la nomina di un curatore unico nella procedura principale e nella procedura secondaria.

⁵⁰⁾ Tollenaar, *op. cit.*, p. 54 ss.

⁵¹⁾ Confronta i considerando nn. 11, 12 19 del regolamento n. 1346 del 2000.

⁵²⁾ Si veda, a titolo di esempio, il caso *High Court Chancery Division, Hans Brochier Holding Ltd v. Exner "Brochier"*, 2006, EWHC, 2594.

In questo senso, la procedura secondaria dovrebbe costituire uno strumento nelle mani del curatore della procedura principale, da utilizzare a sua discrezione nell'ambito della migliore efficienza della procedura, piuttosto che, com'è nel sistema attuale, configurare un diritto incondizionato dei creditori a perseguire il soddisfacimento dei propri interessi locali (⁵³).

In effetti, nel sistema del regolamento, i creditori possono perseguire i propri interessi "locali", mediante l'apertura di una procedura secondaria, senza alcuna preventiva considerazione circa l'impatto di tale procedure sugli interessi della massa dei creditori nella loro interezza: l'apertura, di una procedura secondaria sull'unico presupposto dell'esistenza di una dipendenza sul territorio di uno Stato membro, senza alcuna altra considerazione, porta con sé il rischio di effetti collaterali negativi. Va considerato, peraltro, come già nell'assetto attuale, l'art. 29 prevede il diritto del curatore della procedura principale a chiedere l'apertura di una procedura secondaria (⁵⁴).

Al fine di evitare storture nell'efficacia complessiva della procedura concorsuale, un'ipotesi per il futuro potrebbe essere una previsione *ad hoc*, per cui una richiesta di apertura di una procedura secondaria di insolvenza non possa essere decisa prima di aver sentito l'opinione in tal senso del curatore della procedura principale; inoltre, una procedura secondaria di insolvenza non dovrebbe poter essere aperta qualora: *i*) il curatore della procedura principali si sia opposto a tale apertura; *ii*) gli interessi dei creditori locali siano già sufficientemente protetti.

In questo senso, il regolamento dovrebbe inoltre prevedere che il curatore della principale sia autorizzato a distribuire proventi delle attività situate nella giurisdizione in cui il debitore ha una dipendenza in base alle regole di priorità locali della giurisdizione senza necessità, a tale scopo, di procedere all'apertura di una apposita procedura secondaria.

⁵³) Tollenaar, *op. cit.*, p. 57 ss.

⁵⁴) Vedi altresì il considerando n. 19 al regolamento per cui: "Le procedure secondarie di insolvenza possono avere diversi scopi, oltre a quello della tutela dell'interesse locale. Può accadere, ad esempio, che il patrimonio del debitore sia troppo complesso da amministrare unitariamente o che le divergenze tra gli ordinamenti giuridici interessati siano così rilevanti che possono sorgere difficoltà per l'estendersi degli effetti derivanti dal diritto dello Stato di apertura della procedura agli altri Stati nei quali i beni sono situati. Per questo motivo il curatore della procedura principale può chiedere l'apertura di una procedura secondaria quando ciò sia necessatio per una gestione efficace dell'attivo."

In tal modo il regolamento formalizzerebbe la soluzione offerta dai giudici inglesi nel caso, già esaminato, *Collins & Aikman* ⁽⁵⁵⁾, ove i giudici avevano autorizzato il curatore della procedura principale a trattare i creditori come se una procedura secondaria fosse stata aperta, così evitando le complessità connesse all'apertura di una procedura secondaria di insolvenza ma ottenendo, in sostanza, i medesimi risultati.

Anche nell'ipotesi di apertura di una procedura secondaria di insolvenza, inoltre, la nomina del curatore della procedura principale annienta il rischio di ritardi e costi inutili, e diventa uno strumento utile nelle mani del curatore della principale.

In ogni caso, a prescindere da questa proposta di unificazione dei curatori sotto una figura tendenzialmente unica, il ruolo del curatore della procedura principale e il suo raggio d'azione, pare richiedere una definizione più dettagliata, ad esempio attribuendo a questi il diritto di dettare specifiche istruzioni al curatore della procedura secondaria. Gli artt. 31, 33, 34, attribuiscono al curatore principale, infatti, un controllo insufficiente e si potrebbe pensare ad un rafforzamento della posizione gerarchica dominante di quest'ultimo, ventilata del resto dal legislatore europeo nelle premesse al regolamento ⁽⁵⁶⁾. Simili previsioni, inoltre, dovrebbero essere inserite per configurare una coordinazione, nel caso di gruppi di società, tra il curatore della procedura principale della società madre e le procedure aperte dalle società figlie.

Infine, e quest'opinione è condivisa da alcuni autori, si ritiene priva di utilità e dannosa e andrebbe eliminata ⁽⁵⁷⁾ la regola prevista all'art. 3, par. 3 del regolamento sull'insolvenza, per cui la procedura secondaria eventualmente aperta deve essere "obbligatoriamente" una procedura di liquidazione. La scelta di quale tipo di procedura secondaria è meglio idonea a servire gli interessi della procedura, e dei creditori, complessivamente considerati, infatti, dipende consequenzialmente a quanto detto più

⁵⁵⁾ *High Court of Justice (Chancery Division)*, 9 giugno 2006, *Collins & Aikman Corporation Group*, cit.

⁵⁶⁾ Considerando n. 20 per cui: "Le procedure principali e secondarie d'insolvenza possono tuttavia contribuire a 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 d'informazioni. Per garantire il ruolo dominante della procedura principale d'insolvenza, il curatore della medesima dovrebbe disporre di diverse possibilità di intervento sulle procedure secondarie d'insolvenza contemporanea pendenti, avendo ad esempio la facoltà di proporre un piano di risanamento o un concordato oppure di chiedere la sospensione della liquidazione dell'attivo nelle procedure secondarie."

⁵⁷⁾ TOLLENAAR, *op. cit.*, p. 57.

sopra, dalle circostanze del caso. Dovrebbe in ogni caso essere lasciata al curatore della procedura principale la scelta circa la miglior qualificazione del tipo di procedura eventualmente utile, soprattutto considerata l'implementazione delle forme alternative alla liquidazione sviluppatasi nel corso di questi primi dieci anni di applicazione del regolamento.

4.2.4 Sulla pubblicità delle procedure di insolvenza

Un ulteriore punto “mancante” del regolamento riguarda l'assenza di previsioni per un sistema centrale di registrazione e pubblicità delle procedure di insolvenza transfrontaliere pendenti (⁵⁸).

Molti autori hanno sottolineato l'importanza di un sistema del genere, in grado di metter ordine nella potenziale “selva” di procedure aperte in un panorama che vede oggi 26 Stati membri nei quali possono essere aperte una (o più) procedure.

L'interesse è, infatti, quello di evitare (⁵⁹) che si creino situazioni in cui una procedura principale di apertura sia aperta nell'ignoranza della già avvenuta decisione di apertura di una medesima procedura in un altro Stato membro con ovvie ripercussioni in termini di perdita di tempo (prezioso, come più volte osservato) e di denaro, come nel recente caso *Eurodis* (⁶⁰).

⁵⁸) MOSS, *Jurisdiction Issues*, in *The future of the European Insolvency Regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam – The Netherlands, p. 35, reperibile sul sito www.eir-reform.eu; MOSS-PAULUS, *The European Insolvency regulation-the case for urgent reform, 2005*, reperibile sul sito www.eir-reform.eu, p 10 ss.

⁵⁹) Si veda, per una fattispecie recente, il caso *High Court Chancery Division, Hans Brochier Holding Ltd v. Exner “Brochier”*, 2006, EWHC, 2594. Si veda altresì il caso *Stojevic*, già esaminato, Oberlandsgericht Wien (Alta Corte regionale viennese), 17 novembre 2004, *Stojevic*, http://www.droitbelge.be/contrats_internationaux_faillites_internationales.asp. Per un commento, MOSS, *Viennese Waltz for Two Main Proceedings; The Stojevic Saga*, in *Insolvency Intelligence*, 2005, pp. 141 ss.

⁶⁰) *C In the matter of Eurodis Electron plc (in administration) and Others* [2011], EWHC 1025 (CH) reperibile sul sito cms.legal.com. Il caso riguarda la validità dell'ordine di liquidazione emanato dai giudici belgi in violazione di quanto previsto dal regolamento. In sostanza, il ricorso fu proposto dagli amministratori della *Eurodis Texim Electronics*, una società belga facente parte di un gruppo sottoposta ad una procedura di administration in Regno Unito. Eurodis aveva il proprio centro degli interessi principali in Regno Unito e la procedura principale d'insolvenza veniva aperta in quello Stato. L'apertura di tale procedura principale, a rigore, avrebbe dovuto, sulla base del principio del riconoscimento automatico delle decisioni, prevalere su qualsiasi altra procedura successivamente aperta, in ogni caso da qualificarsi come procedura secondaria ai sensi dell'art. 3 del regolamento, laddove nello Stato membro

Allo stato attuale, peraltro, anche nell'ipotesi in cui le parti avessero la volontà di registrare o pubblicizzare l'avvenuta apertura di una procedura intracomunitaria di insolvenza, non esiste, materialmente, un registro centrale, che si dovrebbe, viceversa, contemplare come obbligatorio ⁽⁶¹⁾. Dal punto di vista operativo/organizzativo, inoltre, si è proposto di provvedere alla creazione di un sito *web* con lo scopo di raccogliere ufficialmente l'ormai ingente quantità di decisioni riguardanti, sotto i più disparati aspetti, il problema dell'insolvenza transfrontaliera, per permettere agli operatori del diritto un accesso formale alle pronunce chiave in materia ed evitare così per quanto possibile fenomeni di frammentazione.

4.2.5. Sulla cooperazione e il coordinamento di giudici e liquidatori

Come noto, l'art. 31 del regolamento 1346 del 2000 prevede, in capo ai curatori delle diverse procedure, principale e secondarie, un obbligo di cooperazione e di scambio di informazioni ⁽⁶²⁾. La norma, nelle intenzioni del legislatore, ha l'evidente scopo di

fosse stata presente una dipendenza. Ciononostante, successivamente veniva aperta una procedura di liquidazione in Belgio che non veniva espressamente definita, come avrebbe dovuto, procedura secondaria. I giudici belgi non erano, in effetti, a conoscenza della prevenuta apertura di una procedura principale e davano ordine di procedere alla liquidazione della società Eurodis. Di tale decisione di liquidazione, a loro volta, gli amministratori non venivano a conoscenza, perdendo ogni potere per impugnare la decisione nei tempi previsti. Il risultato era una dissoluzione irreversibile della società Eurodis. Gli amministratori proponevano un'azione al fine di ottenere la dichiarazione d'invalidità della procedura di liquidazione iniziata (e conclusa) poichè i giudici del Belgio avevano, errando, omesso di riconoscere gli effetti della procedura preventivamente aperta nel regno Unito e chiedendo di essere autorizzati a continuare la propria attività di amministratori in Regno Unito, nonostante l'apparente liquidazione della società belga. In alternativa, gli amministratori chiedevano l'apertura di una procedura di liquidazione nei confronti di Eurodis, la loro nomina quali curatori e l'autorizzazione a pagare le spese e i compensi dovuti agli amministratori stessi. La Corte ha deciso che un ordine di liquidazione emanato da un giudice del Belgio non poteva essere dichiarato invalido da un giudice inglese nonostante il fatto che tale ordine di liquidazione non avrebbe dovuto essere emanato poichè la procedura principale d'insolvenza era, sulla base delle disposizioni del regolamento, in regno Unito. Gli amministratori, dunque, non erano più titolari di alcun diritto nei confronti dei beni della società. Tuttavia il giudice ha ritenuto che gli amministratori avessero diritto a ottenere un ordine di liquidazione ai sensi della sect. 221 dell'Insolvency Act del 1986 e ha concesso, di conseguenza, l'ordine di liquidazione nominando gli amministratori come liquidatori. Inoltre, per una questione di equità, ha ordinato il pagamento delle spese eccezionali di amministrazione quale costo da imputare alla liquidazione.

⁶¹⁾ FLANNERY, *Shortcomings and proposal for reform*, in *The future of the European Insolvency Regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam – The Netherlands, p. 106, reperibile sul sito www.eir-reform.eu.

⁶²⁾ Sulla portata di tale obbligo, privo di sanzione in caso d'inottemperanza, si veda MONTELLA-DE CESARI, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, *Commentario articolo per articolo del regolamento CE n. 1346 del 2000*, Milano, 2004, pag. 237.

evitare possibili sovrapposizioni e/o contraddizioni risultanti dall'ipotesi che il curatore della procedura secondaria assuma una posizione completamente autonoma rispetto a quella del curatore della procedura principale.

Peraltro, ho sopra esposto la spinta di alcuni autori, nel recente periodo, nel senso di utilizzare in modo più ficcante e circostanziato questo dovere di collaborazione tra curatori (sino a giungere alla creazione della figura del curatore del gruppo) per disciplinare i complessi problemi di coordinamento causati dalle insolvenze di gruppi di società ⁽⁶³⁾, circostanza questa che porta a ritenere plausibile una revisione dell'art. 31 nel senso di meglio specificare le conseguenze di un'eventuale inottemperanza all'obbligo ivi stabilito.

Il regolamento, infatti, dopo aver sancito un obbligo generale di collaborazione, non prevede cosa accada qualora il soggetto destinatario non adempia, il che ha fatto deporre la dottrina nel senso dell'applicazione della *lex concursus* (ove la norma nazionale contempni disposizioni) per disciplinare, ad esempio, l'eventualità di contrasti circa gli aspetti di "gestione" della procedura o la definizione della responsabilità del curatore nelle ipotesi di violazione dell'obbligo.⁽⁶⁴⁾

Un simile obbligo non si ritrova, però, riferito alle necessità di coordinamento e scambio di comunicazioni e informazioni tra le diverse autorità giudiziarie coinvolte nell'insolvenza e tra tali autorità e i curatori. ⁽⁶⁵⁾

In effetti, anche il considerando n. 20 si rivolge esclusivamente ai curatori, prevedendo 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

⁶³⁾ RAINEY, *The European Insolvency Regulation and the Treatment of Group Companies: An Analysis*, 2006 in *International Corporate Rescue* 322, p. 324.; VAN GALEN, *The European Insolvency Regulation and Group of Companies*, Insol Europe Annual Conference, Cork, Ireland, October 16 – 18, 2003, in www.iiiglobal.org.; TOLLENAAR, *op. cit.*, p. 57.37; TAYLOR, *op. cit.*, p. 42; MOSS, *op. cit.*, p. 36; MOSS-PAULUS, *The European Insolvency regulation-the case for urgent reform*, 2005, reperibile sul sito www.eir-reform.eu.

⁶⁴⁾ MONTELLA DE CESARI, *op. cit.*, nota 16, p. 238. Proprio per colmare tali lacune, è stato elaborato nel 2007 un importante documento, frutto dell'iniziativa di un gruppo di pratici europei. Si tratta delle c.d. *European Communication & Cooperation Guidelines for Cross-Border Insolvency (Co. Co. Project)* ideato dai prof. Bob Wessels e Manuel Virgos che prevede le regole procedurali integrative al Regolamento, da recepirsi nella forma di un nuovo Allegato D.

⁶⁵⁾ VALLENDER, *Judicial cooperation within the EU Insolvency Regulation*, in *The future of the European Insolvency Regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam – The Netherlands, p. 110, reperibile sul sito www.eir-reform.eu;

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.” Non si comprende se tale esclusione sia stata una delle “consapevoli” dimenticanze del legislatore comunitario oppure costituisca realmente una svista. Probabilmente, in considerazione del fatto che la maggior parte delle norme nazionali in materia di fallimento concentrano la gestione della procedura sulla figura del curatore⁽⁶⁶⁾, una simile necessità non è stata ritenuta urgente. I dieci anni di applicazione pratica, però, sembrano confermare come un miglior coordinamento tra corti nazionali avrebbe sicuramente un effetto migliorativo in termini di efficienza⁽⁶⁷⁾.

Interessante, in tal senso, è volgere lo sguardo all’esperienza in campo UNCITRAL⁽⁶⁸⁾. Diversamente da quanto disposto dal legislatore europeo, infatti, la *model law* prevede espressamente una cooperazione giudiziaria nel campo delle “*cross-border insolvency*” finalizzata ad un migliore accesso alle corti nazionali per i curatori stranieri. L’art. 25 della *Model Law*, sistema non vincolante, ma che costituisce appunto un esempio per gli stati aderenti nell’ottica di armonizzazione del sistema dell’insolvenza, prevede: “*the court shall cooperate to the maximum extent possible with foreign courts*”. Un formulazione molto ampia che lascia spazio agli Stati aderenti in relazione alla modalità pratica di collaborazione ma che prevede un vero e proprio obbligo, più ampio e generalizzato possibile, finalizzato allo scambio di informazioni utili tra corti.⁽⁶⁹⁾ Tali risultati sono tuttora oggetto di studio ed implementazione da parte del Group V⁽⁷⁰⁾.

⁶⁶⁾ Sul tema del coordinamento DIALTI, *Cooperazione tra curatori e Corti in diritto internazionale fallimentare: un’analisi comparata*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, pp. 1010 ss. cui si richiama altresì per l’ampia bibliografia.

⁶⁷⁾ DIALTI, *op. cit.*, p. 1011 che individua tre ragioni fondamentali per assicurare un coordinamento e uno scambio di informazioni, in particolare, con riferimento a corti e curatori: 1) un simile coordinamento mira ad assicurare il massimo beneficio per gli stakeholders che si trovano in difficoltà finanziarie; 2) la liquidazione degli assets o la riorganizzazione, comporta la necessità di “real time litigation” per evitare lungaggini eccessive e dunque un ruolo tendenzialmente attivo dei magistrati fallimentari; 3) la transnazionalità porta con sé il rischio di cattive comunicazioni dovute a disinformazione o alla difficoltà di coordinare legislazioni spesso molto diverse fra loro, che le corti possono evitare con un migliore coordinamento.

⁶⁸⁾ In particolare *UNCITRAL - Working Group V (Insolvency Law), Forty-first session New York, 30 April-4 May 2012, Insolvency Law Interpretation and application of selected concepts of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency relating to centre of main interests (COMI)*, reperibile sul sito <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V12/512/30/PDF/V1251230.pdf?OpenElement>.

⁶⁹⁾ Interessanti in tal senso l’utilizzo di Protocolli Fallimentari per orientare la cooperazione degli Stati, così come le Guide Lines elaborate dall’American Law Institute, DIALTI, *op. cit.*, p. 1014.

⁷⁰⁾ *UNCITRAL - Working Group V (Insolvency Law), Forty-first session New York, 30 April-4 May 2012*,

Ci si può chiedere, dunque, se l'art. 31 possa essere interpretato, così come formulato, nel senso di prevedere un obbligo delle corti e non solo dei curatori (nei limiti blandi sopra evidenziati), di collaborare.

Una lettura letterale, in effetti, propende per fornire una risposta negativa al quesito ⁽⁷¹⁾. Per sostenere, comunque, l'esistenza di un simile obbligo, si è fatto riferimento ai principi generali del diritto comunitario ⁽⁷²⁾ ed in particolare al principio di reciproca fiducia tra Stati membri di cui al considerando 22. Proprio in riferimento a tale principio si afferma l'esistenza di un principio (non scritto) di collaborazione tra gli Stati membri nel senso che ogni giudice sarebbe tenuto a fornire informazioni e attivarsi per il coordinamento tra procedure ⁽⁷³⁾.

Di certo, sancire un obbligo in tal senso in capo alle corti nazionali coinvolte nelle procedure di insolvenza transfrontaliere avrebbe evidenti vantaggi.

Ciò in termini di semplificazione, innanzitutto, perchè il coordinamento eviterebbe inutili duplicazioni nella ricerca di informazioni relative alle procedure di insolvenza. Non solo, un migliore coordinamento comporterebbe l'effetto benefico di ridurre al minimo i rischi di conflitto tra decisioni. Ben consapevoli di tali necessità, infatti, i curatori delle procedure hanno fatto ricorso, come sopra evidenziato, a protocolli finalizzati proprio ad una migliore gestione dell'insolvenza cui si potrebbe fare

Insolvency Law Interpretation and application of selected concepts of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency relating to centre of main interests (COMI), cit., punto D).

⁷¹⁾ L'art. 2 lett b) del resto, definisce il liquidatore come qualsiasi persona o organo la cui funzione è di amministrare o liquidare i beni dei quali il debitore è spossessato o di sorvegliare la gestione dei suoi affari.

L'elenco di tali persone e organi figura nell'allegato C escludendo che possano ricomprendersi, anche con una lettura estensiva, altri soggetti nella definizione.

⁷²⁾ VALLENDER, *op. cit.*, p. 111.

⁷³⁾ Davvero interessante è, a mio parere, la proposta di inserire questo tipo di coordinamento tra corti nell'ambito della Rete Giudiziaria Europea istituita con Decisione 2001/470/CE del Consiglio del 28 maggio 2001 in G.U.C.E, 27 giugno 2001, L 174, pp. 25 ss., modificata con Decisione 568/2009/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, che modifica la decisione 2001/470/CE del Consiglio relativa all'istituzione di una rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale, in G.U.U.E., 30 giugno 2009, pp. 35 ss., http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_ec_it.htm La Rete istituisce una struttura di cooperazione organizzata, formata da vari attori nazionali e comunitari, finalizzata, tra gli altri scopi, ad assicurare il corretto svolgimento dei procedimenti con implicazioni transnazionali. Vedi SCOTTO, *op. cit.*, che in tale ottica, propone uno scambio di informazioni con forme analoghe a quelle sperimentate nell'applicazione dell'art. 15 del Reg. CE n. 2201/2003 in materia matrimoniale e di potestà genitoriale, che prevede la possibilità di una collaborazione diretta tra le autorità giurisdizionali adite in materia di potestà genitoriale, nel caso del trasferimento delle competenze ad una autorità giurisdizionale più adatta a trattare il caso, nell'interesse del minore.

riferimento anche per quanto riguarda il rapporto tra le corti nazionali.

Sebbene le c.d. Co.Co *Guidelines* da inserire quale ipotetico “allegato D” al regolamento 1346 del 2000 siano indirizzate principalmente ai liquidatori, vi sono disposizioni protocollari che riguardano anche le corti degli Stati membri⁽⁷⁴⁾.

Una proposta, preso atto dell’attenzione al problema, è stata quella di completare l’art. 31 con l’aggiunta di un paragrafo 4, al fine di formalizzare definitivamente l’estensione dell’obbligo di collaborazione e informazione alle corti oltre che ai curatori, come disposto, seppur in modo generico ai paragrafi precedenti.

La formulazione proposta è la seguente: “Il giudice deve collaborare con i giudici e con i curatori degli altri Stati membri, sia direttamente sia tramite un curatore. Il giudice è autorizzato a comunicare direttamente o a richiedere informazioni o assistenza diretta ai giudici o ai curatori di altri Stati membri”⁽⁷⁵⁾.

4.2.6 La proposta di riforma del regolamento n. 1346 del 2000 avanzata nell’ambito del Research Project “DER 2009/09039” (Law & Technology Institute/Autonomous University of Barcelona)

Un gruppo di studio, composto di studiosi spagnoli⁽⁷⁶⁾ è intervenuto fattivamente sul tessuto del regolamento, proponendo, alla luce delle “novità” e delle esigenze riscontrate nei primi dieci anni di applicazione, una versione rivisitata del regolamento (CE) n. 1346/2000.

Il progetto, finanziato dal Ministero Spagnolo per la Scienza ed Innovazione, prende atto del contenuto dell’art. 46 del regolamento e dell’imminente presentazione, ad opera

⁷⁴) VALLENDER, *op. cit.*, 112.

⁷⁵) VALLENDER, *op. cit.*, 112.

⁷⁶) I membri del *Group for International & European Studies del Law & technology Institute/Autonomous University of Barcelona* hanno presentato, nell’ambito del convegno “*The future of the European Insolvency Regulation*” svoltosi ad Amsterdam il 28 aprile 2011, una proposta di modifica del regolamento comunitario che, prendendo spunto dalle pronunce della Corte di Giustizia dell’Unione Europea e dalle esigenze riscontrate nella pratica applicazione regolamentare, ridisegna l’impostazione della norma comunitaria, emendando articoli esistenti, aggiungendone di specifici e proponendo l’eliminazione di alcuni. Hanno partecipato alla formulazione di tale proposta Dr. Iur. Blanca Vilà Costa, Dr. Iur. Rafael Arenas García, Dr. Iur. Josep Maria de Dios, Dr. Iur. Miquel Gardenes Santiago, Dr. Iur. Angel Espiniella Menéndez, Dr. Iur. Cristian orò martinez, Dr. Iur. Vesela Andreeva. Il testo è reperibile sul sito <http://www.eir-reform.eu/presentations>.

della Commissione, di una relazione sull'applicazione del regolamento, se necessario, corredato da proposte di modifica, indirizzato al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale.

In tal senso, riconoscendo che i tempi non sono ancora maturi per una radicale riforma del regolamento, propone alcuni emendamenti finalizzati migliorare la norma comunitaria sia dal punto di vista della qualità tecnica delle disposizioni, sia con riferimento ad alcuni aspetti "sostanziali" delle norme, sin da subito caratterizzati per la loro problematicità.

Seguono, con un breve approfondimento, le proposte di modifica. ⁽⁷⁷⁾

4.2.6.1. I "Proposal" del gruppo di studio

Seguendo l'ordine degli articoli del regolamento n. 1346 del 2000, il gruppo di studio propone l'aggiunta di due punti all'art. 2 (definizioni).

Il punto *i*) dell'art. 2 dovrebbe introdurre, tra le definizioni del regolamento, quella di Comi, non più relegata, con i molti problemi interpretativi sottolineati nei capitoli precedenti, al considerando 13.

Secondo la definizione proposta, per "centro degli interessi principali" si deve intendere "il luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi *su base abituale, e pertanto riconoscibile da terzi*".

Il punto *j*) dell'art. 2, inserisce mediante rinvio, le definizioni di "impresa madre" e "impresa figlia" da definirsi conformemente a quanto stabilito dalla Settima Direttiva del Consiglio 83/349/ECC del 13 giugno 1983, relativa ai conti consolidati ⁽⁷⁸⁾.

⁷⁷⁾ La traduzione dall'inglese all'italiano è personale.

⁷⁸⁾ Settima Direttiva del Consiglio 83/349/ECC del 13 giugno 1983, relativa ai conti consolidati, art. 1 in GU, L. 193 del 18.7.1983, pag. 1, reperibile sul sito <http://eur-lex.europa.eu>. Secondo l'art. 1 della suddetta norma: Gli Stati membri impongono ad ogni impresa soggetta al loro diritto nazionale l'obbligo di redigere conti consolidati ed una relazione consolidata sulla gestione, quando tale impresa (impresa madre): *a*) ha la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti o soci di un'impresa (impresa figlia); ovvero *b*) ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza di un'impresa (impresa figlia) ed è allo stesso tempo azionista o socio di tale impresa; ovvero *c*) ha il diritto di esercitare un'influenza dominante su un'impresa (impresa figlia), di cui è azionista o socio in virtù di un contratto stipulato con tale impresa o di una clausola dello statuto di questa, quando il diritto da cui è regolata l'impresa figlia permette che la stessa sia soggetta a tali contratti o clausole statuarie; gli Stati membri possono non prescrivere che l'impresa madre sia azionista o socio dell'impresa figlia. Gli Stati membri il cui diritto non prevede tale contratto o tale clausola statutaria non sono tenuti ad applicare questa disposizione; ovvero *d*) è azionista o socio di un'impresa e *aa*) in virtù del

Tale inserimento tra le definizioni, in sostanza, formalizza il dato, emerso dalla pratica ed evidenziato dalla dottrina, per cui l'attività dei gruppi transazionali di società è così importante, nel panorama generale, da meritare una definizione specifica (in ambito fallimentare) e una disciplina *ad hoc* (⁷⁹). La scelta di rinviare ad atti già esistenti in ambito europeo è prudente, considerate le già approfondite difficoltà di definizione in materia.

La seconda proposta di modifica riguarda una serie di aspetti riguardanti l'art. 3, in materia di competenza internazionale.

Innanzitutto, il gruppo di studio propone di aggiungere in calce all'art. 3, par. 1, un inciso, avente ad oggetto la disciplina dei gruppi di società. Dopo l'affermazione della tendenziale coincidenza del Comi con la sede statutaria, in assenza di prova contraria, all'art. 3, par. 1, dovrebbe dunque essere aggiunta la seguente frase: "il mero fatto che le scelte gestionali di una società siano, o possano essere, controllate da una società madre, non è sufficiente per superare tale presunzione o alterare il centro degli interessi principali". Secondo i giuristi spagnoli, un simile inciso avrebbe il pregio di "incorporare" nel testo il *dictum* della Corte di Giustizia nel caso *Eurofood* in materia di gruppi di società. Ogni società del gruppo è da considerarsi quale singolo debitore, considerato il velo della personalità giuridica: di conseguenza, ogni società ha un suo proprio Comi, eccetto il caso, eccezionale, menzionato dalla sentenza *Eurofood*, in cui si tratti di una mera società fantasma, nella cui sede, in sostanza, non venga svolta alcuna attività, o nel caso di confusione di beni.

solo esercizio dei suoi diritti di voto, è stata nominata in carica durante l'esercizio in corso e l'esercizio precedente e sino alla redazione dei conti consolidati la maggioranza dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza di questa impresa (impresa figlia); ovvero *bb*) in base a un accordo con altri azionisti o soci di tale impresa (impresa figlia), controlla da sola la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti o soci dell'impresa stessa. Gli Stati membri possono adottare disposizioni più dettagliate quanto alla forma e al contenuto di tale accordo. Gli Stati membri prescrivono almeno l'applicazione della disposizione di cui al punto *bb*). Essi possono subordinare l'applicazione della disposizione di cui al punto *aa*) alla condizione che la percentuale di partecipazione rappresenti il 20 % o più dei diritti di voto degli azionisti o soci. La disposizione di cui al punto *aa*) non si applica tuttavia qualora un'altra impresa abbia in tale impresa figlia i diritti di cui alle lettere *a*), *b*) o *c*) 2. Oltre ai casi di cui al paragrafo 1, gli Stati membri possono prescrivere ad ogni impresa soggetta alla propria legislazione nazionale di redigere conti consolidati e una relazione consolidata sulla gestione se: *a*) quest'impresa (impresa madre) ha il potere di esercitare o esercita effettivamente un'influenza dominante o un controllo su un'altra impresa (impresa figlia) ovvero *b*) questa impresa (impresa madre) e un'altra impresa (impresa figlia) sono sottoposte alla direzione unitaria dell'impresa madre.

⁷⁹)A ciò sono dedicate due proposte specifiche (nn. 2 e 15).

E' proposta altresì un'integrazione dell'art. 3, par. 2, con una modifica del secondo inciso, del seguente tenore: "Gli effetti di tale procedura [secondaria] sono limitati ai beni e contratti del debitore connessi all'attività economica della dipendenza situata nel territorio di detto Stato membro. In assenza di prova contraria, tutti i beni situati in uno Stato membro e tutti i contratti che devono essere adempiuti in uno Stato membro, si presumono relativi alla attività svolta nella dipendenza situata nel territorio di detto Stato membro".

Con tale modifica s'intende specificare come la mera collocazione di beni nello Stato di apertura di una procedura secondaria sia un criterio insufficiente a delimitare gli effetti di tale procedura poiché non comprende gli *assets* strategici di tale dipendenza, che potrebbero essere situati, appunto, al di fuori dello Stato.

E' proposta l'elisione della previsione relativa alla natura esclusivamente liquidatoria della procedura secondaria di insolvenza. In tal senso, il Gruppo di Studio propone di modificare il secondo inciso dell'art. 3, par. 3 in tale senso: " Se la procedura principale ha natura liquidatoria, la procedura secondaria deve essere una procedura di liquidazione".

E' evidenziato come il regolamento erri laddove prevede che, immediatamente dopo l'apertura di una procedura principale di insolvenza avente, come finalità, il risanamento del debitore, possa essere apertura una procedura secondaria avente natura necessariamente liquidatoria (art. 27 e Allegato B). Una simile previsione, infatti, implica un effetto di chiaro disincentivo per molte società, in quanto è improbabile che queste procedano alla richiesta di apertura di un procedimento principale di riorganizzazione e/o risanamento sotto la minaccia di liquidazione forzata delle dipendenze. Soprattutto, una simile previsione ostacola la procedura principale di risanamento, in quanto le dipendenze più redditizie, quelle che sono di importanza strategica per l'attività economica globale della società, o in generale tutte le dipendenze situate in altri Stati membri, possono essere automaticamente liquidate.

Ulteriormente, una simile restrizione in riferimento alle procedure secondarie, può diventare un serio ostacolo per le prospettive di successo di piani di salvataggio varati nello Stato in cui è stata aperta la procedura principale, poiché il rischio di liquidazione degli *assets* può incidere negativamente sulle circostanze che confluiscono nella

negoziante degli accordi di ristrutturazione.

Nemmeno il par. 4 dell'art. 3 del regolamento è immune da proposte di modifica. Il Gruppo di studio propone, infatti, l'aggiunta, in calce allo stesso, di un inciso di chiusura: "In ogni caso, il giudice esamina l'insolvenza del debitore nel suo complesso l'insolvenza della dipendenza in modo cumulativo."

E' necessaria una valutazione globale della situazione di insolvenza, poichè, se i creditori sono consapevoli della capacità globale del debitore di pagare i suoi debiti, non accetteranno un *discharge* a livello territoriale. Inoltre, in tal caso, la procedura secondaria perderà la propria funzioni, evitando di configurarsi come un mero strumento di liquidazione di *assets* strategici e redditizi.

Ulteriore dato interessante, è la proposta di introduzione di un art. 3bis, rubricato "Ambito internazionale della competenza giurisdizionale" ai sensi del quale: "1. I giudici dello Stato membro nel cui territorio è aperta una procedura di insolvenza sono competenti in via esclusiva a decidere in merito ad azioni direttamente derivanti dalla procedura di insolvenza e che sono ad esse strettamente connesse. 2. La giurisdizione internazionale o l'arbitrato internazionale in materia di azioni non direttamente derivanti o non strettamente connesse alla procedura di insolvenza non è pregiudicata dall'apertura di una procedura d'insolvenza. 3. In assenza di prova contraria, un'azione si presume essere "non strettamente connessa con la procedura d'insolvenza" quando potrebbe essere proposta dinanzi al giudice prima dell'apertura della procedura d'insolvenza o dopo la chiusura della stessa".

In generale, una simile proposta ha la finalità di eliminare il problema sorto a causa del silenzio del regolamento in relazione alla giurisdizione in materia di azioni connesse e/o correlate alla procedura principale d'insolvenza, incorporando il principio sancito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la sentenza *Seagon y Deko Marty Belgium NV*.⁽⁸⁰⁾ Il conflitto pare così risolversi.

Il paragrafo 2, ha l'intento di chiarire che la giurisdizione internazionale e le norme in materia di arbitrato internazionale non sono pregiudicate dall'apertura di una procedura d'insolvenza, senza pregiudizio, dunque, per quanto disposto all'art. 15 del

⁸⁰⁾ Corte di Giustizia, 12 febbraio 2009, Causa C- 339/07, *Christopher Seagon vs Deko Marty Belgium*, in www.curia.eu.

regolamento. ⁽⁸¹⁾

Il paragrafo 3, infine, mira a chiarificare alcuni principi sanciti dalla Corte di Giustizia in relazione alle azioni che possono essere proposte davanti al giudice prima dell'apertura della procedura d'insolvenza o dopo chiusura della stessa. ⁽⁸²⁾

Le proposte di modifica del regolamento hanno investito anche aspetti in un certo senso "collaterali" al tema della giurisdizione.

In materia di legge applicabile, ad esempio, la proposta di aggiungere all'art. 4 lett f) un inciso per cui la legge dello Stato di apertura determina le condizioni di apertura, lo svolgimento e la chiusura della procedura di insolvenza ed in particolare (lett f): "gli effetti della procedura di insolvenza sulle azioni giudiziarie individuali, salvo che per i procedimenti pendenti ma eccettuate le misure conservative ottenute nell'ambito di tali procedimenti pendenti".

Anche qui si tratta della formalizzazione del principio enunciato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza *MG Probud Gdynia sp. z.o.o.* ⁽⁸³⁾. Anche se gli effetti della procedura di insolvenza su un procedimento pendente relativo a un bene o a un diritto del quale il debitore è sprossessato sono disciplinati esclusivamente dalla legge dello Stato membro nel quale il procedimento è pendente, questa legge non dovrebbe governare gli effetti della procedura di insolvenza sulle misure conservative adottate nel

⁸¹⁾ Il paragrafo intende fare chiarezza circa il fatto che, anche a seguito dell'apertura di una procedura di insolvenza comunitaria secondo le norme del regolamento (CE) n. 1346/2000, i trattati internazionali in materia di giurisdizione e, soprattutto, in materia di arbitrato sono chiaramente rispettati. Ciò in quanto, per esempio, la Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale del 21 aprile 1961, fatto a Ginevra, tace in relazione agli effetti che l'apertura di una procedura fallimentare comporta con riferimento all'arbitrato. Silenzio che potrebbe essere interpretato in modi differenti fino a considerare la convenzione non applicabile in materia d'insolvenza, o che la convenzione "immunizza" l'arbitrato rispetto all'ipotesi di apertura di una procedura d'insolvenza.

⁸²⁾ Corte di Giustizia, 2 luglio 2009, causa C-111/08, *SC T Industri AB i likvidation v. Alpenblume AB*, in www.curia.eu, si è pronunciata sull'art. 1 par. 2 lett. b) del Reg. CE n. 44/2001. Va detto che in tale caso il Reg. CE n. 1346/2000 non era applicabile in quanto la procedura oggetto della causa era stata aperta prima della sua entrata in vigore. Ai punti 25 ss. la Corte, dopo essersi espressamente richiamata alla giurisprudenza *Gourdain*, ha ravvisato un legame particolarmente stretto e un inserimento della controversia oggetto del rinvio nel fallimento: la controversia principale verteva esclusivamente sulla proprietà di quote sociali cedute, nell'ambito di una procedura d'insolvenza, da un curatore sulla base di disposizioni sulle procedure concorsuali, che derogano alle norme del diritto civile. La Corte ha ritenuto la cessione oggetto della causa principale, e l'azione di rivendicazione della proprietà alla quale essa ha dato luogo, quali diretta e indissociabile conseguenza dell'esercizio da parte del curatore, (cioè di un soggetto giuridico che interviene unicamente in seguito all'apertura di una procedura concorsuale) di una prerogativa che gli viene attribuita da disposizioni disciplinanti tale tipo di procedura.

⁸³⁾ Corte di Giustizia, 21 gennaio 2010, causa C 444/07, *MG Probud Gdynia sp. z.o.o.*, in www.curia.eu.

quadro di tale procedimento pendente (si pensi, ad esempio, all'ipotesi di misure esecutive). In effetti, tali misure sono strettamente legate alla procedura di insolvenza, in particolare, con riferimento allo spossessamento del debitore ed ai poteri del curatore. Se le misure conservative siano adottate al fine di garantire, in futuro, azioni esecutive individuali, gli effetti della procedura di insolvenza su queste esecuzioni sono regolati dalla legge dello Stato in cui la procedura di insolvenza è stata aperta.

Seguono una serie di proposte di modifica riguardanti gli artt. 8, 9, 10, 11, 13, 15, riguardo ai quali viene proposta l'aggiunta, semplicemente, dell'inciso "sono governate dalla legge dello Stato membro". Ciò nel senso di promuovere l'applicazione universale delle norme in materia di conflitto, considerato che il giudice dello Stato membro che decide di aprire una procedura d'insolvenza ha applicato le regole di giurisdizione proprie del regolamento comunitario. La proposta si basa sul fatto che la decisione di apertura sarà automaticamente riconosciuta, senza che si sia verificata la legge applicata dal giudice dello Stato di origine. In questo modo, il regolamento raggiungerebbe un equilibrio perfetto composto dalla somma dei seguenti fattori: applicazione delle norme europee di competenza + applicazione delle norme europee di conflitto di leggi + applicazione delle norme europee di riconoscimento, senza riesame della competenza giurisdizionale del giudice dello Stato di origine o di revisione della legge applicata da quest'ultimo.

Quanto agli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori, si propone di non applicare l'art. 4, par. 2, lett. *m*) qualora il soggetto che abbia beneficiato di un simile atto fornisca la prova che: *a*) tale atto è soggetto alla legge di uno Stato membro diverso da quello dello Stato di apertura della procedura e *b*) che la legge non consente, nella fattispecie, di impugnare tale atto con alcun mezzo. La proposta elimina l'attuale articolo 13 del regolamento, e opta nel senso di applicare agli atti pregiudizievoli la disciplina della legge dello Stato in cui la procedura fallimentare è stata aperta. Si sostiene, infatti, che l'attuale articolo 13 promuova atti fraudolenti, perché il debitore e la persona che trae beneficio da un atto pregiudizievole per la massa dei creditori possono scegliere liberamente la legge applicabile al contratto e, in questo modo, lasciare immune tutti gli atti pregiudizievoli.

Il gruppo propone, quanto all'art. 16 del regolamento, la specificazione che il

riconoscimento delle decisioni avviene “senza ulteriori formalità”. Inoltre, l’inserimento in calce all’articolo della seguente previsione: “in ogni caso, ogni parte che abbia interesse, può, in conformità con la procedura disciplinata all’art. 38 e seguenti del regolamento n. 44 del 2001, richiedere il riconoscimento della decisione con effetti di cosa giudicata.

Questa applicazione è utile in due casi: l’ipotesi in cui il giudice di uno Stato membro abbia rifiutato il riconoscimento automatico e quella in cui la parte sia interessata ad ottenere un riconoscimento della decisione con efficacia di giudicato, esigenza questa che potrebbe rientrare tra le ragionevoli aspettative delle parti.

Si propone inoltre l’inserimento di un paragrafo iniziale all’art. 24 (Prestazioni a favore del debitore) del seguente tenore: “1. Quando un contratto è concluso in uno Stato membro da parte di un debitore soggetto a procedura di insolvenza aperta in un altro Stato membro, il curatore nella procedura di insolvenza può riconoscere la validità di questo contratto, a condizione che, al momento della conclusione del contratto: *a*) non erano stati effettuati gli adempimenti pubblicitari previsti all’art. 21 del regolamento nello Stato membro in cui è stato concluso il contratto e *b*) le parti nel contratto erano entrambi in tale Stato membro.

Secondo il gruppo di giuristi spagnoli le norme vigenti in materia di conclusione di contratti dopo l’apertura della procedura d’insolvenza sono dubbi. La mera applicazione della legge dello Stato in cui la procedura d’insolvenza è stata aperta (articolo 4) non tiene in considerazione il fatto che il contratto sia stato concluso in uno Stato dove la procedura d’insolvenza non è stata oggetto di pubblicità. Ecco il motivo per cui la proposta riconosce il diritto in capo al curatore della procedura di insolvenza di “convalidare” i contratti stipulati in uno Stato membro in cui non erano stati adempiuti gli incombeni pubblicitari di cui all’art. 21 del regolamento. Il curatore considera tutte le circostanze del caso: in mancanza dei presupposti *a*) e *b*) sopra individuati, la validità del contratto concluso in un altro Stato è regolata dalla legge dello Stato in cui la procedura d’insolvenza è stata aperta.

Una piccola aggiunta viene proposta in calce all’art. 25 (riconoscimento ed esecuzione delle decisioni), dove s’inserisce la frase “dello stesso Stato membro”. Si tratta della formalizzazione del *dictum* della Corte di Giustizia nel caso *Christopher Seagon vs Deko*

marty Belgium. Come già osservato, i giudici dello Stato membro ove è stata aperta la procedura di insolvenza ha giurisdizione in relazione alle azioni ad essa connesse o correlate. L'azione, però, potrebbe essere stata intrapresa prima della decisione d'insolvenza da un altro giudice dello stesso Stato membro ed è ovvio che la decisione derivante debba essere riconosciuta secondo le norme del regolamento n. 1346 del 2000.

Quanto all'apertura della procedura secondaria d'insolvenza è proposto l'inserimento, in calce al par. 2 dell'art. 27, del seguente inciso: “[...] se la procedura principale di insolvenza rientra tra quelle indicate all'allegato B, i suoi effetti sono limitati ai beni del debitore situati nel territorio dello Stato membro.”

In riferimento al diritto di chiedere l'apertura di una procedura secondaria il Gruppo di studio propone, a specificazione della previsione di cui all'art. 29 lett. b) del regolamento, la seguente frase: “[...] a condizione che tale persona abbia un ragionevole interesse a richiedere l'apertura, e che tale interesse non pregiudichi l'insieme dei creditori.”

Il diritto individuale di richiedere l'apertura di una procedura d'insolvenza territoriale diventa un diritto di scegliere la legge applicabile a tutti i creditori. Ma l'interesse particolare di un creditore non corrisponde agli interessi della collettività dei creditori. Così, la legge del foro, così come formulata nel regolamento, può promuovere scelte opportuniste che l'inserimento proposto mira ad evitare. ⁽⁸⁴⁾

Ultima proposta del Gruppo di studio è quella relativa all'inserimento di un art. 38bis nel regolamento (CE) n. 1346/2000, con la contestuale modifica della rubrica del capitolo III nel senso di includervi non solo le procedure secondarie di insolvenza ma altresì “le altre procedure parallele”.

Tale nuovo articolo è così formulato: “1. L'art. 31, par 1 e 2, e l'art. 32 si applicano in caso di apertura di più procedure d'insolvenza prima dell'apertura di una procedura

⁸⁴⁾ Il Gruppo di studio porta quale esempio l'articolo 91,6 della legge fallimentare spagnola che, al fine di creare un incentivo per le procedure di insolvenza, premia l'apertura della procedura d'insolvenza con un privilegio generale nel pagamento dei diritti del creditore procedente fino a un quarto di la somma totale. Tale preferenza nei confronti del creditore richiedente nell'ambito del procedimento territoriale è del tutto fuori luogo, perché le ragioni che stanno dietro l'apertura di un procedimento territoriale devono essere correlate alla tutela della collettività dei creditori, e non alla tutela dell'interesse di uno solo di essi, la cui unica "ambizione" è essere privilegiato nei confronti della collettività.

principale di insolvenza. 2. L'art. 31, l'art. 33 e l'art. 34, par. 1, subpar. 1, e par. 3, si applicano in caso di apertura di una procedura di insolvenza di un'impresa madre e una o più imprese figlie del medesimo gruppo.”

Nel caso di apertura di più procedure territoriali c.d. “autonome” prima dell'apertura di una procedura principale d'insolvenza, innanzitutto tutti i curatori sono tenuti a collaborare e comunicare le informazioni tra di loro. Essi devono comunicare immediatamente qualsiasi informazione che possa essere utile nell'ambito delle altre procedure, in particolare in relazione alla situazione circa l'insinuazione e la verifica dei crediti e tutti i provvedimenti volti a porre fine alla procedura. Tuttavia, il paragrafo 3 riguardante l'obbligo del curatore della procedura secondaria di dare in tempo utile la possibilità al curatore della procedura principale di presentare proposte riguardanti la liquidazione o qualsiasi altro uso dell'attivo della procedura secondaria, non deve essere applicato nell'ipotesi di apertura di procedure territoriali “autonome” prima di un procedimento principale, perché si tratta di un particolare diritto del curatore della procedura principale, che non esiste nel caso in esame.

In relazione ai gruppi aziendali multinazionali è stata proposta l'applicazione seguente. Quanto all'articolo 31, il curatore della società madre e i curatori delle società controllate sono tenute a comunicare le informazioni l'un l'altro. Essi devono immediatamente comunicare qualsiasi informazione che possa essere utile per gli altri procedimenti. Fatte salve le norme applicabili a ciascuna procedura, tutti i liquidatori hanno il dovere di cooperare tra loro. I curatori delle procedure aperte relative a società figlie devono dare al curatore della società capogruppo l'opportunità di presentare proposte riguardanti la liquidazione o l'uso dei beni della procedura secondaria.

Quanto all'articolo 33, il giudice, che ha aperto una procedura con riferimento alle società controllate sospende, in tutto o in parte, le operazioni di liquidazione, salvo la facoltà di esigere, in tal caso, dal curatore della procedura principale, misure atte a garantire gli interessi dei creditori delle società controllate. La richiesta del curatore può essere respinta solo per mancanza manifesta d'interesse dei creditori della procedura della società madre.

Quanto all' 34, par. 1, subpar. 1, qualora la legge applicabile alle procedure aperte con riferimento a società controllate prevede la possibilità di chiudere la procedura senza

liquidazione, mediante un piano di risanamento, un concordato o una misura analoga, tale misura è proposta dal curatore della procedura relativa alla società madre.

Nello stesso senso, l'art. 34, numero 3, durante la sospensione della operazioni di liquidazione relative alla società controllata, disposta ai sensi dell'articolo 33, solo il curatore della procedura relativa alla società madre o il debitore, con il suo consenso, può proporre nella procedura relativa alle società figlie una delle misure indicate al par. 1 dell'art. 34. Tuttavia, l'articolo 34 paragrafo 1, subpar. 2 non deve essere esteso a gruppi aziendali multinazionali, perché non sembra necessario il consenso del curatore fallimentare della capogruppo, al fine di salvare una società controllata. Nello stesso senso, l'articolo 34 paragrafo 2 non deve essere esteso a gruppi di imprese multinazionali, perché riferibile in particolare alla procedura secondaria.

4.3. *Gli studi del Parlamento Europeo in materia di insolvenza*

Una serie di documenti di studio elaborati dalla Direzione Generale delle Politiche Interne – Affari Legali, risalente ad aprile 2011, sono degni di nota in quanto costituiscono il *background* sul quale si sono formate le raccomandazioni aventi ad oggetto la modifica e la revisione dei “punti caldi” del regolamento. Si tratta, in particolare, di quattro documenti aventi ad oggetto: “*Harmonisation of insolvency law at EU level: avoidance actions and rules on contracts*”⁽⁸⁵⁾, “*Harmonisation of insolvency law at EU level with respect to opening of proceedings, claims filing and verification and reorganisation*”⁽⁸⁶⁾, “*Insolvency proceedings in case of groups of companies: prospects of harmonisation at EU level*”⁽⁸⁷⁾, “*The revision of the EU*

⁸⁵⁾ Documento del *Directorate-general for internal policies – Policy department – Citizens'right and constitutional affairs*, 2011, reperibile sul sito www.europarl.europa.eu/studies del quale non si procederà ad un esame dettagliato, esulando dall'argomento specifico del presente lavoro.

⁸⁶⁾ Documento del *Directorate-general for internal policies - Policy department - Citizens'right and constitutional affairs*, 2011, reperibile sul sito www.europarl.europa.eu/studies del quale non si procederà ad un esame dettagliato, esulando dall'argomento specifico del presente lavoro.

⁸⁷⁾ Documento del *Directorate-general for internal policies - Policy department - Citizens'right and constitutional affairs*, 2011, reperibile sul sito www.europarl.europa.eu/studies

Insolvency regulation” (⁸⁸). E’ mia intenzione esaminare nello specifico gli ultimi due *workshops* citati.

4.3.1. Working group sulla revisione del regolamento sulle procedure di insolvenza (marzo 2011)

Preso atto dell’attività preliminare del Parlamento Europeo, finalizzata ad individuare i miglioramenti da apportare al regolamento (CE) n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza, il testo va in profondità rispetto ai passi necessari nella direzione di un nuovo assetto del regolamento stesso.

Dopo aver riconosciuto l’inadeguatezza di molte norme rispetto agli argomenti più problematici in materia d’insolvenza transfrontaliera ed altresì dato atto del lungo e difficoltoso cammino percorso in ambito comunitario per raggiungere ad una prima formalizzazione della norma regolamentare seppur a “basso tasso di armonizzazione” lo studio effettua un’elencazione delle principali limitazioni del regolamento: innanzitutto, allo stato, questo non si applica alle società di investimento (e non vi sono direttive specifiche applicabili, come nel caso di banche e compagnie assicurative); inoltre, il regolamento si applica solo nelle ipotesi di spossessamento del debitore, con nomina di un curatore, con la conseguente assenza di una norma *ad hoc* per l’ipotesi di debitore nel possesso dei beni, cui a rigore non si applica il regolamento (CE) n. 1346 del 2000; ulteriore limite è dato dalla circostanza che si applica solo al debitore che abbia il proprio Comi in uno Stato membro.

Con riferimento al futuro del regolamento il *workshop* cita l’art. 46 e individua i punti nodali sui quali ipotizzare un intervento.

Innanzitutto, il campo di applicazione del regolamento, di cui all’art. 1.

Il quesito è se estendere l’applicazione della norma europea non soltanto alle ipotesi in cui vi sia uno spossessamento del debitore, con la conseguente nomina di un curatore, ma anche ai casi di debitore nel possesso dei beni. L’evidente vantaggio di una simile inclusione è rappresentata dai maggiori margini di gestione affidati all’amministrazione

⁸⁸) Documento del *Directorate-general for internal policies - Policy department - Citizens'right and constitutional affairs*, 2011, reperibile sul sito www.europarl.europa.eu/studies

della società nella determinazione e nella gestione delle scelte aventi ad oggetto il futuro della società stessa; non possono però essere taciuti i rischi di parzialità e scarsa obbiettività di un tale ampliamento.

Si osserva, quanto all'art. 3 e all'individuazione del Comi ivi contenuta, che si tratta di un criterio eccessivamente lasco che ha generato, nei primi dieci anni di applicazione, un fenomeno molto ampio di *forum shopping*. Viene altresì affermato che l'intervento della Corte di Giustizia nel caso *Eurofood* sul punto, se ha avuto un certo ruolo nel circostanziare il criterio del Comi, ha in ogni caso lasciato spazio eccessivo a opere di manipolazione aventi un grande impatto sull'impianto sistematico dell'insolvenza comunitaria.

La questione, dunque, è se debba essere individuata una regola più stretta e circostanziata per definire il suddetto criterio oppure possa essere mantenuta la dizione di cui all'art. 3 del regolamento. Infine, sempre con riferimento alle questioni relative alla giurisdizione e ad un loro migliore coordinamento, il testo elaborato dalla Direzione Generale delle Politiche Interne pone il problema, che mi pare molto interessante, della disciplina dell'insolvenza laddove il Comi si trovi fuori dall'Unione Europea.

Attualmente il regolamento (CE) n. 1346/2000 non si applica nel caso in cui il Comi sia, appunto, collocato al di fuori dell'Unione Europea. Manca una previsione che stabilisca se uno Stato membro possa, o meno, aprire una procedura d'insolvenza in ipotesi di questo tipo né sono disciplinati il tipo di effetti che una procedura, se aperta, può produrre negli altri Stati membri. Si sottolinea in tal senso come sarebbe particolarmente utile inserire norme apposite nel regolamento finalizzate a disciplinare simili ipotesi. Regole che dovrebbero disciplinare i seguenti casi: *a)* il riconoscimento di una procedura non europea: l'ipotesi proposta è quella di incorporare nel regolamento le norme dell'*UNCITRAL Model law on cross border insolvency* in simili casi; *b)* l'apertura di procedure di insolvenza all'interno degli Stati membri: è ipotizzabile che in questi casi il debitore debba avere nello Stato membro una dipendenza e che tali procedure rientrino nel campo di applicazione del regolamento n. 1346 del 2000, come previsto dall'art. 3, par. 2; *c)* gli effetti di procedure di insolvenza così aperte rispetto agli altri Stati membri.

Un'ulteriore possibilità potrebbe essere quella di aggiungere una previsione con

riferimento specifico al riconoscimento di procedure extra-EU in casi in cui il Comi si trovi all'interno dell'Unione Europea. In questi casi, l'adozione della *UNCITRAL Model law on cross border insolvency* si potrebbe configurare come la soluzione ottimale.

4.3.2 Working group sulle procedure di insolvenza in caso di gruppi di società: prospettive di armonizzazione a livello europeo

Il testo presentato al Parlamento Europeo si propone d'individuare in che termini le procedure di insolvenza possano affrontare i problemi pratici che si configurano nell'ipotesi in cui un gruppo si trovi in una situazione di difficoltà.

La finalità della proposta è quella d'individuare i passi ancora da compiere in Europa per garantire che le leggi esistenti, relative all'insolvenza e al risanamento/ristrutturazione delle imprese, siano adeguate rispetto alla dinamica dei gruppi di società.

Ciò sulla base di alcune specifiche considerazioni.

Innanzitutto, la constatazione che i gruppi di società rappresentano, nella società contemporanea, la più importante e diffusa struttura societaria complessa in ambito europeo. Mancano però, sia a livello domestico, che in ambito comunitario, norme idonee a disciplinare l'ipotesi d'insolvenza e le necessità di riorganizzazione di tali strutture.

La nota mette in evidenza le modalità attraverso cui le conseguenze negative dell'insolvenza dei gruppi di società possono essere minimizzate attraverso un coordinamento amministrativo e, solo eccezionalmente, il superamento del limite della personalità giuridica.

Considera inoltre le modalità attraverso cui i giudici possono assistere il processo per mezzo di misure quali il coordinamento delle udienze e la nomina di un rappresentante unico di tutto il gruppo nell'ambito dell'insolvenza, sottolineando i benefici di una cooperazione generalizzata.

La predisposizione della nota è peraltro influenzata dai risultati raggiunti dal *Working*

Group V dell'UNCITRAL ⁽⁸⁹⁾.

Dal punto di vista procedurale, in sostanza, si sottolinea l'opportunità che l'insolvenza dei gruppi societari venga gestita da un unico giudice, che applica la legge della propria giurisdizione in materia. Una soluzione che agevolerebbe il coordinamento e la trasmissione delle informazioni, permettendo un risparmio sui costi, una massimizzazione del valore dei beni e un aumento delle *chances* di salvataggio del gruppo. La proposta, peraltro, è forte dell'applicazione a livello giurisprudenziale, da parte di giudici di Stati membri diversi, della teoria del *head office* che si ritiene applicabile *de plano* con riferimento ai gruppi controllati a livello centrale.

Quanto ai gruppi orizzontali, si suggerisce di mettere a punto una serie di norme di cooperazione fra i giudici e i rappresentanti fallimentari, sulla base della UNCITRAL *Legislative Guide*.

4.4. Risoluzione del Parlamento europeo del 15 novembre 2011 sulle raccomandazioni alla Commissione sulle procedure d'insolvenza nel contesto del diritto societario dell'UE (2011/2006(INI))

Il 15 novembre 2011, il Parlamento Europeo ha approvato un testo, finalizzato a preparare il campo all'imminente relazione della Commissione sull'applicazione del regolamento n. 1346 del 2000, il cui termine di presentazione, ex art. 46 del medesimo regolamento, è fissato entro il 1° giugno 2012.

Si tratta di un testo molto interessante poiché riassume e raccoglie, in ottica sintetica, le proposte sviluppatesi a livello dottrinale, di cui si è dato ampiamente atto nei capitoli precedenti.

Il Parlamento, sin dalle premesse, dà atto dei risultati raggiunti dalla Corte di Giustizia nell'interpretazione del regolamento e cita, infatti, le sentenze *Eurofood* del 2 maggio

⁸⁹⁾ *United Nations Commission on International Trade Law Forty-fifth session 18 June-6 July 2012, New York [or 9-27 July 2012, Vienna], Report of Working Group V (Insolvency Law) on the work of its fortieth session (Vienna, 31 October-4 November 2011)*, reperibile sul sito <http://daccess-dds-n.yun.org/doc/UNDOC/GEN/V11/872/54/PDF/V1187254.pdf?OpenElement>

2006 ⁽⁹⁰⁾, *P Akzo Nobel NV vs Commissione delle Comunità Europee* del 10 settembre 2009 ⁽⁹¹⁾ e *MG Probud Gdynia sp. z.o.o.* del 21 gennaio 2010 ⁽⁹²⁾,

Le linee direttrici della proposta di risoluzione possono essere ripartite in quattro rami.

Da una parte, la necessità di una spinta ulteriore verso l'armonizzazione dei diritti domestici.

Si osserva, infatti, come le disparità tra le legislazioni nazionali in materia di insolvenza determinano vantaggi o svantaggi concorrenziali e difficoltà per le imprese con attività transfrontaliere, che potrebbero ostacolare il buon esito delle operazioni di ristrutturazione delle imprese insolventi, favorendo il c.d. *forum-shopping*. In riferimento a tale fenomeno si sottolinea la necessità, in termini generali, di prevenirne l'abuso, e la diffusione. Il Parlamento prende atto che la creazione di un *corpus* unico di norme di diritto fallimentare a livello europeo non è possibile ma, sul presupposto che esistono determinati settori del diritto fallimentare in cui un'armonizzazione è utile e realizzabile e che sussiste una progressiva convergenza delle normative fallimentari nazionali degli Stati membri, propende per una sempre maggiore uniformità delle discipline interne.

Secondo aspetto d'importanza fondamentale è la necessità di una revisione del regolamento (CE) n. 1346/2000.

Il Parlamento osserva come il regolamento comunitario sulle procedure d' insolvenza sia il frutto di un lunghissimo processo di negoziazione che ha avuto come conseguenza il fatto che venissero trascurate molte questioni delicate. Ammette, peraltro, che, su diversi temi, l'approccio del regolamento risultasse già obsoleto al momento della sua adozione e osserva come dall'entrata in vigore del regolamento sulle procedure di insolvenza, ormai dieci anni orsono, sono intervenuti molti cambiamenti, 12 nuovi Stati membri sono entrati a far parte dell'Unione e il fenomeno dei gruppi societari è notevolmente aumentato. Peraltro, la nozione stessa di insolvenza è mutata, essendo, al momento, maggiormente incentrato sul salvataggio delle società quale alternativa alla liquidazione. Le procedure di risanamento vengono riconosciute come la scelta

⁹⁰⁾ *Eurofood*, cit.

⁹¹⁾ Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 10 settembre 2009, causa C-97/08, *Akzo Nobel NV e altri vs Commissione delle Comunità europee*, reperibile sul sito www.curia.eu

⁹²⁾ *MG Probud Gdynia sp. z.o.o.*, cit.

“preferibile”, poiché il salvataggio, quando possibile, è vantaggioso per il debitore, i creditori e i dipendenti. Nell’ottica di emendamento del regolamento comunitario, vengono sottolineati una serie di aspetti quali l’opportunità d’istituire un quadro giuridico più adeguato per i casi di temporanea insolvenza di una società, ossia stabilire se le difficoltà finanziarie di una società siano soltanto di natura transitoria o se invece la società sia completamente insolvente.

Con riferimento all’insolvenza dei gruppi di società, terzo aspetto specifico, la Raccomandazione premette trattarsi di un fenomeno ormai comune, ma non ancora affrontato a livello di Unione; un fenomeno dal quale può scaturire l’avvio di molteplici procedure d’insolvenza separate nell’ambito di giurisdizioni diverse con riferimento a ciascuno dei membri del gruppo insolvente. Salvo il caso in cui sia possibile coordinare tali procedure, osserva il Parlamento, è improbabile che il gruppo possa riorganizzarsi nel suo insieme e potrebbe essere necessario disgregare le singole parti costitutive, con conseguenti perdite per creditori, azionisti e dipendenti. Il Parlamento premette come attualmente, in caso di insolvenza dei gruppi societari, il risanamento, quale scelta preferenziale, risulta difficilmente realizzabile nell’Unione a causa delle divergenze tra le normative degli Stati membri, con conseguente rischio per migliaia di posti di lavoro. Quarto aspetto cui il Parlamento Europeo attribuisce rilevanza specifica è la necessità di sviluppare l’interconnessione dei registri fallimentari, con conseguente creazione di una base di dati dell’Unione Europea sulle procedure di insolvenza, disponibile su vasta scala e completo, che consentirebbe ai creditori, agli azionisti, ai lavoratori e ai giudici di stabilire se sono state aperte procedure di insolvenza in un altro Stato membro e di conoscere i termini di scadenza e i dettagli per l’insinuazione del credito.

Una serie di raccomandazioni particolareggiate è poi contenuta in ordine al contenuto della proposta richiesta alla Commissione.

4.4.1. Raccomandazioni concernenti l’armonizzazione di aspetti specifici del diritto societario e del diritto fallimentare

Il Parlamento europeo propone l’armonizzazione delle condizioni in base alle quali è possibile aprire una procedura di insolvenza: una direttiva dovrebbe armonizzare gli

aspetti connessi all'apertura delle procedure in base alle seguenti modalità: *a)* è possibile aprire una procedura di insolvenza nei confronti di debitori che siano persone fisiche, persone giuridiche o associazioni non riconosciute; *b)* le procedure di insolvenza siano avviate tempestivamente in modo da consentire il salvataggio di un'impresa in difficoltà; *c)* è possibile aprire le procedure di insolvenza sui beni dei suddetti debitori, sui beni di soggetti privi di personalità giuridica (ad esempio, un gruppo europeo di interesse economico), sulla massa ereditaria e sui beni in comunione; *d)* in caso di temporanea insolvibilità ogni società può, per tutelarsi, avviare una procedura di insolvenza; *e)* è possibile aprire le procedure di insolvenza anche dopo lo scioglimento di un soggetto giuridico o di un soggetto privo di personalità giuridica, nella misura in cui la ripartizione dell'attivo non sia ancora avvenuta ovvero laddove sussista un attivo residuo; *f)* un giudice o un'altra autorità competente può aprire una procedura di insolvenza, su domanda trasmessa per iscritto da un creditore o dal debitore: la domanda di apertura della procedura può essere revocata fintanto che la procedura non sia stata aperta o la domanda non sia stata rigettata da un giudice; *g)* un creditore può domandare l'apertura di una procedura qualora sia titolare di un interesse legittimo e dimostri in modo credibile di vantare un credito; *h)* è possibile aprire una procedura se il debitore è insolvente, ossia non è in grado di soddisfare le proprie obbligazioni di pagamento; se la domanda è presentata dal debitore, la procedura può anche essere aperta se l'insolvenza del debitore è imminente, ossia se è prevedibile che il debitore non sarà in grado di soddisfare le proprie obbligazioni di pagamento; *i)* per quanto concerne l'obbligo del debitore di presentare istanza di fallimento, la procedura deve essere aperta in un lasso di tempo compreso fra uno e due mesi dalla cessazione dei pagamenti, a meno che il giudice non abbia già avviato un procedimento preliminare ovvero abbia adottato opportuni provvedimenti a tutela dell'attivo e a condizione che gli attivi siano sufficienti a coprire i costi della procedura di insolvenza; *l)* gli Stati membri sono tenuti a stabilire norme che introducano la responsabilità del debitore in caso di mancata o inadeguata domanda e a prevedere sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive.

Un'ulteriore raccomandazione concerne l'armonizzazione di taluni aspetti connessi all'insinuazione al passivo dei crediti.

Il Parlamento europeo propone l'armonizzazione delle condizioni in base alle quali si devono presentare le domande di insinuazione al passivo dei crediti nell'ambito di una procedura di insolvenza. Il Parlamento europeo ritiene che una direttiva dovrebbe armonizzare gli aspetti di cui sopra in base alle seguenti modalità: *a)* la data per la determinazione dei crediti insoluti coincide con quella della sopraggiunta insolvibilità del datore di lavoro, ovvero la data della decisione relativa alla domanda di apertura della procedura di insolvenza o la data in cui la domanda di apertura della procedura è stata rigettata a motivo della mancata copertura dei costi; *b)* i creditori presentano le loro domande al curatore in forma scritta entro un periodo di tempo prestabilito; *c)* gli Stati membri sono tenuti a determinare il suddetto periodo di tempo tra uno e tre mesi, a partire dalla data di pubblicazione della decisione di fallimento; *e)* il creditore è tenuto a presentare una documentazione a sostegno della sua domanda; *f)* il curatore redige un prospetto di tutti i crediti insinuati al passivo e tale prospetto è presentato al giudice competente, quale definito ai sensi dell'articolo 2, lettera *d)*, del regolamento sulle procedure di insolvenza; *g)* le domande di insinuazione al passivo tardive, vale a dire le domande da parte di un creditore che non ha rispettato il termine stabilito per presentare la domanda di insinuazione al passivo, devono essere verificate, ma possono comportare costi aggiuntivi per il creditore in questione.

Il Parlamento raccomanda inoltre l'armonizzazione degli aspetti connessi alle azioni revocatorie in base alle seguenti modalità: *a)* le legislazioni degli Stati membri prevedono la possibilità di impugnare gli atti compiuti prima dell'apertura delle procedure considerati pregiudizievoli per i creditori; *b)* gli atti che possono essere oggetto di un'azione revocatoria sono le transazioni in una situazione di insolvenza imminente, la costituzione di diritti di garanzia, le transazioni con le parti correlate e le transazioni effettuate con l'intento di frodare i creditori; *c)* il periodo di tempo entro cui un atto può essere oggetto di un'azione revocatoria varia a seconda della natura dell'atto in questione; tale intervallo di tempo ha inizio con la data della domanda di apertura della procedura e può essere compreso fra i tre e i nove mesi per le transazioni effettuate in una situazione di insolvenza imminente, fra i sei e i dodici mesi per la costituzione di diritti di garanzia, fra uno e due anni per le transazioni con le parti correlate e fra i tre e i cinque anni per le transazioni effettuate con l'intento di frodare i creditori; *d)* l'onere

della prova riguardo all'ammissibilità o alla inammissibilità dell'azione incombe, in linea di principio, sulla parte che sostiene l'azione; per le transazioni con le parti correlate, l'onere della prova incombe sul soggetto correlato.

L'armonizzazione deve investire, secondo il Parlamento, anche gli aspetti generali connessi ai requisiti richiesti per la qualifica e l'operato del curatore: *a)* il curatore deve ottenere l'approvazione dell'autorità competente di uno Stato membro oppure essere nominato da un giudice competente di uno Stato membro, deve godere di una buona reputazione e deve avere il grado di istruzione necessario per l'esercizio delle sue funzioni; *b)* il curatore deve disporre delle competenze e delle qualifiche necessarie a valutare la situazione dell'entità del debitore e ad assumere i compiti di gestione della società; *c)* in caso di apertura di una procedura di insolvenza principale è opportuno che il curatore sia autorizzato a decidere, entro un termine di sei mesi e con effetto retroattivo, in merito alle misure di tutela dell'attivo da applicare qualora una società abbia proceduto al trasferimento dei capitali; *d)* in alternativa al trasferimento dei crediti, il curatore deve avere la facoltà di recuperare le somme dovute alla società attraverso apposite procedure a carattere prioritario da esperire prima del soddisfacimento dei creditori; *e)* il curatore deve essere indipendente rispetto ai creditori e alle altre parti coinvolte nell'ambito delle procedure di insolvenza; *f)* in caso di conflitto di interessi, il curatore deve dimettersi dal suo incarico.

Ulteriore aspetto da armonizzare è quello relativo agli aspetti connessi all'elaborazione, all'impatto e ai contenuti dei piani di risanamento in base alle seguenti modalità: *a)* quale alternativa al rispetto delle norme ordinarie, i debitori o i curatori possono presentare un piano di risanamento; *b)* il piano deve contenere norme sulla soddisfazione dei creditori e la responsabilità del debitore dopo la conclusione della procedura di insolvenza; *c)* il piano deve contenere tutte le informazioni pertinenti che consentano ai creditori di decidere se accettare o meno tale piano; *d)* il piano deve essere approvato o respinto nell'ambito di una procedura specifica dinanzi al giudice competente; *e)* i creditori privilegiati o le parti non interessate dal piano non dovrebbero avere diritto di voto in merito a quest'ultimo, o, almeno, non dovrebbero avere la facoltà di porre un veto sullo stesso.

4.4.2. Raccomandazioni concernenti la revisione del regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure d'insolvenza.

4.4.2.1. L'ambito di applicazione del regolamento sulle procedure di insolvenza

Il Parlamento europeo ritiene che sia opportuno ampliare l'ambito di applicazione del regolamento sulle procedure di insolvenza, onde includere le procedure di insolvenza in cui il debitore rimane in possesso dei suoi beni o nelle quali si è proceduto alla nomina di un curatore provvisorio. È opportuno rivedere di conseguenza l'allegato A del regolamento in questione. Ciò offrirebbe al debitore in possesso dei beni una serie di meccanismi per risanare l'azienda.

4.4.2.2. La definizione di «centro degli interessi principali»

Il Parlamento europeo ritiene che il regolamento sulle procedure d'insolvenza debba includere una definizione del termine «centro degli interessi principali» atta a prevenire i casi di «forum-shopping» fraudolento. Il Parlamento europeo propone d'inserire una definizione formale, sul modello della formulazione del considerando 13, basata sul concetto della riconoscibilità oggettiva da parte dei terzi ⁽⁹³⁾.

E' interessante notare come il Parlamento sottolinei la necessità di evitare un particolare tipo di *forum shopping*, qualificabile come “fraudolento”.

Il Parlamento ritiene che la definizione di Comi dovrebbe tenere conto di fattori quali il luogo, riconoscibile dall'esterno, in cui si svolgono le principali attività dell'impresa, l'ubicazione dei beni, il centro delle attività operative o di produzione, l'ambiente di lavoro dei dipendenti, ecc.

4.4.2.3. La definizione di «dipendenza» nel quadro delle procedure secondarie.

Il Parlamento europeo ritiene che il regolamento sulle procedure d'insolvenza debba includere una definizione di «dipendenza» intesa come qualsiasi luogo di operazioni in

⁹³⁾ La relazione sulla proposta di regolamento del Consiglio relativo alle procedure di insolvenza della commissione giuridica e del mercato interno (relatore Kurt Lechner), doc. A5-0039/2000, reperibile sul sito www.europarl.europa.eu, proponeva la seguente definizione da inserire nell'ambito dell'art. 2 del regolamento: “centro degli interessi principali del debitori: il luogo a partire dal quale il debitore intrattiene principalmente relazioni commerciali ed esercita attività economiche di altro tipo e con il quale intrattiene pertanto strettissimi rapporti”

cui il debitore esercita in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni e servizi. Devono dunque essere ricompresi nella nozione di dipendenza anche i servizi, non ricompresi nella nozione originariamente proposta dal regolamento.

4.4.2.4. La cooperazione fra i giudici

Il Parlamento europeo ritiene che l'articolo 32 del regolamento sulle procedure d'insolvenza debba contemplare un obbligo esplicito d'informazione e collaborazione non solo fra i curatori, ma anche fra i giudici.

In caso di apertura di procedure d'insolvenza principali e secondarie, è opportuno armonizzare e ridurre i tempi di svolgimento delle stesse.

4.4.2.5. Taluni aspetti delle azioni revocatorie

Il Parlamento europeo ritiene che sia necessaria una revisione dell'articolo 13 del regolamento sulle procedure d'insolvenza, in modo che lo stesso non incentivi le azioni revocatorie transfrontaliere e anzi contribuisca a prevenire l'esito positivo di queste ultime per mezzo di clausole sulla legge applicabile.

In ogni caso, la revisione delle norme che disciplinano le azioni revocatorie, dovrebbe considerare l'opportunità che le controllate «sane» di una *holding* insolvente non siano indotte a uno stato d'insolvenza a causa di azioni revocatorie ma piuttosto vendute nell'interesse dei creditori in quanto aziende funzionanti.

4.4.2.6. L'insolvenza dei gruppi societari

In conseguenza dei diversi livelli d'integrazione che possono esistere nell'ambito dei gruppi societari, il Parlamento europeo ritiene che la Commissione debba presentare una proposta flessibile per disciplinare le situazioni di insolvenza dei gruppi societari, tenendo conto di quanto segue.

Qualora l'assetto operativo/proprietario lo consenta, sarebbe opportuno ricorrere al seguente approccio:

La procedura dovrebbe essere aperta nello Stato membro in cui è situata la sede operativa del gruppo. Il riconoscimento dell'apertura della procedura dovrebbe essere

automatico.

L'apertura della procedura principale dovrebbe determinare la sospensione delle procedure aperte in un altro Stato membro nei confronti di altri membri del gruppo.

È opportuno designare un curatore fallimentare unico.

In ogni Stato membro in cui è aperta una procedura secondaria dovrebbe essere istituito un comitato volto a difendere e a rappresentare gli interessi dei creditori e dei lavoratori locali. Qualora sia impossibile stabilire a quali debitori appartengano i vari attivi, o effettuare una valutazione dei crediti infragruppo, si dovrebbe ricorrere, in via eccezionale, all'aggregazione delle masse attive.

Per le procedure d'insolvenza in relazione ai gruppi decentrati, lo strumento dovrebbe prevedere quanto segue:

La predisposizione di norme *a)* sull'obbligo di coordinamento e cooperazione fra i giudici, fra giudici e rappresentanti fallimentari e fra i diversi rappresentanti; *b)* sul riconoscimento immediato delle sentenze concernenti l'apertura, lo svolgimento e la chiusura delle procedure di insolvenza e delle sentenze emesse in relazione a tali procedure; *c)* per l'accesso alla giustizia di curatori e creditori; *d)* per agevolare e promuovere il ricorso a diverse forme di cooperazione fra i giudici, per coordinare le procedure di insolvenza e stabilire le condizioni e le garanzie che occorre applicare a dette forme di cooperazione (tali norme potrebbero interessare lo scambio di informazioni, il coordinamento delle operazioni e la redazione di soluzioni comuni, quali: la trasmissione delle informazioni fra i giudici con ogni mezzo; il coordinamento dell'amministrazione e la supervisione dei beni e degli affari del debitore; le trattative; l'approvazione e l'attuazione di accordi di insolvenza concernenti il coordinamento delle procedure; il coordinamento delle audizioni); *e)* che consentano e favoriscano la nomina di un curatore comune per tutte le procedure, designato dai giudici interessati e assistito dai rappresentanti locali riuniti in un comitato direttivo; *f)* che siano volte a stabilire la procedura che disciplina la cooperazione fra i membri del comitato direttivo; *g)* che consentano e favoriscano gli accordi d'insolvenza transfrontalieri volti ad affrontare l'attribuzione delle responsabilità, per i diversi aspetti connessi allo svolgimento e alla gestione delle procedure fra i diversi giudici interessati e fra i rappresentanti fallimentari, fra cui:

1. l'attribuzione delle responsabilità fra le parti che hanno concluso l'accordo;
2. la disponibilità e il coordinamento dei rimedi;
3. il coordinamento del recupero dei beni a vantaggio generale dei creditori;
4. la presentazione e il trattamento delle domande di insinuazione del credito;
5. i metodi di comunicazione, compresi lingua, frequenza e mezzi;
6. l'utilizzo e la cessione dei beni;
7. il coordinamento e l'armonizzazione dei piani di riassetto;
8. le questioni strettamente attinenti all'accordo, fra cui le modifiche e la rescissione;
9. l'interpretazione, l'efficacia e la risoluzione delle controversie;
10. la gestione delle procedure, in particolare per quanto concerne le sospensioni delle procedure o gli accordi fra le parti riguardo al mancato ricorso a talune azioni legali;
11. le garanzie;
12. i costi e le spese.

4.4.2.7. La creazione di un registro UE delle insolvenze.

Il Parlamento europeo propone d'istituire un registro unionale delle insolvenze nel quadro del portale europeo della giustizia elettronica, che per ogni procedura d'insolvenza transfrontaliera aperta indichi almeno:

- le decisioni e le sentenze del giudice competente;
- la nomina del curatore e i suoi recapiti;
- i termini per l'insinuazione al passivo dei crediti.

La trasmissione di tali dati al registro unionale da parte dei giudici dovrebbe essere resa obbligatoria.

Le informazioni dovrebbero essere redatte nella lingua ufficiale dello Stato membro in cui la procedura è aperta e in inglese.

CONCLUSIONI

Tirare le somme, a livello argomentativo, è sempre l'operazione più ardua.

Il compito si connota di particolare difficoltà in riferimento al particolare tema trattato nel presente studio. Ciò per una serie di motivi che impediscono l'elaborazione di conclusioni organiche e che risiedono, innanzitutto, nelle caratteristiche proprie dell'insolvenza transfrontaliera, tradizionalmente sfuggente a definizioni univoche per l'estrema varietà nell'impostazione delle norme domestiche in materia fallimentare. A ciò si aggiunge la ritrosia, dimostrata dai singoli Stati membri nell'ambito del quarantennale sforzo di inquadrare il tema in ambito europeo, a cedere anche solo esigue porzioni di sovranità a favore di una disciplina globale delle procedure concorsuali con implicazioni non esclusivamente interne.

Con specifico riguardo al regolamento (CE) n. 1346/2000, si è dato atto nei capitoli precedenti di come quest'ultimo si inserisca di certo tra quelle norme europee a "basso tasso di armonizzazione", una caratteristica, questa, che ha costellato la sua applicazione di frequenti quanto frammentari interventi interpretativi della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, destinati, nei fatti, a ricondurre a sistema l'impostazione della materia di fronte all'atteggiamento ribelle degli Stati membri.

E' peculiare, infatti, il ruolo assunto dai giudici europei che, da un lato, sin dalle prime pronunce, si sono visti investiti della funzione di "guardiani" rispetto alle spinte centrifughe degli Stati membri: dall'altro, sono stati individuati quali destinatari del compito, scomodo, di colmare in via interpretativa i numerosi vuoti di disciplina contenuti nel regolamento sull'insolvenza.

Quest'ultimo è, infatti, il frutto di un lunghissimo e complesso processo negoziale, di cui si è dato atto nel primo capitolo del presente studio. Un cammino lungo ed irto di difficoltà, che ha avuto come conseguenza il fatto che venissero trascurate molte questioni delicate e che su diverse tematiche l'approccio della normativa europea risultasse già obsoleto al momento della sua adozione.

Di certo, su alcuni temi strettamente attinenti la giurisdizione, quali sono la definizione

del Comi e l'individuazione del criterio di giurisdizione per le azioni connesse e/o correlate all'insolvenza, la Corte di Giustizia ha avuto un ruolo interpretativo fondamentale (si pensi alle notissime pronunce *Eurofood* e *Deko Marty Belgium*).

Non può essere sottovalutata, però, la persistenza di falle nella disciplina regolamentare, che fanno propendere per l'opportunità di un intervento legislativo di modifica.

La prima, riguarda proprio il tema centrale dell'intero regolamento (e di questo studio), ossia il criterio di giurisdizione rappresentato dal Comi. Se, come si è cercato di evidenziare nel presente studio, la pronuncia *Eurofood* ha fornito un aiuto all'interprete di fronte alla laconicità della definizione fornita all'art. 3, par. 1 del regolamento riguardo al "centro degli interessi principali", è evidente che la Corte di Giustizia non è riuscita a risolvere la questione più urgente, ossia, quanto alle persone giuridiche, il tipo di gestione che rileva ai fini della localizzazione del Comi e la corretta applicazione della presunzione a favore della sede.

Prova dell'inadeguatezza del combinato disposto costituito dall'art. 3., par. 1, e dal considerando 13 da una parte, e dalla pronuncia *Eurofood* dall'altra, è *in primis* il fatto che i giudici interni, anche dopo tale pronuncia, abbiano continuato ad assumere posizioni variegate in riferimento al concetto di gestione degli interessi (puntando in alcuni casi sul c.d. *Head office approach* e in altri casi sul dato della gestione quotidiana dell'attività) ed aggirando, spesso in modo fantasioso, il rigido *dictat* della Corte di Giustizia in relazione al superamento della presunzione di coincidenza con la sede statutaria del centro degli interessi principali.

Altro indice dell'inadeguatezza del rigido criterio di individuazione del Comi formalizzato dalla pronuncia *Eurofood* è, inoltre, il dato empirico che, a distanza di più di cinque anni dalla pronuncia appena citata, il Tribunale di Bari abbia ritenuto necessario interpellare nuovamente la Corte di Giustizia nel caso *Interedil* proprio al fine di ottenere una migliore delimitazione del concetto stesso, interrogando i giudici in merito al carattere autonomo, o meno, della nozione dei Comi, e circa l'individuazione dei fattori determinanti per la sua identificazione.

Ebbene, credo che proprio in riferimento a tale aspetto, i temi siano maturi per una codificazione della nozione di "centro degli interessi principali" in termini maggiormente capillari, che si basi sul concetto della riconoscibilità oggettiva da parte

dei terzi, strutturata sul modello del considerando 13 del regolamento, debba essere inserita nel corpo della norma comunitaria, con una riscrittura dell'art. 3, par. 1 idonea a ridurre al minimo i dubbi applicativi ed assicurare così la tenuta dell'intero sistema.

Sempre in tema di giurisdizione, ma sulla diversa materia delle azioni connesse e/o correlate all'insolvenza, si è dato atto di come, sulla scia del caso *Seagon vs Deko Marty Belgium*, la Corte di Giustizia sia intervenuta con due ulteriori pronunce che hanno ribadito il principio della *vis attractiva concursus* a livello europeo. Si tratta del caso *SCT Industri AB i likvidation vs Alpenblume* ⁽¹⁾ e del caso *German Graphics Graphische Maschinen GmbH Alice van der Schee* ⁽²⁾ con cui i giudici hanno ulteriormente specificato la portata del principio interpretativo elaborato con il *leading case Deko Marty Belgium* con riferimento, da una parte, ad una cessione di quote sociali effettuata dal curatore nell'ambito di una procedura di insolvenza già aperta e, dall'altra, in materia di clausola di riserva di proprietà.

Ancora più recente, poi, la Corte di Giustizia, nel caso *F-Tex SIA vs Lietuvos-Anglijos UAB "JadecLOUD-Vilma"* ⁽³⁾ conferma la tendenza europea a ritenere rientranti nel campo di applicazione del regolamento solo quelle azioni che risultano strettamente connesse alla procedura d'insolvenza, con un'applicazione generalizzata del principio della *vis attractiva concursus*.

Credo che tale risultato, raggiunto in via interpretativa dalla Corte di Giustizia, che ha colmato, con un'attività "creativa" (più che interpretativa) di diritto, un evidente *vulnus* normativo, meriti oggi una codificazione normativa.

Una seconda osservazione, che è in realtà una constatazione, riguarda le notevoli difformità tra il panorama economico che ha costituito la matrice per la codificazione originaria del regolamento, e la realtà odierna: una differenza che si esplica, principalmente, su due fronti. Quello della presenza ormai in termini di prevalenza, diversamente dal passato, dei gruppi di società, quale forma prevalente di struttura imprenditoriale e quella, sul versante patologico, della preferenza della scelta del

¹⁾ Sentenza 2 luglio 2009, C-111/08, *SCT Industri AB i likvidation contro Alpenblume AB*, reperibile sul sito www.curia.eu pubblicato in GU C 205 dal 29.08.2009 pag. 8.

²⁾ Sentenza 10 settembre 2009, C-292/08, *German Graphics Graphische Maschinen GmbH vs A. van der Schee, acting as liquidator of Holland Binding BV*, reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu.

³⁾ Sentenza della Corte di Giustizia (Prima Sezione), 19 aprile 2012, C-213/10, *F-Tex SIA vs Lietuvos-Anglijos UAB "jadecLOUD-Vilma"*, reperibile sul sito www.curia.eu.

risanamento piuttosto che della liquidazione della società, nell'ipotesi d'insolvenza.

Quanto a quest'ultimo aspetto, l'impianto generale del regolamento (CE) n. 1346/2000, disegnato sulla realtà concorsuale vigente nei primi anni 2000, incardinata sull'aspetto liquidatorio del fallimento, si rivela spesso mal adattabile (e soprattutto poco funzionale) nei casi in cui l'interesse primario della procedura sia quello, spesso prevalente, di raggiungere un accordo per il salvataggio dell'impresa. Come si è cercato di sottolineare nel presente studio, del resto, proprio la volontà di seguire un *iter* di questo tipo nonostante l'inadeguatezza del sistema, ha portato, in alcuni casi, a forzature nell'interpretazione delle norme in materia di giurisdizione, al fine di mantenere un'unitarietà di procedure non sempre fisiologicamente tale.

Proprio in questo senso, credo che un ripensamento generale debba essere dedicato, *in primis*, al ruolo da attribuire alla procedura secondaria. Se è indubbio il ruolo rivestito da queste ultime nella lotta al fenomeno del *forum shopping*, nel caso in cui un soggetto chieda e ottenga l'apertura di una procedura principale in un luogo che non corrisponde al reale centro di attività, va considerato come la legittimazione all'apertura di questo tipo di procedure, affidata a qualsiasi creditore che ne abbia interesse e sulla base della sola presenza di una "dipendenza" nel territorio, costituisca un'arma a doppio taglio e possa portare in alcuni casi, a risultati aberranti. Si pensi all'ipotesi, approfondita nel capitolo IV del presente studio, in cui l'interesse primario sia quello di mantenere la procedura di insolvenza unitaria (ad es. l'ipotesi di vendita "in blocco" della massa di attività imprenditoriali globalmente intese). Ebbene, in questi casi le *chances* di successo di salvataggio e/o di vendita dell'impresa sono minacciate dalla possibilità che uno o più soggetti, senza bisogno di alcuna valutazione generale circa l'opportunità di una simile operazione per la massa dei creditori, globalmente considerati, chieda l'apertura di procedure locali così di fatto vanificando le probabilità di recupero "conservativo" dell'impresa stessa.

Credo che, dunque, proprio in relazione a tali tipi di procedure, sia innanzitutto opportuna l'eliminazione della previsione, eccessivamente e rigida e, a parere di chi scrive, anacronistica, per cui la procedura secondaria può avere esclusivamente natura liquidatoria, e debba essere preferita una disciplina ampia che, caso per caso, valuti la caratterizzazione meglio adeguata per tale tipo di procedure.

Pur confermando la tenuta del binomio universalità/territorialità, inoltre, credo che la possibilità di apertura di una procedura di insolvenza secondaria, oltre ad essere subordinata al limite, già presente, della presenza, nel territorio di apertura, di una dipendenza del debitore, debba essere sottoposta ad una sorta di “test d’ingresso”: venga cioè preventivamente vagliata dagli organi della procedura principale (ad esempio il curatore), così da poter effettuare un pronostico dell’impatto di una simile frammentazione proprio sugli interessi dei creditori globalmente intesi.

Resta poi da analizzare, in conclusione, il tema “caldo” dei gruppi di società.

Nei paragrafi precedenti si è tentato di dare conto del fermento di iniziative, a livello dottrinale e giurisprudenziale, finalizzate a trovare una disciplina ad un aspetto del tutto taciuto dal regolamento sull’insolvenza che però, negli anni, ha acquisito un impatto non trascurabile.

Richiamando quanto già esposto, credo che la complessità del tema e le infinite varianti fattuali in relazione alla tematica dei gruppi di società facciano propendere, per ora, per una nuova disciplina che, piuttosto che incidere direttamente sulla giurisdizione, rinunci alle ipotesi di *pan-european legislation* a favore di una decisa implementazione e miglioramento delle capacità di coordinamento e cooperazione tra curatori delle procedure delle singole società (ad esempio con la nomina di un “curatore di gruppo”), tra curatori e giudici ed altresì tra giudici tra loro. A ciò si dovrà aggiungere, peraltro, una migliore individuazione dei poteri dei curatori delle singole procedure ed una più ficcante definizione dei rapporti gerarchici tra tali soggetti, così da ridurre al minimo le ipotesi di stallo (con i conseguenti ritardi e costi che ciò rappresenta) e garantire una gestione quanto più possibile fluida, a livello procedurale, di operazioni che, a livello sostanziale, già si connotano per differenze spesso radicali.

Il tema è molto complesso ma pare che gli organi comunitari abbiano colto senz’altro l’urgenza di un intervento chiarificatore. Testimonianza ne è la serie di proposte avanzate al Parlamento europeo nell’ottica di revisione prevista all’art. 46 del regolamento, con scadenza al 1 giugno 2012 che, a questo punto, si attendono con curiosità.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV.**, *Cross border insolvency, intellectual property litigation, arbitration and ordre public*, a cura di Sturmer-Kawano, Tubingen, 2011;
- APICE**, *Revocatoria fallimentare di pagamento fatto allo straniero e giurisdizione italiana*, in *Il fall*, 1988, p. 806 ss.
- ASIMACOUPOULOS**, *The insolvency and restructuring of corporate groups, in the future of the european insolvency regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam – the Netherlands, p. 48, reperibile sul sito www.eir-reform.eu.
- BACCAGLINI**, *Il caso eurofood: giurisdizione e litispendenza nell'insolvenza transfrontaliera*, in *Int'l Lis*, 2006, p. 123 ss.;
- BACHNER**, *The battle over jurisdiction in ec insolvency law*, in *European company and financial law review*, 3-4, 2006, p. 310 ss.;
- BALZ**, *The european convention on insolvency proceedings*, in *American bankruptcy law journal*, 1996, 485, p. 518;
- BARIATTI**, *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di Giustizia: il caso Eurofood*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1, 2007, p. 203 ss.;
- BARIATTI**, *Il trasferimento all'estero della sede legale dell'impresa insolvente*, in *Il fall.*, 2010, p. 663;
- BARIATTI**, *L'applicazione del regolamento ce n. 1346 del 2000 nella giurisprudenza*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, p. 673 ss.;
- BARIATTI**, *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione Europea al titolo IV del Trattato CE*, in *Dir. U.E.*, 2001;
- BARIATTI**, *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Liber Fausto Pocar, milano, 2009;;
- BARIATTI**, *Recent case-law concerning jurisdiction and the recognition of judgements under the european insolvency regulation*, in *Rabelz*, vol. 73, 2009, p. 629 ss.;
- BELTRAN**, *El derecho concursal espanol. La Ley concursal de 9 de julio de 2003*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2003, pp. 778 ss.;

- BENEDETTELLI**, *Centro degli interessi principali del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera*, in *Riv. dir int priv. proc.*, 2004, p. 504 ss.;
- BENEDETTELLI**, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, in *Riv. soc.*, 2010, 06, p. 1251 ss.;
- BERNER-KLOHN**, *Insolvenzantragspflicht, qualification und niederlassungsfreiheit*, *Zip* 2007, p. 110;
- BIAVATI-CARPI**, *Diritto processuale comunitario*, Milano, 2000, p. 427 ss;
- BOGDAN**, *The nordic bankruptcy convention*, in *Ziegel, Current developements in international and comparative corporate insolvency law*, Oxford, 1994;
- BONFANTI**, *Le procedure concorsuali internazionali tra il regolamento 1346 del 2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*, in *Dir. comm. int.*, 2003, 407 ss;
- BONFATTI-CENSONI**, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, p. 43 ss.;
- BONGIORNO**, *La tutela dei creditori nella nuova disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, in *Dir. Fall.*, 2003, p. 640 ss.;
- BONGIORNO**, *Osservazioni in tema di universalità e territorialità del fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1974, p. 261;
- BONGIORNO**, *Universalità e territorialità nel fallimento (problemi antichi ma sempre più attuali)*, in *Dir. fall.*, 1991, p. 667 ss.;
- BOTTIAU**, *La convention européen sur certains aspects internationaux de la faillite adoptée par le conseil des ministres*, in *Revue des procédures collectives*, 1990, pp. 97 ss.;
- BRINKMANN**, *Der aussonderungsstreit im internationalen insolvenzrecht - zur abgrenzung zwischen eugvvo und euinsvo*, in *praxis des internationalen privat-und verfahrensrechts*, 2010, p.324-330;
- BUFFORD – ADLER – BROOKS – KRIEGER**, *International insolvency*, in *Federal judicial center*, 2001, reperibile online, sul sito www.fjc.gov, p. 8;
- BUFFORD**, *International insolvency case venue in the european union: the Parmalat and Daisytek controversies*, in *12 Columbia journal of european law*, 2006, p. 429 reperibile sul sito http://www.cjel.net/print/12_2-bufford/;
- BUTA**, nota a Trib. Lucca, 12 settembre 2008, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 2, p. 208;

BUTA, nota a Trib. Nuoro, 11 luglio 2007, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, 6, p. 717;

CALVO CARAVACA – CARASCOSA GONZALES, *Derecho concursal internacional*, Colex, Madrid;

CAPONI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, 2002, reperibile in <http://unifi.academia.edu>,

CAPONI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Foro it.* 2002, v, c 220;

CARBALLO PINEIRO, *Acciones de reintegración de la masa regolamento derecho concursal internacional*, Colección, De conflictu legum, Santiago de Compostela;

CARBALLO PINEIRO, *La vis attractiva concursus nel diritto concorsuale europeo*, in *Dir. fall.*, 2011, 3-4, p. 360 ss; vedi anche sul sito www.academia.eu;

CARBALLO PINEIRO, *Vis attractiva concursus in the european union: its development by the european court of justice*, 2010, reperibile sul sito www.indret.com, p. 5;

CARBONE, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, a cura di Carbone, Frigo, Fumagalli, Milano, 2004;

CARBONE, *Fallimento internazionale tra riforma italiana e diritto uniforme*, in *Fallimento*, 1998, p. 946;

CASTAGNOLA, *Regolamento (CE) 1346/2000 e vis attractiva concursus: verso una universalità meno limitata?*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2010, p. 925;

CASTELLANETA, *L'utilizzo del centro degli interessi principali del debitore come titolo di giurisdizione secondo il regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza*, 2006, consultabile sul sito www.notariato.it;

CATALLOZZI, *Giurisdizione e legge applicabile nelle revocatorie fallimentari transnazionali*, in *Fallimento*, 6, 2007, p. 635

CATALLOZZI, *Il regolamento europeo e il criterio del Comi (Centre of main interests). La parola alla corte*, in *Fallimento*, 11, 2006, p. 1249 ss.;

CAVALAGLIO, *Spunti in tema di regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza e di riforma urgente della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 3, 2003, p. 237 ss.;

CONSALVI, *Brevi considerazioni in materia di giurisdizione e legge applicabile alla revocatoria fallimentare intracomunitaria*, in www.judicium.it/news/ins_06_09_06/consalvi;

CONSALVI, *Recognition and enforcement of judgement under the ec regulation on insolvency proceedings*, reperibile sul sito www.judicium.it , p. 8;

CONSALVI, *Interfacing the insolvency regulation with the judgement regulation: Oakley v ultra vehicle design*, disponibile sul sito www.ssrn.com/abstract;

CORNO, *Implementation of eu regulation – italian court’s experience, iba committee j (insolvency and creditors’ rights) conference*, Siviglia, 18 – 20 aprile 2004, in www.ibanet.org/paperdetails.asp;

CORNO, *Piani di ristrutturazione, concordati o misure ad essi equiparabili. La disciplina comunitaria*, in *fallimento online*. Versione riveduta e aggiornata del saggio, contenuto in il concordato fallimentare, a cura di De Marchi, torino 2008.

CORSINI, *Il sistema francese di estensione della “giurisdizione fallimentare” non supera il vaglio della Corte di Giustizia*, in *Fallimento*, 3, 2012, 278 ss.

CORSINI, *Profili transnazionali dell’azione revocatoria fallimentare*, Torino, 2009;

CORSINI, *Revocatoria fallimentare e giurisdizione delle fonti comunitarie: la parola passa alla corte di giustizia*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2008, 2, 429;

CRESPI REGHIZZI, *Reservation of title in insolvency proceedings: some remarks in light of the german graphics judgment of the ecj*, in *Yearbook of private international law*, 2010, vol. xii p. 587-606;

DAMMAN, *L’application du règlement ce n° 1346-2000 après les arrêts Staubitz-Schreiber et Eurofood de la cjce*, in *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1752;

DANIELE, *Fallimento e Convenzione di Bruxelles del 27 dicembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *diritto comunitario e scambi internazionali*, Padova, 1985;

DANIELE, *Forme e conseguenze dell’impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Dir. U. E.*, 2001;

DANIELE, *Il fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1987;

DANIELE, *Il regolamento 1346 del 2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici*, in *Dir. fall.*, 2004, i, p. 593 ss;

DANIELE, *La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento. Prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1994, p. 500;

DASSESE – ISAACS – PENN, *EC Banking law*, 1999, *Lloyd's of london press*;

- DE CESARI – MONTELLA**, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, Milano, 2004;
- DE CESARI – MONTELLA**, *Il giudice nel regolamento n. 1346/2000: una nuova nozione autonoma di diritto comunitario*, nota a consiglio di stato 25 gennaio 2007, n. 269, in *Fallimento*, 3, 2007, p. 259;
- DE CESARI – MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana, competenza internazionale e riconoscimento delle decisioni*, in *Fallimento*. (monografie), 2009;
- DE CESARI**, *Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 68 ss;
- DE CESARI**, *Il trasferimento all'estero della sede legale dell'impresa insolvente*, in *Fallimento*, 2010, p. 663;
- DE CESARI**, *L'esecuzione delle decisioni civili straniere nello spazio giudiziario europeo*, in *Dir. comm. int.*, 2002, p. 284 ss.;
- DE CESARI**, *L'onere della prova del "centro degli interessi principali del debitore*, in *Fallimento* 2009, p. 65;
- DE CESARI**, *La disciplina della giurisdizione in tema di azione revocatoria fallimentare*, in **De Cesari, Frigessi di Rattalma** (a cura di), *La tutela transnazionale del credito*, Torino, 2007, p. 105;
- DE CESARI**, *La revocatoria fallimentare tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2008. 4, 989;
- DE CESARI – MONTELLA**, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, in *Commentario articolo per articolo del regolamento CE 1346 del 2000*, Milano, 2004;
- DE CRISTOFARO**, *Il regolamento ce n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, in Ferrari (a cura di), *Le convenzioni di diritto del commercio internazionale*, 2002, p. 386 ss.;
- DE CRISTOFARO**, *nuovo coordinamento delle giurisdizioni in Europa*, in *Int'l Lis*, 2002, 2, 89.;
- DI AMATO**, *Le procedure di insolvenza nell'unione europea: competenza, legge*

- applicabile ed efficacia transfontaliera*, in *Fallimento*, 7, 2002, p. 693 ss.;
- DIALTI**, *Cooperazione tra curatori e corti in diritto internazionale fallimentare: un'analisi comparata*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, pp. 1010 ss.;
- DIALTI**, *Fallimento in Italia di sede secondaria di società già dichiarata fallita all'estero*, in *Dir. fallimentare e delle società commerciali*, 2005, p. 975 ss.;
- DIALTI**, *Giurisdizione in materia di azione del venditore fondata su riserva di proprietà nei confronti dell'acquirente che versa in situazione di fallimento*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2010, p. 202-215;
- DIALTI**, *Giurisdizione in materia di azione revocatoria fallimentare comunitaria*, in *Dir. comm. internazionale*, 2009, 2, p. 441 ss.;
- DIALTI**, *Il caso eurofood, tanto rumore per (quasi) nulla?*, in *Dir. fall.*, 2006, 787;
- DIALTI**, *Trasferimento del centro degli interessi principali del debitore nel territorio di un altro stato membro successivamente alla proposizione della domanda di apertura di una procedura di insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2006, p. 425;
- DIEZ-PICAZO**, *Experiencias jurídicas regolamento teoria del derecho*, Ariel, Barcelona, 1973;
- DORDI**, *La convenzione dell'unione europea sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 348 ss.;
- DORDI**, *La convenzione europea su alcuni aspetti del fallimento: la consacrazione dell'universalità limitata degli effetti delle procedure concorsuali*, in *Dir. comm. int.*, 1993, p. 617 ss.;
- DORDI**, *La convenzione europea sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, p. 334;
- DUTTA**, *Loyd's mar. comm. l. q.*, 2008, p. 92 ss.;
- EIDENMULLER**, *Abuse of law in the context of european insolvency law*, in *European company and financial law review*, 2009, p. 1 ss., reperibile sul sito <http://ssrn.com/abstract=1353932>;
- ESPLUGUES MOTA**, *La quiebra internacional*, Barcelona, 1993.
- ESTEBAN DE LA ROSA**, *Repercusión de la insolvencia patrimonial de la sociedades dependientes en los grupos internacionales de sociedades*, in *Anuario español de*

derecho internacional privado, 2003, p. 172.

FABIANI, *Giurisdizione italiana sulla revocatoria nei confronti di società straniera*, in *Fallimento*, 4, 2004, p. 375;

FABIANI, *Gruppi di imprese ed insolvenza transfrontaliera: spazi residui di forum e law shopping nella disciplina comunitaria (in margine a high court of justice (leeds), 16 maggio 2003, re daisytek isa ltd; cour d'appel versailles, 4 settembre 2003, klempa c. s.a.s. isa daisytek; trib. roma, 26 novembre 2003, cirio holding luzembourg sa; trib. parma, 20 febbraio 2004, eurofood)*, in *Int'Lis*, 2004, p. 95 ss.;

FABIANI, *La comunitarizzazione della revocatoria fallimentare come tentativo di abbandono dei criteri di collegamento fondati sull'approccio dogmatico*, in *Fallimento*, 2004, p. 375;

FABIANI, *La revocatoria fallimentare tra lex concursus e lex contractus el reg. 1346/2000*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1319, nt 30;

FACCIOLI-ZACCARIA, *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di Maffei Alberti, Padova 2009;

FARINA, *la vis attractiva concursus nel regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Fallimento*, 6, 2009, p. 667 ss.;

FIORINI, *The codification of private international law in europe: could the community learn from the experience of mixed jurisdictions*, in *Electronic journal of comparative law*, vol. 12.1, maggio 2008;

FLANNERY, *Shortcoming and proposals for reform*, in *The future of the european insolvency regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam – the Netherlands, p. 106, reperibile sul sito www.eir-reform.eu;

FLESSNER, *Il diritto fallimentare internazionale in Europa*, in *Dir. Fallimentare*, 1991, i, p. 68 ss.;

FLETCHER – MOSS – ISAAC, *The ec regulation on insolvency proceedings. a commentary and annotated guide*, London, 2009;

FLETCHER, *Bankruptcy in the global village: the european union convention on insolvency proceedings: an overview and comment, with u.s. interest in mind*, in *Brooklyn journal of international law*, 1997, p. 9;

FLETCHER, *Harmonization of jurisdictional and recognition rules: the Istanbul*

convention and the draft eec convention, p. 709-728;

FLETCHER, *Insolvency in private international law*, 1999;

FORNER DELAYGUA, *La acción pauliana ante el tjce*, in *Revista de instituciones europeas*, Centro de estudios politicos constitucionales, 1991, p. 635-637;

FUMAGALLI, *Apertura della procedura principale, competenza giurisdizionale e riconoscimento della decisione*, in *Giur. comm.*, 2007, ii, 313;

FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 901;

GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le società*, Trattato diretto da Galgano, Torino, 2001;

GALLETTI, *L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario*, in *Banca, borsa tit. credito*, 2006, 05, p. 546 ss.;

GANSHOF, *L'élaboration d'un droit européen de la faillite dans le cadre de la cee*, in *Cahiers de droit européen*, 1991, pp.146 ss.;

GARASI'C, *What is right and what is wrong in the ecj's judgement on eurofood ifsc ltd*, in *Yearbook of private international law*, 2006, p. 87 ss.;

GARCIMARTÍN ALFEREZ, *El reglamento de insolvencia: una aproximación general*, in Alegria Borrás, *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El convenio de Bruselas. Cuadernos de derecho judicial, cuadernos del poder judicial*, Madrid, p. 265 ss.;

GEIMER, *Internationales zivilprozessrecht*, Köln, Schmidt, 2005, par. 3561;

GHIA, *Regulation n. 1346/2000 and protection of creditors*, in *The future of the european insolvency regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam – The Netherlands, p. 116, reperibile sul sito www.eir-reform.eu;

GIULIANO, *Fallimento (Dir. intern. priv)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XIV, Milano, 1967;

GOTTWALD, *Le insolvenze trans-frontaliere: tendenze e soluzioni europee e mondiali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 01, p. 155;

GRASSO, *La convenzione europea su certi aspetti internazionali del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1991, pp. 764 ss.;

GROPPER, *The payment of priorit claims in cross-border insolvency cases*, in *Texas international law journal*, summer 2011, p. 1-18;

GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, Torino, 2008, p. 141 ss;

GUGLIELMUCCI, *La legge tedesca sull'insolvenza del 5 ottobre 1994*, Milano 2000, p. 29;

GUTIERREZ-PINEAU, *Normas de protecciòn de acreedores: entre el derecho de sociedades regolamento el derecho concursal*, *Indret*, n. 4, 2006. p. 22 ss.;

GUZZI, *La convenzione comunitaria sulle procedure di insolvenza: prime osservazioni*, in *Dir. comm. int.*, 1997, p. 901 ss.;

HABSHEID, *Verso un diritto fallimentare europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, pp. 1105 ss.;

HERCHEN, *Das ubereinkommen uber insolvenzverfahren der mitgliedstaaten der europaischen union vom 23.11.1995*, Ergon, Wurzburg, p. 228;

IDOT – SAINT-ILARY HOUIN, *Procédures collectives: droits internes, droit international*, in *Juris classeur europe*, fasc. 870, n. 4 e 871 n. 1.

IDOT, *Clause de réserve de propriété*, in *Europe*, 2009 octobre, comm. n° 390 p.31;

IDOT, *La faillite dans la communauté: enfin une convention international?*, in *Droit et pratique du commerce international*, 1995, pp. 34 ss.;

IDOT, *Perspectives communautaires du droit des "faillites"*, in *Gaz. pal.*, 1991, 283;

ISRAEL, *European cross-border insolvency regulation*, Antwerpen-Oxford, 2005;

JAULT – SESEKE, *Conflict de juridictions. Les règles communautaires*, in *Recueil le dalloz*, 2010, p. 1593-1598;

KAYSERN, *A study of the european convention on insolvency proceedings*, in *Annales du droit luxembourgeois*, 2007, pp. 237 ss.;

KININI, *Efarmogi tou kan. 44/2001 epi agogis apochorismou tou politiki kata tou ofeileti agorasti se periptosi agoras me epifylaxi kyriotitas*, in *Epitheorisi politikis dikonomias*, 2009 p. 820-822;

KOLMANN, *Toughs of the governing insolvency law*, in *The future of the european insolvency regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam – the Netherlands, p. 1, reperibile sul sito www.eir-reform.eu.;

LAMANN, *Società straniera coinvolte nella revocatoria e giurisdizione del giudice italiano*, in *Fallimento*, 2, 2002, p. 174 ss.;

LASCARO, *Brevi considerazioni sul regolamento ce n. 1346 del 2000 in tema di insolvenza transfrontaliera*, in *Dir. Fall.*, 2004, ii, p. 1324 ss.;

LE CORRE, *Entreprises en difficulté*, in *Gaz. Pal.*, 16 ottobre 2010, n. 289, p. 22;

LEANDRO, *Il ruolo della lex concursus nel regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, Bari, 2008;

LEANDRO, *La legge applicabile alla revocatoria fallimentare nel regolamento ce n. 1346 del 2000*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, i, 2009, 107,

LEIPOLD, *Zustndigkeitsluken im neuen europaischen insolvenzrecht*, in Luke-Mikami-Pruttin, *Festschrift fur a Ishikawa*, De Gruyter, Berlin-New York, 2001, p. 221 ss.,

LIENHARD, *Affaire eurotunnel: recevabilité de tierce op position des creanciers*, in *Recueil dalloz*, 2009, p. 1886;

LIENHARD, *Procédure d’insolvabilité: notion de “centre des intérêts principaux”*, in *Dalloz Actualité*, 27 ottobre 2011;

LUPOI M. A., *Commentario al regolamento (ce) n. 1346 del 2000*, in *Commentario breve alla legge fallimentare a cura di Maffei Alberti*, Padova, 2009;

LUPOI M. A., *Conflitti di giurisdizioni e di decisioni nel regolamento sulle procedure di insolvenza: il caso “Eurofood” e non solo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, lix, 1393 ss.;

LUPONE, *Insolvenza transnazionale. procedure concorsuali nello stato e beni all’estero*, Padova, 1995;

LUPONE, *La convenzione comunitaria sulle procedure di insolvenza e la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1999, p. 429;

LUPONE, *Verso una disciplina bilaterale delle procedure concorsuali*, in *l’unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di mario giuliano*, padova, 1989

LUTTRINGHAUS, *Aussonderungsklagen an der schnittstelle von eugvvo und euinsvo*, in *Recht der internationalen wirtschaft*, 2010, p.45-51;

MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Vol. I, Bologna, 2008, p. 223 ss.;

MAPOUIL, *Convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento*, in *Fallimento*, 1991, p. 1021 ss.;

MARQUETTE, *Le nouveau droit international privé belge*, in *Journal des tribunaux*, 2005, p. 199 ss.

- MARTIN – SERF**, *La faillite internationale: une réalité économique pressante, un enchevêtrement juridique croissant*, in *Clunet*, 1995, p. 53 ss.;
- MASTRULLO**, *L'extension de procédure collective pour confusion des patrimoines est-elle compatible avec le règlement n. 1346/2000*, in *Revue des procédures collectives*, n. 6, Novembre 2010, comm. 219.;
- MASTRULLO**, *Procédure territoriale d'insolvabilité ouverte avant une procédure principale: les précisions de l'arrêt zaza retail de la court de justice du 17 novembre 2011*, in *Revue des procédures collectives*, n. 2, marzo 2012, étude 12.;
- MATOUSEKOVA**, *Les réponses du droit international privé à la faillite des groupes internationaux de sociétés: analyse comparative des jurisprudences française et anglaise*, in *Revue de droit des affaires internationales*, 2008, pp. 141 ss.;
- MCCORMACK**, *Jurisdictional competition and forum shopping in insolvency proceedings*, in *Cambridge law journal*, 2009, p. 189;
- MELIN**, *Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, 2008;
- MENJUCQ**, *Centre des intérêts principaux: les apports de l'arrêt interedil de la cjue du 20 octobre 2011*, in *Revue des procédures collectives*, 2011, n.6, novembre 2011, étude 32;
- MENJUCQ**, *Justification du refus the reconnaissance d'une décision par le respect de l'ordre public*, in *Revue des procédures collectives*, n. 6, novembre 2011, comm. 174;
- MENJUCQ**, *L'arrêt rastelli de la cjue: un arrêt en tromp-l'oeil sur l'estension de procédure*, in *Revue des procédures collectives*, n. 1, gennaio 2012, étude 2;
- MENJUCQ**, *Les groupes de sociétés*, in Jault-Seseke-Robine, *L'effet international de la faillite: une réalité?*, Paris, 2004, pp. 165 ss.;
- MENJUCQ**, *Notion de centre des intérêts principaux du débiteur personne phisque*, in *Revue des procédures collectives*, n. 6, novembre 2011, comm. 170;
- MEUSBURGER-HAMMERER**, *Eugh verneint die anwendung der eugvvo auf insolvenznahe verfahren*, in *European law reporter*, 2010, p.19-23;
- MICHAILIDOU**, *Efarmoges astikou dikaiou*, 2009, p.1132-1134;
- MILLER**, *Economic integration: an american solution to the multinational enterprises group conundrum*, in *Richmond journal of global law and business*, spring 2012, p. 1-

44;

MINUTOLI, *L'insolvenza transnazionale nei gruppi di imprese: il punto in dottrina e giurisprudenza*, in *Giur. merito*, 2010, 6, p. 1570;

MONTANARI, *La perpetuatio iurisdictionis nel sistema del regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, in *Int'l Lis*, 1, 2007, p. 20 ss.;

MONTELLA, *Il conflitto di giurisdizione nel regolamento ce n. 1346/2000*, in *Fallimento*, 10, 2008, p. 1149 ss.;

MONTELLA, *Il fallimento del Comi?*, in *Fall.*, 1, 2010, p. 59;

MONTELLA, *La competenza internazionale del giudice italiano*, in *Fall.*, 6, 2011, p. 712;

MONTELLA, *La corte di giustizia e il Comi: eppur (forse) si muove!*, reperibile sul sito www.ilfallimentarista.it, 2012;

MONTELLA, *La procedura secondaria: un rimedio contro il forum shopping del debitore nel regolamento ce n. 1346/2000*, in *Fallimento*, 11, 2009, p. 1293 ss.;

MONTELLA, *Procedura principale universale e procedure secondarie territoriali nel regolamento n. 1346 del 2000*, in *Fall.*, 12, 2011, p. 1386;

MOSS – PAULUS, *The european insolvency regulation-the case for urgent reform*, 2005, reperibile sul sito www.eir-reform.eu, p 10 ss.;

MOSS, *“head office functions” test triumphs in ECJ: Interedil*, in *Insolvency Intelligence*, 2011, p. 126 ss.;

MOSS, *Viennese waltz for two main proceedings; the Stojevic saga*, in *Insolvency Intelligence*, 2005, pp. 141 ss.;

MOSS, *Asking the right question? highs and lows of the ECJ judgement in Eurofood*, in *Insolvency Intelligence*, 2006, p. 97 ss.;

MOSS, *Jurisdiction Issues*, in *The future of the european insolvency regulation*, 28 aprile 2011, amsterdam – the Netherlands, p. 35, reperibile sul sito www.eir-reform.eu;

MUCCIARELLI, *Eurofood, ovvero: certezza del diritto formale e incoerenza dei principi*, in *Giur. comm.*, 2008, 6, p. 1224 ss.;

MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 341, 2010, p. 215 ss.;

MUCCIARELLI, *Spostamento della sede statutaria in un paese membro della UE e giurisdizione fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2006, ii, 616 ss.;

NISI, *Centro degli interessi principali e spostamento della sede statutaria; la Corte di Giustizia dell'unione europea torna sul regolamento n. 1346/2000 in materia di insolvenza transfrontaliera*, in www.biblio.liuc.it/liucpap/pdf/246.pdf;

OBERHAMMER, *Im holz sind wege: eugh sct/alpenblume und der insolvenztatbestand des art. 1 abs. 2 lit. b eugvvo*, in *Praxis des internationalen privat- und verfahrensrechts*, 2010, p.317-324.

OLIVIERI, *Il regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza (reg. ce 1346/2000)*, in www.judicium.it;

PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 124 ss.;

PANNEN, *European insolvency proceedings*, De Gruyter Commentaries on European Law, in *De Gruyter Recht*, Berlin, 2007;

PANZANI, *Azione revocatoria nei confronti dello straniero e giurisdizione del giudice che ha dichiarato il fallimento secondo il diritto comunitario. Note minime a seguito della decisione del Bundesgerichtshof, del 21 giugno 2007*, in *Fall.*, 2008, p. 394;

PAPPALARDO REALE, *Il regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere*, in *Dir. fall. soc. comm.*, i, 2004, p. 1095 ss.;

PAULUS, *A vision of the european insolvency law*, reperibile sul sito www.iiiglobal.org, p. 5;

PAULUS, *The aftermath of "eurofood" – BenQ holding bv and the deficiencies of the ECJ decision*, in *Insolvency Intelligence*, 2008, vol. 20, 85;

PERDELWITZ, *Key aspects of international insolvency law provisions in the 2003 Germany insolvency act*, in *Griffin's view on international and comparative law*, 2004, p. 23 ss.;

PERELMAN, (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968;

PERSANO, *L'esecuzione delle decisioni nel regolamento (ce) n. 1346 del 29 maggio 2000 relativo alle procedure di insolvenza*, in *Dir. comm. internaz.*, 2006, p. 791;

PERSANO, *Il caso Eurofood, ovvero la contestuale apertura di due procedure principali di insolvenza nello spazio giudiziario europeo*, in *Fall. et al. proc. conc.*, 2004, p. 1268 ss.;

PIEKENBROCK, *Europäische anerkennung einer klärung von vorgängen im umfeld eines (nicht von der euinsvo erfassten) insolvenzverfahrens*, in *Kts zeitschrift für insolvenzrecht*, 2009, p.539-547;

PIEKENBROCK, *Klagen eines eigentumsvorbehaltsverkäufers bei ausländischem konkurs des käufers*, in *Kts zeitschrift für insolvenzrecht*, 2010, p. 208-215;

POCAR, TREVES, CLERICI, DE CESARI, TROBETTA-PANIGADI, *Codice delle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*, 1999.

POILLOT-PERUZZETTO, *Le créance et la «faillite européenne»: commentaire de la convention des communautés européennes relative aux procédures d'insolvabilité*, in *Journal du droit international*, 1997, pp. 757 ss;

POLAK, *Nederlandse jurisprudentie; uitspraken*, in *Burgerlijke en strafzaken*, 2010, n° 541;

POTTOW, *Greed and pride in international bankruptcy: the problems of and proposed solutions to "local interests"*, in *Michigan law review*, 2006, p. 1899 ss.;

POWERS, *The model international insolvency cooperation*, in *Ziegel, Current developments in international and comparative corporate insolvency law*, Oxford, 1994, pp. 687-700;

PROTO, *Il progetto di convenzione sulle procedure di insolvenza di Bruxelles*, in *Fall.*, 11, 1994, 1101 ss.;

PROTO, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza e il sistema italiano nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Fall.*, 1, 2009, p. 7;

PROTO, *La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1991, pp. 752 ss.;

PROTO, *Le procedure concorsuali nella Comunità Europea*, in *Fall.*, 12, 1995, 1169;

PUNZI, *Le procedure di insolvenza transfrontaliera nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p.1024 ss;

QUEIROLO, *Apertura di una procedura principale di insolvenza e provvedimenti esecutivi in un altro stato membro*, in *Fall.*, 8, 2010, p. 911.ss.;

QUEIROLO, *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria*, Torino, 2007;

RAINEY, *The european insolvency regulation and the treatment of group companies: an analysis*, 2006 in *International corporate rescue*, p. 324;

REMERY, *L'application à une filiale du règlement communautaire relatif aux procédures d'insolvabilité*, in *Revue des sociétés*, 2006, p. 360 ss.;

RICCI E., *Le procedure locali previste dal regolamento n. 1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004, i, p. 900;

RICHARD, *A entreprise européenne faillite européenne?*, in *Les petites affiches*, 1995, n. 42, p. 11; **RINGE**, *Forum shopping under the EU insolvency regulation*, in *European business organization law review*, 2008, p. 579 ss.;

RITTER, *A new look at the role and impact of advocates-general-collectively and individually*, 2006, 12, in *Columbia european law review*, 751-74, section 3;

RIVES – LANGES, *Approche comparative del legislations européennes en matière de procédures collectives*, in *Revue banque*, 1989, p. 78;

ROCHA, *Centro de estudos judiciários*, Themis, 2011, reperibile in <http://www.ejtn.net/documents>;

ROSSI L.S., *Le convenzioni tra gli stati membri dell'unione europea*, Milano, 2000;

ROSSI-GALLETTI, *La (troppo) breve storia di una (troppo) breve legge*, reperibile sul sito judicium.it/news/ins_03_03_04/parmalat.html;

ROUSSEL GALLE, *Centre d'interets principaux, transfert du siège social, notion d'établissement*, in *Revue des sociétés*, 2011, p. 726 ss.;

ROUSSEL GALLE, *Jour. dr. int.*, 08, p. 139;

SAINT ALARY, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 1995, p. 1131 ss.;

SANGIOVANNI, *L'azione revocatoria transnazionale tra giurisdizione e legge applicabile*, in *Fall.*, 8, 2007, p. 933;

SANTINI, *Quaestio jurisdictionis nel regolamento comunitario n. 1346 del 2000 sulle procedure di insolvenza*, reperibile sul sito www.judicium.it;

SARRA, *Oversight and financing of cross-border business enterprise group insolvency proceedings*, in *Texas international law journal*, 2009, pp. 547 ss., reperibile sul sito: http://tilj.org/docs/sarra,_44_tex._intl_1.j_547.pdf, pp. 566 ss.;

SCHOLLMAYER, *The new european convention on international insolvency*, in *Bankruptcy developments journal*, 1996-1997, pp. 421 ss.;

SCHOLLMAYER, *Die vis attractiva concursus im deutsch-osterreichischen konkursvertrag*, in *Praxis des internationalen privat- und verfahrensrechts*, 1998, p. 34;

SCOTTO, *Il centro degli interessi principali del debitore ed il regolamento n. 1346 del 2000 sull'insolvenza*, reperibile sul sito www.openstarts.it, p. 78;

SHANDRO – MONTGOMERY, *Comi and groups of companies*, in *Insolvency Intelligence*, 2005, p. 158 ss.;

SVENSSON, *Inter-nordic insolvency convention*, in *International business lawyer*, 1996, pp. 226-228;

TAYLOR, *Main, secondary proceedings and groups*, in *The future of the european insolvency regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam – the Netherlands, p. 42 ss., reperibile sul sito www.eir-reform.eu;

TAYLOR, *Practical difficulties in handling group insolvencies*, in *Int. corporate rescue*, 2004, p. 236 ss.;

TEDESCHI, *Procedura principale e procedure secondarie nel regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2003, p. 540 ss.;

THERY, *A propos della faillite internazionale ou de tout un peu: droit au juge, compétence, recevabilité et tierce-opposition...*, in *Rtd. civ.*, 2009, p. 776;

TOLLENAAR, *Proposals for reform: improving the ability under the european insolvency regulation to rescue multinational enterprises*, in *The future of the european insolvency regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam – the Netherlands, p. 52, reperibile sul sito www.eir-reform.eu;

TORREMANS, *Cross border insolvencies in eu, english, and belgian law*, The Hague, 2002, *Loi du 16 juillet 2004 portant le code de droit international privé*, in *Moniteur Belge*, 27.7.2004;

TRIDIMAS, *The general principles of ec law*, Oxford, 2007;

VALLENDER, *Judicial cooperation within the eu insolvency regulation*, in *The future of the european insolvency regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam – the Netherlands, p. 110, reperibile sul sito www.eir-reform.eu;

VALLENS, *Des procédures collectives en Europe*, in *Les petites affiches*, n. 5, 12 janvier, 1994;

VALLENS, *L'ouverture d'une procedure principale d'insolvabilité interdit aux tribunaux des autres etats membres de faire de meme*, in *Rtd com.*, 2010, p. 203;

VALLENS, *La convention du conseil de l'europe sur certains aspects internationaux de la faillite*, in *Revue critique de droit international privé*, 1993, pp. 136 ss.;

VALLENS, *Le centre des interets principaux s'applique aussi bien à une société française, a une société étrangère ou à un groupe de sociétés*, in *Rtd com.*, 2010, p. 205;

VALLENS, *Le critère du centre des interets principaux doit manifester une réelle volonté de localisation du débiteur dans un état*, in *Rtd com.*, 2010, p. 206;

VALLENS, *Pour la cjce, l'action en revendication ne s'insère pas dans la procédure collective*, in *Recueil le dalloz*, 2009, p. 2782-2785;

VALLENS, *Procédures d'insolvabilité: présentation du règlement sur les procédures d'insolvabilité*, in *Lamy droit commercial*, n. 125, agosto-settembre, 2;

VALLENS, *Transfert du siège statutaire et transfert du centre des intérêts principaux*, in *Recueil Dalloz*, 2011, p. 2195 ss.;

VAN GALEN, *The european insolvency regulation and groups of companies*, consultabile sul sito www.iiiiglobal.org, 2003, pp. 13 ss.;

VAN GALEN, *Cross- border insolvencies in the netherlands: a new proposal*, september, 2008, in <http://www.nautadutilh.com>;

ZIJDERVELD – BURUMA, *The netherlands's new insolvency act*, Amsterdam, december 2007, in <http://www.globalturnaround.com>;

VANZETTI M., *L'insolvenza transnazionale, storia del problema*, Milano, 2006;

VELLANI, *I rapporti tra procedura principale e procedure secondarie nel regolamento n. 1346 del 2000*, sul sito cbc.unifg.it;

VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006;

VINCRE, *Il regolamento ce sulle procedure d'insolvenza e il diritto italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 213;

VIRGOS, *The 1995 european community convention on insolvency proceedings: an insider's view*, The hague, 1998;

VIRGOS SORIANO – GARCIMARTIN ALFEREZ, *Comentario al reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, Civitas, 2003, p. 61-63;

VIRGÒS – GARCIMARTÌN, *The european insolvency regulation: law and practice*, The Hague, 2004;

VIRGOS-SCHMIT, *Report on the convention on insolvency proceedings*, doc., consiglio

n. 6500/06/en, 1996;

VITALONE, *Il regolamento n. 1346 del 2000 del consiglio delle comunità europee relativo alle procedure di insolvenza*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 317 ss.;

WALTERS – SMITH, “*Bankruptcy tourism*” *under the ec regulation on insolvency proceedings: a view from England and Wales*, reperibile sul sito <http://ssrn.com/abstract=1630890>;

WAUTELET, *Some consideration on the center of main interests as jurisdictional test under the european insolvency regulation*, in Affaki (ed.), *Faillite internationale et conflit de juridiction: regards croisés transatlantiques: us-eu experience*, Bruxelles, 2007, reperibile sul sito <http://hdl.handle.net/2268/5912>;

WESSELS – VIRGOS, *European communication and cooperation guidelines for cross-border insolvency*, in *Insol Europe*, 2007;

WESSELS – MARKELL – KILBORN, *International cooperation in bankruptcy and insolvency matters*, Oxford, 2009;

WESSELS, *BenQ mobile holding bv battlefield leaves important questions unresolved*, in *Insolvency Intelligence*, 2008, vol. 20, 103;

WESSELS, *Germany and Spain lead changes towards international insolvency law in Europe*, consultabile nel sito dell’*International Insolvency Institute*, www.iiiglobal.org, 2003, pp. 1. ss.;

WESSELS, *International Insolvency Law*, Kluwer, Deventer, 2006, p. 261 ss.;

WESSELS, *International jurisdiction to open insolvency proceedings in Europe, in particular against (groups of) companies*, reperibile sul sito www.iiiglobal.org, 2003. p. 1 ss.;

WESSELS, *Moving house: which court can open insolvency proceedings?*, 2003, disponibile su www.iiiglobal.org;

WESSELS, *Revision of the eu insolvency regulation: what type of face lift?*, in *The future of the european insolvency regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam – the Netherlands, p. 96, reperibile sul sito www.eir-reform.eu.

WESSELS, *The european union insolvency regulation: it’s first year in dutch court cases*, *international insolvency institute, third annual international insolvency conference, fordham university school of law*, New York City 9-10 giugno 2003, sul

sito <http://www.iiiiglobal.org>;

WESSELS, *Twenty suggestions for a makeover on the eu insolvency regulation*, 2007, in *International caselaw alert*, n. 12, v. 2006, 31 ottobre 2006, p. 68 ss., reperibile sul sito www.bicl.org;

WILLCOCK, *How europe became the capital of forum shopping (and how london hopes to become the delaware of europe)*, in *Insol. world*, 2003, 8-9;

WINKLER, *E' davvero finito il periodo di "rodaggio" del regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Dir. comm. internazionale*, 2007, 2, p. 527;

WINKLER, *Le procedure concorsuali relative ad imprese multinazionali: la Corte di Giustizia si pronuncia sul caso Eurofood*, in *Int'l Lis*, 1, 2007, p. 15 ss.;

ZAMPERETTI – NODARI, *Verso l'armonizzazione comunitaria del diritto fallimentare: lo stato dell'arte*, in *Giur. Comm.*, 1997, I, p. 609.

INDICE DELLE SENTENZE

Corte di Giustizia dell'Unione Europea

- Sentenza 19 marzo 1993, C-157/92, *Banchero*, Racc. pag. 1-1085.
- Sentenza 12 marzo 1998, C-319/94, *Jules Dethier Équipement SA v Jules Dassy and Sovam SPRL*, reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu.
- Sentenza 26 gennaio 1993, cause riunite C-320/90, C-321/90 e C-322/90, *Telemarsicabruzzo e a.*, Racc. pag. I-393.
- Sentenza 3 marzo 1994, C-316/93, *Vaneetveld vs SA Le Foyer* reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu.
- Sentenza 6 ottobre 1982, C-283/81, *Srl CILFIT vs Ministero della sanità*, reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu.
- Sentenza 2 maggio 2006, C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, reperibile sul sito www.curia.eu; Sentenza 18 gennaio 1984, C-327/82, *Ekro*, reperibile sul sito curia.europa.eu.
- Sentenza 20 ottobre 2011, C-396/09, *Fallimento Interedil Srl*, reperibile sul sito www.curia.europa.eu.
- Sentenza 13 luglio 2006, C-4/03, *Gesellschaft fuer Antriebstechnik mBH & Co KG vs Lamellen und Kupplungsbaun Beteiligungs KG*, reperibile sul sito www.curia.eu.
- Sentenza 16 luglio 1992, C-83/91, *Meilicke vs ADV/ORGA FA Meyer AG*, reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu.
- Sentenza 16 maggio 2006, C-3/05, *Gaetano Verdoliva vs Van der Hoeven BV e altri*, in *Foro it.*, 2007, IV p. 454.
- Sentenza 17 gennaio 2006, C-1/04, *Susanne Staubitz vs Schreiber*, reperibile sul sito www.curia.europa.eu.
- Sentenza 21 gennaio 2010, C-444/07, *MG Probud Gdynia sp. z.o.o.*, reperibile sul sito www.curia.europa.eu.
- Sentenza 26 aprile 1993, C-386/92, *Monin Automobiles*, Racc. pag. 1-2049.

- Sentenza 8 novembre 2006, C-292/95, *Lechouritou e altri c. Repubblica federale di Germania*, in *Foro it.*, 2007, IV, p. 262.
- Sentenza 2 luglio 2009, C-111/08, *SCT Industri AB I likvidation/Alpenblume AB*, reperibile sul sito <http://eur-lex.europa.eu>.
- Sentenza 27 settembre 1988, C-81/87, *Daily Mail*, in *Racc.*, 1988, 5483.
- Sentenza 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros Ltd*, in *Racc.* 1999, I, 1459.
- Sentenza 5 novembre 2002, C-208/00, *Uberseering B.V.*, in *Racc.* 2002, I, 9919.
- Sentenza 16 dicembre 2008, C-210/06, *Cartesio Oktaté és Szolgáltató*, in *Riv. dir. priv. proc.*, 2009, p. 477 ss.
- Sentenza 15 dicembre 2011, C-191/10, *Rastelli Davide e C. Snc contro Jean-Charles Hidoux*, reperibile sul sito www.eur.lex.europa.eu.
- Sentenza 22 febbraio 1979, C-133/1978, *Gourdain vs Nadler*, reperibile sul sito www.eur.lex.europa.eu.
- Sentenza 12 febbraio 2009, C-339/07, *Seagon vs Deko Marty Belgium*, sul sito www.cortedicassazione.it.
- Sentenza 10 settembre 2009, C-292/08, *German Graphics Graphische Maschinen GmbH vs A. van der Schee, acting as liquidator of Holland Binding BV*, reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu.
- Sentenza 10 gennaio 1990, causa C-115/88, *Reichert vs Kockler*, reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu.
- Sentenza 10 marzo 1992, C-214/89, *Powell Duffryn Plc vs Petereit*, in *Raccolta*, 1992, I-01745.
- Corte di giustizia con sentenza del 10 gennaio 1990, C-115/88.
- Sentenza 26 marzo 1992, C-261/90, *Reichert II*, in *Foro it.*, 1994, IV, 235.
- Sentenza 14 maggio 2009, causa C-180/06, *Ilsinger*, p. 41, *Raccolta* 2009 I-03961, reperibile sul sito www.curia.eu.
- Sentenza della Corte di Giustizia (Prima Sezione), 19 aprile 2012, C-213/10, *F-Tex SIA vs Lietuvos-Anglijos UAB "jadecloud-Vilma"*, reperibile sul sito www.curia.eu.
- Sentenza Causa C-494/10, Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal

- Landgericht Essen (Germania) il 15 ottobre 2010 - Dr. Biner Bähr / Hamburg-Bramfeld B.V. 1, reperibile sul sito www.curia.eu.
- Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 10 settembre 2009, causa C-97/08, Akzo Nobel NV e altri vs Commissione delle Comunità europee, reperibile sul sito www.curia.eu.
 - Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 17 marzo 2005, Commissione delle Comunità europee contro AMI Semiconductor Belgium BVBA e altri, reperibile sul sito www.curia.eu.
 - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Juzgado de lo Mercantil de Malaga (Spagna) il 9 aprile 2008 - Finn Mejnertsen / Betina Mandal Barsoe (Causa C-148/08), reperibile sul sito www.curia.eu.
 - Domanda di pronuncia pregiudiziale 26 gennaio 2012, C-527/10, Erste Bank Hungary NYRT vs Repubblica di Ungheria, BCL Trading GMBH e Erste Befektetési Zrt, reperibile sul sito www.curia.eu.
 - Domanda di pronuncia pregiudiziale 7 marzo 2011, C-116/11, Bank Handlowy w Warszawie, Ryszard Adamiak, Christianapol, Spz o.o., reperibile sul sito www.curia.eu.

Giudici nazionali:

Italia

- Sentenza App. Milano, 5 maggio 1987, in Riv. dir. intern. priv. e proc. 1987, 803 (in relazione a liquidazione coatta amministrativa);
- Sentenza Trib. Torino, 22 dicembre 1987, in Riv. dir. int. pr. proc. 89, 659;
- Sentenza Trib. Torino, 22 dicembre 1987, in Il fall, 1988, p. 806 ss.
- Sentenza Trib. Milano, 30 gennaio 1989, in Fallimento, 1989, 1132, con nota di RUSSO, L'attrazione al foro fallimentare nei profili di diritto internazionale privato.
- Sentenza Cass., sez. un., 21 aprile 1989, n. 1905, in Foro it., 1992, I, 3378;
- Sentenza Trib. di Milano, 22 luglio 1996, in Fall., 1997, 317;

- Corte cost., 27 luglio 2000, n. 379,
- Sentenza Cass. sez. un. 26 giugno 2001 n. 8745, in Foro it., 2002, I, 1867;
- Sentenza Cass. sez. un. 10 gennaio 2003 n. 261, in Foro it., 2004, I, 1245;
- sentenza Tribunale di Roma, 26 novembre 2003, Cirio Finance Luxemburg S.A., in Foro it., 2004, I, 1567.
- Sentenza Cirio Parmalat, Tribunale di Roma, 26 novembre 2003, Cirio Finance Luxembourg S.A., in Foro it., 2004, I, c. p. 1567 ss.;
- Sentenza Trib. Bari, 27 gennaio 2004, in Riv. dir. int. priv. e proc., 2004, 1386.
- Sentenza Trib. Bari 27 gennaio 2004, in Riv. dir. int. pr. proc. 04, 1386;
- Sentenza Trib. Bari, 27 gennaio 2004, Riv. dir. int. priv. proc., 2004, p. 1386 ss.;
- Sentenza Tribunale di Parma 20, febbraio 2004, dichiarativa dell'insolvenza Eurofood, in Foro it., 2004, III, c. 615 ss.;
- Sentenza Tribunale di Milano, sez. II, 18 marzo 2004, Procura della Repubblica v. Criss Cross communication Italy s.r.l., sul sito regolamento.cimejes.com;
- Cassazione Civ. n. 10606 del 20 maggio 2005, reperibile sul sito www.dejure.giuffre.it;
- Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 20 maggio 2005, n. 10606/2005, in Rivista di diritto internazionale, 2005, p. 1137 ss.
- Sentenza Trib. Pistoia 14.12.2005, R. d. int. pr. proc. 06, p. 1064
- Sentenza Cass., sez. I, 04 agosto 2006, n. 17706, in Riv. dir. int. priv. proc., 2007, 732,
- Sentenza Cass. Civ. 4 agosto 2006 n. 17706 in Giust. civ., 2007, I, p. 1414.;
- Sentenza Cass. civ. sez. un. 7 febbraio 2007 n. 2692 in Foro it., 2007, I, 2815;
- Sentenza Cassazione civile sez. un. 07 febbraio 2007 n. 2692, in Fall. 2007, 6, 629;
- Sentenza Trib. Monza 16 novembre 2007, ord., est. Paluchowski, proc. Nylstar, ined., citata in Corno, Misure di chiusura delle procedure di insolvenza alternative alla liquidazione. La disciplina comunitaria, in Il fall., 3, 2009, p. 263.
- Sentenza Corte di Appello Bologna 26.8.2008, n. 1381,

- regolamento.giuraemilia.it).
- Cass. Civ, Sezioni Unite, 13 ottobre 2008 n. 25038 sentenza Corte di Cassazione, reperibile sul sito www.dejure.giuffre.it;
 - sentenza Cass, 27 marzo 2009, hn. 7428, in Rep. Foro it, 2009, voce giurisdizione civile, n. 107.
 - Cass. Civ., Sezioni Unite, ordinanza 18 maggio 2009 n. 11398 in Giust. Civ. Mass. 2009, 5, 784;
 - Sentenza Cass. Civ., Sezioni Unite, ordinanza 17 luglio 2009, n. 16633, CMS-Credit Management & Service SRL
 - S.U., Ordinanza 16 dicembre 2009, n. 26287, SCA Packaging Italia s.p.a. ?
 - Sentenza Trib. Milano, 17 dicembre 2009, in Redazione Giuffrè, 2009;
 - Sentenza Cass. sez. un., 1 febbraio 2010, n. 2224, reperibile sul sito www.dejure.giuffre.it;
 - Sentenza Trib. Lucca, 12 febbraio 2010, reperibile sul sito www.dejure.giuffre.it;
 - Sentenza Trib. Milano, 25 marzo 2010, in Redazione Giuffrè, 2010;
 - Sentenza Cass. civ. sez. un., 20 luglio 2011, n. 15880, in Diritto & Giustizia, 2011, 30.7.11;
 - Tribunale Milano 22 luglio 2011, in Fallimento, 2011, 10, p. 1247;
 - Sentenza Cass. Civ. sez. un., 3 novembre 2011, n. 20144, reperibile sul sito www.dejure.giuffre.it
 - Sentenza Trib. Modena, 19 dicembre 2011, reperibile sul sito www.dejure.giuffre.it;
 - Corte d'appello di Torino, 10 marzo 2009, Illochroma Italia srl in liquidation judiciaire c. Fallimento Illochroma Italia srl e altri, in Il fallimento e le altre procedure concorsuali, 2009, pp. 1293 ss.
 - Corte di Cassazione, Sez. Unite, ordinanza 19 marzo 2009, n. 6598, Finmek spa, in
 - Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 2009, pp. 1098 ss.

Francia

- Sentenza Cass. Comm., 13 aprile 2010, n. 09-12642 (n. FSPB), Stè Rastelli David, in Bulletin joly société, 01 giugno 2010, n. 6, p. 571;
- Sentenza Cour de Cassation, 30 giugno 2009, in Gazette du palais, 28 luglio 2009, n. 209, p. 7;
- Sentenza Tribunal de commerce de Bruxelles, 29 luglio 2003, CGC Communications Ltd, (EIR database).
- Sentenza Rover France, Tribunale di commercio di Nanterre 19 maggio 2005, reperibile sul sito www.eir-database.com,
- Sentenza Tribunale de commerce di Parigi, 2 agosto 2006, Eurotunnel plc and Eurotunnel S.A. and associated companies, in <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechJuriJudi.do>.
- Sentenza (T. Com. Nanterre 3ème Ch, 15 febbraio 2006, n°2006P00149, SAS Emtec professional products;
- Sentenza T. Com. Nanterre 3ème Ch, 15 febbraio 2006, 2006P00154, GMBH MPOTEC Augustaanlage).
- Cour de Cassation (Chambre commerciale), 24 maggio 2005, R.C.D.I.P., vol. 94, 2005, p. 489 ss.;
- Sentenza Cass. Civ. 13 aprile 1992, in Revue de droit int. Priv., 1993, 67; Cass. 1Re civ., 12 novembre 1986, in Bull., I, n. 257.
- Sentenza Cour app. Paris, 14 giugno 1979, in Rev. Soc., 1980, 555.
- Sentenza Trib. comm. Paris, 29 febbraio 1984, in Gaz. Pal., 1984, 1, 185.
- Sentenza Cour. App. Paris, 30 marzo 1990, in JDC, 1992, 187.
- Sentenza Eurotunnel, Tribunal de commerce di Parigi, 2 agosto 2006, Eurotunnel plc and Eurotunnel S.A. and associated companies, in <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechJuriJudi.do>.

Regno Unito

- Sentenza High Court of Justice, Chancery Division, 4 luglio 2002, Lightman J.

- Sentenza Re Aim Underwriting Agencies (Ireland) Ltd High Court London (Ch. D), 2 July 2004.
- Sentenza High Courts of Leeds, in Rec4net.com Inc and Re DBP Holdings limited).
- Sentenza High Court Chancery Division, Hans Brochier Holding Ltd v. Exner “Brochier” , 2006, EWHC, 2594.
- Sentenza Re Crisscross Telecommunications, 18 Insolv. Int., 2005, p. 85.
- Sentenza Collins & Aikman Corporation Group, reperibile sul sito regolamento.bailii.org.
- sentenza dell’ High Court of Justice, Ch. Div., del 7 febbraio 2003, Budget Rent-a-Car International Inc., pubblicata in estratto sul sito <http://vlex.co.uk/vid/52636799>.
- Sentenza Enron Directo, High Court of Justice, Ch. Div. 4 giugno 2002, In re Enron Directo S.L., par. 18, sul sito <http://regolamento.iiiglobal.org/country/european>>union/Enron>>Directo>>Sk el-.pdf>.
- sentenza High Court of Justice di Leeds, del 16 maggio 2003, Daisytek-ISA Ltd., in Riv. dir. intern. privato e proc., 2004, p. 774..
- sentenza Enron Directo SA, High Court of Justice, Chancery Division, 4 luglio 2002, Lightman J..
- sentenza AIM Underwriting Agencies, in Re Aim Underwriting Agencies (Ireland) Ltd High Court London (Ch. D), 2 July 2004.
- sentenza Criss Cross Telecommunications, in Re Crisscross Telecommunications, 18 Insolv. Int., 2005, p. 85.
- sentenza Collin & Aikman Corporation Group, reperibile sul sito regolamento.bailii.org.
- Sentenza Brac Rent a car International, High Court of Justice di Londra 7 febbraio 2003, in Riv. dir. int. priv. e proc., 2004, 767 e del caso Drax Holding Limited reperibile sul sito regolamento.vlex.co.uk.
- Sentenza Hoge Raad, c. X v. Fortis Bank., in Int. lit. proc. 04, 680.

- Sentenza Court of appeal inglese 27.5.2005, c. Shieron v. Vlieland Boddy, 2005 EWCA Civ 974.
- Sentenza High Court of London, 11 novembre 2002, Gevevan Trading Co LTD v Kjell Tore Skyvesland, [2003] BCC 391 (Judge Howard).
- Sentenza High Court, Chancery Division (Manchester), 5 maggio 2005, Ilp, 2005-9, p 552 ss.
- Sentenza High Court of Justice (Chancery Division), 9 giugno 2006, Collins & Aikman Corporation Group, consultabile nel sito del British and Irish Legal Institute, <http://www.bailii.org/>.
- Sentenza High Court Chancery Division, Hans Brochier Holding Ltd v. Exner “Brochier”, 2006, EWHC, 2594.
- Sentenza In the matter of Eurodis Electron plc (in administration) and Others [2011] EWHC 1025 (CH) reperibile sul sito cms.legal.com.

Stati Uniti

- Sentenza In the case of Re Stanford International Bank Limited (in Liquidation) [2010] EWCA Civ 137, reperibile sul sito www.insolvencyforum.co.uk.
- Sentenza Re Kaupthing Capital Partners [2010] EWHC 836 (Ch).

Norme

- Convenzione relativa alle procedure di insolvenza, Bruxelles 23 novembre 1995, www.curia.europa.eu.
- Camera dei Deputati, proposta di legge C-7497, in www.senato.it.
- Circulaire de la DACS n° 2006-19 du 15 décembre 2006 relative au règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d’insolvabilité, in Bulletin officiel du ministère de la justice, n° 2007-01 del 28 febbraio 2007.
- Circulaire del la DACS du 17 mars 2003, è reperibile sul sito <http://lexinter.net/UE>.
- Commissione Trevisanato al Ministro della Giustizia, luglio del 2003, reperibili sul sito <http://www.giustizia.it/giustizia/it>;

- D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, recante “Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, a norma dell’art. 1, comma 5, della legge 14 marzo 2005, n. 80”, in G.U., n. 12 - Suppl. ord. n. 13, 16.1.2006.
- DDL n. C-7458 del 2000, recante “Delega al Governo per la riforma delle procedure relative alle imprese in crisi”, presentato il 24 novembre 2000, reperibile sul sito www.senato.it.
- DDL n. S-1243, reperibile sul sito www.senato.it, recante “Modifiche urgenti al R.D. 16 marzo 1942, n. 267”.
- Loi de sauvegarde des entreprises del 26 luglio 2005, n. 845, in vigore dal 1 gennaio 2006. Il testo della riforma è reperibile sul sito <http://regolamento.legifrance.gouv.fr>.
- Décret n. 85-1388 del 27 dicembre 1985 in materia di Redressement et liquidation judiciaire des entreprise, reperibile sul sito <http://regolamento.legifrance.gouv.fr>.
- Decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, recante “Disposizioni urgenti nell’ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale”, in G.U., n. 62, 16.3.2005, convertito con l. 14.5.2005, n. 80, in G. U., n. 111 del 14.5.2005 – Suppl. ord., n. 91.
- Direttiva 93/22/CE, come modificata dalla Direttiva 95/26/CE, reperibile sul sito regolamento.eur-lex.europa.eu.
- Settima Direttiva del Consiglio 83/349/ECC del 13 giugno 1983, relativa ai conti consolidati, art. 1 in GU, l. 193 del 18.7.1983, pag. 1, reperibile sul sito <http://eur-lex.europa.eu>.

Pareri

- Relazione introduttiva di Lemontey sul progetto di Convenzione CEE, in Boll. C.E., supp. 2/82, p. 45.
- Conclusioni Avvocato General Jàn Mazàk, 26 gennaio 2012, C-527/10, Erste Bank Hungary NYRT vs Repubblica di Ungheria, BCL Trading GMBH e Erste Befektetési Zrt, reperibile sul sito www.curia.eu.

- Conclusioni Avvocato Generale Ruiz Damaso Jarabo Colomer, 3 giugno 2008, C-310/07, Svenska Staten Genom TILSIYNSMYNDIGHETEN I KONKURSER vs Anders Holmqvist, reperibile sul sito www.curia.eu.
- Conclusioni Avvocato Generale Damaso Ruiz Jarabo Colomer, C-1/04, *Susanne Staubitz vs Schreiber*, reperibile sul sito www.curia.europa.eu.
- Conclusioni Avvocato Generale Juliane Kokott, 23 settembre 2004, C-294/02 Commissione delle Comunità europee contro AMI Semiconductor Belgium BVBA e altri, reperibile sul sito www.curia.eu.
- Conclusioni Avvocato Generale Juliane Kokott, 10 marzo 2011, C-396/09, *Fallimento Interedil Srl*, reperibile sul sito www.curia.europa.eu.
- Conclusioni Avvocato Generale Jacobs, 27 settembre 2005, C-341/04, Eurofood, reperibile sul sito www.curia.eu.
- Conclusioni Avvocato Generale Damaso Ruiz-Jarabo Colomer, 16 ottobre 2008, C-339/07, Christopher Seagon vs Deko Marty Belgium, reperibile sul sito www.curia.eu.
- UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency [pre-release], 2010.
- UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective, 2011.
- UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation (the "Practice Guide"), 2009.
- UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, in *Dir. Comm. Int.*, 1998, p. 646 ss.
- UNCITRAL, Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective, New York, 2012;
- Linee guida applicabili agli scambi di informazioni “da tribunale a tribunale” nei procedimenti internazionali, reperibile sul sito www.iiiglobal.org.
- Report of Working Group V (Insolvency Law) on the work of its fortieth session (Vienna, 31 October-4 November 2011).
- Relazione Jenard sulla Convenzione concernente la competenza giurisdizionale

- e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, firmata a Bruxelles il 27 settembre 1968, in G.U.C.E., 5 marzo 1979, N.C. 59/12.
- United Nations Commission on International Trade Law Forty-fifth session 18 June-6 July 2012, New York [or 9-27 July 2012, Vienna], Report of Working Group V (Insolvency Law) on the work of its fortieth session (Vienna, 31 October-4 November 2011), reperibile sul sito <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V11/872/54/PDF/V1187254.pdf?OpenElement>
 - Eurofenix Spring 2009, p.10 in <http://www.insol-europe.org/publications/>, da cui risulta riferisce che le Guidelines sono state usate nel caso del fallimento del gruppo Lehman Brothers, che ha interessato più di 70 procedure e 16 curatori. Il protocollo Lehman Brothers, concluso nel febbraio 2009, contiene riferimento ad esse, alle Guidelines dell'American Law Institute del 2001 (consultabili all'indirizzo <http://www.iiiglobal.org/international/guidelines.html>, anche nella versione italiana.
 - UNCITRAL - Working Group V (Insolvency Law), Forty-first session New York, 30 April-4 May 2012, Insolvency Law Interpretation and application of selected concepts of theUNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency relating to centre of main interests (COMI), reperibile sul sito <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V12/512/30/PDF/V1251230.pdf?OpenElement>.
 - Guide Lines elaborate dall'American Law Institute.
 - UNCITRAL - Working Group V (Insolvency Law), Forty-first session New York, 30 April-4 May 2012, Insolvency Law Interpretation and application of selected concepts of theUNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency relating to centre of main interests (COMI), cit., punto D).
 - Group for International & European Studies del Law & technology Institute/Autonomous University of Barcelona Il testo è reperibile sul sito <http://www.eir-reform.eu/presentations>.
 - Documento del Directorate-general for internal policies – Policy department – Citizens'right and constitutional affairs, 2011, reperibile sul sito www.europarl.europa.eu/studies.
 - Documento del Directorate-general for internal policies - Policy department -

- Citizens'right and constitutional affairs, 2011, reperibile sul sito www.europarl.europa.eu/studies.
- Documento del Directorate-general for internal policies - Policy department - Citizens'right and constitutional affairs, 2011, reperibile sul sito www.europarl.europa.eu/studies.
 - Documento del Directorate-general for internal policies - Policy department - Citizens'right and constitutional affairs, 2011, reperibile sul sito www.europarl.europa.eu/studies.
 - United Nations Commission on International Trade Law Forty-fifth session 18 June-6 July 2012, New York [or 9-27 July 2012, Vienna], Report of Working Group V (Insolvency Law) on the work of its fortieth session (Vienna, 31 October-4 November 2011), reperibile sul sito <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V11/872/54/PDF/V1187254.pdf?OpenElement>.
 - Relazione sulla proposta di regolamento del Consiglio relativo alle procedure di insolvenza della commissione giuridica e del mercato interno (relatore Kurt Lehner), doc. A5-0039/2000, reperibile sul sito www.europarl.europa.eu.
 - Relazione sulle raccomandazioni alla Commissione sulle procedure di insolvenza nel contesto del diritto societario dell'UE (relatore Klaus Lehne), doc. A7-0355/2011, reperibile sul sito www.europarl.europa.eu.
 - Legislative Guide on Insolvency Law, 2004.

Giurisprudenza (varie)

- Sentenza Re Hayward [1997] Ch 45 (27-28 marzo 1997).
- Sentenza UBS AG (Formerly Swiss Bank Corporation)vs OMNI Holding AG (in liquidation), in [2000] 1 All. ER (Comm.) 42 (Ch.D.) (8-12-29 luglio 1999).
- Sentenza High Court (Ireland), 2 febbraio 1996, Crédit Suisse & Crédit Suisse Canada vs CH, in European Case Law on the judgement Convention, a cura di Kaye, Chichester, 1998, 621.
- Sentenza Trib. Comm., Bruxelles, 22 marzo 1977, Van Rollegem vs Roth, in Repertorio della giurisprudenza in materia di diritto comunitario, Serie D, - Convenzione 27 settembre 1968, Lussemburgo (s.d.), I-1.2-B 5;.

- Sentenza Corte suprema norvegese nel caso Norsk Hydro AS and Hydro Aluminium As v. Alumix s.p.a., in Norsk Retstidende, 1996, 25.
- Sentenza Trib. d'arrondissement Luxembourg, 2 dicembre 1992, Endres vs Royco Investment and Abinger Southfield Fiduciary Services, in European Case Law, 1992, p. 674.
- Sentenza V. OLG, Bremen, 25 settembre 1997, in RIW, 1998, 63.
- Sentenza Rechtbank van Koophandel Gand, 16 settembre 1977, Cie francaise des transports Drouin vs Curator Faillissement PVNA intertrucking, in Repertorio della giurisprudenza in materia di diritto comunitario, cit., I-1.1-B 5.
- Sentenza Oakley vs Ultra Vehicle Design Ltd (in liquidation) and another, 2005, EWHC 872 (Ch), 2005 all ER (D) 380.
- Sentenza Distr. Court Amsterdam 3 agosto 1995, Neth. int. l. r. 96, 398; SMART, C.J.Q., 98, 150.
- Sentenza (Konkurslagen) n. 672 del 1987 (SFS 1987, n. 672),
- Sentenza Oberlandsgericht Wien (Alta Corte regionale viennese), 17 novembre 2004, Stojevic, in http://www.droitbelge.be/contrats_internationaux_faillites_internationales.asp. Arrondissementrechtbank Leeuwarden, 31 maggio 1979.